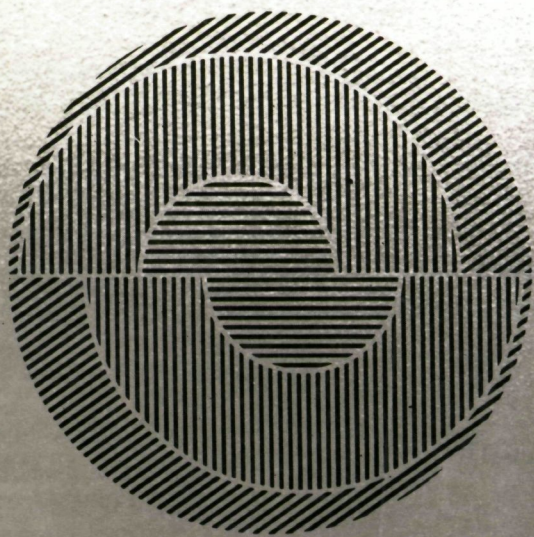


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO — 1991

ANO 28 • NÚMERO 111

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 28 nº 111 jul./set. 1991

Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal

Fundadores:

Senador AURO MOURA ANDRADE

Presidente do Senado Federal

(1961-1967)

Dr. ISAAC BROWN

Secretário-Geral da Presidência
do Senado Federal

(1946-1967)

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

Diretora da R. Inf. Legisl.

(1964-1988)

Direção:

ANNA MARIA VILLELA

Chefe de Diagramação e Revisão:

JOÃO EVANGELISTA BELÉM

Capa de GAETANO RÉ

Composição e Impressão:

Centro Gráfico do Senado Federal

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

R. Inf. Legisl.	Brasília	a. 28	n. 111	jul./set. 1991
-----------------	----------	-------	--------	----------------

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

Encomendadas 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 3-8,
n. 11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- n. 34- publ.
pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

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

ISSN 0034-835X

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



CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMÁRIO

Constituição e Ordem Econômica e Financeira — <i>Raul Machado Horta</i>	5
Federalismo e Direito Econômico — <i>Duciran Van Marsen Farena</i> ..	21
Egüidade e Jurisdição Constitucional: Notas sobre a Determinação Normativa dos Direitos Constitucionais — <i>Marcus Faro de Castro</i>	41
Conselho da República: Disciplina Constitucional e Legal — <i>Vitor Rolf Laubé</i>	57
Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas na Revisão Constitucional de 1993 — <i>Alvaro Lazzarini</i>	61
Observações sobre a Responsabilidade Patrimonial do Estado — <i>Carmen Lúcia Antunes Rocha</i>	79
A Competência Legislativa e Executiva do Município em Matéria Ambiental — <i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i>	123
Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 15 de Julio de 1989 — <i>Diego P. Fernandez Arroyo</i>	139
Primeiro Decênio da ALADI. Principios e Instituições — <i>Gustavo Magariños</i>	175
El Tratado de Asunción y Algunas Cuestiones Jurídicas que Plantea — <i>Héctor Gros Espiell</i>	203
Os Limites da Política Comercial da Comunidade Européia — <i>Peter Gilsdorf</i>	229
A Política Exterior da Velha República (1889 - 1930) — <i>Norma Breda dos Santos</i>	253
Os Socialistas e a Guerra — <i>Antônio Houaiss e Roberto Amaral</i> ...	271
A Responsabilidade do Importador pelo Fato do Produto Segundo o Código de Defesa do Consumidor — <i>Cláudia Lima Marques</i>	277
O Direito do Consumidor e suas Repercussões em Relação às Instituições Financeiras — <i>Arnoldo Wald</i>	295
Interesses Coletivos no Código do Consumidor — <i>Hugo Nigro Mazzilli</i>	313
Reconhecimento e Proteção dos Direitos dos Índios — <i>Dalmo de Abreu Dallari</i>	315
Índios: Temas Polêmicos — <i>Solange Rita Marczyński</i>	321
Controle da Atividade Judiciária — <i>Antônio de Pádua Ribeiro</i>	335

Aspectos da Coisa Julgada em Questões Tributárias — <i>Hugo de Brito Machado</i>	347
Recurso Extraordinário e Recurso Especial de Decisões Monocráticas — <i>Evanna Soares</i>	367
A Universalidade no Brasil e em Pernambuco: Antecedentes Históricos — <i>Palhares Moreira Reis</i>	375
A Universidade de Bolonha e a Cultura Universal — Os herdeiros espirituais de Bolonha no Ocidente: <i>Andrés Bello</i> — <i>Sílvia Meira</i>	397
PESQUISA — DIREITO COMPARADO	
Lei Inglesa do uso Indevido do Computador	405
Projeto de Lei do Senado dos Estados Unidos da América sobre Proteção das Populações Indígenas na América Central e do Sul ..	421
Projeto de Lei da Câmara dos Deputados dos Estados Unidos da América sobre Proteção das Populações Indígenas no Mundo ...	425

Constituição e Ordem Econômica e Financeira

RAUL MACHADO HORTA

Professor Catedrático e Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

SUMÁRIO

1. *A Ordem Econômica e o Constitucionalismo Clássico.*
2. *Ordem Econômica e o Constitucionalismo Moderno.*
3. *Constituição sem Ordem Econômica.* 4. *Ordem Econômica e o Direito Constitucional Brasileiro.* 5. *Modelos de Ordem Econômica no Constitucionalismo Contemporâneo.*
6. *Direito Constitucional Econômico.* 7. *Princípios Gerais da Atividade Econômica na Constituição Federal de 1988.* 8. *Política Urbana.* 9. *Reforma Agrária.* 10. *Política Agrícola.* 11. *Sistema Financeiro Nacional.* 12. *Ordem Econômica, Princípios Fundamentais da República e Estado Democrático de Direito.*

1. O constitucionalismo moderno ampliou as dimensões da Constituição, introduzindo no seu texto a chamada ORDEM ECONÔMICA, para alargar, materialmente, o conteúdo da Lei Fundamental do Estado. O constitucionalismo clássico, que despontou no final do século XVIII, concebeu a

Constituição como instrumento de organização dos poderes e de Declaração dos Direitos e Garantias Individuais. A dupla dimensão do documento constitucional encontrou famosa definição no art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a qual, sob forma negativa, assim fixava o núcleo fundamental e ineliminável da Constituição: "Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution" (Na Sociedade em que a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação de poderes organizada, não existirá Constituição).

A pesquisa nos textos representativos do constitucionalismo clássico, como a Constituição norte-americana de 1787 e as Constituições francesas do período revolucionário, inaugurado em 1789, não identifica em qualquer desses documentos uma Ordem Econômica, isto é, um conjunto de regras constitucionais reguladoras da atividade econômica. Nestes e em outros documentos do constitucionalismo clássico, a matéria constitucional não transpunha os limites configuradores da dupla dimensão da Lei Fundamental. É certo que no constitucionalismo clássico iremos recolher, aqui e ali, fragmentos de normas, que mais tarde passaram a integrar o conjunto sistemático da ordem econômica das Constituições contemporâneas. A Constituição francesa de 24 de junho de 1793, que instituiu a República, declara o socorro público uma dívida sagrada e impõe à sociedade o dever de assegurar a subsistência aos cidadãos necessitados, seja proporcionando-lhes o trabalho ou dando os meios de viver aos que não mais dispusessem da capacidade de trabalhar (art. 21), em regras antecipadoras do direito ao trabalho e do direito à previdência. A Constituição Republicana de 4 de novembro de 1848, que emerge de movimento revolucionário, impregnado pelo jacobinismo social, anuncia no Preâmbulo o objetivo de assegurar a repartição mais equilibrada dos encargos e vantagens da sociedade, de forma a atingir o bem-estar (I). Converte o trabalho em base da República (IV), ao lado da família, da propriedade e da ordem pública. Confere à República a missão de assegurar a existência dos cidadãos necessitados, mediante o trabalho e a assistência aos desempregados (VIII). Fundamenta o desenvolvimento do trabalho nas relações entre o patrão e o operário (art. 13). Preconiza as instituições de previdência e de crédito (art. 13). Recomenda a política de obras públicas, pelo Estado, para dar emprego aos desocupados e a prestação de assistência aos menores abandonados, aos inválidos e aos idosos sem recursos (art. 13).

O constitucionalismo clássico, em suas diversas manifestações nos séculos XVIII e XIX, comportou-se dentro do modelo constitucional de duas dimensões — a organização dos poderes e a Declaração dos Direitos e Garantias Individuais — e as regras fragmentárias de natureza econômico-social que nele afloraram não alcançaram a estruturação sistematizada do ordenamento econômico, matéria ignorada nos textos daquele constitu-

cionalismo. A Constituição refletia o liberalismo político e econômico. O primeiro se confundia com as liberdades e as garantias individuais, instrumentos da resistência e da limitação do Poder, para preservar a indevassável autonomia individual, e o liberalismo econômico repelia a presença do Estado na atividade econômica, que deveria expandir-se na livre concorrência da economia do mercado. O ingresso da ordem econômica, como matéria da Constituição, coincidirá com o declínio do liberalismo econômico e a ascensão das formas não liberais do intervencionismo e do dirigismo econômico. As instituições do capitalismo liberal vão experimentar os abalos decorrentes do confronto com o pensamento, as idéias e os movimentos políticos inspirados no reformismo social.

2. As Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919 detêm a primazia na incorporação da Ordem Econômica ao texto constitucional, alargando a matéria e a dimensão da Constituição. Inauguraram novo período constitucional, o do constitucionalismo moderno, marco divisório entre o constitucionalismo clássico dos séculos XVIII e XIX e o constitucionalismo contemporâneo, que data do após-guerra de 1945.

A Constituição do México de 5 de fevereiro de 1917, que o Professor TRUEBA URBINA (1) denomina a primeira Constituição Político-Social do Mundo, regulou, amplamente, temas que o constitucionalismo moderno absorveu na ordem econômica e social — a propriedade, o trabalho e a previdência social. O longo art. 27 da Constituição, compreendendo dezoito incisos e duas mil oitocentas e quarenta palavras, submeteu a propriedade privada às limitações decorrentes do interesse público, nacionalizou e confiscou os bens da Igreja, estabeleceu as regras da reforma agrária, incorporou ao domínio da Nação os combustíveis minerais sólidos, o petróleo e outros recursos, autorizou o Congresso e as Assembléias Legislativas dos Estados a fixarem a extensão máxima da propriedade rural, assegurou aos mexicanos natos ou naturalizados e a sociedades mexicanas, que o artigo não definiu, o privilégio para outorga da concessão de minas, águas ou combustíveis minerais. Atenuou o nacionalismo revolucionário da norma, para autorizar as mesmas concessões aos estrangeiros, desde que se convencionasse o caráter nacional dos referidos bens e eximissem eles de invocar a proteção de seus respectivos Governos, para os bens concedidos pelo Estado mexicano (art. 27 — I). No título dedicado ao Trabalho e à Previdência Social, a Constituição adotou, de forma sistemática, regras numerosas, dentre elas a duração da jornada máxima do trabalho de oito horas (art. 123, I), a proibição do trabalho insalubre para mulheres, em geral, e para os menores de dezesseis anos (art. 123, II), o repouso semanal

(1) ALBERTO TRUEBA URBINA — *La Primera Constitución Político-Social del Mundo* — Editorial Porrúa S.A. — México — 1971.

(art. 123, IV), a licença-maternidade (art. 123, V), o salário mínimo (art. 123, VI) a limitação das horas extraordinárias de trabalho (art. 123, XI), a greve lícita (art. 123, XVIII), a despedida sem causa justificada (art. 123, XXII).

A Constituição da Alemanha, de 11 de agosto de 1919, a chamada Constituição de Weimar, não obstante a posteridade em relação à Constituição do México, tornou-se o modelo do novo constitucionalismo ocidental e exerceu considerável influência na elaboração constitucional do pós-guerra de 1914-1918. Alargando o conteúdo material da Constituição, o texto de Weimar unificou em setor próprio as regras constitucionais incidentes sobre a ordem econômica, destacando o seu conteúdo no conjunto da Constituição. A técnica formal da Constituição de Weimar reproduziu-se nas Constituições que a tomaram por modelo, como a Constituição Federal Brasileira de 1934. As regras constitucionais da ordem econômica exprimem nova concepção dos fundamentos da organização econômica, do exercício da atividade econômica e das funções do Estado nesse domínio. É o momento da ruptura do constitucionalismo liberal, que a Constituição do México antecipou, e da inauguração do constitucionalismo moderno, precursor do constitucionalismo contemporâneo, sob novas inspirações. É certo que a Constituição de Weimar não promoveu a ruptura integral. Mantém a liberdade econômica (art. 151), a liberdade de comércio e de indústria (art. 151), a liberdade contratual (art. 152), a propriedade privada (art. 153), o direito de herança (art. 154). A Constituição introduz na ordem econômica normas de conteúdo diverso, que dilatam a competência do Estado e envolvem, latentes ou imediatas, efetivas limitações à iniciativa individual e à liberdade econômica. Pertencem ao conteúdo inovador dos preceitos da ordem econômica, a regra de que a propriedade obriga. O seu uso deve ser um serviço prestado ao interesse geral (art. 154, *finis*). As disposições regulam a passagem de empresas econômicas privadas à propriedade da coletividade (art. 156), autorizam a liberdade de associação para defesa e melhoria das condições de trabalho e da vida econômica (art. 159) e a criação de regime geral de previdência (art. 161), submetem a organização econômica aos princípios da justiça e da dignidade humana (art. 151), preconizam a regulamentação das condições de salários e trabalho entre empregadores e empregados (art. 105) e a representação nos Conselhos de Empresas (art. 165).

As normas que compõem a ordem econômica, introduzidas no documento constitucional na fase do constitucionalismo moderno, inaugurado na Constituição do México de 1917 e aperfeiçoado na Constituição de Weimar de 1919, refletem mutação operada na posição do Estado e da sociedade em relação a atividade econômica, abandonando a neutralidade característica do Estado Liberal, para incorporar versão ativa do Estado intervencionista, agente e regulador da economia. O processo dessa transformação é prolongado e não obedece a regras de comportamento uniforme.

3. É conveniente assinalar que, no modelo mais radical de transformação da economia e das formas de produção, os textos constitucionais vinculados a esse processo de transformação radical não cogitaram de desenvolver na Constituição a matéria autônoma da ordem econômica. As Constituições soviéticas do primeiro decênio da implantação da economia socialista são textos que contêm a organização dos poderes do Estado e a catalogação dos direitos fundamentais, aproximando-se, sob este aspecto da técnica formal, do constitucionalismo clássico e da dupla dimensão da matéria constitucional que ele difundiu. A Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 31 de janeiro de 1924 ⁽²⁾, e a Constituição da República Socialista Federativa Soviética Russa, de 11 de maio de 1925 ⁽³⁾, em seguida às declarações preliminares de cada uma, para estabelecer o Estado Federal, no primeiro texto, a reafirmação dos princípios socialistas, os de natureza federativa do Estado e a enumeração dos direitos fundamentais no segundo documento, identificam-se na exclusiva tarefa organizatória dos poderes do Estado, os seus órgãos e competências, sem estruturarem, em normas autônomas e setor destacado, a ordem econômica do nascente Estado Socialista. Coube à Constituição Soviética de 1936 inaugurar a técnica que concentra a matéria do ordenamento econômico em setor destacado do texto constitucional, localizando no seu capítulo primeiro e nos doze artigos que o compõem as regras constitucionais do sistema econômico fundado na propriedade socialista dos meios de produção, a liquidação da economia capitalista e a abolição da propriedade privada (art. 4).

O constitucionalismo moderno e o contemporâneo, que alargaram o conteúdo material da Constituição, para nela introduzir o ordenamento econômico, representado por um conjunto de regras dessa natureza, convivem com documentos nos quais a ordem econômica não ingressou, para constituir setor próprio da Constituição. São casos representativos desse comportamento, que aproxima textos constitucionais de nosso tempo aos modelos do constitucionalismo clássico, a Constituição Federal da Áustria, de 1.º de outubro de 1920, as Constituições da França, de 27 de outubro de 1946, e 4 de outubro de 1958, e a Constituição do Japão, de 3 de novembro de 1946. A Constituição da Áustria de 1920 é totalmente absorvida pelas matérias relacionadas com a organização da Federação, a competência de seus órgãos legislativo, executivo e judiciário, os Poderes Legislativo e Executivo dos Estados, os Municípios, o Tribunal de Contas, o Tribunal Administrativo, o Tribunal Constitucional. É Constituição de uma só dimensão, a da organização dos poderes. O texto originário de 1920 não contém declaração dos direitos e garantias fundamentais. O constituinte preferiu a técnica da

(2) JOSEPH DELPECH — JULIEN LAFERRIÈRE — *Les Constitutions Modernes* — volume II — Sirey — Paris — 1929.

(3) Idem — Idem.

remissão a texto anterior à Constituição, a chamada Lei Fundamental do Estado, de 21 de dezembro de 1867, que contém os Direitos dos Cidadãos. A Constituição Francesa de 1946 não incluiu a Declaração de Direitos e a Ordem Econômica entre os títulos da matéria constitucional. O constituinte reafirmou no preâmbulo os direitos e as liberdades consagradas na Declaração de 1789, sem a particularização desses direitos e liberdades, e acrescentou ao conteúdo da famosa Declaração os princípios políticos, econômicos e sociais particularmente necessários ao nosso tempo, enumerando cada um deles. A Constituição de 1946, que é de estrutura breve, concentra sua matéria na organização da República e do Estado, os seus poderes, órgãos e competências. A Constituição Francesa de 1958 não se afastou da técnica formal do texto de 1946, apesar das inspirações diversas que separaram a IV e a V República. Não formula a Declaração de Direitos, limitando-se a invocar, no Preâmbulo, os direitos e princípios definidos na Declaração de 1789 e a atualização promovida pelo Preâmbulo de 1946. É texto de organização dos poderes, definição de competências e estruturação dos órgãos estatais, entre os quais incluiu o Conselho Econômico e Social, para opinar sobre projetos de leis ou decretos a ele submetidos pelo Governo. As Constituições francesas de 1946 e 1958 são modelos de brevidade da matéria constitucional, a primeira com cento e seis artigos e a segunda com noventa e dois. A Constituição do Japão, de 3 de novembro de 1946, que desenvolve a matéria constitucional em noventa e nove artigos, também se inscreve entre os textos fundamentais destituídos do setor dedicado à ordem econômica. Nas Constituições da Áustria, da França e do Japão, a matéria econômica integra a competência legislativa, para ser objeto de lei, ou a competência executiva, para as providências governamentais de preparação da legislação ou de sua execução.

4. No constitucionalismo brasileiro, a ordem econômica, identificando setor próprio e um conjunto de regras de conteúdo econômico, ingressou no domínio da matéria constitucional a partir da Constituição Federal de 1934, associada à ordem social. A Ordem Econômica e Social adquire na nomenclatura constitucional o nível de título e nessa condição perdura nas Constituições de 1946 e 1967. A Carta de 1937, que aboliu a divisão em títulos, simplificou a designação para Ordem Econômica, embora mantendo a matéria comum à Ordem Econômica e Social das Constituições de 1934, 1946 e 1967. A Constituição de 1988 conferiu autonomia à Ordem Social, que se desvinculou da Ordem Econômica, nela integrando a Seguridade Social, a Saúde, a Previdência Social, a Assistência Social, a Educação, Cultura e Desporto, a Ciência e Tecnologia, a Comunicação Social, o Meio Ambiente, a Família, Criança, Adolescente, Idoso e os Índios, com ampliação da matéria. Integrou-se na Ordem Econômica a matéria do sistema financeiro nacional, justificando o novo título — Ordem Econômica e Financeira. Temas da Ordem Social nas Constituições anteriores, como os direitos dos trabalhadores, foram deslocados para o campo dos Direitos

Sociais, localizados no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, na abertura da Constituição. Característica da Ordem Econômica e Social das Constituições Brasileiras é a freqüente remissão à lei, para converter o legislador ordinário em destinatário da norma constitucional e responsável pelo desenvolvimento da matéria originariamente consignada na Constituição. Os textos de 1934, 1946 e 1967 exemplificam esse comportamento, que traduz o propósito de alcançar o amadurecimento do princípio constitucional, de modo a refletir as tendências do Congresso Nacional. A norma programática, se não for executada em prazo razoável, poderá esvaziar o conteúdo econômico da Constituição, conduzindo ao dissídio entre o constituinte originário e o legislador ordinário. A Constituição de 1988 não abandonou a técnica de remeter ao legislador ordinário o desdobramento da norma constitucional da Ordem Econômica e Financeira. São numerosas as remissões à lei, para desdobrar relevantes decisões constitucionais. Verifica-se, entretanto, que, para determinados assuntos, o constituinte preferiu a norma completa, dotada de executoriedade imediata. Exemplifica essa conduta as regras definidoras da empresa brasileira e da empresa brasileira de capital nacional, que dispensam a participação do legislador ordinário, convertendo as duas categorias em peças da rigidez constitucional.

5. As Constituições da Itália de 1947, de Portugal de 1976, da Espanha de 1978 e do Brasil de 1988 encerram modelos de enquadramento constitucional da Ordem Econômica no constitucionalismo contemporâneo. A Constituição da Itália, conforme o comentário de PIZZORUSSO ⁽⁴⁾, conferiu à autoridade política e administrativa a tarefa ativa no processo econômico, mediante intervenção para corrigir os efeitos espontâneos e contrários à justiça social, de modo a eliminar os obstáculos de ordem econômica e social "que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País". Para a realização desses objetivos, a Constituição confia ao Estado a programação econômica, o controle sobre empresas, a nacionalização ou coletivização de empresas, a reforma agrária, o controle de preços. Trata-se de um conjunto amplo de instrumentos, os quais, observa PIZZORUSSO, permitem ao Estado praticar qualquer tipo de intervenção, desde a mais estritamente neocapitalista até as fundadas nas técnicas coletivistas. As relações econômicas previstas na Constituição da Itália preservam, de um lado, a iniciativa econômica privada (art. 43), e abrem, de outro, a perspectiva de solução oposta, quando autoriza o legislador ordinário transformar o regime da propriedade, por transferência ao Estado, a entes públicos ou a comunidades de trabalhadores ou de usuários, determinadas empresas ou categorias de empresas, que se relacionem a serviços públicos essenciais ou a fontes de energia ou a situações de monopólio e adquiram caráter de preeminente interesse geral, como dispõe o complexo

(4) ALESSANDRO PIZZORUSSO — *Lecciones de Derecho Constitucional* — volume I — Centro de Estudios Constitucionales — Madrid — 1984 — pp. 175/176.

art. 43 da Constituição. Nele os comentaristas⁽⁵⁾ do texto localizam os fundamentos da desprivatização, da socialização, da estatização e da auto-gestão, em um leque de soluções que evidenciam a extensão que poderá atingir a ação do Estado, no momento em que transpuser a atividade regulamentar para assumir a condição de agente ativo do processo econômico.

A Ordem Econômica da Constituição de Portugal de 1976 operou corte mais profundo na economia e na respectiva função do Estado, em termos que não encontram equivalência em outro texto constitucional do Ocidente.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁽⁶⁾, após assinalar que a Constituição econômica, na qual se localiza a Ordem Econômica, “não é um compartimento estanque em relação às outras normas e princípios constitucionais”, por se encontrar “organicamente ligada às opções políticas fundamentais da Constituição”, esclarecem que “a Constituição econômica é parte de um projeto constitucional global e coerente, em que a realização integral da democracia se consuma na construção do socialismo” e esse projeto se caracteriza pela “perda do caráter dominante do setor privado”. A “apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais” e o “desenvolvimento da propriedade social” são princípios que fundamentam a organização econômico-social da Constituição de Portugal de 1976 (art. 80 — c — d). A lei é o instrumento de edificação da economia não capitalista, cabendo-lhe determinar os meios e as formas de intervenção, de nacionalização e socialização de meios de produção (art. 82), definir a intervenção do Estado na gestão das empresas privadas, para assegurar o interesse geral e os direitos dos trabalhadores, definir os setores básicos nos quais é vedada a atividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza (art. 85, 3) e dispor sobre o Plano (art. 94-1-2), que orienta, coordena e disciplina a organização econômica e social do País (art. 91, 1), com caráter imperativo e obrigatório para o setor público estatal (art. 92, 1) e caráter indicativo para os setores públicos não estatal, privado e cooperativo (art. 92, 2). Caráter indicativo se transforma também em obrigatório, quando o mesmo inciso dispõe que as empresas dos setores não estatal, privado e cooperativo deverão submeter-se ao enquadramento definido no Plano não indicativo.

A Constituição da Espanha, de 27 de dezembro de 1978, que, no seu artigo inaugural, estabeleceu na Espanha o “Estado social e democrá-

(5) F. GALDANO — S. RODOTA — *Commentario della Costituzione a cura de G. Branca — Rapporti economici* — Tomo II — Zanichelli Editore — 1982 — pp. 197/201.

(6) J. J. GOMES CANOTILHO — VITAL MOREIRA — *Constituição da República Portuguesa — Anotada* — Coimbra Editora — 1978 — pp. 189 — 190 — 191.

tico de Direito" (art. 1, 1), difere do Estado de Direito Democrático da Constituição Portuguesa, ideologicamente vinculado ao objetivo de "assegurar a transição para o socialismo", como anunciava o art. 2.º da Constituição de Portugal e sua Primeira Revisão de 1982. São dotadas de menor intensidade as normas constitucionais que integram a Ordem Econômica na Constituição da Espanha. A propriedade privada é reconhecida, competindo à lei delimitar o conteúdo de sua função social (art. 33, 1 e 2). Proclama-se "a liberdade de empresa no marco da economia de mercado" (art. 38), conferindo a energia de norma constitucional aos princípios basilares da economia capitalista. Os princípios constitucionais que regem a Política Social e Econômica exprimem enunciados de natureza programática, dirigidos aos Poderes Públicos, em regras sem a eficácia cogente da imediatidade executória. Daí a fórmula genérica, que é reiterada sucessivamente no capítulo reservado aos princípios da política social e econômica: "Os Poderes Públicos promoverão..." (arts. 40, 44, 1 e 2, 48, 51, 2). "Os Poderes Públicos fomentarão..." (arts. 40.2, 43.3). "Os Poderes Públicos manterão..." (art. 41). "Os Poderes Públicos velarão..." (art. 45, 2). "Os Poderes Públicos garantirão..." (arts. 46, 50, 51, 1). "O Estado velará..." (art. 42). A linguagem constitucional dirige-se ao futuro, afastando, desde logo, as soluções traumatizadoras da implantação imediata de concepções antagônicas. As normas constitucionais transformadoras, que vieram ampliar o conteúdo organizatório da Constituição, conforme assinala PABLO LUCAS VERDÚ (?) no exame dessa categoria de normas, não devem atuar subitamente, mas de forma evolutiva, captando as tendências da opinião e acompanhando a ascensão eleitoral dos Partidos Políticos no comando dos Poderes Públicos.

6. O Direito Constitucional Econômico, que encontra na Ordem Econômica seu objeto de estudo e análise, é, na caracterização de PABLO LUCAS VERDÚ (8), produto típico da pressão social-democrata nas Assembléias Constituintes. Possui conteúdo predominantemente programático e expressa a passagem do Estado Liberal de Direito ao Estado Social de Direito, o Welfare State, LUCAS VERDÚ (9) adverte para os riscos que neoliberais e da democracia cristã, no Direito Constitucional do segundo após-guerra, responsável pela configuração do moderno Estado Social de Direito, o Welfare State, LUCAS VERDÚ (9) adverte para os riscos que poderá acarretar a constitucionalização exagerada de modelo econômico, desconsiderando o legislador ordinário. Não só razões de ordem técnica desaconselham esse procedimento. A mudança do modelo provoca mu-

(7) PABLO LUCAS VERDÚ — *Curso de Derecho Político* — Vol. IV — Tecnos 1984 — p. 92.

(8) PABLO LUCAS VERDÚ — *idem* — *idem* — p. 395.

(9) PABLO LUCAS VERDÚ — *idem* — *idem* — p. 359.

dança da Constituição. Há inconveniente de outra natureza. A constitucionalização integral do modelo econômico pressupõe a imposição dos interesses de uma classe, de um grupo ou de um Partido sobre os outros grupos e Partidos. A Constituição deixaria de ser obra de todos e os insatisfeitos com o modelo econômico adotado encontrariam o pretexto para não se integrarem na normalidade constitucional.

7. A Constituição Federal de 1988 separou a Ordem Econômica da Ordem Social, inaugurando tratamento que difere das Constituições Federais anteriores, as quais associavam, em título comum, a Ordem Econômica e Social. A Ordem Social passou a ocupar título próprio e nele a Constituição de 1988 integrou ampla temática — Seguridade Social — Saúde — Previdência Social — Assistência Social — Educação, Cultura e Desporto — Ciência e Tecnologia — Comunicação Social — Meio Ambiente — Família, Criança, Adolescente e Idoso — Índios, abrangendo oito capítulos e dez seções (arts. 193/232). Agregou-se à Ordem Econômica o Sistema Financeiro Nacional (art. 192). Daí a nova denominação — *Da Ordem Econômica e Financeira* —, com a matéria respectiva localizada no Título VII e nos arts. 170 e 192 da Constituição.

Confrontando o texto atual com o das Constituições Federais de 1934, 1946 e 1967, verifica-se que o da Constituição de 1988 é o mais longo. São 4 capítulos, 23 artigos, 51 incisos e 42 parágrafos.

A extensão da matéria no texto constitucional não esgota o enunciado das regras que se distribuem pelos vinte e três artigos da Constituição. Há trinta e três remissões à lei, para que o legislador ordinário venha desenvolver na atividade legislativa posterior os comandos que se contêm em normas constitucionais de princípio. Na Ordem Econômica e Financeira, convivem normas auto-aplicáveis, que independem de lei ulterior, e normas não auto-aplicáveis, que permanecem inertes até o advento do sopro vitalizador da lei ordinária.

A estrutura formal da matéria constitucional também é diversa. Nas Constituições anteriores, a Ordem Econômica se concentrava no título único e nos artigos que regulavam a matéria, de forma compacta e unitária. A Constituição de 1988 desdobra a matéria da Ordem Econômica e Financeira em quatro capítulos, em numeração sucessiva e denominação autônoma para cada um:

Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica (Capítulo I).

Da Política Urbana (Capítulo II).

Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária (Capítulo III).

Do Sistema Financeiro Nacional (Capítulo IV).

Dez princípios informam a concepção constitucional da Ordem Econômica:

- I — Soberania nacional.
- II — Propriedade privada.
- III — Função Social da propriedade.
- IV — Livre concorrência.
- V — Defesa do consumidor.
- VI — Defesa do meio ambiente.
- VII — Redução das desigualdades regionais.
- VIII — Busca do pleno emprego.
- IX — Tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.
- X — Livre exercício de qualquer atividade econômica (art. 170 — I/IX — parágrafo único).

No enunciado constitucional, há princípios — valores — Soberania nacional, Propriedade privada, Livre concorrência. Há princípios que se confundem com intenções — Reduções das desigualdades regionais — Busca do pleno emprego — Tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte — Função social da propriedade. Há princípios de ação política — Defesa do Consumidor — Defesa do meio ambiente.

Intervencionismo e liberalismo se alternam na formulação dos princípios e essa relação alternativa, que poderá conduzir ao primado de um ou de outro, exprime o clima de ambigüidade e duplo sentido que percorre as cláusulas da Ordem Econômica e Financeira. Liberalismo, intervencionismo e dirigismo econômico refletem as correntes que se debateram na Assembléia Nacional Constituinte e as maiorias eventualmente vitoriosas imprimiram no texto da Constituição a concepção heteróclita da Ordem Econômica.

A Constituição contém a regra de sabor liberal que "a exploração direta da atividade econômica do Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo" (art. 173), mas, de outro lado, reduzindo consideravelmente o alcance da regra da intervenção excepcional, ressalva a subsistência dos casos previstos na Constituição, que são numerosos. Esses casos surgem na amplíssima competência da União Federal, que privilegia empresas estatais (art. 21, XI), consagra o exercício do monopólio estatal (arts. 21, XIII e 177, I, II, III, IV e V) e se projetam no sistema único de saúde (art. 198) e na apropriação de recursos públicos pelas escolas públicas (art. 213). A Constituição autoriza o planejamento da atividade econômica pelo Estado (art. 174) e prevê a lei federal de diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado (art. 174, § 1.º). A Constituição abrandou a opção pelo planejamento estatal, que geralmente conduz às experiências autoritárias da direção central da economia pelo Estado, forma que atravessa período de notório declínio, fazendo a distinção entre planejamento determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174).

O nacionalismo econômico impôs a separação conceitual, que a Constituição estabeleceu, entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional. A primeira, sendo constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no País (art. 171, I), enquanto a empresa brasileira de capital nacional é aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de Direito Público Interno. Entende-se por controle efetivo da empresa, esclarece a Constituição, a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades (art. 171, II). A regra de Direito Comercial Constitucional, definidora da empresa de capital nacional, alcançou a atividade mineradora da pesquisa e lavra de recursos minerais, que a Constituição reservou a brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional (art. 176, § 1.º).

A Ordem Econômica preconiza a atividade garimpeira em cooperativas e confere às cooperativas de garimpeiros prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis (art. 174, §§ 3.º e 4.º).

Prevê a Constituição a prestação de serviços públicos diretamente pelo Poder Público, ou sob regime de concessão ou permissão do Poder Público, sempre através de licitação. À lei caberá dispor sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial

de seus contratos e outros requisitos estipulados pelo Direito Constitucional Administrativo (art. 175 — Parágrafo único, I, II, III e IV).

A Constituição mantém a exigência da lei de repressão ao abuso do poder econômico, nas formas anômalas de dominação dos mercados, eliminação da concorrência e do aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 5.º). A preservação da economia do mercado, que a Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, inicialmente cuidou, ainda sob a vigência da Constituição Federal de 1946, recebeu nova disciplina legal, através da Medida Provisória n.º 204, de 2 de agosto de 1990, que dá ênfase à defesa da concorrência. A Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça, por intermédio de seu Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica, compete a apuração e correção das anomalias de comportamento dos setores, empresas ou estabelecimentos, capazes de perturbar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços e a colocação de bens e serviços no mercado, de forma a interferir com os princípios constitucionais da ordem econômica (Medida Provisória n.º 204 — art. 1.º).

Dentre os Princípios Gerais da Atividade Econômica, inscreve-se a regra de que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação, eliminação ou redução de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias (art. 179).

8. Constituem temas específicos da Ordem Econômica e Financeira, a Política Urbana, a Política Agrícola e Fundiária, a Reforma Agrária e o Sistema Financeiro Nacional, os quais, na estrutura da Constituição, sucedem aos princípios gerais da atividade econômica, dotados de generalidade e globalidade.

O capítulo consagrado à Política Urbana encerra matéria nova no âmbito do Direito Constitucional Brasileiro. Contém a formulação dos objetivos da política de desenvolvimento urbano, para ordenar as funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182). Institui o Plano Diretor, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes (art. 182, § 1.º). Relaciona a função social da propriedade urbana às exigências do Plano Diretor (art. 182, § 2.º). Dispõe sobre a desapropriação dos imóveis urbanos com prévia e justa indenização em dinheiro (art. 182, § 3.º). Introduce o critério do *adequado aproveitamento* do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, para exigir providência do proprietário, sob pena de parcelamento ou edificação compulsória, incidência do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e desapropriação com pagamento do valor

em títulos da dívida pública, com prazo de resgate até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas (art. 182, § 4.º, I, II, e III).

As regras constitucionais da Política Urbana confiaram ao Poder Público Municipal poderosos instrumentos de ação para modelar o desenvolvimento das cidades. O Plano Diretor, a função social da propriedade urbana e a desapropriação, dentro dos critérios fixados pela Constituição Federal, abriram aos Municípios a perspectiva da reforma urbana.

9. A Política Agrícola e Fundiária e a Reforma Agrária receberam tratamento em regras constitucionais pertinentes a cada uma.

A reforma agrária, que se funda na competência da União para desapropriar a propriedade por interesse social, como já previam a Constituição Federal de 1946 (arts. 141, § 16 e 147), a Emenda Constitucional n.º 10, de 9 de novembro de 1964 (arts. 4.º e 5.º) e a Constituição Federal de 1967 (arts. 150 § 22 e 157 § 1.º), recebeu componentes novos que alteraram a fisionomia anterior do instituto. Dilata o alcance da reforma agrária a permitida desapropriação do imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social (art. 184). É que o cumprimento da função social da propriedade rural pressupõe o atendimento simultâneo de quatro requisitos de aferição variável, como aproveitamento racional e adequado (I), utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente (II), observância das disposições que regulam as relações de trabalho (III) e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (IV) (art. 186). O não-atendimento isolado de um desses requisitos deixará de preencher a exigência do atendimento simultâneo, ao mesmo tempo, a juízo do poder desapropriante. A vinculação da desapropriação por interesse social ao cumprimento da função social do imóvel rural, na forma vinculatória prevista na Constituição Federal, dilata e amplia os casos de desapropriação para fins de reforma agrária. Por outro lado, a Constituição favorece o retraimento da reforma agrária quando torna insuscetíveis de desapropriação para este fim a pequena propriedade rural, a média propriedade rural e a propriedade produtiva (art. 185, I e II). A Constituição está marcada pela tendência pendular, que é a fonte de suas contradições: ora se inclina no rumo de soluções radicais e socializadora, ora se dirige no rumo de soluções moderadas e de equilíbrio sócio-político.

10. São fundamentos constitucionais da Política Agrícola, dotada de autonomia em relação à reforma agrária: os instrumentos creditícios e fiscais; os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização; o incentivo à pesquisa e à tecnologia; a assistência técnica e extensão rural; o seguro agrícola; o cooperativismo; a eletrificação

rural e irrigação; a habitação para o trabalhador rural (art. 187, I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII). Dando autonomia aos objetivos da Política Agrícola e da Reforma Agrária, a Constituição não as separou em compartimentos isolados. Determina a compatibilização das ações da Política Agrícola e da Reforma Agrária (art. 187, § 2.º) e inseriu a destinação de terras públicas e devolutas na compatibilização dessas duas atividades fundiárias (art. 188).

Na linha de continuidade das Constituições anteriores, o texto de 1988 prevê a aprovação prévia do Congresso Nacional, para alienação ou a concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica (art. 188, § 1.º) e a aquisição da propriedade de área rural por quem, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia (art. 191).

11. As regras sobre o Sistema Financeiro Nacional concluem a matéria constitucional da Ordem Econômica Financeira. Estas regras acham-se condensadas no artigo 192, seus oito incisos e três parágrafos.

Tendo deferido à lei complementar a competência para regular o sistema financeiro nacional, indicando sua preferência pelo tratamento do tema na legislação ordinária, a Constituição limitou-se a antecipar algumas regras que integrarão o poder regulatório da lei complementar. Ao invés de organizar o sistema financeiro nacional, a Constituição preferiu prefixar o conteúdo material da lei complementar, dando como seu objeto dispor sobre os seguintes assuntos: I. autorização para o funcionamento das instituições financeiras, observados o acesso ao mercado financeiro bancário e a vedação de participação em atividades não previstas na autorização; II. autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização; III. condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições financeiras; IV. organização, funcionamento e atribuições do Banco Central e das instituições financeiras públicas e privadas; V. requisitos para a designação de membros da Diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras; VI. criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular; VII. critérios restritivos de transferência da poupança de regiões de menor desenvolvimento para outras de maior desenvolvimento; VIII. funcionamento das cooperativas de créditos e requisitos de sua operacionalidade (art. 192). O § 1.º do artigo 192 reporta-se à matéria da lei complementar. Os parágrafos 2.º e 3.º do artigo 192 contêm regras que deverão se incorporar à lei complementar, conforme se infere da técnica constitucional de preenchi-

mento do conteúdo material da legislação ordinária posterior. Adotamos, portanto, a interpretação que considera não auto-aplicáveis as regras constitucionais relativas ao sistema financeiro nacional. A Constituição vinculou as regras dessa natureza a lei complementar, retirando-lhes a auto-aplicabilidade imediata. Nesse conjunto de regras não auto-aplicáveis, incluímos a norma constitucional sobre as taxas de juros reais não superiores a doze por cento ao ano (art. 192, § 3.º).

A lei complementar de organização e funcionamento do sistema financeiro nacional também absorverá no seu texto as regras constitucionais que, no capítulo das Finanças Públicas, estabelecem a competência do Banco Central para emitir moeda; a vedação de empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade não considerada instituição financeira; a venda de títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros (art. 164, §§ 1.º, 2.º e 3.º).

12. A Ordem Econômica e Financeira não é ilha normativa apartada da Constituição. É fragmento da Constituição, uma parte do todo constitucional e nele se integra. A interpretação, a aplicação e a execução dos preceitos que a compõem reclamam o ajustamento permanente das regras de Ordem Econômica e Financeira às disposições do texto constitucional que se espraiam nas outras partes da Constituição. A Ordem Econômica e Financeira é indissociável dos princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático de Direito. Suas regras visam atingir os objetivos fundamentais que a Constituição colocou na meta constitucional da República Federativa. A Ordem Econômica e Financeira é, por isso, instrumento para construção de uma sociedade livre, justa e solidária. É a fonte das normas e decisões que permitirão à República garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Constituição Federal, art. 3.º, I, II, III e IV). A concretização dos princípios que informam a Ordem Econômica e Financeira é inseparável dos Direitos e Garantias Fundamentais, que asseguram aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (Constituição Federal, art. 5.º).

A opção pelo Estado Democrático de Direito, que a Constituição de 1988 fundamentou na vontade constituinte do povo e no pluralismo político, exprime a recusa da sociedade brasileira a qualquer forma de autoritarismo e às seduções do messianismo político. Autoritarismo e messianismo conduzem à opressão do Estado e à submissão da comunidade à tirania política.

Federalismo e Direito Econômico

DUCIRAN VAN MARSEN FARENA

Procurador do Estado de São Paulo. Doutorando em Direito Econômico pela USP.

SUMÁRIO

1. *O federalismo e a evolução do papel do Estado. O princípio federativo.*
2. *O Direito Econômico. O intervencionismo.*
3. *A Federação como problema econômico. A teoria regional.*
4. *Delimitação da competência do Estado para legislar sobre Direito Econômico.*
5. *Conclusões.*

1. *O federalismo e a evolução do papel do Estado. O princípio federativo*

A Carta constitucional de 1988, ao definir como concorrente entre Estados federados e União a competência para legislar sobre Direito Econômico, não só explicitou o que já se continha no regime anterior, como também acresceu uma nova dimensão ao tema concernente às relações entre federalismo e Direito Econômico, que há de ser levada em conta pelo estudioso e intérprete.

A compreensão prévia do que significa Direito Econômico, imprescindível para uma análise como a que se vai encetar, nos reconduz à evolução histórica das funções do Estado e o papel do Direito face à ordem econômica material.

A relação entre Estado e Direito evoca a sempre presente questão da limitação do poder do Estado pelo Direito, derivada do contraste entre Sociedade Civil e Estado. O Direito nascido da Revolução Francesa funcionava como mecanismo de limitação do poder, como um estatuto de segurança para os integrantes da sociedade civil, postos num único plano de igualdade, visualizados de forma atomizada.

Sob esse prisma, a função do Estado era essencialmente abstencionista, visto como sua atuação circunscrevia-se à preservação da soberania e à manutenção da ordem pública, de resto, atividades precípuas do Estado e indispensáveis para o livre desenvolvimento da atividade dos particulares.

A tradução jurídica dessa ideologia estava cristalizada na noção de Estado de Direito, aí identificada com a idéia de Estado Burguês de Direito tal como exposta por SCHIMITT. Essa noção consagrava um Direito essencialmente limitador da ação estatal ou ações individuais que atentassem contra a paz, a segurança ou os direitos individuais, estes direcionados para a liberdade de atividade econômica.

Sobressaem, nessa concepção, o princípio da separação dos poderes, e o princípio da legalidade da ação do Estado, realizada através do Poder Executivo e velada por um Judiciário independente incumbido da declaração do Direito.

Nesse contexto emerge a doutrina federalista, como uma limitação a mais ao poder absoluto em favor das coletividades locais. O poder, quer por via de centrifugação, quer pela via de dissociação, resulta descentralizado, mantendo-se a autonomia dos entes componentes.

Assim é que OSWALDO BANDEIRA DE MELLO definia o Estado Federal como "O Estado descentralizado por via de Constituição rígida, em que os Estados Federados são *collectividades* administrativa e constitucionalmente autônomas, e participam sempre, com maior ou menor extensão, nas deliberações da União" (1).

Sobreleva-se no sistema federativo o elemento contratual, de coalizão entre os membros, presente mesmo no federalismo por descentralização, tornando imperiosa a participação destes nas decisões do poder central, o que representa uma distribuição de poderes, realizada em linha vertical. Nesse sentido, pois, completando a técnica da separação horizontal preconizada por MONTESQUIEU. O que não implica um compromisso de qualquer desses mecanismos com um Estado abstencionista, mas apenas reflete o caráter histórico de seu surgimento e impõe a necessidade de sua transformação, para acompanhar o evoluer da sociedade.

Com o advento do Estado Social, o Estado toma a si tarefas que forçam a uma revisão das noções e institutos nascidos sob a égide do liberalismo clássico, não deixando, como óbvio, de produzir seus reflexos na doutrina federalista.

A intervenção constante e massiva do *Welfare State* na ordem econômica, principalmente após a Segunda Guerra, e a generalização de políticas públicas de natureza essencialmente centralizadora, como a planificação, pareciam requerer um poder forte e centralizado. A tendência pelo fortalecimento do Poder Executivo e da União, em detrimento da autonomia dos Estados-Membros, conduziu o sistema federal à crise.

Conforme observa ROSAH RUSSOMANO, "à medida, porém, que se foi alterando a concepção liberal da economia, tendeu-se ao fortalecimento dos poderes da União, que passou a intervir no domínio econômico.

(1) BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo — *Natureza Jurídica do Estado Federal*, São Paulo, Empresa Graphica, Revista dos Tribunais, 1937, pág. 128.

Buscou-se, ao mesmo tempo, impedir que aqueles interesses econômicos prejudicassem o reconhecimento dos direitos sociais, que informam a organização constitucional hodierna" (2).

Essa realidade foi identificada como uma prova da incompatibilidade entre federalismo e um Estado intervencionista, cuja ação, dinâmica e globalizante não se coadunaria, à primeira vista, com o mecanismo de partilha de poderes ou mesmo com o processo de participação das coletividades interessadas.

Houve quem vislumbrasse na emergência do Estado Social a falência do federalismo. Assim LOEWENSTEIN assinalava que "exigem os imperativos econômicos do Estado Tecnológico, medidas unificadas, senão uniformes, em todo o território, e não se conciliam com essa espécie de fragmentação econômica peculiar à soberania dos Estados-Membros" para afinal concluir que "a planificação econômica é o DDT do federalismo" (3).

Contudo, inexistente qualquer contradição entre federalismo e Estado Social de feições democráticas.

Compadecendo-se o Estado Social com regimes políticos antagônicos, como a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo, na advertência precisa do Prof. PAULO BONAVIDES, é lícito dizer que o federalismo só não se compatibiliza com a configuração autoritária desse tipo de Estado (4).

Pois existe uma nítida relação entre o federalismo e o princípio democrático, consoante lembra o Prof. FÁBIO KONDER COMPARATO: "é inegável a vinculação do sistema federal ao princípio democrático de que a legitimidade do poder depende do consentimento majoritário dos governados e do respeito aos interesses essenciais das minorias. A fórmula estatal unitária tende, mui facilmente, a servir de quadro institucional às tiranias, mesmo de base majoritária, como se tem visto no jacobinismo revolucionário, tanto o clássico, da Revolução Francesa, quanto o contemporâneo, dos movimentos de libertação nacional em países subdesenvolvidos" (5).

A tendência moderna, presente na Constituição de 1988, é exatamente a construção de um Estado Social avesso à centralização de poderes, sempre perigosa para o regime democrático. Para isso, é preciso que os Estados tenham também poderes de decisão e execução no campo

(2) RUSSEMANO, Rosah — *O Princípio do Federalismo na Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro e São Paulo, Freitas Bastos, 1965, pág. 68.

(3) *Apud* ANHAIA DE MELLO, José Luís — *O Estado Federal e as suas novas perspectivas*, São Paulo, Max Limonad, 1960, pág. 97.

(4) BONAVIDES, Paulo — *Do Estado Liberal ao Estado Social*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, pp. 205/6.

(5) COMPARATO, Fábio Konder — *Planejar o Desenvolvimento: Perspectiva Institucional*, in *Revista de Direito Público*, nº 88, outubro-dezembro de 1988, pág. 38.

econômico, naquilo que lhes concerne, a fim de que possam cumprir com seus objetivos como partes integrantes do Estado brasileiro.

Trata-se, pois, de conciliar o intervencionismo do Estado Social com o princípio federativo, o que evidencia a necessidade de reformulação dos elementos do federalismo — num processo similar ao que sofreram os elementos do Estado de Direito liberal.

A Constituição de 1988, tendo em vista a experiência da intervenção autoritária que marcou as décadas passadas, firmou como definição fundamental da República Brasileira não meramente um Estado Social, mas um *Estado Democrático de Direito*. Essa concepção se contrapõe tanto ao Estado Social de cunho autoritário quanto à centralização de poderes em torno da União.

A íntima conexão entre federalismo — como fórmula de descentralização do poder e de soberania popular — e Estado Democrático foi acolhida pela Constituição Brasileira, à luz da qual o Estado Democrático de Direito brasileiro se estrutura de forma federal.

Assim, ao lado do Estado Democrático de Direito, o federalismo é previsto no primeiro artigo da Constituição como um princípio fundamental do Estado brasileiro, ou, na expressão de CANOTILHO, de um “princípio político constitucionalmente conformador”.

Princípios assim considerados representam “o cerne político de uma Constituição política, não admirando que 1 — sejam reconhecidos como limites do poder de revisão; 2 — se revelem os princípios mais directamente visados no caso de alteração profunda do regime político” (6).

Donde conclui CANOTILHO que esses princípios são “princípios normativos, directrizes e operantes, que todos os órgãos encarregados da aplicação do direito devem ter em conta, seja em actividades interpretativas, seja em atos inequivocamente conformadores (leis, atos positivos)” (7).

2. O Direito Económico. O intervencionismo

Surge o Direito Económico no momento em que o Estado abandona a função de mero guardião e arvora-se em conformador da ordem económica, tendo em vista a concretização da democracia económica — conceito no qual nos deteremos adiante.

Segundo penetrante reflexão de FÁBIO KONDER COMPARATO, “a transformação substancial do modo de vida em sociedade, provocada pelo industrialismo, acarretou uma alteração não menos essencial na concepção dos fins do Estado, tal como eles eram definidos pela ideologia liberal: a função primordial do Estado já não é a produção do direito, mas a

(6) CANOTILHO, José Joaquim Gomes — *Direito Constitucional*, Coimbra, Alameda, 4ª edição, 1986, pág. 121.

(7) CANOTILHO, José Joaquim Gomes — *op. cit.*, pág. 122.

realização de políticas. A atividade normativa — incluindo as leis veras e próprias, mas não se limitando apenas a elas — tornou-se, em grande parte, não um objetivo em si, mas um instrumento operacional da realização de programas de ação estatal” (8).

O terreno ideal no qual floresceram os institutos e instrumentos de política econômica foi o Estado Social, voltado para a promoção do desenvolvimento e bem-estar da coletividade. Preleciona EROS GRAU que esse tipo de Estado caracteriza-se “pelo exercício, de parte do setor público, de uma ação sistemática sobre a economia; nele, há uma estreita correlação entre os planos político e econômico e justiça social e desenvolvimento passam a ser perseguidos como ideais sociais. É nesse ponto, precisamente, que surge a disciplina jurídica da atividade econômica” (9).

Isso não significa, porém, que o Estado Liberal não desenvolvesse políticas públicas — o que é uma característica de toda e qualquer organização política. Resignava-se ele a uma política de mera prestação de segurança formal, visto como seus fins convergiam com os benefícios da auto-regulação espontânea do mercado — benefícios esses cuja realização, naqueles moldes, resultou ilusória. A atuação do Estado na economia, ditada pelo *laissez-faire*, *laissez-passer* rendeu ensejo a uma ordem, por assim dizer, comissiva por omissão — comissiva quanto à manutenção das condições necessárias à autonomia dos agentes privados, omissiva, porque neutra diante dos desequilíbrios que essa ordem espontânea acarreta.

É indiscutível que o Estado desempenha papel preponderante no campo econômico. Mesmo a desregulamentação e as restrições à intervenção estatal em voga em vários países são claramente políticas públicas, que exigem instrumentos próprios de ação e planejamento a longo prazo. Nesse particular, de todo oportuna a assertiva do Prof. FÁBIO KONDER COMPARATO, de que “qualquer governo decidido a aplicar políticas duradouras e coerentes é obrigado a planejar” (10).

Vê-se, pois, que é um pseudoproblema o de se saber se o Estado deve ou não intervir. Posta a questão em seus exatos termos, deve ela cifrar-se em se saber em que sentido deve ser orientada essa intervenção.

A transformação na natureza do intervencionismo, dos primórdios da sociedade industrial até os dias atuais, corresponde a uma mudança na concepção das relações Estado-Sociedade Civil, no que concerne ao processo econômico. Na expressiva lição de HÉCTOR CUADRA:

“Así, pues, en los países occidentales, es la democracia económica la que traza una línea de demarcación irreversible entre

(8) COMPARATO, Fábio Konder — op. cit., pág. 39.

(9) GRAU, Eros Roberto — *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, RT, 1981, pág. 19.

(10) COMPARATO, Fábio Konder — op. cit., págs. 29-30.

las intervenciones económicas tradicionales y el intervencionismo económico nuevo. Las primeras no eran sino excepciones a la regla de la separación de lo político y de lo económico, regla que constituía la base de la democracia política y abstencionista. El intervencionismo moderno representa una acción y una organización sistemáticas, racionales y coherentes con el fin de realizar la democracia económica. La diferencia no es sólo cuantitativa, sino también cualitativa." (11)

Uma vez reconhecida a necessidade da regulação jurídica desse novo intervencionismo, tornou-se imperativa a criação de uma sede constitucional para a matéria — o capítulo da Ordem Econômica. As Constituições evoluíram da mera asseguuração das liberdades públicas e da declaração dos princípios da liberdade política para cuidar também da Democracia Econômica, Social e Cultural.

O Direito Econômico é, assim, a tradução jurídica da inafastável necessidade de ação do Estado sobre a estrutura econômica, mediante políticas econômicas, na busca do objetivo da Democracia Econômica (12) — conceito que vem completar o de Democracia Política.

O intervencionismo estatal pode manifestar-se sob três modalidades diversas, na lição de EROS GRAU:

a) intervenção (ou ação) por absorção ou participação: que ocorre quando a organização estatal assume — parcialmente ou não — ou participa do capital de unidade econômica que detém o controle patrimonial dos meios de produção e troca;

b) intervenção (ou ação) por direção: que ocorre quando a organização estatal passa a exercer pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica;

c) intervenção (ou ação) por indução: que ocorre quando a organização estatal passa a manipular o instrumental de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento do mercado (13).

A primeira modalidade intervenção por absorção ou participação expressa atuação do Estado no processo econômico; as demais modalidades, correspondendo a atuação do Estado sobre o processo econômico, ressaltam a função ordenadora que o Estado desempenha sobre a vida econômica. A intervenção por direção caracteriza-se por normas cogentes para os agentes econômicos; já a intervenção por indução é representada por estí-

(11) CUADRA, Héctor — Reflexiones sobre el Derecho Económico in *Estudios de Derecho Económico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1977, pág. 33.

(12) Cf. CUADRA, Héctor — op. cit., pág. 33.

(13) GRAU, Eros Roberto — op. cit., pág. 65.

mulos ou incentivos (como os incentivos fiscais) à adoção de uma determinada conduta pelos agentes econômicos⁽¹⁴⁾.

O planejamento, capítulo importantíssimo do Direito Econômico não é modalidade de intervenção, consoante lembra EROS GRAU, mas sim uma racionalização dessas técnicas intervencionistas. A respeito, aduzira o mestre em trabalho anterior que "enquanto não se tenha presente a distinção que existe entre planejamento e intervenção corre-se o risco de afirmar, singelamente, que a concentração do poder de decisão política, ao nível federal, decorrente da busca de racionalização global da ação política no território nacional, conflita com os princípios definidores das autonomias regionais e locais, consagradores da solução federativa"⁽¹⁵⁾.

O planejamento, a nível nacional, tem em vista coordenar as políticas econômicas, expressas em atos de intervencionismo, quer sejam da própria União, ou das demais entidades federadas. Seu caráter global não se confunde, assim, com a concentração dos atos de intervenção num órgão central, característica dos modelos unitários.

3. A Federação como problema econômico. O federalismo regional

Tecidas essas considerações, cumpre, para uma análise da intervenção no domínio econômico no sistema federal, não perder de vista a advertência do Prof. WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, de que os elementos participação e autonomia que deverão integrar uma teoria do federalismo, estão imbuídos de um rico colorido econômico, não devendo este aspecto ser descuidado quando se tenha em mira estabelecer os princípios gerais federativos⁽¹⁶⁾.

O espaço federal comporta uma pluralidade de ordens econômicas, da mais à menos extensa, cada qual com características próprias, sobre as quais incidem políticas públicas econômicas federais, regionais, locais, metropolitanas, municipais etc., sendo que a capacidade de legislar sobre essa ordem econômica é fundamental ao federalismo.

O modelo de desenvolvimento econômico brasileiro adotado nas últimas décadas fez com que o poder dos Estados-Membros de interferir nessa ordem econômica fosse diminuído em prol do intervencionismo da União — o que deu lugar a várias distorções de natureza econômica e política, dentre as quais o quase desaparecimento da já frágil estrutura federal brasileira.

Priorizando metas quantitativas, o processo de desenvolvimento brasileiro impulsionado pela União exacerbou o contraste entre riqueza e mi-

(14) Cf. GRAU, Eros Roberto — *op. cit.*, pág. 65.

(15) GRAU, Eros Roberto — *Planejamento e Regra Jurídica*, publ. avulsa, s/d., pág. 48.

(16) ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso — *O Federalismo sob o Prisma Econômico*, in *Perspectivas do Federalismo Brasileiro*, Belo Horizonte, Ed. Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1958, pág. 124.

séria, proporcionando um quadro de concentração de riqueza e desigualdades sociais e regionais cuja reversão foi elevada pela Carta de 1988 como um dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro.

Essa tarefa não pode prescindir de um federalismo real, no qual tanto a União quanto as demais entidades possam exercer políticas públicas tendentes à conformação da ordem econômica, segundo suas próprias competências.

A primeira resistência a vencer é a da tradição centralizadora brasileira, fenômeno que concebeu o federalismo *sui generis* nacional, e seu reflexo doutrinário sob a forma do "federalismo cooperativo", expressão, segundo PAULO BONAVIDES, "confortável mais ingênua e nem sempre bem arrazoada com que se busca dissimular a verdade rude da morte do federalismo das autonomias estaduais" (17).

Costuma-se argumentar, contra a possibilidade de o Estado-Membro desenvolver suas próprias políticas, que a multiplicidade delas, cada qual com uma orientação diversa, poderia levar ao descontrole e a ineficácia de uma política econômica de âmbito nacional. A afirmação, contudo, se desvanece se considerarmos que esse é o risco de qualquer descentralização do processo decisório — característica arraigadamente democrática. Adequadamente articuladas, tais políticas seriam um fator de reforço do sistema federativo e, via de consequência, do regime democrático.

Bem a propósito, preleciona o Prof. ROQUE CARRAZA:

"Nem se diga — como querem alguns — que os Estados-Membros e os Municípios não podem intervir no domínio econômico, porque, do contrário, poderiam, eventualmente, destruir a economia nacional. Ora, é princípio elementar de direito que a possibilidade de abuso de uma competência não impede seu uso. Desmandos, se houver, serão anulados, em última instância pelo Poder Judiciário, que, dentre outras relevantíssimas funções, desempenha o papel de guardião supremo da constitucionalidade dos atos normativos." (18)

Outra razão, de ordem prática, não houvesse para justificar a possibilidade de intervenção do Estado federado na economia, sempre pertinente lembrar que, em face das peculiaridades das ordens econômicas dos Estados e regionais as políticas públicas da União atingem-nas de modo diferenciado. A mesma política pode ser extremamente proveitosa para um Estado ou danosa para outro, como exemplifica o processo de desenvolvimento brasileiro.

(17) BONAVIDES, Paulo — *Política e Constituição — Os Caminhos da Democracia*, Forense, Rio de Janeiro, 1985, pág. 55.

(18) CARRAZA, Roque Antonio — *Lesão ao Consumidor — Responsabilidade Administrativa — Competência Estadual para Disciplinar a Matéria* (Parecer) in *Revista de Direito Público*, nº 93, julho/setembro de 1987, págs. 95 a 105.

Dessa sorte, é uma exigência da própria natureza do federalismo que o Estado possa exercer o *intervencionismo* para adaptar-se à política econômica nacional ou contrabalançar os efeitos prejudiciais eventualmente por esta produzidos, e que venham repercutir de forma diferenciada em seu território.

A virtual exclusividade que a União sempre tem gozado no que concerne à política econômica nem sempre tem produzido os melhores resultados, e é responsável por muitas das distorções do processo de desenvolvimento brasileiro atual.

Trata-se, apenas, de se *cumprir* a Constituição, facultando ao Estado sua real atribuição e limitando-se a União àquelas políticas que realmente lhe cabem, pela Constituição e pela sua necessária abrangência.

Abre-se, assim, um grande campo onde o Estado Federado pode e deve legislar em matéria econômica, no exercício de políticas como as de desenvolvimento regional, de adaptação e ajuste de políticas nacionais à realidade econômica estadual, agrícolas, de infra-estrutura, fomento ao associativismo e à pequena e média empresa, defesa do consumidor e meio ambiente, podendo nesses casos aplicar sanções administrativas etc.

De tudo isso depreendemos que a *autonomia do Estado-Membro só faz sentido se ele tem capacidade de realizar políticas públicas — sem o que não há falar em sistema federal*, reduzido à mera retórica. A possibilidade de intervenção do Estado Federado na economia, plasmada no texto constitucional, é assim complementar à ampliação de sua competência tributária e corolário da autonomia política insita ao ente federal.

Ademais, tendo o Estado-Membro obrigações constitucionais no sentido da consecução dos objetivos da República, na sua órbita, será de rigor a conclusão pela possibilidade de intervir no domínio econômico, agora explicitada pelo texto constitucional quanto enumera o Direito Econômico entre as competências legislativas concorrentes — assunto que será abordado na seqüência.

Outra ilação de relevo que se segue a essas considerações é a da obrigatoriedade de a União, no exercício de sua competência para editar normas gerais de Direito Econômico respeitar a autonomia dos Estados-Membros, podendo sua normatividade ser considerada inconstitucional quando usurpar a competência legislativa destes sobre a matéria, o que consubstanciaria verdadeira intervenção federal.

Na determinação da esfera de atribuições do Estado-Membro em matéria de Direito Econômico incide um critério de *peculiar interesse estadual*, na expressão do Prof. ROQUE CARRAZA⁽¹⁹⁾, que corresponde, enquanto fato social, a tudo aquilo que é diretamente pertinente à ordem econômica própria dos Estados-Membros. Esse critério, sobre o qual nos demoraremos adiante, obviamente não pode se coadunar com o esquema de imobilidade e a rigidez típico de uma repartição de competência liberal.

(19) CARRAZA, Roque Antonio — *op. cit.*, pág. 100.

Uma vez assentado que o federalismo é sobretudo um problema econômico, não pode prescindir o seu estudo do exame da realidade fática, para que não se resvale no mero discurso teórico, de escassa valia para a mudança social.

Essa constatação nos obriga também a levar em conta a *efetividade* do poder de intervenção do Estado-Membro, face às competências que lhes são atribuídas.

Assim é de se ver que, sobre serem poucas as atribuições dos Estados Federados no âmbito econômico, aqueles menos favorecidos sequer têm condições de desenvolver um intervencionismo eficaz, por sua absoluta dependência econômica.

A crise do federalismo brasileiro não é só decorrência da evolução do papel do Estado ante a economia no século XX, mas também é agravada pela histórica tendência centralizadora e pela natureza desarmonica do processo de desenvolvimento nacional.

Dentre as propostas apresentadas para solucionar esta crise, está a do federalismo de regiões, como forma de superar as disparidades regionais que somente se agravaram com as práticas centralizadoras.

Sob o prisma do Direito Econômico, a proposta de criação de um federalismo regional pode ser vista como uma forma de possibilitar aos Estados mais fracos um desenvolvimento internamente impulsionado pela união dos seus interesses e reivindicações no órgão regional.

Elemento de renovação do federalismo, as regiões permitiriam aos Estados mais pobres superar a dependência a que estariam condenados, propiciando ainda autonomia nas relações com a União e equitatividade nas relações com outros Estados, economicamente desenvolvidos.

Com base na experiência do planejamento regional, realizado pela SUDENE, propugna o constitucionalista PAULO BONAVIDES pela criação de instâncias políticas regionais, inseridas na estrutura federativa, aglutinadora de Estados economicamente debilitados, que compartilhem de uma mesma realidade econômica, como é o caso dos Estados do Nordeste.

A partir da falência do chamado federativo cooperativo brasileiro, vazado em caracteres centralizadores e autoritários, diametralmente opostos àqueles que permitem medrar a autonomia dos Estados-Membros, concebe um federalismo de bases regionais, no qual a região representaria um terceiro nível de estabilidade na estrutura federal, com um estatuto de autonomia próprio, definido a nível constitucional⁽²⁰⁾.

Sendo a região, assevera o mestre cearense, já uma realidade sociológica e geoeconômica, perfeitamente delineada em termos de planejamento para o desenvolvimento regional, reconhecer politicamente a existência desse

(20) BONAVIDES, Paulo — Política e Constituição, op. cit., pág. 114.

ente seria mero complemento da institucionalização econômica já em curso com os planos de desenvolvimento regionais.

Nesse modo de pensar, a reordenação da estrutura federal em bases regionais corresponderia a uma exigência da realidade econômica:

“O problema federativo em âmbito econômico se deslocou por inteiro do velho dualismo União-Estados para esfera nova e mais elevada, a saber, União-Região, cabendo ao poder federal a tarefa básica de operar a *composição política* dos interesses discrepantes. A *composição econômica*, esta já se alcançou teoricamente desde o advento do planejamento econômico, concebido em bases regionais, ao passo que a *composição política* com participação regional só se alcançará mediante uma reforma profunda da carta constitucional, que coloque o País em dia com as suas novas dimensões e realidades no campo federativo.”⁽²¹⁾

Não resta dúvida que a desconsideração pelos aspectos econômicos do federalismo praticamente reduziu a experiência federal brasileira a mera formalidade. Daí porque conferir expressão jurídica institucional à *tendência dos Estados-Membros, especialmente os mais fracos, de articularem sua ação numa dimensão regional, permitir-lhes-ia a efetivação de uma política de desenvolvimento autodeterminada, orientada em função de suas próprias necessidades, compensando-se, desse modo, a debilidade dessas unidades isoladamente consideradas.*

Não foi essa, *contudo*, a solução aventada pela Constituição de 1988, que apenas cingiu-se a deixar expressa uma faculdade de que a União Federal dispõe e tem utilizado, nas últimas décadas, com eficácia discutível.

Assim, toda a tarefa do desenvolvimento regional, de decisão e execução, permanece centralizada no Executivo Federal, *sem que haja qualquer previsão de participação dos Estados interessados.*

A opção constitucional veiculada pelo art. 43 reflete a tendência brasileira de *concentrar ao máximo no Executivo federal o poder de decisão econômica, fenômeno que tem sido um grande responsável pela crise política e de legitimidade que vai se prolongando no País. A política econômica, por um viés formalmente liberal — que resume a democracia na representação política — mas materialmente autocrático, é encarada como prerrogativa de tecnocratas alheios à realidade social, com isso ensejando o assistencialismo e a frustração de expectativas que reacendem a todo instante a crise social.*

O reconhecimento político da realidade econômica das regiões talvez encerre a chave de *um princípio de solução para o grave problema social das disparidades regionais.*

4. *Delineamento da competência do Estado para legislar sobre Direito Econômico*

(21) BONAVIDES, Paulo — Política e Constituição, op. cit., pág. 74.

A faculdade de intervenção do Estado-Membro no domínio econômico, conforme já fizemos sentir, deriva da própria natureza do sistema federal, na medida em que evita a centralização, aproximando as decisões econômicas da realidade de cada um dos entes participantes.

É intuitivo que determinadas medidas de intervenção, sem embargo de seu eventual caráter global, envolvem interesses que concernem mais de perto às comunidades locais (Estados ou Municípios).

Num Estado Federal, a realização de uma política econômica envolve participação em sua elaboração e coordenação, por parte das entidades federais. Não estão elas, assim, meramente sujeitas às decisões centrais; dentro de sua órbita específica, podem afeiçoar essas decisões às suas peculiaridades locais, bem como, respeitados os mesmos parâmetros, exercer seu intervencionismo próprio.

Delineia-se, assim, a autonomia econômica do Estado-Membro, idéia que permeia toda a teoria federalista e autoriza por parte deste a capacidade legiferante sobre Direito Econômico.

O Estado-Membro, como contrapartida de sua capacidade tributária, tem a obrigação de promover, dentro da sua esferas, políticas, econômicas, a fim de cumprir com seus objetivos constitucionais, que são os objetivos e finalidades do *Estado Brasileiro*.

Assim, por exemplo, o Estado-Membro — desde que, no plano da realidade fática, tenha capacidade econômica para tanto — poderá planejar e executar um programa de intervenção no domínio econômico, condicionando-o ou dele participando, visando adaptar sua realidade a uma conjuntura recessiva causada por uma política de âmbito nacional.

A questão, pois, é se saber até onde vai essa possibilidade do Estado, no plano constitucional. E isso reconduz à técnica da repartição de competências.

A técnica da competência representa, na autorizada lição de *Rosah Russomano*, “a medida dos poderes políticos do Estado”⁽²²⁾. É a amplitude do interesse em jogo que fornece o critério próprio para a repartição das competências, como demonstra a autora, e prossegue:

“A União, dirá respeito tudo quanto concernir ao país em sua totalidade, abrangendo-se, sob este prisma genérico, o âmbito de suas relações internas e o domínio de suas relações externas. Aos Estados-Membros, dirá respeito tudo quanto se vincular a seu próprio território e aos interesses preponderantemente regionais.

Evidente, porém, é que as esferas, dentro das quais atuam aquelas pessoas de Direito Público, não podem permanecer as mesmas, no espaço e no tempo. Antes, variam sensivelmente. Assim, v.g., interesses que, ontem, eram regionais, devendo ser atendidos pelos Estados-Membros, hoje, se revestem de um cunho

(22) RUSSOMANO, Rosah — op. cit., pág. 58.

de generalidade, que exige e justifica sua incorporação ao setor específico da União.” (23)

A complexidade do intervencionismo econômico moderno fez com que o problema da compatibilização dos poderes dos entes federais desbordasse o mero campo das técnicas de distribuição de competência, ganhando relevância também problemas como o da decisão político-econômica e as formas de execução, da capacidade normativa de conjuntura, exercitada fora do âmbito legislativo por agências governamentais etc.

Observa, a respeito, o Prof. FÁBIO COMPARATO que “se a questão é fazer leis, as competências podem ser partilhadas e separadas em esferas autônomas. Mas quando se trata, antes de tudo, de desenvolvimento de políticas, nada indica que a eleição de objetivos e a execução de programas devam ser sempre atribuídas, em conjunto, à mesma unidade estatal — União, Estado Federado, ou Município, ou que não possa haver a colaboração de várias, senão de todas essas unidades, na execução dos programas nacionais de ação, comportando até mesmo a competência normativa da execução”. Dessa sorte, a questão da repartição de competências não é eliminada, mas adquire um sentido mais dinâmico e funcional (24).

Inobstante tenham os Estados-Membros competência normativa de execução no que diz respeito às políticas gerais, a tanto não se limitam suas atribuições. O Estado não é mero executor de ordens da União; não se trata de delegação de poderes. Pode inovar também, desde que não ultrapasse a esfera do interesse peculiar estadual, donde a importância do estudo desta.

Visto isso, passemos ao estudo da competência. O sistema da Constituição de 1988 basicamente centra-se nas seguintes linhas mestras: a) enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22) e Municípios (art. 30); b) atribuição dos poderes remanescentes aos Estados (art. 25, § 1.º); c) atribuição de competência comum às entidades federativas (art. 23); d) atribuição de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (art. 24 e incisos), cabendo à União legislar sobre normas gerais (art. 24, § 1.º); e) atribuição de competência suplementar aos Estados-Membros e também aos Municípios (art. 24, §§ 2.º e 3.º, e art. 30, II).

Cuidaremos aqui da competência concorrente, verdadeira sede da competência legislativa do Estado em Direito Econômico, uma vez que pouco ou nada resta no que tange aos poderes remanescentes do Estado-Membro. Está ela prescrita no art. 24 da Constituição Federal, que reza:

“Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I — Direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

(23) RUSSOMANO, Rosah — op. cit., pág. 58.

(24) COMPARATO, Fábio Konder — *Planejar o Desenvolvimento: Perspectiva Institucional* — op. cit., pág. 40.

§ 1.º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á estabelecer regras gerais.

§ 2.º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.”

A competência concorrente, como assinala o Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA, compreende dois elementos: a) possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa; b) primazia da União no que tange à fixação das normas gerais (art. 23 e seus parágrafos) (25).

Ora, não se concebe a competência concorrente sem um elemento limitativo para a capacidade legiferante da União, como o expresso no parágrafo primeiro do artigo em questão. Do contrário, não haveria falar em competência concorrente, mas em mera competência suplementar, que admite até, em favor da União, a exclusão total do poder de legislação dos demais entes federativos.

Configura-se a competência concorrente pela possibilidade de disposição legislativa pelos Estados-Membros. Onde se permite que o Estado-Membro seja completamente despojado dessa possibilidade, não temos competência concorrente, mas sim de uma hipótese de suplementariedade, como no caso do parágrafo único ao art. 22, da Carta Magna.

A primazia da União é para editar normas gerais, as quais somente podem ser supridas pelo Estado-Membro na hipótese de ausência de legislação federal.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO discorre sobre esse tópico com a precisão de sempre:

“Do exame destes parágrafos (os quatro parágrafos do art. 24) resulta que, em princípio, a competência concorrente prevista no art. 24 com seus 16 itens não é cumulativa. A União é dado estabelecer, tão-somente, “normas gerais” (§ 1.º). Mas a falta da lei federal de normas gerais dá aos Estados a competência de suprir tal ausência (§ 3.º), quer dizer, ocorrendo tal falta, a competência se torna cumulativa. Contudo, a superveniência de normas gerais pro lei federal importa na perda da eficácia de eventuais normas estaduais com ela incompatíveis (§ 4.º). Note-se que perdem eficácia as normas gerais que o Estado houver editado com base no art. 24, § 3.º, como as normas específicas que ele houver estabelecido se conflitarem com as normas gerais postas pela nova legislação federal.” (26)

(25) AFONSO DA SILVA, José — *Curso de Direito Constitucional Positivo*, RT, São Paulo, 6ª edição, 1990, pág. 415.

(26) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves — *Finanças Públicas. Aspectos da Repartição de Competências. Comentários aos arts. 163 e 164. (Parecer)* in *Direito Constitucional Económico*, São Paulo, Saraiva, 1990, pág. 163.

Vejamos como a lei fundamental da República Federal da Alemanha cuidou da questão da legislação concorrente, cotejo que há de ser tomado com as cautelas de praxe quanto às diferenças de sistemas constitucionais:

Artigo 72 (legislação concorrente da Federação, definição)

(1) No domínio da legislação concorrente, cabe aos Estados a *faculdade de legislar*, desde e na medida em que a Federação não faça uso da sua faculdade legislativa.

(2) Cabe à Federação, neste domínio, o direito de legislação, desde que haja necessidade de uma regulamentação por lei federal, em virtude de:

1. um assunto não poder ser regulamentado satisfatoriamente pela legislação dos diversos Estados;

2. a regulamentação de um assunto pela lei de um Estado poder *prejudicar os interesses* de outros Estados ou os *interesses gerais*; ou

3. o exigir a manutenção da unidade jurídica e econômica, especialmente a manutenção da uniformidade das condições de vida para além do território de um Estado.

A vista do exposto, podemos concluir que uma norma não é “geral” simplesmente por ser editada pela União, nem essa generalidade se define em termos de *âmbito de validade pessoal da norma*. Além disso, não pode a União, discricionariamente, definir o que pode ser considerado “norma geral”, nos termos do § 1.º ao art. 24, constitucional, sem vulnerar a repartição de competências constitucional.

Donde resultam duas conclusões de relevante porte:

a) será inconstitucional qualquer legislação que discipline exaustivamente — se isso é possível — qualquer matéria no âmbito do art. 24 não deixando qualquer espaço para a necessária legislação estadual — salvo, é claro, se a hipótese consistir em competência exclusiva da União;

b) incondizente com o princípio federativo, também, qualquer interpretação que afirme essa exaustividade para qualquer norma federal, concluindo pela impossibilidade de o Estado federado expedir legislação específica sobre a matéria.

Um critério de peculiar interesse calcado na pertinência à ordem econômica Estadual, contribuirá, também, para desenhar com mais nitidez os contornos da competência legislativa estadual em matéria de Direito Econômico.

Oportuno salientar que essa pertinência não implica em interesse exclusivamente estadual, coisa inconcebível, uma vez que as causas em matéria econômica não são localizadas, e por menor que seja sempre há repercussão dos fatos econômicos em termos nacionais.

Em vista do exposto, parece indubitoso que o Estado pode intervir sobre o domínio econômico, nas modalidades por direção e indução, sempre naquilo que for seu interesse econômico específico, mas poderá intervir no domínio econômico, dele participando ou mesmo monopolizando?

Boa parte da doutrina, sob o regime anterior, inclinava-se no sentido da inconstitucionalidade da exploração de atividade econômica pelos Estados-Membros, isto é, da intervenção por absorção ou participação.

Opiniões dissonantes faziam-se ouvir, a nosso ver com acerto, admitindo a constitucionalidade dessa exploração. EROS GRAU, concluindo pela afirmativa — excluído o monopólio, jungido à lei federal — EROS GRAU (“Empresas Estatais no Estado de São Paulo”, *RDP*, 49-50, págs. 267 segs.) e CARLOS AYRES BRITTO, (“Exploração da Atividade Econômica por Estados-Membros e Municípios — Constitucionalidade”, *RDP* 70, págs. 269/70).

Exemplifica a atuação do Estado nas três modalidades o professor da Universidade de São Paulo:

“Assim teremos, no campo das intervenções por participação, nos Estados-Membros e nos Municípios, a constituição de sociedade, cujos objetivos não configuram uma verdadeira prestação de serviço público, visto como, v. g., voltadas ao exercício de atividades financeiras (nos Estados-Membros) e da realização de obras públicas e de estudos técnicos (nos Estados-Membros e nos Municípios), em regime de franca concorrência com o setor privado. Exemplo marcante a referir, além desses, é o da desapropriação, pelo Estado de São Paulo, das ações do capital da Sanderson do Brasil S/A — Produtos Cítricos (Decreto Estadual n.º 6.085, de 2-5-1975), do que resultou a Frutesp S/A — Agro Industrial, sociedade que durante alguns anos ficou sob o seu controle acionário, sendo posteriormente privatizada. . . Nas áreas das intervenções por indução, mencionam-se as políticas de incentivo e estímulo, setorial e regional, estaduais e municipais, ao desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, instrumentadas por via tributária, econômica e financeira. E, por derradeiro, no setor de intervenções por direção mencionem-se, como exemplos marcantes, as políticas, estaduais e municipais referidas à localização de atividades econômicas, que configuram, nitidamente, ação cogente sobre o comportamento dos agentes econômicos. De resto, cumpre também observar que são motivações distintas daquelas consignadas no art. 163 as que justificam a prática, pelos Estados-Membros e Municípios, de tais ações de intervenção.” (27)

Na mesma direção, merece destaque a lição do Prof. ROQUE ANTONIO CARRAZA, que, examinando o sistema anterior a propósito da competência para legislar sobre produção e consumo, preleciona:

(27) GRAU, Eros Roberto — *Elementos de Direito Econômico*, op. cit., págs. 73/74.

“A União, nestes campos, é defeso anular a competência do Estado, reduzindo-o a simples *satrapia*. As disposições do art. 13 da Lei das Leis — que prevêem, embora implicitamente, a aptidão dos Estados para dispoem sobre produção e consumo — não podem ser transformadas em expressões vazias, nem pela lei, nem pela interpretação. Isto faria perigar o próprio princípio federativo.

Daí porque, mesmo tendo a União competência para legislar sobre produção e consumo (art. 8.º, XVII, *d*, da CF), ela só pode fazê-lo com cautela, justamente para que não reste ferido o princípio federativo. Melhor explanando, tais leis só são válidas se *enquanto* veicularem “normas gerais de produção e consumo”.

É imperioso enfatizar, ao propósito, que apenas a legislação nacional que respeitar as exigências decorrentes do princípio federativo poderá ocupar-se com esse tema.

Inquestionável, deste modo, que só o que configurar *interesse nacional* (e. g., política nacional de preços, planejamento global da produção e do consumo, direitos genéricos dos consumidores etc.) é que haverá necessariamente de repercutir no âmbito dos Estados (quando, por evidente, lei federal cuidar do assunto). O mais será matéria de “peculiar interesse estadual” (ou, conforme o caso, de “peculiar interesse municipal”) e só o Estado poderá discipliná-la, seja criando competências vinculadas (a serem exercitadas estritamente pelo Executivo estadual), seja estabelecendo competências discricionárias, utilizáveis ao grado dos interesses de momento, captados pelo administrador público local. Num e noutro caso, porém, a legislação federal estará impedida de interferir em tais negócios típicos do Estado. Por outro giro verbal, será juridicamente vedado, à União — ainda que a pretexto de legislar sobre produção ou consumo ou mesmo, sobre direitos do consumidor — invadir áreas privativas da legislação dos Estados. Esta proibição — convém que se realce — não será fruto de uma reles liberalidade, mas, pelo contrário, decorrerá do princípio federativo, que, não há negar, sobrepaíra o precipitado art. 8.º, XVII, *d*, da CF.” (28)

Diametralmente oposta a esse entendimento, a Procuradora do Estado da Bahia ALICE GONZALES BORGES em trabalho à RDP 70, embora admitindo a “participação direta do Estado-Membro em atividades de exploração econômica, desde que se contenha nas balizas postas pelo art. 170 da Constituição Federal (então em vigor) e se resguarde o seu caráter não competitivo”, negava a possibilidade de intervenção por direção, dando-a por vedada.

(28) CARRAZA, Roque Antonio — *op. cit.*, pág. 100.

De lege ferenda, a autora propõe que esta competência seja partilhada com o Estado-Membro, afirmando que a dependência exclusiva de medidas federais vem neutralizando a aplicação dos princípios da ordem econômica como defesa do consumidor, controle do abastecimento, abusos contra a economia popular etc. “manietando a ação dos poderes estaduais, tornando-os virtualmente impotentes para a solução de problemas graves, cujos aspectos peculiares, regionalmente diversificados, jamais puderam ser satisfatoriamente resolvidos por órgãos de porte nacional como a Sunab, a CIP ou o CADE” (29).

Contudo, o sentido da inserção entre as competências estaduais do Direito Econômico é exatamente o mencionado pelo Prof. CARRAZA. O Estado-Membro pode legislar sobre essas matérias, observados os princípios da Ordem Econômica e determinadas pela lei federal as linhas gerais dessa legislação. Se havia dúvida, dissipou-a a nova Constituição, explicitando essa competência em seu art. 24, I. Consoante a lição do Prof. EROS GRAU:

“O Direito Econômico que a Constituição de 1988 refere, no seu art. 24, I, como matéria a respeito da qual compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal, concorrentemente legislar: ramo do Direito que se destina a, como observa FÁBIO COMPARATO, “traduzir normativamente os instrumentos da política econômica do Estado” (30).

É sobre sua própria ordem econômica, consistente nos interesses pre-valetentemente locais, que o Estado mobilizará os instrumentos jurídicos de política econômica admitidos pelo ordenamento positivo nacional.

A interpretação da Ordem Econômica estabelecida pela Constituição de 1988 também conduz ao entendimento em questão. Apesar da discussão que lavrava na doutrina anteriormente, a Constituição, tratando da disciplina da intervenção, não se referiu à espécie de lei — federal ou estadual — que a autoriza.

A exploração pelo Estado de atividade econômica inscreve-se no art. 173, que dispõe:

“Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

Trata-se de lei federal ou estadual? Anota EROS GRAU que no tocante à segurança nacional, sem dúvida nenhuma há de ser lei federal (31).

(29) GONZALEZ BORGES, Alice — A Autonomia dos Estados Federados e a Ordem Econômica e Social, in *Revista de Direito Público*, nº 70, pág. 142, abril/junho 84.

(30) GRAU, Eros Roberto — *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, São Paulo, RT, 1990, pág. 169.

(31) GRAU, Eros Roberto — *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* .. op. cit., pág. 274.

Mas, em se tratando do outro critério, relevante interesse coletivo, a situação muda de figura: ao contrário do que ocorre com a segurança nacional, trata-se agora de matéria de Direito Econômico. "Ora, as matérias de Direito Econômico", ensina o mestre, "estão atribuídas à competência legislativa concorrente da União e dos Estados-Membros (art. 24, I). E, sem dúvida, estamos, na hipótese, diante de matéria de Direito Econômico. De resto, o Estado agente normativo mencionado pelo art. 174 não é apenas a União; Estados-Membros são também albergados no vocábulo "Estado", no contexto deste art. 174".

Daí a conclusão de que essa lei, que definirá relevante interesse coletivo, tanto poderá ser lei federal quanto lei estadual. A esta cumprirá defini-lo desde a perspectiva do interesse (coletivo) predominantemente estadual" (32).

Com maiores dúvidas nos depararemos ao analisarmos a disciplina da exploração da atividade econômica em regime de monopólio na Constituição Federal. Aqui incursionamos sobre terreno minado. Mesmo com relação à União Federal há quem, como o Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA, não admita o monopólio fora das hipóteses estritamente indicadas no art. 177 (33). EROS ROBERTO GRAU debate longamente o tema, chegando à conclusão oposta de que o texto constitucional não é refratário a essa possibilidade (34). No que tange aos Estados-Membros, vale apenas notar que dificilmente se poderá sustentar o caráter específico ou local da monopolização de determinada atividade econômica.

O art. 174, disciplinador da intervenção sobre o domínio econômico, dispõe:

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

É ainda na doutrina do Prof. EROS GRAU que iremos buscar o exato sentido desse dispositivo:

"Do exame da regra verifica-se que o Estado — União, Estados-Membros e Municípios — há de atuar dispondo sobre e regulando a atividade econômica, expressão aqui tomada em sentido amplo. Competência normativa para tanto, em matéria de Direito Econômico, à União e aos Estados-Membros atribui o art. 24, I; ademais, no mesmo sentido, inúmeros outros preceitos constitucionais, entre os quais os do parágrafo único do art. 170, dos incisos VII e VIII do art. 22, etc. Além disso, também os

(32) GRAU, Eros Roberto — A Ordem Econômica na Constituição de 1988 ... op. cit., pág. 275.

(33) AFONSO DA SILVA, José — op. cit., pág. 676.

(34) V. GRAU, Eros Roberto — A Ordem Econômica na Constituição de 1988 op. cit., item 130, págs. 276/78.

Municípios, como União e Estados-Membros, dispõem normas de ordem pública que alcançam o exercício da atividade econômica.” (35)

Uma consideração derradeira se impõe. A questão do exercício da competência legislativa em matéria econômica pelos Estados-Membros não é só jurídica, mas também — e talvez principalmente — política. Não devem os Estados-Membros se esquivar dessa responsabilidade, pois, assumindo-a, que poderão contribuir para os resultados sociais colimados por toda organização política, pondo por terra de vez a equivocada acusação de que são meros “entes inflacionários”.

5. Conclusões

Alcançado este ponto da exposição, oferece-se o momento para sumariar as seguintes conclusões, lançadas para estimular o debate e a discussão sobre o tema:

1. A autorização constitucional para a intervenção do Estado-Membro no domínio econômico deflui da própria concepção fundamental do Estado Brasileiro — Estado Democrático de Direito e do princípio federativo que alberga.

2. A intervenção do Estado-Membro no Domínio Econômico baliçar-se-á pelo critério do peculiar interesse estadual — isto é, aquilo que é diretamente pertinente à ordem econômica estadual — de conformidade com a norma geral editada pela União e, em última instância, os cânones da Ordem Econômica consagrados pela Constituição Federal.

3. A instrumentalização jurídica das políticas públicas federais não poderá, sem vulnerar a Constituição, suprimir o espaço da autonomia econômica dos Estados-Membros ou torná-lo inoperante pelo excesso de legislação federal, repelindo-se qualquer interpretação nesse sentido como incondizente com o princípio federativo. Esse espaço, ademais, não se resume à mera execução, mas envolve inovação, desde que concernente às necessidades e peculiaridades locais.

4. Assim, goza o Estado-Membro de competência para legislar sobre Direito Econômico, (art. 24, I, CF), realizando intervenção em qualquer das modalidades desta, tudo isso como resultante de sua autonomia constitucional.

5. A realidade econômica brasileira, marcada por profundas desigualdades de desenvolvimento entre os Estados, aponta no sentido da necessidade de viabilização institucional das regiões, que, congregando os estados mais pobres, poderiam contrabalançar a sua dependência de fato, contribuindo para o equacionamento do grave problema das desigualdades regionais.

(35) GRAU, Eros Roberto — A Ordem Econômica na Constituição de 1988 ... op. cit., pág. 280.

Eqüidade e Jurisdição Constitucional: Notas sobre a Determinação Normativa dos Direitos Constitucionais

MARCUS FARO DE CASTRO

SUMÁRIO

1. *Introdução.*
 - 1.1. *Constituição e política.*
 - 1.2. *A injunção e os parâmetros normativos informais.*
2. *A eqüidade moderna como princípio de renovação histórica.*
3. *A justiça substantiva como elemento da crise institucional: o exemplo do direito de eqüidade inglês.*
4. *Conclusão: políticas públicas e a doutrina constitucional brasileira contemporânea.*

1. *Introdução*

1.1. *Constituição e política*

Toda Constituição moderna articula um projeto de organização política, como parte da construção histórica da sociedade. Por isso as Constituições, de um lado, procuram resolver as crises institucionais herdadas do passado histórico⁽¹⁾. De outro lado, contudo, o significado político, presente e futuro, das Constituições depende de como as normas constitucionais se realizam em práticas sociais e estatais concretas. Em outras palavras, o significado político das Constituições depende da maneira e do grau em que o projeto de organização política se articula e se difunde nos processos de estruturação da sociedade e do Estado. É nesse contexto que adquire importância o trabalho da elaboração doutrinária e jurisprudencial do direito das Constituições.

(1) Cf. estudos reunidos in Vernon Bogdanor (org.), *Constitutions in Democratic Politics*, Aldershot, Gower, 1988, pp. 173 e ss.

Como projeto de organização política, a Constituição brasileira de 1988 valorizou e ampliou, em maior medida do que as que a antecederam, os direitos e liberdades constitucionais. A lista aprovada de direitos e liberdades constitucionais é sem dúvida extensa, mas seu significado político e constitucional depende da atividade de determinação normativa exercida pelos órgãos da República. O conjunto de práticas sociais e estatais gerado por essa atividade condiciona tanto a estrutura institucional a que corresponde o projeto de organização política da Constituição quanto a sua viabilidade histórica.

Precipitada a crise política e social, os órgãos da República são levados a proceder em uma das seguintes direções. Podem gerar contradições institucionais patentes e extremas, tais como a que se caracteriza no confronto entre, de um lado, a adoção, pelo governo, de determinado conjunto de políticas econômicas que produzam a diminuição ou preterição de liberdades anteriormente obtidas ou presentemente desejadas por grupos sociais (como, por exemplo, as que se refletem diversamente em níveis salariais, regimes de propriedade, serviços assistenciais etc.); e, de outro lado, o compromisso institucional com princípios de leis gerais e doutrinas abstratas, administradas pelo Estado, inclusive o Judiciário, como critérios normativos da ordem constitucional, estabelecida em nome das liberdades que, paradoxalmente, se cerceiam na prática. A outra direção em que os órgãos da República são levados a proceder em situação de crise é a da implementação de reforma parcial do projeto de organização política, ou a de sua completa rejeição, mediante a dissolução das instituições políticas, com vistas à formulação de projeto histórico alternativo. Estes são os casos da emenda constitucional e de elaboração de nova Constituição.

Descartadas as hipóteses da emenda constitucional ou de nova Constituição, as contradições institucionais que se estabelecem através do trabalho de políticos, tecnocratas e tribunais geram pressões que atuam sobre a atividade de determinação normativa em geral, e ampliam o potencial de instabilidade difundido na estruturação prática do projeto de organização política expresso na Constituição. Por isso, a análise das atividades de determinação normativa conduzidas pelos diversos órgãos da República deve ser especialmente exercida, com elevado grau de apuro conceitual, pela doutrina e jurisprudência constitucionais⁽²⁾. A doutrina do mandado de injunção de base constitucional forma um dos campos de elaboração conceitual desse trabalho analítico.

1.2. *A injunção e os parâmetros normativos informais*

A Constituição brasileira de 1988 prevê, no art. 5.º, LXXI, a concessão de mandado de injunção, nos casos em que a falta de norma regulamentar

(2) Sobre o tema da jurisdição constitucional, ver discussão e referências em José Afonso da Silva, "Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional", in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, jan./jul. 1985, pp. 495-524.

represente obstáculo ao exercício de direito ou liberdade constitucional. Ao instituir a prestação do mandado de injunção, o dispositivo constitucional pela Constituição aos tribunais, no que se refere ao exercício da jurisdição referido suscita questão relevante para a definição dos poderes conferidos destinada a garantir o gozo dos direitos e liberdades constitucionais, cuja violação não possa ser caracterizada de acordo com os parâmetros oferecidos por textos normativos regulamentares em vigor. Com efeito, trata-se de definir qual o fundamento normativo, subordinado e complementar ao texto constitucional, que oferece os elementos norteadores da concessão dos mandados de injunção. Na falta de base normativa formal — a saber, a norma regulamentar — há que precisar a amplitude do poder conferido pela Constituição ao Judiciário, para a concessão das injunções previstas no art. 5.º, LXXI. Obviamente, tal poder não é, e nem deve ser, absoluto; contudo, considerá-lo inexistente, ou não exercê-lo, em flagrante prejuízo ao gozo de direitos e liberdades constitucionais, equivaleria a transformar em letra morta o dispositivo constitucional citado.

Nas tradições jurídicas modernas, a injunção aparece, certamente em sua forma mais desenvolvida, no direito anglo-saxão. Sua base histórica e doutrinária é a tradição jurisprudencial estabelecida através do exercício da jurisdição especial, que se diferenciou, no final da Idade Média, das atribuições gerais até então reconhecidas à chancelaria do monarca inglês (3). Seria um erro admitir que o art. 5.º, LXXI, da Constituição brasileira se refira à aplicação, por tribunais brasileiros, do direito de equidade inglês medieval, ou das doutrinas que com base neste se desenvolveram ao curso dos séculos, e que oferecem parte dos instrumentos normativos do direito anglo-saxão hodierno.

Contudo, como noção geral, a equidade se insere entre os vários conjuntos de parâmetros normativos informais, que se manifestam diversamente nos diferentes sistemas legais contemporâneos (4). Tais parâmetros se confundem, em larga medida, com a construção doutrinária e jurisprudencial das cláusulas legais e constitucionais de conteúdo substantivo reconhecidamente variável (5). De fato, enquanto prescrição formulada pelo Judiciário para suprir a falta de norma formal incidente, a injunção se relaciona ao poder genérico dos tribunais de recorrerem a parâmetros normativos informais, que se articulam, mais apropriadamente, através da atividade de determinação normativa estruturada nas hierarquias dos tribunais admi-

(3) Ver adiante notas 23 a 41 e texto correspondente.

(4) Ver Ralph Newman (org.), *Equity in the World's Legal Systems*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1973.

(5) Cf. Chaim Perelman e Raymond Vander Elst (orgs.), *Les Notions à contenu Variable en Droit*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1984.

nistrativos ou judiciais⁽⁶⁾. Contudo, tais parâmetros informais não podem refletir o puro arbítrio do julgador ou o simples interesse da parte litigante. Por outro lado, não devem simplesmente reproduzir o senso comum, que é permeável a toda sorte de preconceitos e ideações irracionais. É necessário, portanto, que elementos doutrinários e teóricos sustentem intelectualmente os critérios das decisões judiciais fundamentadas em tais parâmetros normativos informais, os quais formam sínteses racionais de orientação política. O esforço da filosofia do direito deste século pode ser entendido como o de elaboração desses elementos doutrinários e teóricos. As fórmulas genéricas, de tendência universalística, dificultam a elaboração abstrata de fatores contingentes, situados em tradições e contextos políticos específicos. Não obstante, a exposição de certos conceitos genéricos faz-se necessária em fase preliminar às análises substantivas.

Como parte da tarefa de sustentação teórica da doutrina constitucional relativa ao art. 5.º, LXXI, da atual Constituição brasileira, é preciso que se determine o significado do conceito de equidade enquanto base histórica dos parâmetros normativos informais em geral. Tal exame tem por objetivo precisar conceitos úteis ao desenvolvimento da doutrina especial do art. 5.º, LXXI, da Constituição brasileira de 1988.

Dois são os temas desenvolvidos abaixo. O primeiro diz respeito à distinção entre os conceitos de equidade antigo e moderno. Se, como no caso do direito anglo-americano, a equidade pode ser tomada como base normativa da injunção, certamente não se trata da concepção de equidade a que se referiam os pensadores antigos e medievais, na tradição do direito natural. É o que adiante se discutirá.

O segundo tema abordado abaixo se refere ao caráter político da atividade jurisdicional comprometida com ideais de justiça substantiva. As doutrinas anglo-saxãs do direito de equidade exemplificam como tal atividade jurisdicional, baseada em parâmetros normativos informais, fornece elementos para a construção histórica da sociedade. A justiça substantiva do direito de equidade inglês concorreu para a formação do direito anglo-saxão moderno e constitui um importante corpo de princípios dos sistemas de direito contemporâneos que integram aquela tradição jurídica. Contudo, conforme adiante se indica, o direito de equidade inglês inicialmente exerceu, como prática de justiça substantiva relacionada à modernização econômica e política, pressões desestabilizadoras das instituições

(6) As limitações dos processos administrativo e legislativo para a elaboração de normas apropriadas às situações emergentes nas sociedades contemporâneas são discutidas em André Hauriou, "Le Droit Administratif de l'Aléatoire", in Jacques Basso, Robert D'Avril e outros, *Mélanges Offerts à Monsieur le Doyen Louis Trotabas*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1970, pp. 197-225; Roscoe Pound, *The Formative Era of American Law*, Gloucester, Peter Smith, 1960, pp. 38-80; e Guido Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1982. Cf. também Georges Ripert, *Le Déclin du Droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, pp. 157-161 e *passim*.

vigentes. Tais pressões encontram sempre um limite, condicionado por fatores político-institucionais correntes, cujo impacto sobre a ordem política da sociedade tem em geral permanecido fora do âmbito da elaboração doutrinária do direito constitucional. No caso do direito inglês, essas pressões foram neutralizadas pela relativa formalização do direito de equidade, combinada com o relativo declínio do formalismo do direito comum, no contexto da consolidação conceitual do direito e do constitucionalismo liberais nos séculos dezoito e dezenove, de que resultou a fusão de ambas as formas de jurisdição mencionadas.

2. A equidade moderna como princípio de renovação histórica

Como se sabe, o conceito de equidade ou justiça não é exclusivamente moderno. Sua origem remonta à filosofia política clássica e aos primórdios da tradição greco-romana do direito natural. Essa tradição formulou a idéia da ordem harmônica do cosmos, em que se integra a ordem política e social. De acordo com as doutrinas da antiguidade, a sociedade política existe, não como resultado de critérios preferidos por atores sociais, dotados de consciência autônoma, mas sim como necessidade inerente à ordem natural⁽⁷⁾. A ênfase do pensamento antigo na ordem perene da natureza como fundamento da organização política, portanto, excluía a determinação da estrutura das relações humanas com base na volição ou inteligência autônoma dos atores sociais⁽⁸⁾. A idéia de contrato, assim como a de equidade ou justiça, na teoria do direito natural antigo, supõem a referência, não a volições autônomas de autores sociais, que devam ser protegidas em si mesmas, mas sim ao todo harmônico da ordem natural e aos critérios normativos equilibradores que dela se derivam⁽⁹⁾. Equidade ou

(7) Ver Aristotle, *The Politics*, 1252 a 24-1253 a 39.

(8) Daí a hierarquia, revertida na modernidade, de dependência do cidadão relativamente à ordem política estabelecida na polis, tida como necessária à realização da natureza humana. Cf. Jürgen Habermas, *Theory and Practice*, Boston, Beacon Press, trad. 1973, pp. 41-42. Argumentos a respeito do contraste entre o antigo e o moderno em política freqüentemente sugerem o dualismo em que se contrapõem, de um lado, a liberdade individual moderna e, de outro, a prática de participação cívica dos antigos caracterizada como sujeição do indivíduo à coletividade política. Ver, por exemplo, Benjamin Constant, *Cours de Politique Constitutionnelle*, Paris, Librairie de Guillaumin & Cie, 1872 (reimpr. Genève, Slatkine, 1982), vol. II, pp. 204 e ss. O tema pode, contudo, ser visto a partir de ângulo distinto, a saber, o que se relaciona ao dualismo constituído do contraste entre, de um lado, a liberdade antiga, vista como condição subordinada à ordem natural, cuja necessidade é filosoficamente postulada; e, de outro, a liberdade moderna enquanto capacidade de resistência ou oposição à ordem ditada pela natureza ou simplesmente herdada do passado histórico. Sobre esta última perspectiva, cf. J. Habermas, *op. cit.*, pp. 50 e ss. Sobre o tradicionalismo no Brasil, inclusive em sua formulação jusnaturalista, ver referências em Ubiratan de Macedo, "O Tradicionalismo no Brasil", in Adolpho Crippa (org.), *As Idéias Políticas no Brasil*, São Paulo, Editora Convívio, 1979, pp. 227-248.

(9) Cf. Michel Villey, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, Paris, Les Éditions Montchrestien, 1968, pp. 36-68; e Constantin Destopoulos, "La Notion de Synallagma chez Aristote", in *Archives de Philosophie du Droit*, vol. XIII, Paris, Sirey, 1968, pp. 115-127.

justiça, no contexto do direito natural antigo, significa dar a cada um o que lhe é devido, a sua justa medida, de acordo com a ordem harmônica filosoficamente atribuída ao universo e à sociedade. É com o sentido de participação na ordem do cosmos que a definição de *jus* como *ars boni et aequi* aparece nas primeiras linhas do Digesto de Justiniano⁽¹⁰⁾. A referência à ordem necessária da natureza, como modo de determinação da ordem política e social, se transmite ao pensamento tomista⁽¹¹⁾, que, sancionado pela Igreja, prepondera durante grande parte da Idade Média.

A influência das doutrinas nominalistas e da teologia protestante modificam, na Idade Moderna, o significado do conceito de direito natural. Para o pensamento moderno, a natureza não é mais concebida como um todo harmônico, mas, ao contrário, como uma fundamental interrogação, que convida à especulação filosófica e científica. A certeza da ordem cósmica dos antigos, substitui-se a dúvida cartesiana, a curiosidade teórica⁽¹²⁾. Por outro lado, o declínio da confiança filosófica em uma ordem natural predeterminada, e nos dogmas ontoteológicos do catolicismo medieval, contribui para a formação da possibilidade perene do conflito político, estudada por Hobbes e Maquiavel.

O conceito moderno de equidade ou justiça, portanto, está ligado ao surgimento da noção do direito natural moderno, como possibilidade constante de renovação histórica e de realização da liberdade individual, que se concebe imune a constrangimentos que não sejam articulados e aceitáveis politicamente. A noção moderna de equidade ou justiça, por isso, relaciona-se também à idéia de liberdade individual politicamente estruturada⁽¹³⁾. Na formação histórica dos Estados nacionais, desde o final da Idade Média até o século dezenove, a idéia de liberdade em sua relação

(10) *The Digest of Justinian*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1985, vol. I, Livro 1.1. Ainda que se conceda algum peso ao fato de que as doutrinas estoicas sejam possíveis precursoras de idéias modernas de liberdade e se tenham difundido entre os romanos, a motivação teórica dos juristas daquela sociedade não é considerada um fato plausível. Sobre a improvável divisão dos juristas romanos em escolas teóricas, cf. Herbert Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1972, pp. 378-380. A idéia romana de *aequitas* não deve, portanto, ser considerada como equivalente à de equidade, que se desenvolveu mais tarde, embora seja aceitável supor que para a elaboração desta última tenham contribuído Cícero e Lactantius como propagadores da doutrina estoica da ordem natural. Sobre este último ponto, cf. Ernst Bloch, *Natural Law and Human Dignity*, Cambridge, MIT Press, trad. 1988, pp. 17-24.

(11) Cf. M. Villey, *op. cit.*, pp. 123-134.

(12) Ver Hans Blumenberg, *The Legitimacy of the Modern Age*, Cambridge, MIT Press, trad. 1983, pp. 229 e ss.

(13) Para a formação do conceito moderno de organização política baseada em direitos individuais, contribuam as doutrinas eclesásticas precursoras do constitucionalismo. Cf. Quentin Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, vol. II, pp. 114-123.

com práticas sociais concretas ganhou expressão detalhada nas doutrinas jurídicas da propriedade e da liberdade de contratar⁽¹⁴⁾, que foram incorporadas ao conceito mesmo de Constituição⁽¹⁵⁾. Essa foi a obra de consolidação conceitual do constitucionalismo, como corrente do pensamento liberal, que, enquanto justificação das práticas sócio-econômicas, teve caráter marcadamente privatístico, virtualmente excluindo o detalhamento doutrinário da estruturação político-administrativa das liberdades recentemente instituídas. A crise do liberalismo⁽¹⁶⁾ e a reorganização, a partir do final do século dezenove, das doutrinas jurídicas que lhe eram próprias⁽¹⁷⁾ determinaram o questionamento, que permanece até hoje, da consolidação conceitual específica estabelecida no constitucionalismo liberal. A técnica constitucional pós-liberal introduziu, ao lado dos direitos individuais, os sociais ou coletivos, a que os juristas adicionaram as doutrinas de direito público justificadoras da atividade estatal exorbitante da estrita administração do direito privado liberal.

O questionamento da consolidação conceitual do constitucionalismo liberal, porém, aparece, aos olhos de muitos autores⁽¹⁸⁾, como a simples destruição da ordem normativa estruturada pelo pensamento político e jurídico dos séculos XVIII e XIX. Um dos expedientes teóricos a que se recorreu para fugir ao que se percebeu como possível destruição das liberdades doutrinariamente consagradas no constitucionalismo liberal foi precisamente a reintrodução, no pensamento jurídico, da teoria do direito natural antigo⁽¹⁹⁾, ou outras a esta semelhantes na exigência do vínculo de referência a uma ordem natural necessária, filosoficamente postulada. Alternativamente, propõem-se teorias normativas formalistas, associadas aos positivismos jurídicos⁽²⁰⁾. Essas teorias, porém, são todas elas opostas à

(14) Ver André-Jean Arnaud, *Les Origines Doctrinales du Code Civil Français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, pp. 171-214.

(15) Ver "Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août, 1789", in Maurice Duverger (org.), *Constitutions et Documents Politiques*, Paris, Presses Universitaires de France, 1966, pp. 3-4.

(16) Cf. Guido de Ruggiero, *The History of European Liberalism*, Boston, Beacon Press, trad. 1959, pp. 417-433.

(17) Cf. Alexander Alvarez, Léon Duguit e outros, *The Progress of Continental Law in the Nineteenth Century*, New York, Augustus M. Kelly, trad. 1969.

(18) Ver, por exemplo, Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago, Chicago University Press, 1960, pp. 234-249.

(19) Cf. Guido Fasso, *Storia della Filosofia del Diritto*, Bologna, Società editrice il Mulino, 1970, vol. III, pp. 305-309; e Charles Haines, *The Revival of Natural Law Concepts*, Cambridge, Harvard University Press, 1930, pp. 273 e ss. Ver também Carl Friedrich, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Zahar, trad., 1965, pp. 196-207.

(20) Cf. Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California Press, trad. 1967; Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961; e Niklas Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, London, Routledge, Kegan & Paul, trad. 1985.

possibilidade de renovação histórica combinada com a proteção da liberdade individual politicamente estruturada, ambos elementos expressos no pensamento político moderno e no conceito de justiça ou equidade que lhe é associado.

Teoricamente liberada da referência conceitual necessária à ordem cósmica preconstituída, característica do pensamento antigo, a idéia moderna de justiça ou equidade introduz a possibilidade de elaboração normativa em desafio aos critérios de estruturação política e social herdados do passado histórico. Assim, a capacidade de superação da autoridade puramente tradicional, ou transformada em rotina destituída de fundamento explícito na inteligência ou volição autônoma dos atores sociais, torna-se a essência da justiça substantiva moderna, de que foi exemplo a atividade jurisdicional geradora do direito de equidade inglês do século quatorze ao século dezessete. Contudo, paralelamente à justiça substantiva moderna, e comumente ostentada como superior a esta, desenvolveu-se também a justiça formal moderna (fundamentada nos conceitualismos e positivismos jurídicos), declaradamente comprometida com a proteção das estruturas políticas garantidoras do exercício da liberdade individual, porém incapaz de contribuir para a renovação histórica da sociedade, quando as instituições sociais e políticas presentes se mostram inadequadas para propiciar a experiência da liberdade a grupos sociais subalternos e às massas vilificadas na opressão ou no consumismo alienado.

O ideal de restabelecimento de uma ordem que se considera desaparecida ou ameaçada sob condições de crise, mas cujos fundamentos não são analisados em sua dimensão política, determinada esta com base na inteligência ou volição autônoma, presente e contextualizada, dos atores sociais, é sem dúvida congruente com a teoria do direito natural antigo, ou outras que lhe são equivalentes. Esse ideal, e as filosofias jurídicas que o acompanham, porém, não fornecem os instrumentos teóricos aptos a apoiarem a formação de parâmetros normativos informais, capazes de serem empregados na elaboração dos meios de preservação da liberdade individual politicamente estruturada e de sustentação da possibilidade de renovação histórica da sociedade, que definem o conceito moderno de justiça ou equidade.

3. *A justiça substantiva como elemento da crise institucional: o exemplo do direito de equidade inglês*

O constitucionalismo liberal sem dúvida visou à superação dos princípios de organização das sociedades pré-modernas, pois nestas não existiam meios institucionais apropriados ao exercício da volição ou inteligência autônoma, como bases originárias da estruturação política da liberdade e das condições de renovação histórica. O processo de modernização ins-

titucional, contudo, não foi, e nem poderia ter sido, idêntico em todas as sociedades. Se a centralização político-administrativa constituiu um elemento necessário à formação dos Estados nacionais⁽²¹⁾, a implementação dos modos de interação social apropriados ao exercício da liberdade individual representava uma tendência oposta à disciplina política centralizante. As técnicas do constitucionalismo liberal, no que respeita a concepção de estruturação social mediante o exercício da liberdade sob as formas da autonomia da vontade contratante e da propriedade, forneceram um modelo de sucesso histórico, comprovado pela multiplicação das instituições liberais na esteira das conquistas napoleônicas. Porém, a contradição entre o ideal de proteção das liberdades consagradas pelo constitucionalismo liberal e a necessidade de formação ou manutenção da unidade política dos Estados nacionais sempre foi real, e sempre gerou pressões tendencialmente desestabilizadoras dos processos estatais, politicamente relacionadas às vicissitudes históricas de cada sociedade. No caso da formação nacional brasileira, os movimentos de escalada e retrocesso de tais pressões manifestam-se claramente, como se sabe, a partir das crises políticas que ameaçaram a integridade do Império⁽²²⁾.

O potencial de desestabilização dos processos estatais hoje está ligado à atuação das burocracias administrativas e à política de massa. Contudo, sob condições históricas modernas, em que nem o costume local nem o direito natural antigo fornecem as bases políticas da interação social, a tendência, inerente ao constitucionalismo liberal, de desestabilização dos processos sociais e estatais específicos consagrados por essa corrente do pensamento jurídico-político, pode-se equiparar à que se desenvolve na atividade jurisdicional comprometida com ideais de justiça substantiva, exercida sempre com base em parâmetros normativos informais. O conflito entre o direito comum inglês e as doutrinas jurídicas elaboradas, desde o século quinze até os séculos dezoito e dezenove, através do exercício da jurisdição do direito de equidade, surgida na tradição política anglo-saxã, fornece um exemplo dessa relação. É o que se examina a seguir.

A partir da conquista normanda em 1066, o complexo mosaico de direitos feudais que então prevaleciam na Inglaterra sofre a crescente influência da centralização político-administrativa promovida pela Coroa. Um dos resultados do impulso centralizador que se introduz a partir do século onze naquela sociedade foi a criação do direito comum inglês, como base da organização social politicamente unificada sobre o território. A atividade das cortes reais, ao administrar o direito unificante da centraliza-

(21) Ver Charles Tilly (org.), *The Formation of National States in Western Europe*, Princeton, Princeton University Press, 1975.

(22) Ver Sérgio Buarque de Holanda (org.), *História Geral da Civilização Brasileira*, São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1964, tomo II, vol. 2.

ção política, gera gradualmente um sistema de formas de ação, em que procedimentos caracterizados pela rigidez formal são associados à expedição de ordens escritas (*writs*), destinadas a gerir situações práticas específicas. Porque, à semelhança do direito romano pré-clássico, o direito comum inglês era, inicialmente, destituído de base doutrinária conceitual independente do sistema empírico das formas de ação, o alargamento da jurisdição das cortes de direito implicava na multiplicação das formas de ação em proporções excessivas. A formalização conceitual das doutrinas do direito inglês veio com o tempo, por obra das cortes e dos juristas (23).

Porém, o que interessa para o presente argumento é que o direito comum inglês sofre, desde os séculos quatorze e quinze, a competição de um corpo de doutrinas que gradualmente se desenvolve a partir do centro orgânico do poder monárquico. Com efeito, a competência do escrivão ou chanceler real aos poucos se diferencia daquela reconhecida ao Conselho do Rei (24). A jurisdição diferenciada inicialmente inclui a autoridade para dispor sobre matérias relativas a comerciantes estrangeiros, bem como as de direito marítimo e direito eclesiástico. Contudo, mais importante do que esse aspecto da competência do chanceler, é a autoridade, que este adquire, de dispor sobre os casos em que o direito comum não poderia se aplicar, seja em virtude de momentânea perturbação da ordem social, seja em consequência da falta mesma de normas apropriadas ao julgamento dos conflitos de interesse que se apresentavam. Essa é a origem do direito de equidade inglês (25).

Em muitos de seus aspectos, o desenvolvimento do direito da equidade inglês ocorreu em oposição ao direito comum. Um traço importante dos poderes exercidos sob a jurisdição do direito de equidade era o fato de que os julgamentos não eram limitados pelas formas das ações características do direito comum. Ao contrário, a base da jurisdição do direito da equidade era o poder, tipicamente inquisitorial e independente do direito comum, de investigar a formação da vontade da parte e de impor a esta última, sob ameaça de se fazerem incidir penalidades, determinada conduta, como por exemplo o comparecimento perante o tribunal, ou o cumprimento de obrigação pessoal pactuada em contrato (26).

(23) Ver Theodore Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1956, pp. 381-382; e S. Milson, *Historical Foundation of the Common Law*, Boston/London, Butterworths, 1931, pp. 4-5 e 37 e ss.

(24) Ver William Holdsworth, *A History of English Law*, London, Methuen, 1956, vol. I, pp. 395-404.

(25) *Id.*, p. 405; e S. Milson, *op. cit.*, pp. 82-86.

(26) Cf. William Blackstone, *Commentaries on the Law of England*, Oxford, Clarendon Press, 1768, Livro III, capítulo XXVII.

É significativo que parte do direito real anglo-saxão, que integra o conjunto de normas reguladoras da economia política nos países inseridos naquela tradição jurídica, provenha das doutrinas elaboradas a partir da jurisprudência estabelecida pelos chanceleres ingleses. É o caso do direito dos *trusts* (27), originado das doutrinas elaboradas na jurisdição de equidade, que determinaram a ordenação oficialmente reconhecida das relações referentes aos usos e à transmissão da propriedade com base em relações fiduciárias (28). Esse direito foi desenvolvido como resposta às limitações do direito comum. As doutrinas referentes a relações fiduciárias propiciaram a disciplina inovadora do direito relativo à transmissão da propriedade, de modo a prevenir a incidência, sobre a transferência ou o estabelecimento do uso desta última, de encargos feudais, tais como a obrigação de prestar serviços ou a de pagar impostos (29). Assim sendo, as doutrinas de equidade relativas aos usos e à transmissão da propriedade com base em relações fiduciárias tiveram efeitos sobre as condições da economia da propriedade predial na Inglaterra, que se tornou menos dependente da malha de relações feudais sobre a qual se estruturava a sociedade. Por outro lado, as mesmas doutrinas afetaram também o tesouro da Coroa, já que o rei, como senhor dos vassalos do reino, era credor de muitas obrigações feudais e sujeito a nenhuma condição de vassalagem. Daí a introdução da famosa Lei Dos Usos, adotada por Henrique VIII em 1537, em que o monarca procurou limitar drasticamente a prática da transmissão de propriedade com base em relações fiduciárias (30). Mais tarde, porque a própria capacidade de administração financeira da Coroa se desvinculou do exercício de direitos feudais, tipicamente hereditários (31), os direitos fiduciários relativos à propriedade permaneceram sob a forma do *trust* e de gravames reais modernos (32).

(27) Ver Philip Pettit, *Equity and the Law of Trusts*, London, Butterworths, 1984.

(28) Sobre o desenvolvimento histórico dos usos e direitos reais de base fiduciária, ver S. Milson, *op. cit.*, pp. 86-88 e 200 e ss.

(29) O estabelecimento dos usos evitava que tivessem efeitos legais os encargos feudais designados por *incidents of tenure*, os quais com o tempo haviam adquirido valor econômico expressivo. Cf. John Baker, *An Introduction to English Legal History*, London, Butterworths, 1979, pp. 204 e ss.; e S. Milson, *op. cit.*, pp. 107-110 e 202 e ss.

(30) Ver T. Plucknett, *op. cit.*, pp. 533-587; S. Milson, *op. cit.*, pp. 219-221; e J. Baker, *op. cit.*, pp. 210-219.

(31) Isto se deveu em parte à modernização fiscal, refletida na criação de impostos incidentes, não sobre a propriedade feudal, mas sobre a renda, a produção e circulação de mercadorias etc. Cf. J. Baker, *op. cit.*, pp. 218-219. Outro fator que contribuiu para o mesmo fim foi o desenvolvimento do sistema financeiro inglês, que propiciou, desde a criação do Banco da Inglaterra em 1694, a introdução de práticas de amplo endividamento da Coroa mediante empréstimos a longo prazo. Sobre esta matéria, ver Peter G. M. Dickson, *The Financial Revolution in England*, London, Macmillan, 1967.

(32) Ver Frederic Maitland, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, pp. 23 e ss.; e W. Holdsworth, *op. cit.*, vol. VI, pp. 640 e ss.

Obviamente, essa não foi a única área substantiva em que o direito de equidade introduziu elementos inovadores no direito comum inglês⁽³³⁾. Contudo, a referência à doutrina dos usos e outros direitos reais de base fiduciária moderna é suficiente para indicar que a modificação do sistema de normas em vigor ocorreu no contexto de contradições institucionais importantes. Isto significa que a modernização do direito da propriedade na tradição jurídica inglesa, inclusive suas conseqüências econômico-políticas, esteve ligada a uma crise institucional que tomou a forma do conflito entre o direito de equidade e o direito comum ingleses, e da diferenciação de competências estatais que a este conflito foi associada. O caráter político da crise ficou patente não apenas nos esforços do monarca em reduzir, durante certa época, o desenvolvimento dos direitos reais de base fiduciária moderna, mas também no confronto entre o poder exercido pelas cortes do direito comum e o que era exercido pela chancelaria da Coroa. No contexto desse confronto, foram adotados decretos reais nos séculos quatorze e quinze, que procuravam limitar o acesso, à justiça de equidade, das partes em processo julgado sob o direito comum⁽³⁴⁾. Não obstante, a aplicação desses decretos ficou prejudicada pela ordem expedida por James I em 1616, que favorecia a manutenção da competência do chanceler, em detrimento da que era atribuída aos juizes do direito comum⁽³⁵⁾.

No século dezessete o debate político em torno desse conflito de jurisdição se intensificou, chegando a gerar, em 1676-1677, polêmica travada na Câmara dos Comuns, de que resultou uma resolução adotada por aquele órgão, mediante a qual se condenava a extensão da competência da chancelaria e se recomendava a elaboração de lei para abrogar a jurisdição de equidade e seu potencial subvertedor da ordem legal. Em 1690 um projeto de lei foi introduzido no parlamento tendo por objeto a limitação da competência do chanceler. Argumentou-se, com base na Carta Magna, que o direito de equidade ameaçava a ordem estabelecida pelo direito comum. Preponderou, contudo, o argumento favorável à manutenção dos poderes exercidos sob a jurisdição do direito de equidade, de que a limitação dessa jurisdição traria dificuldades materiais e injustiças extremas, com graves conseqüências, que os instrumentos do direito comum eram por si mesmos incapazes de evitar. O projeto de lei foi então rejeitado⁽³⁶⁾.

A partir dessa época, o direito de equidade inglês gradualmente se formaliza em corpos doutrinários mais ou menos determinados, e tem início o processo de fusão, finalizado no século dezenove, dessas doutrinas com

(33) Id.

(34) Ver. W. Holdsworth, *op. cit.*, vol. I, p. 462.

(35) Id.

(36) Id., p. 464.

as do direito comum, como parte do processo de consolidação conceitual do direito e do constitucionalismo liberais⁽³⁷⁾. Com a fusão, neutraliza-se o potencial desestabilizador da justiça substantiva praticada com base no direito de equidade inglês. Não somente Dickens critica os absurdos do formalismo burocrático que se tornou característico do direito de equidade inglês do século dezanove⁽³⁸⁾, mas também a rigidez gradualmente alcançada pelo sistema de direito inglês em geral encoraja a pregação de reformistas como Bentham e Mill.

Apesar da fusão com o direito comum, a tradição do direito de equidade inglês teve conseqüências importantes no futuro, inclusive no campo da doutrina constitucional contemporânea. Com efeito, exportado aquele direito para as colônias, mantiveram estas, após a independência, a jurisdição de equidade historicamente originada na metrópole. Forneceram-se assim as bases para a atividade jurisdicional da Suprema Corte norte-americana⁽³⁹⁾, que no seu desenvolvimento abrangeu áreas cruciais, como a relativa à definição dos direitos civis, os quais, como se sabe, foram ampliados entre os anos 50 e 80 deste século, em grande parte por obra da jurisprudência constitucional gerada por aquele tribunal, possivelmente em consonância com anseios expressos em movimentos populares⁽⁴⁰⁾. É contudo incorreto pensar que a tradição do direito de equidade na esfera da doutrina constitucional, tal como cultivada nos Estados Unidos da América, se orienta de acordo com movimentos de opinião unívocos, ou critérios normativos a salvo da controvérsia política. Exemplo claro disso foi o desenvolvimento da injunção trabalhista (cuja validade foi corroborada pela Suprema Corte) no final do século dezanove, sobre que influíram os reclamos normativos conflitantes dos proprietários e os dos trabalhadores, em meio a agitações sociais extremas⁽⁴¹⁾.

4. Conclusão: políticas públicas e a doutrina constitucional brasileira contemporânea

(37) Cf. id., p. 465-469; e id., vol. VI, pp. 640-671.

(38) Ver Charles Dickens, *Bleak House*, Harmondsworth, Penguin, 1971.

(39) A Constituição norte-americana dispõe (article III, section 2) que o Poder Judiciário compreende a jurisdição do direito comum e a da equidade.

(40) Para uma descrição histórica e uma avaliação desfavorável da justiça substantiva constitucional praticada pela Suprema Corte norte-americana, ver Gary MacDowel, *Equity and the Constitution*, Chicago, University of Chicago Press, 1982. Para um argumento favorável à justiça substantiva constitucional norte-americana, ver o ensaio de L. Tribe, "Constructing the Sounds of Congressional and Constitutional Silence", in Laurence Tribe, *Constitutional Choices*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 29-44.

(41) Cf. Arnold Paul, *Conservative Crisis and the Rule of Law*, New York, Harper Torchbooks, 1969, pp. 104 e ss.

A fusão do direito da equidade com o direito comum dos sistemas jurídicos da tradição anglo-saxã, no contexto da consolidação conceitual do constitucionalismo liberal, tornou obscuro o significado que as doutrinas elaboradas sem vinculação a uma base normativa formal adquirem face às crises econômico-políticas. Por outro lado, nas tradições jurídicas civilistas originadas no continente europeu, os parâmetros normativos informais se desenvolveram sem relação genética com o direito de equidade inglês, embora tenham adquirido as mesmas características deste, no que respeita a sua função política. A justiça substantiva praticada pelo direito de equidade inglês, como se mostrou acima, trazia elementos desestabilizadores da ordem instituída e administrada sob o direito comum. O caráter político desse potencial de desestabilização foi patente e sua relação com a economia política, inegável. Contudo, a importância da justiça substantiva para a elaboração do direito constitucional como campo doutrinário autônomo e de teor marcadamente político não era proeminente. De qualquer modo, as possibilidades de sustentação da prática de justiça substantiva de valor constitucional, articulada com base em sínteses doutrinárias de direcionamento político, que são os parâmetros normativos informais, se torna extremamente problemática sob as condições políticas e institucionais que prevalecem nas sociedades democráticas que sucederam as liberais do século passado⁽⁴²⁾.

De fato, no contexto das experiências políticas contemporâneas em que se procurou preservar a maioria dos traços definidores do constitucionalismo liberal, as atividades de determinação normativa do Estado não têm sido capazes de definir com precisão as formas de interação econômica que expressem adequadamente, e de modo compatível com a satisfação da liberdade dos diversos grupos e indivíduos sob uma estrutura política coesa, as aspirações da sociedade enquanto fonte moderna da soberania. Daí a tendência à crise, mais evidente nas sociedades parcialmente modernizadas como a brasileira, e a necessidade de se instituírem políticas governamentais que desloquem no espaço e/ou no tempo o ônus econômico-político da ordem estabelecida. Tal deslocamento se realiza através de instrumentos econômico-políticos como, entre outros, a expansão do déficit público, o endividamento público interno e externo e a transferência de determinadas expectativas condicionantes da crise para o contexto das ações econômicas e políticas no plano internacional público e privado. Vetadas por força de circunstâncias políticas ou simplesmente fracassadas as ações governamentais de diferimento do ônus econômico-político resultante da crise, surge a necessidade de se instituírem regimes que promovam efetiva modificação das condições sócio-econômicas correntes. Reformas

(42) Cf. discussões contidas L. Tribe, *op. cit.*; G. MacDowell, *op. cit.*; e Jean Rivoire, *Le Conseil Constitutionnel et les Libertés*, Paris, Economica, 1987, pp. 139 e ss.

estruturais modernizantes e formas convencionais de privatização das tensões políticas são opções que apontam em direções opostas, embora possam ser combinadas a serviço de programas de ação política específicos, que em alguma medida as inovem em seu conteúdo substantivo. Contudo, as possibilidades de modificação das condições da crise não são legitimamente determináveis de modo independente do confronto político. Por isso não se pode conceder que a influência da crise econômico-política sobre a *viabilidade de uma constituição em sua forma original se exerce em medida inversa à capacidade do Estado de contornar, mediante ações repressivas ou difusamente opressivas, obstáculos à estruturação prática do projeto de organização política expresso na Constituição*. Se as atividades de determinação normativa do Estado forem orientadas para simplesmente perpetuar a crise, ainda que transformada em fenômenos como a inflação, o desemprego ou baixos níveis de investimento, perdem-se de vista as possibilidades de reformas institucionais propiciadoras da renovação histórica e do exercício da liberdade individual politicamente estruturada. Estando a liberdade prometida em abstrato, mas cerceada em diversos aspectos da implementação concreta do sistema normativo em vigor, alimentam-se as tensões políticas desestabilizadoras, que podem se acumular desordenadamente, ao ponto de extravasarem quase completamente dos canais de confronto político legítimos, sobretudo os das disputas intra e interpartidárias, atendido o pluralismo político.

A característica das doutrinas constitucionais contemporâneas tem sido a negligência da dimensão política, presente e futura, da ordem normativa vigente. No recurso aos parâmetros normativos informais, a doutrina constitucional nas diversas sociedades freqüentemente invoca o passado histórico, sobretudo sob a forma das idéias subsumidas na consolidação conceitual do constitucionalismo liberal. No caso dos preceitos relativos à organização do Estado, isto significa valorizar a idéia de um poder de determinação normativa atuando como árbitro absoluto, indiferente e exterior à controvérsia política. No caso dos direitos constitucionais, isto significa manter como princípio a outorga de poderes discricionários, tendencialmente incondicionais, aos interesses particulares previamente organizados na sociedade, sem levar em conta as relações entre as formas de organização de tais interesses e as vantagens práticas relativas, presentes ou pretéritas, muitas vezes ilegítimamente distribuídas como fatores determinantes da parcela e do conteúdo diferenciado do ônus econômico-político diversamente suportado pelos grupos e indivíduos que compõem a sociedade. É preciso lembrar, contudo, que se por um lado as doutrinas substantivas do constitucionalismo liberal foram articuladas em oposição ao *ancien régime*, por outro lado, elas geraram estruturas que não tardaram a precipitar crises históricas mais recentes.

Afora o apelo às formas institucionais fracassadas do passado, invocam-se princípios e conceitos não relacionados à análise das condições polí-

ticas de sustentação da Constituição em sua forma originalmente proposta, sejam tais conceitos e princípios formados a partir do senso comum ou do costume político e administrativo, sejam eles derivados de conhecimentos técnico-científicos continuamente internalizados no processo administrativo de competência ampliada pela delegação de poderes (do Legislativo ao Executivo). Em todos esses casos, o direito das constituições não tem sido capaz de realizar com apuro conceitual a mais importante tarefa da doutrina constitucional: relacionar ou contrastar as contradições institucionais, que se multiplicam em situações de crise, com o projeto de organização política articulado na Constituição.

Com efeito, nas sociedades contemporâneas em que os direitos constitucionais liberais são em regra protegidos, estes são complementados com a garantia institucional de participação de todos os setores da sociedade na economia (através de serviços e benefícios sociais, do acesso condicional ao capital, e outros meios regulados pelo direito público). O valor constitucional dessa garantia pode ser variável, imponderável ou nulo, mas sempre possui decisiva importância política⁽⁴³⁾. Quando, em alguns de seus aspectos, a garantia institucional adquire valor constitucional em virtude da elaboração da doutrina e jurisprudência constitucionais, aplicam-se parâmetros normativos informais, que, no entanto, são insuficientes para realizar a tarefa mais importante da doutrina constitucional apontada acima.

No caso do direito constitucional brasileiro, cabe portanto indagar qual a missão do tribunal constitucional na proteção do extenso elenco de direitos constitucionais incluídos na Carta de 1988. Resulta claro, do que se disse acima, que a aplicação de parâmetros normativos informais na adjudicação constitucional, inclusive a expedição de mandados de injunção de base constitucional, não deve simplesmente formar mais uma instância multiplicadora das contradições institucionais. É preciso que se estabeleçam critérios norteadores do exercício da jurisdição constitucional que sejam inovadores relativamente às doutrinas elaboradas na consolidação conceitual do constitucionalismo liberal. Tais critérios podem ser elaborados na atividade jurisdicional do tribunal constitucional, complementada por escritos doutrinários, de modo a possibilitar a articulação da análise das contradições institucionais em sua dimensão normativa constitucional, indicadora do impacto dessas contradições sobre o projeto de organização política expresso na Constituição. Esta é uma parte importante do trabalho de elaboração da doutrina constitucional brasileira contemporânea.

(43) Sobre a importância política da garantia institucional referida no texto, cf. C. Offe, "The Separation of Form and Content in Liberal Democracy", in Claus Offe, *Contradictions of the Welfare State*, Cambridge, MIT Press, trad. 1985, pp. 162-178, especialmente pp. 164-170.

Conselho da República: Disciplina Constitucional e Legal

VITOR ROLF LAUBÉ

Procurador do Município de São Bernardo do Campo e Pós-graduando em Direito, em nível de mestrado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP.

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Natureza, fundamentos e atribuições do Conselho da República.* 3. *Composição do Conselho.* 4. *Presidência, secretaria e reuniões do Conselho da República.* 5. *Considerações finais.*

1. *Introdução*

Sem embargo dos diversos conselhos instituídos por normas subconstitucionais, como, por exemplo, o Conselho da Educação, o Conselho Nacional de Informática e Automação, o Conselho Interministerial de Preços e o Conselho da Cultura, certo é que o legislador constituinte de 1988 houve por bem em conceder assento constitucional a tão-somente três órgãos colegiados da Superior Administração Federal.

Assim é que a *Constituição da República*, em seus artigos 89, 91 e 224, instituiu, respectivamente, os Conselhos da República, de Defesa Nacional e de Comunicação Social. Quanto a esses órgãos colegiados, merece menção o fato de que esse último se encontra fincado no âmbito do Poder Legislativo, ao passo que os demais, no do Executivo.

Isso considerado, cumpre-nos passar ao objeto do presente estudo, ou seja, o *Conselho da República*, mas não sem alertar que o que se visa nessa oportunidade não ultrapassa a intenção de se esboçar, mesmo que de forma muito breve, a conformação, tanto constitucional como legal, desse colegiado, que, convém consignar, foi inspirado no Conselho de Estado instituído pelos artigos 144 e seguintes da *Constituição da República Portuguesa de 1976* ⁽¹⁾.

2. *Natureza, fundamentos e atribuições do Conselho da República*

O Conselho da República, um dos três únicos conselhos criados pela *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, consoante inicialmente já referido, é *órgão constitucional de auxílio do Presidente da Re-*

(1) Segundo o mestre luso JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional*, 4ª ed., 2ª reimp., Coimbra, Livraria Almedina, 1989, p. 587), é o Conselho de Estado um órgão constitucional auxiliar, pois é ele configurado, no artigo 144 da Carta Portuguesa, como "órgão político de consulta do Presidente

(Continua na página seguinte)

pública instituído pelo artigo 89 da CF, assim como regulado, quanto a sua organização e funcionamento, pela Lei n. 8.041, de 5 de junho de 1990.

A ele é atribuído, enquanto órgão superior de consulta do Chefe do Executivo, e os termos do artigo 90 da Lei Fundamental, o pronunciamento sobre:

- a) intervenção federal (art. 34);
- b) estado de defesa (art. 136);
- c) estado de sítio (art. 137); e,
- d) outras questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas.

No que diz respeito a essa última atribuição, evidente se apresenta, considerando-se a sua vagueza e amplitude, que pode ela dar ensanchas a um sem-número de pronunciamentos pelo Conselho, sobre tudo aquilo que se entenda circunscrito a tal atribuição.

Tendo em vista o teor de suas competências hauridas diretamente do Texto Constitucional, para logo se percebe a importância das manifestações emitidas por esse órgão de assessoramento superior do Presidente da República.

Dai, na dicção de JOSÉ AFONSO DA SILVA, revelar-se ele como um "Conselho de consolidação democrática" (in "Curso de Direito Constitucional Positivo", 5.^a ed., rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 556).

Porém, não obstante a indubitosa importância de suas manifestações, são elas meramente opinativas. Seus pareceres, pois, não têm o condão de vincular o Presidente da República, visto que pode este acatar ou não os seus enunciados. Isso porque, como já se deixou inicialmente entrever, tal órgão possui caráter simplesmente consultivo. Em suma: suas deliberações são meramente opinativas, não vinculando a autoridade assessorada.

3. *Composição do Conselho*

Como órgão colegiado ou pluripessoal que é, o Conselho da República é composto por diversos membros (14 ao todo), os quais recebem a denominação de Conselheiros.

(Continuação da nota 1)

da República". Averba ainda o mestre que: "A sua composição é, pelo menos, de 16 membros, excluído o Presidente da República, que todavia a ele preside: a) uns por inerência de funções (Presidente da Assembléia da República, Primeiro Ministro, Presidente do Tribunal Constitucional, Provedor de Justiça, presidentes dos governos regionais) ou a título honorífico por funções que já desempenharam (antigos Presidentes da República); b) outros são cidadãos designados pelo Presidente da República ou eleitos pela Assembléia da República." E, finalmente, acerca de sua funções, leciona o referido mestre: "O Conselho de Estado limita-se a dar pareceres (cfr. art. 145) sobre alguns aspectos que o Presidente da República pratica no uso de poderes próprios (dissolução da Assembléia da República e dos órgãos das regiões autónomas, demissão do Governo, nomeação e exoneração dos Ministros da República para as regiões autónomas)."

Segundo o artigo 89 da Constituição Federal, participam do Conselho o Vice-Presidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal, os Líderes da maioria e da minoria na Câmara e no Senado, o Ministro da Justiça, e mais "seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois pela Câmara dos Deputados".

Esses seis últimos conselheiros, importa dizer, são, conforme o caso, eleitos ou nomeados para um período de três anos, sendo-lhes, no entanto, vedada a recondução. Já os demais conselheiros, por integrarem o colegiado em razão de outro cargo ou função ocupado na Superior Administração Federal, mantêm-se no Conselho enquanto estiverem no exercício de tais cargos ou funções.

Impende também observar que os conselheiros eleitos pela Câmara e pelo Senado, assim como os nomeados pelo Presidente da República, contam com suplentes, os quais, em casos de impedimentos daqueles, por motivo de doença ou ausência do País, serão convocados às reuniões do órgão.

Mais ainda: em face do disposto no parágrafo quarto do artigo terceiro da Lei n.º 8.041/90, a participação nesse órgão pluripessoal, além de não ser objeto de remuneração, é considerada como atividade relevante.

Pois bem, da análise da origem dos membros participantes do Conselho da República, para logo se verifica que é ele composto por agentes tanto oriundos do Poder Executivo (Vice-Presidente da República e Ministro da Justiça), como do Poder Legislativo (Presidentes da Câmara e do Senado e, ainda, Líderes da maioria e da minoria dessas duas Casas Legislativas); isso além de outros seis cidadãos. Note-se que há aqui uma exceção ao princípio insculpido no artigo 2.º da "Magna Lex", ou seja, o princípio da preservação da independência de cada órgão do Poder, porquanto, implicitamente, admitiu-se a participação de membros do Legislativo exercendo, simultaneamente, funções na seara do Poder para o qual foram eleitos e na do Executivo; isso porque na estrutura desse último órgão do Poder, como já se fez anteriormente alusão, encontra-se o Conselho da República, enquanto órgão superior de consulta do Chefe do Executivo (2).

(2) Na realidade, tal admissão de participação de membros do Legislativo no Executivo, deve-se muito mais ao fato de o Conselho da República ter sido idealizado quando ainda se cogitava, nos trabalhos constituintes, a implantação do parlamentarismo entre nós. No entanto, mesmo afastado esse sistema de governo, mantido restou tal colegiado, e isso com uma das características do regime para o qual foi concebido, ou seja, a não independência entre os Poderes Legislativo e Executivo. Melhor teria sido, garantindo a efetiva independência entre os citados órgãos do Poder, que o constituinte tivesse excluído os membros do Legislativo da composição desse órgão, para apenas permitir que dele participassem membros do Executivo e cidadãos nomeados ou eleitos pelos órgãos do Poder.

4. *Presidência, secretaria e reuniões do Conselho da República*

O Conselho da República é presidido e secretariado, respectivamente, pelo Presidente da República e pelo Secretário-Geral da Presidência da República (cfr. art. 84, XVIII, da CF e arts. 3.º, *caput*, e 4.º da Lei n.º 8.041/90).

Além disso, também estabelece a já citada norma infraconstitucional que compete à Secretaria-Geral da Presidência da República prestar apoio administrativo ao órgão "sub examine".

No que concerne às suas reuniões, realizam-se elas por convocação do Presidente da República e mediante o comparecimento da maioria dos Conselheiros.

Ressalte-se, ademais, que às citadas reuniões é permitido ao Presidente a convocação de Ministros de Estado quando da pauta constar assunto relacionado com a respectiva pasta. Todavia, ao Ministro convocado é defeso o direito a voto, relativamente aos pronunciamentos emitidos pelo Conselho da República.

A par dessa faculdade de convocação, pode ainda o Conselho requisitar, a qualquer órgão ou entidade pública, informações e estudos que se façam necessários ao exercício de suas relevantes funções constitucionais.

5. *Considerações finais*

Por fim, após essa apertadíssima síntese acerca do tema proposto, importa repisar que, diante da conformação constitucional e legal emprestada ao Conselho da República, têm os seus pronunciamentos caráter meramente opinativo, uma vez que não lhe foi outorgado poder de decisão vinculante nas já referidas manifestações de sua competência. E, à vista disso, há que se aguardar o início de seus trabalhos, para que, então, se possa verificar da sua efetiva utilidade em um sistema presidencialista, já que, como se sabe, foi ele idealizado quando ainda se cogitava, na Assembléia Nacional Constituinte, a implantação do sistema parlamentarista de governo.

Aliás, oportuno é anotar que, acerca dessa herança deixada pela proposta parlamentarista, assevera JOSÉ AFONSO DA SILVA (ob. cit., p. 556) ter ela subsistido, "com certeza, para não merecer a menor atenção do Presidente da República, que, no personalismo do sistema, não costuma consultar senão os seus próprios botões (às vezes)".

BIBLIOGRAFIA

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª ed., 2ª reimp. Coimbra, Livraria Almedina, 1989.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA (com a primeira revisão de 1982). Lisboa, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 1982.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5ª ed., rev. e amp. de acordo com a nova Constituição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989.

Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas na Revisão Constitucional de 1993

ÁLVARO LAZZARINI

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1. *Problemática constitucional de 1988.* 2. *Do estado de defesa e do estado de sítio.* 3. *Das Forças Armadas.* 3.1 *Do "habeas corpus" em relação às punições disciplinares militares.* 3.2 *Das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares como forças auxiliares e reserva do Exército.* 4. *Da Segurança Pública.* 4.1 *Dos órgãos policiais federais.* 4.2 *Da unificação das Polícias Civil e Militar — inviabilidade.* 4.3 *A preservação da ordem pública e a defesa do território como aspectos da atividade jurídica do Estado.* 4.4 *Do aperfeiçoamento das Polícias estaduais.* 5. *O Juizado de Instrução como instrumento aperfeiçoador do ciclo da persecução criminal.* 6. *Conclusões.*

1. *Problemática constitucional de 1988*

Octávio Paz, o poeta e ensaísta mexicano que acaba de conquistar o Prêmio Nobel da Literatura ⁽¹⁾, em sua obra *Templo Nublado*, afirma ADHEMAR FERREIRA MACIEL ⁽²⁾, Juiz do Tribunal Regional Federal

Exposição nos Colóquios CONSTITUIÇÃO DE 1988 / REVISÃO CONSTITUCIONAL DE 1993, organizados pelo Instituto Tancredo Neves (Brasil) e Fundação Friedrich Naumann (Alemanha) e realizados em São Paulo, de 9 a 19 de outubro de 1990 (Fase Preliminar). Dia 19 de outubro de 1990, 9:30 horas, Restaurante Massimo, Alameda Santos, 1826, São Paulo.

(1) *O Estado de S. Paulo*, 6ª-feira, 12-10-90, p. 1.

(2) MACIEL, Adhemar Ferreira; "Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão". *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, 1989, v. 29, p. 11.

da 1.^a Região, “ao estabelecer um paralelo entre a América Latina, os Estados Unidos e a França, diz que nesses últimos países as revoluções resultaram de uma evolução histórica. Lá, além da elite intelectual, havia uma classe média imbuída da ideologia liberal e democrática. ‘A revolução norte-americana fundou uma nação; a francesa mudou e renovou a sociedade; as revoluções da América Latina fracassaram em um de seus objetivos centrais: a modernização política, social e econômica’. Na América Latina, de um modo geral, os movimentos ‘adotaram’ e ‘não adaptaram’ os programas alheios. Quase tudo fica no ‘papel’, quando é certo que institutos estrangeiros não basta que sejam adotados, pois, e finaliza Adhemar Ferreira Maciel, “precisamos adaptá-los à nossa realidade cultural e social”.

O Brasil não foge a isso. A realidade está a demonstrar que a Constituição de 1988 se não é *natimorta*, como não pode ser, pelo menos tem a sua vida com termo fixado no seu artigo 3.^o do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determina a revisão constitucional — obrigatória — após cinco anos, contados da sua promulgação em 5 de outubro de 1988.

É, pois, uma Constituição temporária, uma Constituição tampão, uma Constituição descartável, como a rotulou ALMIR PAZZIANOTTO PINTO, Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, ao ponderar que “essa temporariedade, incompatível com a natureza das grandes obras legislativas, lhe foi imprimida pelos constituintes, por certo convictos de um desacordo entre o texto possível e as nossas realidades” (3).

Devo, bem por isso, analisar essa problemática, ou seja, analisar a realidade e as aspirações quanto à “Defesa do Estado” e das “Instituições Democráticas”, entrando a minha análise, em especial, mais no que se refere às normas do capítulo “Da Segurança Pública”, tema que estudo há mais de trinta anos, deixando claro que minhas posições sempre foram e continuam sendo, tão-só, técnicas, sem interesses classistas, sem vínculo, político-partidário, entre outras razões, também pelo cargo de magistrado que exerço com independência e com o ideal de servir à causa do bem comum.

Comungo da opinião de WALTER CENEVIVA, jurista e jornalista em São Paulo, no sentido de que “se a Carta for mal revista, permitindo erros de redação, conflitos entre normas ou incluindo regras inaplicáveis, o processo de normalidade constitucional do País estará sob a permanente ameaça de aproveitamento pelos que detestam as práticas abertas da democracia” (4).

(3) PINTO, Almir Pazzianotto; “A Revisão Constitucional e o Novo Congresso”. *Folha de S. Paulo*, 6^a-feira, 12-10-90, *Tendências / Debates — Opinião A-3*.

(4) CENEVIVA, Walter; “1993 direciona o voto”. *Folha de S. Paulo*, domingo, 30-9-90, *Letras Jurídicas, Política A-14*.

2. Do estado de defesa e do estado de sítio

São os dois estados de exceção vigentes, certo que o “estado de defesa”, na sua essência, é a nova denominação do anterior “estado de emergência”, previsto no sistema da Emenda Constitucional n.º 11/78 (5). Ambos os estados de exceção têm a conceituação, pressupostos, objetivos e efeitos definidos, respectivamente, nos artigos 136 e 137 a 139 da Constituição de 1988, contando, ainda, nos seguintes artigos 140 e 141, com as suas “Disposições Gerais”.

Em tese, entendo nada haver a alterar. A realidade brasileira, no entanto, sugere-me que, no tocante ao “estado de defesa”, o atual artigo 136, § 7.º, seja acrescido, na revisão constitucional de 1993, da vedação de sua reedição pelos seus mesmos fundamentos, com o que dito parágrafo ficará, assim, redigido:

Art. 136 —

§ 7.º — Rejeitado o decreto — a rejeição do decreto do estado de defesa é pelo Congresso Nacional (§ 6.º do mesmo artigo) —, cessa imediatamente o estado de defesa, *vetada a reedição pelos seus mesmos fundamentos.*

Com esse simples acréscimo, evitar-se-ão problemas, como os que ocorrem com as “medidas provisórias”, previstas no artigo 62 da Constituição de 1988 e que são reeditadas quando o Congresso Nacional não as aprova.

3. Das Forças Armadas

3.1. Do “habeas-corpus” em relação às punições disciplinares militares

O capítulo respectivo, nos dois únicos artigos (142 e 143), merece melhoramento na revisão constitucional de 1993.

O § 2.º do artigo 142, por exemplo, por vedar “habeas-corpus” em matéria disciplinar, segundo entendo, melhor estaria, a exemplo de anteriores Constituições, justamente na norma que trata desse remédio heróico, hoje prevista no artigo 5.º, LXVIII, que assim ficaria redigida:

“Art. 5.º —

LXVIII — conceder-se-á “habeas-corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação

(5) SILVA, José Afonso da; *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª ed., 1990, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 637.

em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder." Não caberá "habeas-corpus" em relação a punições disciplinares militares.

Justifica-se essa modificação topográfica, na revisão constitucional, porque, militares não são só os das Forças Armadas. São, também, os das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (artigo 42 da Constituição de 1988) que, violando deveres funcionais, sujeitam-se a punições disciplinares militares. Anteriores Constituições, aliás, estavam redigidas como ora proposto.

3.2. *Das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares como forças auxiliares e reserva do Exército*

O serviço militar, no Brasil, continua obrigatório, nos termos da lei (artigo 143 da Constituição de 1988). É um *dever injungível*, como afirma Seabra Fagundes, citado por JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao justificar a razão dessa obrigatoriedade do serviço militar (8).

Bem por isso não é demais lembrar, dadas especulações a respeito, que, "omnis civis est miles", "a fortiori", *individualmente*, todos os cidadãos em condições de convocação ou de mobilização para a ativa são considerados *reserva das Forças Armadas* do mesmo modo que os militares da reserva remunerada (artigo 4.º, I, *a e b*, da Lei Federal n.º 6.880, de 9 de dezembro de 1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares).

Os policiais militares e os bombeiros militares, ao contrário, não são considerados *individualmente reservas* das Forças Armadas, pois, integrantes das Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares são as suas Corporações que, no *conjunto*, são consideradas reservas das Forças Armadas (Lei Federal n.º 6.880, de 9 de dezembro de 1980, artigo 4.º, II, *a e b*), embora a Constituição seja clara que só o são do Exército (art. 144, § 6.º).

Daí entender que, metodologicamente, melhor estará colocada no capítulo das Forças Armadas a previsão de que as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares são forças auxiliares e reserva do Exército, hoje previsto no § 6.º do artigo 144 da Constituição de 1988.

Melhor será, com efeito, transferir tal condição de auxiliar e reserva do Exército, no seu *conjunto*, para constituir artigo ou parágrafo que cuide, especificamente, das Forças Armadas.

Com isso a norma que corresponde ao § 6.º do artigo 144 da Constituição de 1988, ficará mais técnica e precisa ao só prever a subordinação das Polícias Militares e Polícias Cíveis aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

(8) SILVA, José Afonso da; obra e ed. cita., p. 648.

4. Da Segurança Pública

4.1. Dos órgãos policiais federais

A Constituição de 1988 tratou de distribuir corretamente as atribuições decorrentes do Poder de Polícia, aliás, conforme analisei em trabalho anterior⁽⁷⁾. Há, porém, pequenos senões que, ao certo, não implicam em alterações radicais no texto constitucional vigente.

Um deles, com a devida vênia, foi a inusitada previsão constitucional de órgãos policiais incipientes, como a Polícia Rodoviária Federal e a Polícia Ferroviária Federal. Esses órgãos, entendo, podem muito bem ser extintos a nível federal e absorvidos pelas polícias estaduais que são as verdadeiras responsáveis pela segurança pública nos seus territórios. O princípio federativo, com essa medida proposta, ficará mais reforçado. A multiplicidade de órgãos policiais, já foi dito alhures, não é sinônimo de boa Polícia, de uma melhor segurança pública.

Por outro lado, entendo que a realidade brasileira está a indicar a necessidade de, na revisão constitucional, prever-se órgão policial especializado em matéria fazendária. Deverá, assim, ser criada a *Polícia Fazendária*, ou *Polícia do Tesouro* como é conhecida nos Estados Unidos da América. O Brasil, que busca ser um País de economia moderna, de tal órgão especializado não pode prescindir, mormente diante da conjuntura em que vive. Deve-se, com efeito, atentar para o desenvolvimento do capitalismo brasileiro, que sob o ponto de vista social está muito aquém do seu desenvolvimento técnico. Esse desequilíbrio é fator gerador de crimes econômicos, especialmente os conhecidos como do “*colarinho branco*”, em tal proporção que exige a existência de um órgão policial com destinação específica para o seu combate, isto é, um órgão policial com grande especialização na matéria por parte de seus integrantes. Evita-se, pois, a atividade episódica de policiais de outras áreas não especializadas em matéria fazendária, indiscutivelmente complexa.

Desconheço, em verdade, as razões que levaram a Assembléia Nacional Constituinte, os constituintes de 1988, a, ao invés de prever a criação da Polícia Fazendária, preferir prever as atribuições que lhe seriam inerentes para a Polícia Federal, que tem uma hipertrofiada esfera de competência. O que se comentou, no 1.º Congresso Brasileiro de Segurança Pública, realizado em Fortaleza, Ceará, em maio de 1990, é o estar a Polícia Federal com excelente esquema de *marketing*, em especial, junto às emissoras de televisão, o que, na verdade, não é e nem será suficiente para enfrentar a dura realidade brasileira, muito mais difícil do que as imagens cuidadosamente selecionadas para o vídeo.

(7) LAZZARINI, Alvaro; “Da Segurança Pública na Constituição de 1988”. *Revista de Informação Legislativa*, a. 26, nº 104, out./dez., 1989, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, pp. 233/236.

4.2. Da unificação das Polícias Civil e Militar — inviabilidade

No Estado de Direito, a atividade policial, que concretiza o Poder de Polícia, sujeita-se aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade (finalidade) e publicidade, básicos que são em termos de Administração Pública, como, aliás, a Constituição de 1988, no seu artigo 37, *caput*, bem expressa. Não é demais salientar, a propósito, que a atividade de polícia é e sempre será uma *atividade administrativa*, quer corresponda à polícia *preventiva* (administrativa em sentido estrito), quer à polícia judiciária (repressiva), esta auxiliar direta da Justiça Criminal.

A atividade de polícia, sendo administrativa, não pode prescindir do *enfoque jurídico*. Ledo, porém, o engano de que só se deve buscar o *enfoque jurídico* para a atividade policial. A Polícia, sabe-se hoje, não se resume em saber só o *enfoque jurídico*. Ela exige muito mais do que o simples conhecimento dos ramos da ciência jurídica.

A polícia judiciária, aliás, exige o domínio do Direito Penal e do Direito Processual Penal, pois, cuida do fato criminoso após a sua ocorrência. Mas, mesmo assim ela está exercitando um poder administrativo, o Poder de Polícia que é um dos mais importantes capítulos do Direito Administrativo, ramo do Direito Público, que na sua plenitude rege as atividades da polícia preventiva, destinada a evitar a prática delitiva. *Noto que a Polícia não pode ter organização ou atuação empírica*, sob pena de não prevenir eficientemente contra o fato delitivo e quando ocorrido, na repressão fazê-lo inadequadamente, comprometendo a perseguição criminal.

Bem por isso os *princípios jurídicos do Direito Administrativo e as normas do Direito Processual Penal*, em especial, devem coexistir com as *técnicas da Administração Pública*, como ministradas pela moderna *Ciência da Administração*, adaptadas à realidade e peculiaridades da atividade policial. HELY LOPES MEIRELLES, aliás, ao tratar da “Organização da Administração”, enfatiza a necessidade da coexistência do *enfoque jurídico* com o *enfoque da Ciência da Administração* em toda organização estatal, “a fim de bem ordenar os órgãos, distribuir funções, fixar competências e capacitar os agentes para a satisfatória prestação dos serviços públicos ou de interesse coletivo, objetivo final e supremo do Estado em todos os setores do Governo e da Administração”⁽⁸⁾.

Feita essa colocação, saliento que, no âmbito da polícia estadual, tema que deverá ser objeto de discussão durante a revisão constitucional é o da *unificação das polícias civil e militar*.

Particularmente, sou contrário a essa unificação, tanto em termos civis, como militares. Entendo que ambas as polícias têm tradições e competências bem distintas, que tornam inviáveis a unificação. O tema, aliás,

(8) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 15ª ed., 1990, pp. 54/55.

já foi objeto de meus estudos nos trabalhos "A Instituição Policial Paulista" (9), como também no citado "Da Segurança Pública na Constituição de 1988" e, ainda, no inédito "A Constituição Federal de 1988 e as Infrações Penais Militares", (*) para não dizer no "Direito Administrativo da Ordem Pública", que escrevi juntamente com CAIO TÁCITO, DIOGO DE FIGUEIREDO MORREIRA NETO, HELY LOPES MEIRELLES, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR e SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (10).

A unificação, com efeito, em termos militares, mantido que seja o sistema processual penal vigente, fatalmente levaria militares a presidir os anacrônicos inquéritos policiais, nas infrações penais comuns. Isso, entendendo, apesar da formação jurídico-policial dos oficiais de Polícia Militar (11), se afigura inaceitável para a comunidade jurídica, embora o ideal seja o denominado ciclo completo de polícia (o policial que atende a ocorrência, leva-a diretamente ao juiz criminal competente).

A unificação em termos civis, por sua vez, implicará em graves prejuízos à estrutura do policiamento preventivo, propiciando, diante da conhecida realidade brasileira (ou realidades, porque, o Brasil é um País de muitas realidades), o aumento da violência e da corrupção, na esteira do afrouxamento da hierarquia e da disciplina que se seguirá. Esse quadro, outrossim, comprometeria gravemente o *Sistema de Defesa do País*, contra o inimigo externo. Vimos anteriormente, que as Polícias Militares, com cerca de quatrocentos mil policiais militares, constituem, na ativa, a reserva do Exército, mobilizável de imediato para formar a primeira linha de combate, embora preparadas prioritariamente como "força operativa policial", possuem também adestramento como "força operativa-militar" própria para a defesa territorial (12).

É importante destacar que o pessoal profissional das Forças Armadas está em torno de um terço do efetivo das Polícias Militares, que giram em torno de quatrocentos mil policiais militares entre homens e mulheres. Pequeno é, pois, o contingente profissional das Forças Armadas para defender o Brasil de dimensões continentais e imensas reservas, como as da cobiçada Amazônia, sobre a qual voltam-se os olhos das grandes potências. Iludem-se aqueles que entendem que a guerra é algo distante ou impossível de ocorrer no território brasileiro. Os confrontos armados, sabe-se, repre-

(9) LAZZARINI, Alvaro. "A Instituição Policial Paulista". *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Lex Editora, S. Paulo, a. 19, 3º bimestre, v. 94, 1985.

(*) *Bibliografia*.

(10) LAZZARINI, Alvaro et alii. *Direito Administrativo da Ordem Pública*, Forense, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1987, 229 páginas.

(11) LAZZARINI, Alvaro. *A Instituição Policial Paulista*, revista e volume cit., p. 9. *Direito Administrativo da Ordem Pública*, ed. cit., p. 36.

(12) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 8ª ed., 1989, p. 360.

sentam instrumentos úteis de política internacional, como bem asseverou CLAUSEWITZ ao escrever, no século passado, o clássico "Da Guerra", com ensinamentos atualíssimos ainda hoje (13).

Em 28 de setembro último o Ministro da Marinha Almirante MARIO CESAR FLORES, falando em São José dos Campos (SP) a estagiários da Escola Superior de Guerra, estimou em pelo menos dois bilhões de dólares os custos para o reequipamento da Armada (14). A partir desses dados é dedutível que, a hipótese da desmilitarização das Polícias Militares e dos corpos de Bombeiros Militares, além de outros inconvenientes, teria que contemplar a recomposição do aparato de defesa da Nação a custos elevados.

Isso não está a indicar que o Brasil necessite de um modelo exótico de polícia, com as suas Polícias Militares. Os militares de Polícia são encontrados em países da Europa e de outros continentes, cuidando da ordem pública e integrados nos respectivos Sistemas de Defesa Nacional, tudo em perfeita harmonia, como ocorre na França com a sua *Gendarmerie Nationale*, na Itália com os *Carabinieri*, em Portugal com a *Guarda Nacional Republicana*, que tem a mesma origem das sesquicentenárias Polícias Militares brasileiras (data de 1831 a de São Paulo), ou seja, nos Corpos Militares de Polícia criados como *Guarda Real de Polícia*. Na Espanha, a *Guarda Civil* é militar a despeito do seu nome. Em todos esses países, democráticos e indiscutivelmente evoluídos como sociedade funciona bem o Sistema de Segurança Pública, com índices de contenção das atividades criminosas considerados satisfatórios (15).

4.3. *A preservação da ordem pública e a defesa do território como aspectos da atividade jurídica do Estado.*

A propósito convém abordar a atividade jurídica do Estado em seus quatro aspectos. MÁRIO MASAGÃO relaciona as atividades de natureza jurídica do Estado, como sendo:

- 1.º declaração do Direito;
- 2.º aplicação do Direito aos casos concretos;
- 3.º manutenção da ordem interna;

(13) CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da Guerra*, tradução do original alemão por Teresa Barros Pinto Barroso, Editora Perspectivas e Realidades Ltda., Lisboa, Portugal, e Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1979, p. 87. O original é de 1832.

(14) JÚLIO, Ricardo. "Marinha brasileira está surateada, diz Ministro", *Folha de São Paulo*, 2-10-80.

(15) LAZZARINI, Alvaro. "A Instituição Policial Paulista", revista e volumes citados, p. 10. Idem *Direito Administrativo da Ordem Pública*, ed. cit., 32 e seguintes.

4.º) defesa do País contra a invasão do território.” (16)

A terceira atividade é explicada pelo eminente administrativista nos termos seguintes: “o terceiro setor é o da manutenção da ordem dentro do território, procurando o Estado impedir quanto possível sua violação quer quanto às instituições públicas, quer quanto aos direitos individuais. E isto é tarefa da chamada Polícia Preventiva, que tem por objetivo resguardar os direitos, impedindo, quanto possível sua violação” (17). Saliento que a mencionada ordem interna é evidentemente, a ordem pública, tratada de forma acurada em nosso Direito Administrativo da ordem pública.

Por sua vez, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ensina que: “atividade jurídica é toda ação desenvolvida pelo Estado, para a tutela do Direito”. E depois de elencar as mesmas quatro atividades citadas por MÁRIO MASAGÃO, afirma: “A ordem interna do País não pode ser perturbada, sendo tal mister de competência do Estado, que tem por missão assegurar aos cidadãos a possibilidade de uma vida tranqüila, prevenindo e reprimindo os delitos” (18).

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, em seu *Tratado de Direito Administrativo*, v. 1, p. 139, cita CARDOSO DE MELO NETO que mercê de sua autoridade, já em 1917, não divergia dessa linha e na obra *A Ação Social do Estado*, assim tratou do assunto: “Da mesma forma, o serviço de segurança é um serviço típico do Estado: a insegurança não é apenas uma causa de lentidão no desenvolvimento social. É uma causa de retrogradação e de perecimento da coletividade (CARDOSO DE MELO NETO, *A Ação Social do Estado*, 1917, p. 1). Assim o serviço de defesa nacional é um serviço típico do Estado, pois só o Estado é capaz de, por si, garantir a integridade do território: o Estado que delegasse aos indivíduos tão essencial função, ou, ainda, que os deixasse organizar esse serviço como lhes parecesse, não teria mais razão de existir, confessada como estaria a sua absoluta incapacidade para o preenchimento da primeira das suas privativas atribuições (CARDOSO DE MELO NETO, *A Ação Social do Estado*, 1917, p. 7)”.

É de notar-se a similaridade entre a terceira e a quarta atividade jurídica do Estado, ambas tendo como objetivo a ordem e seu principal aspecto, a segurança, daí porque não se observar incompatibilidade na dupla missão das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, que se complementam, preservando cotidianamente a ordem pública e mantendo-se preparadas para defender a Pátria, integradas ao Sistema de Defesa Nacional, como ocorre, posso afirmar, na maioria dos países.

(16) MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 5ª ed., 1974, nº 43, p. 16.

(17) MASAGÃO, Mário. *Preleções de Direito Administrativo*, apostila editada pelo Centro Acadêmico XI de Agosto da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, p. 38.

(18) CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1966, nº 56, v. 1, pp. 138 e 139.

4.4. Do aperfeiçoamento das Polícias estaduais

É verdadeira a existência de atritos entre as polícias estaduais. Conhece-se, inclusive, a existência de atributos entre a Polícia Civil com o Ministério Público e com a Polícia Federal. Esses atritos, porém, podem ser superados pela legislação infraconstitucional, que se disponha a precisar e detalhar as atribuições de cada órgão, diminuindo, ao máximo, as zonas cinzentas, as áreas de intersecção de competência das duas polícias estaduais.

Lembro que a *repressão imediata* é exercida pela Polícia Militar, sem que haja violação do dispositivo constitucional, pois, quem tem a incumbência de preservar a ordem pública, tem o dever de restaurá-la, quando de sua violação. A partir dessas providências, que representam a *repressão imediata* da Polícia Militar, a ocorrência criminal será transmitida à Polícia Civil, cabendo a esta, então, a tarefa cartorária de sua formalização legal e investigante de *polícia judiciária*, na apuração, ainda administrativa, da infração penal, exceto as militares (artigo 144, § 4.º, da Constituição de 1988) e a de outros órgãos do poder público, uma vez que o inquérito policial nem sempre é necessário para instruir denúncia a ser oferecida pelo Ministério Público.

Observo que a *atuação policial* na realização da *patrulha*, conforme sedimentação das *técnicas de administração policial* da doutrina americana, é materialização do *enfoque jurídico* de orientação francesa, no que se refere à *polícia preventiva*, isto é, da *polícia administrativa em sentido estrito*.

A *investigação policial*, igualmente sedimentada na doutrina americana, materializa atuação de *polícia preventiva*, como nos casos de levantamentos para o racional emprego da *polícia ostensiva* e de *preservação da ordem pública* objetivando evitar a ocorrência de ilícito penal, bem como materializa atuação de *polícia judiciária*, quando a *investigação* destinar-se à apuração da infração penal que não se conseguiu evitar (a *investigação policial*, nesse caso, poderá ser de *polícia judiciária comum* ou de *polícia judiciária militar*).

A *investigação policial preventiva*, aliás, é atribuição da Polícia Militar, conforme concluiu venerando acórdão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao referendar a missão que policial militar desenvolvia, em trajes civis, e que culminou na prisão de traficantes de entorpecentes. Na oportunidade, foi salientado que os policiais militares, "para que se considerem sempre de serviço são instruídos treinados e essa é a conduta que deles reclama a sociedade (19).

(19) Acórdão unânime, em 21-12-87, na apelação criminal nº 58.497-3, de Itanhaém, relator Desembargador Dante Busana, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Lex Editora, 2º bimestre, mar./abr. 1988, v. 111, p. 477.

Em termos da Constituição de 1988, entendo, a esfera de competência de cada uma dessas polícias estaduais está bem definida sob o prisma doutrinário. Está, porém, só no papel, porque a realidade é outra. A Polícia Civil que só caberia atuar como polícia judiciária e, assim, só após a eclosão do fato delitivo na apuração das infrações penais, exceto as militares (artigo 144, 4.º, da Constituição de 1988), isso não observa e, no Estado de São Paulo, por exemplo, insiste em executar atividades típicas de polícia preventiva, com presença ostensiva não só com coletes ou mesmo uniformes camuflados, como também com viaturas e armamentos ostensivos. Ela, aliás, tem feito tábula-rasa à vedação constitucional de apuração das infrações penais militares em relação aos policiais militares, pois contra eles tem instaurado os anacrônicos inquéritos policiais, como analisei no ainda inédito trabalho *A Constituição Federal de 1988 e as Infrações Penais Militares*.

É necessário que os governantes tenham vontade política, assumam a responsabilidade perante o povo, de por cobro a isso, ou seja, como examinei no trabalho *A Constituição Federal de 1988 e as Infrações Penais Militares* (*), nas raízes da divergência pode encontrar-se, objetivamente, uma mistura de sentimentos corporativistas e até classistas, busca de publicidade pessoal, vedetismo e, mesmo, em ano eleitoral, inevitavelmente fins políticos, todos perfeitamente contornáveis desde que haja firme decisão por parte da Administração Estadual de fazer cumprir a lei maior. É preciso, comentei, que cada policial saiba o seu lugar e respeite o outro policial, porque, e agora como enfatizei em *Da Segurança Pública na Constituição de 1988*, estribado na lição de CAIO TÁCITO, "Aquele que entenda de exercer atribuição não decorrente da esfera de competência constitucional do órgão policial de segurança pública a que serve, ao certo, estará se havendo com *excesso de poder* ou *desvio de poder*, ou seja, com *abuso de autoridade*, sujeitando-se, pois, à responsabilidade criminal, civil e administrativa" (20).

O que não pode, portanto, e a revisão constitucional isso deve vetar, é a *propositura dissociada de leis orgânicas das duas polícias, quer a nível federal, quer a nível estadual*, como vem sendo tentado, malgrado a regra do § 7.º do artigo 144 da Constituição de 1988 dispor que a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades. Para se ter uma idéia do problema basta compulsar projetos de lei apresentados no Congresso Nacional. Neles é possível verificar que enquanto a Polícia Militar, que é polícia ostensiva, previa atribuições de "radiopatrulhamento", a Polícia Civil, que tem atividade de polícia judiciária, quer as atribuições

(*) *Bibliografia*.

(20) LAZZARINI, Alvaro. "Da Segurança Pública na Constituição de 1988", *Revista de Informação Legislativa*, nº 104, out./dez. 1989. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, p. 234.

para atendimento de “emergências policiais”. Ora, “radiopatrulhamento” e “emergências policiais” são duas locuções que qualificam a mesma atividade policial, tipicamente, preventiva e ostensiva na preservação da ordem pública, atribuição da Polícia Militar.

Entendo ser necessário por um ponto final a esse comportamento, gerador de conflitos de atribuições, que ferem o interesse público. Essa a função do Poder Legislativo, ao qual compete, com o apoio do Poder Executivo, legislar infraconstitucionalmente. Creio também, ser oportuno e conveniente melhor precisar a competência das Guardas municipais, evitando-se, assim, que elas sejam empregadas em atividades superpostas às das Polícias estaduais.

No esforço para o aperfeiçoamento do modelo policial brasileiro, necessário se torna uma reflexão sobre o ciclo da persecução criminal por inteiro, que não se esgota na só atividade policial. Entendo que dois pontos fundamentais devem ser atacados: a *violência*, que tem na prática da tortura o seu subproduto mais grave, e a *corrupção*, que atinge níveis vergonhosos.

Ambos os pontos, a *corrupção* e a *violência*, desmoralizam os órgãos públicos envolvidos na segurança pública perante o povo brasileiro e comprometem a imagem do Brasil no exterior. Em recente discurso, com profundo desagrado, a isso se referiu o próprio Presidente FERNANDO COLLOR DE MELLO, sustentando que “Não podemos ser e não seremos nunca mais um País citado como violento em relatórios da Anistia Internacional. Nossa sociedade não tolera a violência e não permitiremos que o Brasil Novo conviva com qualquer forma de desrespeito aos direitos humanos. Confio — continua — que os Estados da Federação estarão unidos ao Governo Federal no combate a qualquer espécie de violência, que exige uma completa reciclagem e modernização das Polícias estaduais” (21).

No meu entender, de parte da Polícia Militar a *violência* é mais fácil de ser contida, pois, ela ocorre nas ruas, em público, sendo, invariavelmente, percebida e sentida. Apertando-se os freios da disciplina militar, aliados às mudanças nas escolas de formação e aperfeiçoamento dos policiais militares, a médio prazo, entendo, a *violência* tenderá a cair e ser eliminada, pelo que se almeja.

Por certo a preparação policial, especialmente a humanista e a jurídica, deve ser incentivada nos diversos níveis dos cursos de formação, especialização e aperfeiçoamento dos policiais militares. Com vista a isso, recentemente, CARLOS ALBERTO IDOETA, ex-Presidente da Seção Brasileira da Anistia Internacional, reuniu-se com os Comandantes Gerais da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul e da Polícia Militar

(21) MELLO, Fernando Collor de. “Balanço dos 100 Dias de Governo”. Discurso proferido em 22-6-90 e divulgado pela imprensa brasileira.

do Estado de São Paulo para ajustar os currículos escolares, quanto aos direitos humanos (22).

No caso da Polícia Civil, a *violência* ocorre nos porões, nas chefias de investigadores, durante os interrogatórios, longe das vistas do público. Essa *violência* se estampa, até mesmo no inquérito policial, como demonstram os juristas JOSÉ CARLOS DIAS e LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO na ponderação de que "o indiciamento passou a ter a conotação de uma condenação pública. O reconhecimento posterior da inocência afirmado pelo Judiciário não tem mais repercussão, é incapaz de apagar da memória a condenação policial anterior. O indiciamento marca a pessoa com cicatrizes que nenhuma sentença absolutória tem o poder plástico de apagar de sua alma e do seu nome. Pelo erro policial, permanece impune o *jugador* sem toga. O inocente, assim reconhecido pelo *jugador* togado, não recebe, pela lesão sofrida, nenhuma reparação moral e material por parte do Estado. Se a Constituição garante a inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem, se estabelece a presunção de inocência até o julgamento final do processo, é indispensável que seja cumprida. O indiciamento, por exemplo, é um ato sem previsão expressa na lei, e a Polícia criou um cerimonial que só objetiva humilhar a pessoa e invadir seu mundo íntimo" (23).

Tudo isso, aliás, está aliado à fragilidade dos instrumentos hierárquicos e disciplinares do órgão policial civil, o que, na realidade, dificulta mais ainda o controle de tais desvios funcionais, malgrado o reconhecido esforço de setores especializados da Polícia Civil em contê-los.

Essa fragilidade hierárquica e disciplinar, igualmente, torna a *corrupção* mais desenfreada. A *corrupção* que existia em especial nos ilícitos de menor gravidade, como nas lesões corporais resultantes de delitos automobilísticos, hoje, ao que se tem conhecimento inclusive pelo noticiário dos órgãos de comunicação, vem evoluindo perigosamente para o crime organizado, já instalado, de modo preocupante, em alguns Estados da Federação.

5. O Juizado de Instrução como instrumento aperfeiçoador do ciclo da persecução criminal

Violência e corrupção, também, seriam melhor controladas se a Assembléia Nacional Constituinte tivesse aprovado a criação de Juizados de Instrução Criminal, que foram previstos no artigo 124 do Projeto de Constituição (A), da sua Comissão de Sistematização.

(22) IDOETA, Carlos Alberto. "Encontro com o Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo". *Folha de S. Paulo*, 1-2-90.

(23) DIAS, José Carlos Dias e CARVALHO FILHO, Luís Francisco. "Quando a Polícia Julga". *Folha de S. Paulo*, domingo, 11-2-90, Tendências/Debates, p. 3.

Lembro que a Justiça Criminal integra, também, queiram ou não, o Sistema de Segurança Pública, conforme amplamente demonstro no meu trabalho publicado no livro "Direito Administrativo da Ordem Pública", em que tratei da "Polícia de Manutenção da Ordem Pública e a Justiça Criminal". Toda polícia de segurança pública, como também a denominada polícia judiciária, aliás, são órgãos auxiliares da Justiça Criminal, na atividade de repressão da criminalidade, quando não foi possível evitar a prática delitiva⁽²⁴⁾.

A Justiça Criminal deve, pois, harmonizar-se com os interesses da sociedade e os do acusado, cabendo ao Direito fundir os princípios jurídicos no único sentido do absoluto respeito à lei.

Não mais se pode compadecer, quando da revisão constitucional, com a situação examinada, geradora de impunidades e abusos. Em trabalho sobre o Juizado de Instrução Criminal afirmei que "a pronta resposta da sociedade a uma ação criminosa está a exigir mecanismos legais ágeis, que possibilitem a imediata atuação da Justiça Criminal, com o policial, seja militar na ação de polícia ostensiva, seja o civil não burocrata em atividade investigante, com o policial, insista-se, levando o fato imediatamente ao Juiz Criminal competente, apresentando o acusado, a vítima, as testemunhas e tudo o mais que se torne útil à persecução criminal, já presentes o representante do Ministério Público e o advogado, podendo este ser o da confiança do acusado. É a aproximação da Justiça com o povo. É a pronta resposta do Estado à ação criminosa. É a certeza da punição pelo que de criminoso foi feito. Não se converterá o Juiz em policial. E o policial ficará na sua nobre atividade, a espinhosa atividade de prevenir a prática delitiva e investigar as infrações penais, para dar a necessária tranqüilidade e segurança pública"⁽²⁵⁾.

Em outras palavras, no tocante à segurança pública, tema do presente estudo, entendo necessário lembrar o tema afim que é o Juizado de Instrução Criminal, que "permitirá à autoridade judicial a instrução do processo, o julgamento e a execução da pena, evitando que os depoimentos só cheguem à Justiça meses ou anos depois do fato criminoso. Fará registrar, com a intervenção do promotor e do advogado de defesa, tudo o que lhe chegue ao conhecimento em relação ao delito. O inquirido policial, que atravanca a polícia judiciária, é fonte de corrupção, gerador de violências e fator de descrença da população na Justiça Criminal"⁽²⁶⁾.

(24) LAZZARINI, Alvaro. et. alii. Obra e ed. cit., pp. 1/94.

(25) LAZZARINI, Alvaro. "Juizado de Instrução". *Revista de Informação Legislativa*, a. 26. nº 101, jan./mar., 1989, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, pp. 197/206.

(26) LAZZARINI, Alvaro. "Juizado de Instrução". *Revista e volume citados*, p. 200.

Com isso, também, haverá economia ao erário público, que não mais terá de suportar despesas dúplices, isto é, a do desnecessário inquérito policial e a do necessário processo legal. Basta este, sem necessidade daquele.

6. Conclusões

A Constituição de 1988 se não é *natimorta*, pelo menos é uma Constituição temporária, porque, tem a sua vida com termo prefixado no artigo 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determina a revisão constitucional após cinco anos da data de sua promulgação em 5 de outubro de 1988.

Essa temporariedade não se coaduna com a grandeza da obra legislativa que deve encerrar a Carta Fundamental da nação brasileira.

Não se justificam experiências com o povo, pela adoção de modelos importados de outros países, de curiosidades jurídicas, que nem nos países de origem acertaram, a ponto de estarem ruindo um a um, em especial, nos países do denominado leste-europeu.

Não se deve, aliás, *adotar* modelo e sim, em sendo o caso, *adaptar* o modelo à realidade brasileira, constituída, na verdade, de diversas realidades.

A revisão constitucional que se aproxima deve tender para o processo de normalidade constitucional, expungindo de seu texto erros de redação, conflitos entre normas ou inclusão de normas inaplicáveis à realidade brasileira. A norma constitucional deve ter operacionalidade real e não ser mais uma curiosidade jurídica que não sai do papel em que foi imprimida.

Rejeitado, pelo Congresso Nacional, o *Estado de Defesa*, deve ser vedada ao Presidente da República a reedição do seu decreto pelos mesmos fundamentos.

Não se justifica que a vedação do *habeas-corpus* em relação a punições disciplinares militares esteja em capítulo das Forças Armadas. Punições disciplinares militares existem, igualmente, para os militares estaduais, que integram as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares. A vedação deve compor, assim, a norma que prevê o *habeas-corpus*, no capítulo que trate "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos".

Individualmente, todo cidadão brasileiro é reserva das Forças Armadas, desde que em condições de mobilização ou convocação, a exemplo dos militares federais da reserva remunerada. As Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, no seu conjunto é que são considerados

Forças Auxiliares reserva do Exército. Daí, na revisão constitucional, deve agrupar-se no mesmo capítulo das Forças Armadas, ambas as situações, isto é, a da reserva *individual* e a da reserva no seu *conjunto*. Se o policial militar é reserva do Exército, no *conjunto* das Polícias Militares, o mesmo não se pode dizer do policial civil que, cidadão brasileiro, presumivelmente em condições de convocação e mobilização, é reserva *individual* das Forças Armadas.

A Polícia Rodoviária Federal e a Polícia Ferroviária Federal são órgãos incipientes, que não justificam a previsão constitucional, porque, respectivamente, guardam apenas as rodovias e ferrovias federais. Essa atividade deve ser absorvida pela polícia estadual, inclusive em respeito ao princípio federativo.

Deve ser previsto um órgão especializado no combate aos crimes econômicos, em especial aos conhecidos por do *colarinho branco*. Esse órgão exercerá atividades de *Polícia Fazendária*.

A unificação das polícias estaduais não se apresenta como viável, quer em termos militares, quer em termos civis. Ambas as polícias estaduais têm tradições e competências bem distintas, que inviabilizam a *unificação*. Hierarquia e disciplina, embora institutos comuns a toda Administração Pública, são necessárias ao exercício da polícia ostensiva e de preservação da ordem pública e, em especial, para a Polícia Militar que, no seu conjunto, integra o *Sistema de Defesa do País*.

A Polícia Militar, aliás, não é policial de militar. É militar de polícia, a exemplo das congêneres da França (*Gendarmerie Nationale*), da Itália (*Carabinieri*), de Portugal (*Guarda Nacional Republicana*) e da Espanha (*Guarda Civil*, que de civil só tem o nome, pois, é militar, é guarda de civil).

A Constituição de 1988, de modo vinculado, previu as competências das polícias, inclusive, as estaduais. O detalhamento, porém, está a depender de normas infra-constitucionais, que devem evitar a superposição de atribuições, a disputa de poder que gera conflitos de atribuições incompatíveis com os interesses da segurança pública e do próprio povo. O Poder Executivo não pode propor dissociadamente, ao Poder Legislativo, leis orgânicas das duas polícias estaduais.

As Guardas Municipais devem ter as suas atribuições melhor definidas na revisão constitucional, vedando-se a elas atividades próprias das Polícias Estaduais na prevenção e repressão imediata à criminalidade.

A *violência* e a *corrupção*, que atingem níveis vergonhosos, devem ser atacadas, preventivamente, através da melhor preparação do policial,

com o ensino humanista e jurídico, em especial com vistas aos direitos humanos.

A violência e a corrupção, corretivamente devem ser atacadas através de uma Justiça Criminal mais ágil, que condene ou absolva o policial acusado de violento ou corrupto, conforme procedente ou improcedente a acusação.

Não podemos mais considerar como departamento estanque o órgão policial e o órgão judiciário criminal. Polícia e Justiça Criminal, na verdade, constituem dois subsistemas do *Sistema de Segurança Pública*.

Bem por isso a revisão constitucional não mais pode ceder às pressões dos lobistas contrários aos *Juizados de Instrução Criminal*, por interesses classistas. Deve prever essa instituição que, embora se refira ao Poder Judiciário, é afim à temática da segurança pública.

Com os Juizados de Instrução Criminal e com os juizados especiais para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo (artigo 98, I, da Constituição de 1988), far-se-á registrar, desde logo, na Justiça Criminal tudo o que lhe chegue ao conhecimento em relação ao delito. Suprime-se o inquérito policial, que atravanca a polícia judiciária, é fonte de corrupção, gerador de violências e fator de descrença da população na Justiça Criminal, destinatária final da ocorrência criminal.

Haverá, com isso, economia para os cofres públicos, porque, não mais terá de suportar despesas dúplices: a do desnecessário inquérito policial e a do necessário processo legal. Basta este, sem necessidade daquele.

BIBLIOGRAFIA

CENEVITA, Walter. "1993 direciona o voto". *Folha de S. Paulo*, domingo, 30-9-90, "Letras Jurídicas", Política A-14.

CLAUSEWITZ, Carl Von. *Da Guerra*, tradução do original alemão por Teresa Barros Pinto Barroso, Editora Perspectivas e Realidades Ltda., Lisboa, Portugal, e Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1979, p. 87. O original é de 1832.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1966, nº 56, vol. 1, pp. 138 e 139.

DIAS, José Carlos e CARVALHO FILHO, Luís Francisco. "Quando a Polícia Julga". *Folha de S. Paulo*, domingo, 11-2-90, Tendências/Debates — A-3.

- IDOETA, Carlos Alberto. "Encontro com o Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo". *Folha de S. Paulo*, 5ª-feira, 1-2-90.
- JÚLIO, Ricardo. "Marinha brasileira está sucateada, diz Ministro", *Folha de S. Paulo*, 2-10-90.
- LAZZARINI, Álvaro *et. alii*. *Direito Administrativo da Ordem Pública*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1988. "A Instituição Policial Paulista". *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Lex Editora, São Paulo, a. 19, 3º bimestre, mai./jun., 1985, v. 94, pp. 8/15. "Julgado de Instrução". *Revista de Informação Legislativa*, a. 26, v. 101, jan./mar., 1989, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, pp. 197/206. "Da Segurança Pública na Constituição de 1988". *Revista de Informação Legislativa*, a. 26, v. 104, out./dez. 1989, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, pp. 233/236. "A Constituição Federal de 1988 e as Infrações Penais Militares". *Revista de Informação Legislativa*, a. 27, v. 108, out./dez., 1990, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, pp. 147/154.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. "Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão". *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, 1989, v. 29, p. 11.
- MASAGÃO, Mário. *Preleções de Direito Administrativo*, apostila editada pelo Centro Acadêmico XI de Agosto da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, p. 38. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 5ª ed., 1974, nº 43, p. 16.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 15ª ed., 1990, pp. 54/55.
- MELLO, Fernando Collor de. "Balanço dos 100 Dias de Governo", Discurso de 22-6-90, publicado pela imprensa.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 8ª ed., 1989, p. 360. *O Estado de S. Paulo*, 6ª-feira, 12-10-90, p. 1.
- PINTO, Almir Pazzlanotto. "A Revisão Constitucional e o Novo Congresso". *Folha de S. Paulo*, 6ª-feira, 12-10-90, Tendências/Debates, Opiniões A-3.
- Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. "Acórdão unânime, em 21-12-87, na apelação criminal nº 58.497-3, de Itanhaém, relator Desembargador Dante Busana". Lex Editora, 2º bimestre mar./abr., 1988, v. 111, p. 477.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª ed., 1990, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, pp. 637 e 648.

Observações sobre a Responsabilidade Patrimonial do Estado

CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

Professora Adjunta de Direito Constitucional da Faculdade de Direito PUC-MG

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Natureza da responsabilidade do Estado. 3. Fundamentos da responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado. 4. Regime Jurídico da responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado. 5. Responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado no Brasil. 6. A ação regressiva. 7. Conclusões.

1. *Introdução*

A responsabilidade é a marca fundamental do Estado contemporâneo. Vislumbrado sob a perspectiva democrática, que constitui seu ideal e sua justificativa, o Estado contemporâneo é repensado e tem o seu Direito revisto e refeito sob o binômio participação e responsabilidade da sociedade e da própria entidade estatal.

A responsabilidade, aqui visualizada em seu aspecto mais inteiro e estendido a todo o corpo social e a toda estrutura estatal, traduz o sinal de coerência interna da proposta democrática na convivência política. O sentido de responsabilidade entronizou-se na essência do Direito, por ser considerado atualmente elemento imprescindível à realização da Justiça material.

O princípio da responsabilidade estatal — que não se desgarrar nem se surpreende politicamente em estado de isolamento da responsabilidade social, vale dizer, de cada indivíduo em face de seu grupo social — indica, como nenhum outro, a profunda transformação do conceito, estru-

tura e dinâmica do Estado Moderno, como o acentuava sabiamente DUGUIT (1), e a própria noção e dinâmica do Direito Público nos momentos mais recentes de nossa história, quando se substituiu a tônica fundamental do tratamento Jurídico do Estado para o indivíduo, que o cria e nele vive para se aperfeiçoar e se realizar, e não o contrário.

O movimento social que reorganizou as relações entre os indivíduos e o Estado abriu espaço para que fossem revisitadas as noções de responsabilidade jurídica e do próprio Direito Público, consoante antes enfatizado.

É que numa nova postura jurídica sob a qual se enfoca o Estado, as noções, princípios e institutos do Direito Público sofrem substanciais alterações de correspondência e adequação. As funções do Direito, numa sociedade em que o indivíduo seja o elemento de valorização e de medida geral para a validade e certeza de todas as diretrizes e dinâmica institucional, voltam-se ao atendimento primário das necessidades do ser humano, envolvendo-se todos os institutos no sentido de preservá-lo e oferecer todas as condições para a sua realização. O Direito deixa de ser um instrumento a serviço do Poder e passa a ser o que sempre deveria ter sido, especialmente quando nos referimos ao Direito Público, um instrumento de realização da Justiça a serviço do indivíduo (2).

A responsabilidade estatal, que se busca aqui estudar brevemente, tem o sentido de uma obrigação jurídica que tem o Estado de deixar imune de qualquer dano o patrimônio particular atingido por sua conduta, restabelecendo-se, assim, a situação anterior ao dano em que o mesmo se encontrava.

A responsabilidade é, pois, princípio jurídico embaçador do sistema jurídico democrático. Ao lado de outros princípios, como o da legalidade, o da igualdade de todos na lei e em toda a dinâmica estatal, e de certa forma complementando-os para a realização prática da Justiça material, ela atua como o elemento garantidor da invulnerabilidade dos direitos fundamentais do indivíduo assegurados no sistema jurídico ante as investidas do Poder Público que podem, e com frequência esbarram e ingressam, na seara preservada juridicamente de sua atuação.

É freqüente encontrarem-se afirmativas no sentido de que a responsabilidade estatal tem o seu fundamento no princípio da legalidade. Autores celebrados consideram a responsabilidade estatal um dos pilares do Direito

(1) *Incontestablement, c'est l'extension toujours plus grande donnée à la responsabilité de l'État qui révèle mieux que toute autre chose la transformation profonde de l'État Moderne et la disparition constante et progressive de la notion de souveraineté.* (DUGUIT, Léon — *Traité de Droit Constitutionnel*), Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Editeurs, 1930, t. I, p. 459.

(2) Cf. SANTAMARIA PASTOR, *La Teoría de la responsabilidad del Estado Legislador*, apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes — *O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1974, p. 14.

Administrativo⁽³⁾. A eficácia do princípio da responsabilidade estatal dá a medida da efetividade do princípio da legalidade em determinado sistema jurídico. São princípios diversos, mas que atuam em direção única, qual seja, a de assegurar a plenitude dos direitos fundamentais do indivíduo sem que se perca do horizonte jurídico o norte maior da garantia de plenificação dos direitos da sociedade e de sua prevalência sobre os interesses particulares.

O princípio da legalidade, que se conjuga com o da responsabilidade, ora objeto de nossas preocupações, tem, hoje, conteúdo mais extenso e vivo do que jamais o teve. A legalidade é a instrumentalização da Justiça material, quando resultante de uma norma legítima e é a garantia do processo democrático de convivência política. Derrubado o fetichismo da lei, como peça bastante e solitária asseguradora da Justiça, assentou-se a sua necessidade como um dos elementos sem os quais o Direito não se cumpre e a Justiça não se realiza. Mas como pode conter a Justiça, a lei, sabe-se hoje melhor que ontem, pode conter a injustiça, a ditadura travestida de democracia, a execução da tortura fantasiada da execução de sentença justa.

A legalidade é dado essencial do Direito Democrático, mas tem conteúdo e forma diversos dos que assumia antes, e não se basta e nem é suficiente a que a sociedade certifique-se da Justiça do sistema político, nem da instrumentalidade do sistema jurídico para a consecução material prática daquela.

A legalidade carece de outros princípios, que lhe dêem efetividade e forma de justiça. Um dos princípios que se associa ao da legalidade para o cumprimento da finalidade democrática do Direito é exatamente o que centra nossas atenções.

Verifica-se, assim, que não se há cogitar de Estado Democrático de Direito sem que compareça no sistema jurídico — em sua formalização e em sua aplicação — o princípio da responsabilidade estatal. Quanto mais amplo e eficaz for este princípio no sistema jurídico, tanto mais democrático será o Estado, vez que pela aplicação deste princípio se tem a medida de respeito ao indivíduo e à sociedade em sua convivência com o Estado e, principalmente, a medida de efetividade do princípio da legalidade, marca que se agrega até mesmo nominalmente ao Estado de Direito.

A importância do princípio da responsabilidade acentuou-se com o avanteamento da atuação do Estado, que quanto mais se espria em sua

(3) "El principio de legalidad — y su garantía en el recurso contencioso-administrativo — y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos constituyen, por ello, los dos grandes soportes estructurales del Derecho Administrativo, cuyo equilibrio, amenazado siempre por el peso inicial de las prerrogativas del Poder, depende, justamente, de su correcto juego". (ENTERIA, Eduardo García de & FERNANDEZ, Tomás-Ramón — Curso de Derecho Administrativo, Madrid: Editorial Civitas, 1986, t. II, p. 321).

presença na sociedade, tanto mais se arrisca a adentrar espaços dos particulares, invulneráveis juridicamente, causando-lhes danos patrimonialmente mensuráveis.

A obrigação do Estado de atuar para atender às demandas da sociedade, que são cada vez maiores, não passa ao largo de uma obrigação que se impõe paralelamente de garantir ao particular a intangibilidade de sua esfera de direitos protegidos e intangíveis no cumprimento daqueles deveres.

Exsurge, então, com irretorquível peso, o princípio da responsabilidade estatal, que dimensiona o acatamento daquela segunda obrigação pela sua assunção no sistema jurídico. É matéria repleta de questões ainda na atualidade, se bem que já agora muito mais macia em sua cogitação jurídica que o foi anteriormente. Mas, principalmente, é matéria viva de interesse e plena de encantamento para o estudante de Direito, que nele encontra a mais sensível forma de execução do Direito Justo, em cuja órbita se cruzam os interesses da sociedade, que prioritariamente se cumprem pelo Estado, e os direitos do indivíduo, que não ficam em desvalia pelo acatamento e realização daqueles.

2. Natureza jurídica da responsabilidade do Estado

Muito se escreveu sobre o princípio da responsabilidade do Estado sob o título de "Responsabilidade Civil do Estado". Não foram poucos, em número nem em celebridade, também os autores que acorreram para esclarecer que não se tratava nem de "responsabilidade", nem de instituto "civil" (4).

É exato que não se cuida de instituto regido pelas normas civis, como também o é que o matizamento do instituto fá-lo traduzir-se diversamente de modelos jusprivatistas, longamente tomados como paradigmas para a solução das questões de direito público. Mesmo quanto ao princípio da responsabilidade do Estado, não se há de olvidar que os primeiros momentos de seu bosquejamento jurisprudencial prendem-se à vinculação do Estado aos parâmetros normativos do direito civil, considerado direito comum.

(4) No primeiro caso, enfatiza-se o pronunciamento de DUGUIT, segundo o qual "Se dice, y es verdad, que no se trata de responsabilidad y que se debería emplear una expresión diferente. Es posible; pero esta expresión no existe. Se puede emplear la palabra responsabilidad; basta con precisar su sentido y su alcance." (*Las Transformaciones del Derecho*, Buenos Aires: Editorial Hellasta S. R. L., s/d, p. 139).

Quanto à inadequação do adjetivo civil, frequentemente acoplado à expressão, ouça-se, dentre outras, a lição de AGUSTIN GORDILLO: "Se la llama todavía, a veces responsabilidad "civil" del Estado, pero ello es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica "responsabilidad" del derecho privado, ni es tampoco "civil" en el sentido de regirse por las normas de dicho Código... "A lo sumo podría llamársela así para señalar que es un tipo de responsabilidad que se traduce en una reparación pecuniaria, esto es, es una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la acción estatal." (*Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires. Ediciones Macchi, s/d. Parte General. t. II, XX, 5).

De outra parte, o rótulo de "civil", com que se cravou a responsabilidade do Estado até há pouco, tinha o sentido de se desvincular o seu entendimento da responsabilidade penal, que jamais poderia ser sugerida para a entidade pública.

Passados os momentos de afirmação do princípio, tendo as instituições de Direito Público ganho foros de autonomia e diretrizes próprias, há se notar, primeiro, que o princípio da responsabilidade medra em todos os campos do Direito Contemporâneo, não pertencendo a qualquer seara jurídica com exclusividade, nem se aplicando ao Estado por empréstimo ou por subsunção deste às regras juscivis, ficando as soluções dos casos em que compareça este instituto submetidos rigorosamente às regras do Direito Público, basicamente do Direito Administrativo, as quais têm especificidades que dissentem em sua aplicação, das regras do Direito Civil; o princípio da responsabilidade pertence à Teoria Geral do Direito, tendo a sua dinâmica ramificações e peculiaridades nos diferentes ramos desta área do conhecimento. Em segundo lugar, há de se enfatizar que a responsabilidade é princípio, perpassando todo o sistema jurídico democrático e afetando-o em sua interpretação e aplicação. Princípio é o ponto vital do qual nasce e em torno do qual volteiam as criações. Princípio é o Verbo, no sentido de ser o pólo primário essencial da criação e do desenvolvimento das criações. Princípio jurídico é o preceito normativo primário no qual se fundamenta e a partir do qual se desenvolve o sistema ordenador de Direito. O princípio jurídico traduz o continente e o contingente sistêmico, de onde partem todas as regras que compõem o ordenamento de Direito e para onde convergem as suas linhas de hermenêutica e aplicação. Do concurso principiológico de um sistema jurídico ressaem os preceitos embaixadores do ordenamento e a própria natureza do Direito posto. Na base de um sistema jurídico democrático conjugam-se os princípios da garantia da liberdade individual, da legalidade, da responsabilidade e da igualdade jurídica como pilares de sustentação e matizamento ideológico da normatização positiva.

Como princípio de Direito, a responsabilidade do Estado rege-se por normas de Direito Público, basicamente inseridas na seara do Direito Administrativo, desgarrando-se, destarte, de qualquer conotação de Direito Civil, que se lhe queira porventura apontar como fonte para deslinde de questões ocorrentes.

Anote-se, todavia, que como na área do Direito Civil, o de que se cogita na esfera do Direito Administrativo é, essencialmente, do restabelecimento de um dano através de refazimento patrimonial compensatório ou reparatório do agravo sofrido indébitamente, no plano do Direito, pelo particular, em virtude de uma atuação estatal.

Tal afirmativa tem, pois, o condão de equacionar os termos da responsabilidade estatal e que se resolverá, incontornavelmente, em termos patrimoniais, como de outro modo não poderia ser, vez que os limites da criação jurídica, como é a hipótese da pessoa estatal, esbarram nos lindes do criador, que mais não pode cogitar que da vivificação patrimonial e da sua

subsunção a regramentos legais que lhe dão mobilidade, finalidades e instrumentalidade. Tudo isto desagua na própria natureza da responsabilidade estatal, que bem reflete este caráter do Estado, ao se limitar a responder patrimonialmente ao particular pelos danos que contra ele vier a cometer.

A responsabilidade patrimonial do Estado pode decorrer de condição contratual ou extracontratual. No primeiro caso, vincula-se o Estado a uma obrigação de reparação patrimonial emergente de um clausuramento contido em contrato de que ele faz parte e ao qual se prendeu. Na segunda hipótese, a obrigação estatal decorrente do próprio sistema jurídico, que não acolhe a possibilidade de um Estado desobrigado ou descomprometido com os gravames que eventualmente podem advir de sua atuação aos particulares. Cuida-se, aqui, da responsabilidade extracontratual do Estado e é sobre esta que versam estas observações.

À parte as considerações sobre a natureza direta ou indireta e subjetiva ou objetiva do princípio da responsabilidade, que cada sistema jurídico cuidará de conhecer e acatar, e que será objeto de observações em outro tópico deste estudo (*), há se debruçar brevemente sobre a natureza reparatória, compensatória ou sancionatória da responsabilidade extracontratual do Estado.

Para tanto, cumpre aventurar-se, ainda que de leve, como é do espírito deste trabalho, sobre os cometimentos estatais que podem ensejar a aplicação do princípio da responsabilidade.

Não pende mais qualquer dúvida na doutrina, e muito pouca ainda prevalece na jurisprudência, sobre a qualidade dos atos estatais de cuja prática ou omissão pode advir a necessidade de acatamento do princípio da responsabilidade e sua aplicação para a solução da causa decorrente da quebra de direitos do particular.

Atos lícitos ou ilícitos do Estado podem dar azo à aplicação do princípio da responsabilidade e a natureza jurídica obrigacional daí resultante surgirá da mesma raiz do Direito, mas com matizes específicos. Afasta-se de qualquer das figuras de responsabilidade estatal oriundas daqueles atos a natureza de sanção, que outras searas jurídicas acolhem. Responsabilidade do Estado não é instituto sancionador, é instituto restaurador de Direito. O que se busca é a tutela do espaço juridicamente protegido daquele que sofreu dano em virtude de atuação estatal, não a detração do autor do dano. O enfoque do princípio recai sobre o particular que suportou, sem obrigação jurídica, própria e válida, o dano e não sobre o Estado que lhe deu causa.

A responsabilidade, na hipótese aqui cuidada, não é punição do Estado, é proteção ao direito do particular. O comportamento estatal do qual decorreu o dano pode até ser, e muitas vezes o é, efetivamente, reprovável, censurável, inválido juridicamente; outras vezes, não. Nada disto muda a

(*) Cfr. p. 13.

imprescindibilidade e extensão do princípio da responsabilidade, pois não se busca por esta figura a reprovação do Estado; procura-se a proteção do indivíduo; não se busca a repulsa da entidade pública, mas a sua correção e coerência aos ditames da Justiça, pela priorização do indivíduo que nele se encontra e dele necessita.

O que se objetiva, pois, com o princípio da responsabilidade estatal é o restabelecimento das condições anteriores ao cometimento do dano que gravou antijuridicamente o particular, ou, quando impossível este restabelecimento, por ausência de condições jurídicas, materiais ou fáticas, o refazimento do seu correspondente juridicamente em pecúnia.

O que fica a se estudar é se este restabelecimento das condições anteriores, resolúvel em espécie pecuniária quando não o seja o dano e não o possa ser pela mesma espécie porque ocorreu o dano, tem a mesma natureza quando o cometimento gravoso ao particular decorreu de ato lícito e de ato ilícito do Estado.

Há, em ambas as hipóteses, uma satisfação pelo dano provocado, mas *tem-se assentado, já agora com alguma frequência e louvável rigor jurídico*, que, enquanto o dano decorrente de ato estatal lícito demanda o suprimento patrimonial de natureza compensatória, o dano oriundo do cometimento estatal ilícito requer o ressarcimento de natureza reparatória⁽⁵⁾. É que naquele caso, de que se precisa é do reequilíbrio jurídico da situação do particular através da neutralização patrimonial do dano ocorrido, enquanto neste o que se aspira é à restauração do estrago pela retratação estatal que se converte em espécie pecuniária; naquele há uma recomposição, neste há um saneamento da esfera juridicamente protegida de alguém atingido pelo comportamento do Estado.

Atende-se a que, num como noutro caso, a responsabilidade impõe-se em seu sentido de plenificação do Direito protegido do particular alcançado pelo cometimento estatal, mas o aperfeiçoamento desta órbita jurídica tem em conta a natureza do dano provocado, sem, contudo, perder-se de vista, em qualquer momento, que o ponto de partida para a apuração da incidência do princípio da responsabilidade é a situação do particular, a sua vinculação com o Estado em virtude do nexa existente entre o dano a que foi ele submetido e o comportamento da pessoa estatal.

É de se notar que, conquanto se faça a distinção entre atos estatais lícitos e ilícitos para a aplicação do princípio da responsabilidade, não se confunde ou se equipara para qualquer efeito este princípio com o processo indenizatório do Estado nas atuações legais em que este seja parte, como ocorre e é frequentemente exemplificado na desapropriação. Para que incida a responsabilidade do Estado, urge esteja presente o elemento dano, proveniente da atuação desta pessoa, enquanto, na segunda hipótese aventada, este não existe, havendo ali um condicionamento ao exercício

(5) Cfr. p. 7.

do direito protegido juridicamente, o qual se compõe com a possibilidade de superveniente atuação estatal a submeter um bem patrimonialmente mensurável às instâncias coletivas para o atendimento de um interesse público superiormente tutelado juridicamente e que agrega, portanto, a conjugação de ambos, admitindo, de pronto, a possibilidade de vir a ocorrer a subsunção do bem às injunções diretas do Estado, para tanto recompondo-se patrimonialmente o cabedal do particular. Não há dano, neste caso, mas condicionamento para o exercício do Direito; não há se cogitar de lesão ressarcível, mas em remanejamento patrimonial para a garantia do equilíbrio de situação jurídica anterior do titular do direito.

Pela responsabilidade do Estado, o indivíduo acha-se instrumentalizado a compor os seus eventuais conflitos entre a sua esfera de interesse juridicamente protegida e invulnerável à atuação exógena, e a órbita de interesses idêntica e superiormente tutelada dos interesses públicos, sem quebra do equilíbrio ou da dinâmica das instituições ou do sobrestamento da busca dos objetivos públicos.

Por outro lado, a responsabilidade do Estado enquadra a entidade pública, ou quem lhe faça as vezes, nos limites da legalidade material e do comprometimento integral com o Direito.

3. *Fundamentos da responsabilidade patrimonial do Estado*

Importa refletir sobre os fundamentos da responsabilidade do Estado, nos termos postos, a saber, a responsabilidade patrimonial extracontratual.

Não são poucos os doutrinadores que se debruçaram sobre o tema, nem são em menor número as propostas oferecidas para se fixarem tais fundamentos.

Considerou-se fundamento da responsabilidade do Estado o próprio Estado de Direito, que determina, no continente da legalidade, o comportamento estatal. Teve-se por fundamento a culpa do comportamento estatal, no agir em desconformidade à legalidade e atingir o particular em sua atuação. Ponderou-se ser este fundamento o princípio da igualdade de todos os indivíduos perante os encargos públicos, pelo que a desigualação provocada pelo excesso em que se converte, para o particular alcançado, a conduta estatal não poderia subsistir⁽⁶⁾.

Superada a fase de reconhecimento e de prevalência da responsabilidade subjetiva do Estado, vale dizer, aquela embasada na idéia de culpa,

(6) DUGUIT, Léon — Op. cit., p. 140; ENTERIA, Eduardo García de — Op. cit., p. 337; BENOIT, Francis-Paul — *Le Droit Administratif Français*, Paris; Librairie Dalloz, 1968, p. 691; MELLO, Celso Antônio Bandeira de — *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, São Paulo: Ed. Rev. dos Trib., 1981, p. 137 — KLOSS, Eduardo Soto — "La responsabilidad pública: enfoque político", in *Responsabilidad del Estado*. Tucuman, Ediciones UNSTA, 1982, pp. 17 a 34; ALESSI, Renato — *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1972, pp. 27 e ss.

é de se acentuar o afastamento de algumas das teorias que prevaleciam sobre os fundamentos deste princípio, para se buscar na fase atual do Direito, posto na perspectiva democrática de suas instituições, consoante acima enfatizado, os elementos sobre os quais se fulcraria o instituto.

Duas são as teorias sobre os fundamentos da responsabilidade do Estado que preponderam na atualidade da doutrina, quais sejam, a que toma como fundamento o princípio da legalidade e a que tem fundamento no princípio da igualdade de situação dos indivíduos perante os encargos públicos.

Conquanto prevalentes, estes dois fundamentos apresentados não têm acatamento unânime, havendo aqueles que, à maneira de BÉNOIT, acentuam que o princípio da igualdade está à base de todo e qualquer instituto jurídico e que tem que ser acatado em sua plenitude: "S'il est donc heureux, politiquement, que notre technique de responsabilité administrative soit, comme la plupart de nos techniques juridiques, en harmonie avec notre principe d'égalité, ce n'est pas à dire que ce principe en soit le fondement. L'égalité doit être à la base de toutes nos institutions juridiques et sociales; elle n'est à proprement parler le fondement juridique d'aucune d'elles. Penser le contraire, c'est mêler le problème juridique du fondement des institutions et le problème politique de l'appréciation de leur valeur" (Op. cit., p. 693.)

É, aliás, aquele autor que explicita a distinção entre o fundamento e o regime da responsabilidade do Estado, explicando ser aquele "celui qui soulève la recherche des raisons d'être des conditions précédemment définies et des rapports établis entre elles" (Idem, ibidem).

Por considerar a responsabilidade do Estado princípio do sistema jurídico democrático social, claro está que as suas razões de ser, para se empregar a expressão do mestre francês, têm que estar aclimatadas juridicamente com os próprios fundamentos daquele sistema que tem base política relativa, enajada historicamente.

Daí porque parece-me que a responsabilidade do Estado tem como fundamento jurídico o regime político eleito pelo sistema. Note-se que esta escolha é de ordem política, porém a sua estratificação jurídica insere-o no ordenamento como preceito, princípio ou norma do mesmo, depurando-o da sua qualidade meramente política.

Da opção pelo regime democrático social e pela forma republicana do exercício do Poder, nascem os princípios da legalidade, da responsabilidade e da igualdade, que se conjugam para a realização da Justiça material, buscada com o assentamento do sistema jurídico.

Poder-se-ia cogitar de uma democracia social onde a irresponsabilidade, especialmente a do Estado, objeto de nossas preocupações, desse a tônica do exercício do Poder? Poder-se-ia pensar numa democracia leviana,

fulcrada no sentido da vontade do eventual detentor do Poder? Democracia é outro nome de responsabilidade, de adequação de comportamentos sociais e estatais ao direito posto como instrumento de proteção dos indivíduos e seu fiel cumprimento e execução. Daí porque sempre se acentuou que a responsabilidade do Estado sofreu diretamente o impacto das ideologias que foram modelando e remodelando, historicamente, o Estado e suas relações com a sociedade. As alterações ideológicas que transformaram a pouco e pouco o Estado, refletiram-se nas alterações que, a pouco e pouco igualmente, modificaram os regimes da responsabilidade estatal.

Por outro lado, o princípio da responsabilidade pública repousa e lança-se na esfera sistêmica do Direito a partir da sustentação e da aplicação do princípio republicano. Não me refiro, aqui, evidentemente, ao epíteto da forma de governo acatado em dado ordenamento posto, mas na dinâmica institucional que faz do Poder uma *res publica* ou uma coisa gerida para a satisfação espúria de interesses particulares. Não importa ao Direito os rótulos apostos ou adotados no sistema jurídico, mas a realidade institucional. Direito é verdade, não se faz Direito da mentira jurisdicizada. Lembro o grande RUI ao afirmar ter aprendido “a não ter preferências abstratadas em matéria de forma de Governo, a ver que monarquias nominais podem ser de fato as melhores Repúblicas, e que, na realidade, as Repúblicas aparentes são muitas vezes as piores tiranias. . . Das idolatrias conhecidas na história da cegueira popular, nenhuma é menos sensata que a das formas de Governo. Acima destas está a felicidade da pátria. Mas acima da felicidade da pátria inda há alguma coisa: a liberdade; porque a liberdade é a condição da pátria, é a consciência, é o homem. . .” (BARBOSA, RUI — *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, São Paulo: Saraiva & Cia., I vol., pp. 49 e 50).

Todo regime republicano, em seu desempenho, obriga-se com a sociedade e é esta obrigação que, dentre outros princípios, dá forma ao princípio da responsabilidade do Estado.

Pioneiro da assertiva sobre a importância do princípio republicano na sistematização normativa foi, entre nós, JOSÉ FERNANDES FILHO. Enfático, este mestre sempre cunhou de imprescindível ao entendimento dos fundamentos de diversos institutos de Direito Administrativo o exame do princípio republicano, em cujo conteúdo fixa-se o norte da ordem jurídica dos povos que o adotam, quer em sua rotulação de forma de governo, quer em sua prática administrativa.

Temos, pois, como fundamentos do princípio da responsabilidade do Estado o princípio democrático, que cinge a pessoa estatal à obrigação jurídica de não permitir que lesões aos particulares provenientes de sua conduta na gestão da coisa pública restem ao desamparo e, de outra parte, o princípio republicano, do qual nascem os direitos dos indivíduos a que a coisa pública seja administrada e destinada as atividades havidas por essenciais de forma aberta e comprometida com a sociedade, sem quebra

da igualdade de todos os que compõem o público, titular desta mesma coisa. Do primeiro princípio supra-apontado surge, eminente, de imediato, o princípio da legalidade e da responsabilidade e do segundo, nasce, diretamente, o da igualdade de todos no suportamento das incumbências públicas e, correspectivamente, como a materialização deste princípio, o da responsabilidade. Os princípios da legalidade, da responsabilidade do Estado e da igualdade de todos na lei aperfeiçoam os pilares mestres sobre os quais se funda o próprio Estado Contemporâneo, qual seja, o Estado Democrático de Direito: os princípios da Democracia e da República.

Saliente-se que os princípios da legalidade, da responsabilidade estatal e da igualdade de todos na lei, este com as suas variadas modalidades de aplicação, condensam-se na estruturação e arrematamento do Estado Democrático de Direito, de forma a dar-lhe conteúdo específico e instrumentalização social à sua persecução e efetividade.

4. *Regime da responsabilidade patrimonial do Estado*

Sob este subtítulo pretendo estudar as condições de aplicação do princípio da responsabilidade do Estado, numa visão histórica e numa abordagem breve sobre os dados que compõem aquelas condições no momento atual.

4.A) *Formação histórica do princípio da responsabilidade do Estado*

Tem se afirmado, doutrinariamente, que o princípio da responsabilidade do Estado é fruto de formação jurisprudencial e que é peculiaridade do Estado Moderno.

Em verdade, sob o enfoque atual, dúvida alguma pode existir quanto à absoluta correção destas duas assertivas, de resto feitas por jusdoutores, líderes do pensamento jurídico contemporâneo.

Todavia, não seria demais, nem equívoco, trazer-se aqui preceito contido no Código de Hamurabi que por ser texto jurídico do Estado Antigo reflete a correção do que antes coloquei sobre os fundamentos do princípio da responsabilidade pública.

Rezam os parágrafos 22, 23 e 24 do Código de Hamurabi:

“§ 22. Se um awilum cometeu um assalto e foi preso: esse awilum será morto.

§ 23. Se o assaltante não foi preso, o awilum assaltado declarará diante do Deus todos os seus objetos perdidos: a cidade e o governador, em cuja terra e distrito foi cometido o assalto, o compensarão por todos os objetos perdidos.

§ 24. Se foi uma vida (o que se perdeu), a cidade e o governador pesarão uma mina de prata para sua família.”

Nos parágrafos 23 e 24 daquele Código, pois, preceituou-se que os indivíduos não deixariam de ter refeitos os seus patrimônios ou compensados os gravames sofridos, inclusive com perda da vida de vítima de assalto, quando “a cidade e o governador”, que então representavam o Poder Público, não solucionassem os danos sofridos na convivência social, cuja segurança era expressamente arrolada como sua atribuição fazer manter.

O que mais chama a atenção no texto normativo enfocado é a exigência de não se deixar a descoberto de medidas assecuratórias os direitos dos particulares, quando a ação do Poder Público não fosse eficaz e suficiente para atender à necessidade social.

Sabe-se que o Estado Antigo era teocrático, e o Código de Hamurabi não deixa qualquer dúvida sobre tal condição naquela sociedade política.

Entretanto, é inegável que as regras acima transcritas demonstram o acatamento de uma figura extraordinariamente próxima da responsabilidade estatal que somente veio a ter guarida em etapas mais recentes do Estado moderno.

Todavia, não se pode deixar de atentar à exposição de SOTO KLOSS sobre a presença, no direito romano, da idéia de responsabilidade. Observa aquele autor que “. . . para el romano el *jus* no es asunto de normas, sino que es asunto de justicia, *ars boni et aequi*, aparece evidente que la existencia de un daño implica, de suyo, una ruptura en esa relación de igualdad (en que consiste basicamente la justicia, y más concretamente lo justo jurídico, su objeto, esto es el Derecho), un desequilibrio, una injusticia, que es necesario restablecer.

La obligación de reparar, pues, nace no de una falta, ya que si ésta no existe, igual se produce el desequilibrio y la ruptura de la justicia, que es necesario establecer. Nace del daño, perjuicio que comporta una injusticia (*damnum injuria datum*) y la injusticia — para que exista paz en la ciudad — debe ser reparada, puesto que ella es la perturbación del orden, indispensable para la convivencia en sociedad”. (Loc. cit., p. 21.)

A afirmação do princípio da responsabilidade estatal dá-se, contudo, de forma definitiva em etapas mais recentes do Estado Moderno, posto serem os primeiros períodos deste torneados pela forma autoritária de exercício do Poder Público, o qual, mesmo de público, tinha muito pouco. *King Can do Not Wrong*. Onde o Rei, encarnando o próprio Estado, como se passou nos primeiros momentos de afirmação do modelo moderno de sociedade estatal, não incide em falhas, não há danos. E onde não há danos, o que dirá da responsabilidade que dele decorre.

Assim, corolário histórico e lógico da primeira fase do Estado Moderno com a sua opção pelo regime político autoritário, foi a ocorrência da irresponsabilidade do Estado.

Mesmo quando o regime democrático, pensado em sua forma liberal e liberalizante do individualismo do século dezoito, fez-se palavra de ordem da opção política, não se firmou, de imediato, o princípio da responsabilidade. Compreende-se. A democracia em cujo seio se acolhe o princípio da responsabilidade estatal é aquela que se contém no espaço participativo e republicano da sociedade, e não a que se acolhe como nome e encarece apenas o indivíduo, cujo interesse sobreleva às necessidades e aspirações da sociedade. A democracia sem fundo social, sem conteúdo jurídico voltada para a congregação dos valores do indivíduo em sua ambiência social, como a que se esboçou no século dezoito, tinha espaço reduzido, se bem que não de todo ausente, para o princípio da responsabilidade. De resto, não dispunha de conteúdo social cumprido pelo princípio da legalidade material, ao lado do qual aquele se firma e se engrandece; cuidava-se, então, e apenas, da legalidade formal, sem conteúdo real e sem comprometimento com outros valores que não os que decorriam do individualismo.

Constata DUGUIT que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 não trazia qualquer referência à responsabilidade do Estado, mas tão-somente menção à responsabilidade do agente público: "Art. XV — La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration".

Sem embargo de tal afirmativa, contudo, salienta EDUARDO ORTIZ Y ORTIZ que "Parte esencial del sistema fue la propiedad privada. La Declaración de Derecho del Hombre consagró la libertad, la igualdad y la propiedad como extensiones de la personalidad, sin las cuales es imposible la vida en comum. En las garantías de la propiedad y de la igualdad ante la ley está larvada la responsabilidad estatal, la cual, sin embargo, no aparece formulada en la Declaración ni en ninguna de las Constituciones revolucionarias". (*Responsabilidad de la Administración Pública — Evolución y Tendencias*, In Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, 1980, p. 86).

A idéia força do Direito que se estabeleceu naquela quadra histórica e que parece ter contribuído para o entrave ao amadurecimento do princípio da responsabilidade estatal, é a da soberania do Estado. Com esta idéia, que ainda hoje pretende fazer refugir da incidência daquele princípio, na jurisprudência, uma parcela dos atos estatais constituiu-se uma cidadela de inexpugnabilidade dos atos do Poder Público. Como relevava DUGUIT "soberanía y responsabilidad son nociones que se excluyen". (Op. cit., p. 135.)

A incontrastabilidade do Poder Público e de seus atos, que se condensava no princípio da soberania, não apenas não permitia que o princípio da responsabilidade atingisse a pessoa estatal, mas inclusive impedia que a responsabilidade dos agentes públicos viesse a ter efeito concreto e pleno, à medida em que se exigia que a impugnação dos atos destes ficava a depender de prévia autorização para o processo a ser contra eles ajuizado.

Todavia, ao dogma da soberania do Estado e de sua inexpugnabilidade, acrescentava-se, no sistema jurídico então vigente em França, o dogma da propriedade privada, como valor absoluto, "direito inviolável e sagrado" do indivíduo, sendo os magistrados de então, como os próprios legisladores, "mais proprietaristas que soberanistas", na feliz explicação de DUGUIT (Op. cit., p. 137).

No embate entre o princípio da soberania e o direito à propriedade privada que, eventualmente, se travava, pela incidência sobre o patrimônio particular do dano oriundo da atuação do Estado, decidia-se de molde a, pouco e pouco, cogitar-se de indenizações que tinham natureza reparatória.

A própria dificuldade criada para se atingir o Estado, forçando-o a se responsabilizar pelos danos decorrentes de sua atuação, e que fez com que se erigisse legalmente o agente público como responsável diretamente pela lesão e, paralelamente, o embaraço apostado a se alcançar o próprio agente, pela necessidade da imprescindível e prévia autorização para o processamento do mesmo, acabou criando a senda para o forcejamento da condução da própria pessoa estatal a se responsabilizar pelos seus atos.

O celebrado *arrêt Blanco* foi o líder pioneiro da jurisprudência, que viria a provocar a profunda mudança de orientação no entendimento sobre o princípio da responsabilidade do Estado.

Datado de 8 de fevereiro de 1873, assentou-se pela decisão proferida neste caso que, a uma, a própria Administração Pública poderia ser responsabilizada por danos decorrentes de serviços por ela prestados e, a duas, que a norma civil não se aplicava a estas hipóteses, havendo, portanto, autonomia jurídica da norma administrativa para o tratamento destes casos.

É certo que por esta decisão excluía-se do conhecimento e julgamento dos Tribunais Comuns, aplicadores do Direito Civil, as causas em que fosse parte como possível responsável a Administração Pública, ficando elas, então, submetidas aos Tribunais Administrativos, o que de alguma forma significava o dificultamento dos julgamentos.

Neste sentido é que acentua EDUARDO ORTIZ Y ORTIZ ser "claro, en todo caso, que el *arrêt Blanco* siembra el germen de posibles exenciones de responsabilidad en favor de la Administración, al sentar la regla de que esa responsabilidad "no es ni general ni absoluta; que ella tiene sus reglas especiales que varían según los imperativos del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados". Aquellos imperativos y estos derechos podían conducir, y condujeron, a la creación de reservas de irresponsabilidad o de responsabilidad atenuada, en comparación con la que era propia entre particulares, o del mismo Estado con su capacidad de derecho privado, con solo invocar el Conseil d'Etat o la ley especial un interés público incompatible con la plena responsabilidad común de la Administración" (loc. cit., p. 88).

Mas a partir desta decisão, seguida de outras de igual sentido e de idêntica diretriz, iniciou-se uma caminhada inestancável no sentido do alargamento do princípio da responsabilidade do Estado, o que foi facilitado pela alteração da própria ideologia social, que tingiu a democracia renovando o arcabouço jurídico do Estado.

4.B) *Evolução do princípio da responsabilidade do Estado*

Assentado que o princípio da responsabilidade poderia incidir sobre o Estado, abria-se espaço à evolução do regime jurídico que o caracterizaria.

Neste tema, duas teorias mais importantes prevalecem e ainda ponderam, uma mais freqüentemente que a outra.

I — *A responsabilidade subjetiva do Estado*

Inicialmente predominou o sentido subjetivo da responsabilidade do Estado, que pode ser entendida como aquela que se fundamenta e se aplica segundo a ocorrência do elemento culpa, esta entendida como atuação inválida por afrontar o Direito.

Numa primeira etapa de aplicação, a responsabilidade do Estado explicou-se e executou-se segundo os termos subjetivos da doutrina civilista.

Há que haver, pois, violação do Direito com a resultante de um prejuízo causado a outrem, ou, na lavra límpida de CLÓVIS BEVILAQUA, "Na culpa há sempre a violação de um dever preexistente" e, na responsabilidade do Estado é necessário "que o ato seja injusto, ou por omissão de um dever prescrito em lei, ou por violação do direito". (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Rio. Ed. Rio, 1977, vol. I, p. 215.)

A culpa civil, identificada, determinada e individualizada, foi, contudo, substituída pela noção publicística da culpa. Para os efeitos da responsabilidade patrimonial do Estado, passou-se a ter como culpa não mais aquela violação do direito praticada por alguém agindo pelo Estado, mas a culpa do próprio Estado, pessoa que atua através dos órgãos, os quais, à sua vez, compõem-se e dinamizam-se pelos agentes públicos. Não se individualiza, assim, a culpa pública, a qual é, pela sua própria conformação estatal, indeterminada e, por vezes, até mesmo indeterminável. A culpa seria, então, do serviço, ou, na expressão francesa na qual se tem ainda uma vez a vertente deste entendimento, a "faute de service". Assim, se o serviço público não funcionou, funcionou mal ou funcionou inoportuna ou intempestivamente, e de tal situação sobreveio dano a alguém, o serviço público foi o causador da lesão, sendo-lhe, de conseguinte, imputada a responsabilidade. A culpa é, pois, do serviço, imputando-se ao Estado a responsabilidade dela decorrente, pois a ele se atribui a competência para, a prestação eficiente, correta e legal do serviço público.

Observa-se, entretanto, que a individualização da culpa e a sua publicação não tiveram o condão de objetivar, por si só, a responsabilidade do Estado. A noção de culpa comporta um traço subjetivo que lhe é indelével. Logo, poderia ocorrer uma ausência de serviço público devido, sem que se pudesse, necessariamente, responsabilizar-se por isso a entidade estatal, se não se pudesse, então, comprovar-se ter havido um dos três elementos vinculados tradicionalmente ao conceito *lato* de culpa, a saber, a negligência, a imprudência e a imperícia. Assim, ausente qualquer destes elementos caracterizadores da culpa, não haveria que se cogitar do fator subjetivo, sem o qual não se poderia sustentar a responsabilidade do Estado.

II — A responsabilidade objetiva do Estado

O alargamento do princípio da responsabilidade do Estado veio a propiciar a substituição, ou pelo menos, a convivência, vez que alguns autores, legislações e jurisprudências ainda sustentam a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, pela teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Nesta, o que se necessita para a sua configuração é da comprovação denexo de causa e efeito, entre o comportamento estatal e o dano provocado sobre a órbita jurídica protegida do particular.

Se do comportamento comissivo ou omissivo do Estado sobrevier dano injusto que onere o campo de direitos de alguém, responsável patrimonialmente será a pessoa estatal.

O que se requer, nesta hipótese, é a comprovação da existência do dano e a relação causal entre este e a conduta estatal, o que bastará a imputar a esta pessoa a responsabilidade pelo gravame injusto imposto a alguém⁽⁷⁾, posto não se compadecer a responsabilidade objetiva com o juízo de culpabilidade.

O que importa salientar é que, na teoria da responsabilidade objetiva, afastada está qualquer idéia de culpa, mesmo que presumida ou indireta. A objetividade significa a exclusão do elemento subjetivo contido na noção

(7) Ensina HELY LOPES MEIRELLES que "A doutrina do direito público se propôs resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por princípios objetivos, expressos na teoria da responsabilidade sem culpa, os fundados numa culpa especial do serviço público quando lesivo de terceiros. Nessa tentativa surgiram as teses da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral..." Explicando que a teoria da culpa administrativa "representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu...", o insigne autor paulista somente afasta-se da idéia de culpa, inclusive a administrativa, como componente da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, quando tece escólios sobre a teoria do risco administrativo, a qual, segundo ele, "faz surgir a obrigação de indenizar o dano, do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se apenas o fato do serviço." (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo. Ed. Rev. dos Trib., 1989, p. 550.)

de culpa, qualquer que seja o contorno, o rótulo ou o matiz em que venha esta travestida. A responsabilidade objetiva do Estado diz com a ausência deste elemento subjetivo.

4. C) *Do nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o dano responsabilizável*

Na doutrina dominante, portanto, sobre a responsabilidade objetiva do Estado, imperioso é situarem-se as condições acolhidas pelo Direito como sendo as que estabelece o suscitamento daquele princípio.

Para que seja a entidade estatal responsabilizada perante o particular pelo seu comportamento, lícito ou ilícito, urge que entre este e o dano resultante tenha havido nexo de causalidade, do qual nasce o vínculo obrigacional extracontratual entre o sujeito estatal e o particular.

Importa, pois, perquirir-se por que, quando e como imputar-se ao Estado aquela obrigação. Para tanto, é de se questionar sobre: I) o título sob o qual se responsabiliza a entidade estatal; II) a relação de causalidade entre o seu comportamento e o dano; III) as características deste dano para que possa ser ele imputável ao Estado (e quando não o pode); e, ainda, IV) o regime de responsabilidade direta ou indireta que o dano pode impor à pessoa pública⁽⁸⁾.

I — Responsabiliza-se o Estado pelo dano que lhe seja imputado, primariamente, porque o autor do evento danoso obriga-se pelo que do seu comportamento decorreu. Constatado que o autor físico do sucesso do qual adveio o dano integra os quadros da Administração Pública, a qual pela sua própria qualidade de pessoa jurídica, despojada de vida psíquica própria, age através daqueles que lhe integram os órgãos, dotando-a de mobilidade jurídica e política, inegável é que afirme-se esta pessoa como um dos pólos da relação obrigacional que constitui a concretude do princípio da responsabilidade.

O segundo elemento a se apurar para a responsabilização do Estado está na observação da competência para a prestação da atividade pública, em cujo desempenho, ou na ausência do qual, terá ocorrido o dano.

Sendo a prestação do serviço público de competência do Estado, o dano dela proveniente é de lhe ser imputado, ou porque na dinâmica administrativa necessária à sua oferta foi criada situação de risco que se concretizou onerando o particular de maneira injusta, indébita, ou porque do comportamento causador do dano adveio enriquecimento sem causa ao Estado, o que é de todo rejeitado pelo Direito, que obriga o enriquecido a recompor o patrimônio onerado, fazendo lícito, por esta forma, o que anteriormente, ilícito se projetara⁽⁹⁾.

(8) A imputabilidade é uma das noções que se tem na base do estudo sobre a responsabilidade consoante se releva, salvo raras exceções, na doutrina. A propósito, cf. DUGUIT, Léon — Op. cit., p. 139.

(9) ENTERIA, Eduardo García de — Op. cit., pp. 347 a 353.

II — Incontroversa é a essencialidade da questão referente à causalidade a ser demonstrada entre o comportamento estatal e o dano produzido. Por isso, assevera-se que a responsabilidade condiz com a noção de imputabilidade, porquanto aquele nexa faz com que seja atribuída a obrigação reparatória ou compensatória caracterizadora da responsabilidade a uma pessoa identificada para o Direito. Na hipótese aqui versada, para se imputar ao Estado a obrigação em que se constitui a sua responsabilidade patrimonial extracontratual, é de se fixar quando o seu comportamento foi causa do dano e quais as características de dano podem ser vertidas sob o título de seu dever.

A questão coloca-se de maneira difícil em virtude das dificuldades teóricas e práticas para se conhecer com clareza deste elo causal⁽¹⁰⁾.

(10) Trabalhos profundos sobre o tema da imputação foram elaborados pelos penalistas, vez que nesta seara jurídica a noção de imputabilidade converte-se em idéia mestra de todo o sistema normativo.

Em matéria penal o direito positivo brasileiro tem uma elaboração de obrigatoria referência daqueles que estudam o tema naquele ramo jurídico. Trata-se do art. 11 do Código Penal Brasileiro, que dispõe:

“O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Parágrafo único — A superveniência de causa independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.”

Em explicações sobre a orientação do que seria causa para os efeitos do dispositivo penal — e note-se que a parte inicial do mesmo não constitui objeto de qualquer atenção nossa, por não ter pertinência com o tema da responsabilidade patrimonial do Estado —, observa o principal fautor do documento legal em foco, o jurista FRANCISCO CAMPOS, que dentre as várias teorias jurídicas explicativas do que seja causa, optara-se pela da “equivalência dos antecedentes”, que não distingue entre “causa e condição”, finalizando a sua lição com a afirmativa de que “tudo quanto contribui, *in concreto*, para o resultado, é causa.”

A explicação dos penalistas tem servido de suporte e subsídio para os administrativistas elaborarem a doutrina da imputação na responsabilidade do Estado, como bem salienta EDUARDO GARCIA DE ENTERIA (op. cit., p. 354).

As dificuldades maiores nesta matéria estão em que a complexidade dos antecedentes causais obstruem o esclarecimento célere dos casos, pois impede a própria definição do autor do dano e a sua conseqüente imputação.

Ainda naquele campo penal se tem, no Brasil, vasta pesquisa e orientação doutrinária sobre o tema, chamando a atenção o trabalho elucidativo de, dentre outros, NELSON HUNGRIA, que traça vasto panorama sobre as diversas teorias que existem e que prevaleceram ou preponderaram na matéria. Assim, por exemplo, a teoria da equivalência dos antecedentes causais ou da “*conditio sine qua non*”, segundo a qual “causa é toda condição do resultado e todas as condições se equivalem... tudo quanto contribui para a produção do resultado é causa incidível dele. Existe relação causal entre a ação ou omissão e o evento sempre

(Continua)

Os óbices havidos concentram-se na elucidação do comportamento comissivo ou omissivo que, efetivamente, viabilizou ou fez com que o resultado sobreviesse, vez que há um encadeamento freqüente entre os fatos do conjunto dos quais aquele decorre.

A responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado somente ocorrerá quando esta relação de causa entre o comportamento que lhe seja imputável e o dano estiver evidenciada.

Sob a ótica objetiva da responsabilidade estatal, há que se estabelecer, pois, o que seja causa, quer dizer, estabelecerem-se as bases da imputabilidade do Estado, afastando-se desta noção qualquer ressaibo conceitual de culpa.

Causa é a razão de existência de uma coisa ou situação. Para os efeitos da responsabilidade objetiva patrimonial do Estado, causa é o

(Continuação da nota 10)

que este não teria ocorrido sem aquela, isto é, quando não se possa, mentalmente, supor excluída na série causal a ação ou omissão, sem admitir-se que, *in concreto*, o resultado teria deixado de ocorrer"; a teoria da causalidade adequada, pela qual "causa é a condição em geral idônea ou adequada a determinar o fenômeno"; a teoria da eficiência, conforme a qual "causa é a força que produz um fato"; a teoria da causa decisiva, consoante a qual "causa é o elemento dinâmico que decide da espécie do efeito"; a teoria do equilíbrio, segundo a qual "causa é a força última que, rompendo o equilíbrio entre os elementos favoráveis (positivos) e os contrários (negativos), produz o evento"; a teoria da condição insubstituível, pela qual "só é causa a condição indispensável em relação ao evento"; a teoria da tipicidade condicional, conforme a qual "existe nexo causal em direito penal, quando entre uma determinada conduta típica (isto é, correspondente à descrita por uma norma penal) e um determinado evento, consistente em particular modificação do mundo externo (também descrita, de regra, na dita norma), existe uma relação que tenha os característicos de sucessão, necessidade e uniformidade". (HUNGRIA, Nelson — *Comentários ao Código Penal*, Rio, Forense, 1958, vol. I, pp. 60 a 67).

A pluralidade destas teorias patenteia, de forma incontestada, os embaraços que permeiam o tema, de uma parte, e a imperatividade de se adotar um posicionamento sobre ele para a solução das questões referentes à responsabilidade do Estado.

Verifica-se que, no ramo penal, o que se considera para o efeito de imputação é se o fato deu origem, forçou, conduziu de maneira determinante, o evento que se considera criminoso e se foi ele provocado com culpa *lato sensu*, pois que esta noção é acoplada necessariamente àquela para a imputabilidade.

Como acentuava o insigne penalista NELSON HUNGRIA, "A pergunta — quando a ação ou omissão é causa do resultado, ela (a teoria da equivalência dos antecedentes) responde de modo preciso e categórico: a ação ou omissão é sempre causa quando, suprimida *in mente* ("processo de eliminação hipotética", na frase de THYREN), o resultado *in concreto* não teria ocorrido" (op. cit., p. 66).

Destarte, o nexos de causalidade entre o evento provocador e o resultado criminoso estabelece-se pela ação física que conduz o fio determinante da ocorrência típica.

comportamento comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, material ou jurídico, da pessoa estatal ou de quem lhe faça as vezes, que determina, de forma idônea, direta ou indireta, a ocorrência danosa.

A causa constitui a razão prática e inexcludente do dano que se pretende imputar ao Estado para que a responsabilidade deste possa daí se originar.

Para constituir, juridicamente, razão de ser do dano, a causa tem que, além de idônea, ser suficiente à produção do resultado havido como anti-jurídico responsabilizável, além de ter que se relacionar, direta ou indiretamente, mediata ou imediatamente, com o resultado indigitado como injusto.

O fator provocador do dano tem que ser, necessariamente, vinculado, ainda que não como fator único de ocorrência, com o cometimento estatal ou o que lhe seria devido juridicamente assumir.

É que pode haver um concurso de causas que ensejem o dano contra o qual se coloca o atingido. Pode ocorrer um fator ocasional que, indireta e mediatamente, contribua para o resultado danoso, sem que apenas por isso se possa afirmá-lo como causa do resultado questionado como injusto. Na primeira hipótese haveria que se indagar sobre a imputabilidade de qualquer delas, ou, em especial, daquela que, de maneira idônea e suficiente, produziu o evento danoso para se conhecer da pessoa responsável.

Pela dificuldade existente com freqüência, na prática, para se a conhecer do ato ou fato que deflagrou o dano que se indigita como sendo imputável ao Estado, é que a jurisprudência tem se socorrido do esclarecimento *in concreto* das circunstâncias que contornaram a espécie posta a exame para se categorizar como sendo causa do Estado, portanto, a ele imputável o dano, ou não (11).

III — Essencial para a cogitação da imputabilidade ao Estado da responsabilidade é que se configure o dano com as características e contornos havidos como peculiares para o suscitamento daquela figura.

Asseverou-se, antes, que não é qualquer inserção estatal na esfera juridicamente protegida do particular que faz surgir a figura da responsabilidade do Estado. De um lado porque algumas destas incursões estatais não caracterizam dano, no sentido de agressão ao direito do particular atingido, mas tocam-no no sentido de uma compatibilização entre os seus direitos e interesses e os da sociedade.

(11) Cf. ENTERIA, Eduardo García de — Op. cit., p. 355, *verbis*: "No es de extrañar, habida cuenta de que sobre la noción de nexo causal se hacen gravitar problemas diferentes al de la causalidad misma del daño, que la jurisprudencia (española y extranjera) renuncie a todo intento de categorización y se limite a resolver caso por caso, en función de las concretas circunstancias de cada uno de ellos, utilizando expresiones de valor no muy preciso y dotadas por ello de flexibilidad suficiente".

Não se cuida, portanto, do princípio da responsabilidade quando se está diante de uma desapropriação, exemplo excelente de uma investida do Poder Público sobre a órbita de interesses juridicamente tutelados da pessoa. Neste caso, o que ocorre é o contingenciamento do direito desta pelo interesse maior e mais justo da sociedade. Não há, então, agressão ao Direito ou intersecção do princípio absoluto da Justiça pensada pelo povo num determinado momento. Pelo contrário, há uma conciliação juridicamente posta entre os dois interesses que se afirmam sobre um mesmo bem, ou sobre um conjunto de bens jurídicos.

Para que se cuide de responsabilidade estatal, diz-se, há que haver dano. Este, sim, constitui uma arremetida injusta e ofensiva aos interesses juridicamente albergados do particular. Esta investida em qualidade que desguarnece dos limites da Justiça (tal como aceita pela sociedade em determinado momento) é que indetifica o particular e o coloca em posição de poder responsabilizar o ente estatal. Imprescindível é, de conseguinte, a existência de dano, porque a sua caracterização permite o vislumbre da vítima a partir do qual se forma e se conforma o princípio da responsabilidade e sua aplicação. Pois que é certo que não é da visão exclusiva ou prioritária do dano que se vislumbra e se solucionam as indagações postas sobre a responsabilidade do Estado, mas a partir da ótica jurídica do particular e de sua situação perante aquela entidade.

É, contudo, a caracterização do dano que permite o acabamento da noção de imputabilidade ao Estado por se completar por ele a relação obrigacional entre este e o lesado.

Há que ser injusto o dano, desimportando para os efeitos da responsabilidade aqui tratada, a sua natureza ou as suas condições.

Cumprido, entretanto, seja caracterizada esta situação de injustiça em que tem que estar envolto o dano. O primeiro passo é sempre de distanciar-se do dano a idéia de ilícito, vez que, como antes lembrado, também o comportamento estatal lícito pode estar na base causal do dano responsabilizável ao Estado.

São também afastadas as condições materiais ou jurídicas da atuação da pessoa estatal, pois desimporta, para os efeitos aqui tratados, a maneira de ser produzido o dano, mas o direito do particular de não sofrer situação de injustiça sem que seja refeita, por compensação ou por reparação, a ofensa que sobre o seu cabedal de bens e interesses jurídicos se abateu.

Como é o dano e a sua imputação ao Estado que esclarece a perspectiva da injustiça da agressão sofrida pelo particular, a configuração daquele faz-se necessária para o surgimento do princípio da responsabilidade.

Considerando-se, como antes acentuado, que a averiguação da situação jurídica do atingido pelo comportamento estatal questionado é mais importante que o exame deste — porquanto é da injustiça incidente sobre

o particular que se erige o dano responsabilizável, em virtude da própria finalidade que dimensiona o princípio da responsabilidade, qual seja, o de promover o restabelecimento da esfera de direitos daquele que é alcançado — há de se atentar, primariamente, à característica de injustiça do dano.

Tem-se afirmado, na doutrina, não ser qualquer perturbação antijurídica incidente sobre o patrimônio de alguém e emanado do Estado que caracteriza o dano. É certo que há que haver a ofensa antijurídica ao patrimônio do atingido para que se possa cogitar da responsabilidade. Mas não é qualquer perturbação que ensejará tal cogitação. Na abalizada lição de GARCIA DE ENTERIA, “el concepto de lesión patrimonial se convierte de este modo en el basamento mismo del sistema... conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico de lesión del concepto vulgar de perjuicio. En este último sentido, puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea *antijurídico*, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (*antijurídico* subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre *no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidade objetiva...)*.” Com fulcro nesta noção de dano econômico e antijurídico é que finca o eminente autor espanhol a sua conclusão no sentido de que “Lo que ahora importa retener es que cualquiera que sea la causa de imputación, la Administración está obligada a responder siempre que de su actividad resulte una lesión en el sentido expuesto, un daño antijurídico que reúna los caracteres de efectividad, posibilidad de evaluación económica e individualización en relación a una persona o grupo de personas...” (Op. cit., pp. 337 a 339).

Na realidade, considerando-se que é direito do cidadão ver-se a salvo de quaisquer investidas estatais que agridam a sua órbita jurídica tal como posta no sistema normativo vigente, ainda que estas decorram de comportamento lícito poderão ocasionar dano responsabilizável ao Estado, a dizer, que origina para este o dever de desfazer o estrago do patrimônio jurídico, economicamente mensurável, do particular atingido.

Tomando-se o ordenamento brasileiro, tem-se que as condições jurídicas de existência do indivíduo, o conjunto de direitos que compõem o seu cabedal de bens protegidos, está ressaltado de arremetidas, inclusive e principalmente estatais, que as modifiquem, independentemente de alteração legal válida. Desta forma, a geração de gravame patrimonial por comportamento imputável ao Estado enseja a responsabilidade, por se converter aquele em dano incompatível com o Direito, pelo que a ele se apõe o adjetivo antijurídico, na terminologia utilizada pelo insigne administrativista espanhol. Mais que antijurídico, asseveramos acima que o dano deveria constituir em injustiça para que deflagrasse a figura da responsabilidade. Em verdade, aquela afirmativa toma como base o sentido instrumental do Direito, que tem como objetivo a realização da Justiça em sua

dimensão e conteúdo material, conforme colocávamos nas primeiras linhas deste estudo. O Estado Democrático de Direito, em cujo espaço se erige de maneira completa o princípio da responsabilidade, tem como objetivo rigorosamente a realização da Justiça, a garantia do indivíduo, o controle da Administração Pública. Ora, não se cuida mais, de conseguinte, de um Estado Legalitário, mas de um Estado de Justiça. O que torna contrário ao Direito, quero dizer, antijurídico um comportamento estatal é o seu distanciamento objetivo do Justo, tal como pensado pela sociedade e posto legitimamente no sistema normativo. *Danno* injusto é a ofensa imposta ao patrimônio jurídico do particular, criando-se uma situação de agressão aos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico. A apuração objetiva da injustiça do dano repousa no cotejo da situação patrimonial juridicamente prevista e assegurada ao indivíduo e a situação criada pelo comportamento estatal.

Não se distancia, aqui, da fecunda lição de RENATO ALESSI, segundo a qual "l'antigiuridicità del fatto dannoso; vale a dire del comportamento, il quale deve, in se stesso e nel danno che ne a conseguito, costituire violazioni della sfera giuridica pertinente al danneggiato." (*L'Illecito e la Responsabilità civile degli Enti Pubblici*", Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1972, p. 64) (12).

Como o comportamento do Estado deve ser injusto, para que se possa falar em responsabilidade pública, e esta condição pode ser gerada tanto pela conduta ilícita como pela lícita, tanto pelo comportamento comissivo, como pelo omissivo, cumpre, neste passo, salientar-se uma caracterização que se configura de maneira peculiar no dano produzido pelo comportamento lícito e, ainda, da situação injusta criada pela omissão estatal.

Cuidando-se de dano originado por conduta lícita do Estado tem se assentado, doutrinária e jurisprudencialmente, que, além das características acima apontadas, deve ainda o evento danoso revestir-se das qualidades de especialidade e anormalidade.

É compreensível e justificável a exigência de características especiais do dano decorrente de comportamento estatal lícito, ao contrário do que sucede com o dano proveniente de comportamento ilícito. É que nesta hipótese a lesão, ainda que insignificante economicamente e de grande alcance numérico no grupo social, o dano é imputável pela condição em que foi gerada e a sua insuportabilidade decorre mesmo da injustiça manifesta e insustentável que o comportamento estatal faz acoplar irreversivelmente a ele. Naquela primeira hipótese, contudo, inexistente a injustiça evidente decorrente da condição originária genérica e inaceitável do dano e, por isso mesmo, responsabilizável ao Estado. Ou porque o dano é de tal forma

(12) Preleciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO dever ser, ainda, certo o dano, "vale dizer, não apenas eventual, possível. Tanto poderá ser atual como futuro, desde que certo, real." (Op. cit., p. 155).

insignificante em sua gravidade jurídica e econômica, ou porque tem efeito irrelevante no contingente atingido, tem se projetado que nestes casos a lesão fica fora do alcance jurídico da responsabilidade estatal. Assim, cuidando-se de dano proveniente de comportamento estatal lícito, para que possa se cogitar da responsabilidade do Estado, há que ser anormal o dano, no sentido de ter uma gravidade que refoge à dimensão do exigível de ser suportado em virtude das necessidades sociais, e ser especial, significando esta característica que o contingente alcançado pelo dano é de ser singular em sua descrição e exíguo em seu círculo de incidência. Não se toma como critério da especialidade do dano a individualidade ou a generalidade do comportamento causador do dano, mas a particularização, nas condições antes arroladas, do seu resultado.

O objetivo é que os danos irrelevantes sob o prisma da extensão econômica ou generalizados e, de conseguinte, atribuíveis às contingências da convivência política, não possibilitem que o próprio interesse público, motivador do comportamento estatal — vez que se trata de conduta válida juridicamente, logo consentânea com o interesse da sociedade e fulcrada no Direito — fiquem comprometidos pelo ônus que sobre a própria sociedade incide, relativo ao pagamento devido ao lesado⁽¹³⁾.

Inobstante existam autores que agreguem às características comuns dos danos responsabilizáveis ao Estado critérios especiais quando se cuidarem de comportamentos especiais omissivos, ou que salientam a peculiaridade da aplicação do próprio regime da responsabilidade quando destes se tratarem⁽¹⁴⁾, parece-me que a natureza omissiva do comportamento estatal não altera nem o regime de responsabilidade do Estado, nem se requer dos danos qualquer característica peculiar, como ocorre, justificadamente, com

(13) Segundo EDUARDO ORTIZ Y ORTIZ, "lo de especial alude al número de perjudicados; lo de anormal, a la intensidad o gravedad del perjuicio." (Loc. cit., p. 108).

Salienta JOSÉ GOMES DE CANOTILHO que "... bem se compreende que nos casos de sacrifícios impostos autoritativamente através de medidas legítimas, ou de danos derivados de atividades perigosas mas lícitas, a inadmissibilidade da indenização de danos generalizados e de pequena gravidade seja a regra. ... Se o dano não exceder os encargos normais exigíveis como contrapartida dos benefícios emergentes da existência e funcionamento dos serviços públicos, não há lugar ao pagamento de indenização, sob pena de insolúveis problemas financeiros, paralisadores da atividade estadual" (*O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1974, p. 271).

O eminente autor português registra, contudo, que "A idéia da exigência destes dois requisitos na responsabilidade objetiva só pode fundar-se na necessidade de um duplo travão ou limite: a) evitar a sobrecarga do tesouro público, limitando o reconhecimento de um dever indenizatório do Estado ao caso de danos inequivocamente graves; b) procurar ressarcir os danos que, sendo graves, incidiram desigualmente sobre certos cidadãos" (idem, *ibidem*).

(14) MELLO, Celso Antônio Bandeira de — Op. cit., pp. 144 e ss.

o dano decorrente de comportamento lícito, que se distingue do dano decorrente de conduta ilícita para que se suscite a aplicação do princípio em causa.

Circunstâncias existem, todavia, em que o dano não é imputável ao Estado, não sendo, por conseguinte, suscetível a figura da responsabilidade desta entidade. Tratam-se dos casos de exclusão da responsabilidade estatal, situações previstas especialmente no regime que sobre ela incide.

A característica destas circunstâncias excludentes da responsabilidade estatal é a inexistência do vínculo causal entre o comportamento da entidade pública ou da entidade concessionária de serviço público e o dano produzido. Assim, não obstante tenha ocorrido dano, este não é imputável ao Estado, por ser oriundo de causa estranha à pessoa pública. Consoante antes afirmado, é o elo de causalidade entre o comportamento e o dano dele decorrente que circunscreve o espaço da responsabilidade estatal. Onde este não se puder acertar, não sobrevirá a responsabilidade.

Não se cogita, assim, de responsabilidade estatal quando o autor do comportamento causador do dano, não obstante seja agente público, não tenha agido nesta qualidade. O agente público pratica atos de sua vida que não têm pertinência com a função correspondente ao cargo, função ou emprego público no qual se encontra investido, vale dizer, não são todos os seus atos que se praticam na condição de servidor público. O que exorbita daquela qualidade, ainda que ocasione dano, não terá qualquer relação obrigacional gerada para a entidade a cujos quadros pertença.

As duas mais destacadas hipóteses de excludente da responsabilidade estatal são a superveniência de força maior e a subjetivação do comportamento causador do dano estar no próprio lesado ou em terceiro, este último quando não for imputável ao Estado o dever legal de impedir a prática ocorrida.

A primeira excludente conjecturada cuida da superveniência de força maior. Entende-se por força maior o fato não desejado pelo agente que impossibilita, de forma incontornável, inevitável, a adoção de um comportamento tido como próprio, tornando-se ele assim mero instrumento de forças exógenas irresistíveis⁽¹⁵⁾.

(15) Não é unânime o conceito de força maior, menos ainda a sua distinção de caso fortuito. Segundo FRANCISCO CAMPOS "constitui força maior qualquer fato estranho à vontade do devedor e cujos efeitos não lhe era possível evitar ou impedir. O fato em questão tanto pode ser um acontecimento da natureza, como ato ou fato de terceiro. É tão-somente necessário que o devedor seja estranho ao fato e que deste resulte necessariamente a impossibilidade de executar a obrigação. "Le cause étrangère pour être libératoire, doit revêtir deux caractères: elle doit créer l'impossibilité absolue d'exécution, d'une part, et son intervention doit être exclusive, exempte de toute idée de faute, de l'autre." (DE PAGE...)" (Direito Administrativo, Rio, Livraria Freitas Bastos, 1958, vol. II, p. 72).

(Continua)

Para MARCELLO CAETANO "a força maior é o fato imprevisível e não querido pelo agente que o impossibilita absolutamente de agir segundo as resoluções da vontade própria, quer paralisando-a, quer transformando o indivíduo em cego instrumento de forças externas irrealizáveis. ... a força maior é uma causa..." (*Princípios de Direito Administrativo*, Rio. Forense, 1989, p. 527).

HELY LOPES MEIRELLES distingue entre a força maior e o caso fortuito, asserverando ser "força maior... o evento humano que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratado impossibilidade intransponível de regular execução do contrato ... O que caracteriza determinado evento como força maior ou caso fortuito são, pois, a imprevisibilidade (e não a imprevisão das partes), a inevitabilidade de sua ocorrência e o impedimento absoluto que veda a regular execução do contrato." (Op. cit., p. 215).

Remete o insigne mestre paulista as noções de força maior e caso fortuito àquelas que prevalecem no Direito Civil: "Entre nós, entretanto, a noção de força maior ou de caso fortuito continuam sendo a mesma do direito civil, e não vamos razão para diversificá-la no direito administrativo" (idem, *Ibidem*).

Contudo, o Direito Civil brasileiro, como de resto se encontra em legislações alienígenas, não diferencia as hipóteses ou, pelo menos, os efeitos da força maior e do caso fortuito, como se verifica no art. 1.058. do Código Civil:

"O devedor não responde pelos prejuízos resultantes do caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos arts. 965, 966 e 967."

Em escólios sobre este dispositivo normativo discorre CLOVIS BEVILAQUA no sentido de que: Conceitualmente o caso fortuito e a força maior se distinguem. O primeiro, segundo a definição de HUC, é o "acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes". A segunda "é o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo que a boa vontade do devedor não pode vencer". Não é, porém, a imprevisibilidade que deve, principalmente, caracterizar o caso fortuito, e, sim, a inevitabilidade. E porque a força maior também é inevitável, juridicamente, se assimilam estas duas causas de irresponsabilidade. ... é indiferente indagar se a impossibilidade de o devedor cumprir a obrigação procede de força maior ou de caso fortuito. Por isso, o Código Civil reuniu os dois fatos na mesma definição: o caso fortuito ou de força maior é o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. O essencial é, pois, que do fato resulte a impossibilidade, em que se acha o devedor de cumprir a obrigação" (op. cit., vol. II, p. 175).

Ainda na esfera do Direito Civil, analisa a matéria ROBERTO DE RUGGERO, assinalando que "Quando a imputabilidade cessa, por não ser o fato danoso dependente da vontade do agente, estamos em frente do que se chama o caso fortuito e, por consequência, da exoneração de qualquer responsabilidade. É pois "caso" (fortuito) qualquer evento não imputável, isto é, qualquer fato independente da vontade humana e mais precisamente — quando o caso se considera em relação com o não-cumprimento da obrigação — qualquer fato que a torne impossível sem culpa do obrigado. ... Não são senão uma espécie de caso fortuito (os eventos ordinários e extraordinários da vida como o granizo, o ralo e a geada entre os primeiros e as devastações de guerra ou a inundação num país, que ordinariamente não lhe esteja sujeito no segundo), mas uma espécie que tem os seus caracteres peculiares pelos quais nitidamente se destaca da categoria geral do caso fortuito simples, os casos de força maior (*vis maior, damnum fatale*). Difícil é marcar com exatidão os limites rigorosos entre caso fortuito e *vis maior*, e vários têm sido os critérios sugeridos pelos escritores.

(Continua)

(Continuação da nota 15)

Mas se se recorrer às expressões que as fontes romanas adotaram para designar os casos de força maior: *vis cui resistere non potest, caus quibus resistere non potest, caus cui humana infirmitas resistere non potest*, o critério distintivo parece ser o de sua irresistibilidade. São eventos naturais (por exemplo, incêndios, naufrágio, terremoto) ou fatos de terceiros (por exemplo, guerra, motins, revoluções) ou atos do soberano, que não só não se podem absolutamente prever, mas que não podem de modo algum evitar-se, visto não haver força humana que se lhes possa opor para impedir as suas consequências danosas. "(Instituições de Direito Civil", São Paulo, Saraiva, 1973, vol. III, p. 99.)

Em estudo monográfico do tema, ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA oferece como conceito de caso fortuito ("o qual fixou-se através de uma elaboração de séculos") "todo acontecimento inevitável, necessário, cujos efeitos não seria dado a nenhum homem prudente prevenir ou obstar. Tal é a concepção tradicional adotada também pelo nosso Código Civil. Verifica-se no fato necessário — diz o Código — cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir". Sallenta aquele autor que a doutrina e a jurisprudência não estabelecem distinções entre as duas figuras, e que há "na prática a equivalência estabelecida entre as duas expressões ... "não existindo" nenhuma distinção entre caso fortuito e força maior em nossa legislação, quer em face do Código Civil e do Código de Comércio, quer em face da lei especial reguladora de acidentes no trabalho". (Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão, Rio. Forense, 1958, p. 147).

No Direito Administrativo, EDUARDO GARCIA DE ENTERIA expõe que "... en los efectos de la doctrina del riesgo el caso fortuito se define, justamente por contraposición a la *vis maior* y se caracteriza por dos notas esenciales, la indeterminación y la exterioridad, cuyos contrarios, la determinación irresistible y la exterioridad, singularizan a aquélla. La indeterminación característica del caso fortuito supone que la causa del accidente productor del daño es desconocida. Como decía HAURIQU expresivamente, se trata de una "falta de servicio que se ignora. "El elemento esencial y el que da razón, incluso, del que acabamos de indicar, es el de la interioridad del evento por relación a la empresa en cuyo seno se presenta el daño; se trata, en efecto, de un evento directamente conectado al objeto dañoso, a su constitución, a su naturaleza íntima, al funcionamiento mismo de la empresa o servicio que integra ese objeto. Estos dos elementos fallan, por el contrario, en la fuerza mayor, que, como ya hemos notado, se caracteriza por sus contrarios, identificándose con una causa extraña, exterior por relación al objeto dañoso y a sus riesgos propios, ordinariamente imprevisible en su producción y, en todo caso, absolutamente irresistible, aun en el supuesto de que hubiers podido ser prevista (*cui humana infirmitas resistere non potest*) (op. cit., p. 351).

Cita, ainda, o celebrado autor espanhol duas decisões pretorianas nas quais se contém definições distintas daquelas figuras. Segunda elas, seria força maior "aquele suceso que está fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, que haya causado un daño material y directo que exceda visiblemente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia y trascendencia de su manifestación", enquanto seria caso fortuito o "evento interno", "intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida" (idem, ibidem).

Parece fundada nesta diferenciação apresentada e que faz conter o caso fortuito como evento provocado por elemento intrínseco do serviço público ou do seu prestador enquanto distancia a figura da força maior para o plano do sucesso provocado por fator exógeno ao serviço público e absolutamente inevitável

(Continua)

A se valer da nota distintiva utilizada pelos autores estrangeiros na matéria administrativa, segundo a qual o fator determinante do caso fortuito obstaculador do comportamento correto e regular do Estado insere-se na essência ou na natureza do próprio serviço ou na forma de sua prestação, dúvida alguma pode existir quanto ao inaproveitamento da figura como excludente da responsabilidade estatal.

Todavia, a se fulcrar na corrente dominante da doutrina brasileira e, em especial, na legislação que subsidiariamente oferece argumentos ao Direito Administrativo e na jurisprudência dos tribunais pátrios, parece difícil poder se estabelecer qualquer definição precisa da diferença entre ambas. Para se excepcionar a responsabilidade do Estado em determinado caso, há que se certificar da inexistência do nexa causal entre o seu comportamento e o dano produzido, pois que sendo possível estabelecer-se aquele vínculo, por ser o comportamento do Estado, ainda que indesejado, inevitável e imprevisível, o causador do dano, por integrar o fator de deflagração do mesmo a sua essência, a forma ou a dinâmica do serviço público ou da entidade ou órgão prestador do mesmo, a responsabilidade será suscitada.

De outra parte, cumpre observar que alguns eventos considerados como caso fortuito ou força maior, bem que não possam ser vistos como conduta do Estado ou inserida em seu âmbito de atuação, podem suscitar a responsabilidade da entidade quando incidam sobre atividades consideradas monopólio da pessoa estatal ou de sua expressa obrigação sobre elas exercer fiscalização etc. É o caso, por exemplo, das atividades nucleares que, embora possam suscitar comportamentos lesivos, dos particulares, podem ensejar a responsabilidade do Estado, quando força maior determinar dano sobre terceiros.

A outra excludente de responsabilidade do Estado é a conduta da própria vítima. Neste caso a exclusão repousa em que a imputabilidade inoocorre porque falta o pressuposto da identificação do sujeito estatal que teria dado causa ao dano, e sem este não se firma o nexa de causalidade.

Sendo este elo causal o fator determinante da imputabilidade, que, à sua vez, determina a responsabilidade, faltando ele a seqüência que culminaria com a responsabilização deixa de existir.

(Continuação da nota 15)

e incontornável em seus efeitos, que conduz o pensamento de uma corrente de administrativistas brasileiros a se posicionar no sentido de ser esta excludente da responsabilidade do Estado, o que não ocorre com aquela. Deste teor é a manifestação de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO que afirma que "Nos casos ora cogitados (de responsabilidade objetiva) eventual invocação de força maior — força da natureza irresistível — é relevante apenas na medida em que pode comprovar ausência de nexa causal entre atuação do Estado e o dano ocorrido. ... O caso fortuito não é utilmente invocável pois sendo um acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida, não elide o nexa entre o comportamento defeituoso do Estado e o dano assim produzido. O porque da incorreta atuação do Estado não interfere com o dado objetivo relevante, a saber: ter agido de modo a produzir a lesão sofrida por outrem" (op. cit., p. 158).

O ato de terceiro não é caso de exclusão da responsabilidade do Estado, a não ser que a imputação passe a ser dirigida a este e retire-se, como na hipótese precedente, o ponto subjetivo da relação obrigacional gerada pela responsabilidade do Estado, caso em que inoocorrerá esta por ausência do necessário vínculo de causalidade entre o comportamento da entidade estatal ou da que preste o serviço público na qualidade de sua concessionária e o dano produzido.

Todavia, poderá ocorrer, e com frequência ocorre, que danos provenientes de comportamentos de terceiros podem ser imputáveis ao Estado. Exemplo disso é a conduta negligente, ou descuidada de terceiro com o trato da energia nuclear, e que gere danos. Considerando-se ser dever do Estado fiscalizar e controlar a sua utilização no Brasil, v.g., força é convir que o cometimento do terceiro poderá determinar diretamente a lesão sem que apenas por isso se tenha por excluída a responsabilidade do Estado.

Finalmente, é de se tecer breve observação sobre o concurso de causas, ou a concausa e a sua condição de excludente da responsabilidade do Estado.

Não se cuida, aqui, de causa independente que, em exame atento, demonstre a ruptura do nexu entre o fator determinante do dano e o comportamento do Estado. Ausente aquele vínculo, conforme antes acentuado, deixa de existir o pólo no qual se fulcra a responsabilidade estatal. Se a causa superveniente produz por si só o resultado havido como danoso, não se há falar em concausa, mas em causa independente e, de conseguinte, liberatória da responsabilidade estatal, pois foi esta causa de *per si* só a que se pode ligar o evento lesivo.

Considera-se concurso de causas ou concausa o conjunto de fatores que conduzem, pela sua interdependência ou ordenação, o resultado indigitado como dano. Assim, o comportamento que, conquanto relativamente independente do resultado, constitua um desdobramento subsequente necessário e ligado ao anterior, de tal forma que o evento produzido tenha elo de causalidade não unicamente a ele, mas ao conjunto constituído por ele e pelos que com ele se compuseram para o sucesso provocador do dano, serve à configuração da concausa, ou do concurso de causas.

Sendo aquele fator imputado ao Estado e o que com que ele se acoplou para o surgimento do resultado proveniente, por exemplo, da própria vítima, configura-se o concurso de responsabilidades, vale dizer, soma-se à responsabilidade do Estado a do segundo provocador do dano, partilhando-se entre ambos o ônus reparatório da lesão.

IV — No que concerne ao regime da responsabilidade do Estado, é de se atentar constituir este o conjunto das normas que circunscrevem os limites e o conteúdo do tratamento do tema em dado ordenamento jurídico. Interessa-nos, contudo, neste passo, cuidar-se tão-somente de um dos aspectos dos regimes que podem ser instituídos para a responsabili-

dade, vez que outros, como o da eleição de uma das orientações (subjéctiva e objectiva) e a própria caracterização da imputabilidade à pessoa estatal foram objecto dos itens anteriores, todos eles compondo, evidentemente, o regime da responsabilidade.

Interessa-nos, aqui, o carácter directo ou indirecto da responsabilidade estatal, vale dizer, se o Estado é responsabilizado directamente ou apenas em carácter subsidiário ou solidário com o agente autor do comportamento.

É que se tem por adotados, em períodos anteriores mais comumente que na actualidade, mas que ainda hoje podem ser encontrados, regimes em que o próprio agente é responsabilizado pelo dano, estabelecendo-se o carácter, ora solidário — caso em que o Estado responde juntamente com o seu agente —, ora subsidiário e indirecto da responsabilidade do Estado, caso em que responde o agente público, que pode, contudo, voltar-se contra o Estado para a obtenção de ressarcimento do seu próprio ónus.

Ora, prevalente a teoria do órgão, pela qual se assenta que o agente público ao atuar, nesta condição, empresta a sua vontade ao Estado, formando aquela que vai ser constituída como da pessoa estatal, é de ser aceita, por óbvio, que o regime da responsabilidade do Estado, quer dizer, aquela relação obrigacional embasada numa causa produzida pela entidade estatal através de seu agente, é de ser a que converte a entidade em responsável primária e directa pelo ónus nascido da obrigação, sem que ao agente público seja entregue a carga dela decorrente. O gravame é produzido, lícita ou ilícitamente, pela entidade, em sua atuação regular pela facção jurídica que faz com que a finalidade da norma faça-se ato pela dinâmica do agente, que, à sua vez, converte em comportamento estatal o seu cometimento.

Ademais, há se relevar que o regime da responsabilidade estatal incide, quando posto em determinado sistema jurídico, sobre qualquer comportamento estatal do qual decorra dano ao particular, oriunde ele de comportamento assumido no desempenho da actividade administrativa, legislativa ou jurisdiccional, inexistindo argumento moralmente subsistente e juridicamente sustentável da exclusão da responsabilidade decorrente da natureza do ato.

Os espaços cunhados para dar refúgio e inoperância ao regime da responsabilidade estatal, como os dos atos legislativos e, em especial, dos atos judiciais, traçam infelizes representações de argumentos falidos dos séculos em que o autoritarismo era a regra, a sobrançeria arbitrária o valor e os direitos dos particulares meras conveniências dos poderosos. É um embaraço à dinâmica da democracia e ao acatamento dos seus princípios a permanência de tais argumentos, que não resistem a qualquer impugnação jurídica mais séria do que a simples continuidade de privilégios acima da garantia de controle das actividades estatais e da eficácia dos direitos dos cidadãos.

5. A responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado no Brasil

Não se conheceu, no Brasil, da irresponsabilidade do Estado, conforme se constata do exame da legislação desde a primeira Constituição brasileira.

Em efeito, na Carta Imperial de 25 de março de 1824, insculpiu-se no art. 179, que cuidava dos direitos políticos fundamentais, o princípio da responsabilidade dos “empregados públicos”:

“A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que têm por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

.....

29 — Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis os seus subalternos.”

Em comentários sobre este preceito constitucional, obtemperava PIMENTA BUENO que “É um princípio fundamental que os empregados públicos são estabelecidos no interesse do serviço social, e não no seu interesse individual, para manter os direitos dos cidadãos, fazer-lhes justiça, promover os interesses e o bem-estar da associação.

Todo o emprego supõe regras de seu exercício, e obrigações a satisfazer, é pois de razão e de dever cumprí-las; essa é também a exigência da própria honra e moralidade do funcionário. Nem uma corrupção é mais detestável do que a dos delegados do Poder Público, ela prejudica o poder, desmoraliza a sociedade, inverte em prejuízo o instrumento que fora estabelecido para ser útil e protetor.

A responsabilidade dos agentes do poder constitui pois uma das condições e necessidades essenciais da ordem e liberdade pública, uma das garantias indispensáveis dos governos constitucionais”. (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio: Ministério da Justiça e dos Negócios Interiores, 1958, p. 428.)

A preleção do douto comentarista da Constituição Imperial chama a atenção por arrolar o princípio da responsabilidade, como o fizera o próprio texto normativo, na relação dos direitos políticos do indivíduo constitucionalmente assegurados e, por outro lado, por considerá-lo exigência “da própria honra e da moralidade” “dos agentes do poder”. Esta última expressão, então, empresta ao conteúdo do texto posto uma dimensão que a interpretação mais tímida poderia dificultar. Nota-se, entretanto, que pelo apego ao sentido ético dos governos constitucionais, que se comprometem com a honra da sociedade e com as exigências da liberdade,

o princípio da responsabilidade, bem que cuidado no direito positivo constitucional do Império como se fora apenas do agente público, é introduzido como direito do indivíduo oponível ao Poder Público.

Por outro lado, preocupava-se o constituinte imperial em tornar efetiva a responsabilidade erigida em direito constitucional garantido ao indivíduo. Obrigava-se, pois, a que o chefe promovesse a responsabilidade do seu subalterno, observando, ainda, PIMENTA BUENO que: "Se, pois, e não obstante estes justos fundamentos, o funcionário público, violando a lei e os seus deveres morais, converte o emprego em meio de interesse pessoal, ou instrumento de suas paixões, não só o cidadão injustamente lesado deve ter o direito de promover sua responsabilidade, mas os seus próprios superiores estão na obrigação de provocá-la, de fazê-la efetiva, pois que, como o nosso parágrafo constitucional bem se expressa, não basta deixar de praticar abusos ou omissões, é demais essencial fazer efetivamente responsáveis os subalternos que assim procederem. Não é na simples promessa da lei que está a garantia, sim em sua exata observância" (idem, *ibidem*).

Não dissente deste entendimento outro insigne comentarista da Constituição Imperial, RODRIGUES DE SOUZA, ao pontificar: "A responsabilidade dos empregados públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções é uma garantia dos direitos individuais e políticos dos cidadãos, que deste ou daquele modo podem sofrer" (*Análise e Comentário da Constituição do Império do Brasil*, vol. II, p. 479).

Verifica-se, destarte, que o princípio da responsabilidade pelo exercício do Poder Público instalou-se entre nós como direito do indivíduo no primeiro momento constitucional e fez-se instrumento prático de moralidade do serviço público e garantia da efetividade das liberdades públicas.

É certo que a responsabilidade pública era de natureza pessoal do agente público, e subjetiva, vez que o seu embasamento normativo positivava-se e concentrava-se nas práticas abusivas ou omissivas das quais decorressem danos aos indivíduos.

A Constituição de 1891 contemplou o princípio da responsabilidade no art. 82, inserido no Título V — "Disposições Gerais":

"Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos."

Sob a égide desta Constituição e sobre o princípio da responsabilidade do Estado nela inserido escreveu-se uma das mais belas páginas do Supremo Tribunal Federal.

Arrimaram-se magistrados do porte de PEDRO LESSA em lições lapidares de constitucionalistas brasileiros de escol, como JOÃO BARBALHO,

para questionar o sentido e a extensão do regime da responsabilidade incluída na Constituição, chegando-se, então, a desapegá-la do agente público exclusivamente e conhecendo-se, pela vez primeira, de maneira límpida e fundamentada normativamente, a responsabilidade direta do Estado, ainda que ao lado da responsabilidade do agente público.

JOÃO BARBALHO acentuava que “no exercício de suas funções, os funcionários entendem sobre objeto referente ao direito dos cidadãos, a interesses legítimos dos particulares, e sem a responsabilidade tudo isso ficaria a arbítrio dos empregados e sujeito a prejuízos e lesões admiráveis. Por isto a disposição constitucional de que nos ocupamos, conquanto não mencionada (como o era na Constituição Imperial, art. 179, § 29) entre as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos, efetivamente uma delas. E será uma das mais sólidas e eficazes se, sempre, cada vez que for ocasião, os prejudicados a fizerem valer pelos meios que a lei tem estabelecido... É esse um direito cujo exercício é utilíssimo no indivíduo e à sociedade...” (*Constituição Federal Brasileira — Comentários*, Rio: F. Briguiet & Cia. Editores, 1924, p. 484).

Sob o pálio desta Constituição de 1891 sobreveio a Lei Federal n.º 221, de 20 de novembro de 1894. Em seu art. 13, § 10, cuidou da competência do Poder Judiciário para “julgar as causas provenientes de compensações, reivindicações, indenizações de prejuízos ou quaisquer outras propostas pelo Governo da União contra particulares, e vice-versa”. Com esta disposição admitiu-se, implicitamente, a obrigação para o Estado de indenizar os prejuízos causados por atos de seus agentes a particulares.

Ainda sobre a matéria cuidou a Lei n.º 1.939, de 28 de agosto de 1908.

Discorrendo sobre este tema, anotava PEDRO LESSA que a responsabilidade do agente público, tal como posto na letra constitucional, não excluía a responsabilidade do Estado: “Não: fora preciso que o nosso legislador constitucional não tivesse o mais vago sentimento da radical e fecunda revolução jurídica, que se estava realizando, e ainda continua, no que diz respeito à responsabilidade do poder público, pelos danos causados aos particulares, para que se limitasse a declarar os funcionários públicos responsáveis nos termos do art. 82 e por esse meio pretendesse excluir a responsabilidade do Poder Público da União, dos Estados e do Município... A doutrina da irresponsabilidade do Poder Público é hoje repudiada pelos juristas, e vai sendo pouco a pouco desprezada pelos legisladores. Já no Senado da França chegou a receber o epíteto de tese feudal insustentável em nossos dias” (*Do Poder Judiciário*, Rio: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 161).

A jurisprudência dos tribunais pátrios e, inclusive, do Supremo Tribunal Federal procedem, então, ao acolhimento da responsabilidade das entidades estatais, sedimentando o entendimento de que a responsabilidade

exclusiva e primária dos agentes públicos completava o princípio que era pertinente ao sistema constitucional (16).

Por outro lado, começa-se naquele período, anterior mesmo ao advento do Código Civil Brasileiro, a se afirmar a natureza objetiva da responsabilidade estatal, sobre isto acentuando ainda PEDRO LESSA que: "O que importa muito ter sempre em mente é que para haver condenação, é necessário que o autor prove que de fato se deu a *lesão de um direito*; que essa lesão acarretou um dano certo, e não apenas *eventual, presente e não futuro*; finalmente, que entre a prestação ou desempenho do serviço público, que ocasionou o dano, e este, se verifique uma relação direta de causalidade, um laço direto de causa e efeito" (op. cit., p. 170).

O Código Civil Brasileiro introduziu o princípio da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público em seu art. 15, *verbis*:

"As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano."

Tem-se, assim, o que se poderia denominar de segunda fase da implantação do princípio da responsabilidade das pessoas estatais no direito brasileiro.

Segundo CLÓVIS BEVILÁQUA, principal fator do anteprojeto que viria a se transformar naquele documento legal, "...o fundamento dessa responsabilidade é o princípio jurídico, em virtude do qual, toda lesão de direito deve ser reparada, todo dano ressarcido, e que o Estado, tendo por função principal realizar o direito, não pode chamar a si o privilégio de contrariar, no seu interesse, esse princípio de justiça" (cp. cit., vol. I, p. 215).

O regime da responsabilidade posto no Código Civil acolhida a responsabilidade subjetiva do Estado, eis que para a sua aceitação, cuidava-se de derivar o dano de compartimento "contrário ao direito" ou a "dever prescrito por lei". Entretanto, consoante antes observado, a jurisprudência cuidou de fecundar as idéias mais justas sobre o tema, objetivando a aplicação da responsabilidade estatal e ampliando o Direito nascido deste princípio.

Renegando a doutrina que distinguia entre atos de gestão e atos de império para excluir dos últimos a responsabilidade do Estado, e que prevaleceu algum tempo entre os autores da matéria, acentuava MILCÍADES DE SÁ FREIRE: "A redação do artigo 15 fez desaparecer a divergência

(16) Cf. FAGUNDES, M. Seabra — *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, São Paulo. Saraiva, 1979, pp. 175 e segs., nº 82.

doutrinária quanto à responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público.

Praticada uma lesão de direito, não importa saber se ela decorre de um ato de autoridade público exercida — *jure imperii* ou *jure gestionis* — para assegurar a reparação à pessoa lesada. Em qualquer dos casos, cumpre ressarcir o dano.

As restrições ao exercício dos atributos do domínio, ou de quaisquer outros direitos, criados pelas exigências cada vez maiores da vida coletiva, tornam vencedora a teoria da responsabilidade do Poder Público pelo ressarcimento do dano". (*Manual do Código Civil Brasileiro*, Rio, Jacinto Ribeiro dos Santos, Editor, 1930, vol. II, p. 206.)

Em 1934, o Decreto n.º 24.216, de 9 de maio, restringiu a extensão da responsabilidade estatal ao excluir do seu regime os atos criminosos dos representantes da União, dos Estados ou Municípios, e dos funcionários ou prepostos da União, ainda quando praticados no exercício do cargo ou função, em desempenho de seus serviços, salvo se nelas permanecessem após a verificação da ocorrência.

"Art. 1.º A União Federal, o Estado ou o Município não respondem civilmente pelos atos criminosos de seus representantes, funcionários ou prepostos da União, ainda quando praticados no exercício do cargo ou função, em desempenho de seus serviços, salvo se neles foram mantidos após a sua verificação."

É de se registrar que este decreto foi expedido quando ainda não vigorava a Constituição de 1934 e que viria a cuidar do tema, e já não mais valia a Constituição de 1891. Vivia-se, então, o período de passagem entre a Revolução de 1930 e o advento do novo governo constitucional, que somente vem a se instalar com a promulgação da Constituição de 16 de julho de 1934. Nesta se dispôs sobre a responsabilidade, modificando-se o tratamento que vinha a matéria, até então, recebendo constitucionalmente, porquanto se introduziu a teoria da culpa comum, ou a responsabilidade solidária. É o teor do art. 171 daquela Lei Magna:

"Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

Parágrafo primeiro. Na ação proposta contra a Fazenda Pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

Parágrafo segundo. Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado."

Sobrelevava para o constituinte a existência de vício decorrente de negligência, omissão ou abuso no exercício dos cargos. Somente havendo, por conseguinte, culpa *lato sensu*, ter-se-ia a responsabilidade do Estado, a qual se configuraria, a se interpretar literalmente o texto magno, em caráter de solidariedade entre a Fazenda Pública e o agente causador direto do dano. Este era, por isso, considerado litisconsorte necessário na ação movida contra a Fazenda Pública por determinação constitucional, que, desta forma, estabelecia vínculo processual necessário, de modo a impedir qualquer desligamento entre a pessoa estatal e o seu agente.

O *caput* do art. 171 da Constituição de 1934 foi rigorosamente repetido no art. 158 da Carta Política de 10 de novembro de 1937, da qual foram excluídas as normas contidas nos parágrafos em que se compunha aquela regra constitucional anterior.

A Carta de 1937 deixa de ter importância pela circunstância de se cuidar apenas de uma Constituição nominal, sem qualquer outro objetivo que o de “fazer de conta” que se tinha uma diretriz constitucional a limitar as relações sociais e políticas entre os membros da sociedade brasileira e o governo. Pelo que nesta, como em outras matérias, desimporta a regra que, de qualquer sorte, não teve o condão de orientar as balizas que deveriam se impor às condutas estatais.

A Constituição de 18 de setembro de 1946 estabeleceu, em seu art. 194, novo vetor positivo ao tema da responsabilidade:

“As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.”

Esta regra omite qualquer referência à desconformidade do comportamento do agente público com o ordenamento jurídico, prescindindo, ainda, de qualquer idéia de culpa.

Adota-se, pois, pela vez primeira, de maneira incontroversa, no direito constitucional brasileiro, a teoria objetiva da responsabilidade estatal, alterando-se a orientação acanhada e, às vezes, autoritária, sobre o regime que se positivara anteriormente.

Sobre esta norma constitucional, elucida MÁRIO MASAGÃO, que ofereceu a sugestão à subcomissão constituinte que tratou da matéria e que acabou se convertendo no texto em foco, que: “Adotava-se, assim, a teoria do risco integral. Para que a indenização fosse devida, bastaria haver dano e nexa causal entre ele e a ação ou omissão do funcionário, nessa qualidade.

A expressão funcionário foi usada em sentido amplo, a abranger todos os que, investidos legitimamente, operassem em nome do Estado" (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo. Ed. Rev. dos Trib., 1977, p. 303).

Esta é a única oportunidade constitucional em que se tem a utilização da referência à "responsabilidade civil". Explica sobre isso PONTES DE MIRANDA que "A responsabilidade civil", portanto, quanto à indenização... A expressão "responsabilidade pelos danos" não está, aí, em lugar de "responsabilidade segundo a lei civil", e sim em contraposição a "responsabilidade penal ou criminal" (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969*, Rio. Forense, 1987, vol. III, p. 544).

A Carta Magna de 24 de janeiro de 1967 dispôs sobre a matéria no art. 105:

"As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo."

Sedimentada a teoria objetiva da responsabilidade do Estado, a Carta de 1967 burilava o texto, mantendo a orientação que se fazia, já então, tradição brasileira.

A Emenda n.º 1, de 1969, modificou brevemente o texto, sem alterar o teor do princípio e do regime da responsabilidade do Estado, rezando que:

"As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo."

Mantido o entendimento sobre a objetividade da responsabilidade do Estado, escolia PONTES DE MIRANDA que esta regra constitucional, como vinha desde 1946, "em vez de adotar o princípio da solidariedade, que vinha em 1934, adotou o princípio da responsabilidade em ação regressiva. Os interesses do Estado passaram à segunda plana: não há litisconsórcio necessário, nem solidariedade, nem extensão subjetiva da eficácia executiva da sentença contra a Fazenda nacional, estadual ou municipal, ou contra pessoa jurídica de direito público interno ou estrangeiro. Há, apenas, o direito de regresso" (op. cit., p. 544).

A Constituição de 5 de outubro de 1988 tratou do princípio da responsabilidade estatal em mais de uma norma.

Manteve-se a responsabilidade objetiva do Estado ("das pessoas jurídicas de direito público"), estendendo-se a responsabilização, segundo o

regime de direito público, às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, no art. 37, parágrafo sexto:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Além de se fixar uma faixa maior de incidência indiscutível da responsabilidade pelo regime de direito público sempre que o dano for decorrente da prestação do serviço público, qualquer que seja a natureza jurídica do sujeito prestador, o texto refere-se, com maior correção do que houvera até aqui, a qualidade de agente do autor do comportamento danoso. E que a anterior menção ao funcionário reclamava a explicação doutrinária e o acolhimento jurisprudencial do sentido *lato* que se pode atribuir a esta palavra. Plasmara-se a inteligência de que funcionário público, como posto no regramento constitucional anterior, não se circunscrevia àquele que se enquadrava, em virtude do regime jurídico do vínculo mantido com o Estado, no quadro de servidores públicos estatutários. Antes, compreendia-se naquela expressão, para os efeitos de responsabilidade, todo aquele que estivesse no exercício de função pública e, nesta condição e no desempenho dela, viesse a se comportar de modo tal a provocar dano a alguém.

O tratamento desta matéria insere-se no Título II — Da Organização do Estado —, em cujo Capítulo VII se tem o ordenamento específico da Administração Pública.

Não apenas por isso, contudo, se poderia afirmar que a responsabilidade deixa de ser considerada direito constitucional fundamental do indivíduo, eis que, como fixado textualmente, no art. 5.º, parágrafo segundo “os direitos e garantias expressos nesta Constituição”. Vale pois, dizer, que não apenas naquele artigo se encontram os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, mas em seu corpo, e inclusive de forma inexpressa nele, desde que decorrentes do regime e dos princípios constitucionais outros existem que integram o sistema normativo fundamental.

Por outro lado, a responsabilidade do Estado por erro judiciário ou por manutenção de preso além do tempo fixado na sentença foi considerada de maneira específica e não incluída, genericamente, naquele princípio. Despontou este como um dos direitos fundamentais do indivíduo, tratado, portanto, no próprio artigo 5.º, item LXXV:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
LXXV — o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.”

Como antes assinalado, a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado não persegue a natureza do comportamento estatal do qual tenha decorrido o dano para que se imponha como obrigação inafastável do Estado.

Qualquer que seja o comportamento, desde que dele decorra dano a alguém e que se comprove o elo causal entre aquela conduta e a lesão ou violação de direitos, ensejará a responsabilidade. Seja, pois, o ato estatal de natureza administrativa, legislativa ou jurisdicional, é certo que a responsabilidade terá lugar quando dele se originar dano a alguém, como antes observado.

Não se excluem, por qualquer argumento ou fórmula mágica que tentasse criar espaço inexpugnável ao direito do indivíduo de se ver a salvo de condutas danosas do Estado, os atos legislativos e os judiciais. Todavia, quando se cuida de erro judiciário ou de restrição ao direito à liberdade de locomoção, a gravidade do comportamento estatal patenteia-se pela natureza do direito ofendido e põe-se, de modo inquestionável e salientado constitucionalmente, a garantia da responsabilidade estatal.

Note-se que não se diferencia o regime da responsabilidade neste caso dos demais, mas acentua-se, pela regra fundamental, a gravidade do dano e a extensão do direito do particular ao ressarcimento pelo Estado em virtude da afronta sofrida.

Mais ainda, e adotando, ainda que de modo tecnicamente questionável por fazer parecer que apenas neste caso se teria a responsabilidade objetiva do Estado, a Constituição cuidou do tema ao se referir à responsabilidade por risco integral decorrente de dano nuclear no art. 21, XXIII, alínea c:

“Art. 21. Compete à União:

.....
XXIII — explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer o monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e processamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

.....
c) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.”

Cuida-se, aqui, de se estabelecer como princípio a responsabilidade estatal por danos nucleares, sem que penda qualquer condição, inclusive a comprovação do nexo de causalidade, para que a indenização seja devida.

É que se o dano é nuclear e a competência para a exploração dos serviços e instalações nucleares de qualquer natureza é da União, a responsa-

bilidade surge apenas da configuração do dano que se possa rotular como nuclear por decorrer da existência da atividade, tenha ou não o próprio particular dado causa a ele, tenha sido terceiro o autor do dano, tenha havido concausa. A hipótese é de responsabilidade por risco integral, e o que a Constituição quer revelar com a regra não é apenas que o Estado não precisa ter tido conduta culposa para ser responsabilizado, eis que desta condição se prescinde para a caracterização da responsabilidade estatal em qualquer hipótese. O que se pretende acentuar, neste caso, é que a obrigação de indenização é devida pela só circunstância de sobrevir dano nuclear, pois o nexo de causalidade aqui é presumido (o próprio rótulo o indica) e a União é responsável por ele em qualquer circunstância.

Verifica-se, assim, que houve ampliação do princípio da responsabilidade do Estado, maior atenção a seus desdobramentos, como na hipótese de responsabilidade por dano nuclear, atendendo-se a que, efetivamente, o crescimento das interferências estatais na sociedade aumenta, paralelamente, os riscos de lesões ou ameaças que podem incidir sobre os indivíduos. É imperioso, pois, que se desenhe, juridicamente, com rigor apertado, espaço de inexpugnabilidade dos seus direitos contra ofensas estatais, ou, de menos, de salvaguardas jurídicas contra a permanência de situações danosas, prejudiciais ao indivíduo e à própria Justiça, cujo sentido e realização ficam mais e mais difíceis de se tornarem eficazes se não se efetiva a garantia da responsabilidade estatal.

6. A ação regressiva

Se o Estado deve ser responsabilizado pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causam aos indivíduos, refoge a qualquer dúvida que não deve a sociedade ser onerada pelo pagamento da indenização devida e aperfeiçoada pela pessoa estatal, quando o dano decorreu de comportamento culposos — doloso ou por culpa *stricto sensu* — do seu autor.

Por isso, desde o Código Civil Brasileiro, assegurou-se a responsabilidade direta do Estado pela reparação ou pela compensação do dano havido, mas determinou-se que haveria o regresso contra o causador do dano (art. 15, *in fine*, do Código Civil).

Sobre aquela regra, ponderava CLÓVIS BEVILÁQUA que “O artigo analisado consagra o direito regressivo da pessoa jurídica de direito público, contra os causadores do dano. É aplicação de um princípio geral de direito que, tornado efetivo, seria um freio eficaz aos abusos, a que se deixam arrastar autoridades arbitrárias” (op. cit., vol. I, p. 215).

Em verdade, o princípio do regresso contra o autor do dano, quando este se origine de culpa ou dolo, atenta para o direito da sociedade ao Estado Moral, à ética no exercício das funções públicas. Assim, se de um lado não se pode deixar ao desabrigo os direitos maculados dos particulares

por um comportamento imputável ao Estado, também é exato que a sociedade não deve arcar com os ônus decorrentes de condutas equivocadas dos agentes públicos. Por outro lado, pretende-se que a moralidade administrativa, antes diria, a moralidade estatal (porque não se requer a sua observância apenas na gestão da coisa pública, mas em todo o comportamento do Estado, entendendo-se por este o que ocorre no exercício das funções legislativas e judiciais também) impeça que agentes públicos exorbitem das suas atividades legais ou as exerçam de forma incompatível com os ditames da legalidade e da moralidade, adotando condutas que, por culpa ou dolo, agredem ou ameacem direitos dos particulares.

Assim, ao Estado incumbe o dever de reparar o dano ocorrido pelo comportamento que lhe seja imputável; mas a ele compete, igualmente, o dever de não arcar com o ônus decorrente desta reparação quando seja ela originária de um comportamento doloso ou culposo do seu agente.

A Constituição de 1946, que tornou superada no direito magno positivo a responsabilidade solidária do Estado e do seu agente, introduziu, em parágrafo próprio, o tratamento da ação regressiva contra o funcionário causador do dano, quando tiver havido sua culpa.

Não se utilizou, então, a expressão da obrigação do exercício deste regresso, a qual, contudo, se constituía por força do seu fundamento jurídico e da sua natureza mesma. Não se imaginaria que, num sistema constitucional que adotasse o princípio da moralidade pública, pudesse ficar ao arbítrio do agente público competente a eleição sobre o exercício do regresso, que é um direito da sociedade.

Circunscreveu-se bem, naquela Constituição, o espaço de exercício da ação regressiva: apenas quando tivesse havido culpa do causador do dano.

Com isso evitava-se, por outro lado, o arbítrio no repasse dos ônus decorrentes da reparação havida.

O parágrafo único do art. 105 da Carta de 1967, bem como o parágrafo único do art. 107 da Emenda n.º 1, de 1969, observada como Carta Política Brasileira até o advento da atual Constituição de 1988, albergaram, igualmente, o cabimento da ação regressiva contra o "funcionário responsável" nos casos de culpa ou dolo.

Entendia-se que poderia, ou não, haver a ação regressiva, segundo entendimento predominante no seio das entidades estatais e, ainda, na própria jurisprudência. Afirmava-se tratar-se de um "direito do Estado", que poderia, então, exercê-lo, ou não.

Entretanto, qualquer interpretação mais firme do instituto deixaria esclarecido o caráter obrigatório da ação regressiva, nos casos de culpa ou dolo, descritos constitucionalmente.

Evidente que, se a ação regressiva presta-se a deixar a salvo de ônus sociais os comportamentos ilegais dos agentes públicos, não se pretende posar a deixar ao arbítrio dos agentes competentes, a escolha dos casos em que ele pretende se valer do "direito". Note-se que, aqui, se teria, efetivamente, uma atuação arbitrária. É que se a atuação da qual se originou o dano é culposa ou dolosa, e, de conseguinte, gravosa ao patrimônio da sociedade assumido pelo Estado, escolher algum agente quando se vai, ou não, debitar à sociedade o ônus, ou quando se vai impô-lo ao próprio causador do dano, é cometimento tipicamente arbitrário.

Por outro lado, tal situação cria desigualdades de tratamento entre os próprios agentes públicos, que se veriam partes de ação regressiva segundo a conveniência dos seus superiores hierárquicos, por vontade deles, e não por exigência dos princípios legais vigentes.

Como o patrimônio público, que assume o ônus pecuniário do ressarcimento havido, não pode refugir aos princípios da legalidade e da moralidade pública, certo é que a ação regressiva não era, nem poderia ser, direito do Estado, mas dever incontornável e de cumprimento obrigatório deste.

O texto constitucional vigente piorou, neste particular, a técnica, ao afirmar ser "assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa" (art. 37, parágrafo sexto).

Em verdade, para engrossar os argumentos daqueles que entendiam pela impossibilidade de se exigir do Estado a ação regressiva, cuja omissão pudesse ensejar ação popular — por lesão ao patrimônio público — o constituinte valeu-se da palavra "direito", como se fora uma opção livre e desguarnecida de limites a utilização dos bens da sociedade.

Seria inegável desavença entre o sentido da norma em causa e a sua finalidade atribuir-se a palavra "direito", empregada naquele dispositivo constitucional, o significado menor de faculdade ou prerrogativa, como se o interesse público pudesse ficar à disposição de algum agente público.

Cuida-se de examinar o fim da norma, incluída na Constituição, tão ciosa esta do princípio da responsabilidade estatal, a ação regressiva contra o causador do dano nos casos de culpa ou dolo.

Trata-se de fazer valer uma das muitas célebres e sábias lições de CARLOS MAXIMILIANO, segundo quem "Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa a finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermenauta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais;

será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida" (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio. Livraria Freitas Bastos S/A., 1965, p. 163).

Não se poderia pretender, pois, que o sistema constitucional adotasse o princípio imperioso da moralidade pública do comportamento estatal e assegurar-se à sociedade que os danos havidos por particular imputáveis ao Estado seriam por ele patrimonialmente ressarcidos, sem que paralelamente, assegurasse a ela que o patrimônio público seria utilizado lesivamente a ela quando do ressarcimento do particular. Assim, decorrido o dano a ser reparado de conduta culposa ou dolosa de agente público responsabiliza-se a pessoa jurídica, que regride contra o causador. Refaz-se, destarte, inicialmente o patrimônio do particular ofendido em sua esfera de direitos e, em seguida, nos casos indicados, a dizer, de culpa ou dolo do causador do dano, refaz-se o patrimônio público, através da ação regressiva oposta ao provocador do gravame.

Inimaginável seria que a Constituição, numa passagem, assegurasse a legalidade e a moralidade pública (art. 37, *caput*) e, em outra, deixasse uma brecha ao arbítrio do agente competente para propor, ou não, a ação regressiva contra o agente causador, por culpa ou dolo, de dano a particular.

Não apenas seria uma abertura ao arbítrio daqueles agentes competentes a fazer a "opção" pelo ajuizamento da ação regressiva, mas, ainda, fustigaria tal interpretação o princípio da moralidade pública assegurado ao particular que é, constitucionalmente, instrumentalizado a defendê-la (ação popular, art. 52, item LXXIII) e o da impessoalidade da Administração Pública, havendo ainda possibilidade de se comprometer o tratamento isonômico, erigido como princípio maior da Constituição de 1988, dos próprios agentes públicos.

Assim, embora a letra do art. 37, parágrafo sexto, *in fine*, não tenha favorecido, tecnicamente, o melhor entendimento que há sobre a obrigação de ser ajuizada ação regressiva contra o causador do dano imputável ao Estado, nos casos de dolo ou culpa deste, certo é que a princiologia que domina o sistema constitucional positivado não permite outra interpretação que não aquela que a fixa como dever estatal inafastável.

Melhor orientação parece ser, indubitavelmente, a que se absorveu no texto da Constituição do Estado de Minas Gerais, de 21 de setembro de 1989, segundo a qual:

"Art. 16. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sendo obrigatória a regressão, no prazo estabelecido em lei, nos casos de dolo ou culpa."

Pela redação oferecida na Constituição Mineira é, pois, obrigação indefectível e inquestionável pelo rigor da letra da norma, a regressão contra o causador do dano. É certo que a redação apresenta deficiência ao deixar de acentuar contra quem a regressão se volta, o que se depreende, obviamente, mas que teria sido de melhor técnica a sua indicação expressa.

Contudo, prima sobre o texto federal pela clareza da obrigação de se regredir contra o causador do dano nos casos de dolo ou culpa, garantindo-se, deste modo, a moralidade pública na utilização do patrimônio que é da sociedade, além de impedir desmandos ou arbítrios no exercício da competência sobre a ação regressiva.

7. *Conclusões*

A responsabilidade é a marca do Estado Democrático Contemporâneo e traça a essência do momento político presente. A responsabilidade do Estado mais ainda reflete esta coerência interna da proposta de vida que se perspectiva dentro de direitos de todos e resguardo dos interesses da sociedade.

A responsabilidade sobre a qual aqui se fez algumas breves observações é de natureza patrimonial, extracontratual e tem seus fundamentos assentados nos princípios jurídicos republicanos, do qual decorrem outros como o da igualdade de encargos perante a administração pública, e democrático, sob o qual residem os seus sustentáculos que são os princípios da legalidade, da isonomia e da responsabilidade.

A teoria hoje sedimentada dota a responsabilidade do Estado de natureza objetiva, vale dizer, para a qual não se questiona o elemento subjetivo da culpa havida na conduta da pessoa estatal, mas apenas na relação causal entre o dano e o comportamento que o provocou e que se imputa àquela entidade.

Qualquer comportamento estatal, comissivo ou omissivo, havido no desempenho de atividade administrativa, legislativa ou judicial, material ou jurídico, pode ensejar a responsabilidade, não existindo mais, de forma sustentável, qualquer ressaibo de irresponsabilidade do Estado nos sistemas normativos vigentes.

No Brasil, onde jamais vingou a teoria da irresponsabilidade do Estado, nota-se um crescimento do instituto desde os seus primeiros momentos no sistema constitucional do Império até a Constituição de 1988, que alargou o espaço de incidência do princípio, tornando-o garantia do indivíduo e segurança da sociedade, ao estendê-lo às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos e engajar, em seu sistema, o dever estatal de regredir contra o agente causador do dano nos casos de dolo ou culpa.

A Competência Legislativa e Executiva do Município em Matéria Ambiental

(A nova organização federal e as atribuições do Município na proteção, conservação e melhoria do meio ambiente)

DIOGO DE FIGUEIREDO
MOREIRA NETO

Professor e autor de Direito Público,
pioneiro do Direito Ambiental no Brasil,
Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO

DOCTRINA — 1. O método. 2. A competência. 3. Critérios, técnicas e sistemas da partilha de competência federativa. 4. Critérios substantivos. 5. Critérios formais. — APLICAÇÃO — 6. A competência municipal no sistema federativo brasileiro. 7. A competência municipal em matéria ambiental. 8. A competência legislativa municipal em matéria ambiental. 9. A competência administrativa municipal em matéria ambiental. 10. Conclusões.

DOCTRINA

1. O método

O tema aqui versado é, fundamentalmente, o de competência constitucional, que no dizer preciso de JOSÉ AFONSO DA SILVA vem a ser “o núcleo do conceito do Estado federal”⁽¹⁾. Mais detalhadamente, o que se pretende é delimitar o campo de competência municipal para, nele, enfim, identificar-se o que lhe tocou em matéria ambiental.

(*) Exposição no Seminário “O Município e o Direito Ambiental”, promovido pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais e ANAMA — Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente, em Belo Horizonte, 1º de abril de 1991.

(1) *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ed. R. T., São Paulo, 1990, 6ª ed., p. 427. Em KARL LÖWENSTEIN: “In der Verteilung der Zuständigkeiten liegt der Schlüssel zur föderativen Herrschaftsstruktur”. (*Verfassungslehre*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1959, p. 298).

Aí está, portanto, debuzado, o método desta exposição. Começa-se pelo estudo da partilha de competência federativa, analisando os critérios e técnicas que serviram ao legislador constitucional de 1988 para armar o sistema em vigor: esta é a parte *doutrinária* da exposição. Segue-se o estudo do sistema positivo de partilha federativa, dando-se destaque à competência municipal para, nela, identificar-se, especificamente, a competência em matéria ambiental: esta é a parte *aplicativa* desta exposição.

A parte doutrinária contém 5 itens, coroados pela enumeração dos critérios substantivos e formais da repartição de competência federativa e, a aplicativa, também com 5 itens, conflui para o exame descritivo de competência municipal em matéria ambiental, que plenifica o escopo de toda a exposição, seguido de breves conclusões pessoais do autor sobre o Direito Ambiental constitucional.

Procurou-se, enfim, e oxalá se tenha logrado, produzir uma resenha ordenada, simples, clara e, sobretudo, *didática*, que possa ser útil não só aos especialistas como aos inúmeros leigos que, por suas atividades profissionais e, até, por seu interesse cívico, são levados ao estudo desse complexo esvã do direito que acabou se tornando a competência em matéria ambiental.

2. A Competência

O entendimento do conceito de competência parte obrigatoriamente do conceito de *poder*. O poder é o fenômeno básico da Antropologia Social, da Sociologia, da Ciência Política e do Direito. Cada uma dessas Ciências estuda-o sob um ângulo e para determinadas finalidades. O Direito, em particular, tem no poder a *energia social* (2) que, difusa na sociedade e concentrada nas instituições, a move no sentido da vontade dos que a detém.

Mas é aquela parcela de poder emanado da sociedade e maciçamente concentrado institucionalmente no Estado que passa a ter a expressão, a importância e, sobretudo, a responsabilidade de ordenar e, em certos casos, de mover a sociedade: é o *poder político*.

Todavia, o poder político concentrado em grande parte no Estado, denominado, por isso, de *poder estatal*, não é exercido por um único órgão. O desenvolvimento das instituições políticas legou-nos duas ordens de descentralização do poder estatal: a descentralização *espacial*, estabelecendo âmbitos geográficos de atuação, e a descentralização *funcional*, estabelecendo setores substantivos de atuação.

Nos dois casos, a delimitação espacial ou funcional do poder do Estado leva à idéia de *competência* como quantidade ou qualidade do

(2) Conceito devido a BERTRAND RUSSEL.

poder que a lei atribui às entidades, órgãos ou agentes públicos para manifestar a vontade estatal ⁽³⁾.

No Estado de Direito, esta vontade estatal, exceto a do legislador constituinte, deve conformar-se à lei pré-existente.

No Estado Democrático, esta vontade estatal, mesmo a do legislador constituinte, deve conformar-se ao consenso político dominante ⁽⁴⁾.

Sem descer às teorias do poder no Estado Federado, pode-se, em resumo, dizer que predomina hoje a corrente que reconhece um *policentrismo cratológico institucionalizado*. A *Soberania*, qualidade do poder insubmetido, concentra sua expressão *externa*, aquela que diz respeito às relações internacionais, na União, mas sua expressão *interna*, a que diz respeito às relações do poder estatal institucionalizado com as demais expressões de poder coexistentes na sociedade civil, individuais, coletivas e difusas, reparte-se entre *todas as entidades* federadas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios ⁽⁵⁾.

Por esse motivo, são todas essas entidades, *autônomas* no exercício das expressões da soberania estatal que lhes cabe na partilha constitucional espacial e substantiva básicas (ver nota 3).

Em suma: *autonomia federativa* é a medida constitucional do exercício da soberania e *competência federativa*, a expressão positiva dessa partilha.

Ora, se a *competência* é a quantidade e qualidade do poder estatal que é atribuído a um ente, órgão ou agente, no plano federativo, devemos cingir ao estudo da que toca às entidades políticas federadas mencionadas.

São, como se sabe, distintíssimas as opções constitucionais das várias federações, a começar dos modelos norte-americano e helvético, existindo, por conseguinte, vários *sistemas* federativos de partilha de competência.

Em comum, todavia, a todos esses sistemas, estão as *técnicas e os critérios de partilha*, a partir dos quais, são estruturados, os modelos existentes.

3. *Crítérios, técnicas e sistemas de partilha de competência federativa*

Através de *crítérios*, classificam-se os tipos de competência ⁽⁶⁾. Através de *técnicas*, agrupam-se os tipos de competência e se os distribuem entre as entidades federadas. O resultado é o sistema adotado, que na sua totalidade

(3) "Poder de ação e de atuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais" (in *Direito Constitucional*. J. JOAQUIM GOMES CANOTILHO, Alameda, Coimbra, 1986, p. 520).

(4) Daí NORBERTO BOBBIO destacar o consenso como técnica social imprescindível à dinâmica política que produz a legitimidade (cf. *Doutrina da Constituição, Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito e Legalidade e Legitimidade*).

(5) Segundo o estabelecido no artigo 18 da Constituição do Brasil.

(6) Não existe uniformidade nem na designação do critério nem na classificação das competências.

atende ao conceito kelseniano da Constituição total (*Gesamtverfassung*), mas que, desdobrado em subsistemas, nos dará o subsistema federal (competência da União), o estadual (competência dos Estados) e mais os subsistemas que decorrem da peculiaridade brasileira, o distrital — federal e o municipal.

Os critérios de *partilha do poder estatal em manifestações de competência* ou, abreviadamente, *partilha de competência*, ora podem dizer respeito ao conteúdo material da competência, ora dizer respeito aos aspectos formais da competência.

No primeiro caso, se é o conteúdo da competência que se investiga, procura-se saber o que se partilha e, a partir disso, identificar-se-ão *critérios substantivos*.

No segundo caso, se é a forma, o aspecto extrínseco da competência, que se tem como fundamento classificatório, indaga-se o como se partilha e, a partir daí, identificam-se os *critérios formais*.

O Direito Constitucional, na evolução centenária do sistema axiomático-dedutivo para o sistema axiológico-teleológico de interpretação, mudou também sua ênfase do primado dos critérios formais para os critérios substantivos, daí a razão da modernidade constitucional cada vez mais deslocar-se para as expressões principiológicas de conteúdo total (*Gesamtverfassung*), abandonando as fórmulas geométricas de partilha de competência, como encontradas nos modelos clássicos (7).

Não é o caso aqui, de discorrer sobre as vantagens ou desvantagens do sistema axiológico-teleológico (8) mas de, identificada a tendência, procurar entender porque, em benefício do fundo (o atendimento substantivo), ganham terreno as modalidades cumulativas de partilha de competência, inclusive com tipos ainda pouco estudados entre nós, como o da *competência comum*.

Se, por um lado, pode-se destacar o cuidado sistemático em cercar um *interesse relevante* de toda sorte de competências, voltadas a seu atendimento, como é exatamente o caso que nos ocupa, da competência para o trato legislativo e administrativo da matéria ambiental, por outro lado, fácil é constatar-se que esse cuidado acaba conduzindo a cumulações, superposições, contradições e conflitos, que suscitam, paralelamente ao problema substantivo, não raro, intrincados problemas formais de definição de competência (9).

(7) Nesse sentido a observação de GIUSEPPE DE VERGOTTINI quanto ao moderno conceito de federalismo cooperativo (in *Diritto Costituzionale Comparato*. Cedam, Pádua, 1987, p. 283).

(8) Para maior aprofundamento, consulte-se PAULO BONAVIDES (*Direito Constitucional*, Forense, 1988, 3ª ed., pp. 123 e ss.), correspondendo ao que MIGUEL REALE denominaria de terceira fase do direito moderno — jurisprudência dos valores.

(9) Problemas que, para VERGOTTINI, decorrem dessas modalidades cooperativas, destinadas a operar com grande incerteza (*op. cit.*, p. 283).

É preciso, portanto, para encerrar este exórdio doutrinário e, como se espera, auxiliar a armação e o entendimento do sistema, no que respeita ao Município e ao meio ambiente, examinar-se detidamente os critérios substantivo e formal de partilha de competência federativa e suas decorrentes classificações.

4. *Crítérios substantivos de partilha de competência federativa*

Distinguem-se três critérios mais utilizados: o do conteúdo do interesse, a ser atendido pela competência, o do âmbito do interesse a ser coberto pelo exercício da competência e o do resultado jurídico pretendido com o exercício da competência.

4.1 — *O critério do conteúdo do interesse a ser atendido pela competência*

A vida civilizada multiplica os interesses humanos e os diversifica infinitamente. Pode-se, não obstante, grupá-los em grandes campos ou setores de atividade social que deverá satisfazê-lo, surgindo daí, para o Estado, competências especiais: *Política, econômica, social, administrativa, tributária, financeira, cultural* etc. Entre esses campos estão a Ecologia e o Urbanismo, ciências e artes do ambiente⁽¹⁰⁾, e, naturalmente, abrangendo todas ou quase todas as modalidades, a competência *geral*.

4.2 — *O critério do âmbito do interesse a ser coberto pelo exercício da competência*

A convivência humana e a expressão política de sua organização tendem a se organizar em espaços cada vez maiores. Não obstante continuarem a existir interesses grupais de pequena expressão espacial, a ciência e a tecnologia têm adensado a convivência em todos os níveis e, com isso, ampliado o âmbito de interesses a serem atendidos.

Pode-se, sem muito esforço, vislumbrar interesses de seis níveis de âmbito espacial decrescente: *internacionais, nacionais, multirregionais, regionais, sub-regionais e locais*.

4.3 — *O critério do resultado jurídico obtido com o exercício da competência*

Este critério, finalmente, atende a uma complexidade peculiar do Direito, resultante da diversificação de seu *modo* de atuação: a edição da nor-

(10) Para nós, escrevemos alhures e há quatorze anos, "Situado no quadro disciplinar do Direito Administrativo, conformando parte substancial do Capítulo do Ordenamento Social, o conjunto de princípios e normas que regem, em nível jurídico, o comportamento do homem face ao meio ambiente, pode ser considerado destacadamente, com a vantagem para a pesquisa científica, como uma novidade didática que bem ficaria sob a denominação genérica, que ora se propõe, de *Direito Ambiental*" (*Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*, Forense, Rio, 1977, Nota Explicativa à 2ª edição, p. 9).

ma legal, a sua aplicação concreta pelo Estado para o atendimento de interesses que lhe foram cometidos e a sua aplicação concreta pelo Estado para impô-la como solução para os conflitos de interesses.

Como se observa, este critério conduz à classificação das competências segundo a alteração que se pretende introduzir no mundo jurídico: *legislativa, administrativa e jurisdiccional*.

É bem verdade que muitos autores se referem ao campo político, ao resultado político ou à *competência política*, como uma quarta modalidade. Alinhamo-nos, todavia, entre aqueles, que não vêm no "político" senão uma qualidade dos demais, conforme haja ou não, em maior ou menor grau, um *conteúdo* político na competência outorgada⁽¹¹⁾. Em outras palavras: um aspecto da legitimidade antes que um aspecto de legalidade.

5. Critérios formais de partilha de competência federativa

Não há homogeneidade, entre os autores, quanto à classificação da partilha de competência federativa, não obstante muitos pontos em comum. Em escala bem menor, grassa diversidade semelhante à que JOSÉ ALFREDO BARACHO encontrou quando se dispôs a enfrentar o terrível desafio doutrinário de sistematizar os regimes políticos⁽¹²⁾.

Encontramos, todavia, seis critérios de maior importância nos textos dos constitucionalistas: o da *expressão*, o da *extensão*, o da *origem*, o da *oportunidade*, e da *cumulatividade* e o da *extensibilidade*.

5.1 — O critério da expressão

Há duas maneiras de expressão escrita de uma idéia: a *explícita*, quando se enuncia diretamente todos os seus elementos e a *implícita*, quando é possível inferi-los de enunciados indiretos. Há, portanto, *competências explícitas* e *implícitas*⁽¹³⁾ numa Constituição, sendo que estas também se denominaram *imanescentes* e *decorrentes*. Quanto à competência explícita, ora se apresenta detalhadamente exposta, e diz-se *enumerada*, ou *conferida*, como é o caso, por exemplo, das constantes do art. 21, da Constituição, ou ao contrário, não constará de lista detalhada mas de provisão abrangente, e diz-se *não enumerada*.

A não enumerada, por sua vez, pode ser *genérica*, quando, em vez de enunciar as espécies segundo seu conteúdo de interesse, se prefere enunciar

(11) A propósito a dissertação de DIÓGENES GASPARIN, em seu *Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1989, p. 53, demonstrando a existência de um quarto gênero de atos do Poder Público, na vigência das Constituições de 1934 e 1937.

(12) V. *Regimes Políticos*, ed. Resenha Universitária, S. Paulo, 1977.

(13) A origem da doutrina dos poderes implícitos, que é norte-americana, se triparte em subespécies que se desenvolveram separadamente na prática judicial daquele país: poderes decorrentes (*resulting powers*); poderes implícitos (*implied powers*), e poderes inerentes ou essenciais (*inherent or essential powers*) — (in CANOTILHO, *op. cit.*, p. 524).

um gênero abrangente de mais de uma espécie de interesses, como é o caso do art. 30, I, da Constituição; pode ser *reservada*, ou *remanescente*, que é a que sobra para um nível federativo depois de enumerar a competência do outro, como é o caso do art. 25, § 1.º, da Constituição; e pode ser *residual*, que é a deferida a uma entidade após a enumeração da competência de todas as demais, como, por exemplo, no art. 154, I, da Constituição.

5.2 — O critério da extensão

Por esse critério distingue-se a competência *plena*, que é cometida sem restrições quanto ao seu conteúdo, da competência *limitada*, que é restrita quanto a ele.

5.3 — O critério da origem

Se a competência é originariamente da entidade federada, diz-se competência *originária*; se ela é resultante de ato ou omissão de outra, diz-se *decorrente*. Assim é que tanto a *delegação* como a *supletividade*, são modalidades de decorrência; no primeiro caso, voluntária, e no segundo, automática.

5.4 — O critério da oportunidade

Se a entidade política pode exercer a competência sem observância de prazo ou submissão a condição, diz-se *ordinária*; se, ao contrário, só pode exercê-la nos prazos e condições constitucionalmente exigidos, a competência é *extraordinária*, como, por exemplo, no caso da decretação do estado de defesa, submetido a prazo no parágrafo segundo do art. 136, da Constituição, e na instituição de impostos extraordinários, submetidos à condição de iminência ou deflagração de guerra externa que envolva o País, conforme o art. 154, II, da Constituição.

5.5 — O critério da cumulatividade

Diz respeito à possibilidade de cumular-se a mesma competência para ser exercitada simultânea ou sucessivamente por mais de uma entidade federada.

Em princípio, a competência é *não-cumulativa*, também chamada *exclusiva*, como é o caso das enumeradas no art. 21 da Constituição.

São dois os tipos de *competência cumulativa*: a *privativa*, em princípio própria de uma entidade, mas que pode ser transferida a outra, e a *concorrente*, que pode ser exercida por mais de uma entidade, dando ensejo, por isso, à chamada repartição vertical de competência.

A *competência concorrente*, por sua vez, pode ser a *clássica*, caracterizada pela prevalência da legislação da entidade de maior abrangência sobre a entidade de menor abrangência (*Bundesrecht bricht Landesrecht*), a *limitada*, em que cada entidade tem seu campo de atuação próprio — normas gerais para uma delas e normas específicas para a outra, e a *comum*,

que é quase uma variedade da concorrente, mas se caracteriza por ser uma repartição de competência administrativa, não permitindo que a entidade que a exercerá legisle sobre o conteúdo substantivo de sua atividade.

5.6 — O critério da extensibilidade

Quanto à extensibilidade distinguem-se a *competência inextensível*, que se confunde com a exclusiva, e a *extensível*, que pode ser de três tipos. A *delegada*, quando a entidade competente pode transferir a outra o exercício total ou parcial de sua competência. A *supletiva*, quando a entidade com competência concorrente tanto pode suprir a falta de norma que deveria ser baixada pela outra entidade originariamente competente, como dispor plenamente sobre o tema ainda não legislado e, ainda, apenas complementar as disposições já existentes. Finalmente, a *competência complementar*, que a Constituição também denomina de *suplementar* (artigos 24, § 2.º e 30, III, como exemplos), é aquela atribuída a uma entidade federada para desdobrar disposições já baixadas pela outra entidade originariamente competente.

APLICAÇÃO

6. A competência municipal no sistema federativo brasileiro

Pode-se agora intentar o enquadramento lógico-sistemático da competência municipal no sistema federativo brasileiro, bastando, para isso, aplicar os critérios classificatórios estudados.

6.1 — Classificação substantiva

6.1.1 — Quanto ao *conteúdo do interesse* a ser atendido pelo Município; prevalece a competência *geral*, englobando muitos campos e setores da atividade humana sempre que articulado com o critério seguinte, relativo ao âmbito em que se apresenta o interesse, existindo vários dispositivos sobre competências *específicas*.

6.1.2 — Quanto ao *âmbito de interesse* a ser atendido pelo Município: o *local*.

6.1.3 — Quanto ao *resultado jurídico*; obtido com o exercício da competência, a municipal é *legislativa* e *administrativa*. Essa categorização será examinada adiante, em conjunto com a aplicação do critério de cumulatividade (6.2.5).

6.2 — Classificação formal

6.2.1 — Quanto à *expressão*, o Município tem competências enumeradas (30, II a IX; 23; 24 etc.).

genéricas (30, I e II)

implícitas (18).

- 6.2.2 — Quanto à *extensão*, o Município tem, em regra, competência plena (30, I, III e V)
competência concorrente limitada (30, II, IV, VI, VII, VIII e IX)
competência comum (23 e inúmeros outros dispositivos esparsos).
- 6.2.3 — Quanto à *origem*, o Município tem:
competência originária (ex. art. 30, I)
competência decorrente (ex. art. 30, II) (14).
- 6.2.4 — Quanto à *oportunidade*, o Município tem:
competência ordinária — regra
Competência extraordinária — apenas na hipótese, por alguns sustentada, que o município só pode legislar suplementarmente, no caso do art. 30, II, se houver expressa anuência da União e dos Estados, nos termos da cláusula “no que couber”. Para nós, trata-se de competência ordinária, que não depende, portanto, de nenhuma condição para ser exercitada, salvo a própria existência da legislação a ser integrada.
- 6.2.5 — Quanto à *cumulatividade*, critério que mais proximamente nos interessa neste estudo, em razão das imprecisões do texto constitucional e vacilações da doutrina, o Município tem:

Competência exclusiva

Art. 18 — autonomia político-administrativa — legislativa e administrativa

Art. 29 — Lei Orgânica — legislativa

Art. 30, I — interesse local — legislativa

Art. 30, III — matéria tributária — legislativa

Art. 30, IV — distritos — legislativa e administrativa

Art. 30, VIII — urbanística — administrativa

Competência privativa

Art. 30, III — matéria tributária — administrativa

Art. 30, V — serviços públicos locais — administrativa

(14) Só haverá competência delegada se o Estado a prever em sua Constituição, o que em matéria ambiental seria de grande valia.

Competência concorrente clássica

Art. 30, II — interesse local — legislativa

Art. 30, VIII — urbanística — legislativa

Art. 30, IX — proteção do patrimônio histórico-cultural local — legislativa e administrativa

Art. 179 — incentivos às micro empresas e empresas de pequeno porte — legislativa

Art. 180 — incentivo ao turismo — legislativa

Art. 216, §§ 1.º e 2.º — proteção do patrimônio público — legislativa

Art. 225, §§ 1.º e 2.º — meio ambiente — legislativa

Competência concorrente limitada

Art. 22, XXVII — licitação e contratos administrativos — legislativa e administrativa

Cabe aqui uma nota. À primeira vista poderia parecer que a extensibilidade feriria o art. 18 da Constituição, sacrificando a autonomia municipal. Isso, todavia, não ocorre porque, distintamente dos princípios, as normas gerais podem ser diretamente aplicadas aos casos concretos em seus comandos positivos.

Competência comum

Art. 23 — todos os casos enumerados — administrativa

Art. 30, VI — programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental — administrativa

Art. 30, VII — serviço de atendimento à saúde da população — administrativa

Art. 30, IX — proteção do patrimônio histórico-cultural local — administrativa

Art. 179 — incentivos às micro empresas e empresas de pequeno porte — administrativa

Art. 180 — incentivo ao turismo — administrativa

Art. 195 — funcionamento da seguridade social — administrativa

Arts. 198 e 200 — participação no sistema único de saúde (hierarquizado) — administrativa

Art. 211 — colaboração em sistema de ensino — administrativa

Art. 216, §§ 1.º e 2.º — proteção do patrimônio público — administrativa

Art. 225, §§ 1.º e 2.º — meio ambiente — administrativa

6.2.6 — Quanto à *extensibilidade*, por fim, a competência municipal será:

Inextensível — no caso do art. 18⁽¹⁵⁾; 29; 30, I; 30, III (legislativa); 30, IV e 30, V (administrativa)

Extensível — em todas as demais hipóteses de competências cumulativas, em qualquer de suas subespécies.

7. A competência municipal em matéria ambiental

Da análise procedida é fácil, agora, destacar-se, para um exame mais detido, a matéria jurídica ambiental.

Por matéria ambiental, em seus aspectos jurídicos ou, mais simplesmente, por *Direito Ambiental*, deve-se entender “o conjunto de princípios e regras disciplinadoras de atividades direta ou indiretamente relacionadas com os recursos naturais (ar, águas superficiais e subterrâneas, solo e subsolo, espécies animais e vegetais, alimentos em geral, luz, energia) e os bens culturais (de valor histórico, artístico, monumental, paisagístico, turístico, arqueológicos, paleontológicos, ecológico, científico), de conteúdo essencialmente preventivo, com a definição de normas repressivas a qualquer lesão ou ameaça a direito ao meio ambiente equilibrado, tendo por finalidade a defesa e a preservação da vida em geral, tanto a presente como a futura”⁽¹⁶⁾.

O conceito, bastante analítico, serve perfeitamente aos propósitos deste trabalho, pelo que me dispense de cotejá-lo com outros e até com o meu próprio, ainda porque sou dos que incluem no *Direito Ambiental*, o Ecológico e o Urbanístico: este, tratando do equilíbrio ambiental das cidades e o outro, do equilíbrio ambiental em geral.

A Constituição de 1988 contém dezoito dispositivos expressamente dedicados ao direito ambiental, no sentido do conceito acima transcrito, neles incluído o art. 225, que está subdividido em seis parágrafos, sendo

(15) Salvo as exceções previstas na própria Constituição.

(16) HELITA BARREIRA CUSTÓDIO, *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental*, Boletim de Direito Administrativo, SP, agosto de 1990, p. 450.

que o § 1.º, contém, por sua vez, sete incisos. Isso dá-nos um total de vinte e nove normas de conteúdo ambiental, material ou formal.

A elas podemos ainda acrescentar algumas outras normas que genérica ou indiretamente tocam ao meio ambiente: o art. 21, IX (ordenação do território); art. 22, I (legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho); art. 25, § 1.º (competência reservada dos Estados) e art. 30, I (competência genérica municipal).

Com esses acréscimos chegamos a um total de trinta e três normas de interesse direto ou indireto do Direito Ambiental, insertos na Constituição.

Dessas normas, todavia, algumas tocam ao Município:

Art. 23, III

Art. 23, VI

Art. 23, VII

Art. 30, I

Art. 30, II

Art. 30, VIII

Art. 225, §§ 1.º e 3.º

A esse rol acrescenta-se o art. 129, III, combinado com o seu parágrafo primeiro, que legitima o Município para promover a ação civil pública, específica para a defesa do meio ambiente, entre outros objetos.

Examinemos, pois, essas normas selecionadas, destacando suas características em termos de competência, segundo os critérios classificatórios expostos.

“Art. 23, III — Proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos.”

Competência especial paisagística, local, administrativa, enumerada, limitada, originária, ordinária, comum e suplementar.

“Art. 23, IV — Impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural.”

Competência especial, ambiental, local, administrativa, enumerada, limitada, originária, ordinária, comum e suplementar.

“Art. 23, VII — Preservar as florestas, a fauna e a flora.”

Competência especial ambiental, local, administrativa, enumerada, limitada, originária, ordinária, comum e suplementar.

“Art. 30, I — Legislar sobre assuntos de interesse local.”

Competência geral, local, legislativa, genérica, plena, originária, ordinária, exclusiva e inextensível.

“Art. 30, II — Suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.”

Competência geral, local, legislativa, genérica, limitada, decorrente, ordinária⁽¹⁷⁾, concorrente, clássica e suplementar.

“Art. 30, VIII — Promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.”

Competência especial urbanística, legislativa e administrativa, limitada, originária, ordinária, exclusiva quanto à administração e concorrente clássica quanto à legislação, e supletiva.

“Art. 225, § 1.º — Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público.” (Seguem-se doze incisos.)

Competência especial ambiental, local (no que toca ao Município), administrativa, limitada, originária, ordinária, comum e suplementar.

“Art. 225, § 3.º — As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Competência especial ambiental, local (no que toca ao Município), administrativa, limitada, originária, ordinária, comum e suplementar.

8. A competência legislativa municipal em matéria ambiental

Com o método adotado torna-se muito fácil apontar os fundamentos constitucionais da competência legislativa municipal em matéria ambiental, precisando-lhe as respectivas características.

Em princípio, bastaria pinçar as hipóteses do elenco do item anterior. Há, porém, um aspecto a ser esclarecido, quanto à duplicidade tipológica da competência legislativa em relação ao critério do resultado jurídico pretendido⁽¹⁸⁾, isto é, se se trata de legislação subordinativa ou de legislação coordenativa a que se pretende editar.

Como se sabe, a administração pública comporta relações de coordenação e de subordinação. As de *subordinação*, que contêm um comando externo, são as mais comuns e derivam do poder de *imperium* do Estado. As de *coordenação* contêm um comando interno à própria Administração Pública.

A legislação que institui as relações de subordinação está submetida às restrições constitucionais do art. 5.º, quanto a seu alcance sobre os indivíduos e grupos da sociedade civil, notadamente os incisos XXXV, XXXVI

(17) Se a competência, nesta hipótese, resultar de expresso cometimento ou autorização legal, a partir de interpretação restritiva da cláusula “no que couber”, a sua natureza será *extraordinária*.

(18) Examinado no item 4.3.

e LIV. Essa legislação gera direito subjetivo público para o Estado e para os administrados.

A legislação que institui as relações de coordenação dizem respeito à organização e funcionamento interno do Estado e, no sistema federativo, devem respeitar as esferas de autonomia de cada entidade: entre nós, conforme a regra do art. 18. Essa legislação não gera direito subjetivo público para o Estado, embora possa fazê-lo reflexamente, para os administrados.

A competência legislativa de *subordinação* municipal em matéria ambiental está explícita nas seguintes normas constitucionais:

Art. 30, I

Art. 30, II

Art. 30, VIII

(*Concorrente*).

A competência legislativa de *coordenação* municipal em matéria ambiental está implícita nos seguintes dispositivos:

Art. 23, III

Art. 23, VI

Art. 23, VII

Art. 225, §§ 1.º e 3.º

(*Comum*).

9. A competência administrativa municipal em matéria ambiental

Quanto à competência administrativa, inverte-se a explicitação: é na competência legislativa que estará implícita a administrativa.

A competência administrativa municipal em matéria ambiental está explícita nas seguintes normas constitucionais:

Art. 23, III

Art. 23, VI

Art. 23, VII

Art. 225, §§ 1.º e 3.º

(*Comum*).

A competência administrativa municipal em matéria ambiental está implícita nos seguintes dispositivos constitucionais:

Art. 30, I

Art. 30, II

Art. 30, VIII

(*Concorrente*).

10. Conclusões

Há pouco tempo, defendendo a edição de um Código Nacional do Meio Ambiente, fiz as seguintes considerações:

Quando, em quadra que já me parece tão remota, por certo pela efemeridade da vida humana, lancei, em 1975, a *Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico*, inaugurando essa específica literatura jurídica no Brasil, entre propósitos e sonhos que cultivava, estava o de reclamar, para as duas disciplinas, autonomia técnica e tratamento constitucional.

Em 14 anos, pude apreciar o amadurecimento dos propósitos e a realização dos sonhos: as vergôntees transformaram-se em esplêndidos ramos disciplinares, cultivados com rigor sistemático, como o *Direito urbanístico*, de José Afonso da Silva (1981), e o *Direito ambiental brasileiro*, de Paulo Affonso Leme Machado (1982) bem como frutificaram na Constituição de 1988.

Hoje, o Brasil não está, como em 1975, na retaguarda da luta, que deve ser universal, por um ambiente melhor para a vida humana: a consciência ambientalista permeou a comunicação social, interessou a política e apaixonou segmentos ponderáveis da população. Nessa evolução, o papel do jurista, se não foi decisivo, foi fundamental: balizando, orientando, armando e travejando a construção das novas disciplinas.

Elevadas, agora, ao plano normativo constitucional, ganharam ambas — o direito urbanístico e o direito ecológico, que na nota explicativa da segunda edição de meu, já velho, livrinho, considerava esgalhamentos do direito ambiental — uma dimensão surpreendente: do laconismo de 1967, à eloquência normativa, até um pouco tumultuada e redundante, da Carta de 1988.

Com efeito, nada menos que 18 artigos têm referência direta com o direito ambiental (aqui, no sentido estrito, guardando sinonímia com o direito ecológico) e cinco outros, com o direito urbanístico, que ganhou, ademais, denominação constitucional (art. 24, I).

Com suas subdivisões em incisos, alíneas e parágrafos, esses 22 artigos contêm quase o dobro de preceitos normativos, dirigidos à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e à sociedade, para a realização de um futuro melhor⁽¹⁹⁾.

Estou certo de que, no desempenho de sua competência constitucional, voltada aos princípios e normas gerais, a União poderia contribuir com uma moldura clara e segura para a atividade de todos os entes federativos, reduzindo as incertezas a que se referia VERGOTTINI.

(19) "Por um Código Nacional do Meio Ambiente", *Revista de Ciência Política*, Fundação Getúlio Vargas, nº 4, vol. 32, ago./out. 1989, p. 98.

Por outro lado, é inegável que com a Constituição de 1988 o Município teve seu papel realçado, principalmente na linha de valorização do homem e de seus pequenos problemas, tão distantes das unidades maiores. As próprias dimensões geográficas dos Estados e da União os tornam proclives à hipertrofia e os levam a atuações interventivas e paternalistas, quando pretendem solucionar os pequenos problemas.

O campo de atuação do Município é muito extenso⁽²⁰⁾ e, em matéria ambiental pode ser manejado com os instrumentos tradicionais, como, por exemplo, com a licença de localização.

Há, todavia, outras atividades, em matéria ambiental que talvez ficassem mais bem atendidas pelo Município, como o remanejamento ambiental. No caso de ambientes degradados, em que o remanejamento será recuperatório, ou de ambientes desfavoráveis, em que o remanejamento será aperfeiçoador, o Município pode desempenhar um importante papel, não só na definição como no emprego de meios.

Para encerrar, deixo à meditação de quem se deu ao trabalho de acompanhar esse exercício interpretativo, algumas considerações prospectivas.

Avizinha-se o momento da revisão da Constituição de 1988. Oxalá o seu resultado seja, numa palavra, o seu *aperfeiçoamento!*

No tema que aqui foi versado, esse aperfeiçoamento poderia resultar de alguns retoques relativamente fáceis de serem introduzidos, pois são pouco polêmicos.

Primeiro: numa estruturação do federalismo cooperativo adotado, caracterizado pelas competências acumulativas, com maior precisão substantiva.

Segundo: a previsão de um Código Nacional do Meio Ambiente que, em seu bojo, contivesse as regras básicas para evitar conflitos positivos ou negativos em matéria ambiental.

Terceiro: tal como já foi feito com o Direito Urbanístico, reunir-se os dispositivos relativos à preservação e recuperação do meio ambiente sob a denominação de Direito Ambiental.

Quarto: a reavaliação do papel do Município na administração de interesses públicos diretamente ligados ao homem, como tantas vezes o são os de natureza ambiental.

Afinal, obra humana alguma é perfeita e será sempre possível melhorá-la!

(20) Assim, nesta passagem: "Der Gemeindebezirk bleibt der Mittelpunkt des staatsbürgerlichen Lebens, und die kommunale Selbstverwaltung, die sich heute nach Anforderungen und Belastungen wachsender Verantwortung gegenübersieht, ist so kraftvoll und gesund wie nur irgendwo sonst in der Welt." (KARL LÖWENSTEIN, *op. cit.*, p. 308).

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 15 de julio de 1989

DIEGO P. FERNANDEZ ARROYO

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

1. Noticia preliminar. I. El marco histórico de la codificación americana. 2. La situación actual. II. El proceso de gestación de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. 1. Antecedentes y trabajos paralelos. 2. Las influencias externas. 3. El caso norteamericano. III. Ambito material. 1. Consideraciones generales. Objeto de la Convención. 2. Presupuestos de la restitución. 3. Límites materiales a la aplicación: las reservas. IV. Naturaleza de la Convención. V. Ambito personal. 1. Regla de base. 2. La protección del interés del menor. VI. Ambito territorial. 1. Vigencia espacial. 2. La Convención Interamericana frente al Convenio de La Haya. 3. La Convención Interamericana frente a otros convenios bilaterales o multilaterales. VII. Ambito temporal. 1. Vigencia de la Convención en el tiempo. 2. Relación con el ámbito personal. VIII. Mecanismo de restitución. 1. Legitimación activa. 2. Autoridades competentes: A) Los criterios de atribución de la competencia; B) La Autoridad Central. 3. Procedimiento: A) Carácter prioritario del procedimiento; B) Requisitos de la acción; C) La actividad de las autoridades; D) Excepciones a la restitución. IX. Mecanismo de localización. X. España frente a la Convención: problemas ante una eventual incorporación. 1. Cuestiones generales de codificación. 2. Aspectos particulares respecto a la Convención.

I. Noticia preliminar

1. El marco histórico de la codificación americana

Antes de entrar al estudio de la Convención que sirve de título al presente trabajo, se hace necesario acercar algunos elementos básicos que permitan forjar una idea global de la evolución histórica que la ha precedido, a fin de poder precisar el marco jurídico en el cual se desenvuelve, su situación crítica y sus posibilidades. Estamos en presencia aquí de un proceso codificador de raigambre regional-continental que se remonta, en sus primeros instrumentos aún dotados de vigor, a las últimas décadas de siglo XIX. Es en esa época cuando, al influjo de las concepciones universalistas y en pleno auge del ideal de la codificación, comienza a tomar forma en el continente americano un fenómeno que va a recorrer un camino diferente del surcado por el más universal — aunque en sus comienzos limitado a Europa — emprendimiento regulador del D. I. Pr., protagonizado por la Conferencia de La Haya. Se había llegado al convencimiento de la posibilidad y la bondad intrínseca de establecer una regulación de todas las materias que conforman el tráfico privado externo, válida para todos los Estados de América, cuyas expresiones fundamentales fueron, o son, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 ⁽¹⁾ y el Código Bustamante de 1928 ⁽²⁾. El mismo A. Sánchez de Bustamante y Sirvén veía a la codificación panamericana como un realizable primer paso hacia una codificación mundial a la que calificaba de “ideal a distancia” ⁽³⁾. La

(1) Una visión panorámica de esta particular dimensión de la codificación iberoamericana del D.I.Pr. se recoge en G. RAMÍREZ, *Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y su comentario*, Buenos Aires, 1888, M. ARGUAS, “The Montevideo Treaties of 1889 and 1940 and their Influence on the Unification of Private International Law in South America”, en el libro centenario de la IILA, *The Present State of International Law and Other Essays*, Deventer, 1973, pp. 345-360, C.A. ALCORTA, *Los Tratados de Montevideo de 1889*, Montevideo, 1931, F. CONTUZZI, “I trattati di Montevideo del 1889 e la codificazione del diritto internazionale privato presso gli stati dell'America Meridionale”, *Il Fulgneri*, 1889, t. I, pp. 521 ss., R. ZUCCHERINO, *Los Tratados de Montevideo*, La Plata, 1973, y E. RABEL, “The revision of the treaties of Montevideo on the law of conflicts”, *Michigan Law Review*, 1940-41, pp. 517-525. También puede consultarse el *Bull. Soc. Lég. Comp.*, 1947-1948, donde se encuentran interesantes trabajos sobre los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante de H. BATIFFOL, E. COUTURE y Q. ALFONSIN, R. GONZALEZ MUÑOZ, J. MATTOS, J. C. REBORA y J. R. XIRAU.

(2) Existieron otros intentos, como los Tratados de Lima (1878), los Tratados Centroamericanos (1897 y 1901) y los Acuerdos Bolivianos (1911), pero sus respectivos ámbitos materiales y espaciales son muy reducidos o directamente nulos. De la copiosa bibliografía que ha merecido especialmente el Código Bustamante, puede verse —por todos— A. S. de BUSTAMANTE y SIRVEN, *El Código de Derecho Internacional Privado y la Sexta Conferencia Panamericana*, La Habana, 1929 y J. SAMTLEBEN, *Derecho Internacional Privado en América Latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, vol. I (trad.), Buenos Aires, 1983.

(3) A. SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, *Derecho Internacional Privado*, I, La Habana, 1931, p. 47.

historia, no obstante la elevada talla doctrinaria de estos textos, no se desarrolló como la soñaron sus *hacedores*, extremo claramente demostrado al observar los pobres, y en algunos casos peculiares, cuadros de Estados parte. En efecto, los ocho Tratados firmados en Montevideo en 1889 sólo recibieron la incorporación total de Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, mientras que Colombia hizo lo propio respecto a cuatro y Ecuador a uno, presentándose la *nota curiosa* de la adhesión de varios países europeos, España entre ellos, al Tratado de Propiedad Literaria y Artística. Los de 1940 vinculan nada más que a Argentina, Paraguay y Uruguay, salvo, respecto al primero de estos países, los Tratados de Asilo y Refugio Político, de Propiedad Intelectual y de Derecho Penal Internacional. Por su parte, el Código Bustamante tampoco muestra un cuadro demasiado favorable, con una vigencia total y efectiva limitada a Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú, parcial respecto a Brasil, Haití, República Dominicana y Venezuela, y prácticamente nula en Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador y El Salvador, merced al carácter general de las reservas que se efectuaron con motivo de su ratificación. No obstante, las soluciones contenidas en estos instrumentos, especialmente en el Código Bustamante, han sido muchas veces tenidas en cuenta por los tribunales de los países que no son parte, por razones de conveniencia y justicia⁽⁴⁾. Fueron muchos los factores y las circunstancias que jalonaron este proceso⁽⁵⁾, pero es indudable que la codificación "global" debía abrir paso a otro período, basado en una metodología más realista y menos ambiciosa.

2. La situación actual

Así es como da inicio, alrededor de 1950, una nueva etapa que se caracterizará por la paulatina toma de conciencia sobre la necesidad de utilizar un mecanismo de regulación del D. I. Pr. hasta entonces reservado, en el ámbito americano, al Derecho internacional público, consistente en la adopción de convenciones singulares sobre temas específicos previamente identificados, similar al empleado por la Conferencia de La Haya de D. I. Pr. Este proceso se situó en el marco jurídico de la Organización de los Estados Americanos (OEA), especialmente en el seno del

(4) H. BATIFFOL, "La quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1988, pp. 244-245.

(5) Entre las muchas obras que lo describen, pueden consultarse: M. VIEIRA, "Le droit international privé dans le développement de l'intégration latinoaméricaine", *R. des C.*, t. 130 (1970-II), pp. 393-413, J. SAMTLEBEN, *op. cit.*, pp. 3-35 y 53-67, H. VALLADAO, "Le droit international privé des Etats américains", *R. des C.*, t. 81, 1952-II, pp. 91-110, W. GOLDSCHMIDT, "Derecho Internacional Privado Latinoamericano", *La Ley (Argentina)*, t. 151, 1973, pp. 1087-1113, T. B. de MAEKELT, *Normas Generales de D. I. Pr. en América*, Caracas, 1984, pp. 35-44, H. SOMERVILLE SENN, *Uniformidad del D. I. Pr. convencional americano*, Santiago de Chile, 1965, pp. 9-19 y J. E. RITCH, "Codification of the Private International Law of the American Countries", *Inter-American Law Review*, 1965, pp. 395-418 (español: 419-442).

Consejo Interamericano de Jurisconsultos (CIJ) en un principio, y en el Comité Jurídico Interamericano (CJI) más tarde⁽⁶⁾. La idea que se mantuvo subyacente en todo este desarrollo fue la de lograr una síntesis entre las distintas codificaciones de D. I. Pr. vigentes en el continente, es decir, además de los ya mencionados Tratados de Montevideo y Código Bustamante, las compilaciones de sentencias anotadas con una gran trascendencia práctica en los Estados Unidos de Norteamérica: los *Restatement of the Law of Conflict of laws*, en sus dos versiones de 1934 y 1969⁽⁷⁾.

Ahora bien, no parece aventurado afirmar que el punto concreto y decisivo de partida del cambio de metodología se produjo el 23 de abril de 1971, cuando la Asamblea General de la O.E.A. reunida en San José de Costa Rica, hizo suya una recomendación del C.J.I. y convocó — mediante Resolución AG-Res. 48 (I-O-71) — a una Conferencia Especializada Interamericana sobre D. I. Pr. que no se reuniría sino hasta el 14 de enero de 1975 en la ciudad de Panamá⁽⁸⁾. A esta reunión le sucederían las de Montevideo (1979 y 1989) y La Paz (1984), aprobándose un importante número de convenciones que, al menos en teoría, se informan de los criterios brindados por los instrumentos vigentes antes mencionados. La participación activa de los Estados Unidos, expresada mediante propuestas de temas para el debate y presentación de anteproyectos de convenciones, ha alimentado visiones optimistas respecto a la posibilidad de alcanzar regulaciones de distintos sectores del D. I. Pr. que sean válidas para todos los países americanos, incluyendo los que tienen ordenamientos de origen anglosajón. Dicha actitud no se ha correspondido con las dudas norteamericanas a la hora de plantearse la ratificación de alguna convención interamericana, a las cuales sigue mostrándose generalmente reacción, postura diferente a la que ha ido tomando respecto a los convenios celebrados en el marco de la Conferencia de La Haya de D. I. Pr.⁽⁹⁾.

(6) Vid. J. SAMTLEBEN, *op. cit.*, pp. 35-44 y G. PARRA-ARANGUREN, "La Revisión del Código Bustamante", *Codificación del D. I. Pr. en América*, Caracas, 1982, pp. 199-295.

(7) G. PARRA-ARANGUREN, *op. y loc. cit.*, J. J. CAICEDO CASTILLA, *Estudio comparativo del Código Bustamante*, los Tratados de Montevideo y el Restatement of the Law of Conflict of Laws, Washington D. C., 1954, y K. H. NADELMANN, "Need for revision of the Bustamante Code on Private International Law", *A. J. I. L.*, vol. 65, 1971, pp. 782-793. Resultan muy ilustrativos los *Documentos de la Organización de los Estados Americanos sobre D. I. Pr.*, Washington, 1973 (Documento OEA/Ser. Q/II.9, CIJ-15).

(8) G. PARRA-ARANGUREN, "La Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre D. I. Pr.", *loc. cit.*, pp. 297-318, T. B. de MAEKELT, Conferencia Especializada de D. I. Pr. (CIDIP I), Caracas, 1979, y J. SAMTLEBEN, "Die Interamerikanischen Spezialkonferenzen für Internationales Privatrecht", *Rabels Z.* 1980, pp. 257-320. Es de gran utilidad: G. CHALITA y M. B. NOODT TAQUELA, *Unificación del D. I. Pr.*, CIDIP I, II y III, Buenos Aires, 1988.

(9) A. M. VILLELA, "L'unification du droit international privé en Amérique Latine", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984, pp. 253-255. Un comentario sobre la actitud norteamericana frente a la CIDIP puede verse en J. SAMTLEBEN, "Die Interamerikanischen...", *loc. cit.*, pp. 309-310.

De cualquier manera, en nuestra opinión, la influencia fundamental que recibe prácticamente toda la labor realizada por la CIDIP es la de la Conferencia de La Haya, sin perjuicio de la existencia de otras fuentes (10). En efecto, si se comparan los intereses de política legislativa, las materias reguladas y, sobre todo, los resultados concretos de esas regulaciones, aparecerán muchas más coincidencias que divergencias en la obra de ambos organismos (11). Esta influencia, que se presenta como una nota constante a lo largo de todo el proceso de codificación "gradual y progresiva", junto a la participación de varios países americanos (12) en la Conferencia de La Haya, hace surgir una vez más el planteamiento que gira en torno a la dialéctica universalismo-regionalismo en lo que refiere a la codificación del D. I. Pr., planteamiento al que habremos de volver en las últimas consideraciones del presente trabajo.

II. *El proceso de gestación de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*

I. *Antecedentes y trabajos paralelos*

La Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre D. I. Pr (CIDIP IV) reunida en Montevideo del 9 al 15 de julio de 1989, concluyó una regulación sobre la sustracción internacional de menores titulada Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (en adelante, la Convención). De esta manera se avanza en un camino que, en el ámbito iberoamericano, fuera iniciado con los convenios que sobre el mismo objeto celebrara Uruguay con Argentina el 31 de julio de 1981 (13) y con Chile el 15 de octubre del mismo año (con posterioridad, el 7 de febrero de 1985, Uruguay firmó otro convenio del mismo tenor con Perú). Precisamente, han sido la tenaz dedicación de destacados juristas uruguayos y la labor minuciosa del Instituto Interamericano del Niño (I.I.N., organismo especializado de la O.E.A. con sede en Montevideo), los principales motores que permitieron arribar a la conclusión de la citada convención. Puede decirse que Uruguay ha desempeñado en el ámbito americano respecto a toda esta temática el *leader role*, similar al jugado por

(10) A. M. VILLELA opina que "les Etats américains... se sont inspirés dans presque tous les cas, de textes conventionnels obtenus dans des instances européennes... non seulement sous le point de vue des titres adoptés mais aussi de la teneur des textes conventionnels", (loc. cit., p. 259).

(11) Tal como hemos señalado con ocasión de celebrarse las Jornadas sobre D. I. Pr. convencional en el sistema español: problemas de incorporación y aplicación (León, 29 y 30 de mayo de 1989).

(12) Argentina, Canadá, Chile, Estados Unidos, México, Surinam, Uruguay y Venezuela, son los países que revisten el doble carácter de miembros de la O.E.A. y de la Conferencia de La Haya de D. I. Pr.

(13) Un sucinto comentario del "Convenio sobre Protección Internacional de Menores" (así se titula) y el texto del mismo pueden verse en E. TELLECHEA BERGMAN, *D. I. Pr. y Derecho Procesal Internacional*, Montevideo, 1982, pp. 193-218.

Francia en el seno del Consejo de Europa y la Conferencia de La Haya de D. I. Pr.

Con anterioridad a este proceso, la protección internacional del menor en el ámbito iberoamericano se contenía en textos de alcance más general como, además de los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante, la Convención Interamericana sobre Medidas Cautelares aprobada por la CIDIP II (Montevideo, 1979). El conveniente tratamiento autónomo de lo que podría definirse como el "estatuto del menor" aparece por primera vez en la CIDIP III (La Paz, 1984) con la firma de la Convención Interamericana sobre Adopción Internacional de Menores, continúa en CIDIP IV con la Convención en examen y la relativa a Obligaciones Alimentarias (ésta refiere principalmente a menores pero no exclusivamente), previéndose en el temario de la CIDIP V convocada por la Asamblea General de la O.E.A. (14) — con fecha y sede a determinar — la consideración de "los aspectos civiles del tráfico de menores" y del "Derecho internacional de la familia con especial referencia a la guarda, filiación e instituciones de protección de menores".

Cabe mencionar que en la Exposición de motivos del Proyecto de Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores aprobado por el C.J.I. el 30 de enero de 1986 en Río de Janeiro (15), después de evaluar las condiciones sociales que hacen necesaria una respuesta jurídica al problema, se llegó a la conclusión de caracterizar como insuficientes los mecanismos existentes hasta ese momento en la región, tanto en las legislaciones nacionales cuanto en las internacionales. Así se calificó a la jurisdicción de emergencia para conocer en asuntos relativos a la protección de menores que están en el territorio de un país, conferida en los instrumentos antes citados, y la utilización de otras "vías" como la extradición, la ejecución de sentencias extranjeras de guarda y el exhorto (16).

2. *Las influencias externas*

Si se observa cada uno de los pasos del proceso seguido para llegar a firmar una convención interamericana reguladora de los supuestos de *legal kidnapping*, podrá verse con facilidad la influencia recurrente y decisiva de la obra producida por el Consejo de Europa y, especialmente, por la Conferencia de La Haya. En particular, es obvio señalar la docencia ejercida por el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980 (en adelante, el Convenio de La Haya). En efecto, los convenios bilaterales celebrados por Uruguay, los proyectos de convenciones aprobados por el C.J.I. el 30 de enero de 1986 y por la Reunión del Grupo de Expertos sobre Secues-

(14) Resolución AG/RES. 1024 (XIX-0/89), de 18 de noviembre.

(15) Documento OEA/Ser. K/XXI.4, CIDIP-IV/doc. 4/88 add. 1, de 5 de junio.

(16) La exposición de motivos recoge en este punto las opiniones vertidas por el relator, Roberto MAC LEANUG ARTECHE.

tro y Restitución de Menores y Obligaciones de Alimentos organizada por el I.N.I. que tuvo lugar en San José de Costa Rica del 22 al 26 de mayo de 1989⁽¹⁷⁾ y, sobre todo, el texto mismo de la Convención finalmente adoptada por la CIDIP IV, beben de esa fuente y recogen sus criterios generales⁽¹⁸⁾.

Cabe señalar que no constituye el objetivo central del presente trabajo la realización de un análisis comparativo de estos textos, aunque habremos de señalar los caracteres comunes y las escasas peculiaridades que muestra la Convención *Interamericana*, siempre con el ánimo de observar la proyección de las opiniones vertidas en la noticia preliminar sobre este caso concreto.

3. El caso norteamericano

Parece importante no concluir este epigrafe sin una mención de la regulación del secuestro internacional de menores en los Estados Unidos, habida cuenta de la ratificación que ha hecho este país del Convenio de La Haya, y de la importante aplicación práctica de esta regulación. La misma se basa principalmente en dos instrumentos — uno privado en sus orígenes y el otro público — que tienen la finalidad común de facilitar el reconocimiento y la ejecución de sentencias "extranjeras" — internacionales e interestatales el primero, sólo interestatales el segundo — relativas a custodia de menores. Se trata de la *Uniform Child Custody Jurisdiction Act (UCCJA)* dictada por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Law* y la *American Bar Association* y adoptada luego por todos los Estados norteamericanos, y de la *Parental Kidnapping Prevention Act (PKPA)* contenida en la *Social Security Act de 1980*⁽¹⁹⁾. Las estadísticas

(17) Documento OEA/Ser. K/XXI.4, CIDIP-IV/doc. 17/89, de 14 de junio.

(18) Refuerza esta opinión un análisis del trabajo preparado por D. OPERTTI BADAN para la Reunión de Expertos, *Restitución Internacional de Menores (Aspectos Civiles)*, Documento OEA/Ser. K/XXI.4, CIDIP-IV/doc. 20/89, de 29 de junio, y la Exposición de motivos del proyecto del C. J.I. cit., p. 8. En el mismo sentido, las publicaciones del I. I. N.: *Perspectivas de la IV Conferencia Especializada de D. I. Pr. Su temática de menores*, por R. HERBERT, Montevideo, 1988, y *D. I. Pr. de familia y minoridad (Prestación Internacional de Alimentos. Restitución Internacional de Menores. Bases para Futuras Convenciones Interamericanas)*, por E. TELLECHEA BERGMAN, Montevideo, 1988.

(19) Vid. L. A. BALONA, "The Uniform Child Custody Jurisdiction Act and Its Effect on the Internat Kidnapping of Children", *Florida Int. Law Jour.*, vol. II, 1986, núm. 1, pp. 1-25 y J. HOFF, *Legal Remedies in Parental Kidnapping Cases: A Collection of Materials*, 1986, publicado por la American Bar Association, y, para un completo estudio de la regulación norteamericana a la luz del Convenio de La Haya, N. PARISI, "La sottrazione internazionale di minori da parte di un genitore: il Diritto Statunitense e la Convenzione dell'Aja del 1980", *Pubblicazioni della Università di Pavia. Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali*, vol. 53, 1988, pp. 79-96 y C. S. HELZICK, "Returning U. S. Children Abducted to Foreign Countries: The Need to Implement the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction", *Boston Int. Law Jour.*, vol. 5, 1987, núm. 1, pp. 119-152.

norteamericanas demuestran el recurso cada vez mayor de los particulares a estas vías a fin de obtener la restitución de menores⁽²⁰⁾. Esta regulación y la de los convenios "uruguayos" son los únicos antecedentes específicos de reglamentación de los supuestos de *legal kidnapping* en el continente americano, debiendo anotarse su diferente naturaleza, como tendremos ocasión de ver más adelante.

III. *Ambito material*

1. *Consideraciones generales. Objeto de la Convención*

En la definición del ámbito material de la Convención Interamericana se presentó la misma tensión que existió en los trabajos preparatorios para el Convenio de La Haya⁽²¹⁾ entre el deseo de solucionar las situaciones de hecho y el de respetar las relaciones jurídicas que se pueden encontrar en la base de esas situaciones. La solución adoptada por la CIDIP IV es similar a la de La Haya, en el sentido de establecer también un "equilibrio bastante frágil" donde predomina el primer término del binomio en cuestión⁽²²⁾, lo que se pone de manifiesto desde el título mismo de la convención. Con el mismo criterio, el primer artículo señala como objeto de la convención el de "asegurar la pronta restitución de menores...", a lo que se adiciona un lacónico "Es 'también' objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares"⁽²³⁾. Pero se excluye, en principio, toda discusión sobre la regularidad en el ejercicio de estos derechos, centrandó la cuestión en el restablecimiento de una situación anterior, en lo que constituye, según la certera caracterización que realizara H. Batiffol refiriéndose al Convenio de La Haya, "un nouvel appel à l'adage séculaire *spoliatus ante omnia restituatur*"⁽²⁴⁾. Sin embargo, la elección de esta postura en el ámbito americano no fue pacífica, pudiéndose encontrar a lo largo del proceso de elaboración posiciones extremas, como la consagrada en el proyecto del C.J.I. y mantenida hasta último momento por algunas delegaciones que eliminaba toda referencia a la protección de los derechos de guarda y de visita. La inclusión de esa referencia fue hecha persiguiendo la doble finalidad de facilitar las posibilidades de ratifica-

(20) Vid. A. SHAPIRA, "Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases", R. des C., t. 214 (1989-II), pp. 127-250, en especial 177-188.

(21) Vid. E. PEREZ VERA, "Rapport Explicatif", *Conférence de la Haye, Actes et Documents de la Quatorzième Session*, t. III, pp. 428-473, especialmente p. 428.

(22) Una profunda crítica a esta solución puede verse en S. ALVAREZ GONZALEZ, "Secuestro Internacional de Menores ("legal kidnapping") y cooperación internacional: la posición española ante el problema", P. J., núm. 4, 1986, pp. 9-32, en especial pp. 22-23.

(23) Cf. art. 1º Convenio de La Haya.

(24) *Op. cit.*, pp. 232-233. H. BATIFFOL concluye esta idea afirmando: "Il s'agit, dirait-on en matière patrimoniale, du possesseur seulement".

ción y ejercer un efecto preventivo frente al traslado y retención ilegal de menores⁽²⁵⁾. De cualquier modo, la protección concreta del derecho de visita consagrado en el art. 21⁽²⁶⁾ aparece a todas luces como deliberadamente superficial y secundario, circunstancia que, si bien puede ser criticable, se corresponde perfectamente con el objetivo principal de la Convención. Una solución diferente sólo hubiera sido posible si la decisión de política legislativa también lo hubiera sido⁽²⁷⁾. En suma, puede afirmarse que la CIDIP IV se ha inclinado por un instrumento que gire en torno a la idea del retorno inmediato, sin que ello prejuzgue la cuestión de fondo subyacente, según lo establecido expresamente por su art. 15 recogiendo el criterio (más amplio) del art. 19 del Convenio de La Haya.

Hemos hecho ya una referencia al título de la Convención Interamericana, el cual se limita a la expresión "restitución internacional de menores", tal como figuraba en los proyectos elaborados por el C.J.I. y por la reunión de expertos. Al respecto, la Comisión de la CIDIP IV encargada de este tema estimó por amplia mayoría que el término secuestro presenta connotaciones de carácter criminal y que al eliminarlo se hace innecesaria cualquier referencia a que se tratan los aspectos civiles⁽²⁸⁾, afirmación que resulta, al menos, opinable. La misma debe analizarse en su contexto, donde convive con la norma del art. 26, que dice: "La Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito". De esta suerte, se incorpora un criterio de Derecho penal⁽²⁹⁾, original de esta Convención, que viene a acotar la esfera de competencia de las autoridades del Estado requerido. Esta incorporación provocó una reserva expresa de la delegación de Panamá, que consideró contradicho "el espíritu de la Convención" de limitarse a regular los aspectos civiles de la restitución y vulnerados el principio tradicional según el cual la calificación de la infracción debe sujetarse a la *lex loci delicti commissi* y la garantía del debido proceso. Aún obviando emitir un juicio sobre el contenido de esta reserva, puede decirse que una mención como la del art. 26 hubiera necesitado de un mayor abundamiento a fin de evitar las dudas que una formulación tan llana puede hacer surgir frente a

(25) Al menos, eso es lo que expresa el *Informe del relator de la Comisión I sobre el tema Secuestro y Restitución de Menores*, Documento OEA/Ser. K/XXI.4, CIDIP-IV doc. n.º 39/89, de 14 de julio, p. 3. Ambos objetivos son loables, pero no parecen guardar una relación muy estrecha con el contenido de las normas en cuestión.

(26) Cf. art. 21 Convenio de La Haya.

(27) E. PEREZ VERA, *op. cit.*, p. 465.

(28) *Informe del relator...*, *cit.*, p. 3.

(29) Sobre las implicancias penales del secuestro internacional de menores, es aconsejable ver el trabajo de D. VIGONI, "Profili penalistici in tema di rapimento internazionale di minori da parte di un genitore", *Pubblicazioni della Università di Pavia* ..., *cit.*, pp. 97-140, donde se encontrará una limitada pero interesante aplicación del método comparativo al estudio de este problema.

un caso concreto — por ejemplo, si debe haber o no una sentencia firme en el fuero penal — o directamente, ser dejada de lado para un tratamiento más riguroso y efectivo mediante una convención *ad hoc* ⁽³⁰⁾. Aparentemente, la solución de la CIDIP en este punto se inscribe dentro de la tendencia general de lograr la pronta restitución del menor cualesquiera que sean las circunstancias del caso, evitando demoras producidas por un eventual planteamiento de prejudicialidad en el ámbito penal respecto del civil. En la Exposición de motivos del proyecto del C.J.I. (antecedente del art. 26) no se brinda una justificación de la inclusión de una norma de esta naturaleza, considerando que “se explica por sí misma y no requiere mayor comentario” ⁽³¹⁾, aún cuando en el mismo texto se reconoce que “no puede haber delito de secuestro por parte de uno de los progenitores del menor” ⁽³²⁾. Por su parte, el Convenio de La Haya desestima cualquier alusión al Derecho penal ⁽³³⁾, opinión que compartimos.

2. Presupuestos de la restitución

Para que proceda la restitución o, dicho en otros términos, para que se ponga en funcionamiento la Convención, es menester que se produzca el traslado (a un Estado parte) o la retención (en un Estado parte) “ilegal” de un menor con residencia habitual en un Estado parte (art. 1). La calidad de ilegal es calificada en el art. 4, que reproduce en versión libre el 3, a) del Convenio de La Haya, al considerar como tal el traslado o retención “cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor”.

En cuanto a la “residencia habitual”, se obvia, con buen criterio, una innecesaria ⁽³⁴⁾ calificación como la que aparece en los respectivos arts. 2 de las convenciones bilaterales que celebró Uruguay con Argentina, Chile y Perú, y que consiste en definirla como el lugar donde el menor “tiene su centro de vida”. La utilización de esta conexión, con amplio consenso a nivel internacional, resulta congruente con otro emprendimiento de envergadura en el ámbito de la CIDIP: la Convención Interamericana sobre Adopción Internacional de Menores (CIDIP III).

(30) Cf. D. OPERTTI BADAN, *op. cit.*, pp. 7-8.

(31) *Doc. cit.*, p. 11.

(32) *Ibid.*, p. 7. Esta afirmación, basada en la jurisprudencia, merece matizaciones.

(33) Como explica A. DYER, “the interest of the child might not be served well by depending on the threat of criminal prosecution to deter parents from engaging in kidnapping; the threat is often hard to back up because of the reluctance of courts and administrative authorities to use penal sanctions in the family context” (Cf. “International Child Abduction by Parents”, *R. des C.*, t. 168 (1980-III), p. 255).

(34) Así la define la exposición de motivos del proyecto del C. J. I., *Doc. cit.*, p. 9.

Los derechos a que se refiere el art. 4 son los de "custodia o guarda" y de "visita", los que son calificados en el art. 3, reproduciendo la definición acordada a esos términos en el art. 5 del Convenio de La Haya. De este modo se busca prevenir un eventual conflicto de calificaciones, basado en la diferente inteligencia que tienen tales derechos en los distintos ordenamientos nacionales.

3. *Límites materiales a la aplicación: las reservas*

En el art. 31 de la Convención de Montevideo se consagran dos límites a la facultad genérica otorgada a los Estados de formular reservas al momento de firmar, ratificar, o adherir a la misma, consagración a la que se llegó luego de no pocas discusiones. Uno de los límites es rígido, por cuanto exige que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas. El otro, que juega complementariamente al primero, es flexible o determinable, ya que consiste en la oblicación de que las reservas no sean incompatibles con el objeto y fines de la Convención. Es lícito pensar que estos límites, en el ámbito americano, son una manifestación de lo que podríamos llamar "síndrome de Bustamante", es decir, que se configuran como una prohibición de reservas de carácter general, del tipo de las que hicieron prácticamente inoperativo el Código Bustamante para varios países⁽³⁵⁾, pero admitiendo — en aras de mayores posibilidades en cuanto a su ratificación — la formulación de las mismas. Otra es la solución del Convenio de La Haya, mucho menos permisivo con las reservas, limitándolas en forma taxativa a dos cuestiones que evidentemente no son de naturaleza sustancial: el idioma utilizado en las demandas de restitución y la obligación de asumir determinados gastos por parte de los Estados contratantes (art. 42 en relación con los arts. 24, 2.º y 26, 3.º).

IV. *Naturaleza de la Convención*

Si se observa el tratamiento que ha tenido en el ámbito internacional el legal *kidnapping* en sus diferentes aspectos, puede advertirse la existencia de una lógica relación lineal entre el centro de gravedad elegido en cada caso y la naturaleza del instrumento que lo regula. En este sentido, podemos encontrar convenios que disciplinan el Derecho aplicable y/o la competencia de las autoridades (judiciales y/o administrativas), o bien el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras, tanto en el marco de la protección de menores *lato sensu* cuanto en el ámbito más estricto de la custodia de menores⁽³⁶⁾. Sin embargo, la Convención de Montevideo no entra en ninguna de estas categorías, no siendo suficientes para caracterizarla las referenciais que hace al Derecho aplicable en el art. 4 — a fines de calificar como ilegal un traslado o una retención y a la compe-

(35) *Vid. supra*, punto I.1. *Vid.*, por todos, J. M. RUDA, "Reservations to treaties", R. des C., t. 146 (1975-III), pp. 95-218.

(36) Las mismas opciones se le presentaron a la Decimocuarta Sesión de la Conferencia de La Haya, según explica A. DYER, *op. cit.*, pp. 251-253.

tencia de las autoridades en el art. 6, y habiéndose descartado expresamente — desde el proyecto del C.J.I.⁽³⁷⁾ — el mecanismo señalado en tercer término.

Como ya hemos señalado, la decisión de política legislativa escogió como vía de respuesta al problema planteado por la sustracción internacional de menores la regulación de la pronta restitución de los mismos, la cual se constituye en objetivo primordial de la Convención (art. 1), dejando de lado las cuestiones de fondo relacionadas con ella. Esta presenta, así, una naturaleza *sui generis*, configurándose como un instrumento autónomo que se mueve entre los parámetros de la protección del interés del menor y la cooperación entre autoridades⁽³⁸⁾. Podría decirse que este tipo de reglamentación no encaja exactamente en el ámbito tradicional del D.I. Pr. y que, atendiendo a la celeridad con la cual quiere dotar al instrumento, es razonable que esto suceda⁽³⁹⁾.

Como es obvio, estas afirmaciones son también válidas para el Convenio de La Haya, aunque es preciso mencionar que cuando se habla del carácter autónomo del mismo, a menudo se está haciendo referencia a la delimitación de su ámbito material respecto a otros convenios — en especial, el Convenio de La Haya sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961, y el Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 —, estableciendo la compatibilidad entre todos ellos pero la prevalencia de aquél en atención a las soluciones rápidas que ofrece según su art. 34⁽⁴⁰⁾.

(37) Vid. punto II.1 y nota 15.

(38) Vid. la opinión de J. C. FERNANDEZ ROZAS relativa al carácter del Convenio de La Haya, en J. D. GONZALEZ CAMPOS y otros, *D. I. Pr., Parte especial*, vol. II, 3ª ed. revisada, Oviedo, 1990, pp. 95 ss. Vid., asimismo, S. ALVAREZ GONZALEZ, *loc. cit.*, pp. 21-23.

(39) Como bien indica P. BENVENUTI, "se i tribunali dello Stato in cui è condotto il bambino si pongono il problema della legge applicabile, la procedura si allungherà nel tempo in maniera considerevole e il rapitore potrà avere con maggiore facilità partita vinta, dal momento che, quanto più la procedura si prolunga, tanto più la nuova situazione si stabilizzerà, così da divenire sempre meno rispondente all' "interesse del bambino" il riportarla allo stato originario" (Cf. "I lavori della Conferenza dell'Aja di Diritto internazionale privato in materia di "rapimento internazionale dei bambini da parte dei propri genitori", *Riv. Dir. Int. pr. proc.*, vol. XV, 1979, p. 599).

(40) E. PEREZ VERA, *op. cit.*, p. 436, y D. RINOLDI, "L'interesse del minore nelle convenzioni internazionali concernenti la sua sottrazione da parte di un genitore", *Pubblicazioni della Università di Pavia... cit.*, pp. 141-217, especialmente, pp. 152-164. A su vez, N. WATTE, en "Les nouvelles Conventions de la Haye et de Luxembourg en matière d'enlèvement international et de garde des enfants", *Rev. trim. dr. fam.*, 1983, pp. 5-30, realiza un interesante estudio sobre el juego "complementario" de ambos. Vid., en el mismo sentido, Ph. REYMOND, "Convention de La Haye et Convention de Strasbourg: Aspects comparatifs des conventions concernant l'enlèvement d'un enfant par l'un de ses parents", *Rev. dr. suisse*, t. 100, 1981, pp. 329-345.

Sin embargo, debe mencionarse que se han alzado algunas voces advirtiendo sobre la "posible producción de cierto caos" en esta materia, generado por la "proliferación de instrumentos sobre el mismo objeto" (41). Un entendimiento de este tipo es sólo parcialmente aplicable si nos referimos a la Convención de Montevideo (42).

V. *Ámbito personal*

1. *Regla de base*

En el art. 1 de la Convención Internamericana queda claramente establecido que su ámbito personal se restringe a aquellos menores que tengan su residencia habitual en un Estado parte y sean trasladados e retenidos ilegalmente a (o en) otro Estado parte. El art. 2, por su parte, introduce una calificación autárquica: es la que define el sujeto de la misma como "toda persona que no haya cumplido dieciséis años". Algunas delegaciones mantuvieron una firme postura acorde con el proyecto del C. J. I. y con los acuerdos bilaterales antes citados, según la cual la regulación de la calidad de menor debía quedar librada a la ley del Estado de residencia habitual del mismo mediante una norma indirecta. El rechazo de este criterio, que tenía por finalidad extender la protección hasta el límite impuesto por cada ley nacional, motivó otra reserva expresa de Panamá, país que consideró a la inteligencia del art. 2 como contraria a los principios fundamentales de su orden público internacional. Debe notarse que el art. 2 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, aprobada también en Montevideo el 15 de julio de 1989, consagra como regla general que "se considerará menor a quien no haya cumplido la edad de dieciocho años". La solución adoptada por la Convención, concordante con el proyecto de la Reunión de Expertos, responde a la intención de salvaguardar las directrices de previsibilidad y celeridad que presiden el proyecto" (43), razón por la cual se utiliza una norma directa. Sin embargo, no parece aventurado pensar que en realidad ha pesado decisivamente sobre la elección de esta solución el deseo de armonizarla con el criterio empleado en el Convenio de La Haya, aunque con otra formulación.

Los otros sujetos de la Convención reciben un tratamiento diferente. Los titulares de un derecho de custodia o guarda o de visita que pueden verse damnificados por un traslado o retención ilegal, son determinados expresamente en el art. 4: "padres, tutores o guardadores, o cualquier institución", y a ellos se les otorga la legitimación activa para instaurar el proceso de restitución (art. 5). En cambio, nada se establece respecto a las personas que pueden ser consideradas "secuestradoras", aunque una inter-

(41) J. A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, "Conferencia de La Haya de D. I. Pr. Las convenciones XXVIII y XXIX", *R. G. L. J.*, t. 82, 1981, pp. 233-234.

(42) Cf. A. M. VILLELA, *loc. cit.*, pp. 258-259.

(43) *Informe del relator...* *cit.*, p. 4.

pretación sistemática permite deducir la intención de la Convención de no limitar esta calidad sólo a los padres del menor (44).

2. La protección del interés del menor

El núcleo de la Convención es el interés del menor (45), aunque no se consagra una norma expresa al respecto, la que por otra parte es de difícil concreción. Debe tenerse en cuenta además que, como explica E. Pérez Vera (46), la existencia de una referencia de ese tipo traería aparejado el riesgo de la introducción de definiciones subjetivas provenientes de los particularismos obrantes en cada comunidad nacional. De todos modos, ese y no otro es el interés que subyace en las soluciones adoptadas en el texto de la CIDIP, encontrándose, en este sentido, en la misma línea que los otros instrumentos de carácter tuitivo antes mencionados. Se presenta aquí, como dijera A. Shapira, un "dilema" entre la consideración del bienestar del menor en relación con un derecho de guarda material y su armonización con la preocupación del D. I. Pr. de contener los secuestros internacionales de menores (47). No en vano se ha mencionado (48) que la invocación al interés superior del menor ha servido frecuentemente a los jueces para otorgar la guarda en litigio a la persona que lo había trasladado o retenido ilegalmente. En nuestra opinión, esta actitud jurisprudencial puede tener cabida en el marco de la Convención, mediante el juego del art. 11, b) — que excepciona a la autoridad interviniente de la obligación de ordenar la restitución del menor cuando existiere un riesgo grave de que la restitución pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico — en relación

(44) E. PEREZ VERA, *op. cit.*, p. 451.

(45) En torno a la situación de minoridad en el D. I. Pr. deben retenerse, con carácter general, las consideraciones realizadas por J. D. GONZALEZ CAMPOS en la obra dirigida por M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil internacional*, 4ª ed., 1975, pp. 122-127. Asimismo, M. SIMON-DEPTIRE, vº "Mineur (protection du)", *Encyclopédie Dalloz dr. int.*, vol. II, Paris, 1969, pp. 336 ss. y J. C. FERNANDEZ ROZAS en J. D. GONZALEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, vol. II, 3ª ed., Oviedo, 1990, pp. 72-74. Un estudio más concreto se encuentra en A. E. von OVERBECK, "L. intérêt de l'enfant et l'évolution du droit international privé de la filiation", *Liber amicorum Adolf F. Schnitzer*, Ginebra, 1979, pp. 361-360.

(46) *Op. cit.*, p. 431, donde afirma que "nous ne pouvons cependant pas ignorer le fait que le recours, par des autorités internes, à une telle notion implique le risque de traduire des manifestations du particularisme culturel, social etc., d'une communauté nationale donnée et donc, au fond, de porter des jugements de valeur subjectifs sur l'autre communauté nationale d'où l'enfant vient d'être arraché".

(47) *Loc. cit.*, pp. 207-210. Un original punto de vista se encuentra en E. L. BLYNN, "Ture: International Child Abduction v. Best Interest of the Child: Comity Should Control", *The Univ. of Miami Inter-American Law. Rev.*, vol. 18, 1986-1987, núm. 2, pp. 353-384.

(48) E. PEREZ VERA, *op. cit.*, p. 431; de la misma autora resultan de interés las consideraciones realizadas en su monografía, *Intereses del tráfico jurídico externo y Derecho Internacional Privado*, Granada, 1973, pp. 74-75. Asimismo Vid. J. A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1983, pp. 102 ss.

con el art. 25 — que consagra la excepción de orden público⁽⁴⁹⁾, pues es de suponer que la idea imprecisa de “orden público” se concretará en esta materia a través de la noción, también imprecisa, de “interés del menor”⁽⁵⁰⁾. Como bien enseña S. Alvarez González, esta actitud, que se presenta como una tendencia permanente en las autoridades requeridas, redunda en un aumento de supuestos de “secuestro”⁽⁵¹⁾. El dilema aludido puede desaparecer como tal si la noción de interés del menor es traducida especialmente como el derecho del menor a tener una situación estable, aunque resulta claro que su contenido no debe quedar limitado por este parámetro, toda vez que es el menor quien suporta en mayor grado las desaveniencias producidas en el seno de su familia, que lo constituyen muchas veces en objeto transaccionable de las disputas poniendo en real peligro su equilibrio emocional y su derecho a desarrollarse dignamente como persona⁽⁵²⁾. En idéntico sentido, D. Rinoldi, luego de señalar que los instrumentos que se ocupan de la protección del menor giran necesariamente alrededor del interés del mismo y que, por lo tanto, este criterio debe considerarse en forma prioritaria respecto a cualquier otro, afirma que el interés del menor se configura como una suerte de “línea interpretativa” a la luz de la cual deben examinarse las excepciones a la restitución del menor⁽⁵³⁾.

VI. *Ambito territorial*

1. *Vigencia espacial*

La delimitación del ámbito territorial de la Convención de Montevideo, contenido bajo el epígrafe “Disposiciones finales” junto a las cláusulas llamadas diplomáticas, no mereció comentario alguno (en realidad no es ni mencionado) en el “Informe del relator”, tal vez porque se haya considerado que tratándose de disposiciones que se reproducen en todas las convenciones habiese configurado un esfuerzo superfluo ocuparse de las mismas. La lectura del antecedente inmediato de la Convención, el

(49) Cf. con arts. 13, b) y 20 del Convenio de La Haya, respectivamente.

(50) Un ejemplo en tal sentido, aunque en el ámbito mucho más amplio de los convenios bilaterales sobre ejecución de sentencias extranjeras, puede verse en S. OSCHINSKY, “Le legal kidnapping et ses solutions en droit conventionnel”, *Mélanges Vander Elst*, t. II, Bruselas, 1986, pp. 647-654, donde la autora se lamenta de las numerosas posibilidades de inaplicabilidad del Convenio de La Haya que se derivan de su mismo articulado.

(51) *Op. cit.*, pp. 14-17.

(52) Vid. A. DYER, “Questionnaire et Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents”, *Conférence de La Haye, Actes...*, cit., p. 21.

(53) *Op. cit.*, pp. 173-178. Según este autor, el parámetro dell'interesse del minore está constituido por el trascorrere del tempo, agregando que “a ridosso della sottrazione tale interesse è ritenuto assicurato dalla restituzione del minore, coincidiendo con l'interesse della persona presso cui egli ritorna; via che ci si allontana dalla sottrazione si passa a ritenere che il miglior interesse del minore possa coincidere con la nuova situazione”.

proyecto de la Reunión de Expertos, permite deducir tal opinión, puesto que en el epígrafe mencionado establece: "Siguen disposiciones sobre cláusula federal, concordante o restricciones *vis a vis* otras convenciones (bilaterales o multilaterales) firmados en esta materia por los Estados Contratantes, vigencia, firma, ratificación, reservas, depósito del instrumento en la Secretaría General de la OEA etc." (54). No obstante ello, parece oportuno realizar algunos comentarios relativos a este apartado, teniendo en cuenta que la identificación con las normas de otras convenciones no es tan estrecha como podría inferirse de lo señalado más arriba; lo que obedece una vez más, debemos continuar insistiendo, a la influencia del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980.

El art. 32 de la Convención (55) contiene la cláusula federal que faculta a los Estados donde existan dos o más unidades territoriales en las cuales rijan diferentes regulaciones vigentes sobre la materia objeto de aquélla, a efectuar una declaración, modificable por otra ulterior, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, respecto a la o las unidades territoriales donde se aplicará la Convención. Las declaraciones modificatorias podrán, como es obvio, extender o restringir el ámbito espacial de vigencia de la Convención, produciéndose en este último caso un supuesto de denuncia parcial no previsto expresamente en el art. 37, contrariamente a lo que sí establece en el párrafo segundo del art. 44 el Convenio de La Haya (56). Por su parte, el art. 33 contiene sendas normas materiales de Derecho interregional, relativas a la inteligencia que debe darse en un Estado plurilegislativo a las referencias que se hagan a la residencia habitual en ese Estado y a la ley del Estado de la residencia habitual, las que deben entenderse como la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado y la ley de la unidad territorial en la que el menor tiene su residencia habitual, respectivamente (57).

2. *La Convención interamericana frente al Convenio de La Haya*

La preocupación de los delegados presentes en la CIDIP IV por la relación que existe entre los instrumentos mencionados en este epígrafe, preocupación puesta de manifiesto en repetidas ocasiones en el proceso de elaboración de la Convención Interamericana y que constituye el objeto de la tesis fundamental de nuestro trabajo, encuentra su consagración expresa en el art. 34. Dice el primer párrafo de este artículo: "Entre los Estados miembros de la OEA que fueran parte de esta Convención y del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles

(54) Doc. cit., p. 13.

(55) Cf. art. 40 Convenio de La Haya.

(56) E. PEREZ VERA, *op. cit.*, p. 472. Sobre el problema en particular es obligado referirse a la Tesis de doctorado de L. SANTOS ARNAU, *Les clàusules plurilegislatives dels convenis de la Conferència de Dret internacional privat de La Haya*, Barcelona, 1987.

(57) Cf. art. 31 Convenio de La Haya.

del secuestro⁽⁵⁸⁾ internacional de menores regirá la presente Convención". Es decir, la regla general es la prioridad de la Convención de Montevideo, elección que parece lógica, sobre todo porque se limita a "los Estados Miembros de la OEA", quedando fuera del supuesto los Estados que eventualmente adhieran a aquélla, los que por definición (art. 30) no son miembros de la Organización. A ellos parece estar dirigida, al menos en principio, la disposición del segundo párrafo del mismo artículo, que señala: "Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral el reconocimiento y la aplicación prioritaria del precitado Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980". Debe tenerse en cuenta que las posibilidades que brinda la Convención para la adhesión a la misma (no hablamos de posibilidades reales, sino de las objetivas que se desprenden del art. 30) son amplias, contrariamente a las que presenta el Convenio de La Haya en su art. 38, al disponer que los efectos de la adhesión se limitan a "las relaciones entre el Estado adherido y los Estados Contratantes que hayan declarado su aceptación de la adhesión", otorgando de este modo una naturaleza semicerrada al citado Convenio⁽⁵⁹⁾.

Es aquí donde surge otra expresión del planteamiento central del presente trabajo — el cual será tratado con más detenimiento en otro punto — y que refiere a las posibilidades reales de adhesión por parte de terceros países a la Convención Interamericana⁽⁶⁰⁾, habida cuenta de la existencia de un instrumento de carácter indudablemente más universal como el Convenio de La Haya. Mas, partiendo de la base que el interés de los países americanos es el de crear un mecanismo de carácter regional, lo que en otros casos se ha interpretado como un medio para afianzar la integración⁽⁶¹⁾, más que el de lograr que éste trascienda más allá de su propio ámbito — a pesar de la amplitud que hemos señalado —, el planteamiento debe girar en torno a los siguientes interrogantes:

— por los principios que la informan y la realidad social a la que intenta dar respuesta: ¿configura realmente la Convención Interamericana un instrumento "regional"?

(58) No resulta ocioso apuntar que mientras en el ámbito interamericano se habla de "secuestro", la versión española consigna la palabra "sustracción" (*enlèvement y abduction*, en las versiones oficiales de la Conferencia de La Haya), en una manifestación más del problema que presenta la traducción de los Convenios y que en forma precisa y cuidada ha tratado la Profesora Alegría BORRAS en las Jornadas de D. I. Pr. español celebradas en 1988 en León.

(59) E. PEREZ VERA, *op. cit.*, p. 472, sostiene que: "la nature semi-fermée de la Convention provient du mécanisme de la déclaration d'acceptation par les Etats parties et non pas de l'existence d'une restriction quelconque relative aux Etats pouvant y adhérer".

(60) Vid. P. NEUHAUS, "Las convenciones interamericanas sobre D. I. Pr. vistas por un europeo", *Anuario Jurídico Interamericano*, 1981, pp. 165-182.

(61) T. B. de MAEKELT, *Conferencia...*, cit., p. 10 y *Normas Generales...*, cit., p. 24. Cf. A. M. VILLELA, *loc. cit.*, p. 261, donde la profesora brasileña refuta con fundamentos sólidos las posturas optimistas.

— si no es así: ¿tiene justificación el costoso esfuerzo desplegado?

— ¿la justificación se base en el carácter semi-cerrado del Convenio de La Haya al que aludíamos?

— ¿puede ser que el ámbito sociológico americano, con todos los particularismos que existen en su seno, sea asimilable al europeo o, mejor dicho, sea susceptible de una suerte de “homologación” universal?

A todos estos interrogantes intentaremos acercar alguna respuesta en la parte final de este trabajo. Previamente, es menester continuar con el análisis de la Convención, poniendo de relieve la similitud de las soluciones consagradas, a fin de obtener una visión de conjunto que garantice conclusiones más rigurosas.

3. *La Convención interamericana frente a otros Convenios bilaterales o multilaterales*

La Convención de Montevideo adoptó en el art. 35⁽⁶²⁾ una postura de no restricción respecto a la vigencia de otros instrumentos actuales o futuros, bilaterales o multilaterales, entre los Estados partes, desechando una solución propuesta en el proyecto de convención presentado a la sesión plenaria que disponía la derogación de los Convenios bilaterales “uruguayos” en la medida en que los Estados partes de éstos ratificaran la Convención. Una norma expresa que reglamentara el problema de la coexistencia entre ambos ordenamientos, había sido reclamada por D. Opperti Badán diciendo: “la celebración de una futura convención interamericana sobre pronta restitución de menores obligará a adoptar previsiones acerca de los convenios bilaterales en vigor”⁽⁶³⁾. La fórmula de no restricción se extiende también a las prácticas más favorables” que los Estados partes de la Convención pudieran observar en la materia.

VII. *Ambito temporal*

1. *Vigencia de la Convención en el tiempo*

Hablar de vigencia en el tiempo de un instrumento internacional cualquiera significa hacer referencia a la regulación de las condiciones según las cuales el mismo comienza o finaliza su aplicabilidad a los supuestos de hecho que contempla. El sentido más amplio de esta afirmación, que está reglamentado en los arts. 36 y 37⁽⁶⁴⁾, que establecen la fecha de entrada en vigor y la vigencia indefinida, salvo denuncia, respectivamente, no presenta demasiada importancia desde el punto de vista de nuestro análisis, siendo tratado de la misma manera en todas las convenciones de la CIDIP.

(62) Cf. art. 34, 2º

(63) *Op. cit.*, p. 18.

(64) Cf. arts. 43 y 44 del Convenio de La Haya.

Otro aspecto de la misma cuestión, el que contempla las situaciones de Derecho transitorio, no es reglamentado por la Convención, quedando de este modo abierta una posibilidad de producción de problemas en la delimitación del ámbito temporal respecto de otros instrumentos reguladores de la misma materia. Las normas del art. 34 — que dispone la premienencia de la Convención sobre el Convenio de La Haya — y la del art. 35 — que establece que la Convención no restringirá las disposiciones de otras convenciones — no alcanzan a solucionar esta cuestión, aunque brindan pautas interpretativas para determinados supuestos ⁽⁶⁵⁾.

2. Relación con el ámbito personal

Al tratar la regla de base de la Convención, decíamos que la formulación de la misma (art. 2) era diferente a la utilizada por el Convenio de La Haya (art. 4). En efecto, si bien el límite trazado al ámbito de aplicación personal en ambos instrumentos, dieciséis años, coincide, el Convenio lo fija de un modo negativo, al disponer que el mismo “dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años”. Esta expresión fue vista por A. Perugini como potencialmente favorable al “secuestrador”, toda vez que podría valerse de la misma para “trasladar o retener al menor indebidamente poco tiempo antes de cumplir 16 años y provocar así una ruptura familiar aún más profunda que la existente”, sosteniendo que la cuestión pasa por la elección de un valor preponderante entre “la edad del menor y su persona aislada del contexto” y los intereses de la familia. En consecuencia, señala, sólo en el primer caso podría introducirse una norma como la del Convenio de La Haya, mientras que si el centro de gravedad se situara en la familia, la norma podría disponer “la Convención se aplicará en toda su extensión cuando los hechos decisivos se hubieren realizado con anterioridad al cumplimiento de la edad de 16 años ⁽⁶⁶⁾”. En definitiva, se hizo caso omiso de estas consideraciones, dejando al intérprete la valoración de las condiciones de aplicabilidad de la Convención atendiendo a las circunstancias del caso concreto. De cualquier manera hay que tener en cuenta que, aunque no se reglamente el supuesto de que el menor cumpla los dieciséis años (es decir, deje de ser tal en los términos de la Convención) después de ser ilegalmente trasladado o retenido, el tema debe ser planteado a la luz de lo dispuesto en el art. 11 en el sentido de otorgar a la autoridad competente la facultad de tener en cuenta la opinión del menor valorando la edad y la madurez del mismo.

(65) Nos remitimos en esta materia a las consideraciones generales realizadas por F. MAJORS en torno al denominado “conflicto de convenciones”, donde ofrece un conjunto de respuestas concretas respecto a los Convenios de D. I. Pr. sobre la base de la norma contenida en el art. 30 del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados (Vid. *Les Conventions internationales en matière de droit privé*, vol. I, París, 1976, pp. 401-426).

(66) *Informe del relator...*, cit., p. 8.

VIII. Mecanismo de restitución

1. Legitimación activa

La Convención, en los arts. 4 y 5, señala expresamente a los padres, tutores o guardadores, o cualquier otra institución, que ejercieren derechos sobre el menor de conformidad con la ley de la residencia habitual del mismo inmediatamente antes de ocurrir el hecho, como sujetos legitimados para solicitar la restitución. La mención de "cualquier otra institución" no aparece en los proyectos de Convención ni en los Convenios "uruguayos", aunque debe destacarse que ya en la Exposición de motivos del proyecto del C. J. I. (67) se consideró que el derecho de cualquier institución pública o privada, o del Estado mismo, estaba implícito en el de los tutores o guardadores. No obstante, la inclusión expresa de la locución mencionada no parece superflua. En cambio, debe señalarse que a nuestro juicio esta disposición limita innecesariamente, con la pretendida excusa de "evitar el abuso del derecho de la acción de restitución" (68), la fórmula más amplia del art. 8 del Convenio de La Haya que designa como titulares de la acción a "toda persona, Institución u Organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención..." indebida.

Una redacción como esta hubiera contemplado mejor el que constituye tal vez el único presupuesto particular en el ámbito americano, y que consiste en la dolorosa situación de los hijos de los ciudadanos detenidos ilegalmente y "desaparecidos" en el transcurso de las dictaduras militares padecidas en las últimas décadas, sobre todo, en Argentina, Chile y Uruguay. Estos niños fueron entregados a supuestos padres entre los que cuentan en varios casos los propios represores, quienes proceden a menudo a trasladar a los menores para eludir la acción de la justicia instada habitualmente por los legítimos abuelos. Sin embargo, la Convención de Montevideo no parece contemplar esta situación, toda vez que la limitación de la legitimación activa consagrada en el art. 5 y la aparente legitimidad del derecho ejercido por sus "padres", hacen difícil sino imposible la aplicación de sus normas a este supuesto. Es de destacar que quienes podrían ser solicitantes de esta acción, por hipótesis no ejercían ningún derecho antes del desplazamiento y, por lo tanto, estarían alcanzados por la excepción a la restitución prevista en el art. 11, a). Dicho esto, la única alternativa que queda a los damnificados para valerse de la Convención es, paradójicamente, la que otorga el art. 26 para los supuestos de existencia de delito (69).

(67) *Doc. cit.*, p. 9.

(68) *Informe del relator...*, cit., p. 6.

(69) En nuestra ponencia presentada junto al Profesor J. ALBORNOZ al IX Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, celebrado en Tucumán en agosto de 1987, señalamos que esta laguna existía en los convenios bilaterales "uruguayos" y que era subsanable en una eventual regulación multilateral.

2. Autoridades competentes

A) Los criterios de atribución de la competencia

La norma del art. 5 de la Convención Interamericana, reguladora de la competencia internacional en materia de restitución de menores, ha sufrido una considerable evolución desde el parco precepto del proyecto del C. J. I. hasta la redacción del texto definitivo. Aquél se limitaba a consagrar como competentes a los jueces del Estado de la residencia habitual del menor, en forma coincidente a lo establecido en los convenios "uruguayos", privilegiando de este modo la vía judicial sobre la administrativa, extremo que puede considerarse una tradición en el ámbito iberoamericano⁽⁷⁰⁾. No es ocioso comentar que la existencia, en este ámbito, de una Convención reguladora de la competencia — "Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras" de 24 de mayo de 1984, escasamente ratificada — no es óbice para el dictado de normas sobre competencia "directa", como bien lo reconoce el art. 8 de la misma⁽⁷¹⁾.

En el paso siguiente, es decir, el proyecto de la Reunión de Expertos, reparó en el carácter doblemente limitado de la norma del art. 5, a la luz de lo estipulado en el primer párrafo del art. 8 del Convenio de La Haya que dispone la competencia de la Autoridad central de la residencia habitual del menor o de cualquier otro Estado contratante en un plano de igualdad. En consecuencia, procedió a ampliar su extensión: de un lado, en lo que refiere a la naturaleza de la autoridad interviniente, utilizando la fórmula "autoridades del Estado Parte" — en lugar de "jueces del Estado" — y de otro, otorgando competencia — a opción del actor y sólo en caso de urgencia — "las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido" al momento de la demanda de restitución y a las autoridades del "Estado Parte donde se hubiere producido el acto o hecho ilícito que diera motivo a la reclamación". En el tercer párrafo del artículo se subraya la prioridad de las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor, confirmando así el carácter excepcional de los criterios alternativos⁽⁷²⁾, los cuales brindan unas posibilidades que pueden servir al actor en algún caso concreto donde la demora sea equivalente al fracaso de su intento de recuperar al menor.

(70) Este criterio es juzgado positivamente por D. OPERTTI BADAN, *op. cit.*, pp. 20 y 29-30.

(71) R. HERBERT, *op. cit.*, pp. 17-18. Sobre el particular pueden verse también: W. GOLDSCHMIDT, "Jurisdicción internacional directa e indirecta", *Rev. Fac. D. y C. Pol. Univ. Católica Argentina*, agosto de 1980, pp. 9-26, y G. CHALITA y M. B. NOODT TAQUELA, "La jurisdicción indirecta en la Conferencia de La Paz de 1984 (CIDIP-III)", *El Derecho*, t. 119, pp. 987-995.

(72) En cambio, de la redacción del art. 8 del Convenio de La Haya no se desprende tal carácter, juzgando todos en un pie de igualdad (E. PEREZ VERA, *op. cit.*, p. 455).

Debe ponerse de relieve además, la delimitación temporal de la competencia que destaca en el proyecto de la Reunión de Expertos, el cual señala expresamente: "son competentes... las autoridades del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual 'inmediatamente antes' de su desplazamiento o retención...". Todos estos criterios fueron reproducidos de forma casi textual en el texto finalmente adoptado en Montevideo (73), el cual prefirió ser aún más concreto al establecer la competencia de las "autoridades judiciales o administrativas", atendiendo especialmente a la realidad de la práctica norteamericana. En forma congruente con la multiplicidad de vías previstas, el art. 8 de la Convención ofrece expresamente a los legitimados distintas formas para instar el procedimiento de restitución, el cual podrá realizarse mediante exhorto o carta rogatoria, solicitud a la Autoridad Central o, directamente, por la vía diplomática o consular.

B) *La Autoridad Central*

Como instrumento que se apoya en la cooperación entre los Estados, la Convención ordena en el primer párrafo de su art. 7 (74) a cada Estado Parte, la designación de una "Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones" que la misma establece. Esta solución coincide con la tendencia observable en la Conferencia de La Haya de D.I.Pr (75) ya puesta en práctica en otras convenciones concluidas por la CIDIP (76). No obstante la aparente obviedad de esta consagración, toda vez que la existencia de una Autoridad Central constituye, al menos a *priori*, un elemento coadyuvante de singular transcendencia a fines de lograr la restitución del menor, mereció un "extenso debate" en el seno de la Comisión (77). La discusión principal en este punto se refirió a si la designación de la Autoridad Central debía ser facultativa u obligatoria para los

(73) Cf. arts. 3, a) y 4 Convenio de La Haya, *ibid.*, pp. 30-31, donde el autor se muestra partidario de su incorporación.

(74) Cf. art. 6 Convenio de La Haya, el cual en su párrafo segundo prevé una "cláusula federal" que autoriza a designar más de una Autoridad Central a los Estados Federales, los plurilegislativos y los que tengan organizaciones territoriales autónomas, aunque siempre deberán contar con una Autoridad Central "primaria".

(75) Aunque centrado preferentemente en la práctica belga, resulta de interés el trabajo de M. VERWILGHEN y H. VAN HOUTTE, "Conflits d'autorités et de juridictions relatifs à la protection de la personne du mineur", *Rev. belge dr. int.*, vol. XV, 1980, pp. 397-431. Vid., asimismo, F. MOSCONI, *La tutela dei minori in diritto internazionale privato*, Milán, 1965.

(76) Señaladamente, Convenciones Interamericanas sobre: Exhortos o Cartas Rogatorias de 30 de enero de 1975 y su Protocolo Adicional de 8 de mayo de 1979, Recepción de Pruebas en el Extranjero de 30 de enero de 1975 y su Protocolo Adicional de 24 de mayo de 1984, Cumplimiento de Medidas Cautelares de 8 de mayo de 1979, y Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero de 8 de mayo de 1979.

(77) *Informe del relator...*, cit., p. 7.

Estados Partes, lo que equivale a poner en tela de juicio la naturaleza indispensable de la misma. Del estudio de los precedentes puede colegirse una comprensión de este debate, ya que, mientras el proyecto del C.J.I. prescinde prácticamente de esta institución limitándose a mencionarla en algunos artículos, el proyecto de la Reunión de Expertos le brinda un tratamiento muy limitado. Otro es el criterio imperante en la Conferencia de La Haya, donde la eficacia misma del Convenio de 1980 parece descansar en el buen funcionamiento de la Autoridad Central (78).

En lo que hace a las funciones que corresponden a la Autoridad Central, la Convención de Montevideo prefirió introducir una regulación genérica de ellas, en vez de utilizar una descriptiva como la del art. 7 del Convenio de La Haya (79). En efecto, el art. 7 párrafo segundo de la Convención se limita a disponer la obligación de colaboración con la parte actora y con la autoridades competentes, sobre todo en lo referido a tramitación de documentos. Por su parte, el párrafo tercero ordena la cooperación y el intercambio de información entre las Autoridades Centrales, con el fin de garantizar los objetivos fijados por la Convención (80). En definitiva, puede afirmarse que la institución de Autoridades Centrales resulta en principio útil para conseguir una mejor aplicación de la Convención, mediante un funcionamiento armónico con las autoridades judiciales o administrativas, representando una vía más a utilizar en la restitución (arts. 8, 10 y 22) y en la localización de menores (arts. 18 y 19). Es muy importante mencionar en este punto que la CIDIP IV resolvió positivizar el unánime reconocimiento imperante entre los internacionalistas americanos sobre la valiosa labor desplegada por el I.I.N., mediante la atribución a este organismo de funciones de coordinación de las actividades de las Autoridades Centrales, de centralización de información relativa a la aplicación de la centralización de información relativa a la aplicación de la Convención y de cooperación con otros organismos internacionales competentes en la materia (art. 27). Esta norma viene a crear así una suerte de "Autoridad Central supranacional" que resulta característica de la Convención y que permite abrigar esperanzas respecto a su buen funcionamiento, habida cuenta de la experiencia y rigurosidad puestas de manifiesto por el I.I.N. en el tratamiento de esta materia y en todos los relacionados con menores. Además, la amplitud de la redacción del art. 27 no se diferencia demasiado de la del art. 7 antes comentado.

(78) Así lo puso de manifiesto E. PEREZ VERA al afirmar que "dans ses grandes lignes et dans une large majorité des cas, l'application de la Convention dépendra du fonctionnement des instruments qu'elle-même instituera à cette fin, c'est-à-dire des Autorités centrales", *op. cit.*, p. 438. Cf. en el mismo sentido A. E. ANTON, "The Hague Convention on International Child Abduction", I. C. L. Q., t. 30, 1981, pp. 537-567, especialmente pp. 543 y 546-547.

(79) Sobre el método escogido por el Convenio de La Haya, vid. P. BENVENUTI, *op. cit.*, pp. 602-603.

(80) Cf. art. 7, 1º Convenio de La Haya.

3. Procedimiento

A) *Carácter prioritario del procedimiento*

En nuestra opinión, la piedra angular sobre la que descansa el procedimiento de restitución está contenida en el art. 16, en el cual, en un todo de acuerdo con el objetivo primordial de la Convención, se prohíbe a las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor se encuentra en virtud de un traslado o retención ilegal, decidir sobre el fondo del derecho de guarda, una vez que han sido informadas de la producción del hecho. La obligación cesa si se demuestra la inaplicabilidad de la Convención o si transcurre un "período razonable" sin que se inste el procedimiento previsto en la misma. La importancia de este precepto radica en la reafirmación del compromiso de los Estados Partes de priorizar la aplicación de este procedimiento especial sumario⁽⁸¹⁾ de fuente internacional sobre otros que pudieran existir en materia de protección de menores. Curiosamente, la norma del art. 16, que reproduce el mismo artículo del Convenio de La Haya, no figuraba en los proyectos que precedieron a la Convención, siendo incorporada en la sesión plenaria en la cual se aprobó el texto definitivo. Debe quedar claro que en el Convenio de La Haya la norma en cuestión juega complementariamente con la del art. 17, que establece que ni la mera existencia de una decisión de fondo sobre la custodia del menor ni la seguridad de que esa decisión ha de ser reconocida en el Estado requerido, alcanzan para obstar a la restitución, admitiendo, no obstante, que la autoridad competente considere los motivos de la decisión al aplicar el Convenio⁽⁸²⁾.

El art. 14, 1.º de la Convención Interamericana establece un plazo de caducidad para la acción de restitución el cual, en concordancia con todos los precedentes (art. 12, 1.º Convenio de La Haya, proyectos del C.I.I. y de la Reunión de Expertos y Convenios "uruguayos") se fija en un año a contar desde la fecha del traslado o retención ilegal. Atendiendo a las dificultades que pueden producirse en la determinación de esta fecha, el mismo artículo indica como criterio subsidiario el del momento de la precisa y efectiva localización del menor. Pero la virtualidad real del plazo previsto queda de manifiesto en el tercer párrafo del artículo al brindársele a la autoridad competente la posibilidad de obviarlo si se lo requieren las circunstancias del caso, "a menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno". Esta disposición junto a la del art. 17⁽⁸³⁾ que establece que la restitución del menor puede ordenarse en cualquier momento a pesar de los plazos indicados, están en un todo de acuerdo con el espíritu de la Convención y dan al procedimiento una flexibilidad sufi-

(81) D. OPERTTI BADAN, *op. cit.*, p. 35, señala que "las facultades del juez exhortado son, en rigor, las de prestar su cooperación al exhortante; por ende, es un trámite sumario".

(82) La redacción final de esta norma se debió al interés de evitar reservas, según indica E. PEREZ VERA, *op. cit.*, p. 464.

(83) Cf. art. 18 Convenio de La Haya.

ciente para que la autoridad competente opere la adecuación de sus preceptos a la realidad del caso concreto.

La mención del "período razonable" en el art. 16 abre un campo para la apreciación judicial que deberá utilizar como parámetro el plazo de un año fijado en el art. 14, por recoger éste el mismo supuesto que aquél, es decir, la situación anterior al inicio del procedimiento, y no el de 45 días que establece el art. 13 y que refiere a la situación posterior a la resolución que dispone la restitución del menor.

B) *Requisitos de la acción*

El art. 9 de la Convención⁽⁸⁴⁾ contiene extensas normas donde se regulan el contenido mínimo de la acción (ap. 1) y los documentos que deben presentarse al momento de ejercerla. La redacción básica del artículo proviene del proyecto del C.J.I. y recoge la estructura utilizada en el *Convenio de La Haya*, más detallada que los escuetos postulados presentes en los Convenios "uruguayos". Coincidiendo con el sistema de pluralidad de vías para el ejercicio de la acción, en el art. 9 se menciona expresamente el binomio "solicitud o demanda" cuando se refiere al contenido y a los documentos exigidos, criterio que, pese a ser utilizado en el proyecto de la Reunión de Expertos, había sido abandonado en el seno de la Comisión I de la CIDIP IV⁽⁸⁵⁾ prefiriendo distinguir entre los requisitos de una y otra. La obligatoriedad del cumplimiento de estos requisitos, que se desprende de la utilización del término "deberá" (el art. 8 del *Convenio de La Haya* habla de la documentación que "podrá" acompañarse), se ve matizada razonablemente por lo dispuesto en el art. 9, 3.º que faculta a la autoridad competente a prescindir de alguno de ellos en aras del cumplimiento del objetivo principal de la Convención, es decir la restitución del menor.

El mismo ánimo de favorecer la restitución informa al art. 9, 4.º que exige del requisito de legalización a los exhortos, solicitudes y documentos acompañados, pero sólo cuando se tramiten por vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central — norma que ya existía en otros instrumentos de CIDIP sobre cooperación judicial internacional —. La ampliación de esta norma a los casos en que se utilice la vía judicial fue propuesta con poco éxito por D. Opertti Badán⁽⁸⁶⁾. De prosperar esta opinión, la solución hubiera quedado más acorde a la establecida en el art. 23 del *Convenio de La Haya* que elimina de su contexto toda legalización u otras formalidades análogas con la salvedad, claro está, de las que puedan corresponder a copias y documentos privados según la ley interna de las autoridades competentes⁽⁸⁷⁾.

(84) Cf. art. 8 *Convenio de La Haya*.

(85) Vid. el Proyecto de Convención presentado a la sesión plenaria, Documento OEA/SER. K/XXI.4, CIDIP-IV/doc. n.º 36/89 de 14 de julio e *Informe del relator*, cit., p. 7.

(86) *Op. cit.*, p. 34.

(87) E. PEREZ VERA, *op. cit.*, p. 487.

En forma congruente, el art. 23 de la Convención de Montevideo⁽⁸⁸⁾ consagra la gratuidad de los exhortos o solicitudes y de las medidas que se adopten en el marco de la misma como así también la exclusión de cualquier tipo de exacción al respecto. Lógicamente, la parte solicitante tiene derecho a intervenir por sí o por intermedio de apoderado en las diligencias y trámites a cumplir en el Estado requerido (art. 24) como un modo más de coadyuvar al feliz desenlace de la restitución, pero los gastos que esta actividad le comporte estarán a su cargo (art. 23, 2.º). No obstante, en el párrafo siguiente se otorga a las autoridades competentes la facultad de disponer, "atendiendo a las circunstancias del caso", que sea el "secuestrador" quien soporte todos los gastos ocasionados, aunque la regla general del art. 13 2.º establece que los gastos de traslado estarán a cargo del actor, saldo que carezca de recursos económicos⁽⁸⁹⁾.

La función de los requisitos mencionados en el art. 9 es la de establecer unas exigencias mínimas para la puesta en marcha del procedimiento de restitución, mediante la acreditación del cumplimiento de presupuestos personales, materiales y legales, así como el acercamiento a la autoridad competente de cualquier elemento fáctico o circunstancial que le pueda ayudar en su cometido. En consecuencia, de acuerdo al espíritu de este artículo, la valoración que realice la autoridad competente sobre los extremos acreditados por el solicitante deberá, en caso de duda, inclinarse por su acogida.

C) *La actividad de las autoridades*

Según lo preceptado en el mencionado art. 24 de la Convención, la realización de las diligencias y trámites que deben desplazarse en jurisdicción del Estado requerido está a cargo de las autoridades competentes, sin perjuicio de la intervención de la parte interesada. Esta también podrá ocuparse de transmitir el exhorto o solicitud al órgano requerido, posibilidad que se adiciona a la utilización de las vías comentadas (art. 22). Ahora bien, primer cometido de la autoridad requerida consiste, según lo dispone el art. 10, 1.º de la Convención⁽⁹⁰⁾, en intentar la restitución voluntaria del menor que se encuentra en su Estado en virtud de un traslado o retención ilegal. Puede suponerse que por la configuración misma de los supuestos de legal *kidnapping* la voluntad del "secuestrador" rara vez será la de acceder a la devolución del menor y así parece desprenderse de los términos que utiliza la norma en cuestión cuando indica que tal obligación concurre sólo en la medida en que "sea pertinente". Si la restitución voluntaria no procede — y si se reúnen los presupuestos necesarios — la autoridad competente deberá conocer personalmente al menor, ordenar las medidas tuiti-

(88) Cf. art. 26 Convenio de La Haya.

(89) Esta salvedad no existe en los convenios entre Uruguay, por un lado, y Argentina y Perú, respectivamente, por el otro, que mantienen llanamente el criterio según el cual los gastos corresponden al accionante, extremo sobre el que habíamos llamado la atención en el Congreso citado en nota 69.

(90) Cf. art. 10 Convenio de La Haya.

vas que estime necesarias y, en su caso, la restitución (art. 10, 2.º), ejerciendo en todo momento un control que impida la salida del menor del Estado requerido (art. 10, 3.º). Debe tenerse en cuenta en este punto que la formulación tan simple de este artículo choca a menudo en la práctica con una tendencia de los tribunales a proteger al nacional en detrimento de los derechos que asisten al padre, tutor o guardador extranjero. Precisamente, uno de los supuestos más comunes de sustracción internacional de menores consiste en la actitud de uno de los miembros de una unión mixta de trasladar (o retener) al menor al país de su nacionalidad, alentado por el entendimiento de que sus leyes y, sobre todo, sus tribunales se inclinarán por la solución que más le favorezca⁽⁹¹⁾. Esta situación puede presentar un grado de injusticia aún mayor si la autoridad competente sucumbe ante la seducción que suele ejercer sobre ella la existencia de un "conflicto de civilizaciones", que se manifiesta cuando el país de origen del progenitor extranjero es considerado "menos civilizado" que el país del foro⁽⁹²⁾. Es de esperar que en ámbito de aplicación de la Convención Interamericana las autoridades no ejerzan actitudes como la descrita que, además de ser dikológicamente cuestionables, desvirtúan por completo los intereses subyacentes en sus disposiciones.

Cabe mencionar, por último, que la actividad de la autoridad requerida debe ser correspondida por la preocupación de la autoridad requirente, que no debe limitarse a transmitir la solicitud a aquélla. Por el contrario, previendo la posibilidad de un accionar temerario por parte de la parte interesada, el art. 13 dispone que si pasan cuarenta y cinco días desde que la autoridad requirente hubiere recibido la resolución que ordena la restitución sin haber tomado las medidas necesarias para trasladar al menor, las medidas dictadas por la autoridad requerida — incluida la de restitución — quedan sin efecto.

4. Excepciones a la restitución

Frente a la obligación genérica de restituir contenida en el art. 10, la Convención de Montevideo contempla diversas excepciones que facultan a la autoridad requerida a no ordenar el retorno del menor. De un lado, en el art. 11, encontramos excepciones de carácter especial que atienden a circunstancias particulares relativas al solicitante de la restitución o al propio menor, y, de otro lado, en el art. 25, aparece una cláusula de orden público dotada de cierto contenido específico⁽⁹³⁾. El art. 11⁽⁹⁴⁾ tiene su antecedente en el proyecto de la Reunión de Expertos, que a su vez modificó

(91) Vid. B. DESCHENAUX, "La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, du 25 octobre 1980", *Ann. suisse dr. int.*, XXXVII, 1981, pp. 119-128.

(92) J. C. FERNANDEZ ROZAS, *op. cit.*, pp. 95-96. Vid. del mismo autor, "Los movimientos migratorios y la nueva configuración del tráfico externo", *Anuario I. H. L. A. D. I.*, vol. 8, 1987, pp. 49-74, esp. pp. 72-74.

(93) Vid. D. RINOLDI, *op. cit.*, p. 199.

(94) Cf. art. 13 Convenio de La Haya.

sustancialmente la norma prevista en el proyecto del C. I. J., incorporando con escasas diferencias el texto del art. 13 del Convenio de La Haya. En consecuencia, las causales especiales previstas también son tres: a) inexistencia de un ejercicio "efectivo" del derecho sobre el menor por parte del solicitante al momento del traslado o de la retención⁽⁹⁵⁾, o consentimiento posterior; b) existencia de un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico⁽⁹⁶⁾; y c) oposición del menor a regresar, siempre y cuando la autoridad requerida valore positivamente la edad y madurez del mismo. La concurrencia de las causales a) y b) deben ser demostradas por la persona o institución que se oponga a la restitución dentro de un plazo de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quien lo retiene (art. 12). Tal demostración no es vinculante para la autoridad requerida, quien la apreciará a la luz de las circunstancias que concurran en el caso concreto y del derecho aplicable y los antecedentes jurisprudenciales o administrativos obrantes en el Estado de la residencia habitual del menor⁽⁹⁷⁾. Para ello podrá valerse de la asistencia de las Autoridades Centrales o de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados Parte, debiendo resolver dentro de un plazo de sesenta días calendario contados a partir de la recepción de la oposición. Puede constatarse la flexibilidad de estas disposiciones y la amplitud de criterio otorgada a la autoridad requerida, lo que concuerda a la vez con los objetivos de la Convención y con el carácter sumario del procedimiento de restitución.

Respecto a la consideración de la opinión del menor, debe mencionarse que su inclusión no fue pacífica, aunque finalmente se impuso una fórmula similar a la del Convenio de La Haya. De esta manera el menor se convierte en intérprete de su propio interés⁽⁹⁸⁾, lo cual requiere una actitud muy cuidadosa por parte de la autoridad en la valoración de todos los elementos que componen el caso, toda vez que la oposición del menor "maduro" no puede, por sí sola, dejar sin efecto la aplicación de la Convención.

La referencia al orden público internacional del Estado requerido contenida en el art. 25⁽⁹⁹⁾, presenta una redacción más específica que la tradicional fórmula genérica que incluía el proyecto del C.I.J. En efecto, el parámetro utilizado en la Convención consiste en "los principios fundamentales... consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño", frente a los cuales la restitución deberá aparecer como "manifiestamente violatoria" para que prospere la

(95) Vid. supra punto VIII.1, la relación entre esta norma y el art. 5.

(96) No se incluye aquí la referencia a "una situación intolerable" mencionada por el Convenio de La Haya.

(97) Cf. art. 14 Convenio de La Haya.

(98) E. PEREZ VERA, *op. cit.*, p. 433.

(99) Cf. art. 20 Convenio de La Haya, del cual F. J. ZAMORA CABOT opina que incorpora una "afirmación clara y tajante del Orden Público verdaderamente internacional" ("El Proyecto de Convención de La Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños: primeras impresiones", *La Ley*, 1981, pp. 938-941). Cf. A. E. ANTON, *op. cit.*, pp. 551-552.

excepción. Si bien la mencionada especificidad establece un límite a la posibilidad de las autoridades requeridas de frustrar una restitución en base a interpretaciones particularistas ⁽¹⁰⁰⁾, no es menos cierto que entre las excepciones del art. 11 y el orden público se dejan muchas vías de escape para lograr la no aplicación de la Convención, resultando comprensible la queja de S. Oschinsky ⁽¹⁰¹⁾. No escapa a nuestro entendimiento que tales excepciones responden a un ánimo transaccional que persigue mejores expectativas de ratificación, pero consideramos que no hubiera estado de más la incorporación de un artículo como el 36 del Convenio de La Haya, que faculta a los Estados Contratantes a derogar, mediante acuerdos mutuos, las restricciones "a las que podría estar sometido el regreso del niño", en clara alusión a las excepciones.

IX. Mecanismo de localización

Como otra expresión del espíritu de cooperación entre autoridades ⁽¹⁰²⁾, la Convención de Montevideo introduce una suerte de procedimiento auxiliar previo al de restitución, que existía, con una formulación más limitada, en los Convenios "uruguayos". Los sujetos legitimados son los mismos que en el procedimiento de restitución, quienes tienen la facultad de requerir directamente o mediante las autoridades de su Estado — el de residencia habitual del menor — a las autoridades competentes de otro Estado Parte donde presumiblemente se encuentra el menor, la localización del mismo. Para ello deberá acompañarse toda la información posible para facilitar esta tarea, resultando de particular transcendencia los datos relativos al presunto "secuestrador" y a los lugares donde puede haber trasladado al menor (art. 18). La autoridad requerida deberá — de acuerdo con los principios que informan a la Convención — recibir estos antecedentes con un criterio amplio y flexible y, en caso de localizar al menor, deberán "adoptar en forma inmediata todas las medidas que sean conducentes para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción" (art. 19). Es decir, que el objeto de este procedimiento consiste en obtener una medida cautelar de manera que el damnificado por el traslado o retención ilegal no se vea burlado por el accionar del "secuestrador". Teniendo en cuenta la naturaleza del procedimiento, el art. 20 concede al requirente un plazo de sesenta días calendarios, contados a partir de la comunicación que informa que se ha producido la localización a las autoridades del Estado requirente, para que interponga la correspondiente solicitud de restitución, vencido el cual las medidas que se hubieren adoptado "podrán quedar sin efecto". Nótese que no se impone a la autoridad requerida la obligación de levantar las medidas, dejándole a ésta la posibilidad de disponer según las exigencias marcadas por las circunstancias del caso. De todos modos, aún cuando las medidas orde-

(100) H. BATIFFOL, *op. cit.*, p. 234.

(101) *Vid. supra nota 50.*

(102) Cf. D. OPERTTI BADAN, *op. cit.*, p. 42.

nadas queden sin efecto, no existe obstáculo alguno para el posterior ejercicio de la acción de restitución, aunque debe suponerse que difícilmente, en circunstancias más o menos normales, el requirente deje pasar el plazo sin solicitar la restitución.

X. España frente a la Convención: problemas ante una eventual incorporación

1. Cuestiones generales de codificación

El ámbito sociológico en el cual se producen las situaciones irregulares que intenta remediar el Convenio de La Haya no "difiere en esencia" de la presentación de la cuestión en el continente americano⁽¹⁰³⁾. En efecto, los presupuestos tenidos en consideración para la sanción del Convenio de 1980⁽¹⁰⁴⁾ coinciden en términos generales con los que expresara el Profesor Mac Lean en su relato ante el C.J.I. en la sesión de enero de 1986, recogidos luego por la CIDIP IV. El aumento del número de secuestrados de menores por parte de sus padres u otras personas que tienen o pretenden tener sobre ellas algún derecho, las particulares características de las uniones mixtas — en las cuales se produce a menudo un conflicto de civilizaciones entre componentes de diferente nivel cultural, social y económico — el desarrollo de las comunicaciones que provoca una mayor internacionalización de la vida privada, la disminución de los controles para el franqueo de las fronteras, aparecen, de este modo, como condiciones que se presentan en mayor o menor medida a uno y otro lado del Océano Atlántico. Entonces, ¿hay principios regionales?⁽¹⁰⁵⁾ ¿existe un grado de particularismo "americano" que esta Convención o las otras de la CIDIP se preocupen por respetar? Es evidente que del análisis de los textos de estas convenciones no puede inferirse una respuesta afirmativa. Antes bien, las peculiaridades, escasas, que presenta la Convención Interamericana, y que hemos puesto de relieve a lo largo de este trabajo, no parecen encarnar principios regionales que deban ser tenidos en cuenta inevitablemente en la codificación del D. I. Pr. americano. Por el contrario, se manifiestan, en todo caso, como cuestiones de técnica legislativa pasibles de recibir diferentes opiniones. Todo esto que venimos diciendo hace dirigir nuestra mirada hacia la necesidad de realizar una discusión profunda sobre la cuestión, advirtiendo cuáles son los pasos que se dan cada vez que se procura establecer una reglamentación de algún aspecto del tráfico privado externo en el continente americano. Nos referimos a la existencia de estudios previos de carácter sociológico, de prácticas judiciales y administrativas, de tendencias de política legislativa, de clasifica-

(103) *Ibid.*, p. 13.

(104) S. ALVAREZ GONZALEZ, *op. cit.*, p. 11.

(105) La respuesta, al menos *a priori*, debiera ser positiva. Así lo afirma, en un profundo análisis axiológico, M. A. CIURO CALDANI, al abogar por "la preservación de las características de la región latinoamericana" ("América Latina en la encrucijada del valor", Investigación y docencia, F. D. U. N. Rosario, núm. 14, 1989, pp. 3-7).

ción, de temas necesitados de una regulación prioritaria etc., y, en materias de *contenido económico*, de la realidad del sector, en nada asimilable a la de otras regiones del mundo. En este sentido debe mencionarse que en el desarrollo previo de la Convención sobre Restitución Internacional de Menores — concretamente, antes de la Reunión de Expertos de San José de Costa Rica — el I.I.N. preparó un cuestionario sobre los temas “Secuestro y restitución de menores” y “Obligaciones de alimentos” (106), al estilo de los empleados por la Conferencia de La Haya, para que cada país respondiera sobre diferentes interrogantes de índole sociológica, legislativa y jurisprudencial. Lamentablemente esta loable iniciativa, que se inscribe en la infatigable actividad desempeñada por el Instituto, no demuestra haber sido tomada en cuenta en forma decisiva. La pregunta núm. 31 del cuestionario viene a refrendar nuestra línea de afirmaciones al demandar a los Estados miembros de la O.E.A. si consideraban “conveniente al adopción de una Convención interamericana en la materia que sea compatible con las previsiones de la Convención de la Conferencia de La Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, de 25 de Octubre de 1980, como forma de ir a un ordenamiento uniforme para resolver este tipo de problemas”. Coincidente y coetáneamente se expresaba D. Opperti Badán, llamando la atención sobre la importancia de lograr una “conciliación entre la vocación universalista del Convenio de La Haya y el ámbito regional de la Convención interamericana” (107), poniendo de relieve, una vez más, la preocupación que obraba en el ánimo de los juristas americanos. Ahora bien, no es fácil concluir que los problemas a resolver en América sean idénticos — y, por lo tanto, requieran un tratamiento jurídico similar — que los que tienen lugar, por ejemplo, en el ámbito europeo.

A todo esto debemos adicionar que no es lo mismo hablar de identidad jurídica iberoamericana (latinoamericana, si se prefiere) que de identidad jurídica americana *lato sensu*. Si aquélla es complicada de determinar — a no ser que se la establezca por referencia común al mundo exterior —, tanto más lo será ésta, toda vez que conviven en su seno ordenamientos pertenecientes a distintas “familias jurídicas” (108). T. B. de Maekelt, siguiendo la metodología de la “apreciación compleja” para crear grupos de derechos preconizada por K. Zweigert (109), llega a hablar de un grupo autónomo latinoamericano (110), como ya lo habían hecho —

(106) Doc. OEA/Ser. y. XXI.4, CIDIP-IV Doc. n.º 13/89, de 3 de marzo.

(107) *Op. cit.*, p. 16.

(108) Sobre el concepto de familia jurídica, vid. R. DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, 1980, pp. 10-14.

(109) Cf. K. ZWIEGERT, “Méthodologie du droit comparé”, *Mélanges Maury*, t. I, París, 1960, pp. 579-596.

(110) “Reflexiones sobre Derecho Comparado”, *Libro homenaje a J. Sánchez Covisa*, Caracas, 1975, pp. 217-244. Allí afirma que en el Derecho latinoamericano se encuentra una diferencia de “estilo”, que se manifiesta, por ejemplo, en la utilización preponderante de la conexión domiciliar en el ámbito de los derechos personales.

aunque con otras concepciones metodológicas — autorizados comparatistas españoles ⁽¹¹¹⁾ y latinoamericanos ⁽¹¹²⁾. Es decir que, desde esta perspectiva, podría hablarse de tres tipos de relaciones internacionales iusprivatistas en la materia que estamos comentando: las que se producen dentro del marco iberoamericano, las que presentan a su vez elementos iberoamericanos y de algún ordenamiento de raíz anglosajona — pero dentro de los Estados miembros de la O.E.A. —, y las que se conforman por elementos intra y extrac Continentales — potencialmente reguladas por el Convenio de La Haya. Obviamente, con un panorama tan complejo, se hace imposible esbozar respuestas simples o apresuradas ⁽¹¹³⁾.

El comentado art. 33 de la Convención de Montevideo ⁽¹¹⁴⁾ nos coloca ante una realidad que ya pusiéramos de relieve ⁽¹¹⁵⁾. Pareciera que esta norma viene a relativizar en cierta medida el esfuerzo desplegado para alcanzar la sanción de un texto americano sobre restitución internacional de menores. Tal afirmación no debe entenderse como una limitación a esta materia; más bien, todo lo contrario. Una justificación basada en el argumento histórico según el cual la codificación del D. I. Pr. iberoamericana precedió — al menos en resultados concretos — a la europea, si bien es cierta, no resulta suficiente en la hora actual. Es menester buscar razones más convincentes y, una vez halladas, obrar con rigurosidad y sin voluntarismo ⁽¹¹⁶⁾. Con las cosas como están, tal vez no hubiera sido

(111) F. de SOLA CANIZARES, *Iniciación al Derecho Comparado*, Barcelona, 1954, pp. 175-176 y 233-274; J. CASTAN TOBEÑAS, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Madrid, 1956, p. 23; y J. M. CASTAN VAZQUEZ, "El Código Civil de Andrés Bello y la unidad del sistema jurídico iberoamericano", A. D. C., 1982, pp. 8-9.

(112) Por su parte, A. M. VILLELA, después de señalar algunos de los problemas que se producen en el seno de este grupo de países, pone el acento en las dificultades operadas cuando éstos se encuentran frente a frente con los países de *common law*, y afirma que "l' O.E.A. ... englobe autant des pays d'expression anglaise, directement influencés par le système juridique britannique que les Etats-Unis d'Amérique qui allient à leur origine anglo-saxonne, la complexité de leur formation fédérale", en lo que constituye "un nouveau facteur qui complique encore la question" (*op. cit.*, pp. 252-253). Esta idea es compartida también por el jurista español F. de SOLA CANIZARES, *loc. cit.*, p. 176, quien afirmaba — ya en 1954 — "cada día se acentúa la penetración del *common law* en Iberoamérica".

(113) Vid. R. HERBERT, *op. cit.*, pp. 13-16, donde luego de analizar algunas diferencias entre el "sistema angloamericano de los Estados Unidos de Norteamérica" y "el sistema neo-romanista continental de los países latinoamericanos", indica como solución útil para la nueva etapa codificadora llevada a cabo por la O.E.A. produzca convenciones operativas, "una flexibilización metodológica, la introducción de criterios teleológicos y un mayor margen de atribuciones a la actividad del juez".

(114) Vid. *supra*, punto VI.2.

(115) Vid. "Jornadas sobre D. I. Pr. convencional en el sistema español" (León, mayo de 1980), *loc. cit.*

(116) Ya que no se trata, como criticara A. M. VILLELA, "de produire des conventions à tout prix, pour le simple plaisir d'attester une production quantitativement significative" (*op. cit.*, p. 260).

una mala solución recomendar a los países miembros de la O.E.A. que ratifiquen o adhieran al Convenio de La Haya, solución que puede parecer exagerada pero que no es nada novedosa, pues ya ha sido utilizada respecto a otros instrumentos multilaterales provenientes de distintos foros⁽¹¹⁷⁾. En tal sentido habrá que tener en cuenta que, como hemos señalado⁽¹¹⁸⁾, el mecanismo de adhesión previsto en el art. 38 del Convenio de La Haya tiene efectos limitados a los Estados parte que la acepten. No en vano J. D. González Campos llamaba la atención en las Jornadas de D. I. Pr. de León de 1989 sobre la crisis por la que transita la codificación internacional del D. I. Pr., poniendo en la balanza, de un lado, los ingentes esfuerzos — de diversa índole — que exige el desarrollo de este mecanismo de producción jurídica, y, de otro, las limitaciones a que está sometida y los escasos resultados que se obtienen la mayoría de las veces. En todo caso, ¿no convendría propender a una incorporación paulatina de los países americanos a la Conferencia de La Haya⁽¹¹⁹⁾? Para que ello sea posible, debe producirse una actitud aperturista de la misma que estaría en consonancia con el espíritu universal que debe animarla.

Cabe mencionar, a la luz de la "crisis" de la codificación internacional multilateral y sin ánimo de entrar en consideraciones de fondo sobre el tema, el recurso siempre presente a los acuerdos bilaterales. En este sentido y dentro del ámbito concreto de la sustracción internacional de menores, es notorio el ejemplo de Francia que ha celebrado convenios bilaterales con Marruecos (10 de agosto de 1981), Egipto (15 de marzo de 1982), Túnez (18 de marzo de 1982) y Portugal (20 de julio de 1983), además de otros convenios bilaterales sobre protección de menores en los cuales se recogen normas sobre restitución, similares a las utilizadas por el Convenio de La Haya. Esta actitud no impidió a Francia ratificar éste, ilustrando la compatibilidad entre ambos métodos. El mismo camino parece recorrer, en América, Uruguay. Ahora bien, no obstante las menores dificultades que en principio ofrece el método de reglamentación bilateral, está lejos de constituir la panacea y no está exento de dificultades a la hora de su aplicación práctica.

(117) Nos referimos a las resoluciones 1, 2, 3 y 4 de la CIDIP IV, que recomiendan la ratificación o adhesión de los países miembros de la O.E.A. de las Convenciones sobre Factoraje Internacional y sobre Arrendamiento Financiero Internacional (Ottawa, 28 de mayo de 1988), de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980), sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974) y sobre Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (La Haya, 22 de diciembre de 1986), respectivamente.

(118) Vid. supra, punto VI.2. Para D. OPERTTI BADAN, *op. cit.*, p. 48, el mero hecho de que la gran mayoría de los Estados americanos deban someterse a la "condición adicional" de la aceptación de sus eventuales adhesiones, justifica por sí mismo "el esfuerzo de codificación regional ... en lo que hace a la materia de pronta restitución de menores".

(119) Vid. supra, nota 12.

2. Aspectos particulares respecto a la Convención

Para precisar qué actitud deberá tomar España respecto a la Convención que comentamos, constituye un ineludible paso previo tomar en cuenta las opiniones que suscitó el tema de la ratificación por parte de este país del Convenio de La Haya. Frente a algunas que la propugnaban⁽¹²⁰⁾, se alzaron otras decididamente contrarias, antes y después de la ratificación⁽¹²¹⁾. Estas se basan en la necesidad de salvaguardar los intereses nacionales y en la exigencia — incumplida — de realizar estudios sociológicos previos para medir las consecuencias que tal actitud provocaría. Se trata de una postura escéptica pero realista que hunde sus raíces en la contemplación — nada abúlica, por cierto — de que los fuertes movimientos migratorios centrifugos sufridos por España durante décadas, en los últimos años se ha ido revirtiendo, situación en la cual “la defensa de los intereses familiares de nuestros nacionales no parece concordar con la filosofía del Convenio de La Haya, que al favorecer el retorno inmediato del menor... hace que *de facto* las posibilidades de recuperación del mismo... sean una utopía”⁽¹²²⁾.

El estudio de una eventual adhesión de España a la Convención no constituye una cuestión baladí, teniendo en cuenta que dentro de la política de incorporación masiva a tratados de D. I. Pr. desarrollada por este país de un tiempo a esta parte, señaladamente, durante 1987, se produjo la adhesión a dos convenios de la CIDIP: las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero. Como es fácil observar, la afinidad entre éstas y la primera estriba en el basamento común en la cooperación internacional, lo que hace menos desdeñable aún este análisis.

Ahora bien, ¿le interesa a España formar parte de un instrumento que lo vincule con los países americanos en esta materia? En primer lugar, siguiendo con el planteamiento hecho más arriba, la situación desfavorable a los intereses españoles apuntada por S. Alvarez González si bien resulta aplicable al ámbito europeo — espacio primario del Convenio de La Haya — no lo es en cambio al americano. En este caso, el flujo migratorio se

(120) Por ejemplo, la de F. J. ZAMORA CABOT, quien sostenía que existía una “verdadera voluntad de que entre vigor lo más pronto posible” y que “España debe participar de esa voluntad” (*op. cit.*, p. 941).

(121) Antes, se manifestó con vehemencia S. ALVAREZ GONZALEZ, *loc. cit.*, pp. 29-32. La opinión contraria posterior a la ratificación se lee entre líneas en J. C. FERNANDEZ ROZAS, *op. cit.*, p. 96.

(122) S. ALVAREZ GONZALES, *loc. cit.*, p. 30. Recuérdense que, como mencionáramos en III. 1, este autor coherentemente ataca el método del Convenio de La Haya, señalando que: “la entrada a conocer del fondo del derecho de visita y de custodia debe preconizarse en ausencia de resolución dictada, sin que en ningún caso sea precedida del retorno del menor”.

produce — sobre todo en los últimos diez años — en un solo sentido, tratándose de nacionales iberoamericanos que acuden a España con la ilusión, frecuentemente vana, de un mejor horizonte socio-económico. Como en aquel caso, la “práctica restrictiva del país de acogida” (123) obliga al retorno involuntario. Desde esta doble perspectiva que brindan, de un lado, la política convencional seguida por España en otros casos, y, de otro, los datos sociológicos, pareciera que una eventual adhesión española a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, se presenta en principio favorable para este país. Claro que con el mismo argumento, no sería así para los países iberoamericanos de fuerte emigración. Por lo pronto, la jurisprudencia española no parece ser reacia a la cooperación internacional en esta materia con los países iberoamericanos, según se desprende del Auto T.S. (Sala 1.^a) de 15 de diciembre de 1987 (124). En él se concedió el *exequatur* a una sentencia dictada por Tribunal argentino que ordenaba la restitución de una menor de nacionalidad argentina retenida en España por su madre. Sin entrar a considerar la procedencia de los argumentos empleados por el T.S. para justificar la restitución, vale la pena resaltar la actitud aperturista, no obstante la existencia de un pronunciamiento español (dictado por el Juez de Primera Instancia de Alcobendas) que atribuye la guarda y custodia de la menor a la madre, aunque no debe perderse de vista la nacionalidad argentina tanto de ella como del padre.

En segundo lugar, se aprecia que la situación actual es bien diferente a la que se produjo con respecto a la adhesión de España a los Tratados de Montevideo de 1889 y al Código Bustamante. En ambos casos hubo importantes opiniones que se ocuparon de destacar las ventajas de esas eventuales adhesiones (125), aunque no faltaron opiniones eclécticas (126) ni quienes abogaran en su contra (127). Esta última postura resultó refrendada por la actitud adoptada por España frente a estas codificaciones americanas, con la única excepción del Tratado de Propiedad Literaria y Artística de 11 de enero de 1989 (128). Con todo, la postura de los países iberoame-

(123) *Ibid.*

(124) R. E. D. I. 1990-14-Pr. y nota de D. P. FERNANDEZ ARROYO.

(125) Vid. especialmente M. de la PLAZA y NAVARRO, “La codificación del D. I. Pr. en las Conferencias de Montevideo. La adhesión de España, R. L. J., t. 113, 1908, pp. 176-178; M. de LASALA LLANAS, “Posibilidad de acceso de España al Código Americano de D. I. Pr. (Código Bustamante)”, R. D. P., vol. 21, 1934, pp. 221-228, y “¿Puede adherirse España al Código Bustamante?”, R. D. P., vol. 22, 1935, pp. 217-221; e I. BEATO SALA, “Sobre la accesión o adhesión de España al Código Americano de D. I. Pr., denominado Código Bustamante”, R. G. L. J., t. 167, 1935, pp. 603-618.

(126) J. QUERO MOLARES, “La adhesión de España al Código americano de D. I. Pr.”, R. G. L. J., t. 165, 1934, pp. 695-721.

(127) F. de CASTRO, “¿Debe adherirse España al Código Bustamante?”, R. D. P., vol. 22, 1935, pp. 1-6, y “De nuevo sobre la pretendida adhesión de España al Código Bustamante”, *idem*, pp. 306-307.

(128) Vid. *supra* punto I.1.

ricos frente a la incorporación de países extracontinentales, distaba de ser unánime (129).

En tercer, debe tenerse en cuenta que al ratificar el Convenio de La Haya, España se ha colocado en situación de quedar ligado por la misma con países americanos. De hecho, ya está vinculada de este modo con Canadá y Estados Unidos. Esto viene a demostrar que, además de favorable, la adhesión a la Convención de Montevideo sería coherente y le permitiría cubrir un área de países que difícilmente se adhieren al Convenio de La Haya. Debe apreciarse, sin embargo, que las ratificaciones de los convenios de la CIDIP por los países de la OEA no son precisamente masivas (130), lo que viene a relativizar, en cierta medida, lo anterior.

Por último, queda por señalar el mencionado recurso a la regulación bilateral, referida en este caso al *legal kidnapping* y a relaciones entre España y Estados iberoamericanos considerados individualmente. A las posibilidades de éxito de esta opción le asisten, básicamente, dos argumentos. Por un lado, los convenios de carácter bilateral permiten centrar la discusión en las necesidades concretas de las partes en cuestión, evitando las consideraciones demasiado generales que aparecen, como resultado de intrincadas negociaciones, en los acuerdos multilaterales. Por otro lado, aquéllos no debieran presentar las dificultades para su posterior ratificación que tienen éstos. En los últimos años, España parece haber optado por esta vía en otras materias que también están basadas en la idea de cooperación internacional, dentro del concreto ámbito espacial al que estamos haciendo referencia. Muestra de ello son el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil con México, hecho en 1989, el Convenio sobre cooperación jurídica en materia civil con Brasil, hecho en el mismo año, los convenios sobre cooperación judicial en materia civil que se están negociando con Venezuela y Cuba (país que no es miembro de la OEA desde su discutida expulsión en 1962) y el Convenio sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos con Uruguay, hecho en 1988. Más allá de las ciertas críticas que se puedan realizar, tanto a la política convencional desarrollada por España en general cuanto al contenido de algunos de estos instrumentos en particular, resulta manifiesto el interés español por potenciar los mecanismos de producción jurídica de alcance bilateral. Con la entrada en vigor de los citados convenios y la posterior puesta en práctica por las autoridades judiciales y administrativas, podrá observarse con mayor claridad la real transcendencia práctica de una eventual decisión en este sentido en lo que refiere a la restitución internacional de menores.

(129) Vid. J. SAMTLEBEN, *Derecho...*, cit., pp. 73-76.

(130) A. M. VILLELA, loc. cit., p. 257, y T. B. de MAEKELT, *Normas...*, cit., pp. 54-55.

Primeiro Decênio da ALADI.

Princípios e Instituições

GUSTAVO MACARINOS

Embaixador. Assessor-Especial do Ministro das Relações Exteriores. Membro do Conselho-Assessor do Presidente do Banco Interamericano de Desenvolvimento para Assuntos de Integração. Ex-Secretário-Executivo da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (1964-73).

Tradução de OSWALDO DA COSTA E SILVA
Economista e Consultor do FMI

SUMÁRIO

1. Herança. 2. ALADI. 3. Os princípios. 4. Os tratamentos preferenciais. 5. As instituições. 6. Os órgãos. 7. Organização institucional da ALADI. 8. A Conferência e o princípio de Convergência. 9. O Comitê. 10. A Secretaria.

1. Herança

Para julgar — é bom recordar. A moderna corrente integracionista do pensamento latino-americano nasceu, em 1955, no laboratório de desenvolvimento da Comissão Econômica para a América Latina das Nações Unidas (CEPAL). Até a criação da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), em 1980, transcorreu um quarto de século, durante o qual germinaram, multiplicaram-se por proliferação e se debilitaram entu-

(*) Publicado sob o título "Primer Decenio de la ALADI. Principios e Instituciones". In *Integración Latinoamericana*. Buenos Aires, INTAL, nº 160, de septiembre de 1990, pp. 10-23.

siásticas idéias e projetos grandiosos. A gestação da ALADI se inclui no ciclo da integração que a precedeu. E não se trata, pois, de algo novo, original, senão do produto resultante de uma longa e complexa evolução. Não se inicia um processo, mas sim se dá prosseguimento ao primitivo, como, por outro lado, o registra o Tratado de Montevidéu 1980.

Recomenda-se, primeiro, rematar uma integração gradual e restrita aos países da área, de mais avançada industrialização. E paulatinamente foram aderindo a esse núcleo as outras nações da zona. E essa forma elitista admitia, ademais, acordos circunscritos a dois ou mais países, em relação a certos produtos, como forma de ir criando as bases de um mercado comum — que já se concebia como objetivo de uma nascente teologia integracionista.

Um ano depois, o critério de criar um grande mercado, com a participação de todos os países latino-americanos (então só os dezenove de tal condição — membros da Organização dos Estados Americanos), e com base no princípio dos tratamentos diferenciais para compensar pesadas disparidades nos graus de desenvolvimento.

Mais tarde, elaboraram-se bases concretas, inspiradas no propósito de projetar e conduzir um programa regional de substituição de importações, que seria algo como ante-sala de um futuro mercado comum multilateral e competitivo, que impulsionasse o desenvolvimento industrial e a especialização produtiva, e cuja regulação considerasse os diferentes potenciais econômicos dos países.

Essa grandiosa idéia, quase surrealista, logo a seguir foi deixada de lado, para abrir caminho a iniciativas regionais estimuladas pela própria CEPAL. E dessas iniciativas nasceu o Mercado Comum Centro-Americano, fracassando, no entanto, o ensaio de vincular Colômbia, Equador e Venezuela a uma sorte de retorno à unidade histórica. E para o Cone Sul se concebeu um mecanismo de preferências comerciais, de caráter multilateral, baseado no princípio de reciprocidade, acompanhado de um sistema de pagamentos que superasse o bilateralismo existente, que havia levado a uma situação crítica os intercâmbios intra-área.

Para atender às exigências do Acordo Geral sobre as Tarifas e o Comércio (GATT), passou-se da preferência latino-americana à fórmula técnico-jurídica de zona de livre comércio. E com a surpresa da adesão do México, instituiu-se a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), e, dessa maneira, o esquema idealizado para o Cone Sul perdeu toda conotação sub-regional. Posteriormente, ampliou-se a cobertura geográfica da ALALC para os onze países que hoje compõem a ALADI. Ademais, no Tratado de Montevidéu 1960, a zona de livre comércio foi enfeitada programaticamente com enunciados integracionistas do mais alto voo, resgatando-se o objetivo de mercado comum.

Fundamentalmente, o Tratado de Montevidéu 1960 foi um acordo multilateral de comércio, como de forma reiterada expressaram os Gover-

nos argentino e brasileiro. E a finalidade original do Tratado, na opinião de Raul Prebisch, foi a de substituir os existentes instrumentos preferenciais, até então com base em contas bilaterais, por outro mais sistemático. A seu juízo, isso constituiria um passo positivo no caminho do mercado comum.

Mas, apenas iniciadas as atividades da ALALC, uma tese em prol do desenvolvimento, que postulava a integração global, plena, planejada e conduzida por autoridades supranacionais, opôs-se ao propósito circunstancial e limitado definido por Prebisch.

O enfrentamento dessa orientação — em prol do desenvolvimento — com a denominada — em prol do comércio — que privilegiava o cumprimento do programa de liberação, e prorrogava, para depois de formada a zona de livre comércio, os esforços da integração, gerou profunda crise na ALALC. E, por força das pressões estruturalistas, sucederam-se ambiciosos programas jamais cumpridos.

A Resolução 100 (IV), da Conferência de 1964, aprovou amplo e integral conjunto de estudos e ações — o que lhe valeu a denominação de *Resolução-mãe*, por constituir uma espécie de complemento do Tratado.

E, em resposta a uma iniciativa do Presidente Eduardo Frei, os quatro executivos dos organismos regionais propuseram, em 1965, a instituição de uma comunidade econômica de maior idade, que ultrapassasse as etapas da infância e adolescência. E os Chefes de Estados americanos, em transcendental decisão política (Punta del Este, 1965), confirmaram a meta do grande mercado comum latino-americano, e, como abertura prévia a uma convergência global, concordaram na transformação da ALALC.

Em Caracas, em 1969, com a ALALC em plena crise existencial, depois de difícil transação, aprovou-se o Plano de Ação 1970-1980, ao tempo em que se constituía, com franca orientação separatista, o Grupo Andino, e por protocolo modificativo se prorrogavam os prazos para cumprimento do programa de liberação do Tratado de Montevideu 1960.

Paralelamente a essa hipertrofia programática, a crua realidade pôs de manifesto a epidemia que afetava o sistema. Em Assunção — Paraguai (1967), os Ministros das Relações Exteriores não puderam instrumentar os mandatos presidenciais de Punta del Este. E imediatamente após houve que reconhecer a impossibilidade de aprovar a segunda parte da Lista Comum — instrumento essencial para a formação da zona de livre comércio. Tampouco as Negociações Coletivas, previstas no Tratado de Montevideu 1960, realizadas na década de 70, puderam conciliar os objetivos opostos de recompor o programa de liberação, e adaptar o Tratado a uma nova etapa de integração.

A "abdição voluntária das partes contratantes, de cumprirem o programa de liberação", que ocorreu ao se prorrogarem os prazos, redu-

zirem-se as percentagens, e adiar-se, *sine die*, pelo Protocolo de Caracas (1), a formação da Lista Comum, determinou que a ALALC passasse a ser, de fato, uma zona de preferências de alcance limitado e parcial, pois essas preferências não compreendiam o universo tarifário, senão que eram seletivas por produto, diferenciais nos diversos mercados, segundo o montante da redução tarifária para cada um deles, e se parcelavam geograficamente em função dos países outorgantes de concessões para a mercadoria em questão.

E para justificar tão ressonante fracasso, argumentou-se que as negociações se haviam esgotado; ninguém queria afrontar a concorrência; que o Tratado de Montevideu 1960 não se compatibilizava com a realidade latino-americana; que os benefícios do processo não eram equitativos; e que não era necessário admitir, mediante utilização de mecanismos flexíveis e pragmáticos, a realização de diferentes ações bilaterais e plurilaterais, a existência e configuração de sistemas sub-regionais, e o recurso a variadas formas operativas.

Essa justificativa representa o conjunto de conceitos negativos que, em razão das circunstâncias prevaletentes, preponderou na redação do Tratado de Montevideu 1980. Já o conjunto de conceitos positivos, cujo abandono impediu seja a ALADI um efetivo sistema de integração, compreende a reciprocidade de benefícios; a execução de programas conjuntos para atenuarem os efeitos das disparidades de graus de desenvolvimento; uma política regional de investimentos ou, pelo menos, a coordenação das políticas nacionais; uma estratégia comum de desenvolvimento tecnológico e transferência de tecnologia; a aplicação e localização induzida de indústrias, especialmente nos países de menor potencial econômico; uma avançada fase de integração financeira, com a base operativa de uma corporação ou fundo comum; e um sistema institucional, com forte componente comunitário. Salvo o último, todos os demais foram e são motivo de consenso — postulados por quanto foro político, técnico, e até empresarial, tem sido realizado na região, incluídas reuniões presidenciais, que agora se sucedem com freqüência, e cujas declarações finais, como um hino à monotonia, são invariavelmente laudatórias da integração.

2. ALADI

O Tratado de Montevideu 1980 foi conseqüência do fracasso que, na aplicação do Tratado de Montevideu 1960, experimentaram os Governos, ante a impossibilidade da conclusão da zona de livre comércio. Tem-se dito, e com razão, ser esse Tratado o fruto da decepção a que conduziu o Tratado de Montevideu 1960 (2). Sua assinatura e entrada em vigor

(1) CARLOS GARCÍA MARTINEZ. "Aptitud de la actual estructura de la ALALC para impulsar el proceso de integración". In Seminário IV, ALALC-CEP/SEM. IV/dt1, 15 de mayo de 1979.

(2) Nicolás De Prado Alcaide. "Un intento de integración latinoamericana (ALALC-ALADI). Mito y realidad". In Premio INTAL 1985, BID-INTAL. Buenos Aires, INTAL, 1986, p. 407.

representaram a destruição do sistema precedente — mas sem substituí-lo por um novo corpo normativo orgânico, conducente ao objetivo final do mercado comum, mediante disposições específicas e obrigatórias. Tratou-se apenas de “uma forma de assumir, institucionalmente, os avanços e retrocessos que caracterizaram a ALALC” (3) — uma espécie de *carta de intenções*, sem condições peremptórias.

Com efeito, pelo Tratado de Montevidéu 1980, seus signatários não contraem compromissos que assegurem a chegada feliz ao porto de destino. E o novo instrumento não contém nem metas quantitativas nem prazos para o cumprimento de objetivos precisos. Suas disposições são meramente programáticas, e, em conjunto, caracterizam-se por uma forte dispersão normativa. É um Tratado-quadro, de textura maleável, e de natureza extraordinariamente permissiva, até o ponto de não limitar quase as ações individuais, mediante disciplina coletiva. Sua parte declaratória apenas cumpre o resgate do adormecido processo de integração, e rememora, no entressonho, o caro anseio de um vago e remoto mercado comum regional. E seu texto consagra, antes de tudo, a sobrevivência do processo — ante razões de *prestígio político*, mas com pouco estímulo de convicção, ao tempo em que, com desusada franqueza confessional, como por imposição do subconsciente, difere para longo prazo, que se confunde com o infinito, a solidificação do objetivo.

Tão débil expressão de vontade contradiz o sentido qualitativo do nome da instituição que cria: “Associação Latino-Americana de Integração”. A integração econômica, e ainda mais uma forma avançada, como o mercado comum, é, em essência, uma empresa multilateral, que exige o estabelecimento de instituições comunitárias fortes e respeitadas, mercados intercomunicados, e não parcelados por obstáculos fronteiriços, programas conjuntos de desenvolvimento, e, além de tudo isso, muita solidariedade e *menos egoísmos nacionais*.

A concepção do Tratado de Montevidéu 1980 baseou-se em falso conceito: o de que o Tratado de Montevidéu 1960 instaurou um sistema excessivamente ambicioso e rígido, em desacordo com a realidade latino-americana do decênio dos anos 50. Sua decadência compromissória é o preço que se pagou por essa dívida psicológica. Em verdade, a fórmula da ALALC era sumamente modesta em termos de obrigações contratuais, visto que a zona de livre comércio se encontra no início da escala gradativa dos instrumentos de integração. Antes dela, só há apenas os instrumentos meramente preferenciais e assistemáticos. E acima estão a união aduaneira, o mercado comum e a união econômica, na linha de caracterização geralmente aceita.

Para a formação de um mercado ampliado, que a doutrina define como necessariamente multilateral e competitivo, é usual e aconselhável proceder-se, de forma linear e automática, ao desarmamento tarifário do uni-

(3) Id., *ibid.*, p. 374.

verso dos produtos intercambiáveis. E os membros da ALALC não se atreveram a cruzar a barreira do medo à concorrência, e isso atou o nó górdio do sistema. Tampouco admitiram, em seu âmbito, mecanismos corretores de eventuais desajustes que violentassem um princípio de reciprocidade deficientemente formulado (reciprocidade de expectativas, e não de resultados), processualmente impreciso.

A fórmula de zona de livre comércio superou, com efeito, a inicial pretensão cepalina — de apenas estabelecer uma preferência latino-americana, mesmo que tal solução discrepasse fortemente do já proposto mercado comum regional.

Exceto o programa de liberação, com vistas ao estabelecimento da zona de livre comércio, as demais disposições do Tratado de Montevidéu 1960 eram simplesmente programáticas ou reguladoras, e, portanto, não comprometiam interesses nacionais ou setoriais concretos.

Em um estudo da Secretaria da ALALC (4), descreveram-se as características, de essência e forma, de doze esquemas de integração então existentes no mundo. E mediante uma ponderação aritmética, ensaiou-se medir o potencial de integração de cada um deles, analisando-se comparativamente o total de 58 instrumentos identificados, distribuídos em 11 títulos ou blocos. E, para dizê-lo sumariamente, o resultado desse exercício evidenciou corresponder à ALALC a décima-primeira colocação, superando apenas o Conselho de Assistência Econômica Mútua (Comecon). A parte restante, isto é, os outros dois processos regionais (Mercado Comum Centro-Americano e Grupo Andino), a Associação de Livre Comércio do Caribe (CARIFTA), os dois africanos, as Comunidades Européias, e até mesmo os mecanismos ajustados por estas com as ex-colônias e outros países em desenvolvimento, representavam formas de integração mais avançadas que a da ALALC.

Parece óbvio que um esquema tão primário, quanto o da ALALC, poderia haver sido readaptado para neutralizar dificuldades operativas reais, se se houvesse posto ao serviço da integração uma pequena dose de vontade política. Melhor ainda: poder-se-iam haver adotado, oportunamente, decisões enriquecedoras do sistema, que ampliassem a cobertura setorial do processo, e se inclinassem para uma efetiva reciprocidade de benefícios, ao invés de valer-se de uma circunstância crítica para desembaraçar-se de toda sorte de compromisso.

Em 1969, quando o desgaste do mecanismo induziu a avaliar-se o primeiro decênio de funcionamento da ALALC, o autor deste artigo advertia que "Qualquer intenção de reforma substancial do Tratado de Montevidéu 1960, ou sua substituição por outra carta básica do processo de integração,

(4) Plan de Acción de la ALALC: ALALC/SEC/PA/42. Montevideo, junio de 1973.

destruiria o texto vigente, sem que por isso se abrissem caminhos propícios para a adoção de melhores soluções jurídicas" (5).

O Tratado de Montevideu 1980, como solução jurídica, confirma a predição: constitui um conjunto, de certo modo anárquico, de normas programáticas, sem sentido direcional e finalista preciso, que não define um projeto orgânico de integração, e que tende a dispensar, ao invés de concentrar, as ações das partes em um quadro de liberdade quase absoluta.

Apenas subscrito o Tratado de Montevideu 1980, assinalou-se a ausência de um quadro global para o processo de integração econômica. Seu texto não dispõe sobre coordenação e harmonização de políticas nos diversos campos das atividades conjuntas inerentes a um sistema dessa natureza, salvo uma menção incidental, de caráter volitivo, com relação aos acordos de alcance parcial, e também não se traçam as normas e mecanismos de convergência que orientam sua evolução para um objetivo comum.

A predição de que, por força dessas deficiências, poderia o Tratado tornar-se rapidamente disfuncional ou inoperante, foi confirmada pelos fatos (6).

O conjunto instrumental do Tratado legitimou e estimulou o bilateralismo, e também previu acordos plurilaterais que até o momento, salvo uma exceção, não se concretizaram. O Grupo Andino, de início vinculado juridicamente ao Tratado de Montevideu 1960, não constitui um subsistema da ALADI, pois os membros do Acordo de Cartagena habilmente aproveitaram a oportunidade da reforma do processo para a autonomia legal do mecanismo sub-regional. A inclinação bilateralista do Tratado de Montevideu 1980 determina que os acordos de alcance parcial sejam objeto de definição bastante precisa, aos quais dedica uma seção completa do instrumento.

No entanto, os acordos de alcance regional, ou seja, os multilaterais, propriamente integradores, são tratados de maneira simplista, em duas frases genéricas e vazias. A única disposição que fixa um compromisso multilateral concreto é a relativa à Preferência Tarifária Regional, mas tampouco a seu respeito se contraem obrigações nem se fixam metas temporais.

Essa lassidão contratual motivou o comentário explicativo de que "a melhor maneira de não cair em descumprimentos de prazos é não fixar nenhum, e que a melhor maneira de não se ver sufocado, por montantes e percentagens, é dar a cada qual a possibilidade de caminhar em seu próprio ritmo de desenvolvimento" (7). Só que a liberdade, no caso da

(5) Gustavo Magariños. *Evaluación del proceso de integración de la ALALC*. Montevideo, Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, 1969, p. 14.

(6) Miguel Wionczek. "La evaluación del Tratado de Montevideo 1980 y las perspectivas de las acciones de alcance parcial de la ALADI". In *Integración Latinoamericana*. Buenos Aires, INTAL, nº 50, septiembre de 1980, p. 5.

(7) Nicolás De Prado Alcalde. *Op. cit.*, p. 407.

ALADI, se transformou em caos, enquanto persiste a impotência para resolver.

Consumou-se um lustre para aprovar uma Preferência Tarifária Regional de 5%, limitada por tal número de exceções, que ficaram excluídos quase todos os produtos capazes de gerar comércio novo ou de aumentar o existente. E, por acréscimo, apesar de haver-se assumido o compromisso, em reunião ministerial, isso não foi cumprido por todos os países. Anos depois — em 1987 — a Rodada Regional de Negociações duplicou a percentagem de redução, mas houve de instrumentar fórmulas sofisticadas para evitar previsíveis descumprimentos em sua aplicação. Assim, a Preferência Tarifária Regional começou a perder racionalidade instrumental, e a ver violentadas sua multilateralidade intrínseca e sua essência não discriminatória. Em 1989, o Grupo dos Oito — ou do Rio de Janeiro — acertou, em Buenos Aires, em nível de Ministros, imediatamente aumentar a preferência em 15%, e um país, presente na reunião, ainda não havia ditado as medidas administrativas para pôr em vigor a primeira parte.

Foi o caso, como se vê, de uma decisão autônoma, adotada em um âmbito estranho à ALADI, e cujos efeitos se aplicariam independentemente de que os quatro restantes países houvessem aceitado ou não o convite para aderir à decisão. No entanto, o acordo regional foi submetido ao Conselho de Ministros da ALADI, e ali, para surpresa geral, o México se negou a subscrever o correspondente protocolo, apesar de haver apresentado, durante as negociações da Preferência Tarifária Regional, os mais ambiciosos projetos de redução tarifária. Motivou essa atitude seus propósitos de ajustar vantagens recíprocas de mercado com os Estados Unidos da América — vantagens que, obviamente, pelo Tratado de Montevideú 1980, seriam automaticamente extensivas no quadro da ALADI, e cujos níveis tarifários constituiriam o ponto de partida para contabilizar a preferência regional.

E, um pouco mais tarde, árduas negociações permitiram afastar o obstáculo, mas com uma modificação substancial, que desnaturalizaria a essência mesma da preferência: a concessão de prazos diferentes, para sua vigência, por países com dificuldades especiais.

Tampouco teve completa aplicação multilateral o mais ambicioso Programa de Expansão e Recuperação do Comércio, igualmente aprovado pelo Conselho de Ministros, em 1987, que estabelecia uma redução preferencial maior, e procurava desviar, para a zona, importações provenientes de terceiros países. Já os países andinos, retiraram sua adesão ao Programa, argumentando, não sem razão, que eram mínimas suas opções para aproveitarem as vantagens recíprocas, e que não tiveram resultados satisfatórios as negociações destinadas a corrigir essa situação.

3. *Os princípios*

O vácuo do texto do Tratado de Montevideú 1980, em matéria de compromissos, é dissimulado pelo exagero dos princípios que disciplinam

sua execução: pluralismo, convergência, flexibilidade, tratamentos diferenciais e multiplicidade. O princípio da convergência será tratado com o exame da estrutura institucional da ALADI, pois um dos órgãos políticos tem por função específica velar por sua aplicação. E os outros dois — de flexibilidade e multiplicidade, têm sido repetidamente utilizados, pela simples razão de que coonestam o bilateralismo e a liberdade de ação antes descritas. É claro que o ajuste de acordos parciais não foi regulado “em forma compatível com a consecução progressiva de sua convergência e o fortalecimento dos vínculos de integração”, segundo dispõe a definição do princípio. E apesar de sua variedade no campo estritamente comercial, essas ações também não têm tido efeitos em outros setores promissores para a complementação econômica, como, por exemplo, as atividades industriais, a prestação de serviços e a integração financeira.

O princípio do pluralismo, por seu lado, se sustenta em uma vaga referência à eventual diversidade em matéria política e econômica, que já se registrava no momento da subscrição do Tratado. A aplicação desse princípio, ao não estar enquadrada por coordenadas precisas, só exige uma atitude de privação no âmbito político, e aceitação de orientações econômicas díspares. Quanto ao primeiro aspecto, a concordante evolução de vários países-membros para formas democráticas de governo pôde enervar suas relações, dentro do sistema, com as nações que mantiveram regimes de fato — mas, em verdade, não foram perceptíveis desavenças que impedissem o funcionamento da instituição, exceto em uma ocasião, quando se recorreu a subterfúgios para evitar que o Conselho de Ministros realizasse sessões no Chile.

Nesse campo, a ALADI se diferenciou nitidamente do Mecanismo de Consulta e Concertação Política — reservado para países democráticos. No terreno econômico, por não exigir o Tratado a coordenação ou harmonização das políticas nacionais, e ao não se porem em execução programas de desenvolvimento compartilhado, o pluralismo pôde ser facilmente respeitado. E só foram notórios os efeitos comerciais, negativos para os intercâmbios intrazonais, da imposição de medidas restritivas como consequência das políticas de ajuste motivadas pela crise da dívida externa. Mas, por se tratar de uma situação generalizada, essas restrições não deram lugar a discrepâncias irritantes, que vulnerassem a aplicação do princípio. Ultimamente, o inicial pluralismo econômico está mingando, ante a concorrente evolução de praticamente todos os países da área para uma progressiva abertura de suas economias ao exterior — o que tende a assemelhar os níveis tarifários e a extinguir as barreiras não tarifárias.

4. Os tratamentos preferenciais

Esse princípio, conforme o Tratado, é de aplicação geral em todos os mecanismos de alcance regional e parcial. E se refere às três categorias de países nos termos da classificação admitida pelos Ministros das Relações Exteriores, em sua reunião de agosto de 1980, quando subscreveram o Tra-

tado de Montevidéu 1980. Complementarmente, essa categorização é matizada pelo tratamento excepcional concedido ao Uruguai — mais favorável do que o outorgado aos demais países intermediários, mas sem que isso implique a totalidade dos benefícios que recebem os países de menor desenvolvimento relativo. E o reconhecimento da singular situação do Uruguai é herança da decisão da ALALC (1967), que autorizou a concessão, em seu favor, de vantagens não extensivas. Ademais, o Tratado inova com relação ao que o antecedeu, ao prever vantagens especiais para os países mediterrâneos — dois dos três de menor desenvolvimento relativo.

Os critérios para a classificação, e, portanto, para aplicar os tratamentos diferenciais, deverão ter em conta as características econômico-estruturais dos países-membros. E sua localização nas três categorias deverá ser objeto de revisões periódicas — coisa que não foi considerada no primeiro decênio de funcionamento da Associação. Ou seja: a Associação congelou a situação existente na ALALC, apesar de se haverem produzido algumas alterações nas posições relativas dos países. Assim, por exemplo, o Uruguai, ante pedidos equatorianos no sentido da obtenção de tratamentos especiais, solicitou da Secretaria a atualização do quadro de indicadores econômicos dos onze países, obviamente com a pretensão de demonstrar que os índices de crescimento dos últimos anos marcaram uma tendência para igualar ou inverter o potencial econômico de ambas nações.

Ademais, o Tratado de Montevidéu 1980 definitivamente resume a classificação em três categorias, empregando um critério estático, que pode não ser apropriado nem equitativo no futuro, e com a agravante de que, por outro lado, reconhece a existência de uma quarta categoria ou de uma subcategoria, ante o *status* de país mediterrâneo. E alterar essa estratificação representaria nada menos que subscrever um protocolo modificativo do Tratado, com os inconvenientes que suscitam os trâmites constitucionais. E sem dúvida os redatores do texto adotaram uma norma excessivamente rígida, que não é compatível com o reconhecimento simultâneo de situações especiais (Uruguai, países mediterrâneos), e que não atende ao caráter evolutivo de todo o programa de integração.

O princípio dos tratamentos diferenciais responde a uma exigência de equidade com respeito ao desenvolvimento do processo de integração. E se comentou, com razão, que a existência de um sistema adequado para melhorar a distribuição de benefícios é o mais relevante no que tange à realidade e idiosincrasia latino-americanas⁽⁸⁾. E se poderia generalizar esse conceito a todos os mecanismos de integração, pois o problema da equação custo-benefício também tem sido suscitado na Associação Européia de Livre Comércio (EFTA), particularmente com relação a Portugal; nas Comunidades Européias, tanto em função de países quanto de regiões (a mediterrânea), a respeito da (zona norte); no COMECON (as economias

(8) Carlos Palacios Maldonado. "Integración económica latinoamericana: los resultados de balanza comercial intraregional y la distribución de beneficios". In *Premio INTAL 1985, BID-INTAL*. Buenos Aires, INTAL, p. 10.

satélites mais débeis frente à União Soviética); e nos diversos esquemas africanos, ensaiados a partir da criação de estados independentes nesse continente.

Na América Latina, o Mercado Comum Centro-Americano registrou preocupações similares. O Grupo Andino, apesar de haver concebido um avançado conjunto de medidas em favor da Bolívia e Equador, não pôde evitar sucessivas reclamações desses países, ante a comprovação de desequilíbrios no aproveitamento das vantagens do sistema. E na ALALC foi a gênese de profundas discrepâncias — causa principal de seu fracasso e fator determinante do pacto sub-regional.

“O Acordo de Cartagena — disse Javier Silva Ruete, um dos seus dirigentes — nasceu exatamente em conseqüência dos desequilíbrios observados nos primeiros anos da ALALC. Os países andinos, de economia média e pequena, se deram conta de que o esquema em vigor não chegava a abrir-lhes caminhos para seu efetivo desenvolvimento, ante as dificuldades que encontravam para usufruto adequado dos benefícios do sistema”. E a ALADI, por sua parte, enfrenta sérios obstáculos para lograr um desenvolvimento harmônico e equilibrado — objetivo de difícil concretização, dada a prevalência dos instrumentos comerciais e a falta de organicidade de seus programas.

No fundo, a importância do princípio põe de manifesto a necessidade de o processo de integração privilegiar um desenvolvimento industrial e tecnológico orientado em forma conjunta, de modo a permitir a coordenação dos esforços com sentido finalista e distributivo — o que é uma tarefa sumamente desagradável e difícil, que exigiria um considerável esforço de acordo. Exigir-se-ia, além disso, um mecanismo financeiro que canalizasse recursos com o fim de aliviar deficiências nos níveis de investimento, apoiando projetos que contribuam para equilibrar situações dispares. O sistema ALALC-ALADI tem exibido essa sensível falência — não tem contado com um fundo financeiro comum, indispensável para o correto funcionamento de um sistema de integração. E nisso constitui uma assinalada exceção, pois tanto o Mercado Comum Centro-Americano, com o Banco Centro-Americano, o Grupo Andino, com a Corporação Andina de Fomento, e a Bacia do Prata, com o Fundo Financeiro para o Desenvolvimento da Bacia do Prata, quanto o sistema interamericano, com o Banco Interamericano de Desenvolvimento, dispõe de instrumentos dessa natureza.

O princípio dos tratamentos preferenciais, mais além dos campos industrial e tecnológico, antes mencionados, leva a conceber um desenvolvimento econômico-social harmônico — fundamento repetidamente exposto na ALALC, e explicitamente recolhido no vocabulário do novo instrumento, que, em seu art. 1.º, o define como objetivo do processo de integração.

O primeiro aspecto a considerar no tratamento desse complexo tema é o concernente aos países de menor desenvolvimento relativo. O Tratado de Montevideu 1980 criou, com sentido inovador do ponto de vista internacional, um mecanismo tarifário preferencial — o das chamadas *vantagens*

não extensivas. E, concomitantemente, autorizou os países de menor desenvolvimento relativo a cumprirem o programa de liberação em condições mais favoráveis às suas importações da própria zona, para proteger a produção nacional ou corrigir os balanços de pagamento. E, por último, previu a realização de ações coletivas e a execução de programas especiais em seu benefício.

Essas boas intenções se mostraram, na prática, constrangidas, ante a necessidade de obter, previamente a cada ação, a autorização das partes contratantes. Isso obrigou os países de menor desenvolvimento relativo a negociar cada pedido, e, no setor comercial, a dar concessões em reciprocidade do que deviam receber a título gratuito. E jamais lograram eles, por exemplo, que se esboçassem um programa conjunto, coordenado para a abertura real dos mercados zonais, cuja nitidez e estabilidade realmente pudessem estimular a expansão de suas precárias estruturas produtivas.

O Tratado de Montevideu, ao revés, não contemplou o caso dos países intermediários, nessa época definidos como países de certo grau de desenvolvimento industrial e tecnológico, mas com mercados locais de pequena capacidade de consumo — denominados *países de mercado insuficiente*. E essa omissão, ainda que parcialmente corrigida pela Resolução n.º 73 (III), da Conferência da ALALC, de 1963, além de aprofundar a problemática de benefícios, e inspirar a tese estruturalista, que desatou a polêmica da década dos 60, tangencialmente criou ambiente para formação do Grupo Andino, obrigando, por fim, se desse um *status* especial ao Uruguai, colocando-o a meio caminho entre os países de menor desenvolvimento relativo e os países intermediários.

O Tratado de Montevideu 1980 pagou seus tributos a esses complexos antecedentes. Seus redatores procuraram dar, ao sistema de apoio aos países de menor desenvolvimento relativo, maior amplitude e sentido mais prático, baseando-se nos princípios de não-reciprocidade e cooperação comunitária. E é imperativa a abertura dos mercados em seu favor — mas, como consequência da delicada transação que precedeu a essa conquista, não é ela definida, delimitada, nem regulamentada em consonância com a finalidade específica que a inspira. Pelo contrário, deviam ser negociadas as relações correspondentes, que, por sua qualidade como tais, já admitiam considerável número de exclusões, exame produto por produto, e estudos unilaterais, previsivelmente diferentes, dos países outorgantes. E esse ônus não é eficazmente contrabalançado por outras condições positivas, como a de não-reciprocidade, eliminação total de tributos e restrições, e o compromisso de que as listas compreenderão, preferentemente, bens industrializados.

E como resultado de tudo isso, apesar de constituírem, em conjunto, um acordo de alcance regional, as relações de abertura de mercado são, de fato, listas de *vantagens não extensivas*, negociadas pelos países de menor desenvolvimento relativo com cada país outorgante, em vez de representar um dispositivo de concessão, orgânico e coordenado multilateralmente, em

função do objetivo comum de promover, em direção à zona, o desenvolvimento do potencial produtivo dos beneficiários. Por seu lado, as normas que regulam a aplicação de tratamentos tarifários mais favoráveis, em outros mecanismos regionais, como a Preferência Tarifária Regional, ou os acordos de alcance parcial, ainda que se orientem positivamente para preservar margens de preferência ou para conceder reduções acumuladas, têm, com efeito, um valor de compensação muito relativo. A outra forma de ajuda — a cooperação, é facultativa e, conseqüentemente, negociável em cada caso, tanto no que concerne aos programas especiais, que se enunciam como de caráter coletivo, mas que uma redação pouco clara lhes dá uma inclinação bilateral, quanto no que respeita às outras ações de colaboração.

A execução do Tratado de Montevidéu 1980 pôs de manifesto a debilidade intrínseca do sistema de apoio aos países de menor desenvolvimento relativo. Cada vantagem e cada medida têm sido objeto de enervadas negociações, e magros resultados. Nos trabalhos coletivos, os frutos comuns freqüentemente têm estado condicionado pelos pedidos particulares dos países de menor desenvolvimento relativo — o que tem dificultado enormemente o processo decisório em temas capitais de interesse geral. E tem sido pouco positivo o funcionamento de uma unidade especial da Secretaria, incumbida de realizar estudos em apoio desses países, dando lugar a deformações administrativas e técnicas.

A natureza do problema dos países de menor desenvolvimento relativo subsiste ainda hoje, em termos similares a 1960. E se continua a discutir o menor, o inexpressivo, o conjuntural, sem que se alcance resolver, ou começar a resolver, o assunto de fundo. E talvez isso explique por quê, em dez anos, não se reuniu a Conferência de Avaliação e Convergência, uma de cujas atribuições fundamentais é examinar os resultados do sistema de apoio aos países de menor desenvolvimento relativo.

Por seu lado, os países intermediários apenas são credores dos tratamentos diferenciais em virtude da formulação do princípio, mas não se estrutura um sistema de apoio em seu favor. Nos acordos ou projetos de alcance regional, como são os casos da Preferência Tarifária Regional, em seus diversos graus, e do Programa de Expansão e Recuperação do Comércio, esses países, no que tange às reduções tarifárias, se têm beneficiado com obrigações menores do que os três maiores países. E, com isso, se tem respeitado o princípio nos programas multilaterais, mas exclusivamente no que concerne à redução tarifária.

Os maiores obstáculos para a evolução da Preferência Tarifária Regional, e a impossibilidade de pôr em marcha o Programa de Expansão e Recuperação do Comércio, em base regional, resultou das inquietações dos países intermediários com respeito aos eventuais desequilíbrios novos que esses instrumentos puderam gerar, com o conseqüente agravamento das desigualdades distributivas do sistema. Só a recente adoção generalizada de políticas econômicas, com vistas à abertura, por parte dos países-membros — políticas que conduzem a profundas revisões tarifárias, e a diminuir

marcadamente os níveis de proteção aduaneira, contribuíram para suavizar um pouco as discrepâncias tradicionais. A marcha do processo de integração é condicionada, uma vez mais, por uma variável exógena.

Relativamente aos acordos de alcance parcial, é muito difícil avaliar os resultados da aplicação do princípio, por se tratar de acordos negociados em círculos bilaterais fechados. Ainda que a comprovação de desequilíbrios comerciais crônicos, e com tendência a crescer, seja um componente natural das negociações entre pares de países, quantitativamente não se estimou o grau em que tal circunstância influiu na outorga de concessões ou no ajuste de outras operações compensatórias. No entanto, em um caso — o do Uruguai — com seus grandes vizinhos, arguiu-se que o princípio diferencial teve aplicação visível. Os convênios subscritos por esse país com Argentina e Brasil compreendem um total de vantagens de mercado, e certos entendimentos em matéria de complementação econômica, que provavelmente não sucederiam em negociações *inter pares*. E é possível que em outros casos haja ocorrido fenômeno semelhante.

A aplicação do princípio é, fundamentalmente, negociável, tanto nos acordos regionais quanto nos de alcance parcial. E por não existir parâmetros precisos com respeito à magnitude e características dos tratamentos diferenciais — tudo isso fica entregue à presença de um acordo casuístico, satisfatório para as partes compreendidas, o que não é facilmente realizável.

Dada íntima vinculação desse princípio com o objetivo básico, de "promover o desenvolvimento econômico-social harmônico e equilibrado da região" (artigo 1.º), e a necessidade de satisfazer, ineludivelmente, a aspiração compartilhada de que do processo de integração surja uma equitativa distribuição de benefícios, a lassidão de sua formulação, e ausência de toda regulamentação operativa, debilitam seu valor jurídico, e diminuem sobremodo a efetividade de sua aplicação.

Essa é, sem dúvida, uma falta sensível do Tratado de Montevideu 1980.

5. *As instituições*

Todo processo de integração exige o estabelecimento de um sistema institucional e jurídico, que defina com precisão a natureza, as funções e competência de seus órgãos, assim como a inter-relação das normas comunitárias com o direito interno dos países-membros. O esquema mais avançado, a esse respeito, se basearia na criação de órgãos políticos de caráter supranacional, cujas decisões prevalecessem sobre as disposições legais internas — ou seja, que entrassem em vigor no espaço jurisdicional integrado, sem necessidade de atos legais ou administrativos de cada não participante.

Esse estágio de integração, no entanto, não é facilmente aplicável no grau de evolução em que se encontram as relações internacionais. No caso da Europa Ocidental, a estrutura jurídico-institucional das Comunidades Européias pretende dar, cada vez mais, maior prevalência ao interesse comunitário, tanto no que concerne aos órgãos quanto às normas. Criou-se,

inclusive, a Corte de Justiça, que exerce o controle do cumprimento, pelos Estados, de seus compromissos jurídicos, e que julga diferenças legais entre os Estados e o órgão comunitário, assim como entre os indivíduos, as instituições do sistema e as autoridades nacionais, quando aqueles reclamem contra a pretensa lesão de direitos consagrados no corpo normativo do espaço integrado.

Na América Latina, é distinta a situação. O Acordo de Cartagena estabeleceu uma estrutura institucional de componentes supranacionais, na base de competência específica atribuída à Junta, criando, posteriormente, a Corte Andina de Justiça. Contudo, por mais avançado que seja o sistema para a região, somente representa um passo intermediário em direção a uma ordem comunitária integral, sobretudo se se tem em conta que, na prática, se comprovaram sérias deficiências de funcionamento. O processo ALALC-ALADI é de estilo claramente intergovernamental, e isso, em boa parte, explica suas limitações e a lentidão quase desesperadora de seu desenvolvimento.

Na linha dos mecanismos latino-americanos, as decisões intergovernamentais, nas instâncias políticas de integração, exigem a expedição de normas internas para que em cada país adquiram efetividade. Isso determina demoras sensíveis em virtude dos trâmites exigidos para tal fim, além de facilitar descumprimentos que têm desgastado seriamente a eficiência operativa do processo, assim enervando as relações recíprocas entre os países-membros.

Nesse aspecto, o Tratado de Montevidéu 1980 muito pouco corrigiu os defeitos do Tratado de Montevidéu 1960, e, ademais, o funcionamento da ALADI em boa parte diluiu os propósitos renovadores refletidos em suas disposições.

6. Os órgãos

O Tratado de Montevidéu 1960 criou duas instituições políticas: a Conferência das Partes Contratantes, como órgão máximo, e o Comitê Executivo Permanente, como mecanismo executor das decisões governamentais e administrador da Associação. Mais tarde, convocaram-se reuniões de Chanceleres, instituindo-se, por protocolo adicional, o Conselho de Ministros das Relações Exteriores.

A estrutura institucional da ALALC era atípica, pois seus órgãos e mecanismos auxiliares eram, exclusivamente, de natureza intergovernamental, distribuindo-se em ampla escala gradativa de hierarquia, desde chanceleres até funcionários especializados de categoria administrativa menor, segundo se tratasse de conselho de política, comissões assessoras e grupos de peritos ou de estudo. E em todos esses mecanismos complementares, cuja função específica, de conformidade com os motivos e propósitos de sua criação — com exceção dos conselhos — era técnica, em grau importante, prevaleceram as conotações políticas, pois até os peritos agiram como delegados governamentais.

E tal politização não foi compensada com a existência de um órgão comunitário, de competência e responsabilidades claramente definidas. E a situação da Secretaria Executiva constituiu uma verdadeira anomalia institucional. E muito embora se haja discutido reiteradamente, em especial na Organização das Nações Unidas, o alcance que deveria ter o poder de iniciativa do chefe de uma secretaria internacional, particularmente no que respeita à sua posição política⁽⁹⁾ — o que deu origem a teorias *maximalistas* e *minimalistas*⁽¹⁰⁾ — o certo é que, nos organismos internacionais, mais ainda nos de integração, se reconhece a necessidade de se conceder a essa secretaria autonomia técnica e administrativa bastante ampla, assim como a faculdade de propor e negociar soluções para os problemas de interesse comum.

Dag Hammarkjöld, que foi Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, destacou, em uma oportunidade, a importância de os Estados reconhecerem, não só em palavras, mas também de fato, a relevância de toda pressão e influência nacionais.

O Secretário-Executivo da ALALC, embora eleito pela Conferência, e exercendo sua Secretaria, ficava, por outro lado, ante norma expressa, subordinado ao Comitê Executivo Permanente. E a esse Comitê incumbia o controle da legalidade, no quadro do sistema ("velar pela aplicação das disposições do presente Tratado"), e a representação da Associação ante terceiros países e organismos ou entidades internacionais.

Essa defeituosa estrutura institucional, baseada em deliberada intenção limitativa, experimentou deformações posteriores. Por um lado, a Conferência e o Comitê Executivo Permanente, na prática se assemelharam entre si. Ao fim de um tempo, a única distinção perceptível entre eles, além das diferenças de vestimentas formais, foi o sistema de votação, que variava, de um ao outro, de conformidade com o disposto no Tratado. As delegações à Conferência foram integradas fundamentalmente pelas representações no Comitê Executivo Permanente, menoscabando-se, assim, a hierarquia política do órgão máximo. A partir de 1961, das 226 chefias de delegação à Conferência, 204 corresponderam a Representantes Permanentes no Comitê Executivo Permanente. Com isso, quebrou-se, ademais, a transmissão fluída da ação comunitária aos círculos nacionais, cujos altos dirigentes não participavam diretamente das atividades do organismo. E paulatinamente a ALALC se converteu num *caucus*, em que somente se praticava uma religião para iniciados, sem correspondência litúrgica nos tempos nacionais.

Esse fenômeno peculiar deu origem a uma reclamação de maior apoio político à integração — *slogan* que foi difundido até o cansaço, e segundo

(9) Veja-se Gustavo Magariños. *Plan de Acción de la ALALC. Reordenamiento Institucional de la ALALC.* (ALALC/SEC/PA/1). Montevideo, Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, 1973, pp. 1-81.

(10) Os vocábulos *maximalistas* e *minimalistas* são mantidos na língua original. (N. do T.)

o qual, para injetar maior capacidade decisória ao sistema, seria necessária a participação nele de personagens de mui alta hierarquia oficial, isto é, não uma maior presença comunitária, senão mais ação dos governos. Assim é que, como já salientado, se convocaram reuniões de Chanceleres, instituindo-se formalmente o Conselho de Ministros das Relações Exteriores. Mas as atividades desse novo órgão provaram ser a crise do processo mais profunda do que era pensada. O Conselho de Ministros fracassou em seu plano de instrumentar as decisões dos Chefes de Estado americanos em Punta del Este, no sentido da formação gradual do tão mencionado mercado comum latino-americano, selando, com isso, o destino da ALALC. Desde então, até 1980, os Ministros não tornaram a se reunir, quando se desembaraçaram da pesada herança da ALALC — enquanto a Secretaria permaneceu acéfala, de 1973 até essa ocasião.

Por outro lado, a dicotomia conceitual entre as teses *em prol do comércio* e *em prol do desenvolvimento*, favoreceu ventos renovadores em matéria institucional. Em 1965, na carta aos quatro executivos dos organismos regionais — que deu origem ao chamado *Documento dos Quatro*, o Presidente Eduardo Frei, ao mencionar os mecanismos institucionais da integração, assinalou a insuficiência e inadequação dos mecanismos previstos no Tratado de Montevidéu 1960, sugerindo incorporar “certos elementos supranacionais nesses organismos”.

E, em sua resposta, aqueles executivos esboçaram, como essência de sua proposta para o Mercado Comum Latino-Americano, um sistema institucional com base em um Conselho de Ministros, seus integrantes preferentemente sem direito a veto, assistido por Comitês Consultivos e uma Junta Executiva. Essa Junta seria o órgão representativo da comunidade, e contaria com funções e competência precisas, entre elas o exercício do direito de proposição e o de constituir-se em Tribunal de Primeira Instância nos conflitos de interpretação. E sugeria também a criação de um Parlamento Latino-Americano, e de um Comitê de Conciliação, incumbido de dirimir controvérsias, e que seria a semente de uma Corte de Justiça Regional.

Esse consabido documento provocou ardorosas polêmicas, sendo repellido de plano por Brasil e Argentina, e menos frontalmente pelo México. Mas em fins de 1965, reunidos pela primeira vez no âmbito da Associação, os Chanceleres intentaram fortalecer institucionalmente a ALALC, aprovando então a criação do Conselho de Ministros e de uma Comissão Técnica, como órgão independente dos Governos. A decisão, com respeito a essa Comissão Técnica, era de caráter provisório, já que deveria ser confirmada, reformada ou suprimida na reunião do Conselho de Ministros de 1967. Ao mesmo tempo, outorgaram-se maiores poderes ao Secretário-Executivo, que atuaria como Coordenador da Comissão Técnica. E o paradoxal foi que, depois de tanto polemizar e transigir — porque disso se tratou — o novo órgão comunitário jamais foi constituído. E ao procurar-se sua constituição, a relação com apoio majoritário foi vetada por um

país cujo candidato não teve os votos para sua eleição. Dois anos mais tarde, em meio à crise definitiva do sistema, foi revogada pelos próprios Ministros.

Esses antecedentes influenciaram na decisão andina de dotar o acordo sub-regional de uma Junta Comunitária com ampla competência, e até certos poderes supranacionais — decisão concordante com o decidido apoio que os países do Acordo de Cartagena deram a essa orientação, durante as discussões na ALALC. E esses antecedentes também gravitaram em torno das negociações coletivas previstas no Tratado de Montevidéu 1960, destinadas a rever o processo e projetar sua nova etapa, o que também ocorreu nos trabalhos preparatórios do Tratado de Montevidéu 1980.

7. *Organização institucional da ALADI*

O novo Tratado define, com precisão, os órgãos da novel instituição — três deles políticos e um técnico. E na redação das normas correspondentes se adverte o cuidado de assegurar eficiente atuação do órgão supremo — o Conselho de Ministros das Relações Exteriores, e para isso se recorre a uma forma excessivamente rígida de funcionamento. Com efeito, e ainda que não se inove em sua composição, relativamente a seu similar da ALALC (Chanceleres ou Ministros com competência em assuntos de integração), o Tratado é pouco imperativo no que tange às suas reuniões (serão convocadas pelo Comitê de Representantes, sem fixar periodicidade alguma), o Artigo 32 exige a presença nelas da totalidade dos países-membros. Consagra-se, assim, implicitamente, uma peculiar faculdade de veto não expresso, pois uma só ausência determinaria a ilegitimidade das resoluções aprovadas pelos presentes.

O Conselho é constituído pelos Ministros das Relações Exteriores, em caráter de membros natos, ou de outros Ministros competentes, exigindo-se destes a apresentação de plenos poderes, do que resulta uma diferente nuance entre os primeiros e os segundos. A representação ministerial exclui, conforme o disposto naquele artigo, qualquer outra. No Conselho só poderão atuar as autoridades mencionadas, afastando-se toda delegação representativa, ainda que em favor de funcionários de nível similar. A *contrario sensu*, prevê-se a sub-rogação, em caso de ausência, do Secretário-Geral por um dos seus adjuntos.

Essa norma, a todas as luzes pouco prática, foi invariavelmente descumprida até agora. Nas cinco reuniões do Conselho aceitou-se a presença de funcionários de menor nível, que atuaram com pleno poder de decisão, em representação de seus Governos.

O Conselho de Ministros não interveio regularmente. E das cinco reuniões realizadas na década — poucas, sem dúvida — duas se limitaram a questões regulamentares e à eleição das autoridades da Secretaria Geral. As outras três (1984, 1987 e 1990) trataram de temas de fundo, e nelas se tomaram importantes decisões. Mas os descumprimentos em que os países incorreram posteriormente — descumprimentos graves e bastante gene-

realizados, desautorizaram seus próprios Chanceleres, pondo em relevo a existência de diferenças conceituais semelhantes às registradas na ALALC, terminando por suscitar uma difícil problemática, tornada mais completa ante ressonantes e solenes declarações integracionistas de encontros presidenciais.

A reunião do Conselho de Ministros, na cidade do México, em maio de 1990, surpreendentemente pôs sobre o tapete uma profunda crise da ALADI, já que não se pôde ajustar uma nova ampliação da Preferência Tarifária Regional, já ajustada, meses antes, em Buenos Aires, pelos Ministros do Grupo do Rio. Com isso, foram postos em relevo sérios obstáculos que se opõem à fluente aplicação desse mecanismo multilateral — obstáculos realmente não superados apesar da posterior subscrição de um protocolo nesse sentido. O compromisso de eliminar as restrições não tarifárias, assumido por decisão do Conselho de Ministros, não foi cumprido, por mais que em sucessivas resoluções se lançasse mão de diversos artifícios para dissimular tão grave inobservância do convencionado. E ante tão débil estrutura regional do sistema, neste momento, mal se pode pensar, com seriedade, no nebuloso horizonte do mercado comum.

Além desses acidentes, o Conselho de Ministros também não cumpriu sua função de órgão superior do sistema. A intermitência de trabalho e a nebulosidade de suas atuações não são compatíveis com sua responsabilidade de exercer a “condução política superior do processo de integração econômica” (Artigo 30). Inclusive, insinuou-se, ocasionalmente, o desinteresse de alguns de seus membros em seu normal funcionamento. E também se pôs em dúvida a credibilidade do sistema, tendendo-se a ladear a atuação do órgão, assim como a desviar, para outros foros, o tratamento de assuntos de sua ordem do dia. E é provável que essas atitudes relutantes se devam ao fato de o Conselho ser forçado a decidir, compromissoriamente, sobre assuntos importantes, que o obrigam a suportar pressões dos interesses criados no âmbito doméstico, a alterar procedimentos burocráticos enraizados nas tarefas nacionais, enfrentando riscos políticos consideráveis. É mais fácil reunir-se em foros que exijam menor capacidade resolutiva, e aí emitir declarações de fé integracionista, deixando as coisas quase como estavam antes, do que afastar-se da retórica da integração, e contrair obrigações reais.

Até agora o Conselho não justificou os desvelos que determinaram sua criação. Membros de outros órgãos administrativos já concluíram acordos de integração à margem da *condução superior* do Conselho, como ocorreu com o transporte terrestre ao sul da zona. A burocracia menor, empenhada em preservar a manipulação exclusiva de seu *terreno de caça*, entorpeceu, primeiro, a tomada de decisões ministeriais, e, depois, impossibilitou sua execução e seu acompanhamento. Na ALADI, é lugar comum dizer que não se têm instruções acerca do que decidiram os Ministros das Relações Exteriores. Na última reunião do Conselho, se fez um positivo esforço para vincular, às tarefas da Associação, as atividades de outros Ministros, em matéria de integração, quando se resolveu a constituição

de conselhos setoriais, integrados pelos Ministros, Secretários de Estado, ou autoridades responsáveis de nível máximo.

Isso, além de estar em plena concordância com a Resolução 19 (IV), que fortalece o papel da ALADI como organismo dirigente do processo, e como principal caminho para complementar os acordos de integração, pode favorecer a ampliação do conjunto das atividades da Associação, superando a etapa claramente *em prol do comércio*, desse primeiro decênio, e imprimindo um novo ritmo ao esforço integracionista, sempre que, simultaneamente, tenha lugar uma mudança de mentalidade, que revalorize o objetivo do desenvolvimento compartilhado da região.

No entanto, resta ver se não se trata de outra vazia expressão de uma vontade política que depois não tem consequência empírica — como tem sucedido em repetidas ocasiões.

8. *A Conferência e o princípio de convergência*

A Conferência de Avaliação e Convergência é um órgão de características peculiares. Em um sistema, cuja vizinhança, como na Europa dos primeiros anos do pós-guerra, é o apogeu do bilateralismo, contrariamente se lhe atribui a função de promover a convergência dos acordos de alcance parcial, a caminho de sua multilateralização progressiva. Esse propósito parece o arremedo de uma utopia renascentista. Como conseguir sejam postos, sobre a mesa multilateral, de maneira clara, com o objetivo de compatibilizá-los gradualmente, orientando-os no caminho do mercado comum, tantos acordos, como trocas de onze países, além dos acordos *comerciais*, que se expressam também em entendimentos bilaterais, os de alcance parcial ajustados com outros países latino-americanos, os complexos mecanismos mercantis do programa andino de liberação, as listas de abertura de mercados em favor dos países de menor desenvolvimento relativo?

Até agora não se realizou tal exame. A Conferência não realizou sessões ordinárias na década transcorrida. E nem sequer a comunicação dos acordos bilaterais, aos demais membros da ALADI, por intermédio do Comitê de Representantes, deu lugar a consultas ou apreciações sobre sua natureza e alcance. Tratou-se meramente de um trâmite informativo, como se fosse matéria de responsabilidade exclusiva dos participantes. As cláusulas de inclusão obrigatória, nos acordos de alcance parcial, destinadas a promover a convergência (Conselho de Ministros, Resolução 2, Artigo 4, b), foram até agora inoperantes. E semelhante comentário se deve fazer com respeito à norma segundo a qual deverão estar abertos à adesão dos demais membros do sistema, pois até o momento não se apresentaram pedidos de negociação. Igualmente não se cumpriu a disposição do Artigo 25 do Tratado, relativamente aos acordos ajustados com países latino-americanos, que deverão ser apreciados multilateralmente no seio do Comitê.

Sistematicamente foram ignorados os procedimentos combinados para dar limpidez e favorecer a convergência, tais como aviso prévio, ao Comi-

tê, da decisão de negociar, a respeito do prazo que deve transcorrer antes do início dos trabalhos, a apresentação do relatório sobre o cumprimento das disposições gerais, e a comunicação anual acerca do seu desenvolvimento. E não existe disciplina coletiva alguma que regule esse bilateralismo exacerbado do processo. Os órgãos da Associação permanecem alheios a essa atividade básica, e assim incorrem em uma negligência sumamente perniciosa para o normal desenvolvimento da execução do Tratado. Somente se cumpre o requisito de registrar, na Secretaria Geral, e às vezes com demora e omissões, os respectivos instrumentos.

Assuntos de natureza essencialmente multilateral, como o regime para a aplicação de cláusulas de salvaguarda, e o de origem das mercadorias, a respeito dos quais se retornou ao modelo da ALALC, revogado sem consulta, ao subscrever-se o Tratado de Montevidéu 1980, não escapam também a essa tendência bilateralista. E os acordos de alcance parcial contêm normas específicas particulares sobre essas matérias e de modo nem sempre harmônico.

Outra atribuição principal da Conferência é avaliar os resultados dos sistemas de apoio aos países de menor desenvolvimento relativo, e periodicamente rever os tratamentos diferenciais com fins corretivos — atividades que também não têm sido desenvolvidas. E esses países, infrutiferamente têm procurado convocar um período de sessões para analisar a temática que lhes interessa.

A Conferência, ao contrário, tem celebrado sessões extraordinárias desde 1981, com o fim de tramitar e formalizar a renegociação do histórico da ALALC, e as relações iniciais de abertura de mercado em favor daqueles países. Vale dizer: tem-se limitado a ser o veículo institucional para o trânsito de um sistema ao outro, sem assumir as responsabilidades específicas atribuídas pelo Tratado de Montevidéu 1980.

Até aqui a convergência tem carecido de base empírica, e por se tratar de princípio essencial do sistema, essa falência operativa desencadeia uma ilação lógica de singular importância. Sem convergência, se obscurece a meta do mercado comum. E tende a estender-se indefinidamente o longo prazo previsto para seu estabelecimento. A notável prevalência dos princípios de *flexibilidade* e *multiplicidade*, sobre o de *convergência*, sobremaneira dificulta a articulação de estágios intermediários de integração — indispensáveis para o desenvolvimento do processo. E necessita de justificação válida, conforme dispõe o art. 3.º, inciso e, do Tratado de Montevidéu 1980, o processo construtivo de utilizar “*todos os instrumentos que sejam capazes de dinamizar e ampliar os mercados em nível regional*”, se não se compatibiliza com a consecução progressiva da convergência (artigo 3.º, inciso b), e guarda harmonia com os objetivos e funções do processo de integração (art. 3.º, inciso e). E, de outra maneira, contribui para a fragmentação e dispersão de esforços.

Outros dois fatores devem ser levados em conta em torno da convergência. Um deles está representado pela evolução do Grupo Andino, e

o outro, pelos intentos de aprofundar a integração em nível bilateral ou trilateral.

Tem sido notável a ausência de comunicação entre a ALADI e o Grupo Andino, depois da renegociação do patrimônio histórico, no curso do qual os países andinos concretizaram sua aspiração de retirar concessões outorgadas na ALALC, que, a seu juízo, entorpeceriam a execução do Acordo de Cartagena.

O acordo sub-regional também experimentou os efeitos negativos do ambiente econômico internacional e da crise da dívida externa. Suas bases operativas se ressentiram consideravelmente: programas básicos foram descumpridos, a integração industrial, por setores, fracassou, e o comércio intra-sub-regional, cujo crescimento quiçá representava o maior fruto efetivo do processo, se desarticulou ao influxo de um cúmulo de restrições e condições adversas.

Obviamente esses retrocessos tiveram repercussão na ALADI, assim como problemas similares do resto dos países da Associação gravitaram pesadamente contra os interesses das nações andinas. E o debilitamento do sub-sistema induziu seus membros a recorrerem à flexibilidade e à multiplicidade de mecanismos e ações, incluindo novos esforços de relacionamento com outros países-membros da ALADI e da área latino-americana. Finalmente, a subscrição, em 1989, do Protocolo de Quito, com o que se pretendeu fortalecer a integração sub-regional, e, mais recentemente, a elaboração do Projeto Estratégico para a Orientação do Grupo Andino, comprometem os cinco países à configuração bastante acelerada de um espaço comum, no qual a dimensão desempenha um papel primordial.

Essa ambiciosa reprogramação da integração andina é naturalmente de grande importância para a consecução da convergência da ALADI. Apesar disso, quase nula tem sido a comunicação recíproca, em momentos em que ambas as organizações se empenham em reformular suas bases operativas. E a Rodada de Negociações da ALADI pagou certo tributo a essa falta de articulação. Os órgãos do Acordo de Cartagena não informaram os da ALADI acerca dos trabalhos e decisões referentes a um processo que agrupa nada menos que cinco membros da Associação, sendo que esta tampouco procurou fazer o acompanhamento adequado da integração andina. E enquanto persistir essa situação, mal se pode entrever um processo de convergência como o que estimula o Tratado de Montevideu 1980.

O chamado processo tripartite — Argentina, Brasil e Uruguai — é basicamente um programa de integração bilateral argentino-brasileiro, em que se admitiu, de forma parcial, quase por cooptação, um terceiro. A assinatura do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento Argentina—Brasil, em 1988, com objetivos tão ambiciosos, como a formação de um espaço econômico comum, a remoção de todos os obstáculos tarifários e não tarifários ao comércio de bens e serviços, a harmonização e coordenação de políticas, em numerosos campos, e a formação final de

um mercado comum entre os dois Estados, representou a exclusão formal, pelo menos temporária, do *Uruguai*, em contradição com o programa tripartite.

Quanto à *ALADI*, embora se consigne que o Tratado se aplicará, sem prejuízo dos compromissos internacionais, bilaterais ou multilaterais assumidos pelos dois, por outro lado se estabelece que os pedidos de adesão de qualquer membro da Associação só poderá ser examinado depois de cinco anos de vigência do instrumento, ou de qualquer dos acordos específicos previstos naquele ato internacional. Trata-se, pois, de um processo até exclusivo, em cuja concepção tem-se procurado muito mais evitar interferências de terceiros, entre eles os países da *ALADI*, que propiciar uma futura convergência com outras iniciativas que se desenvolvem no quadro da Associação.

Também *Colômbia*, *México* e *Venezuela* iniciaram contatos trilaterais com o fim de promover maior integração entre suas economias. E ainda que incipiente, esse esquema contribui para aumentar, na matéria e nas perspectivas de convergência da *ALADI*, a complexidade do panorama latino-americano.

A *Venezuela* solicitou seu ingresso no Mercado Comum Caribenho (*CARICOM*), em caráter de observador. E o *México* negocia com os Estados Unidos da América uma forma especial de vinculação, que talvez consista em um programa definido para estabelecer uma zona de livre comércio, ou algo similar, entre os dois países, ou cobrindo a área maior do subcontinente norte-americano.

Por seu lado, o Mecanismo Permanente de Consulta e Concertação Política, ou *Grupo do Rio*, em suas reuniões presidenciais e ministeriais, tem tomado decisões importantes no campo da cooperação e da integração econômica entre seus membros, e iniciado uma efetiva coordenação de políticas externas — que, com êxito, constitui o ensaio da *integração para fora*.

Ninguém sabe se todas essas ações parciais, múltiplas e flexíveis, são fermentos para uma integração global, ou se atuarão como dissolventes da *ALADI*, separando definitivamente suas moléculas, em vez de fazê-las convergir para sua unificação no mercado comum regional de que fala no Tratado de *Montevideu* 1980.

A questão da convergência excede, pois, os limites da *ALADI*, para talvez converter-se na de maior relevância para a integração latino-americana. E se necessita, ineludivelmente, encontrar um fio de *Ariadne* — para sair desse labirinto, e de imediato, porque de outro modo se consolidarão fragmentos de interesses, que mais do que nunca tornarão ilusória uma efetiva integração dos países da área.

O principal papel da *ALADI* é servir de foro para reflexão sobre esse tema capital. E isso lhe é imposto, como responsabilidade irrecusável,

por seu "quadro jurídico flexível e operativo, que lhe permite estimular e desenvolver múltiplas modalidades de integração e de cooperação", e o propósito de incitar, em seu âmbito, uma renovada e ampla perspectiva da integração regional. (Resolução 19 (IV) do Conselho de Ministros.)

9. O Comitê

O Comitê de Representantes da ALADI é um arremedo do Comitê Executivo Permanente da ALALC. Poucas diferenças estatutárias se poderiam identificar entre ambos, e são similares suas modalidades de funcionamento. Estas são as principais características do Comitê de Representantes: seu caráter permanente, e por estar, portanto, instalado na sede da Associação; o exercício de funções executivas próprias de um mecanismo político, correspondendo-lhe assumir as responsabilidades primárias dos Governos, na condução do processo; sua composição por representantes oficiais, que gozam de *status* diplomático, e dependem das instruções que recebem de seus mandantes, e sua capacidade de órgão representativo da Associação nas suas relações com países não membros. E relativamente ao Comitê Executivo Permanente, o Comitê de Representantes perdeu a representação ante organismos e entidades de caráter econômico, que passou a integrar as atribuições do órgão técnico — a Secretaria Geral.

O Comitê de Representantes não tem, assim, caráter comunitário, nem tampouco se pode dizer que desenvolva uma função técnica. E apesar de, em alguns casos, estarem as Representações compostas de funcionários especializados, na prática prevalece a modalidade diplomática multilateral, própria das organizações intergovernamentais.

No início do processo ALALC-ALADI, sobretudo enquanto funcionou o Comitê Provisório de Montevideú, incumbido dos trabalhos preparatórios da ALALC, no lapso que transcorreu entre a subscrição e ratificação do Tratado de Montevideú 1960, os Representantes foram escolhidos, por seus Governos, preferentemente em atenção a seus conhecimentos técnicos. E entre eles se encontravam especialistas em assuntos de integração, que haviam participado da elaboração do Tratado e da Conferência Intergovernamental que aprovou seu texto final. Paulatinamente, porém, ocorreu sua substituição por diplomatas de carreira, com o que se acentuou a inclinação política, debilitando a conotação técnica. E o Comitê Executivo Permanente evoluiu marcadamente nesse sentido.

No caso de alguns países, o titular no Comitê Executivo Permanente era acreditado simultaneamente como Embaixador ante o Uruguai — país sede, modalidade que ainda persiste no Comitê de Representantes. Somente a Argentina e o Brasil sempre têm tido Representantes exclusivamente acreditados ante a ALADI. A superposição bastante generalizada dessas funções rebaixa a capacidade de atuação dos que a desempenham, e é freqüente sua substituição pelos respectivos suplentes e outros membros das Representações — com a conseqüente *capitis diminutio* da hierarquia

do organismo. E, em certas ocasiões, o verdadeiro Representante tem sido o suplente, correspondendo ao titular uma função meramente formal e protocolar.

Em virtude da tradição e disciplina diplomática, os membros do Comitê de Representantes dependem estritamente das instruções governamentais — instruções que provêm das Chancelarias, isto é, de serviços não especializados na variada e complexa temática da integração. Geralmente cabe a outras Secretarias de Estado a decisão sobre assuntos submetidos à consideração do Comitê de Representantes. Produz-se, assim, uma intermediação burocrática que faz retardar a tomada de decisões, dando origem a rivalidades jurisdicionais entre repartições oficiais. E acrescenta-se a isso, que a hierarquia funcional dos encarregados dos assuntos da ALADI, nos diversos serviços públicos, frequentemente não está em consonância com a relevância dos interesses em jogo, no quadro do processo, com o que se perde a visão política de alto nível — indispensável para avançar-se na integração. E é usual que as instruções cheguem tardiamente, ou que não cheguem — o que determina, com excessivas repetições, que se solicitem adiamentos da consideração dos assuntos, e isso conspira contra a agilidade e oportunidade das ações pertinentes. Gera-se, assim, uma rotina de reuniões sem importância, de encontros informais, e de revisões, sem substâncias, de textos, enervando o funcionamento do sistema.

No Comitê de Representantes se pedem instruções até para minúcias. Por exemplo, é sumamente trabalhoso fixar datas para reuniões, mesmo de órgãos auxiliares, já que o Comitê, no exercício de sua função de dirigente, não toma a decisão por si mesmo, e espera, para efetuar a convocação, a concordância de funcionários, em geral, de menor hierarquia que os embaixadores. Do mesmo modo, antes de submeter propostas aos Governos, não se realiza uma fecunda tarefa preparatória em matéria de análise dos temas e de busca de coincidências nas soluções viáveis. Ao contrário, se remetem à consideração deles, desde o início, todas as sugestões, mesmo as mais tentativas, ao invés de procurar conceber um projeto que reflita, no nível dos representantes no Comitê, um consenso inicial.

Durante os três últimos anos da ALADI incorreu-se no erro de multiplicar as reuniões informais, denominadas de Chefes de Representação, em que se fala sem compromisso, e de cujas atividades não há registro. Desse modo, o Comitê de Representantes converteu-se num *caucus* sem projeção real no processo decisório da Associação. No período transcorrido, entre fevereiro de 1988 e abril de 1990, o Comitê de Representantes celebrou somente 59 infrequentes reuniões ordinárias, não protocolares, isto é, com conteúdo temático.

Na etapa da ALALC, os vícios do Comitê Executivo Permanente deram origem a crescente tendência para modificar suas modalidades de trabalho, inclusive suas bases estatutárias. E pensou-se em espaçar as reuniões, realizando-as concentradamente, em períodos fixos do ano, com o que os Representantes não teriam por que ser permanentes, e poderiam residir

em seus países, ocupando-se diretamente dos assuntos da integração, assim como assistir pessoalmente às sessões do Comitê de Representantes. E isso teria permitido, ademais, que atuassem, como representantes, funcionários de categoria mais elevada que os embaixadores. Ainda que idéias como essas não prosperassem, foi posteriormente utilizado na ALADI, com significativa repetição, o procedimento de convocar reuniões de funcionários governamentais de alto nível, diretamente vinculados aos assuntos de integração, para tratar de temas e projetos da maior relevância para o processo.

Na Reunião de Ministros de 1965, na ALALC, ao proceder-se à reforma institucional do sistema, registrou-se proposição concreta de eliminar o Comitê Executivo Permanente, sem que a iniciativa tivesse êxito. E as deficiências apontadas determinaram que o Acordo de Cartagena afastasse a criação de mecanismo similar. Privilegiou-se, então, a ação comunitária, mediante o estabelecimento da Junta, e a atividade dos Governos se desenvolveu por intermédio da Comissão, que não funciona permanentemente, nem está instalada em Lima. Tampouco o Sistema Econômico Latino-Americano (SELA) dispõe de comitê intergovernamental — o que deu à Secretaria Permanente autonomia e independência suficientes para desenvolver seus trabalhos com critério geral, permitindo-lhe tratar diretamente com autoridades de governo de nível compatível com a importância dos assuntos sob análise.

Percebeu-se, durante a Rodada Regional de Negociações, o propósito dos países-membros de ampliarem e aprofundarem os processos de integração, superando sua tradicional visão *em prol do comércio*. E essa orientação tem sido confirmada em todos os níveis governamentais. O conjunto de matérias, que deveria compreender a futura atividade da ALADI, ante resoluções do Conselho de Ministros e recomendações de encontros presidenciais, exige esforço concentrado e constante das administrações nacionais, se não se quer reviver frustrações anteriores, com relação a outros ambiciosos programas que jamais se concretizaram. E nessa tarefa o Comitê de Representantes e a Secretaria Geral deverão ser o ponto principal. Mas, para o êxito de tão árdua tarefa, é necessário alterar substancialmente a rotina de trabalho desse Comitê, reforçar consideravelmente sua composição, dando-lhe mais sentido comunitário no tratamento dos temas.

10. A Secretaria

Na instrução da publicação da ALADI, em que se editou, pela primeira vez, o texto do Tratado de Montevidéu 1980, se destaca uma inovação institucional, que consiste em “transformar, em órgão técnico, a natureza jurídica da Secretaria Geral”. Com isso, se pretendeu corrigir notória deficiência da estrutura institucional da ALALC, ao outorgar maior autonomia e independência ao corpo de funcionários internacionais da novel Associação, atribuindo-lhe claramente a faculdade de proposição e gestão inerente a todo órgão comunitário. E adicionalmente se lhe transferiu a representação ante organismos e entidades internacionais de caráter

econômico — o que antes esteve sob a responsabilidade do Comitê Executivo Permanente.

Dessa forma, colocou-se o Secretariado em situação jurídico-institucional similar à existente nas organizações internacionais típicas como as da família da Organização das Nações Unidas e Organização dos Estados Americanos. Mas não se chegou a assimilar a lição, muito valiosa, por certo, de outros organismos de integração, que, como as Comunidades Européias e o Grupo Andino, dispõem de órgão comunitário com atribuições supranacionais e com *status* politicamente mais avançado.

A solução, ainda que represente sensível avanço relativamente à situação precedente, apenas timidamente reflete as inquietações suscitadas por todos os países — salvo os três maiores — durante as discussões na ALALC, que levaram, em 1965, à criação de uma Comissão Técnica. E o mecanismo aprovado, objeto de difícil transação entre *governamentalistas* e *supranacionalistas*, se caracterizou por sua natureza um tanto híbrida.

Do que se tratava, e do que se tratou ao nascer a ALALC, foi de preencher um sensível vazio: a inexistência de um órgão comunitário que expressasse e defendesse o interesse regional, impulsionasse visões integracionistas, e atuasse como contrapeso ao nacionalismo e os interesses particulares dos países-membros. E nessa ocasião, o Representante da Colômbia disse com total clareza: a Comissão Técnica devia estabelecer os diversos estágios do processo, com autonomia própria e com critério harmônico e regional, trabalhando, dessa maneira, do centro (o órgão comunitário) à periferia (os mecanismos intergovernamentais) — única forma de evitar que os projetos de integração fossem tratados e deformados por legislações, regulamentações e sistemas empíricos, muitas vezes deficientes, que regulam os setores econômicos dos países-membros⁽¹¹⁾.

A luz de similar critério, propôs o Chile instituir uma Comissão ou junta, já não qualificada de técnica, senão de executiva, que fosse “o expoente e o promotor dos interesses e dos valores do conjunto”, e órgão incumbido de velar pela aplicação das disposições do Tratado — função esta de nítida essência comunitária, até então de competência do Comitê Executivo Permanente. A argumentação chilena se fundamentava na convicção de que uma estrutura jurídica, baseada exclusivamente em entidades governamentais, não pode cumprir, com agilidade e eficácia, as complexas tarefas da integração, pois à medida que o processo avance é evidente que adquirirá vigência e realidade o interesse comunitário, que surge paralelamente aos interesses nacionais. O Representante do Chile sustentou que entre ambas classes de interesses devem existir harmonia e correspondência — coisa que não se pode lograr pela via única da atuação de organismos clássicos de tipo governamental, que, dada sua índole, são, por natureza, a expressão dos interesses nacionais. E concluiu afirmando que “há dois

(11) Sesión del Comité Ejecutivo Permanente de la ALALC, 25 de septiembre de 1965 (CEP/Acta 277, p. 14).

fatos claros: há um interesse comunitário, e há uma função comunitária a cumprir" (12).

Essa concepção, muito arraigada no pensamento integracionista da época, inspirou o projeto da *autoridade executiva do mercado comum*, constante das proposições do *Documento dos Quatro*, já citado, e, posteriormente, a criação da Junta do Acordo de Cartagena, cujo estatuto inclusive admite a designação, para integrá-la, de personalidades latino-americanas não andínicas, isto é, de cidadãos não pertencentes a algum dos países-membros do sistema.

É óbvio que a negociação do Tratado de Montevidéu não foi oportunidade propícia para estabelecer formas institucionais tão avançadas, pois estas se relacionam diretamente com processos de integração de grande alcance, enquanto com a ALADI se registrou um retrocesso na magnitude dos objetivos, e se suavizaram, ao máximo, os compromissos contraídos pelas partes. Não se teria justificado a outorga de faculdades mais amplas ao órgão técnico, quando o sistema, através do bilateralismo, valorizava as ações unilaterais dos Governos, em função de seus interesses nacionais. Porque, de fato, com o Tratado de Montevidéu 1980, a integração ficou suspensa até que se concluísse a dificultosa e lenta renegociação do patrimônio histórico. E, uma vez terminada essa etapa, começou uma tímida tarefa de reconstrução, que se viu entorpecida pelo singular fato de que, com a caducidade do Tratado de Montevidéu 1960, deixou de ter valor legal o resíduo da estrutura jurídica da ALALC (Protocolos, Resoluções e Acordos), e cessou o funcionamento dos órgãos auxiliares que haviam prestado úteis serviços técnicos ao processo. Houve, portanto, que recompor parte desse acervo, inexplicavelmente perdido, mediante normas novas, pouco diferentes das antecedentes, e tornar a criar mecanismos, ainda que rebatizados com nomes diferentes.

De qualquer modo, a Secretaria Geral contou com faculdade e competência compatíveis com as exigências de suas funções, e esteve em condições de influir poderosamente no processo. Paulatinamente, contudo, se foi intensificando sua inter-relação com o Comitê de Representantes — o que acentuou sua dependência com respeito a esse órgão político, sobretudo quando se iniciou a configurar, em torno da ALADI, um clima de crise. E se procedeu, durante o último triênio, a uma pretendida reestruturação da Secretaria Geral, que além de embaraçar os trabalhos, debilitou a autoridade do órgão técnico, reduzindo seus resultados finais a meros retoques sem significação alguma.

É importante que se reconheça, nas palavras e nos fatos, que a atribuição principal do órgão é a de promover o processo mediante estudos, projetos e gestões — e que sua função de apoio de secretaria ao Comitê de Representantes, deve estar submetida a exigências que desnaturalizem aquela responsabilidade essencial.

(12) CEP/dt 37/Rev. 2, anexo I, 31 de agosto de 1965.

El Tratado de Asunción y Algunas Cuestiones Jurídicas que Plantea(*)

HÉCTOR GROS ESPIELL

ex-Catedrático de la Facultad de Derecho
y Ciencias Sociales, Ministro de Relaciones
Exteriores

No quieren estas líneas — escritas en medio de la acción diplomática y política, sin el reposo y la reflexión que hubiera querido tener — ser un análisis de los problemas económicos y políticos que este Mercado Común del Sur plantea a nuestro país y a la Sub Región.

No constituyen tampoco un elogio de lo actuado al respecto — pese a que obviamente me siento consustanciado plenamente con el proceso cumplido.

Estoy totalmente convencido que este tratado posee una enorme trascendencia política y económica y está en la base del futuro, renovado, pujante y progresista del Uruguay. Es un tratado que plantea desafíos que

(*) He expuesto mis opiniones sobre el proceso de integración instrumentado en el Tratado de Asunción en mis intervenciones en las Comisiones de Relaciones Internacionales de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Representantes los días 6 de agosto, 8 de noviembre y 26 de diciembre de 1990 y 22 de enero, 6 de marzo, 16 de abril y 24 de junio de 1991; en la Conferencia que pronuncié en el Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo el 14 de marzo de 1991, en el Consejo Chileno de Relaciones Internacionales el 5 de junio de 1991, en la Universidad Católica el 3 de julio de 1991, y en la Embajada de la República Argentina el 22 de julio de 1991. El día en que el tratado fue firmado publiqué en varios periódicos (El País de Montevideo, ABC Color de Asunción y Folha de São Paulo etc.), un artículo titulado: "Un nuevo espacio económico emerge en América" y el 20 de junio pronuncié en el BID, en Washington, luego de firmar el Acuerdo 4+1 (Rose Garden Agreement), una disertación sobre la relación de éste con el Mercosur y el Gatt.

obligan a encarar el mañana con brío, valor, imaginación y creatividad. No nos da certidumbres, pero nos abre posibilidades enormes, si sabemos aprovecharlas, de crecimiento, de desarrollo y de prosperidad.

Desea este trabajo, únicamente, ser una simple y esquemática presentación de algunos de las principales cuestiones jurídicas que involucra (1).

II

Nadie puede dudar que el Uruguay, en julio de 1990, no tenía opción. Debía entrar, plena y totalmente en el proceso de integración ya iniciado por Argentina y Brasil (2).

Quedar al margen hubiera sido suicida, una expresión de imperdonable ceguera política, un pecado contra la historia y contra el futuro.

Sobre esto no puede haber dos opiniones.

En cuanto al tratado de Asunción, en si mismo, es cierto que técnicamente pudo haber sido mejor y desde este punto de vista pudieron haberse alcanzado fórmulas más afinadas. Pero este perfeccionismo fué imposible. En las circunstancias en que se concibió, negoció y redactó no era factible que resultara mejor.

Hubiera sido absurdo — un error imperdonable — haber intentado en el momento en que se negoció, en esta etapa tan especial, tratar de elaborar un tratado minucioso, completo, pensado como definitivo. Era preciso hacer algo simple, esquemático, y en cierta forma provisional, para

1. En general sobre estos temas es de imprescindible lectura el libro de Sergio Abreu, *Mercosur e Integración*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.

2. El Comunicado Conjunto, emitido en Brasilia el 1 de agosto de 1991 por los Ministros de Relaciones Exteriores y Economía de Chile, Argentina, Brasil y Uruguay dice en lo pertinente:

“Consideraron auspiciosa la aceleración del proceso de creación, entre Argentina y Brasil, de un mercado común, y coincidieron, en la conveniencia de ampliar el mismo, mediante una participación plena del Uruguay en el proceso de formación del citado mercado común, la que se formalizará mediante instrumentos jurídicos convencionales, que serán negociados entre las partes.

También destacaron el interés con que son vistos los entendimientos en curso, teniendo en cuenta las propuestas presentadas por Chile, orientadas en el sentido de su participación en un espacio económico común.

Invitaron también a Paraguay a que se una a ese espacio económico, el cual, de esta forma, englobaría el Cono Sur.”

adaptarlo luego a los resultados y a las experiencias nacidas de esta empresa sin precedentes en América. Lo que se negoció y se hizo fue una base para poder pensar luego mejor la fórmula jurídica e internacional final en función de lo acaecido en el período — ineludible e imprescindible — de transición.

El mejoramiento del texto, desde el inicial proyecto argentino-brasileño hasta la versión final, fue en gran parte la obra de la delegación uruguaya. Fue mucho lo que se logró. Y fue mucho, muchísimo, lo que se obtuvo para la efectiva y eficaz defensa de los intereses uruguayos.

Es mi deber expresar aquí mi reconocimiento a todo el equipo negociador, en especial a su jefe, el Embajador Miguel Berthet, que actuó con inteligencia, habilidad y dedicación, siempre en contacto conmigo.

III

El Tratado de Asunción fue firmado el 26 de marzo de 1991.

El Poder Ejecutivo envió el mensaje y proyecto de ley pidiendo la aprobación parlamentaria, requisito previo necesario para su ratificación por el Poder Ejecutivo (*Constitución*, art. 85, num. 7 y 168, num. 20), con fecha 1 de abril de 1991.

El Senado, previo informe de una Comisión Especial, aprobó, por unanimidad, el proyecto de ley con fecha 22 de mayo de 1991.

La Cámara de Representantes, luego del informe de la Comisión de Relaciones Exteriores integrada, lo sancionó con fecha 12 de junio de 1991 por 91 votos contra 3.

El Poder Ejecutivo promulgó la ley n.º 16.196 el 22 de julio de 1991 y el depósito del instrumento de ratificación en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Paraguay, se efectuó el 1 de agosto de 1991. Ese mismo día se realizó el depósito del instrumento de la ratificación paraguaya.

Cuando se escriben estas líneas el tratado aún no ha entrado en vigencia. Solo tres Estados (Paraguay, Uruguay y Argentina) lo han ratificado. Entrará en vigencia a los 30 días del depósito del tercer instrumento de ratificación (art. 19). Se espera que ello ocurra en la tercera semana de setiembre.

IV

Veamos ahora algunas cuestiones jurídicas que plantea el Tratado de Asunción.

1. *El Tratado y la Constitución.* Este tratado constituye una forma concreta de dar cumplimiento a dos normas constitucionales: los artículos 6 párrafo 2 y 50 de la Constitución.

En virtud del primero, se "procurará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas" (3).

El Tratado de Asunción adelanta y ahonda el proceso de integración que resultaba para el Uruguay del Tratado de Montevideo de 1980. El Preámbulo dice claramente que "el presente tratado debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme al objetivo del Tratado de Montevideo de 1980".

El artículo 50 de la Constitución ordena que el Estado oriente al comercio exterior protegiendo las actividades productivas cuyo destino sea la exportación. El Tratado de Asunción — que abre la posibilidad de fomentar la exportación al crear un mercado común de doscientos millones de seres humanos abierto a las exportaciones uruguayas — y que además establece normas, como su art. 4, para inhibir importaciones cuyos precios están influenciados para subsidios, dumping o cualquier otra práctica desleal, constituye una forma particular y específica de dar cumplimiento a la referida norma constitucional.

En cuanto a la compatibilidad del Tratado con la Constitución es evidente que no hay ninguna violación constitucional, ya que no se infringe ninguna norma de la Carta. La cuestión constitucional, que se ha planteado con otros tratados de integración (4), no se presenta en éste.

2. *Naturaleza del Tratado de Asunción.* El Tratado de Asunción es un tratado internacional, cuyo objeto es la creación de un mercado común. Las partes deciden constituir este Mercado Común, que deberá estar confirmado el 31 de diciembre de 1994 (art. 1).

3. Sobre la interpretación de esta norma y su proyección en la política internacional de la República y en cuanto a los tratados de integración de que la República es parte: Héctor Gros Espiell, *La Integración Económica de América Latina y la Constitución Uruguaya*, La Aduana Uruguaya, Año LVI, N° 739, Abril de 1970, pág. 3.669, especialmente nota 6, y Ruben Correa Freitas, *El Mercosur ante la Constitución Uruguaya*, La Justicia Uruguaya, tomo CIII, págs. 11-14, 1991.

4. La cuestión constitucional en relación con los procesos de integración ha constituido, un tema capital de la doctrina en los últimos veinte años. Además de mi trabajo, citado en la nota 2, véase: Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, *Mesa Redonda sobre la Integración de América Latina y la Cuestión Constitucional*, Washington, 1967 y Allan-Randolph Brewer-Carias, *Los Problemas Constitucionales de la Integración Económica Latinoamericana*, Caracas, 1968.

Es un tratado que establece el camino, el procedimiento, la forma y el contenido del proceso para llegar al objetivo de constituir el Mercado Común. No lo crea. Determina como se ha de llegar, necesaria e indudablemente, a él.

Aunque el tratado tiene "duración indefinida" (art. 19), en cuanto es un tratado dirigido esencialmente a regular el período de transición (arts. 1, 5, 6, 8a, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16), es un instrumento convencional que en su momento, concluido este período (desde que entre en vigencia hasta el 31 de diciembre de 1994), deberá ser substituído por otro tratado o complementarlo con uno o varios protocolos adicionales (6).

Es preciso recordar que durante el período de transición, de acuerdo con el art. 3, los Estados Partes adoptan un Régimen General de Origen, un sistema de Solución de Controversias y Cláusulas de Salvaguardias, que constan como anexos II, III y IV al Tratado. Estos anexos, así como el I (Programa de Liberación Comercial) y el V (Subgrupos), también aplicables solo en el período de transición, forman parte, al igual que el Preámbulo del Tratado propiamente dicho (art. 31.2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

El artículo 18 del tratado de Asunción dispone que antes del 31 de diciembre de 1994 los Estados Partes convocarán a una reunión extraordinaria con el objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común, así como las atribuciones específicas de cada una de ellos y su sistema de adopción de decisiones. Es evidente que en ese momento se evaluará, en función de la experiencia cumplida y de los resultados obtenidos, toda la estructura y el funcionamiento del Tratado de Asunción y se adoptarán los nuevos instrumentos internacionales necesarios.

Es en este sentido, limitado y preciso, que puede decirse que el tratado de Asunción es un tratado provisorio o preliminar.

No puede haber duda alguna que el futuro tratado o los futuros protocolos, deberán ser firmados por el Poder Ejecutivo y ratificados por éste, previa aprobación del Poder Legislativo. Sin este requisito no tendrían existencia jurídica para el Uruguay. No puede conceptuarse que la "estructura constitucional definitiva" (art. 18 del Tratado), puede resultar de la

5. La expresión "protocolo", en este caso significa instrumento internacional convencional, anexo o complementario de un tratado. Es decir de otro instrumento internacional convencional. Está cubierto por la definición del art. 1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y no implica desconocer que la palabra protocolo puede tener, en Derecho de los Tratados, otra acepción posible, como instrumento convencional autónomo. Véase: J. Basdevant, Dictionnaire de la Terminologie du Droit International, Paris, Sirey, 1960, págs. 489-490.

mera decisión de una "reunión extraordinaria". Esta reunión solo puede adoptar el proyecto de uno o varios instrumentos convencionales que, en cuanto verdaderos tratados, deberán someterse al mismo procedimiento de firma y ratificación a que estuvo sujeto el propio Tratado de Asunción (art. 19).

3. *La obligación de no frustrar el objetivo y el fin del Tratado.* El tratado de Asunción no está aún en vigencia. (Véase, cap. IV). Pero desde el momento en que fue firmado los Estados signatarios están jurídicamente obligados a no hacer nada que frustre el objetivo y el fin del tratado. Esta obligación deriva de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (art. 18) y constituye un principio resultante del de la buena fe con que deben actuar los signatarios, como ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia y por la doctrina.

En un tratado como el de Asunción, la aplicación de esta obligación es muy importante, no solo en función de algunos casos que ya se han planteado en relación con el artículo 4 del Tratado, sino también para la actuación del Grupo Mercado Común (arts. 13, 14 y 15), que ya ha comenzado a funcionar y el adecuado ejercicio de sus competencias.

4. *La institucionalización definitiva del Mercosur.* Antes del establecimiento, el 31 de diciembre de 1994, del Mercado Común, los Estados Partes deberán convocar una reunión extraordinaria (art. 18).

Esta reunión, como consecuencia de que deberá determinar la estructura institucional definitiva, deberá decidir respecto de la naturaleza jurídica del sistema de integración que se conformará. Es decir, establecer si ese Mercado Común constituirá una organización internacional *stricto sensu*, con personalidad jurídica internacional⁽⁶⁾, si se creará un régimen basado en la idea de supranacionalidad⁽⁷⁾, si existirá un Derecho Comunitario⁽⁸⁾ y si orgánicamente se establecerá un órgano comunitario, la Comisión, en términos análogos a los del Tratado de Roma (arts. 155-163), un Consejo de Ministros, con nuevas competencias respecto del actual (art. 10, 11 y 12 del Tratado de Asunción), que armonicen con

6. El artículo 210 del Tratado de Roma le da a la Comunidad la personalidad jurídica y el 211 le atribuye en el interior de los Estados Miembros "la más amplia capacidad jurídica".

7. Sobre este concepto fundamental, que determina y caracteriza necesariamente los procesos de integración al llegar a determinado grado de desarrollo y que ha sido objeto de estudio de una impresionante bibliografía véase: Klaus Von Lindtner-Wildau, *La Supranationalité en tant que Principe de Droit*, Sijthoff, 1970.

8. Sobre la naturaleza del Derecho Comunitario, véase la recopilación de estudios hecha por el Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, *Relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Nacional*, Washington, 1987.

las de la Comisión, en términos análogos a los del Tratado de Roma (arts. 145-154). Asimismo se habrá de decidir si se creará un verdadero sistema jurisdiccional, superando el embrionario provisorio y parcial previsto actualmente en el Anexo III del Tratado de Asunción, que responde solo a las necesidades actuales, para encarar un verdadero régimen jurisdiccional, que no solo esté destinado a resolver las controversias entre las partes, sino también a asegurar la preeminencia del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno de los Estados Partes, como lo hace el Tratado de Roma (art. 164).

Tendrá, asimismo, que resolverse si la "Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur", cuyo objetivo es "facilitar el avance hacia la conformación del Mercado Común" (art. 24), se transformará en un Parlamento, o en una Asamblea Parlamentaria, que pueda seguir la evolución que sufrió la Asamblea en el tratado de Roma hasta llegar a ser el Parlamento Europeo (art. 137) ⁽⁹⁾.

Para que este desarrollo, que personalmente estimo indispensable para la existencia de un verdadero Mercado Común y una integración moderna y eficaz sea posible, se requiere indispensablemente que la experiencia de estos tres primeros años sea positiva y que sea posible en 1994 trabajar, con optimismo, sobre la realidad de un proceso de integración en marcha, en el que se hayan ido aplicando adecuadamente "los instrumentos para la Constitución del Mercado Común", previstos en el artículo 5 y que el Programa de Liberación Comercial (Anexo I) se haya realizado con, las diferencias puntuales a que se refiere el artículo 6.

5. *El concepto de Mercado Común.* Los artículos 1 y 5 del Tratado de Asunción determinan el concepto y la naturaleza, del Mercado Común que se ha decidido constituir, y que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994.

Este Mercado Común implica cuatro elementos que están individualizados en los cuatro párrafos que contiene el artículo 10 y que corresponden a tres de los incisos *a*, *b*, *c* del artículo 5, que especifican cuales son "durante el período de transición los principales instrumentos para la constitución del Mercado Común". El último párrafo del art. 1 no tiene equivalente en el art. 5, lo que es lógico, pues se trata del compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, extremo que no es condición previa para la Constitución del Mer-

9. Sobre la estructura institucional de la Comunidad Europea en el Tratado de Roma, su evolución, su situación actual y su futuro, véase: Césareo Gutiérrez Espada, *El Sistema Institucional de las Comunidades Europeas, De los Tratados Constitutivos y el Acta Unica al Proyecto de Tratado sobre la Europa Unida*, Temis, Madrid, 1988.

cado Común, y que continuará exigiéndose y realizándose después de finalizado el período de transición. El inciso d) del art. 5 no tiene, a su vez, equivalente en el art. 1, ya que se refiere a la adopción durante el período de transición, de acuerdos sectoriales con el fin de optimizar la utilización y movilidad de los factores de producción y de alcanzar escalas operativas eficientes". Este elemento "instrumento para alcanzar la conformación del Mercado Común", no es una parte integrante del concepto de Mercado Común.

La idea de Mercado Común que resulta del art. 1 del Tratado de Montevideo, y los elementos que lo componen, coincide con lo esencial del artículo 3 del Tratado de Roma (párrafos a), b), c), d), e), g), h) y con el artículo 3 (párrafos a), c), y d), del Acuerdo de Cartagena. Podrían asimismo, citarse otras fuentes, en otros instrumentos internacionales de Derecho de la Integración, cuando regula esta materia.

El Mercado Común es una forma de integración económica más profunda e integral que la constituida por una zona de libre comercio, que en general exige como condición de su existencia solo una reducción y una eliminación final de los derechos de aduana y equivalentes entre las partes (ver al respecto, como ejemplo, los artículos 2 y 3 de la Convención que constituye la Asociación Europa de Libre Comercio, firmada en Estocolmo el 4 de enero de 1960).

Todo Mercado Común implica y es una zona de libre comercio, pero posee además otros elementos que no se dan en una zona de este tipo.

El propio Tratado de Asunción afirma la compatibilidad del Mercosur con otras zonas de libre comercio (*stricto sensu*), al establecer el compromiso de los Estados Partes de celebrar consultas entre sí, siempre que se negocien esquemas amplios de desgravación arancelaria tendientes a la formación de zonas de libre comercio con los demás países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración" (art. 8, c).

6. *El concepto de reciprocidad.* El artículo 2 establece que el Mercado Común estará fundado en la reciprocidad de los derechos y obligaciones entre los Estados Partes.

El concepto de reciprocidad, en un tratado multilateral, significa que los Estados Partes se reconocen derechos y obligaciones iguales o equivalentes. ⁽¹⁰⁾ La reciprocidad ha sido definida como la relación entre dos

10. Jules Basdevant, Dictionnaire de la Terminologie du Droit International, cit., p. 506; Magarinos, Ruocco, Ons y Vieira, La reciprocidad de Alalc, derecho de la Integración, Nº 15.

o más Estados que se acuerdan entre si un tratamiento igual o equivalente. (11)

En un tratado multilateral como el de Asunción, en que se reconocen diferencias puntuales de ritmo en la aplicación del Programa de Liberación Comercial durante el período de transición (art. 6 y anexo I), no existen derechos y obligaciones siempre necesariamente iguales, sino equivalentes. La observancia y respeto de esta equivalencia, en un régimen de reciprocidad, condiciona la aplicación de todo el régimen internacional que el tratado establece. (12)

Este principio de la reciprocidad coexiste, en el Tratado de Asunción con los de "gradualidad, flexibilidad y equilibrio", enumerados en el Preámbulo como criterios necesarios para lograr, en el marco del Mercado Común, el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía" (Párrafo tercero del Preámbulo).

El Preámbulo forma parte del Tratado de Asunción. Es no solo un elemento esencial para interpretarlo, ya que fija el objetivo y el fin del Tratado (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31.1 y 2), sino que contiene y precisa elementos conceptuales que le dan al Tratado su verdadero contenido y sentido.

De tal modo los principios de reciprocidad, gradualidad, flexibilidad y equilibrio, informa, dan sentido y contenido, a todo el proceso de creación y conformación del Mercosur, y deben ser aplicados en cada etapa y a cada negociación relativa a los derechos y deberes de las partes.

7. *Relaciones con terceros Estados.* El artículo 4 trata de las relaciones con terceros Estados. Estas relaciones están fundadas y tienen que estar dirigidas a asegurar "condiciones equitativas de comercio". "A tal efecto, aplicarán las legislaciones nacionales para inhibir importaciones cuyos precios están influenciados por subsidios, dumping o cualquier otra práctica desleal". Este mandato dirigido a las legislaciones nacionales constituye una precisa obligación de hacer, basada en que se afirma la inconveniencia, es más, la ilicitud para la política comercial de los países que integran el Mercosur, de la realización de importaciones de productos cuyos precios están influenciados por subsidios, dumping o

11. Bruno Sima, Reciprocity, en Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, 7, 1984, p. 13.

12. M. Virally, *Le Principe de Réciprocité dans le Droit International Contemporain*, *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, Vol. 122, 1967, III.

cualquier otra práctica desleal. Como consecuencia de ello, los Estados Partes deberán coordinar políticas comunes para impedir o condicionar dichas importaciones. Corresponderá al Consejo, que debe asegurar el cumplimiento de los objetivos del Mercado Común (art. 10) y al Grupo Mercado Común que es competente para negociar frente a terceros (art. 13), actuar al respecto.

Asimismo “los Estados Partes coordinarán sus respectivas políticas nacionales con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial” (art. 4).

La importancia de este artículo es evidente, para la coordinación de las políticas nacionales frente a terceros Estados y para el establecimiento de una política comercial internacional común, extremo este último y objetivo implícito en la disposición que comentamos. Es esencial para que el Mercado Común se perfile exteriormente y constituye el fundamento para la elaboración — absolutamente necesaria — de la real defensa contra las importaciones subsidiadas, contra el dumping y contra las prácticas desleales, tan negativas para la economía y el desarrollo de los Estados Partes.

8. *Las diferencias puntuales de ritmo.* El Mercado Común deberá estar conformado el 31 de diciembre de 1944 (art. 1). A ello se llegará aplicando los criterios determinados en el artículo 5.

Antes del 31 de diciembre de 1991 se deberá determinar la estructura institucional definitiva del Mercado Común (art. 18).

Para esta conformación uno de los elementos esenciales es el Programa de Liberación Comercial (art. 1, segundo párrafo, art. 5, letra a) y Anexo I).

Pero este programa se ha elaborado reconociendo diferencias puntuales de ritmo para el Paraguay y el Uruguay (art. 6). Paraguay y Uruguay disponen, así, hasta el 31 de diciembre de 1995 para la eliminación de las excepciones (art. 1; párrafo segundo y art. 7, b, del Anexo I). Estas excepciones son 394 para la Argentina, 324 para el Brasil, 439 para el Paraguay y 960 para el Uruguay art. 6 del Anexo I).

Las “diferencias puntuales de ritmo” (art. 6, y art. 7 del Anexo I), se traducen en un “status” distinto entre las partes en el período de transición, tanto respeto de la situación Argentina y Brasil frente a Paraguay y Uruguay, como de cada uno de los cuatro países en lo que se refiere al número de excepciones (art. 6 del Anexo I), si bien el ritmo de reducción es uno para la Argentina y el Brasil (art. 7 a, del Anexo I) y otro diferente, con diverso vencimiento para Paraguay y Uruguay (art. 7, b del Anexo I).

9. El "status" de las partes luego de la conformación del Mercado Común. Una vez conformado el Mercado Común el status de los cuatro países será igual. No se concibe, sería incompatible con la idea y el concepto de un Mercado Común pleno y verdadero, que existieran, a partir de ese momento, regímenes distintos para las partes.

En este tratamiento igualitario — necesariamente igualitario para ser coherente — está el desafío difícil pero necesario, se encuentra el motor y el impulso esencial, en especial para el Paraguay y el Uruguay, de este Tratado, que es un reto a nuestra capacidad de hacer, de crear y de competir.

Quiere decir que aunque el Mercado Común deberá estar conformado el 31 de diciembre de 1994, el Paraguay y el Uruguay a esa fecha no habrán cumplido aún con lo dispuesto en los art. 1, párrafo segundo y con el art. 5, a) del Tratado. Para ellos — y con respecto a ellos — el Mercado Común estará conformado recién el 31 de diciembre de 1995. Sin perjuicio de lo cual, en lo relativo a todo los demás extremos previstos en los arts. 1 y 5, estos dos países deberán cumplir con todos los demás objetivos y plazos generales.

Puede decirse, en consecuencia que, — en principio, y con la excepción del Uruguay y del Paraguay en lo relativo a los extremos o elementos constitutivos que sólo alcanzarán el 31 de diciembre de 1995 —, el Mercado Común existirá desde el 31 de diciembre de 1994.

10. *La cláusula de la nación más favorecida.* La cláusula o el tratamiento de la nación más favorecida es un elemento integrante, necesario y esencial, de los sistemas de integración económica. (13)

El tratado de Asunción establece que los Estados Partes "Extenderán automáticamente a los demás Estados Partes cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que concedan a un producto originario de o destinado a terceros países no miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración" (art. 8, d).

Se trata, por tanto, de una aplicación de esta cláusula, de este tratamiento, entre los Estados Partes, para cubrir los casos en que cualquiera de ellos acuerde un favor, franquicia, inmunidad o privilegio a un producto originario de o destinado a terceros países no miembros de la Aladi.

13. Para los procesos de integración latinoamericana, véase la obra de Francisco Orrego Vicuña, que reúne diversos estudios, *América Latina y la Cláusula De La Nación Más Favorecida*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, el excelente estudio del mismo autor "Droit International Contemporain dans l'integration économique de l'Amérique Latine, Problèmes et perspectives, Les Aspects juridiques de l'integration économique, Academie de Droit International, Colloque 1971, La Haye, 1972.

La cláusula estuvo contenida en el Tratado de Montevideo de 1960 ⁽¹⁴⁾ y se mantuvo en el de Montevideo 1980 de Aladi, que está actualmente en vigencia.

El artículo 44 de este Tratado dice:

“Las ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios que los países miembros apliquen a productos originarios de o destinados a cualquier otro país miembro o no miembro, por decisiones o acuerdos que no estén previstos en el presente Tratado o en el Acuerdo de Cartagena, serán inmediata e incondicionalmente extendidos a los restantes países miembros.”

En cuanto al Gatt, del cual son partes contratantes hoy Argentina, Brasil y Uruguay, — habiendo iniciado el Paraguay el proceso para ser parte —, “cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedida por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellas destinadas (art. 1 del Acuerdo General de Aranceles y Comercio). ⁽¹⁵⁾

La existencia de esta norma general, de carácter casi universal dada la membrecía actual del Gatt, no impide la constitución de una unión aduanera o una zona de libre comercio (*lato sensu*), ni la existencia dentro de estas uniones o zonas de un régimen especial respecto del tratamiento de la nación más favorecida entre las partes integrantes de la unión o zona (art. XXIV del Acuerdo General, párrafos 5, 6, 7, 8, 9, y 10).

Es por eso que el artículo 44 del Tratado de Montevideo tiene el contenido que hemos visto.

Para que el régimen especial creado entre las partes por el Tratado de Asunción no se extienda automáticamente a todas las demás partes del tratado de Montevideo, es necesario concebir a aquel como un acuerdo de alcance parcial (art. 7 del tratado de Montevideo) y actuar en consecuencia.

14. Manuel Adolfo Vieira, La Cláusula de la Nación más Favorecida y el Tratado de Montevideo, Anuario Uruguayo de Derecho Internacional, 1966-68, pág. 209.

15. Héctor Gros Espiell, La Cláusula de la Nación más Favorecida. Su Sentido Actual en el Acuerdo General de Aranceles y Comercio, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año XIX, N° 1-2, 1968; La Clause de la Nation la Plus Favorisée, la Communauté et l'Aide aux Pays en Voie de Développement, Revue de Marché Commun, N° 148, 1971; El Acuerdo General de Aranceles y Comercio, y las Preferencias a los Países en Vías de Desarrollo, Anuario de Derecho Internacional, Vol. I, Universidad de Navarra, 1974.

El artículo 8 del Tratado de Asunción, en virtud de que las partes lo son también de Aladi — y entre ellas rige y produce efectos el art. 44 del Tratado de Montevideo —, se aplica a un caso distinto: al de productos originarios de o destinados a terceros países no miembros de la Aladi. Posee esta norma, el art. 8 d) del Tratado de Asunción, en consecuencia, un paralelismo esencial con el art. 1 del Acuerdo General, con la salvedad de que Paraguay no es aún parte del Gatt, y que dicho artículo (el 8 d) se aplica a cualquier tercer país no miembro de Aladi, sea o no parte contratante del Gatt.

El tratamiento de la nación más favorecida, tema que ha tenido en los últimos años nuevo interés y importancia por su relación con los sistemas preferenciales y los procesos de integración, ha generado una renovadora doctrina y nuevas prácticas. ⁽²⁶⁾

11. *El Tratado de Asunción y Aladi.* El párrafo cinco del Preámbulo del Tratado de Asunción dice que este Tratado debe considerarse como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina conforme al objetivo del Tratado de Montevideo de 1980. Y el Tratado de Montevideo en el párrafo sexto de su Preámbulo, afirma la disposición de las partes de “impulsar el desarrollo de vínculos de solidaridad y cooperación con otros países y áreas de integración de América Latina a fin de promover un proceso convergente que conduzca al establecimiento de un mercado común regional”.

Hay, por tanto coincidencia de objetivos y plena compatibilidad entre ambos tratados.

En mi reciente trabajo “Aladi y el futuro” he dicho al respecto:

“Nadie puede dudar de la obra cumplida por los tratados de Montevideo de 1960 y 1980, por Aladi y por Aladi, para crear y desarrollar la conciencia integracionista de América Latina y para impulsar el acrecentamiento del comercio internacional.

Sin esa obra, sin esa conciencia generada, sin la realidad de ese comercio y sin la percepción de las metas a las cuales puede

16. Daniel Vignes, *La Clause de la Nation la Plus Favorisée*, Académie de Droit International, Recueil des Cours, Vol. II, 1970; E. Sauvignon, *La Clause de la Nation la Plus Favorisée*, Grenoble, 1972; Alfredo Martínez Moreno, *La Cláusula de la Nación más Favorecida a la Luz del Derecho Contemporáneo*, Revista Española de Derecho Internacional, Vol. XXXIII, Nº 2, 1981; Vilma Veida, *La Cláusula de la Nación más Favorecida en los Acuerdos de Comercio contemporáneos*, Revista Uruguaya de Derecho Internacional, tomo I, 1972, Año I, Nº 1. 16. (bis) Blaise Knapp, *Système Préférentiel et les Etats tiers*, Genève, 1959, págs. 55-80 (Unión Aduanera), págs. 152-155 (Zona de libre comercio) y págs. 113-126 (Mercado Común).

llegarse, no hubiera sido posible el renacimiento del impulso integrador en estos últimos años, no sería concebible el despertar del Pacto Andino, no se hubieran producido las nuevas iniciativas subregionales de integración y, en especial, no hubiese sido posible concebir y realizar esta grande, audaz, innovadora, desafiante y radical empresa, que es la conformación del Mercado Común del Sur en el marco del Tratado de Asunción de 1991.

Estos nucleamientos subregionales no son incompatibles con Aladi. Por el contrario son la demostración de la verdad de los principios en que se funda el Tratado de Montevideo y de la vitalidad, subsistencia y actualidad de los objetivos que fija.

La integración económica final de América Latina debe efectuarse gradualmente, tomando en consideración realidades subregionales y económicas, en un proceso paulatino que pasa de menor a mayor.

Hoy Aladi tiene una tarea nueva y especial. La negociación y registro de los acuerdos de alcance parcial en las más diversas materias, constituye, por ejemplo, una tarea esencial, renovadora e imprescindible.

A esto se une la necesidad de que Aladi sirva de marco, armónico y sistemático, para la convergencia y desarrollo de los sistemas subregionales de integración."

En cuanto a la forma de hacer efectiva esta compatibilización coincidimos totalmente con Sergio Abreu, cuando dice:

"El Tratado de Montevideo de 1980 instaura un orden jurídico que postula el establecimiento, en última instancia, de un mercado común latinoamericano (art. 1 inc. 2). En función de este objetivo sus funciones y mecanismos tienen por objeto el desarrollo del comercio recíproco, la complementación económica y la ampliación de mercados (art. 2).

Entre los mecanismos que otorgan flexibilidad al Tratado están los ya mencionados Acuerdos de Alcance Parcial definidos como aquellos "en cuya celebración no participa la totalidad de los países miembros" (art. 7). Ejemplos de estos son los Acuerdos celebrados por Uruguay con Brasil (PEC), con Argentina (CAUCE) y con México.

Ya hemos explicado el funcionamiento de la cláusula de la "nación más favorecida" en el ámbito de la Aladi. Ha quedado claro también que una forma de sustraerse de la aplicación del

art. 44 del Tratado de Montevideo, es adecuar las negociaciones entre los Estados Miembros a los requisitos, condiciones y formalidades fijados por el Tratado para la celebración de estos acuerdos. En otras palabras, la única posibilidad que los países miembros de Aladi tienen para negociar, sea en forma bilateral o plurilateral, concesiones o ventajas discriminatorias en relación con los restantes países miembros, es a través de estos Acuerdos de Alcance Parcial. Tal es el procedimiento seguido por Argentina y Brasil respecto de sus acuerdos bilaterales, incluidos sus Protocolos, que fueran registrados en el ámbito de la Aladi, como AAP de complementación económica.

De acuerdo al criterio establecido, llegamos a la conclusión de que es necesario que el Tratado de Asunción (Mercosur) se inscriba como AAP para su correcta armonización con el Artículo 44 del Tratado de Montevideo, y se tendría que ampliar el tratamiento preferencial a los demás miembros en virtud de dicha cláusula.

Al optarse por este procedimiento de armonización deberá adaptarse (tal como lo hicieron Argentina y Brasil) a lo dispuesto por la Resolución número 2 del Consejo de Ministros de Aladi."

12. *El Tratado de Asunción y el Gatt.* El Tratado de Asunción, en cuanto está dirigido a constituir un Mercado Común ha de ser comunicado al Gatt a los efectos de lo establecido en el artículo XXIV del Acuerdo General de Aranceles y Comercio. El Acuerdo General de Aranceles y Comercio no se refiere, usando tal denominación, a los casos de existencia de un Mercado Común. Como señala Blaise Knapp, esta noción no existía aún cuando en 1948, se redactó el Acuerdo General (16 bis). Pero no solo el concepto de unión aduanera es aplicable en cuanto supone un arancel externo común, sino que todo mercado común significa, aunque es mucho más, una zona de libre comercio. Por lo demás el Gatt consideró posteriormente entre otros casos, el de la CEE.

Pero el concepto de "unión aduanera" coincide parcialmente con el Mercado Común (art. XXIV, 8, a, ii) y el de "zona de libre comercio" está contenido, aunque es mucho más limitado, en el de Mercado Común (art. XXIV, 8, b).

Esta comunicación es la que ya se ha hecho, preliminarmente, a pesar de que el Tratado no está aún en vigencia (17).

17. El documento presentado al Gatt el 4 de junio de 1991 por Argentina, Brasil y Uruguay dice así:

"Los Presidentes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay han firmado, en Asunción, Paraguay, al 26 de marzo de 1991, el Tratado para la Constitución de un Mercado Común del Sur (Mercosur), el cual
(Continúa.)

El establecimiento de este Mercado Común — y ello es lo que hace plenamente compatible con el Gatt —, tiene “por objeto facilitar el comercio entre los territorios constitutivos sin obstaculizar el de otras partes contratantes con estos territorios” (art. XXIV, párrafo 4 del Acuerdo General). Este fin del Mercosur, implica una filosofía, una concepción de la integración moderna actual, abierta y anti-proteccionista.

13. *El Mercosur como Mercado Común abierto al Comercio Mundial.*

Esta filosofía del Mercosur, de ser un Mercado Común abierto, dirigido a fomentar el comercio intra zonal y extra zonal, resulta claramente del

(Continuación da Nota 17)

define las reglas para el establecimiento hasta 31 de diciembre de 1994 de un mercado común entre los cuatro países. Dicho Tratado todavía no está en vigencia y se encuentra sujeto a proceso de ratificación por los respectivos parlamentos nacionales. Este instrumento materializa antiguas aspiraciones de convivencia y paz en la región y constituye un marco histórico en la superación del proteccionismo y de las barreras nacionales de toda orden.

Al firmar el Tratado de Asunción, los cuatro Presidentes se basaron en su convicción común de que la profundización del proceso de integración puede ser la llave de una inserción más competitiva de sus economías en un mundo en que se consolidan grandes espacios económicos y donde el avance tecnológico-industrial asume condición esencial para los proyectos de desarrollo nacional. El Mercosur posibilitará economías de escala y un mejor aprovechamiento de las ventajas comparativas. El Tratado, además de estimular los flujos comerciales entre los cuatro países, creará mejores condiciones a las positivas para los programas de combate a la inflación y de mejoramiento de la calidad de vida.

El Mercosur comprenderá un área de 11.800.000 km², una población de 190 millones de personas, con un Producto Interno Bruto alrededor de US\$ 400 mil millones y un ingreso per cápita de aproximadamente US\$ 2.000. El comercio exterior de los países integrantes ha registrado en 1990, exportaciones totales de US\$ 445 mil millones e importaciones de 23,4 mil millones.

El Tratado define varias etapas a ser cumplidas con miras a asegurar la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los cuatro países. Una de estas etapas consiste en la reducción a cero de todos los aranceles para el comercio intra-mercado. Este nivel se alcanzará gradualmente para los cuatro países el 31/12/95.

Deberá ser puesto en marcha, paralelamente, un gran esfuerzo de armonización de políticas gubernamentales de naturaleza macroeconómica en áreas tales como transportes, normas técnicas, política comercial, industrial, agrícola y cambiaria. A tales efectos el Tratado preve la creación de 10 subgrupos del Mercado común es la instancia máxima de conducción política del proceso durante el período de transición, hasta 31 de diciembre de 1994.

Uno de los objetivos básicos lo constituye el establecimiento de una tarifa externa común a partir de diciembre de 1994. Esta tarifa externa deberá ser un factor de estímulo a la competitividad externa de los cuatro países, compatible con el proceso en curso de apertura de sus economías.

(Continúa)

hecho de que el Arancel externo común que ha de ser negociado debe "incentivar la competitividad externa de los Estados Partes" (art. 5, c del Tratado de Asunción).

No es un Mercado Común cerrado al comercio extra zonal, dirigido solo a fomentar las relaciones comerciales intrazonales, para crear un gran espacio económico y semi autárquico. Es todo lo contrario. Esta es la nueva filosofía de los procesos de integración de hoy, que los hace totalmente compatibles con el Gatt, lo que no ocurrió años atrás con algunas otras formaciones o iniciativas integracionistas (18).

14. *El carácter provisional del sistema orgánico del Tratado de Asunción.* El sistema orgánico del Tratado de Asunción es esencialmente provisorio, como ya hemos dicho en el párrafo 2 de este capítulo V.

El sistema institucional y orgánico definitivo se decidirá en la forma establecida en el art. 18.

15. *El actual sistema orgánico.* El Consejo del Mercado Común, "órgano superior", al que le corresponde la "conducción política del mismo y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos y plazos establecidos para la constitución definitiva del Mercado Común" (art. 10), se integra por los Ministros de Relaciones Exteriores y de Economía. Se reunirá cuantas veces lo estime oportuno y por lo menos una vez al año con la participación de los presidentes de los Estados Partes (art. 11). La primera reunión a nivel de Jefes de Estado se realizará en Punta del Este en octubre o noviembre de 1991.

El Grupo Mercado Común es el "órgano ejecutivo" (art. 3). Su integración está dada por el art. 14 (4 miembros titulares y 4 alternos por país). Contará con una Secretaría Administrativa, cuya sede será Montevideo (art. 15).

(Continuação da Nota 17)

El Tratado esta abierto a la adhesión de todos países-miembros de la Asociación Latino-Americana de Integración (Aladi) después de cinco años de su entrada en vigor.

Finalmente, cabe señalar que, en ocasión de su firma, los Presidentes de los cuatro países recalcaron que el Mercosur no constituirá una área económica excluyente, sino por el contrario, un espacio plenamente accesible y complementario del proceso de integración latino-americana.

Tan pronto entre en vigencia el mencionado Tratado, los países que lo integran procederán a notificar al Gatt conforme a los procedimientos que correspondan."

18. Jagdish Bhagwati, *The World Trading System at Risk*, New York, 1991; Alan Oxley, *The Challenge of Free Trade*, New York, 1990; T. L. Flory, *Le GATT, Droit International et Commerce Mondial*, Paris, 1970.

Las decisiones del Consejo y del Grupo Mercado Común se adoptarán durante el período de transición por consenso con la presencia de todos los Estados Partes (art. 16). Se asegura así que ninguna decisión contraria a nuestro país pueda ser adoptada.

El Anexo V enumera los 10 Subgrupos de Trabajo que, a los efectos de la coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales, se constituirán dentro de los 30 días de la constitución del Grupo Mercado Común.

Estos Subgrupos son:

- Subgrupo 1: Asuntos Comerciales
- Subgrupo 2: Asuntos Aduaneros
- Subgrupo 3: Normas Técnicas
- Subgrupo 4: Política Fiscal y Monetaria, relacionada con el comercio.
- Subgrupo 5: Transporte Terrestre
- Subgrupo 6: Transporte Marítimo
- Subgrupo 7: Política Industrial y Tecnológica
- Subgrupo 8: Política Agrícola
- Subgrupo 9: Política Energética
- Subgrupo 10: Coordinación de Políticas Macroeconómicas.

Nada impide que se creen otros Subgrupos para encarar otras cuestiones que están involucradas en el proceso de conformación y establecimiento del Mercosur, como por ejemplo en materia laboral, sanitaria, cultural, etc.

16. *La adhesión al Mercosur de otros países.* El artículo 20 del Tratado de Asunción dispone:

“El presente Tratado estará abierto a la adhesión, mediante negociación de los demás países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración, cuyas solicitudes podrán ser examinadas por los Estados Partes después de cinco años de vigencia de este Tratado.

No obstante, podrán ser consideradas antes del referido plazo las solicitudes presentadas por países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración que no formen parte de esquemas de integración subregional o de una asociación extraregional.

La aprobación de las solicitudes será objeto de decisión unánime de los Estados Partes.”

De acuerdo con este texto, Chile, si lo deseara, podría solicitar su adhesión inmediatamente después de la entrada en vigencia del Tratado, pues cumple lo dispuesto en el párrafo segundo.

Bolivia, en cambio, en cuanto pertenece al Pacto Andino, debe esperar el plazo del párrafo primero, salvo que salga antes de dicho esquema de integración subregional. Es igual la solución para el caso del Perú.

Al firmarse el Tratado de Asunción, el 26 de marzo de 1991, se emitieron, por los Ministros de Relaciones Exteriores de los cuatro países, dos decisiones respecto a la situación de Chile y Bolivia.

El Comunicado de los Presidentes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, emitido en Guadalajara el 19 de julio de 1991, dice en su párrafo 9:

“Los Presidentes encargaron a sus Cancilleres estudiar las posibles formas y la oportunidad de vinculación de Bolivia y Chile al Mercosur.”

Esta “vinculación” puede tener varias formas, una de las cuales podría ser la de eventuales acuerdos de asociación. El tema será objeto de próxima consideración.

17. *Las Salvaguardias.* El Anexo IV al Tratado de Asunción se refiere a las cláusulas de Salvaguardias. Estas cláusulas, que se pueden aplicar hasta el 31 de diciembre de 1994 — es decir durante el período de transición — constituyen un régimen excepcional, al que solo es posible recurrir “en casos excepcionales” (art. 1 del Anexo IV).

Los siete artículos de este anexo precisan el régimen de estas salvaguardias, cuya importancia, para un país de las características del Uruguay en relación con los otros socios, es evidente.

Sin posibilidad ahora de estudiar todo este anexo, quiero recordar la norma fundamental, el art. 2, que determina cuando y como es posible llegar a la aplicación de salvaguardias. El art. 2 dice:

“Si las importaciones de determinado producto causaran daño o amenaza de daño grave a su mercado, como consecuencia de un sensible aumento de las importaciones de ese producto, en un corto período, provenientes de los otros Estados partes, el país importador solicitará al Grupo Mercado Común la realización de consultas a fin de eliminar esa situación.

El pedido del país importador estará acompañado de una declaración pormenorizada de los hechos, razones y justificativos del mismo.

El Grupo Mercado Común deberá iniciar las consultas en un plazo máximo de diez días corridos a partir de la presentación del pedido del país importador y deberá concluir las, habiendo tomado una decisión al respecto, dentro de los veinte días corridos desde su iniciación."

El art. 3 da los criterios para la determinación del daño, la amenaza de daño grave, y la forma y el procedimiento a seguir. El art. 4 establece las pautas para que no se interrumpan las corrientes de comercio que hubieran sido generados y el 5 fija la duración de las salvaguardias (un año prorrogable por otro, sin que puedan extenderse más allá del 31 de diciembre de 1994) y solo pueden adoptarse una vez por cada producto.

Pero además, este anexo contiene una importante disposición general, cuya aplicación puede tener un carácter más genérico que el referido a la sola aplicación de salvaguardias. Es el artículo 7, que dice:

"Durante el período de transición, en caso de que algún Estado Parte considere que se ve afectado por graves dificultades en sus actividades económicas, solicitará al Grupo Mercado Común la realización de consultas a fin de que se tomen las medidas correctivas que fueren necesarias."

18. *Solución de Controversias.* El Anexo III trata la solución de Controversias. Es también un sistema provisorio, para al período de transición. Antes de 1 de diciembre de 1994 se adoptará el "Sistema Permanente", que deberá ser un régimen creado en función de "la estructura institucional definitiva" del Mercado Común (art. 18).

El art. 1, en sus párrafos I y II, del Anexo III, dice:

"1 — Las controversias que pudieren surgir entre los Estados Partes como consecuencia de la aplicación del Tratado, serán resueltas mediante negociaciones directas.

En caso de no lograr una solución, dichos Estados Partes someterán la controversia a consideración del grupo Mercado Común, el que luego de evaluar la situación formulará en el lapso de sesenta días las recomendaciones pertinentes a las partes para la solución del diferendo. A tal efecto, el Grupo Mercado Común podrá establecer o convocar paneles de expertos o grupos de peritos con el objeto de contar con asesoramiento técnico.

Sí en el ámbito del Grupo Mercado Común tampoco se alcanzara una solución, se elevará tal controversia al Consejo del Mercado Común para que adopte las recomendaciones pertinentes.

2 — Dentro de los ciento veinte (120) días de la entrada en vigor del Tratado, el Grupo Mercado Común elevará a los Gobiernos de los Estados Partes una propuesta de Sistema de Solución de Controversias que regirá durante el período de transición.”

Es un sistema embrionario y parcial, solo concebible en cuanto era imposible establecer ahora un régimen más moderno, evolucionado y completo. El sistema definitivo deberá estar coordinado con la concepción del Mercado Común que se ha de conformar, como ya lo expresamos en el párrafo 3 de este capítulo V.

19. *El Tratado de Asunción y el Tratado Argentino-Brasileño de 1988.* El Tratado Argentino-Brasileño de Integración y Desarrollo fue firmado el 29 de setiembre de 1988 y entró en vigencia luego de su ratificación por las partes.

El objeto de este Tratado, determinado en su artículo 1, es el “de la consolidación del proceso de integración y cooperación económica entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil”.

El plazo de conformación de este Mercado Común está fijado en el artículo 3, en lo relativo a la primera etapa, fijando el art. 5, la forma de concreción de la segunda.

El artículo 3 del Tratado Argentino-Brasileño dispone:

“La remoción de todos los obstáculos tarifarios y no tarifarios al comercio de bienes y servicios en los territorios de los dos Estados Partes serán alcanzados, gradualmente, en un plazo máximo de diez años a través de la negociación de protocolos adicionales al Acuerdo de Alcance Parcial de Renegociación de las Preferencias Otorgadas en el Período 1962-1980. (Acuerdo Nro. 1)

Los protocolos adicionales, a través de la convergencia de los niveles tarifarios vigentes en ese momento, consolidarán progresivamente los niveles tarifarios comunes de la Nomenclatura Aduanera de Aladi.”

El artículo 5 del Tratado Argentino-Brasileño dispone:

“Concluida la primera etapa, se procederá a la armonización gradual de las demás políticas necesarias para la formación del mercado común entre los dos Estados Partes, incluyendo, entre otras, las relativas a recursos humanos, a través de la negociación de Acuerdos Específicos que serán aprobados por el Poder Legislativo de la República Argentina y el Poder Legislativo de la República Federativa de Brasil.”

En el Acta de Buenos Aires, firmada por los Presidentes Menen y Collor, el 6 de julio de 1990, se decidió:

“Establecer un Mercado Común entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil, el que deberá encontrarse definitivamente conformado el 31 de diciembre de 1994.”

Fué esta declaración que motivó el planteamiento uruguayo que hizo posible el Comunicado Conjunto de Argentina, Brasil, Uruguay y Chile del 1 de agosto de 1990, que generó el proceso que culminó con la firma del Tratado de Asunción el 26 de marzo de 1991. ¿Subsiste el tratado Argentino Brasileño de noviembre de 1988 después de la entrada en vigencia del Tratado de Asunción?

La respuesta a esta pregunta obliga a precisar complejas cuestiones jurídicas.

Un tratado posterior puede derogar o mejor dicho abrogar a uno anterior. Es lo que la doctrina ha llamado la extinción de un tratado por mútuo o común disenso⁽¹⁹⁾. Pero para que esta derogación o abrogación — expresa o implícita — sea posible, se requiere que las partes en el tratado posterior sean las mismas que las del tratado anterior y se cumplan las otras exigencias del art. 59 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁽²⁰⁾.

Un tratado multilateral posterior del que sean partes, entre otras, dos partes que a su vez son las partes de un tratado bilateral anterior, no puede, en principio, derogar este tratado bilateral previo, salvo que las dos

19. Eduardo Jiménez de Aréchaga, Curso de Derecho Internacional. Público, Tomo I, Capítulo III, págs. 198 y 199; Francisco Rezek, *Direito dos Tratados*, Rio, 1984, págs. 478-479; T. O. Elias, *The Modern Law of Treaties*, Oceana, 1974, Capítulo VII, págs. 101-111.

20. En la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados el artículo 59 dice:

“1. Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y:

a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o

b) las disposiciones del tratado son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.

2. Se considerará que la aplicación del tratado anterior ha quedado únicamente suspendida si se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes.”

Sobre la interpretación de esta norma y sus antecedentes, así como respecto de la opinión individual de Anzilotti en el caso de la Compañía de Electricidad de Sofía, véase: Francesco Capotorti, *L'Extinction et la Suspension des Traités*, Académie de Droit International, Recueil des Cours, Vol. III, 1971, págs. 496-497; Elias, op. cit., pag. 112; Shabatai Rosenne, *The Law of Treaties*, Oceana, 1970, pág. 310 y Ernesto de la Guardia y Marcelo Delpech, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1964*, Buenos Aires, 1970, pág. 451.

partes de este, en el tratado multilateral, manifiesten expresa o tácitamente su voluntad jurídica de dejarlo sin efecto (21).

Este extremo no se ha dado en el tratado de Asunción, que no se remite ni se refiere, a ningún efecto, al argentino-brasileño de 1988. La Convención de Viena, en su artículo 30.2 encara una hipótesis que no se da en el tratado de Asunción. De modo que el tratado multilateral de Asunción no ha abrogado ni expresa ni tácitamente el tratado bilateral argentino-brasileño.

Pero como el objeto y el fin del tratado de Asunción concuerda en lo esencial con el de 1988 (22), y, en consecuencia, el proceso de conformación del Mercado Común ha dejado de ser bilateral para hacerse multilateral y como el Mercado Común ya no será Argentino-Brasileño, sino Argentino-Brasileño-Paraguay-Uruguay, hay que llegar a la conclusión de que, habiendo quedado con lo esencial vacío de contenido el tratado de 1988, es el de Asunción el que se ha de aplicar y el que tiene vigencia efectiva y real para el proceso de conformación del Mercado Común.

Esta es la conclusión esencial, que desarrollé en mis intervenciones en las Comisiones de Asuntos Internacionales del Senado y de la Cámara de Representantes y en mi Conferencia en el Instituto de Estudios Empresariales.

He vuelto a reflexionar ahora sobre el tema y la mantengo integralmente, con la precisión de que, no habiendo existido abrogación, y estando en principio en vigencia el tratado de 1988 sus normas — con la salvedad de aquellas vinculadas con el proceso de conformación del Mercado Común cuatripartito ya que en este caso rigen los del tratado de Asunción y han quedado sin sentido ni aplicabilidad las del tratado de 1988 — se mantienen en vigor.

El Tratado de 1988 aunque formalmente puede considerarse vigente, — teniendo en cuenta la salvedad antes expuestas — ha devenido un tratado carente de sentido y aplicabilidad. El único que hoy regula la creación del Mercado Común del Sur, las obligaciones y derechos de las partes al respecto es el Tratado de Asunción.

20. *Entrada en vigencia.* El artículo 19 del Tratado en lo que se refiere a su entrada en vigencia, determina "que entrará en vigor 30 días después de la fecha de depósito del tercer instrumento de ratificación."

21. La Convención de Viena sólo encara el caso de suspensión parcial de un tratado multilateral por acuerdo entre algunas de las partes (arts. 58, 40 y 41). Ese criterio puede ser aplicable analógicamente a la abrogación de un tratado multilateral por un acuerdo de algunas de sus partes. (Véase Capotorti, op. cit. pág. 503).

22. La consideración de si los tratados se refieren a la misma materia es esencial para encarar esta cuestión, como resulta del artículo 30 de la Convención de Viena. (Véase Capotorti, op. cit., págs. 503-513).

21. *Depositario.* Los instrumentos de ratificación serán depositados ante el Gobierno del Paraguay (art. 19).

Este artículo establece las obligaciones del Gobierno depositario. Concuere con lo dispuesto al respecto por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (arts. 76, 77 y 78) que, por lo demás, es aplicable para determinar las otras obligaciones del depositario.

22. *Denuncia.* La denuncia, es decir el instituto para poner fin a la condición de parte en un tratado (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 44 y 56) está previsto expresamente en el capítulo V (arts. 21 y 22):

“Art. 21. — El Estado Parte que desee desvincularse del presente Tratado deberá comunicar esa intención a los demás Estados Partes de manera expresa y formal, efectuando dentro de los sesenta días la entrega del documento de denuncia al Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay, que lo distribuirá a los demás Estados Partes.

Art. 22. — Formalizada la denuncia, cesarán para el Estado denunciante los derechos y obligaciones que correspondan a su condición de Estado Parte, manteniéndose los referentes al programa de liberación del presente Tratado y otros aspectos que los Estados Partes, junto con el Estado denunciante, acuerden dentro de los sesenta días posteriores a la formalización de la denuncia. Esos derechos y obligaciones del Estado denunciante continuarán en vigor por un período de dos años a partir de la fecha de la mencionada formalización.”

La denuncia, instituto que sería aplicable aunque no se dispusiera nada en el Tratado, por aplicación de los principios generales y de la Convención de Viena (art. 44), ya que se reconoce su pertinencia y aplicabilidad salvo en el caso de que el propio Tratado lo prohíba expresamente.

En un tratado como el de Asunción la posibilidad de denuncia y la regulación de su régimen es fundamental. Si el Mercosur llegara a fracasar, lo que no existe en nuestros pensamientos ni previsiones, pero que es una hipótesis que no puede teóricamente descartarse, si sus efectos fueran claramente negativos — la denuncia es el recurso último y final.

23. *Reservas.* El tratado de Asunción no preve especialmente la posibilidad de hacer reservas, pero tampoco las prohíbe.

Por ello aplicación de los principios generales y de la Convención de Viena, las reservas al Tratado de Asunción son, en principio, admisibles (art. 19 de esta Convención). Pero tales reservas deben ser compatibles “con el objeto y el fin del tratado” (art. 19 c de la Convención de Viena).

Ninguno de los cuatro Estados que firmaron el tratado de Asunción hicieron reservas, ni declaraciones interpretativas. Tampoco lo hicieron al ratificar Paraguay y Uruguay. No es previsible que lo hagan — cuando ratifiquen — Argentina y Brasil.

En cuanto a los Estados que en el futuro adhieran, como esta adhesión se ha de efectuar mediante negociación con los demás miembros y la aprobación de las solicitudes de adhesión ha de ser objeto de decisión unánime de los Estados Partes (art. 20 del Tratado de Asunción), no es pensable que puedan darse reservas a este Tratado por parte de los Estados que adhieran posteriormente en el futuro.

V

La integración económica en general es uno de los fenómenos claves no solamente desde el punto de vista económico, sino también político del mundo actual. Está asimismo en la base ineludible de lo que puede pensarse que va a ser el mundo futuro inmediato. Todo hace pensar que el mundo de los próximos años, de las próximas décadas, el mundo de fin del siglo XX y del inicio del siglo XXI, ha de ser un mundo de grandes espacios económicos. Es el mundo de los Estados Unidos y la zona de libre comercio de la América del Norte, de la Comunidad Económica Europea, de la gran esfera de influencia del Japón en el Asia, en fin, de lo que esperamos que pueda ser la proyección económica del Mercosur.

Renunciar en estas circunstancias, no ya desde el punto de vista uruguayo, sino desde el punto de vista latinoamericano, a iniciar un proceso de creación de un gran espacio económico, por ahora del Cono Sur, quizás luego de una proyección mayor, sería renunciar a la participación activa en el mundo del mañana. Sería una indefendible posición de temor, de renunciamento a participar en ese universo en el cual las pequeñas unidades económicas no pueden jugar y actuarán, en cambio, solo los grandes espacios económicos.

Si esto es así en términos universales y regionales, enfocando el tema del punto de vista de nuestro Uruguay, la situación es aún más clara, la actitud más ineludible y la línea política más determinada y más irreversible.

La pequeñez demográfica y económica del Uruguay señala de una manera absolutamente clara que el desarrollo de la República está unido a la existencia de un mercado amplio, en el cual pueda proyectarse. Si no comprendemos ésto, si seguimos enclaustrados en una visión provinciana y reducida de un mercado pequeño basado en un proteccionismo de aldea, el Uruguay no tiene futuro, el Uruguay quedará como una pequeña comunidad económica sin trascendencia y el desarrollo económico del país, que está en la base del desarrollo político, del desarrollo social, del desarrollo cultural y del bienestar material, intelectual y moral de su

pueblo, estará irreversiblemente limitado a proyecciones inaceptablemente pequeñas y mediocres.

Este tratado nos abre la posibilidad de un destino de grandeza. Es un desafío. Desafío difícil, complejo. Hay que repensar el país, reconvertirlo y en cierta forma recrear al Uruguay. Pero es el desafío que plantea a nuestra generación y sobre todo a la generación que nos va a seguir, la posibilidad real de salir de una realidad gris, de pequeñez, para insertarnos en un destino de crecimiento, de una nueva concepción de lo que es el Uruguay y de su proyección en el mañana.

Por eso la decisión de insertarnos de una manera plena y total en este marco común fue y es una decisión histórica. Fue y es la decisión de crear un nuevo Uruguay. Fue y es la decisión de que todo el planteamiento y en el debate político de este tema salgamos de las pequeñas querellas domésticas, para poner frente a nosotros un gran objetivo nacional común, que nos sacuda y que nos de fuerza para encarar el futuro.

Muchos ejemplos podrían darse en este sentido. El señor Presidente de la República dijo con razón que era el acto más trascendente de nuestra historia después de la Independencia. De la misma manera en que a principios de siglo un Uruguay extenuado por las guerras civiles y por la realidad de una vida política que en el siglo XIX había sido de confrontación y de falta de crecimiento, se lanza en las tres primeras décadas a un asombroso crecimiento económico y a una transformación social y cultural excepcional. Hoy estamos de nuevo ante un acontecimiento que nos abre otras posibilidades, tan grandes o más, que las que en su momento transformaron al Uruguay y hicieron de nuestro país modelo.

En este sentido el Tratado, y sobre todo la aplicación del Tratado, constituye una excepcional y casi me atrevería a decir única palanca de cambio y de renovación. Hay que utilizarla y hay que jugarse a fondo en este sentido.

Estoy absolutamente convencido que este Tratado tiene una importancia histórica para el Uruguay; que de su aplicación puede resultar el otro Uruguay que todos queremos. Pienso, en el mismo sentido que lo dijo el señor Presidente de la República, que este Tratado era un acto tan trascendente como lo fue en su momento la Declaración de la Independencia. Situando el tema en el ámbito del Derecho Internacional; estimo que en la historia internacional de la República, habrá dos actos internacionales de importancia determinante en la vida del país; la Convención preliminar de Paz de 1828 y el Tratado del 26 de marzo de 1991.

Pero así como la Convención Preliminar de Paz solo tuvo verdadero sentido y significación por la voluntad del pueblo uruguayo de ser libre y de ser independiente, el tratado del 26 de marzo del 91 solo será algo realmente positivo y trascendente si se nutre de la voluntad del pueblo uruguayo de tener un futuro realmente grande y un porvenir promisor para todos los hijos de este país.

Os Limites da Política Comercial da Comunidade Européia (*)

PETER GILSDORF

Consultor Jurídico da Comissão Européia,
Bruxelas

Tradução do alemão:

ULF GRELOR BARANOW

Professor da UnB e Tradutor do Senado
Federal

SUMÁRIO

I. Considerações preliminares. II. Princípios. 1. Definição da política comercial comunitária. 2. A problemática da exclusividade. III. Delimitação em relação a outras políticas. 1. Política comercial em geral. 2. Política de desenvolvimento. 3. Política agrária. 4. Proteção à saúde e proteção ao consumidor. 5. Proteção ambiental. 6. Proteção da propriedade industrial e questões correlatas. 7. A questão da exclusividade (referente aos itens 4, 5 e 6). 8. Regulamentos acessórios. 9. Serviços. 10. Outros tipos de relações de comércio exterior. IV. Medidas motivadas politicamente, em especial sanções. V. Observações finais.

I. Considerações preliminares

A definição da política comercial comunitária e sua delimitação em relação a outras atividades da Comunidade Européia é um tema que vem

(*) Palestra realizada em 12 de fevereiro de 1988 no Instituto Europeu da Universidade do Sarre (Saarbruecken, República Federal da Alemanha). Publicada em: *Universitaet des Saarlandes. Vortraege, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut* n° 125, 1988.

se tornando cada vez mais premente. Por um lado, isto se deve à presença sempre crescente da Comunidade no panorama internacional e, por outro, à integração do mercado prevista para 1993, que acarretará também maior integração dos diferentes regimes de comércio exterior. É preciso recordar que, sem um tratamento integrado dos regulamentos de importação, por ora ainda diferenciados em relação a países terceiros, não se pode cogitar na eliminação das fronteiras internas, em cumprimento ao que dispõe o art. 115 do Tratado Constitutivo da Comunidade Econômica Européia⁽¹⁾.

A questão da delimitação tem uma importância excepcional na prática. Enquanto que ao nível estatal (exceto nos estados federados) as questões de delimitação ocupam lugar secundário, na Comunidade elas se aproximam do Direito Constitucional, em virtude do princípio da restrição de poderes. E isto não só no que tange à própria existência da competência comunitária, como também à sua estruturação institucional. A questão dos procedimentos vem adquirindo um significado primordial para a Comunidade, desde que o Conselho de Ministros novamente vem fazendo uso de sua prerrogativa de votar. No âmbito da política comercial, a Comunidade tem uma competência bastante abrangente, abarcando todos os tipos de comércio autônomo e convencional, à qual se vincula um procedimento simples, a saber: as decisões são tomadas pelo Conselho com maioria qualificada de votos, por proposta da Comissão Européia, e sem o pronunciamento do Parlamento Europeu. Em outros domínios de relações com países terceiros, por exemplo, na política de desenvolvimento, isto já não vem ocorrendo. Neste caso, a competência da Comunidade, de acordo com o art. 235 CEE, deverá ser justificada expressamente, por ter caráter subsidiário, sendo regida pelo princípio da unanimidade.

Uma vez que, na visão da Comissão, o Conselho em muitos casos vem-se utilizando de uma fundamentação jurídica insuficiente, que exige o princípio da unanimidade na votação, a Comissão, por sua vez, quase que sistematicamente tem optado por levar esses casos ao Tribunal de Justiça. Nesses casos, evidencia-se a questão da delimitação de uma política comercial comunitária, ou seja, a aplicação do disposto no art. 235 e sua vinculação ao art. 113 do Tratado. Em seu acórdão de 26-3-1987, sobre a classificação jurídica do Sistema das Preferências Gerais Aduaneiras, o Tribunal confirmou a tese defendida pela Comissão⁽²⁾. Outros processos

(1) O art. 115 CEE é aplicável, enquanto de fato houver diferenças relevantes entre os regimes de comércio exterior dos Estados-Membros; cf. acórdão no proc. DEZI, 242/84, Col. EuGH 1986, p. 993. Além da questão tratada no art. 115, a integração dos regimes de comércio exterior será necessária também devido às condições de competição unificadas na Comunidade. Os órgãos comunitários estão trabalhando intensivamente neste sentido. No tocante ao art. 115, a Comissão decidiu tornar mais rigorosos os critérios para a sua aplicação (nº 87/433, JO 1987, L 238/26).

(2) Proc. 45/86. Independentemente da questão da delimitação, este acórdão tem importância fundamental, pois o Tribunal de Justiça considerou no caso nula de pleno direito a aplicação indevida do art. 235.

estão pendentes ou serão iniciados em breve. A Comissão, portanto, vem tentando interpretar do modo mais extensivo possível a competência comunitária no âmbito da política comercial — uma iniciativa certamente legítima. Entretanto, neste caso, há de se reconhecer limites em relação a outros domínios, conforme mostraremos a seguir.

Política comercial e política externa se entrecruzam, a primeira constituindo tradicionalmente um dos instrumentos da segunda. Decorre daí uma tensão permanente entre a Comunidade e os Estados-Membros, que vêm abrir-se uma brecha no cerne de sua soberania, enquanto, naturalmente, aumenta pouco a pouco a competência comunitária. Essa fonte geradora de conflitos não foi ainda neutralizada; logrou-se apenas atenuá-la um pouco, com a inclusão, no Ato Único Europeu, da cooperação ao nível da política externa. Essa contradição evidencia-se, de modo especial, nas sanções na política comercial, mas também está presente na base de toda a política comercial.

II. Princípios

1. Definição da política comercial comunitária

a) Na tentativa de definir uma política comercial comunitária, deparamos, como em casos análogos, com *teorias conflitantes*. No presente caso, referimo-nos à conhecida polémica entre a “concepção instrumental” da Comissão e a “concepção finalista” do Conselho. Além de sutilezas teóricas, está implícito um conflito real de interesses políticos, entre os pontos de vista respectivamente progressivo e defensivo, com respeito à integração, o que pode ser exemplificado com numerosos casos⁽³⁾.

Deixaremos de abordar aqui as minúcias dessa discussão de caráter doutrinário. Todavia, parece-nos indispensável uma breve exposição das teorias em conflito a fim de que se possam daí inferir alguns critérios gerais para se estabelecer uma delimitação.

Na chamada teoria instrumental, a questão se um ato jurídico se enquadra no art. 113, é decidida conforme ele constitui ou não “um instrumento específico para a regulamentação do comércio internacional”. Não é levada em conta a finalidade a que se destina esse instrumento. Por sua vez, na teoria finalista, quer-se saber se a medida “é tomada para influir sobre o volume ou o fluxo comercial”.

b) Com a *teoria instrumental* pura, enfrentam-se dificuldades ao tentar definir o que nela se entende por um instrumento específico. Obviamente,

(3) As teorias foram desenvolvidas sobretudo pelos serviços jurídicos de ambos os órgãos, tendo sido aplicados casuisticamente por ambos, em especial em contenciosos; veja-se por exemplo a contestação do Conselho e da Comissão no Parecer 1/78 (Acordo da Borracha — JC 1979, p. 2.905), bem como no Proc. nº 45/86 (cf. Nota 2 acima). — V. também Vedder, in: Kommentar “Grabitz” sobre o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia, art. 113, pp. 38 ss.

os defensores dessa teoria não querem nem podem restringir-se aos instrumentos clássicos da política comercial. No caso de instrumentos mais complexos, especialmente do tipo convencional⁽⁴⁾, esta teoria terá de levar em conta necessariamente a finalidade e os objetivos. O mesmo se aplica ao instrumento que, à primeira vista, abrange indistintamente a circulação interna de mercadorias e o comércio com países terceiros, por exemplo, no caso de direitos fiscais⁽⁵⁾ ou de subvenções⁽⁶⁾. Se a tais medidas, na realidade, cabe, sub-repticiamente, uma natureza político-comercial, é uma questão a ser decidida apenas por um critério objetivo que leve em conta a finalidade delas.

Por outro lado, a teoria instrumental não pode ser estendida de modo tal a abranger todas as medidas que apenas influam sobre o comércio internacional ou lhe sejam tangenciais. Neste caso, ultrapassar-se-iam as fronteiras de outros domínios de atividades da Comunidade, regidos por regulamentos específicos, ou situados em posição mais periférica relativamente à competência comunitária.

c) A *teoria finalista* pura, pelo menos na concepção até aqui defendida pelo Conselho, também parece ser insustentável, no sentido de que, mesmo com relação às medidas expressamente referidas no art. 113 (por exemplo, aquelas de natureza tarifária ou quantitativa), ela requer como critério adicional uma finalidade específica de política comercial. No contencioso referente às preferências alfandegárias gerais, não prevaleceu essa concepção do Conselho⁽⁷⁾. Todavia, as discussões sobre o assunto não terminam aqui, conforme ainda veremos mais adiante.

A teoria em apreço é questionável também a partir de suas premissas, porque ignora que a política comercial não constitui um fim em si mesma, mas encontra-se a serviço de outros objetivos, como parte integrante de uma política econômica geral. Numa única medida, por exemplo, em um imposto aduaneiro, podem exprimir-se concretamente objetivos variados, em geral complexos e até contraditórios entre si, quais

(4) Aplica-se, por exemplo, aos acordos sobre matérias primas como o Acordo da Borracha, ou ainda aos acordos de proteção à propriedade industrial (v. Item III, 6).

(5) As medidas de política fiscal internas, enquanto instrumentos, dificilmente poderiam ser atribuídas à política comercial, mas poderiam sê-lo com vistas à sua utilização (discriminatória). Vejam-se as proibições de discriminação fiscal nos acordos comerciais da Comunidade (por exemplo, o art. 18 do Tratado CEE — Suíça); v. também o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Cooperativa Co-Frutta, 193/85 de 7-5-1987, no qual se reconhece a natureza político-comercial do imposto interno italiano sobre o comércio de bananas (razões, sob nº 28).

(6) V. Item III, 1, b) e Nota 21.

(7) No presente caso, o Tribunal de Justiça não se pronunciou sobre as teorias como tais, mas não acolheu tampouco a tese extremada proposta pelo Conselho. A favor da teoria desenvolvida pela Comissão pronunciou-se claramente o advogado-geral Lenz, no mesmo processo (requerimentos finais de 29-1-87, nº 73).

sejam: proteção da indústria nacional, respeito de interesses de países terceiros, abastecimento do mercado interno etc.

A teoria finalista, portanto, não pode ser aceita, enquanto centrada sobre finalidades e objetivos mais distantes, ou sobre razões implícitas à atividade legiferante, mesmo que essas razões possam ser analisadas objetivamente. Se, por outro lado, levarmos em consideração o objetivo mais próximo, incluindo aquelas medidas que facilitam potencialmente ou dificultam o comércio, então as diferenças em relação à teoria instrumental seriam minimizadas.

São essas as considerações sobre a discussão teórica. Nossa proposta tende, para uma solução, por assim dizer intermediária, ou mais exatamente, uma "solução combinada", aproximando-se da proposta feita pela primeira vez por Ehlermann no Congresso da FIDE em Dublin (8).

d) Ainda dois pontos importantes de natureza geral devem ser ressaltados:

— Atualmente, há consenso sobre o fato de que as medidas de política comercial da Comunidade não se restringem apenas ao objetivo referido no art. 110, ou seja à *liberalização do comércio mundial*. Trata-se aqui antes de uma asserção programática de natureza política, a ser interpretada também no contexto histórico. Mesmo que se queiram atribuir um efeito jurídico mitigado a essa norma, não vemos como inferir daí, na prática, qualquer base legal a favor do emprego de um conjunto de instrumentos de política comercial por parte dos órgãos comunitários (9). As diretrizes da política comunitária de comércio são decorrentes da estrutura global do Tratado Constitutivo da CEE, atribuindo-se aos respectivos órgãos uma considerável margem interpretativa.

— Alguns têm defendido o ponto de vista de que o capítulo sobre política comercial no Tratado nada mais seria que a proteção externa da "União Aduaneira", referida no art. 9.º (10). Embora seja relevante o

(8) Publicado pela primeira vez em EuR 1982, p. 285. Mais detalhadamente no volume comemorativo em honra de Teitgen (1984) "The scope of Art. 113 of EEC-Treaty" p. 145. — Divergindo de Ehlermann, somos de opinião de que a contradição entre ambas as teorias poderia ser bastante atenuada, a partir de suas respectivas premissas. Opinião semelhante é defendida por Vedder (cf. Nota 3 acima). Contudo, Ehlermann não trata da questão da exclusividade que se coloca de modo incisivo, quando da extensão da conceituação; v. a crítica de Timmermanns (cf. Nota 43, abaixo). — Bleckmann, in: RIW 1986, p. 194 ("Zustaendigkeit der EG fuer Massnahmen nach Art. XX des GATT") defende uma tese finalista atenuada (isto é, "regulamentação jurídica direta das relações comerciais para com países terceiros").

(9) As concepções tratadas na literatura abrangem desde a rejeição total de uma vinculação jurídica até uma vinculação jurídica limitada (cf. Beutler/Bieber/Pipkorn/Strell, Die Europaeische Gemeinschaft — Rechtsordnung und Politik, 3ª ed., p. 526).

(10) Referências in: Beutler et al. (cf. Nota nº 13), p. 529.

aspecto protecionista "para fora", não é este o único critério que caracteriza a política comercial comunitária. Se assim fosse, teria sido suficiente complementar o capítulo referente à "União Aduaneira" do Tratado por mais um ou dois artigos; da mesma forma não seria compreensível por que razão nele se incluíra um capítulo próprio sobre "Política Econômica". O Tribunal de Justiça tem impedido todas as tendências visando a uma interpretação restritiva.

Talvez esse argumento seja importante para a caracterização de uma competência exclusiva. Por essa razão, apresentaremos algumas considerações que nos parecem de fundamental importância.

2. *A problemática da exclusividade*

De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a competência da Comunidade no âmbito da política de comércio comunitário é exclusiva.

Esta interpretação não é auto-explicativa e nem decorre diretamente do Tratado. Está em contradição com a divisão das competências em outros domínios como, por exemplo, na política agrícola comunitária, na qual a exclusividade decorreu tão-somente da evolução do conjunto dos instrumentos comunitários. Inicialmente, o argumento não foi entendido sob essa forma incisiva pelas outras instituições, nem mesmo pela Comissão, ao menos não com respeito às medidas autônomas.

O Tribunal de Justiça pronunciou-se em dois casos fundamentalmente distintos: no primeiro caso, tratava-se da conclusão de um acordo no domínio da política de exportação⁽¹¹⁾; no segundo, tratava-se de medidas autônomas relativas a restrições de importação⁽¹²⁾. Considerando que não estamos diante de uma jurisprudência abrangente e consolidada⁽¹³⁾, parece-nos oportuno submeter à análise toda a problemática da exclusividade⁽¹⁴⁾.

Quer-nos parecer que a exigência da Comunidade, de exercer a competência ilimitada e exclusiva, se torna mais e mais questionável, na medida em que a conceituação de política comercial comunitária for estendida além de seus limites clássicos. Torna-se questionável essa exigência,

(11) Parecer 1/75 sobre custos locais OCDE, CJ 1976, p. 1.355.

(12) Acórdão do proc. Donckerwolcke, 41/76, CJ 1976, p. 1.921.

(13) O Tribunal de Justiça, também nos acórdãos subsequentes, se referiu à jurisprudência acima citada (v., por exemplo, o acórdão Bulk-Oil, 59/84, CJ 1986, p. 559); mas não tem havido uma discussão mais recente sobre a matéria.

(14) Na literatura, a matéria tem sido pouco tratada. Frequentemente, as deliberações do Tribunal têm sido citadas sem uma apreciação crítica (assim, por exemplo, por Ernst/Beseler, in: Kommentar "Groeben", art. 113, nº 5 ss.; observações críticas em Bleckmann, Europarecht (4ª edição), p. 462.

tanto em relação à sua justificativa teórica como relativamente à situação real.

A exigência de exclusividade pode ser facilmente justificada no que se refere ao cerne da *política comercial comunitária*, ou seja, em relação à proteção externa da União Aduaneira. Esta simplesmente não tolera ações autônomas de seus Estados-Membros. Apesar de que uma política comunitária, assentada sobre bases unificadas, ainda não possa ser concretizada⁽¹⁵⁾, a ação do Estado, individualmente considerado, deverá integrar-se completamente na política comunitária. Assim se entende a exigência do Tribunal de Justiça de uma "permissão específica" por parte dos Estados-Membros para manter ou modificar medidas estatais já existentes.

A exigência de exclusividade também se justifica, fundamentalmente, quanto à competência de fechar *acordos comerciais*. Neste caso, pode-se citar inicialmente o disposto no art. 113, inciso 3. Além disso, atente-se para o fato de que o estabelecimento de compromissos de direito internacional é qualitativamente diferente da ação autônoma; os acordos assinados entre Estados produzem limitações e exigências em relação à Comunidade, mesmo nos casos em que se queiram rescindir obrigações jurídicas. Destarte, é compreensível que o Tribunal de Justiça tenha confirmado a competência comunitária exclusiva, ao serem assumidas obrigações no domínio da política de crédito para a exportação. Fariamos, entretanto, algumas ressalvas em aplicar a teoria da exclusividade também a todos aqueles acordos, que somente a partir de uma finalidade global poderiam ser incluídos na política comercial comunitária. Trataremos de alguns casos específicos mais adiante.

A exigência de uma adjudicação imediata da competência comunitária exclusiva, sem se levar em consideração a criação dos respectivos instrumentos para exercer tal competência, afigura-se-nos um tanto temerária. Tal exigência sequer se coadunaria com as idéias básicas expressas no Tratado em outros domínios da política comunitária, nem haveria razão convincente pela qual se devesse, neste caso, tratar de política comercial de um modo qualitativamente diferente⁽¹⁶⁾. Tal hipótese também não poderia ser realmente posta em prática, e conduziria provavelmente a uma ficção, se o Conselho outorgasse qualquer tipo de poderes plenos neste sentido, que não levariam a nada⁽¹⁷⁾.

(15) As diferenças existentes nos regimes de comércio exterior continuam a apresentar-se de modo muito variado, mesmo no que se refere ao "Regulamento Comunitário de Importação" (Regulamento CEE nº 288/82, JO 1982 L 35). Muito acentuadas são as diferenças relativas aos países do Leste Europeu (v. principalmente Regulamento CEE nº 3.286/80, JO 1980 L 353).

(16) De modo semelhante, Bleckmann, op. cit. (cf. Nota 14).

(17) V. o acórdão Bulk-Oil (cf. Nota 13 acima), no qual o Tribunal, com muita dificuldade, postulou uma "permissão específica" da Comunidade (na realidade, abriu-se mão da competência comunitária).

Em suma, seria impossível pôr-se em prática, simultaneamente, a concepção de uma política comercial comunitária, transcendendo o âmbito tradicional, e a idéia de exclusividade ilimitada dessa mesma competência. Ao extrapolar a exigência exclusivista, corre-se o perigo de aceitar limitações quando da definição dessa política. De nossa parte, em casos de dúvida, sugeriríamos aplicar certas restrições ao colocar-se o problema da exclusividade.

III. *Delimitação em relação a outras políticas*

1. *Política comercial em geral*

a) Atualmente, há consenso de que não se podem subtrair determinadas medidas sob o aspecto de "política comercial" da competência comunitária, somente porque também poderiam ser enquadradas na política econômica comum. O Tribunal de Justiça, em seu Parecer n.º 1/78, não acolheu a interpretação contrária do Conselho que não levava em consideração o fato de que política comercial, antes de tudo, faz parte da política econômica em geral. No entanto, deverá estar presente um componente de política comercial, a exemplo dos acordos de matérias-primas; cooperação econômica por si só não é suficiente.

b) O exposto aplica-se especialmente à política de créditos de exportação. Decorre do art. 112 do Tratado, tendo sido confirmado de modo inequívoco pelo Tribunal de Justiça em seu Parecer n.º 1/75. Todavia, não podemos ignorar as resistências existentes que, exceto em alguns casos, têm impedido que a competência comunitária passe a tornar-se efetiva⁽¹⁸⁾.

Neste caso, portanto, estamos diante de uma contradição evidente entre as exigências e a realidade da competência comunitária. Mas essa incapacidade de fato não deveria conduzir a um questionamento generalizado da competência comunitária. Por outro lado, torna-se difícil manter a exigência da *competência exclusiva das medidas autônomas* nesta área, também com vistas à própria concepção do Tratado, que prevê em seu art. 112 uma harmonização das medidas dos Estados-Membros, e não sua mera substituição por medidas comunitárias⁽¹⁹⁾. Assim sendo, deve-se

(18) Todas as tentativas da Comissão, no sentido de organizar a política de créditos à exportação de modo integrado ou, pelo menos, de acordo com determinados princípios, foram até agora recusadas pelo Conselho. Assim, por exemplo, as propostas de 2-6-1977, Doc. KOM (77) 10 foram retiradas, devido à impossibilidade de se obter sua aprovação. Veja-se a resposta relativa à consulta por escrito 687/80 — JO C 283 n.º 3/15. Neste particular, exceção feita a alguns regulamentos esporádicos, a atividade da Comunidade vem-se restringindo à elaboração de normas disciplinadoras no contexto da OCDE, que pouco afetam o espaço de atuação dos Estados-Membros (veja-se o assim chamado "consenso").

(19) Certamente, o disposto no art. 112, após um período transitório, foi absorvido pelo art. 113. Isto porém, em nada veio modificar os objetivos do Tratado neste domínio, que continuam válidos também após o período de transição. Seria efetivamente mais correto falar-se de "harmonização", conceito esse usado no texto francês.

operar com a ficção de uma permissão "tácita" (20), o que consideramos inoportuno, ou reconhecer simplesmente que os Estados-Membros, até a existência de medidas comunitárias, dispõem, ainda, por enquanto, de um espaço próprio de decisão. Esta foi também a interpretação do Conselho, manifesta numa decisão de 1973, que se restringiu a um procedimento apenas de controle, sem reservar-se o direito de aprovação. Entretanto, pode-se imputar ao Conselho, neste particular, uma grave omissão. Consideramos indefensável considerar os sistemas estatais vigentes, *ipso iure*, contrários ao Tratado. Por outro lado, no âmbito convencional, há razões de sobejo para se defender a exclusividade, nos termos do Parecer n.º 1/75 do Tribunal de Justiça.

Os limites da competência comunitária decorrem, no entanto, da própria natureza do *crédito de exportação*. Defrontamo-nos neste caso com os conhecidos problemas de definição, já manifestos no GATT (especificado no Código de Subvenções). Os critérios ali definidos poderiam ser de interesse também para o direito comunitário (21). Os incentivos econômicos internos de um país, apesar de produzirem efeitos sobre seu comércio exterior, via de regra, não podem ser classificados como subvenções à exportação nos termos dos arts. 112/113. Esses incentivos, ao contrário, são objeto do capítulo do Tratado referente às subvenções, respeitadas as obrigações de direito internacional da Comunidade, cuja validade se aplica também aos seus Estados-Membros.

c) A questão das limitações da política comercial é atual e muito controvertida, também em relação a investimentos em países terceiros.

Também neste caso, é oportuno fazer algumas distinções. No caso de investimentos de capitais, o simples fato de que tais medidas indiretamente vêm estimular também a exportação não é suficiente para enquadrá-las na política comercial. Conseqüentemente, os acordos que têm como objetivo exclusivo tais investimentos (inclusive acordos de proteção a investimentos) pertencem, antes de mais nada, à competência estatal.

Quando um acordo de investimentos for acoplado à exportação de bens e serviços, tornam-se evidentes, pelo menos em parte, seus objetivos de política comercial e, conseqüentemente, a competência comunitária nos

(20) É de difícil elaboração teórica, considerando-se a completa abstenção do Conselho neste particular. Seria teoricamente possível admitir-se uma "competência emergencial", exercida pela Comissão, análoga à jurisprudência do Tribunal relativamente à política pesqueira (cf. o acórdão no Proc. n.º 804/79, CJ 1981, p. 1.045); no entanto, não existem ainda as condições objetivas para tanto.

(21) O código distingue, baseando-se no art. VI do GATT, entre subsídios de exportação (arts. 9º e 10) e outros subsídios, com efeito incentivador à exportação (art. 11). Torna-se difícil a diferenciação entre ambos, conforme vem ensinando a prática.

termos do art. 113⁽²²⁾. Outrossim, nada impede que regulamentos sobre investimentos se tornem parte constitutiva de um acordo comercial da própria Comunidade, enquanto forem de natureza apenas acessória⁽²³⁾.

d) Essa problemática torna-se particularmente evidente na avaliação dos assim chamados *acordos de cooperação*. Não nos estenderemos na presente exposição sobre a origem histórica desses acordos e sua situação atual⁽²⁴⁾. Não é justo considerarem-se esses instrumentos como se fossem acordos comerciais camuflados, destinados apenas a escamotear a competência comunitária, embora tenha havido intenções neste sentido. Mas não se pode negar que certos acordos de cooperação, exceto aqueles que incluem elementos sobre política de desenvolvimento, incluem domínios que, a partir dos instrumentos utilizados, já não podem ser classificados na política comercial comunitária. Aqui se podem citar, por exemplo, os investimentos, regulamentos cambiais, cooperação técnica, incentivo de comércio por meio de exposições e outros. O limite é ultrapassado sempre que forem utilizados *instrumentos de política comercial*, tais como uma cláusula de nação mais favorecida, ou a concessão contratual de créditos estatais ou de créditos garantidos pelo Estado. Também uma cláusula de intenções oferecendo produtos agrícolas a preços fixos poderia suscitar suspeitas.

Em numerosos casos, pode-se partir do pressuposto de que os acordos de cooperação têm *objetivos de política comercial*, independentemente de uma declaração explícita neste sentido. Muitas vezes, esses acordos são introduzidos por declarações de caráter geral de "boa vontade", a respeito do incentivo de comércio bilateral (equilíbrio da balança comercial!). Também não vem ao caso, se há ou não declarações explícitas a respeito; decisiva é a real finalidade do acordo. E esta, muitas vezes, é difícil de ser determinada, especialmente quando decorrente de protocolos complementares, conversações em comissões mistas etc. Trata-se, portanto, de um problema de transparência.

(22) O investimento pode também estar vinculado à questão do estabelecimento (cf. Item III, 10. b).

(23) Tais cláusulas fazem parte de acordos de cooperação baseados nos arts. 113 e 235, inclusive do acordo com Israel, que se baseia exclusivamente no art. 113. A Convenção de Lomé III (baseada no art. 238) contém um capítulo específico sobre investimentos, embora os Estados-Membros reclamassem, neste particular, uma competência própria exclusiva (do tipo acordo misto).

(24) Cf. Vedder, op. cit. (cf. Nota 3), nº 12, com mais referências, Sasse, in: Koelner Schriften zum Europarecht, vol. 15, p. 29, sugere que se submetam todos os acordos de cooperação à competência exclusiva da Comunidade, o que nos parece exagerado; v. também Ehlermann, in: Zieger/Lebahn, "Rechtliche und wirtschaftliche Beziehungen in den Integrationsraeumen in West und Ost. Nomos Verlag 1980, p. 25.

Levando em conta tais dificuldades, sugerimos como viável a seguinte solução:

— Sempre que a caracterização político-comercial de um acordo de cooperação mútua decorre exclusivamente de sua finalidade, sem o emprego de instrumentos específicos, deve-se abdicar da exigência da exclusividade. Até agora, a Comunidade não está em condições e nem disposta a afastar os Estados-Membros desse contexto.

— Por outro lado, a decisão do Conselho, de 1974⁽²⁵⁾, prevendo um procedimento de controle comunitário, deveria ser complementada. Sem dúvida, essa decisão constituiu um passo acertado para a solução do problema, embora o procedimento não seja suficientemente ágil e, além disso, incompleto. Deveria ser transformado automaticamente em um procedimento de aprovação, logo que a Comissão venha a constatar que um acordo de cooperação extrapola seus limites, penetrando no âmbito estrito da política comercial e prejudicando de alguma forma os interesses da política comercial da Comunidade.

2. Política de desenvolvimento

Voltemos agora para a delimitação da política do desenvolvimento em que é possível recorrer a uma jurisprudência recente, isto é, ao já citado acórdão de 26-3-1987⁽²⁶⁾. Nele ficou definido que a utilização de tarifas alfandegárias objetivando estimular o comércio com países em desenvolvimento se enquadra na política comercial comunitária. Generalizando, é lícito afirmar que, enquanto a política de desenvolvimento for praticada com instrumentos da política comercial, o art. 113 tem prioridade, não cabendo a aplicação de outros preceitos jurídicos, nem mesmo o art. 235.

Onde então estão situados os limites? Encontram-se precisamente onde não é possível falar-se de instrumentos de política comercial ou de um direcionamento preferencial para a política comercial. A título de ilustração, apresentaremos três exemplos:

a) *Créditos de exportação* e sua delimitação em relação ao auxílio financeiro ao desenvolvimento. A concessão de subvenções a fundo perdido ou de simples crédito para o desenvolvimento já não se enquadra no âmbito de uma política comercial comunitária, apesar de que casualmente possam influir sobre o fluxo comercial. No caso de créditos mistos, é possível basear-se sobre a diferenciação entre créditos subsidiados e

(25) Decisão nº 74/393 do Conselho, JO 1974 L 208/23, baseada nos arts. 113 e 234.

(26) Cf. Nota 1, acima. Já no Parecer 1/78, o Tribunal levou em consideração o aspecto de política de desenvolvimento, tendo recusado os argumentos daí inferidos pelo Conselho, contra o art. 113 (cf. acima. Nota 3).

créditos de auxílio, utilizada em grêmios internacionais. No primeiro caso, aplica-se a competência da Comunidade, nos termos do art. 113, também quando estiverem presentes aspectos de ajuda ao desenvolvimento (ingl. grant-element) (27).

b) No que se refere ao *fundo comunitário de matérias primas* (28), recentemente reativado, é preciso fazer algumas distinções. Sua assim chamada "primeira caixa" está intimamente ligada ao financiamento dos estoques reguladores, nos respectivos acordos envolvendo matérias-primas, enquadrando-se, em princípio, no âmbito da política comercial comunitária, com a aplicação dos princípios enunciados no Parecer 1/78.

Já a "segunda caixa" destina-se prioritariamente ao financiamento de projetos, que extrapolam o âmbito da política comercial.

De um modo geral, é possível admitir-se, no caso, uma competência mista, envolvendo a Comunidade e os Países-Membros.

c) O *Fundo de estabilização dos ingressos provenientes da exportação (STABEX)*, conforme previsto na Convenção de Lomé, tendo sido estendido posteriormente a outros países, constituiu, antes de tudo, um instrumento de política de ajuda ao desenvolvimento (29). Trata-se da transferência de recursos, acoplada aos termos de comércio com o respectivo país em desenvolvimento, sem que se visasse com isso influir sobre a exportação. Os recursos transferidos podem, além disso, ser empregados também fora do setor em questão.

3. Política agrária

A delimitação em relação à política agrária suscita consideráveis dificuldades ao nível teórico, sem no entanto acarretar maiores dificuldades na prática. Os respectivos procedimentos variam só relativamente à consulta do Parlamento, que é necessária no caso de medidas de política agrária nos termos do art. 43 do Tratado da CEE. Isto pode, eventual-

(27) Por exemplo, através do "Committee on Surplus Disposal", no âmbito da FAO. Para definir um crédito como auxílio ao desenvolvimento, ele por enquanto tem sido definido em 25%.

(28) O acordo referente ao Fundo Comunitário (Acordo de estabelecimento de um Fundo comum para "Commodities") foi concluído em 27-6-1980 (publicado como documento da UNESCO em 1987. Atualmente, após a Conferência da UNCTAD, deveriam oferecer-se as condições adequadas à sua homologação, embora em condições diferentes. A Comunidade também assinou o acordo, mas ainda não é seguro, se ela vai homologá-lo.

(29) V. os arts. 147 ss. da Convenção de Lomé III, além do Regulamento nº 428/87 da Comissão sobre a introdução de um sistema correspondente para países em desenvolvimento, não associados (JO 1987 L 43/1).

mente, trazer delongas, quando na prática se exigirem soluções rápidas, uma vez que faltam procedimentos especiais de um regime de urgência.

Podemos mostrar algumas tendências que têm prevalecido na prática, a saber:

— Medidas convencionais, embora referentes a instrumentos específicos de política agrária, como o limite máximo fixado para a taxaço, são baseadas no art. 113, enquanto medidas de política comercial.

— Medidas inteiramente autônomas, que não se referem a um instrumento de política agrária, tais como os impostos aduaneiros, apóiam-se no art. 113, também quando se destinarem a objetivos de política agrária. Neste caso, obviamente, "o instrumento" está sendo privilegiado.

São problemáticas aquelas medidas autônomas que se referem aos instrumentos específicos de política agrária, mas que são tomadas em cumprimento de uma obrigação internacional. Poderiam ser classificadas na política comercial comunitária, levando-se em consideração não só a sua principal finalidade, como também razões de ordem prática⁽³⁰⁾.

4. *Proteção à saúde e proteção ao consumidor*

A proteção à saúde e a proteção ao consumidor não são objetivos específicos de acordos; contudo, tais objetivos devem ser levados em consideração, seja no contexto de uma harmonização jurídica (art. 100), seja na implantação de um mercado comunitário interno (art. 100-a, inciso III) ou dos objetivos da política agrária (art. 43)⁽³¹⁾; se necessário, poderá ainda ser aplicado o art. 235.

Vejamos agora aqueles regulamentos que, embora preenchendo esses requisitos, numa perspectiva instrumental, podem apresentar-se como restrições de importação e exportação em relação a países terceiros. A questão se esses casos também são cobertos pelo art. 113 vem adquirindo uma importância prática cada vez maior. Apresentamos dois exemplos:

a) A fixação de valores máximos para a importação de gêneros alimentícios que sofreram irradiação nuclear. O regulamento atualmente em vigor é uma norma especial para a importação de países terceiros, sendo assim uma medida de política comercial; por outro lado, com esse regulamento, se tentaram contemporizar razões de saúde pública e razões

(30) Sobre a delimitação entre os arts. 43 e 113, v. Gildsørf, in: Kommentar "Grabitz", art. 38, nº 16/17.

(31) Vejam-se os acordões mais recentes do Tribunal sobre a importação de carne tratada com hormônios, em que o art. 43 foi considerado base legal suficiente (Proc. nº 68/86 e proc. nº 131/86, Reino Unido contra Conselho, acordões de 23-2-1988). Parece haver uma estreita vinculação analógica entre os arts. 113 e 236.

de política comercial. A partir de uma ótica comunitária, faz-se necessária uma regulamentação unificada em relação a países terceiros, a fim de se evitar o deslocamento de rotas comerciais e novas fronteiras internas na Comunidade. Assim, essa medida pertence à competência nos termos do art. 113, o que, excepcionalmente, foi também reconhecido pelo Conselho (32).

b) A regulamentação para a redução e controle do comércio com resíduos químicos (importação e exportação). Ponderações análogas caberiam também para as respectivas medidas. Quanto à exportação, está envolvida a proteção à saúde pública de países terceiros. A Comunidade tem interesse nesta regulamentação, a fim de manter relações de comércio ordenadas com outros países, cumprir as restrições de importação desses países ou antecipar-se às mesmas (33).

Portanto, o resultado seria o seguinte: no caso de se elaborarem regulamentos especiais com validade para países terceiros, prevalecerá o aspecto de política comercial. No caso de regulamentos aplicáveis indistintamente, ficarão em primeiro plano os aspectos referentes à proteção da saúde pública e à saúde do consumidor, de modo que, como base jurídica, o art. 113 não será suficiente.

5. *Proteção ambiental*

De maneira fundamentalmente análoga deverão ser solucionadas as questões de competência referentes a regulamentos comerciais que atingem a proteção do meio ambiente.

Citemos, à guisa de exemplo, o regulamento da Comunidade que dispõe sobre as restrições de importação para produtos derivados da baleia (34). Este regulamento contém uma proibição normativa para importar tais produtos, exceto alguns itens específicos. Certamente, essa regulamentação se originou da idéia de proteger as espécies, mas para a sua consecução, foi utilizado um instrumento específico de política comercial. Esta regulamentação, conforme se evidenciou nos debates a respeito, também não deixou de provocar conseqüências econômicas.

Se, além disso, um regulamento contiver uma proibição geral de comercialização, como no caso do decreto sobre a aplicação da Convenção de Washington referente à proteção das espécies (35), neste caso, o art. 113

(32) V. Regulamento CEE nº 3.955/87 de 22-12-1987 (JO 1987 L 371/4), ("segunda portaria de Tchernobyl"). Na portaria anterior não se havia mencionado a fundamentação jurídica específica.

(33) V. a proposta da Comissão de 2-7-1986, JO 1986 L 177/5.

(34) Regulamento nº 348/81 do Conselho (JO 1981 L 39/1) baseado no art. 235; a Comissão havia sugerido o art. 113.

(35) Regulamento nº 3.626/82 do Conselho (JO 1982 L 384/1) baseado exclusivamente no art. 235.

já não constitui fundamento jurídico suficiente, sendo necessária a aplicação concorrente do art. 235.

No entanto, aqueles regulamentos de caráter geral, que porventura exerçam uma influência apenas indireta sobre o comércio exterior, sem a ele referir-se especificamente, não são abrangidos pelo art. 112.

6. *Proteção da propriedade industrial e questões correlatas*

a) As questões de delimitação referentes a essas matérias e à política comercial comunitária adquiriram uma especial atualidade, quando da rodada Uruguai do GATT⁽³⁶⁾, bem como na discussão sobre o Acordo de Paris, entre países industrializados de um lado e países em desenvolvimento de outro⁽³⁷⁾. Abordaram-se nessa discussão, exaustivamente, a proteção às patentes industriais, proteção de marcas comerciais, direitos autorais, tanto em acordos internacionais, como no contexto de regulamentos com vistas a países terceiros. Ao examinar as atividades até hoje desenvolvidas pela Comunidade nesses domínios, chega-se à conclusão de que o Conselho não tem sido favorável, ou pelo menos tem-se mostrado reticente no que se refere à aprovação de uma competência comunitária. Mesmo um regulamento que se referia exclusivamente a produtos falsificados provenientes de países terceiros, teve que ser fundamentado no art. 235, juntamente com o art. 223⁽³⁸⁾.

b) de qualquer modo, a questão da competência apresenta-se indiscutivelmente complexa em todos esses domínios. A título ilustrativo, citemos a questão da proteção de nomes geográficos indicativos de origem de mercadorias.

No âmbito interno da comunidade, os Estados-Membros, em observância ao disposto no art. 36, estão em princípio autorizados a legislar a respeito da proteção desses nomes geográficos⁽³⁹⁾ (em que pesem as restrições daí advindas para a circulação interna de mercadorias), exceto no âmbito dos regulamentos comunitários, que podem ser decretados, por exemplo, com base nos arts. 100 ou 100-a.

(36) O Conselho atribuiu à Comissão um mandato para deliberar, de modo abrangente, sobre o comércio da prestação de serviços, sem que até agora tenha sido especificada a base jurídica. (V. a Resolução de Punta del Este, Documento do GATT, MIN (86) W/19 de 20-9-86, p. 20).

(37) Acordo sobre a Proteção da Propriedade Intelectual de 20-3-1983. A Comunidade, até o presente, não se tornou membro do Acordo de Paris, nem dos acordos posteriores, mas tem mantido seu status de observador junto aos grêmios competentes, especialmente junto à OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual).

(38) Regulamento nº 3.842/86 do Conselho sobre a importação de mercadorias imitadas. JO 1986 L 357/1.

(39) Para usufruir dessa derrogação, deve-se tratar efetivamente de autênticos nomes de origem geográfica, mercedores de proteção (v. por exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça no Proc. nº 12/74 Sekt/Weinbrand — CJ 1975, p. 181).

Quando tais regulamentos são elaborados para serem aplicados especialmente a países terceiros, é possível aceitar-se a competência da Comunidade, nos termos do art. 113. Aplica-se isto nomeadamente a acordos bilaterais, como por exemplo ao acordo ainda não em vigor entre a República Federal da Alemanha e a Áustria⁽⁴⁰⁾.

Não se trata, no presente caso, da aplicação de instrumentos típicos de política comercial, de modo que é preciso orientar-se conforme a finalidade e os objetivos. Não se pode negar que tais acordos, necessariamente de natureza recíproca, sejam ratificados para facilitar o comércio entre parceiros, incentivando-se a exportação das mercadorias assim protegidas, principalmente do ponto de vista do país exportador. Esses objetivos não seriam comprometidos, mesmo que se tenha de elaborar normas comunitárias sobre a proteção dos nomes geográficos indicando origem.

c) A questão se isto é também aplicável, e em que medida, acordos multilaterais, referentes à proteção de marcas industriais, deverá ser examinada caso-a-caso, de acordo com a respectiva finalidade. Com respeito a esses acordos, gostaríamos de ressaltar a finalidade primordialmente de política comercial, como no caso do Acordo de Madri sobre o registro de marcas comerciais⁽⁴¹⁾. Decorreriam daí conseqüências, por exemplo, para a participação da Comunidade em grêmios internacionais, principalmente na OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual).

7. A questão da exclusividade (referente aos itens 4, 5 e 6)

As áreas acima tratadas — proteção da saúde pública, proteção do consumidor, proteção ao meio ambiente, proteção da propriedade industrial, lealdade nos procedimentos comerciais — têm em comum sua vinculação a valores jurídicos que necessitam de proteção enquanto tais. Isto pode ser garantido também no âmbito de uma política comercial comunitária. Vejamos agora o caso, quando não se chega a instituir um regulamento comunitário, em que pese a sua urgente necessidade, isto é, quando o legislador comunitário vem a fracassar⁽⁴²⁾. Neste caso, temos basicamente duas possibilidades de solução.

(40) Trata-se do Acordo de 6-10-1981, conhecido sob a denominação de "Mozartkugeln". Em virtude da posição contrária assumida pela Comissão, não se chegou, até a presente data, à sua ratificação. Acordos semelhantes existem entre outros Estados-Membros e países terceiros (por exemplo, o acordo entre a França e a Áustria de 10-5-1979, cf. Desterreichisches Bundesgesetzblatt, de 14-5-1986, nº 58). A Comissão tende a chegar a uma solução visando acordos ao nível da Comunidade.

(41) Acordo de 14-4-1981. Em antecipação ao decreto sobre a marca comercial/industrial comunitária (cf. a proposta publicada no JO 1980 L 351), a Comissão deseja incluir a mesma no Acordo de Madri, com a participação da Comunidade.

(42) Deve-se, contudo, assinalar que a própria Comissão, até a presente data, não tem seguido uma linha coerente, com respeito à questão da competência. A aplicação coerente do que dispõe o art. 113 sobre a competência possibilitaria soluções ao nível comunitário, conforme se evidenciou no caso Tchernobyl (cf. a Nota 32, acima).

A *primeira solução* consiste em não se submeter à competência comunitária exclusiva os domínios considerados secundários dentro de uma política comercial comum. Com outras palavras, seria admitida uma competência concorrente dos Estados-Membros, o que na prática levaria à aplicação dos princípios de jurisprudência do AETR (Accord Européen relatif au travail des équipages des véhicules effectuant des transports internationaux).

Na *segunda solução*, apesar de se aceitar, em princípio, a competência exclusiva da Comunidade, a mesma seria considerada "suspensa", quando um Estado-Membro puder invocar uma situação de excepcionalidade.

Essa problemática ainda não surgiu até hoje na jurisprudência e foi apenas superficialmente abordada na literatura (43). Aventamos as seguintes soluções:

a) Em princípio, o reconhecimento de uma competência estatal concorrente é muito temerária, pois traria em seu bojo o perigo de se adiarem indefinidamente as regulamentações comunitárias. Por esta razão, somos contrários à sua aplicação em domínios, onde, como vimos, se trata da utilização de instrumentos especificamente de política comercial, ou seja, na proteção externa da União Aduaneira. Sua aplicação seria feita relativamente às restrições específicas de importação e exportação, também quando estiverem relacionados aos bens jurídicos acima referidos.

Para esses domínios, teríamos ainda uma solução do segundo tipo mencionado. Dispositivos condizentes com o art. 36 encontram-se em quase todos os regulamentos de comércio exterior da Comunidade, em especial, no "Regulamento Comunitário de Importação" (44). Além disso, se pode constatar um princípio jurídico no art. 36, que se aplica não só ao comércio intracomunitário, mas com mais razões, à circulação de mercadorias de Estados-Membros relativamente a países terceiros. A favor disso, pode-se citar, também, uma cláusula preferencial no GATT. O art. 36 constitui relativamente ao comércio intracomunitário justificativa material para uma conduta que doutra forma seria considerada inadimplência de contrato, enquanto que este mesmo artigo, com vistas ao comércio exterior, teria como consequência uma reserva de competência. Assim, os Estados-Membros têm capacidade, diferentemente do que dispõe o art. 113, de legislar sobre

(43) V. sobretudo Timmermanns, in: *Festschrift fuer Pescatore (Liber amicorum)*, Editora Nomos 1987). Discordando de nossa tese, Timmermanns é da opinião que a invocação de um fato excepcional por um Estado-Membro reduziria a competência nos termos do art. 113. No nosso entender, tal opinião ignora que a medida, apesar de invocar a derrogação pelo Estado-Membro, persegue uma finalidade de política comercial, a partir de uma visão comunitária. Ehlermann, no volume comemorativo em honra de Teitgen (cf. Nota 8), acertadamente, menciona que "atores diferentes podem visar a diferentes objetivos". V. também Bleckmann, op., cit. (cf. Nota 15).

(44) V. art. 21 do Regulamento nº 288/82 (cf. Nota 15).

regulamentos comerciais relativos a países terceiros, desde que isso venha a ser necessário em decorrência das razões estipuladas pelo art. 36.

Por outro lado, não hesitaríamos em aplicar, também ao comércio exterior, analogamente, os princípios desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça no contexto da jurisprudência do caso *Cassis-de-Dijon*; seria portanto aceita uma restrição à competência comunitária exclusiva, na medida em que exigências prioritárias tais como proteção ambiental, proteção do consumidor, lealdade na circulação de mercadorias, exigiriam necessariamente uma atuação dos Estados-Membros, com conseqüências para as relações externas.

Entretanto, em decorrência das citadas razões, em casos excepcionais, seria aceitável uma competência extraordinária para a conclusão de acordos, pois raramente o objetivo de se proteger os referidos bens jurídicos chegaria a ponto de se necessitar de uma fundamentação no Direito Internacional por parte dos Estados-Membros. Pode parecer aconselhável, em lugar de medidas autônomas relativamente a um terceiro país tentar chegar-se a uma regulamentação contratual com base na reciprocidade (por exemplo, no caso de alimentos poluídos por irradiação nuclear). Mas no caso de regulamentações contratuais, os aspectos de política comercial adquirem uma excepcional importância, dificultando-se, além disso, sobretudo, a execução da tão necessitada competência comunitária.

Outrossim, como última saída há sempre a possibilidade de autorização por parte dos órgãos comunitários, a ser concedida sempre que não forem prejudicados interesses da Comunidade.

b) Ao se tratar de acordos destinados à proteção da propriedade industrial ou intelectual, não se aplicam, normalmente, conforme mencionamos acima, instrumentos específicos de política comercial, e sim uma regulamentação do tipo *erga omnes*, extensiva a países terceiros. Do mesmo modo, não parece ser necessária, neste particular, uma regulamentação comunitária. No presente caso, sugerimos uma competência concorrente dos Estados-Membros, enquanto o terreno ainda não for ocupado pela Comunidade (aplicação dos princípios do AETR)⁽⁴⁵⁾. Os Estados-Membros terão de tomar medidas cabíveis para livrarem-se, eventualmente, de obrigações contraídas no caso da aplicação da competência comunitária. Por outro lado, também aqui continua válida a obrigação dos Estados-Membros de se absterem de ações individuais, se com isso se prejudica um procedimento que visa aprovar uma regulamentação comunitária.

8. *Regulamentos acessórios*

a) Tem havido controvérsias sobre a questão, até que ponto determinada regulamentação pode ser considerada acessória de outra, referindo-se esta última à política comercial⁽⁴⁶⁾. Há pontos de vista divergentes entre o Conselho e a Comissão com respeito aos *regulamentos do*

(45) Após entrar em vigor o decreto sobre as marcas comerciais e industriais comunitárias (cf. Nota 41), a competência da Comunidade será exclusiva.

direito aduaneiro (por exemplo, o tratamento intracomunitário dos meios de transporte temporariamente isentos de taxas aduaneiras) ou regulamentos sobre a estatística comercial. Processos ainda pendentes no Tribunal de Justiça, provavelmente, poderão em breve contribuir com esclarecimentos a respeito (47).

b) No presente contexto, cabe mencionar a jurisprudência do Tribunal de Justiça na questão do *financiamento* de medidas relativas à política comercial. Entendeu o Tribunal que o financiamento de tais medidas está garantido pelo disposto no art. 113, enquanto o financiamento for efetuado com recursos do orçamento comunitário (48). No caso em referência, tratava-se do estoque regulador no acordo sobre borracha natural. Esta jurisprudência leva a que, em casos similares, um acordo, embora enquadrado na política comercial, só pode ser assinado como "acordo misto". Obviamente, esta possibilidade oferece um alibi bem-vindo àqueles Estados-Membros que, no caso de recusa de financiamento comunitário, podem subtrair-se também à aplicação da competência comunitária (49).

Essa jurisprudência, provavelmente, não resistiria a uma análise jurídica mais rigorosa. A forma do financiamento não terá importância, desde que se fizerem necessários recursos financeiros para realizar determinada medida de política comercial. Também em outros domínios do direito comunitário, por exemplo, na política agrária, podem ser impostas obrigações aos Estados-Membros, que implicam em despesas aos respectivos países. Se tais regulamentos são corretos ou não, deve ser examinado à luz da legislação financeira comunitária, não decorrendo daí limitações relativamente à competência comunitária em matéria de política comercial. Considerando as possíveis conseqüências negativas da jurisprudência até aqui surgida, seria desejável que o Tribunal de Justiça, doravante, passasse a fazer distinções mais minuciosas.

9. Serviços

a) É controvertida a questão, se a política comercial comunitária abrange somente a circulação de mercadorias, ou se abrange também a prestação de serviços em relação a países terceiros (50).

(47) Vejam-se os procedimentos nos Processos nºs 165/86, 275/87 e 298/87 (cf. JO 1987 C 204, JO C 285/6 e JO C 284/11).

(48) Parecer nº 1/78 (Nota 3), pp. 52 e ss.

(49) No caso dos acordos sobre matérias-primas, chegou-se ao assim chamado entendimento "PROBA 20", de 31-3-1981, no qual o Conselho e a Comissão chegaram a aceitar um acordo misto, propondo porém uma conduta integrada, relativamente a outros países. Sobre a matéria veja-se a publicação holandesa "Euromarkt Nieuws 1987, p. 147 e Ehlermann, in "Mixed Agreements", Leiden 1983, p. 8.

(50) A opinião dominante na literatura é favorável à inclusão dessa área na política comercial comunitária; (cf. Ehlermann, op. cit. (cf. Nota 8) e Vedder, op. cit. (Nota 3), que propõe uma solução mais diferenciada. Veja-se também D'Orville, in: Koelner Schriften zum Europarecht, vol. 19, pp. 7 e ss.

Partindo-se do texto do Tratado Constitutivo da Comunidade Econômica Européia, não haveria ressalvas sobre tal inclusão: sob o conceito de "comércio" enquadra-se, sem maiores dificuldades, a livre prestação de serviços, aliás considerados "bens indivisíveis".

O principal argumento contrário à inclusão parece estar no fato de a política comercial, indevidamente, ser encarada como extrapolação de política aduaneira, responsável por todo tipo de mercadorias que circulam livremente. Neste caso, não haveria paralelismo em relação à prestação de serviços, prescindindo-se, portanto, de uma regulamentação correspondente ao comércio exterior. Já rebatemos essa argumentação no início de nossa exposição. No âmbito estatal, a regulamentação da prestação de serviços pertence, naturalmente, ao comércio exterior. Também na prática, principalmente por ocasião da negociação de acordos, as questões relativas à circulação de mercadorias dificilmente podem ser separadas da prestação de serviços; a inclusão desse domínio na rodada Uruguai do GATT pode ser citada como exemplo elucidativo.

É inegável que a prestação de serviços, em casos concretos vinculada à circulação de mercadorias, e tendo portanto caráter acessório, deve ser enquadrada na política comercial, apesar do caráter restritivo dessa vinculação.

b) Em todo o caso, também nesta área pode-se aceitar apenas uma *competência comunitária concorrente*. Isto já decorre das próprias características pelas quais se diferenciam a livre circulação de mercadorias da livre prestação de serviços ao nível intracomunitário. Ao contrário da livre circulação de mercadorias, no caso da livre prestação de serviços, estamos diante de uma "liberdade de mercado", não condicionada por qualquer automatismo, mas que independe de regulamentação⁽⁵¹⁾. Seria negar essa estrutura, ao exigir-se, *a priori*, a competência exclusiva em relação ao comércio exterior, e isto sem levar em consideração uma possível competência oriunda do AETR, bem como o cumprimento do art. 5 do Tratado.

Essa competência, portanto, deverá ser desenvolvida paulatinamente, como fim último dos esforços a serem empreendidos, e não como postulação de uma posição de partida.

O mesmo se aplica também no âmbito convencional, pois aqui a competência estatal não pode ser exercida a contento sem a possibilidade de se assinar acordos com outros países. No entanto, quando houver uma proposta de regulamentação comunitária, como ultimamente na rodada Uruguai do GATT, então pode ser necessária uma atuação exclusivamente comunitária nos termos do art. 5 do Tratado. A prestação de serviços no domínio dos

(51) Isto é válido independentemente de o Tribunal reconhecer a aplicação direta dos respectivos dispositivos do Tratado (v., entre outros, o acórdão van Binsbergen, Proc. n.º 33/74, CJ 1974, p. 1.299).

transportes, em decorrência do disposto no art. 61 do Tratado, deveria ser enquadrada, também, na área das relações exteriores dessa política, regulamentada nos termos dos arts. 74 ss.

10. *Outros tipos de relações de comércio exterior*

Com a inclusão, embora modificada, da prestação de serviços na política comercial comunitária, chegamos, em nosso entender, aos limites extremos daquilo que ainda pode ser objetivamente abrangido pelo art. 113.

Não parece aceitável a tese até agora defendida apenas por *Pescatore* ⁽⁵²⁾, segundo a qual a totalidade das *Relações de comércio exterior* deve ser enquadrada na política comercial comunitária. Contudo, essas relações não são abrangidas, em sua totalidade, pelo conceito de "comércio", que, por sua vez, não poderia ser destacado do critério de "troca". Ao aplicar-se coerentemente essa teoria, chegaríamos ao ponto de atribuir à Comunidade, na área do comércio exterior, competências concretas, a serem decididas majoritariamente, de que ela ainda não dispõe no âmbito intracomunitário.

Isto também se aplica a duas áreas que, em nível intracomunitário, se relacionam a duas liberdades fundamentais: à livre circulação de capitais e à liberdade de estabelecimento.

a) *A circulação de capitais* com estados terceiros parte da União Econômica e Aduaneira e deve, por isso, ser regulamentada dentro das competências da Comunidade, nos termos do Título II, Capítulo I, do Tratado Constitutivo da Comunidade Econômica Européia. Isto se aplica em particular à regulamentação do direito cambial, consoante se depreende também do art. 108, inciso 1.

As dificuldades para a política comercial comunitária, oriundas de regulamentações cambiais, devem ser apreciadas à luz dessa norma, ficando evidente que, em termos de competência, a elas não se aplica o art. 113. Isto vale sem prejuízo do que foi dito acima com referência aos acordos de cooperação.

No tocante a *pagamentos correntes* ligados ao comércio exterior, pode-se admitir uma competência comunitária, complementar ao disposto no art. 113; a favor dessa tese há uma certa analogia relativamente ao art. 106, inciso 2 do Tratado, bem como a regulamentação vigente no GATT.

b) *Também os regulamentos relativos à liberdade de estabelecimento*, com vistas a países terceiros, via de regra recíprocos e convencionais, ultra-

(52) V. sobretudo *Droit des Communauté Européennes — Les Nouvelles*, n° 2.294, p. 921. Essa concepção oferece a vantagem de explicitar a posição do art. 116 no capítulo sobre "política comercial". O argumento por si só não parece suficientemente convincente para sustentar essa teoria, diante dos argumentos contrários. Cabe ao art. 116, diante do art. 113, uma função complementar, a qual, no entanto, ainda não está totalmente esclarecida (v. também o Parecer n° 1/78, n° 50, cf. Nota 3).

passariam, em princípio, os limites do art. 113. O principal objetivo de tais regulamentos e acordos não está em influir sobre a circulação "além-fronteiras" de mercadorias ou serviços, mas em estabelecer condições favoráveis a pessoas e empresas estrangeiras de exercerem atividades econômicas em outro país que não o de sua origem, podendo inclusive ser influenciada positivamente a circulação de mercadorias e de serviços. Outrossim, se trata aqui de regulamentos econômicos complexos, que interferem em outros domínios jurídicos, por exemplo, no direito de estrangeiros, direito trabalhista, direito fiscal. Assim, por exemplo, o acordo ainda não assinado entre a Comunidade e a Suíça no setor de seguros não pode basear-se exclusivamente no art. 113; neste caso, para a fundamentação jurídica, parece mais indicado recorrer ao art. 100 (53).

Quando, entretanto, não estivermos tratando de um regulamento especial do direito de estabelecimento, mas de um regulamento acessório de acordo comercial (especialmente com cláusula não discriminatória), então se aplica a competência comunitária nos termos do art. 113. Aqui, uma delimitação mais nítida certamente exigiria um maior aprofundamento (54).

É óbvio que o acima dito vale também independentemente de se invocar, mais e mais, a competência comunitária, conforme os princípios do AETR; por outro lado, há de se levar em consideração, também, o art. 5 do Tratado (55).

IV. *Medidas motivadas politicamente, em especial sanções*

Antes de finalizar, cabe fazer algumas considerações sobre a intrincada questão de se delimitar a competência no caso de sanções comerciais politicamente motivadas.

Nossa tese é a seguinte: a motivação política de uma medida, preenchendo todos os critérios de uma medida de política comercial, não pode

(53) O texto do Acordo foi publicado no JO 1983 C 154/34. Originalmente, a Comissão sugeriu para este caso o art. 113, o que não parece defensável.

(54) Timmermans, op. cit. (cf. Nota 43), p. 688, pretende diferenciar melhor, atribuindo ao art. 113, as questões relativas ao direito de estabelecimento ao art. 113, por tratar-se da regulamentação de meras questões de "status". No entanto, na prática, certamente não haverá regulamentos restritos a simples questões de status.

(55) No âmbito da rodada Urugual do GATT, as questões do direito de estabelecimento são intimamente ligadas a questões de política comercial (inclusive prestação de serviços), de modo que também aqui parece necessário um tratamento ao nível comunitário. Isto também pode ser inferido da jurisprudência do Tribunal (cf. Parecer nº 1/76, sobre o Fundo de Desativação — Navegação Fluvial, CJ 1977, p. 755, nº 4).

subtrair a mesma à competência comunitária, nos termos do art. 113. ⁽⁵⁶⁾. A favor dessa tese há, principalmente, dois argumentos:

(1) Muitas medidas de política comercial se sustentam em motivos políticos em geral. Tomemos como exemplo a política restritiva de importação, praticada em relação aos países do Leste Europeu e, como contrapartida, o tratamento preferencial dado à Romênia.

(2) O fato de o acordo não conter uma cláusula geral restritiva de natureza política (a assim chamada "restrição de soberania"), mas cláusulas restritivas objetivamente delimitadas, em relação às quais deve ser mencionado especialmente o art. 224. Também esta regra há de ser interpretada restritivamente, de acordo com o Tribunal de Justiça ⁽⁵⁷⁾, excluindo-se assim uma extensão analógica, relativa a outras características constitutivas, não expressamente previstas.

Outrossim, a regra expressa no art. 224 se assenta, aparentemente, na concepção de que um Estado-Membro, ao se constatar determinados fatos previstos, pode tomar medidas unilaterais que podem diferir daquelas previstas no Tratado e, principalmente, ser diferentes das regras acerca da política comercial comunitária. Somente nesta hipótese, as medidas previstas nos arts. 224 e 225 teriam sentido. Não se infere disso que nas referidas situações deixa de existir a competência da Comunidade, relativamente a medidas de política comercial; esta apenas fica em segundo plano, enquanto o Estado-Membro invoca seu direito nesta situação de excepcionalidade. Ao contrário de outros casos, em que a competência inicialmente concorrente dos Estados-Membros vem sendo eliminada por meio de uma "ocupação dessa área" pela Comunidade, existe no caso específico mencionado uma reserva de competência permanente para a ação do Estado-Membro.

No entanto, é preciso assinalar que nem todas as medidas, freqüentemente colocadas de modo simplificado sob o conceito de "sanções", são abrangidas pelo art. 224. Deve-se diferenciar nitidamente, de um lado entre medidas destinadas a cumprir uma obrigação legítima de Direito Internacional, em especial, resoluções do Conselho de Segurança, e medidas que representam apenas uma reação deliberada contra a inobservância de direitos humanos por parte de um estado terceiro. De qualquer maneira, é evidente que as sanções que constituem medidas defensivas contra a condução da política comercial de um estado terceiro, pertencem à compe-

(56) Quando da aplicação estrita da teoria finalista do Conselho (cf. acima II.1 c), esta medida não seria abrangida pelo art. 113. Este é o argumento de vários Estados-Membros, por exemplo, da Dinamarca. Sobre a matéria, veja-se Meng "Die Kompetenz der EWG zur Verhängung von Wirtschaftssanktionen gegen Drittlaender" (a competência da CE relativamente à aplicação de sanções econômicas contra países terceiros), in: ZaöRV 1986, p. 324.

(57) Cf. o Proc. nº 222/84 (Johnston contra Chief Constable), acórdão de 15-5-1986.

tência exclusiva da Comunidade. Este foi, por exemplo, o caso da suspensão do esquema geral preferencial, contra a Coréia do Sul, como medida de retaliação contra uma conduta não amistosa daquele país⁽⁵⁸⁾.

Também fora do âmbito dos casos previstos no art. 224, nada haveria a opor a que antes de serem tomadas sanções politicamente motivadas, de um modo geral, houvesse consultas entre os Estados-Membros, especialmente no contexto da AEP-OCDE. Nessas consultas, deliberar-se-ia acerca das medidas a serem tomadas, quando, eventualmente, apenas ultrapassassem o âmbito de política comercial. Todavia, quando se estabelecerem sanções de política comercial, estas estariam em consonância com o que dispõe o art. 113, sendo endossadas por todos os Estados-Membros, exceto quando um Estado-Membro invocar o caso especial previsto no art. 224.

Desde o conflito das Ilhas Malvinas, se vem observando uma tendência em aceitar a competência comunitária quando de sanções por razões políticas, apesar de não ter havido coerência na prática subsequente⁽⁵⁹⁾.

Os princípios citados devem ser aplicados *mutatis mutandis* também a outras medidas no comércio exterior, politicamente motivadas. Um problema particularmente grave surge por causa da conhecida lista COCOM, que transcende em muitos pontos o que dispõe o art. 223 relativamente ao comércio de armas e material bélico propriamente dito. É de duvidar se as limitações de comércio decorrentes da lista COCOM são inteiramente cobertas pelo direito comunitário (por exemplo, pelos arts. 224 ou 36). De qualquer modo, será necessário, com vistas ao ano de 1993, encontrar-se uma solução comunitária integrada.

V. Observações finais

Tentamos mostrar que as questões de delimitação aqui tratadas transcendem uma problemática meramente teórica. Trata-se de estabelecer uma delimitação jurídica, possibilitando à Comunidade, nas palavras do Tribunal de Justiça, "uma regulamentação coerente de suas relações exteriores"⁽⁶⁰⁾, evitando porém estender-se demasiadamente o conceito de política comercial, em consideração às realidades políticas vigentes.

Nos próximos anos, essas questões certamente haverão de provocar ainda muitas controvérsias, tanto no Conselho como nos próprios Estados-Membros, vindo a constituir matéria para o Tribunal de Justiça. É desejável que se intensifiquem as pesquisas especializadas sobre o assunto, para o que colaboramos com algumas sugestões preliminares na presente comunicação.

(58) Cf. o Decreto n.º 3.912/87 do Conselho. JO 1987 L 369/1.

(59) Cf. Decreto n.º 1.254/82, JO 1982 L 146. Este decreto, embora baseado no art. 113, faz primeiramente referência explícita ao consenso político. Restrições de importação contra a África do Sul (Kröggerand) basearam-se no Tratado, sem mencionar uma base jurídica (cf. Decreto n.º 3.302/86, JO 1986 L 305/11).

(60) Assim, por exemplo, no acórdão de Massey-Ferguson, Proc. n.º 8/73. CJ 1973, p. 905.

A Política Exterior da Velha República (1889 - 1930)

NORMA BRENDA DOS SANTOS

A notória carência historiográfica relativa à política exterior do Brasil torna-se ainda mais evidente se, de um lado, nosso interesse estiver voltado para as primeiras décadas de vida republicana brasileira e, de outro, se considerarmos como se apresentam tendencialmente os já não numerosos estudos nesta área. Assim é que, de maneira geral, o que se pode encontrar a esse respeito são trabalhos sobre história diplomática que, portanto, se limitam a falar sobre o desenvolvimento da ação governamental sem um espírito propriamente crítico, ou ensaios que buscam polemizar alguns temas, tratando-os de forma superficial ou assumidamente sectária (1).

(1) Para informações mais precisas a respeito da historiografia sobre política exterior do Brasil, ver RODRIGUES, José Honório. *A pesquisa histórica no Brasil*. 2ª ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1969, onde o autor remete o interessado no tema a obras, arquivos e bibliotecas essenciais à pesquisa; POPPINO; Rollie E. "A century of the Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro". *Hispanic American Historical Review*. V. 33, nº 2. May 1953, pp. 307-323, que mostra o importante papel das revistas históricas na vida intelectual dos países latino-americanos, em contraposição ao que se pode constatar até os anos 1950 nos Estados Unidos. Sobre o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, lembra Poppino que seu sétimo presidente foi José Maria da Silva Paranhos Júnior, o Barão do Rio Branco, que, além de outros historiadores, publicou na revista importantes estudos sobre problemas fronteiriços, reações internacionais etc.; SKIDMORE, Thomas E. "The historiography of Brasil, 1889-1964, Part I". *Hispanic American Historical Review*. V. 55, nº 4, november 1975, pp. 716-748, dá algumas referências bibliográficas para o estudo da participação brasileira na Primeira Guerra Mundial, comentando o caráter geralmente apologético e superficial dos mesmos. Para o período imediatamente posterior, ou seja, 1919-1922, quando o Brasil participa da Conferência de Paz de Paris e do processo de elaboração do Pacto da Sociedade das Nações, diz Skidmore que a "situação é quase desoladora, apesar da importância do período". Na segunda parte do mesmo artigo, *Hispanic American Historical Review*. V. 56, nº 1, february 1976, pp. 81-109, Skidmore contempla um subtítulo à política exterior, onde dá alguns títulos e conclui pela aridez do assunto. Sérgio Buarque de Holanda em seu artigo "Historical thought in Twentieth century of Brasil". In BURNS, Bradford E. *Perspectives on Brazilian history*. New York/London, Columbia University Press, 1967, comenta elogiosamente a *Política Exterior do Império*, de João Pandiá Calógeras, mas não dá nenhuma referência específica quanto ao período que nos interessa. E, finalmente, os "Bibliographical essays" encontrados em *Brazil, empire and republic, 1822-1930*. Editado por BETHELL, Leslie. Cambridge, Cambridge University Press, 1989, são sem dúvida uma rica fonte bibliográfica, mas não menos pessimista quanto ao tema em questão.

O presente artigo pretende dar uma panorâmica da política externa brasileira de 1889 a 1930. Entende-se que toda exploração nesta área justifica-se pelas razões acima expostas, lembrando, no entanto, que, seja pela enormidade da tarefa, seja pelos próprios limites que impõe a redação de um artigo, não se tem a pretensão de exaurir o assunto, mas tão-somente privilegiar algumas linhas de análise que permitam refletir sobre o tema.

Assim, o presente artigo começa examinando o que dá especificidade ao período de 1889 a 1930, período este até recentemente visto como uma noite monótona, onde se sucedem as oligarquias agrárias, tendo como pano de fundo o latifúndio exportador e o folclore coronelista. Em seguida, ocupa-se da questão do reconhecimento internacional da república brasileira, para, finalmente, ocupar-se de seu objeto central — a política externa do Brasil na Velha República —, estabelecendo linhas gerais de mudança ou de continuidade relativamente ao período monárquico.

Da Proclamação da República ao término do sistema oligárquico (1889-1930)

A monarquia existente no Brasil até quase o final do século XIX, era considerada uma “planta exótica” no Continente americano. À época da independência, ela era tida como a solução mais viável, correspondente ao acordo de interesses da Inglaterra e dos grandes proprietários da terra e escravos. O aparecimento da república será o resultado de uma nova distribuição de interesses e de forças. Com efeito, o final do período monárquico corresponde ao deslocamento do poder da velha estrutura colonial e escravocrata a um novo setor que se estabelece sobretudo graças à produção e à comercialização do café.

Se 1889 não significa uma verdadeira ruptura na história brasileira, uma vez que o país continuará, como sempre foi, dependente da exportação de produtos agrários e dos investimentos estrangeiros, a data é, no entanto, símbolo do apogeu da orientação exportadora que imperou na história brasileira. Desta forma, todas as transformações de caráter social e econômico vividos na Velha República estarão ligadas a este fenômeno que tem no café seu carro-chefe. É o que se passa com o afluxo de imigração européia, a crescente urbanização, o desenvolvimento das linhas de comunicação e transporte, a modesta industrialização e a inversão de capitais estrangeiros, cujo elemento dinâmico comum é a expansão das exportações (2).

(2) *Brasil Empire and Republic, 1822-1930*. Editado por Leslie Bethell. Cambridge University Press, 1989, p. 217.

Explica Paul Singer que o considerável estímulo experimentado pelo capitalismo mundial a partir dos anos 1870, aproximadamente, só terá repercussões no Brasil por volta de 1890, quando a demanda internacional se fará sensível na nossa economia, provocando um aumento do nosso comércio exterior. In *O Brasil republicano; estrutura de poder e economia (1889-1930)*. Organizado por Boris Fausto. 4ª ed. São Paulo, DIFEL, 1985. (Coleção “História Geral da Civilização Brasileira”, Tomo III), pp. 350-51.

A crescente predominância de um grupo agrário-exportador centrado no café já é evidente na economia brasileira por volta do primeiro quartel do século XIX. A partir dos anos 1830, o café passa a ser o primeiro produto de exportação, ultrapassando o açúcar, até então produto de primeira linha. À época da proclamação da república, o café corresponde a mais de 60% das exportações do País (3).

O deslocamento de forças que corresponde às transformações acima referidas, engendrará uma série de reformas no velho e anacrônico Estado monárquico, de modo a permitir sua adaptação às novas exigências da fração do poder emergente. O grande feito da república é o de consolidar o poder de uma nova oligarquia de plantadores de café e seus clientes. As mudanças institucionais que acompanham o aparecimento da república estarão obviamente limitadas à satisfação dos interesses do poder emergente.

Assim, do ponto de vista institucional, ao descentralizar o poder através da estrutura federativa, a república deu um peso substancial às oligarquias locais. Ao consagrar, por exemplo, o sufrágio universal, a Constituição de 1891 também "consagra" o poder dos coronéis, os grandes proprietários, formadores de uma pequena minoria da população total com a qual as relações sociais se definem pelo modelo clientelista. A nova Constituição outorga um grande peso de influência aos grandes Estados, que gozam de ampla autonomia. Estes podem contrair empréstimos externos, constituir suas próprias forças militares e uma justiça estadual.

Fundada teoricamente sobre o ideal da representação democrática, a república será, de fato, um instrumento das oligarquias regionais. As dificuldades para harmonizar os interesses destas serão as grandes responsáveis pela queda do sistema oligárquico, que entrará em colapso depois de 41 anos de vida republicana. Desta forma, as contradições intransponíveis dos interesses oligárquicos, acompanhadas de um forte movimento de migração interna, do crescimento dos centros urbanos, de um processo de diferenciação de setores da população, da industrialização e da crise mundial de 1929, tornarão urgentes um conjunto de transformações modernizadoras. A Revolução de 1930, que marca o final da Velha República, anuncia um novo tipo de relação entre sociedade civil e um Estado que aparece como cada vez mais potente para fazer às crescentes e diversas clivagens no seio da população. As exportações não desempenharão mais o papel de elemento dinâmico da economia, que será, a partir de então, estimulada pelo novo modelo de substituição de importações.

(3) No período 1821-1830, o café representa 18,4% da receita total das exportações brasileiras, enquanto que o açúcar e o algodão estão à frente, representando respectivamente 30,1% e 20,6% daquele total. Na década seguinte (1831-1840), o café já é o principal produto das exportações brasileiras, ocupando 43,8% da receita total das exportações. A época da proclamação da república o café representa 61,5% da receita das exportações, seguido pelo açúcar (9,9%) e pela borracha (8%). In *O Brasil republicano; estrutura de poder e economia (1889-1930)*. Op. cit., p. 355.

Mais uma república no cenário mundial: o reconhecimento internacional do novo governo

O Governo provisório comunica a proclamação da república às legações estrangeiras no Rio de Janeiro e diretamente aos governos estrangeiros através de circulares datadas respectivamente de 18 e 19 de novembro de 1889. Nelas, Quintino Bocaiúva, titular da pasta das Relações Exteriores, declara que o novo governo reconhece e acata todos os compromissos internacionais contraídos pelo governo anterior e solicita expressamente o seu reconhecimento.

É oportuno observar que, do ponto de vista jurídico, as modificações de caráter constitucional e político que se passam no interior de cada Estado não alteram sua personalidade jurídica internacional. Desta forma, como lembra HILDEBRANDO ACCIOLY, "o Brasil não deixou de ser internacionalmente o que ele era, isto é, um Estado soberano, quando em 1889, se transformou de império unitário em república federativa" (4).

No entanto, cabe salientar que os governos resultantes dos tipos de transformações acima referidas têm interesse em serem reconhecidos pelos governos estrangeiros para com eles assegurarem relações mais estáveis. Daí a importância, de caráter sobretudo político, do reconhecimento internacional. E é justamente graças a considerações de natureza política que pode-se compreender o pronto reconhecimento do novo governo republicano brasileiro por parte dos países americanos, contrastando com o reconhecimento tardio por parte dos governos europeus (5).

Na América, desde há muito tempo inteiramente republicana à exceção do Brasil, o novo governo brasileiro é recebido com demonstrações de júbilo por parte de seus vizinhos. O primeiro governo a manifestar-se neste sentido foi o da Venezuela, no dia 2 de dezembro de 1889,

(4) ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público*. Tomo I. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933, p. 151.

(5) Juridicamente, não se deve confundir o reconhecimento "de governo", que é o caso em questão, com o reconhecimento "de Estado". Em se tratando de reconhecimento "de Estado", a teoria jurídica tida como válida no século XIX é aquela segundo a qual o reconhecimento pelos Estados membros da comunidade internacional tem um efeito "constitutivo" ou "atributivo" da existência mesma do novo Estado. Ou seja, segundo esta concepção, o reconhecimento internacional, além da população, do território e do governo, forma o quarto elemento constitutivo do Estado enquanto membro da sociedade das nações civilizadas, aqui sinônimo de continente europeu. Em se tratando de reconhecimento "de governo", a questão tem outro significado. Na Europa do final do século XIX, a apreciação deste problema sofreu forte influência do "princípio de legitimidade", segundo o qual os novos governos para serem reconhecidos internacionalmente deveriam respeitar os direitos reais de sucessão — reação da Santa Aliança ao longo do período das guerras revolucionárias napoleônicas. Já no continente americano, quase inteiramente republicano no final do século XIX, as instituições monárquicas eram vistas com hostilidade e reserva, enquanto que os governos republicanos eram saudados como legítimos, porque emanados da vontade da nação.

seguido imediatamente pelo governo argentino, no dia 3 de dezembro do mesmo ano. Os demais países latino-americanos reconhecem a república brasileira entre dezembro de 1889 e março de 1890. O reconhecimento por parte dos Estados Unidos se efetiva em 29 de janeiro de 1890⁽⁶⁾.

Na Europa, sintomaticamente, a primeira potência a manifestar-se pelo reconhecimento do novo governo brasileiro foi a França, que vivia desde 1870 sob a Terceira República. De toda forma, o reconhecimento francês só acontece quando são superadas as hesitações da diplomacia francesa. Primeiramente estas hesitações estão ligadas ao decreto brasileiro de naturalizações (Decreto n.º 58-A, de 14 de dezembro de 1889). Tal decreto manda que sejam considerados cidadãos brasileiros todos os estrangeiros residentes no País a 15 de novembro de 1889, salvo declaração em contrário. Resolvida a questão, pretende o governo francês condicionar o reconhecimento da república brasileira à admissão, por parte desta, do princípio de arbitramento para resolver o litígio territorial relativo à região do Amapá e da Guiana Francesa. Finalmente, o reconhecimento francês acontece no dia 20 de junho de 1890⁽⁷⁾.

O segundo governo europeu que reconhece a república brasileira é o português, no dia 20 de setembro de 1890, seguido pelo da Suíça, em 26 de setembro de 1890⁽⁸⁾. A Áustria, Hungria e a Rússia são os últimos países europeus a reconhecerem a república brasileira. A primeira, pelos vínculos que o unem à casa imperial do Brasil, só efetiva o reconhecimento em 22 de janeiro e em 4 de março de 1891. A Rússia só o faz em 26 de maio de 1892, depois da morte do imperador D. Pedro II⁽⁹⁾.

Política externa: novas e velhas tendências no governo republicano

Segundo JOSÉ MARIA BELLO, “os primeiros governos da República não alteraram os grandes rumos da política que se fazia no antigo Ministério dos Negócios Estrangeiros, conservando em seu serviço os experientes agentes diplomáticos e os velhos chefes burocráticos [...]”. Assim, comenta ainda o autor que, relativamente ao período imperial, a República se

(6) Uruguai, 3-12-1889; Bolívia, 24-5-1890; Chile, 13-12-1889; Paraguai, 20-12-1889; Peru, 27-12-1889; México, 27-12-1890; Equador, 20-1-1890; Guatemala e El Salvador, 6-12-1890; Colômbia, 20-2-1890; Costa Rica, 4-3-1890; Honduras, 8-3-1890; Nicarágua, 27-3-1890. Cf. *Arquivo diplomático do reconhecimento da república. Ministério das Relações Exteriores — Brasília/Pontifícia Universidade Católica — Rio Grande do Sul — Porto Alegre, 1989.*

(7) Archives et documentation. Paris, Ministère des Relations Extérieures. *Correspondance politique*. Brésil. V. 54, s.d.

(8) Cf. OLIVEIRA, José Manuel Cardoso de. *Actos diplomáticos do Brasil*; tratados do período colonial e vários documentos desde 1493. V. II (1871 a 1912). Rio de Janeiro, Typ. Do jornal do Commercio, 1912, p. 174. Estes países são seguidos pela Santa-Sé, 23-10-1890, Itália, 26-10-1890; Suécia-Noruega, 29-10-1890; Alemanha, 29-10-1890; Inglaterra, 3-12-1890; Bélgica, 6-12-1890; Espanha, 6-12-1890; Holanda, 22-12-1890.

(9) *Ibid*, pp. 178 e 194.

pautará, sobretudo, pela continuidade. Do Império ela recebera a tradição de uma política externa burocrática e formalística, com as qualidades, porém, da cautela e do pacifismo⁽¹⁰⁾.

É interessante notar ainda que, se o governo monárquico experimenta um verdadeiro controle parlamentar, observa-se com a inauguração do governo republicano um esvaziamento crescente do papel do Parlamento no que diz respeito à condução da política externa. Neste sentido, explica AMADO LUIZ CERVO que, durante o governo monárquico, especialmente as décadas de 1840 e 1850 são extremamente fecundas na formulação de um pensamento político relativo às relações exteriores. Até o final do Império o Parlamento acompanha de perto a política exterior do governo, fixando diretrizes, frutos "da experiência passada e do confronto das idéias". Desta forma, "o governo imperial tirou grande vantagem do sentimento parlamentar, podendo manter uma política externa de longo alcance, já que para tanto dispunha da 'força' que lhe emprestava o apoio da Assembléia"⁽¹¹⁾.

Com o advento da República, vive-se um processo que se dá, paradoxalmente, no sentido contrário. O Parlamento será progressivamente ignorado no processo de decisão em política externa. A República "agiu no sentido do distanciamento cada vez maior do corpo representativo das decisões executivas em matéria de relações exteriores no Brasil"⁽¹²⁾.

Tendo em mente as observações feitas acima, podemos dizer que no que refere à política externa, o governo republicano não significa uma ruptura com relação ao período imperial. Pelo contrário, o novo governo representa, sobretudo, uma continuidade, apesar, por exemplo, da progressiva diminuição do papel parlamentar na fixação da política externa.

Assim é que, considerando-se como característica maior a ausência de mudanças radicais e imediatas com a alteração de forma de governo, elegeu-se para analisar o período da Primeira República dois grandes eixos ou tendências gerais. O primeiro grande eixo se desenvolve na direção de uma gradativa mudança de um elemento-chave da política exterior do governo monárquico. Este eixo de mudança se refere à substituição da parceria britânica por estreitos laços com Washington. Na nova configuração mundial do desenvolvimento capitalista, a potência emergente são os Estados Unidos, em substituição à hegemonia britânica. A diplomacia brasileira acompanhará esse movimento das relações internacionais, enquadrando-se

(10) BELLO, José Maria. *História da República (1889-1954)*. 5ª ed., São Paulo, Companhia Nacional, 1964, pp. 225-6.

(11) CERVO, Amado Luiz. *O parlamento brasileiro e as relações exteriores (1826-1889)*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 71 e p. 12.

(12) ALMEIDA, Paulo Roberto de. "Relações exteriores e Constituição". *Revista de Informação Legislativa*, nº 94. Abr./jun. 1987. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, p. 111.

pragmaticamente à autoridade da nova potência mundial. Os Estados Unidos se tornam, cada vez mais, o novo centro de gravidade da diplomacia brasileira, cuja influência variará somente em intensidade. O segundo grande eixo da política exterior do período 1889-1930 diz respeito a um processo de manutenção de uma antiga tendência. Neste período veremos uma evidente preocupação do governo brasileiro em demarcar legalmente todas as fronteiras do País, confirmando, desta forma, uma inclinação que data desde a época colonial, ou seja, a marcha para o Oeste do continente.

Quanto aos citados eixos, notaremos que ambos têm no período em que o Barão do Rio Branco ocupou a Pasta das Relações Exteriores (1902-1912) o seu mais perfeito exemplo: aproximação entre Rio de Janeiro e Washington e a solução jurídica definitiva das questões fronteiriças pendentes com diversos países vizinhos (13).

As relações Brasil—Estados Unidos — entre a parceria e a convivência

As relações Brasil—Estados Unidos durante o período da Primeira República construirão as linhas de base de um novo subsistema de poder que tem nos Estados Unidos seu centro hegemônico. Neste subsistema ao Brasil caberá, cada vez mais, o papel de típico país agroexportador e importador de produtos manufaturados, recebendo o apoio político eventual do “grande irmão” norte-americano e aceitando, em consequência, a função de aliado natural da grande potência.

Ou seja, é na Primeira República que a influência norte-americana obtém bases sólidas no Brasil. Este processo se confundirá com a perda da preeminência britânica, vigente no País muito antes de sua independência. De fato, a denominação inglesa no Brasil data do século XVII, quando a fixação de tratados entre Portugal e Inglaterra concedeu vantagens econômicas importantes aos comerciantes ingleses.

Assim, sem significar absolutamente uma ruptura, a aproximação entre o Brasil e os Estados Unidos se concretiza passo a passo. Este processo culmina com a transformação da monarquia em república, mas vários sinais de sua existência podem ser apontados muito antes de 1889.

Desde a chegada da corte portuguesa ao Brasil em 1808 até a independência, em 1822, a penetração econômica e a influência política britânica no País alcançarão uma dimensão formidável. Em 1810 Portugal

(13) Desta forma, não concordamos com BURNS, Bradford. “As relações internacionais do Brasil durante a Primeira República”. *História geral da civilização brasileira*. Tomo 11. V. 2. São Paulo, DIFEL, 1977. P. 377, quando o autor afirma que “a diplomacia brasileira mudou acentuadamente durante a Primeira República”. Afirma o autor que, ao observar-se a política externa brasileira do período em questão, constata-se três mudanças, quais sejam: o deslocamento do eixo diplomático de Londres para Washington, a demarcação de fronteiras e o começo de uma participação mais ativa do Brasil nas questões hemisféricas e mundiais. Consideramos, como ver-se-á a seguir, tais questões relevantes, mas a elas damos uma outra interpretação.

conclui um novo tratado com a Inglaterra através do qual esta consolida sua posição de potência privilegiada no Brasil que será mantida no Império independente por um novo acordo comercial firmado em 1827.

Por volta de 1850, o governo imperial brasileiro, mais seguro de sua estabilidade, começa a atuar politicamente de forma mais independente com relação à Inglaterra. A partir de então, sua atitude será a de manter-se politicamente mais distante da Inglaterra e das potências européias de forma geral, e mais aberto economicamente aos países que nele desejassem investir. Assim, do ponto de vista comercial, não hostiliza os interesses britânicos, mas não pretende mantê-los em troca de favores especiais ⁽¹⁴⁾.

A contrapartida a este distanciamento com relação à Inglaterra é a concomitante aproximação do Brasil aos Estados Unidos, e neste sentido, o ano de 1869 é outra data de referência. Em maio desse ano, parte do Rio de Janeiro o General James Walson Webb, representante dos Estados Unidos no Brasil desde 1861. Se desde a independência do Brasil suas relações com os Estados Unidos tinham sido cordiais, movidas, entre outras coisas, pelos evidentes interesses norte-americanos no mercado brasileiro, a presença do General Webb no País significa um período de importantes tensões. Afirma-se que é por causa de atitudes de Webb que o governo brasileiro suspeitou que os Estados Unidos se mostravam mais simpáticos às repúblicas envolvidas na Guerra do Paraguai (1864-1870) do que à monarquia brasileira ⁽¹⁵⁾.

Ao sucessor de Webb, Henry T. Blow, caberá consertar os equívocos resultantes da atuação de seu colega e restaurar as relações de cordialidade entre seu país e o Brasil. Um dos primeiros indícios desta reaproximação é a visita que D. Pedro II faz aos Estados Unidos em 1876, por ocasião da "Centennial Exhibition". Outras evidências do reestabelecimento de relações amistosas entre os dois países são, entre outras, o decreto brasileiro concedendo a uma firma americana condições vantajosas para construir linhas de telégrafo submarinas ligando o Rio de Janeiro a cidades do Norte do Brasil e à Argentina, o subsídio dado a uma outra companhia norte-americana para o estabelecimento de uma linha de barco a vapor entre o Rio de Janeiro e o Pará etc. ⁽¹⁶⁾. A Inglaterra, comercialmente sobretudo, monopolizará por muitos anos ainda o lugar de maior importância na economia brasileira. No entanto, à época, os Estados Unidos

(14) Ibid. p. 340. Com relação ao sentimento de revolta contra o intervencionismo britânico ver CERVO, Amado Luiz. *O parlamento brasileiro e as relações exteriores (1826-1889)*. Op. cit., que mostra que o assunto era dos temas de política externa mais debatidos à época (décadas de 1950 e 1860, sobretudo) pelo parlamento brasileiro.

(15) WILL, Lawrence F. *Diplomatic relations between the United States and Brazil*. Durham, Duke University Press, 1932, pp. 259-60.

(16) Neste sentido HILL, Lawrence F. Ibid., p. 261, dá outros exemplos.

já se constituem no principal mercado para a borracha e o café brasileiros, produtos de fundamental importância na economia da Primeira República.

Em 1881, o Brasil aceita o convite norte-americano para participar da Primeira Conferência Pan-Americana, a realizar-se em Washington. A reunião é adiada e, sete anos mais tarde, novamente convidado, o Brasil repete sua aceitação para dela participar⁽¹⁷⁾. E mais, nela “o governo brasileiro deu seu leal apoio”⁽¹⁸⁾ aos vários projetos propostos pelo governo norte-americano, cujo objetivo maior era o de promover aspectos comerciais das relações interamericanas. A mais importante realização da Conferência de 1889 foi a criação do Bureau Comercial das Repúblicas Americanas, com sede em Washington.

É em meio à Primeira Conferência Pan-Americana que chega aos Estados Unidos a notícia da proclamação da república brasileira e, com ela, termina o “período de negligência amistosa”⁽¹⁹⁾ dos Estados Unidos em relação ao Brasil. Do lado brasileiro, o término do governo monárquico engendrará, de modo geral, as relações mais cordiais com seus vizinhos latino-americanos e consolidará sua aproximação diplomática à “grande república do norte”.

Cabe frisar que a própria natureza institucional do novo governo brasileiro conduz a uma aproximação com relação à América republicana, enquanto o separa das potências monárquicas do Velho Continente. Sintoma deste fenômeno é o já referido rápido reconhecimento do novo governo brasileiro pelos países americanos, contrastando com a demora por parte dos governos europeus em fazê-lo.

Ainda no que diz respeito às relações com os Estados Unidos, o período imediatamente posterior à proclamação da república corrobora os já existentes vínculos com o “grande vizinho do Norte”. Passos importantes são dados para intensificar as trocas comerciais entre os dois países. Em 1891 ambos concordam em outorgar-se vantagens comerciais recíprocas, segundo as quais os principais produtos de exportação brasileira — incluindo o café, o açúcar e a borracha — entrariam livremente, ou quase, no mercado norte-americano, enquanto que o Brasil concede aos produtos americanos o mesmo tratamento⁽²⁰⁾.

(17) Embora outras conferências regionais, de caráter essencialmente político, tenham se realizado no continente anteriormente a 1889, o Brasil sempre recusou sua participação: o Congresso do Panamá (1826), o Congresso Americano em Lima (1847), o Congresso Continental, em Santiago (1856), a Convenção de Washington (1856), e o Segundo Congresso Americano, Lima (1864).

(18) BURNS, E. Bradford. *The unwritten alliance; Rio Branco and Brazilian-American relations*. New York, Columbia University Press, 1966, p. 262.

(19) *Ibid.*, p. 60.

(20) Em 1894 o Congresso brasileiro se negou a permitir a continuidade deste acordo. Os Estados Unidos, por seu lado, continuaram a importar quase todos os principais artigos brasileiros sem restrições tarifárias ou quantitativas, em virtude do Dingley Tariff Act, de 1897.

É interessante lembrar também o episódio da Revolta da Armada, em 1893-4, dos primeiros graves problemas enfrentados pelo governo republicano, no qual este pôde contar com o apoio decisivo dos oficiais norte-americanos estacionados na Baía do Rio de Janeiro, contra a insurreição liderada pelo Ministro da Marinha, Almirante Custódio José de Melo, que abandonara seu Ministério e, com 16 navios em estado de revolta ameaçava bombardear a capital do País e derrubar o governo⁽²¹⁾. Da mesma forma, o fato de, em 1895, o Presidente Cleveland, árbitro do diferendo com a Argentina, dar ganho de causa às reclamações brasileiras sobre o território de Missões, contribui para o fortalecimento dos laços entre os dois governos.

No que diz respeito à política continental, temos a participação brasileira em todas as conferências pan-americanas que acontecem até o final da Primeira República⁽²²⁾. Estas conferências têm como ponto comum o esforço norte-americano de promover a liberalização das trocas comerciais com os países latino-americanos, enquanto que despolitiza ao máximo suas relações com o continente. Ou seja, o objetivo é o de dar às relações inter-americanas um conteúdo de cooperação essencialmente técnica, onde ao comércio será dado um lugar privilegiado.

Neste sentido, a Terceira Conferência Pan-Americana, realizada no Rio de Janeiro em 1906 (de 23-7 a 27-8-1906), período de Rio Branco é bastante expressiva. Na ocasião as relações interamericanas apresentam-se especialmente tensas em consequência da política do "big stick" de Roosevelt e das intervenções norte-americanas no Panamá (1903-1904) e na República Dominicana (1905). À atitude de suspeição dos países latino-americanos e às propostas destes objetivando discutir a situação política do momento a reação norte-americana é de omitir da agenda da conferência toda e qualquer questão de caráter político, no que pôde contar com a cumplicidade brasileira. A reunião testemunha a importância que o ministro Rio Branco dá às relações de amizade com a potência norte-americana, e vice-

(21) Para LAFEBER, Walter. "United States depression diplomacy and Brazilian revolution, 1893-1894". *Hispanic American Historical Review*. V. 40, nº 1, 1960, pp. 107-8, a atitude do governo norte-americano durante a revolta, apoiando o governo brasileiro, explica-se pelas consequências nefastas aos interesses econômicos norte-americanos, caso os rebeldes fossem vitoriosos. Sobre o assunto, ver também o ponto de vista de CALHOUN, Charles W. "American policy towards the Brazilian naval revolt of 1893-94: a reexamination". *Diplomatic history*. V. 4, nº 1, 1980, pp. 39-56.

(22) Portanto, a já citada Primeira Conferência Pan-Americana, realizada em Washington, em 1889; a Segunda Conferência Pan-Americana, na Cidade do México, em 1901; Terceira Conferência Pan-Americana, no Rio de Janeiro, em 1906; a Quarta Conferência dos Estados Americanos, em Buenos Aires, 1910; a Quinta Conferência dos Estados Americanos, em Santiago, 1923, e, finalmente, a Sexta Conferência dos Estados Americanos, em Havana, em 1928.

versa. Para o evento, a cidade do Rio de Janeiro é substancialmente modernizada a fim de bem impressionar seus visitantes. Do lado norte-americano, o Secretário de Estado Elihu Hoot desloca-se em pessoa para liderar sua delegação. "Sua presença enfatiza o predomínio do Brasil sobre os outros países sul-americanos, e foi um testemunho do sucesso da política de Rio Branco de aproximação [com os Estados Unidos]" (23).

Em 1907 (15-6 a 18-11), realiza-se em Haia a Segunda Conferência da Paz. A exemplo da Primeira, realizada em 1899, esta Conferência tem como objetivo limitar a corrida armamentista que a época experimenta, assim como encontrar modalidades pacíficas para a solução de controvérsias internacionais. Embora convidado, o Brasil não havia participado da Primeira Conferência. A Conferência de 1907 o Brasil participará, tendo como chefe de sua delegação Rui Barbosa.

Os resultados alcançados pela Segunda Conferência da Paz estiveram muito aquém dos objetivos que a inspiraram. Mesmo assim, nela são discutidas importantes questões, como a aplicação da arbitragem obrigatória, a adoção de medidas que atenuassem os males da guerra e a doutrina Drago, ou seja, a ilegalidade do emprego da força para a cobrança de dívidas contratuais públicas.

Sobre a atuação da delegação brasileira em Haia, são elucidativas as observações de Hildebrando Accioly que lembra que "muito útil nos foi o conhecimento prévio, graças a Joaquim Nabuco (embaixador brasileiro em Washington) das instruções dadas à Delegação norte-americana. Isto serviu para nos orientar melhor sobre alguns pontos" (24).

Ainda neste período, o Brasil consegue resolver vários conflitos territoriais com os países vizinhos. O desempenho do Barão do Rio Branco tornou-se memorável pela extrema habilidade com que lidou com tais questões, conseguindo encontrar quase sempre uma solução inteiramente favorável às teses brasileiras. Este tema será objeto do próximo título do presente artigo.

A Primeira Guerra Mundial é também um evento que reforçará significativamente as boas relações entre o Brasil e os Estados Unidos. Os dois países observam uma atitude de "neutralidade armada" até o mês de abril de 1917, quando o Congresso norte-americano aprova a declaração de estado de guerra contra as Potências Centrais, e o Brasil interrompe as relações diplomáticas com a Alemanha (11 de abril de 1917). Em 26 de outu-

(23) BURNS, E. Bradford. *The unwritten alliance; Rio Branco and the Brazilian-American relations*. Op. cit., p. 113.

(24) ACCIOLY, Hildebrando. "O Barão do Rio Branco e a 2ª Conferência de Haia". *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. V. 187. Abril-junho 1945, p. 70.

bro de 1917, o Congresso brasileiro reconhece o estado de guerra contra a Alemanha.

Dos países latino-americanos, além do Brasil, somente sete declararam guerra ao Eixo (Cuba, Costa Rica, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua e Panamá — todos países centro-americanos), cinco romperam relações diplomáticas com a Alemanha (Peru, Bolívia, Uruguai, Equador e República Dominicana), e sete mantiveram-se neutros (Argentina, Chile, Colômbia, México, El Salvador, Venezuela e Paraguai). Da América Latina, somente Cuba e o Brasil têm uma participação mais ativa como reais beligerantes.

A contribuição brasileira enquanto parte beligerante da Primeira Grande Guerra deu-se principalmente através do fornecimento de alimentos aos Estados Unidos e às Potências Aliadas, do suprimento de manganes, utilizado na fabricação de armamentos, e da utilização de 46 navios alemães ancorados em portos brasileiros e requisitados pelo governo (25).

Embora tenha tido um papel modesto na Primeira Guerra, a participação brasileira no conflito deu direito ao país de estar presente ao lado das potências vencedoras na Conferência da Paz de Paris, em 1919. Na conferência, o Brasil alcança resultados positivos em duas questões de seu interesse: obtém o pagamento do café recebido pela Alemanha em 1914, assim como adquire a propriedade dos navios alemães apreendidos em portos brasileiros durante a guerra, mediante indenização. Para a obtenção de resultados favoráveis destas questões, os diplomatas brasileiros puderam contar com o apoio do Presidente Woodrow Wilson (26).

É interessante registrar as impressões de Epiácio Pessoa, chefe da delegação brasileira à Conferência da Paz de 1919. Escreve ele, durante a Conferência, um telegrama enviado ao Ministro das Relações Exteriores no Rio de Janeiro: "aqui tudo será decidido exclusivamente cinco grandes potências acordo seus interesses ou pontos de vista individuais sendo presença pequena nas nações destinada apenas dar aparência liberal organização Conferência" (27).

No imediato pós-guerra, o Brasil participa da Liga das Nações como membro originário, em virtude de ter sido signatário dos acordos de paz. Na primeira organização política internacional de caráter universal, o Brasil tem uma atuação marcante, colaborando, inclusive, como membro não permanente de seu Conselho, desde a criação da Organização até 1926.

(25) Para maiores informações ver MARTIN, Percy Alvin. *Latin Americana and the war*. Baltimore, the Johns Hopkins Press, 1925.

(26) BELLO, José Maria. *História da República (1889-1954)*. Op. cit., p. 298.

(27) *Conferência da Paz, diplomacia e direito internacional*. Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura, Instituto Nacional do Livro, 1961. (Obras completas de Epiácio Pessoa. V XIV), p. 8.

Em 1926, o Brasil se retira da Liga das Nações em protesto por não ter obtido um lugar permanente no Conselho. Entende o governo brasileiro que o continente americano tinha direito a uma vaga permanente no Conselho. Em função da ausência dos Estados Unidos na Liga das Nações, já que o Congresso norte-americano não ratificara os acordos de paz de 1919, ao Brasil caberia ocupar cargo tão importante.

Ao se retirar da Liga das Nações, declara Afrânio de Melo Franco, representante brasileiro no Conselho, que a decisão do governo do Brasil é de declinar a honra de participar da Organização e esperar uma solução definitiva ao seu pedido "em vista da representação permanente da América (no) referido Conselho"⁽²⁸⁾. Assim, o Brasil dá a notificação formal de sua saída da Liga das Nações no dia 14 de junho de 1926.

O avanço para o Oeste: as questões territoriais

Não causa surpresa o fato de que os espanhóis não tenham ocupado uma imensa parte da América do Sul, já que cedo perceberam que seria impossível defender todo o território que lhes atribuía o Tratado de Tordesilhas (1494). Os interesses espanhóis estavam centrados no eixo México-Peru e em seus pontos de acesso — o Caribe e o Rio da Prata. Em consequência, uma grande extensão do território da América meridional, compreendendo a Amazônia e as terras centrais, foram negligenciadas pelos conquistadores espanhóis. Por outro lado, fato impressionante é a ocupação precoce da América meridional graças às expedições bandeirantes. De fato, a penetração realizada pelos exploradores paulistas e a demarcação desse imenso território dá-se um século antes do norte-americano⁽²⁹⁾.

Segundo a Geopolítica, ótica muito cara aos estudiosos latino-americanos, o Brasil seria um país "geopoliticamente favorecido"⁽³⁰⁾. O critério utilizado para a caracterização do favorecimento, ou não, é a quantidade de território adquirido ou perdido pelo País ao longo de sua história. Desta forma, por ter alterado seu território para o oeste da linha de Tordesilhas, aumentando sua superfície em mais de 200%, o Brasil desfrutaria da condição de país muito favorecido do ponto de vista geopolítico.

É fato indiscutível a paternidade da diplomacia brasileira sobre o conceito do *uti possidetis de facto*. O que se contesta, no entanto, é a legitimidade de sua invocação. A idéia essencial do *uti possidetis* é aquela segundo a qual os Estados latino-americanos herdariam respectivamente os

(28) *Journal Official*. So leté des Nations. Juin 1926, p. 56.

(29) FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 22ª ed. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1987, p. 56.

(30) Expressão criada por Genaro Arriagada. Cf. BARROS, Alexandre de Souza Costa. "Política exterior brasileira y el mito del barón". *Foro internacional*. V. 24, nº 1, julho-setembro de 1973.

territórios que pertenciam às potências colonizadoras. Rejeita a diplomacia brasileira a aplicação do *uti possidetis juris*, ou seja, a soberania baseada em título jurídico. A argumentação brasileira fundamenta-se na inaplicabilidade dos tratados hispano-lusitanos de 1750 (Tratado de Madri) e de 1777 (Tratado de San Ildefonso) por não terem sido ratificados pelo Tratado de Badajós, que colocou fim às hostilidades entre os dois reinos ibéricos em 1801. Assim, na ausência de títulos convencionais para estabelecer a delimitação entre o Brasil e seus vizinhos latino-americanos, a interpretação brasileira é a de que se deve fazer apelo à posse efetiva, ou seja, ao *uti possidetis de facto*.

Neste sentido afirma Hildebrando Accioly que o Brasil sempre defendeu que o *uti possidetis* traduzia a posse real e efetiva, “enquanto que seus vizinhos latino-americanos variaram em sua interpretação, seja aceitando a doutrina brasileira, seja sustentando uma outra concepção, segundo a qual o que se deve procurar é o direito à posse, independentemente da ocupação efetiva”⁽⁸¹⁾.

Muito criticada tem sido essa concepção brasileira e sua “potencialidade expansionista”. Muitos juristas entendem que a aceitação correta e original do princípio do *uti possidetis* é aquela fundada em título jurídico, independentemente do caráter efetivo da posse. A expressão *uti possidetis* seria tão-somente uma abreviação do termo romano *uti possidetis juris*, ou seja, “não se poderia conceber uma herança colonial fundada em fatos ilícitos”⁽⁸²⁾.

Sem sombra de dúvida, o período da Velha República se destaca pelas soluções que a diplomacia pôde dar às complicadas questões fronteiriças com os países vizinhos, e, neste período, há que se destacar a figura do Barão do Rio Branco, cuja extrema habilidade garantiu quase sempre soluções favoráveis aos pontos de vista brasileiros.

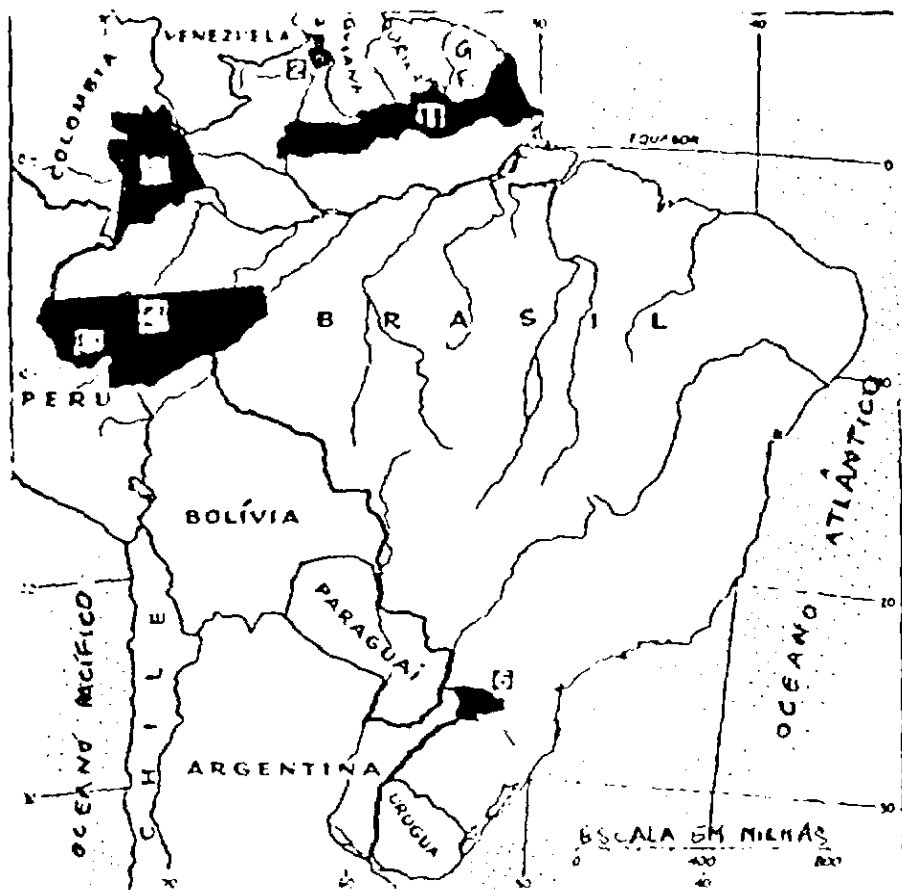
Neste sentido, afirma TEIXEIRA SOARES que “se nos déssemos ao trabalho de fazer certas indagações de caráter histórico, verificaríamos que, no período republicano, o Barão do Rio Branco foi, aos olhos do povo, a única personalidade (sem ser chefe de Estado) que se confundia com a própria noção de Pátria”⁽⁸³⁾. Ao barão e ao seu talento, creditam-se mais de 500.000 km² do atual território brasileiro.

(81) ACCIOLY, Hildebrando. “Le Brésil et la doctrine de l’uti possidetis”. *Revue de droit international*. Tomo XV, 1935.

(82) KOEN, Marcelo G. “La renaissance du principe de l’uti possidetis”. Artigo a ser publicado na *Revue générale de droit international public*.

(83) SOARES, A. Teixeira. “O barão do Rio Branco e a diplomacia brasileira”. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. V. 187. Abril-junho de 1945, p. 175.

Soluções territoriais alcançadas por Rio Branco



1. Guiana Francesa/Território do Amapá

Sentença Arbitral do Conselho Federal suíço, 1º de dezembro de 1900.

2. Guiana

Sentença Arbitral do rei da Itália, Victor Emanuel III, 6 de junho de 1904.

3. Colômbia

Tratado de Limites e Navegação, 24 de abril de 1907, revisto pelo Tratado de Limites e Navegação de 15 de novembro de 1928.

4. Peru

Tratado de Demarcação de Fronteiras, 8 de setembro de 1909.

5. Bolívia/Território do Acre

Tratado de Petrópolis, 17 de novembro de 1903.

6. Argentina/Tratado de Missões

Sentença Arbitral do presidente dos Estados Unidos, Grover, Cleveland, 5 de fevereiro de 1895.

In: BURNS, E. Bradford. *The unwritten alliance*; Rio Branco and the Brazilian-American relations. Op. cit., p. 41.

De 1902 a 1912 o Barão do Rio Branco ocupa o cargo de Ministro das Relações Exteriores. Antes deste período, porém, o Barão já desempenhara um importante papel na questão de Missões, com a Argentina, e na questão do Amapá com a França.

O litígio entre o Brasil e a Argentina sobre o território de Missões tinha origem na fixação de um segmento das fronteiras entre os rios Iguaçu e Uruguai. O Brasil sustenta que a linha divisória deveria estar formada pelos rios Pepiri-guaçu e Santo Antônio, enquanto que a Argentina primeiramente reclama como limite os rios Chapecó e o Chopim, para posteriormente transferir sua reclamação aos rios Chopim e Jangada. Em 1893, Rio Branco era nomeado Enviado Extraordinário e Ministro Plenipotenciário em Missão especial junto ao governo dos Estados Unidos, escolhido pelas partes litigantes para pronunciar-se em sentença arbitral (Tratado de Arbitramento de 7 de setembro de 1889). Em 5 de fevereiro de 1895, o Presidente GROVER CLEVELAND dá seu laudo arbitral, favorável à reclamação brasileira.

A 1.º de dezembro de 1900, o Conselho Federal Suíço, escolhido como árbitro pelos governos do Brasil e da França, pronuncia-se sobre a questão dos limites entre o território do Amapá e da Guiana Francesa. A sentença arbitral adota integralmente o ponto de vista brasileiro, defendido por Rio Branco, em 1899 nomeado Ministro Plenipotenciário em Missão Especial junto ao governo suíço.

No período em que o Barão do Rio Branco foi o chefe da diplomacia brasileira (1902-1912), outros litígios territoriais são resolvidos:

A) *A questão do território do Acre, entre Brasil e Bolívia:* no final do século XIX este extenso território passa a chamar a atenção dos governos brasileiro e boliviano pela produção de borracha a partir da resina da seringueira e pela conseqüente imigração de uma massa de trabalhadores vindos das regiões mais pobres dos dois países. Em 1901 a questão se complica quando o governo boliviano assina um contrato com uma campanha norte-americana dando-lhe vastos poderes sobre o território em questão, como sua administração e coleta de impostos, a organização de uma polícia etc. O conflito foi definitivamente resolvido pelo Tratado de Petrópolis, de 17 de novembro de 1903, pelo qual o Brasil recebeu 191.000 km² do Alto Acre e a Bolívia cerca de 3.000 km² e uma indenização de 2 milhões de libras. Além disso, o Brasil se engajou a se entender com o Peru a propósito de inexactidões na definição de suas respectivas soberanias na região.

B) *Entendimento com o Peru sobre o Acre:* a 8 de setembro de 1909 o ministro Rio Branco e o plenipotenciário peruano assinaram o tratado que completou a determinação das fronteiras entre o Brasil e o Peru, e estabeleceu princípios gerais sobre o comércio e a navegação na região.

C) *Limites com a Guiana Inglesa:* na questão de limites com a Guiana Inglesa, Rio Branco participa das negociações preliminares que decidiram pelo arbitramento e Joaquim Nabuco é escolhido para defender os interesses brasileiros. Assim, em virtude do laudo arbitral do rei Victor Emanuel III, a 6 de junho de 1904, foram atribuídos à Inglaterra 13.000 km² e ao Brasil 9.000 km² da área disputada. Pelo fato de ter concedido aos ingleses mais do que haviam reivindicado, a decisão arbitral provocou descontentamento no Brasil, que, no entanto, aceitou a sentença.

D) *Limites com a Guiana Holandesa:* a 5 de maio de 1906, o ministro Rio Branco assina com o governo holandês o Tratado de Limites entre o Brasil e a Guiana Holandesa (hoje Suriname) localizada entre os rios Corentyne e Maroni, a costa atlântica e a Serra de Tumucumaque. O tratado de limites precisa como fronteira a linha dos rios que vão da Guiana Francesa até a Guiana Inglesa.

E) *Limites com a Colômbia:* finalmente, a 24 de abril de 1907 foi assinado com a Colômbia um tratado no qual o Brasil fazia concessões

sobre a navegação na bacia amazônica e obtinha em troca o reconhecimento das reivindicações territoriais brasileiras na região. Em 1928 e 1930 novos acordos foram assinados entre os dois países regulamentando as soluções de 1907.

Conclusão

Depois desta breve análise da política externa brasileira desde o final do século XIX até 1930, pode-se voltar a sintetizá-la em duas grandes linhas. A primeira linha é a de uma progressiva mudança que se dá na definição de um novo parceiro internacional em substituição à Inglaterra. Esta aproximação coincide, não casualmente, com a ascensão dos Estados Unidos enquanto potência política e econômica mundial. No que diz respeito à diplomacia brasileira, a crescente hegemonia dos Estados Unidos significará um gradativo, porém seguro, alinhamento dos interesses brasileiros aos interesses norte-americanos. Viu-se que a aproximação entre os dois países está consubstanciada por acordos comerciais e entendimentos políticos.

O segundo eixo da política externa na Velha República de respeito à regulamentação jurídica, ou seja, via meios legais, de uma enorme extensão de território fronteiriço com os países vizinhos. O estabelecimento definitivo de milhares de quilômetros de fronteira é o coroamento de séculos de expansão luso-brasileira para o oeste do continente. Esta expansão tem como corolário jurídico o conceito brasileiro de *uti possidetis de facto*, concepção contestada pelos países com os quais o Brasil tinha questões territoriais pendentes. O sucesso na obtenção do reconhecimento do ponto de vista da diplomacia brasileira nas disputas territoriais deve-se, em grande parte, à sua coerência quanto à natureza jurídica de suas reclamações, persistindo na defesa das mesmas linhas gerais durante os mais diversos governos.

Finalmente, cabe mais uma vez lembrar o período em que o Barão do Rio Branco ocupou a pasta das Relações Exteriores como referência mais notável das duas linhas básicas da diplomacia brasileira durante a Primeira República. Com efeito, é o barão figura chave da consolidação de uma política exterior que obedece a transformações que se dão mundialmente e que tem os Estados Unidos como centro hegemônico. Da mesma forma, Rio Branco se torna conhecido como o símbolo da grandeza territorial brasileira, já que contribuiu de forma decisiva para a solução pacífica de diversos conflitos territoriais do Brasil com seus vizinhos, alcançando um resultado vantajoso para o país.

Os Socialistas e a Guerra

ANTÔNIO HOUAISS (*)

e

ROBERTO AMARAL (**)

O socialismo e os socialistas são — foram e serão — contra a guerra e só eles construirão uma ordem social universal sem guerra — a qual só se instituiu entre os homens com o advento da propriedade privada e a exploração do homem pelo homem. Sobre uma soma de mais de seis mil anos de guerras sobre guerras, é impossível não reconhecer que a acumulação das mazelas das guerras sobre guerras possa ser reparada ou corrigida ou sanada sem guerra: por isso, o socialismo e os socialistas sempre admitiram que as guerras — na verdade, as lutas de libertação nacional, anticolonialistas, antibelicistas — eram as únicas justas, provisoriamente justas, enquanto uma ordem internacional pacífica não se instaurasse entre os homens. Utopia ou não — e não o é, o que conteria matéria para um artigo à parte — essa utopia e esse farol são o só fruir para a humanidade presente e futura.

(*) Antônio Houaiss, filólogo e escritor, é ex-Presidente do Partido Socialista Brasileiro — PSB.

(**) Roberto Amaral Vieira, jornalista e escritor, é Secretário-Geral da Comissão Executiva Nacional do Partido Socialista Brasileiro — PSB.

A guerra, assim, qualquer guerra, é imoral, desde que não justa: e justa é a guerra libertadora, e tão-só ela, como dissemos acima.

A guerra, impondo a lei do mais forte, sobre ser injusta, é irreparavelmente ilegítima. Qualquer guerra, mas, principalmente a guerra de invasão ou conquista; e a agressão não é defesa legítima.

Dir-se-á que a guerra, uma guerra qualquer, a guerra do Golfo Pérsico, é legal — se a legalidade pode apartar-se da legitimidade — pois essa guerra é sancionada por determinada ordem jurídica. Assim legal, e tão-só por isso, essa guerra também seria *justa* e, daí, legítima, como dis Bush, mas não *santa*, como o afirma Saddam, fundado numa convicção cultural multissecular e tão “legítima” quanto a outra. Para tal absolvição bastaria a Bush buscar revesti-la de certos requisitos morais e legais, que se reduzem hoje a eficácia e utilidade, seja, efetividade, eufemismo encabulado de que se lança mão para recuperar a *virtù* maquiavelina (matriz que não encampa o maquiavélico habitual). Em outras palavras, a legitimidade deriva, nessa ótica neoliberal pós-histórica neo-renascentista, da lei do mais forte, o que, embora podendo ter sanção jurídica eventual, jamais terá amparo ético, como prova a consciência dos povos da terra, se abstrairmos as posições dos governos dependentes ou semi-soberanos. Bobbio, quando Bush prometia uma guerra cirúrgica e rápida, acreditava coonestar com o direito um massacre instantâneo. Mas se levar meses e aniquilar quase um povo e pôr em escombros uma história que pertence à humanidade — será isso *direito*? E se a resistência perdurar, e se mais civis tiverem de ser sacrificados, homens, mulheres, velhos e crianças, será isso insânia e loucura? De quem?

Discutem-se, a partir daí, no estreito plano da ideologia, as diversas formas de guerras ditas legais-justas, (a) de defesa, (b) para assegurar um direito ameaçado e (c) para impor um direito recusado, sem que, em uma só dessas hipóteses, se discuta a natureza do sistema internacional (e do Direito Internacional Público) dentro do qual a guerra *correta* se dá; também não se discute o caráter do direito do qual a guerra sugaria sua essência legal, como não se discute a “fonte” do direito de Israel a Israel, a fonte do direito do Iraque à *sua província* do Kwait, como não se discutem as mazelas coloniais acumuladas naquela região toda e que não se sanarão com a vitória norte-americana (eufêmica mas hipocriticamente dita “aliada”). Ora, toda guerra, qualquer guerra, importa a derrogação de um direito e do Direito, pois sua base é a violência, que o direito procura

conter em nome de um interesse que o aciona; a guerra em si representa um interesse defendido ou imposto a um outro Estado ou conjunto de Estados, povos ou nações pela violência de um Estado ou de uma coalizão de Estados, eventualmente “aliados”, isto é, à margem ou independentemente do direito, ainda que um outro “direito”, isto é, um conjunto de normas pactuadas, possa regular as formas mediante as quais essa violência em busca da supremacia de um interesse se desenvolve. A guerra silencia as leis, é o império da força (ou a força que produz seu próprio direito); por isso, é a antítese do direito. Só é direito a norma pactuada por iguais entre si, o que pressupõe autonomia e soberania.

Falar em guerra justa, ou guerra legal, no caso do Golfo Pérsico, pode atender aos interesses ideológicos da guerra; cabe bem na propaganda e contrapropaganda, mas não passa de um sofisma, que, sequer, encobre a realidade.

Não por acaso a propaganda cria certo unanimismo nos meios de comunicação de massa: quando Saddam fala em “Guerra Santa”, certa imprensa brasileira, a reboque de certa imprensa ocidental, tenta levá-lo ao ridículo; quando Bush ou Bobbio fala em guerra justa, louva seu “cientificismo”...

Essa guerra estabelece, de saída, a extraterritorialidade arbitrária do direito, sua vigência *erga* pactos, e, acima de tudo, a construção de um novo conjunto de regras engendrado segundo a ótica e o interesse protegido pelas armas. E tanto mais efetivo é esse “direito” quanto mais eficientes sejam as baionetas, ontem, ou os mísseis, hoje, que os defendam e imponham. O poder internacional, o que se chama de sistema internacional e, dele derivado, o direito internacional público, não se estabeleceram como fruto de acordo (pacto) entre iguais; derivaram, historicamente, da imposição do domínio do mais forte. Mesmo a Organização das Nações Unidas — inegável avanço em face da Sociedade das Nações — foi o artifício encontrado para organizar o novo mundo estabelecido pela voz das armas vencedoras da segunda guerra; mas de armas que não eram igualmente vencedoras, pois a ONU não era, não é, uma assembléia em que todos os contratantes estão representados em pé de igualdade e decidem por maioria, pois, se a Assembléia decide, o que ela decide por maioria está subordinado ao Conselho de Segurança, em que cada um dos cinco membros permanentes, os cinco autoproclamados vencedores da guerra, têm o direito soberano de veto sobre questões substanciais. Isso é tão óbvio que

a "autorização" das Nações Unidas para os Estados Unidos liquidarem o Iraque jamais seria arrancada da Assembléia Geral. Os textos mesmos das resoluções do Conselho de Segurança, com toda a sua subserviência à potência imperial, estão longe — é só lê-los — de autorizarem a alegada "guerra cirúrgica". É este contrato, não a maioria da Assembléia, que rege o sistema internacional, e por sistema internacional entenda-se a ordem composta pelos interesses dos cinco soberanos, que, nos termos da Carta das Nações Unidas, decidem o que é paz e segurança internacionais, e em nome desse entendimento podem decidir quando devem manter ou restabelecer essa paz, com o emprego das armas.

O direito do sistema, desde a Carta, deriva, pois, de acordos cujo único fundamento é o reconhecimento recíproco de poder; mas sua vigência vai além dos pactantes.

Assim, o direito de hoje não é o mesmo de amanhã, nem o deste Estado é o mesmo que daquele outro. Nessa lógica de poder — administrada pela coalização dos cinco — os Estados Unidos não se consideram à margem do direito ainda quando seu governo age ao arripio das decisões da Corte de Haia, nem Israel sofre cominações quando desconsidera as deliberações da ONU. Os Estados Unidos podem invadir aqueles Estados independentes e juridicamente autônomos de Granada e do Panamá (de onde, aliás, tiraram, seqüestrado e preso, para julgamento em seu território e segundo suas leis, o Presidente da República); a União Soviética pode invadir o Afeganistão, tanto quanto o Iraque pôde invadir o Irã, quando essa agressão ao então símbolo satânico do antinorte-americanismo — Komeine — interessava ao sistema; a invasão do Kuwait e a anexação de seu território pelo Iraque é crime — ninguém contesta a capitulação — é atentado à segurança internacional e como tal deve ser punido, mesmo com o emprego de armas (Cartas das Nações Unidas, artigos 42/43). Mas a invasão dos Estados árabes, a anexação das colinas do Golan, a virtual escravização do povo palestino em sua própria terra, por Israel, não constituem ofensa à segurança internacional e aos direitos das gentes; não ofenderam aos direitos das gentes os massacres de Sabbra e Chatila; os mísseis contra a população civil de Israel são crime, e ninguém duvida disso, mas os cinco soberanos não consideram crime os *raids* contra as populações palestinas no Líbano. A morte de civis, centenas ou milhares de civis iraquianos é, apenas, um acidente tecnológico. O Iraque, que assinou o Tratado de não-proliferação de armas atômicas, teve, sem sanção, área de seu território arrasada por Israel (que não assinou o Tratado) em

bombardeio a alegada instalação atômica, mas isto não é crime, tanto quanto não o é o ataque dos Estados Unidos à Líbia e a declarada tentativa de assassinato de seu Presidente. A isto se chama, nesta nova ordem internacional, de “ataques preventivos”, o mesmo argumento com o qual o III Reich procurava justificar perante a opinião pública internacional as anexações e os ataques a seus vizinhos.

Esses argumentos não pretendem dividir entre mocinhos e bandidos esse jogo sujo da guerra, em que têm destaque os fornecedores de material bélico, todos localizados fora do Oriente Médio, e hoje integrados nas fileiras dos “aliados”; queremos tão simplesmente revelar o jogo ideológico que procura justificar a guerra, seja pela informação manipulada, seja negando o acesso da opinião pública aos fatos mais elementares. Paraproposital põe de manifesto o perigo reiterado da unilateralidade da infolhela à guerra do Golfo, montou-se uma outra na imprensa eletrônica, e uma vez mais a versão dos fatos se impõe à realidade. Entre nós — e uma vez mais, e quantas vezes mais serão necessárias? — a desinformação e da opinião ostensiva. A indigência do jornalismo eletrônico procura salvar-se mediante o unilateralismo esterilizante dos comentários; não há informação, tão-só opiniões axiomáticas, cada repórter é um revelador da verdade falando como *magister dixit*, a tal ponto que o mínimo de informação menos comprometida ou não totalmente comprometida só se obtém, em conta-gotas, através do que do viciado noticiário norte-americano, as televisões brasileiras deixam passar... , quando sabidamente todo noticiário procedente do “front” é censurado, seja pelos governos locais, seja pelos comandos militares.

Lamentavelmente, a guerra não é apenas um fantástico video-game, transmitido para toda aldeia global via satélite e emratéis nacionais, como simploriamente supõe os encantados réporteres-correspondentes-corifeus da televisão, brasileira em particular.

Desgraçadamente, esta guerra redundantemente insana, é o primeiro e bastardo filho do ansiado fim da “guerra-fria”, ou, sem explorar o paradoxo, foi essa a paz que nos coube gozar quando a *detente* bipolarizada se transforma na *étente* da *pax americana*. Porque essa paz não resultou da razão ou do equilíbrio: a paz do medo recíproco que imobilizava as superpotências dá lugar ao império da potência militar única, a força indomável que impõe seu próprio direito, sobre Estados e homens, capaz de prender em nome da liberdade, matar em nome da vida. A força sem peias

que gera a barbárie. Ou, como afirmou Umberto Eco, essa “guerra do Golfo é um dos preços que pagamos pelo que ocorreu na União Soviética” porque a crise não teria chegado ao ponto em que chegou sem que antes tivesse ocorrido o que ocorreu e ocorre na União Soviética, privando a humanidade da força reguladora que contém a força.

Só os ilusos poderão crer que a vitória “aliada” na área lhe trará a paz: serão aquinhoados os multibilionários ou trilionários, como os Sabagh, do Kuwait, ou os Sandi, da Arábia Saudita, com a condição de que a única razão real de ser dessa guerra — o controle do petróleo e do seu preço — fique como matéria privativa dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha, tutelares das sete irmãs transnacionais do petróleo. O que poderia — por via política e diplomática — ser obtido como encaminhamento, ainda que gradual, da questão, vai demandar mais algumas décadas de frustração do mundo árabe — enquanto não se esgotem suas fontes de combustível ou não se invente um outro mais facilmente monopolizável.

Se, antes, o quadro internacional era descrito como o de um equilíbrio de forças que impedia, na bipolaridade, a hegemonia militar de uma das partes, o desenvolvimento tecnológico, fundamentalmente nuclear, da guerra, fez com que esse quadro de equilíbrio se transformasse no equilíbrio essencialmente do terror e, dele conseqüente, o equilíbrio do medo recíproco: chegamos hoje, no mundo pós-desarranjo soviético, a uma terceira e atual fase, que pode ser a última característica do milênio, de *desequilíbrio* esmagador. A paz das superpotências transforma-se no governo da potência militar única: a *paz romana*, perdoem, a *pax americana* de uma nação que, representando algo entre 2% a 4% dos indicadores humanos, consome 40% da produção energética do mundo.

Haja isenção para a juridicidade, legitimidade, legalidade, moralidade e humanidade...

É isso que — sem ódios, mas com crescente clarividência — os socialistas do mundo inteiro mostram e não se cansarão de mostrar — pois, hoje, amanhã ou no futuro, só com o socialismo — e a prevalência do diálogo político e diplomático permanentes numa ONU renascida para seus fins — todos os homens poderão viver em paz e com um mínimo de dignidade comum.

Mal se viu livre da guerra-fria, o capitalismo construiu sua primeira guerra. Outras virão. É da sua lógica. Quem viver, verá.

A Responsabilidade do Importador Pelo Fato do Produto Segundo o Código de Defesa do Consumidor

CLAUDIA LIMA MARQUES

Professora de Direito Internacional Privado
Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
Mestre em Direito na Universidade Tuebingen.

SUMÁRIO

Introdução I. Repercussão do Código de Defesa do Consumidor na atividade do importador. A) Análise do Campo de Aplicação da Nova Lei. B) Normas de Ordem Pública. II. O Importador como Agente Responsável pelo fato do produto. A) Natureza da Responsabilidade do Importador. 1. Exame das normas do CDC. 2. Responsabilidade "não-culposa" e a influência do direito norte-americano e da Directiva da Comunidade Económica Europeia. B) Extensão da Responsabilidade do Importador. Conclusão.

Introdução

Os atuais esforços para integrar os países do Cone-Sul⁽¹⁾ (Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai), em um "espaço econômico comum"⁽²⁾ sem barreiras tarifárias, por muitos chamado de mercado comum do Sul⁽³⁾, assim como a declarada vontade política do governo atual de abrir o mercado brasileiro às importações, levam os juristas a pensar, necessariamente, nos reflexos que esses fenômenos possam ter no campo do Direito.

Com a entrada no País de um maior número de produtos importados, nasce a necessidade do Direito pátrio regular a responsabilidade pelo eventual fato do produto importado e determinar qual dos agentes econômicos

(1) Versão atualizada do trabalho apresentado na "Semana de Estudos Jurídicos para Integração Latino-Americana", organizada pela Pós-Graduação em Direito — UFRGS, em outubro de 1990.

(2) Expressão empregada no art. 1º do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, assinado em 29 de novembro de 1988, por Brasil e Argentina, assim tb. a "Ata de Buenos Aires" assinada em 6 de julho de 1990.

(3) Note-se que o nome escolhido MERCOSUL e as declarações políticas anunciam a criação de um "mercado comum"; na realidade, porém, os acordos assinados, em princípio, criam somente uma zona livre de comércio entre os países, não prevendo a efetiva transferência de parte da soberania a órgãos supranacionais, nem a coordenação das políticas externas, ou uma ação em bloco.

(o fabricante estrangeiro, o importador, o distribuidor ou o comerciante final) será o responsável pela reparação do dano causado ao consumidor no Brasil.

Em matéria de responsabilidade civil, o principal valor a ser protegido pelo Direito deve ser o efetivo e rápido ressarcimento das vítimas (4). No caso de produtos fabricados no exterior, é necessário criar mecanismos capazes de assegurar, no Brasil, a rápida reparação dos danos, compatibilizando estes processos de integração econômica e de abertura do mercado com a efetiva proteção do consumidor brasileiro. A tendência internacional é cada vez mais afastar-se do conceito de culpa e evoluir para uma responsabilidade objetiva mitigada, que está sendo chamada de responsabilidade "não-culposa" (5).

O objetivo do presente estudo é, portanto, analisar as normas do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, a natureza e a extensão da responsabilidade extracontratual imposta por estas novas normas ao importador.

I. *Repercussão do Código de Defesa do Consumidor na Atividade do Importador*

A defesa do consumidor foi incluída pela Constituição Federal de 1988 na lista dos direitos fundamentais (art. 5.º inciso XXXII) e como princípio básico da ordem econômica do Brasil (art. 170, inciso V). A Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, ou CDC, cumpriria o mandamento constitucional.

O novo Código de Defesa do Consumidor possui 119 artigos todos declarados de "ordem pública" pelo art. 1.º CDC, os quais pretendem regular todas as matérias, contratuais e extracontratuais, referentes às relações de consumo.

O Código aplica-se assim a todas as relações em que estiverem presentes um consumidor e um fornecedor de bens ou serviços, um importador, por exemplo. A nova lei regula os aspectos contratuais da venda do produto ao destinatário final do bem importado, mas regula também aspectos pré-contratuais, como a publicidade veiculada pelo importador, as suas práticas comerciais, a oferta do produto no mercado brasileiro, e aspectos pós-contratuais, como a assistência técnica, o fornecimento de peças de reposição e, principalmente, dedica vários artigos ao tema da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto (arts. 12 a 17 CDC).

(4) Veja os esforços nesse sentido, em *Direito Internacional Privado*, no nosso "Novos Rumos do Direito Internacional Privado quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos", in: *Revista dos Tribunais* nº 629/72.

(5) A expressão é adaptada do alemão "verschuldensunabhängige Haftung", citada pelo elaborador da Directiva da Comunidade Européia TASCHNER, Hans Claudius "Produkthaftung", Munique: Beck, 1986, p. 9.

Ao nosso estudo interessa prioritariamente este último aspecto do novo regime *extracontratual das relações de consumo*.

1. *Análise do Campo de Aplicação da Nova Lei*

A Lei n.º 8.078/90 nasce como lei especial, com a finalidade última de reequilibrar e dar maior transparência às relações de consumo, estabelecendo para tanto novas normas de proteção ao consumidor. Os consumidores são, assim, os sujeitos principais desta tutela legal e representam ao mesmo tempo a *mais importante* limitação do campo de aplicação da nova lei.

Neste sentido, as normas do CDC só serão aplicáveis a questões envolvendo consumidores, definidos, em princípio, pelo art. 2.º do Código, como aqueles *destinatários finais* dos bens ou dos serviços⁽⁶⁾. O critério delimitador é a destinação do bem para consumo e não para revenda, ato que seria considerado de "produção" e não de "consumo", segundo o Código. Logo, tanto a relação original que envolve o importador e o fabricante estrangeiro, como as relações posteriores que envolvem o importador com o distribuidor ou o comerciante final não são regidas pelas novas normas, a não ser para instituir uma eventual solidariedade entre estes agentes *econômicos*.

Mas a definição do *caput* do art. 2.º do CDC refere-se especialmente às relações *contratuais* de consumo. O Código reserva para as relações *extracontratuais* uma definição bem mais ampla de consumidor, usando para tal o recurso da "equiparação". O CDC utiliza-se desta técnica multiplicadora do seu campo de aplicação, dividindo as pessoas físicas ou jurídicas em "*consumidores*" *stricto sensu* e *pessoas equiparadas a consumidores*, aplicando-se a estas últimas a mesma tutela especial do CDC por determinação legal.

Segundo o parágrafo único do art. 2.º, do CDC, fica equiparado a consumidor, para efeitos de proteção especial da lei, "a coletividade de pessoas, ainda que intermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo". Esta norma deixa clara a intenção de incluir na tutela da nova lei também o terceiro, o "bystander", na relação de consumo⁽⁷⁾.

O método de equiparação do CDC vai mais longe e especifica, no art. 17, quem será considerado "consumidor" para efeitos de reparação do dano causado pelo fato do produto:

"Art. 17. Para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as *vítimas do evento*."

(6) Sobre conceito de consumidor veja Antônio Herman Benjamin, em artigo anterior ao CODECON "O Conceito Jurídico de Consumidor" in: RT nº 628/69.

(7) Assim tb. MORAES, Voltaire de Lima, "Da Tutela do Consumidor" in: Rev. AJURIS, vol. 47, pp. 22 e 23.

Ora, se todas as vítimas de danos causados por produtos devem ser equiparadas aos consumidores, devendo-se, portanto, aplicar na tutela de seus interesses as normas especiais do CDC, em verdade, o campo de aplicação *ratione personae* do Código, na parte de responsabilidade extracontratual, não tem limites. Basta, pois, ser vítima de evento causado por um produto para ser equiparado a consumidor e ver aplicadas as normas do art. 12 e seguintes do CDC.

Concluindo, na matéria estudada de responsabilidade extracontratual pelo fato do produto importado, possui o CDC o mais vasto e exaustivo campo de aplicação imaginável, pois suas normas serão aplicadas a todas as pessoas da sociedade, bastando a sua caracterização como vítimas do evento causado pelo produto.

O CDC é, portanto, lei especial mais nova em relação à lei geral anterior, qual seja o Código Civil de 1917 e seus artigos inspirados no conceito de culpa aquiliana⁽⁸⁾. Não se afirme que, por tratar-se de produto importado, fabricado por pessoa domiciliada no exterior, a obrigação extracontratual será regida pela lei estrangeira. Ao contrário, segundo dispõe o art. 9.º da Lei de Introdução ao Código Civil, aplicável às obrigações oriundas de atos ilícitos é a lei do país em que se constituírem as obrigações, com a ocorrência do ato (*lex loci delicti commissi*)⁽⁹⁾.

Da mesma maneira, o CDC ao definir quem são os destinatários de suas normas, art. 3.º, inclui entre os *fornecedores de bens ou serviços* aqueles que “desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos”, incluindo, portanto, o importador.

O tema da responsabilidade pelo fato do produto está incluído no campo de aplicação *ratione materiae* do CDC, artigos 12 a 17, enquanto elemento da proteção do consumidor quanto à qualidade dos produtos consumíveis no Brasil.

Em síntese, pode-se afirmar que as normas do novo Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis aos importadores em suas atividades, relações contratuais e extracontratuais, com consumidores-destinatários finais e com os consumidores-equiparados, os “bystanders” ou simplesmente as vítimas dos eventos danosos causados por seus produtos, no Brasil.

2. Normas de Ordem Pública

Caberia ainda destacar que o art. 1.º do CDC dispõe que as normas estabelecidas por esta nova lei são de “ordem pública e interesse social”.

(8) Não estamos frente a um caso de revogação dos artigos do Código Civil, pois o CODECON trata apenas da responsabilidade pelo fato do produto, os outros casos de responsabilidade extracontratual continuam submetidos às normas gerais do CCB., aplicável, portanto, o § 2º do art. 2º da Lei de Introdução/CCBr.

(9) Veja detalhes em nosso “Novos Rumos...”, ob. cit. pp. 73 a 75.

Parece-nos clara a intenção do legislador de incluir as normas do CDC entre aquelas não afastáveis pela vontade das partes na ordem interna. Os contratos entre o importador (se revendedor final) e os consumidores não poderão excluir a responsabilidade pelo eventual fato do produto ou, sob pena de nulidade da cláusula, prever a transferência dessa responsabilidade a terceiro, o segurador (art. 1.º c/c art. 51, XV e III).

A caracterização das normas do novo Código como de ordem pública interna, assim como a hierarquia constitucional dada a proteção do consumidor no Brasil, podem ter importantes reflexos nas importações.

As importações têm como base contratos internacionais vinculando o fabricante estrangeiro e o importador. Se as normas do CDC, especialmente a do parágrafo único do art. 13, que prevê o direito de regresso do importador contra o fabricante culpado pelo defeito do produto, forem consideradas pela jurisprudência brasileira como de ordem pública em Direito Internacional Privado, mesmo que o contrato preveja a exclusão deste direito e a lei estrangeira aplicável ao contrato assim o permita⁽¹⁰⁾, o resultado será considerado ofensivo à nossa ordem pública e a aplicação da lei estrangeira será afastada com base no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Assim, aplicando-se a lei brasileira, poderíamos pleitear a aplicação da norma cogente do parágrafo único do art. 13 do CDC, mesmo ao contrato entre dois fornecedores, e afastar a previsão contratual contrária ao direito de regresso do importador.

Como se observa, nesse caso o campo de aplicação da nova lei poderia incluir mesmo alguns aspectos dos contratos internacionais, mas a hipótese é, sem dúvida, polêmica.

Cabe, agora, portanto, analisar as normas do CDC que incluem o importador como agente responsável pelo fato do produto por ele importado e verificar a natureza, os limites e os excludentes desta responsabilidade.

II. O Importador como Agente Responsável pelo Fato do Produto

A tendência em direito comparado é atribuir ao fabricante⁽¹¹⁾ a responsabilidade extracontratual pelos danos causados ao consumidor por produtos defeituosos. Mas, em se tratando de um produto importado, as

(10) A lei aplicável aos contratos é aquela indicada pelo art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, veja detalhes na obra de Irineu Strenger, "Contratos Internacionais do Comércio", São Paulo: RT, 1986, o qual defende a autonomia da vontade (contra o caráter obrigatório das normas da LICC) e, portanto, a possibilidade das partes escolherem a lei aplicável ao contrato.

(11) Assim conclui LEAES, Luiz Gastão Paes de Barros *A Responsabilidade do Fabricante pelo Fato do Produto*, São Paulo: Saraiva, 1987, pp. 125, 126 e 154, 155, veja o mestre italiano ALPA, Guido em sua recente obra *Diritto privato dei consumi*, Bolonha: Il Molino, 1986, pp. 286 a 334 sobre a responsabilidade do fabricante.

dificuldades para alcançar o fabricante ou o produtor fora do país e conseguir uma efetiva reparação para as vítimas devem ser consideradas. O importador, ao contrário, encontra-se no país da vítima, país onde o dano ocorreu, podendo facilmente ser chamado a reparar o dano. Após, este poderá vir mais facilmente a entender-se com o verdadeiro causador do evento danoso.

A escolha do *importador* (12) como agente responsável extracontratualmente pelo fato do produto defeituoso, que somente introduziu no mercado brasileiro, não é de todo pacífica, principalmente em um sistema como o brasileiro (13) que exige a culpa própria para a responsabilização. O Código de Defesa do Consumidor, porém, em seu artigo 12 dispõe:

“Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor nacional e o *importador* respondem, *independentemente da culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por *defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a sua utilização e riscos.*” (Grifo nosso.)

Para o CDC, portanto, o agente econômico responsável pelo fato do produto defeituoso importado é o importador e não o comerciante final ou seu produtor estrangeiro. Vejamos quais as características desta responsabilidade imposta ao importador.

1. *Natureza da Responsabilidade do Importador*

Para podermos impor a um agente econômico, no caso o importador, a obrigação de reparar os danos causados ao consumidor por um produto, que ele monta ou introduz no mercado brasileiro, é necessário definirmos um fundamento para esta responsabilidade (14). É esta uma responsabilidade própria, ou serve o importador como substituto solidário do verdadeiro culpado pelo evento danoso, o fabricante estrangeiro? Será esta uma responsabilidade baseada na culpa, no risco da atividade ou em um terceiro critério? Quais são os elementos desse ilícito civil? Começemos, portanto, a examinar as normas referentes ao tema introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pelo CDC.

(12) Veja sobre o tema a tese de doutorado da professora MACENA DE LIMA, Taisa M. “A Responsabilidade por Risco na Importação de Produtos Defeituosos (Brasil e Comunidade Econômica Européia)”, Belo Horizonte: UFMG, 1990.

(13) Veja os artigos de Caio Mário da S. Pereira “Responsabilidade Civil do Fabricante”, in: *Rev. de Dir. Comparado Luso-Brasileira*, jan. 1983, vol. 2, p. 28 e de Orlando Gomes “Responsabilidade Civil do Fabricante” in: *Rev. de Direito Civil* (32) abr./jun. 1985 p. 12, ou mais recente Luiz C. Ramos Pereira, “Generalidades sobre a Responsabilidade Civil do Fabricante”, in: RT nº 654/52.

(14) Assim ensinam RIPPERT, Georges e BOULANGER, Jean *Tratado de Direito Civil*, Tomo V, Buenos Aires: La Ley, 1958, p. 22, assim tb. o mestre italiano ALPA, ob. cit., p. 302.

1.1. Exame das normas do CDC

Apesar de o art. 3.º do CDC já incluir o importador como fornecedor de bens e de serviços, o art. 12, específico sobre responsabilidade pelo fato do produto, dispõe expressamente que considera como responsáveis, no mesmo nível, pela reparação: "o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador".

O fabricante, nacional ou estrangeiro, é, portanto, responsável pela reparação dos danos causados ao consumidor por defeito do produto. Em se tratando, porém, de fabricante estrangeiro, o consumidor preferirá acionar o importador, apesar deste não possuir, normalmente, a mesma força econômica que possuem os fabricantes. Neste caso a necessidade de ressarcir o consumidor, isto é, as vítimas em geral, justifica a escolha do importador como agente responsável pela reparação dos danos, independentemente de sua culpa.

Note-se que, como o art. 12 institui a responsabilidade dos agentes econômicos ali citados, *independentemente de culpa*, este artigo cria para o importador uma responsabilidade própria. O importador não funciona como mero substituto solidário do responsável principal, o fabricante. O art. 12 não distingue entre os responsáveis, não institui um dever de diligência só na fabricação dos produtos, ele menciona a produção, a construção e a importação, criando para cada uma destas atividades um *dever legal* próprio e específico. Mas qual seria este dever?

O *caput* do art. 12 especifica que os danos indenizáveis são só aqueles causados aos consumidores por defeitos... de seus produtos. O produto será defeituoso, segundo o § 1.º do art. 12, "quando não oferecer a segurança que dele legitimamente se espera". Mas, segundo o § 3.º do mesmo art. 12, os agentes não serão responsabilizados quando provarem que: 1) não colocaram o produto no mercado brasileiro; 2) o defeito *inexiste*.

Nesta análise rápida podemos concluir que ao importador foi imposto um *dever legal* próprio de só introduzir no mercado brasileiro produtos livres de defeitos, isto é, com a segurança que deles legitimamente se espera. Assim, pelas normas do CDC, o importador responde pelos danos causados, tanto nos casos em que o defeito advém de uma falha na esfera de sua atividade (falha na manipulação, acondicionamento, guarda) quanto nos casos em que o defeito teria sua origem no projeto, na fabricação, na construção ou na montagem do bem (15).

Na lista do art. 12 o grande ausente é o *comerciante*, agente ordinariamente responsável pela reparação dos danos, tendo em vista principalmente a sua ligação contratual com o consumidor-comprador e a idéia de

(15) O mestre italiano ALPA, ob. cit., p. 302, observa que a maioria dos defeitos tem sua origem na fabricação, na construção ou no projeto do bem e não quando de sua comercialização. O importador, note-se, na maioria das vezes restringe-se a distribuir o produto no mercado.

uma garantia implícita de adequação, extensível a terceiros-vítimas. O legislador do CDC, porém, preferiu uma melhor divisão dos ônus econômicos e fixou-se nas figuras do fabricante, construtor e importador.

Segundo o art. 13 do CDC, o comerciante será, porém, responsável pela reparação quando: 1) o fabricante, construtor, produtor ou o importador não puderem ser identificados; 2) quando o produto não oferecer uma identificação clara dos antes referidos fornecedores (produtos "brancos"); 3) quando o comerciante não conservar adequadamente os produtos perecíveis. Assim, o dever legal do comerciante é identificar claramente a origem do produto (art. 31 do CDC) e conservar corretamente os produtos perecíveis (art. 8.º do CDC), que coloca no mercado. Cumpridos estes novos deveres, não será a ele imputada a responsabilidade, apesar de ter ajudado (tanto quanto o importador) a introduzir o produto no mercado, nesse sentido o CDC institui uma *hierarquia* (16) de responsáveis: em primeiro lugar estão aqueles mencionados no art. 12 e, somente depois e em alguns casos especiais, o comerciante, mencionado no art. 13.

Note-se igualmente que o CDC trata o importador-comerciante como simples importador (17), não sendo aplicáveis a ele as excludentes do art. 13, típicas do comerciante. Isto porque sua responsabilidade própria é mais ampla e está disposta no art. 12 do CDC.

Por último, cabe mencionar que o § 3.º do art. 12, em seu inciso III, prevê a exclusão da responsabilidade dos agentes citados no *caput* se provarem a "*culpa exclusiva* do consumidor ou de terceiro". Excludente esta que será muito importante quando da determinação da natureza da responsabilidade instituída no CDC, se responsabilidade subjetiva ou objetiva pura.

A inclusão do importador no art. 12 como um dos responsáveis principais pela reparação do dano causado pelo produto defeituoso que introduziu no Brasil não parece ter sua origem na jurisprudência nacional (18). O Projeto de Código Civil Brasileiro (Projeto n.º 634/75), na versão dada pela Câmara dos Deputados, consagra a seguinte regra:

Art. 933. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem pelos danos causados pelos produtos colocados em circulação.

(16) Concorde Antônio H. BENJAMIN, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, Coord. Juarez Oliveira, 1991, p. 55, para o qual o CDC prevê três tipos de responsáveis: o *real* (fabricante, construtor, produtor), o *presumido* (importador), o *aparente* (o comerciante quando deixa de identificar o responsável real).

(17) Sobre tratamento jurídico da figura híbrida do vendedor-fabricante, veja o clássico artigo de MAZEAUD, Henri, "La responsabilité civile du vendeur-fabricant" in: *Revue trimestrielle de droit civil*, 53 (1955), pp. 611-621.

(18) Assim conclui COMPARATO, Fábio Konder, "A Responsabilidade do Produtor em recente Anteprojeto de Lei no Brasil — Comparação com o Direito Alemão", in: *RDM* 63 (1986), p. 112.

O Projeto previa, portanto, uma responsabilidade objetiva sem qualquer elemento subjetivo (culpa, defeito) bastando a prova do lançamento do produto no mercado, sendo que através de sua ampla formulação incluía entre os responsáveis, não apenas o fabricante, mas também o importador, como qualquer outro comerciante⁽¹⁹⁾.

O texto do art. 12 do CDC é, porém, substancialmente diferente do texto do Projeto Reafe, aproximando-se mais daquele do direito norte-americano (2d. Restatement). Mas é comparando os textos da Directiva da Comunidade Européia de número 85/374 como os do CDC que iremos encontrar a efetiva e principal fonte de inspiração dos pais do Código de Defesa do Consumidor, a Directiva 85/374/CEE⁽²⁰⁾.

A lei brasileira, a exemplo do art. 3.º da Directiva escolhe os mesmos responsáveis principais, incluindo entre eles o importador. No que tange à definição do que sejam produtos defeituosos, há uma total identidade de textos entre o art. 6.º da Directiva e os §§ 1.º e 2.º do art. 12 do CDC. A lei brasileira é mais severa e só disciplina três excludentes no art. 12, § 3.º, das várias previstas nos artigos 7.º, 8.º e 9.º da Directiva.

Devemos, portanto, concordar que as normas do CDC sofreram influência do direito norte-americano e da Directiva n.º 85/374/CEE ("Directiva do Conselho para a Aproximação das Disposições Legislativas, Regulamentares e Administrativas dos Estados-Membros em Matéria de Responsabilidade Decorrente dos Produtos Defeituosos"), de 25 de julho de 1985⁽²¹⁾.

1.2. Responsabilidade "não culposa" e a influência do Direito norte-americano e da Directiva da Comunidade Européia

Dois caminhos poderiam ser visualizados para fundamentar a responsabilidade extracontratual do importador pelo fato do produto importado: um caminho tradicional da teoria subjetiva da responsabilidade civil, baseado na culpa própria do importador ou de seu preposto; e um caminho mais moderno das teorias que prescindem da culpa, teorias objetivas, oriundas da necessidade de socialização dos danos e dos riscos na sociedade atual.

Baseando-nos na idéia tradicional da culpa⁽²²⁾, poderíamos responsabilizar o importador extracontratualmente quando, de uma falha na esfera

(19) Veja detalhes em RIOS, Arthur E. S. "A responsabilidade civil — os novos conceitos indenizáveis do projeto Reale" in: *Revista Forense*, v. 291 (1985), p. 121, assim tb. MACENA DE LIMA, ob. cit. p. 226.

(20) Assim concorda MACENA DE LIMA, ob. cit., p. 226.

(21) Publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Européias*, em 7-8-85, n.º L 210/29, Fasc. 19, p. 8 a 12.

(22) Veja sobre responsabilidade civil extracontratual no direito brasileiro tradicional a obra basilar de DIAS, José de Aguiar *Da Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1987, especialmente o volume II.

de sua atividade, originou-se o defeito do produto que causou danos ao consumidor no Brasil. Por exemplo, falha no seu dever de diligência na guarda (empacotamento ou distribuição) do produto ao expor negligente-mente ao sol produto perecível ou químico. Podemos inclusive pressupor que, uma vez ocorrido um dano, este teve a sua origem em um defeito causado por culpa do importador que introduziu no mercado o produto ⁽²³⁾. Em linha semelhante de pensamento, poderíamos basear a sua responsabilidade no conceito, oriundo do direito contratual, da existência de um dever de garantia de qualidade do produto importado, dever implícito, verdadeiro dever anexo que em um segundo momento seria objetivado, concentrado no produto, rompendo as barreiras do contrato, para ser estendido não só em relação ao parceiro contratual, mas a todas as pessoas usuárias o produto ⁽²⁴⁾.

Segundo as modernas teorias objetivas, poderíamos fundamentar a responsabilidade do importador no risco puro de sua atividade e na idéia da necessária divisão dos riscos ⁽²⁵⁾ e dos custos na sociedade industrializada. Se ele exerce esta atividade lícita, de introduzir produtos no mercado brasileiro, e lucra com ela, deveria, também, nesta linha de pensamento, suportar o ônus de um destes produtos causar danos a um consumidor ⁽²⁶⁾. O fundamento da responsabilidade seria o risco criado pela introdução no mercado de um produto destinado ao consumo. Esta responsabilidade por risco é mais aceita para as chamadas "atividades perigosas" ou, no máximo, para produtos normalmente perigosos.

Mas qual é a natureza da responsabilidade imposta ao importador pelo art. 12 do CDC?

Se definirmos responsabilidade objetiva simplesmente como aquela que prescinde de culpa, certamente podemos concluir que o art. 12 do CDC segue a *teoria objetiva* ⁽²⁷⁾; na medida em que este artigo afirma nascer a responsabilidade do importador *independente da existência de culpa*.

(23) Nesse caso estaríamos prevendo uma presunção de culpa, a qual leva geralmente a inversão do ônus da prova.

(24) A idéia da *implied warranty* vem do direito norte-americano e consta dos §§ 2º-313 e seg. do *Uniform Commercial Code*, veja detalhes no artigo de TASHNER, Hans Claudius "Product Liability in den USA v. Europaisches Produkthaftpflichtrecht", Saarbrücken: Europa-Institut Nr. 78, 1986, pp. 15 e 16.

(25) Veja sobre o tema, basilar, ALPA, ob. cit., pp. 287 a 292.

(26) Assim conclui, em sua tese de doutorado, a Professora de Minas Gerais, MACENA DE LIMA, ob. cit. pp. 226 e seg.

(27) Sobre a responsabilidade objetiva instituída pelo CDC, veja detalhes no excelente comentário do Prof. Antônio Hermam BENJAMIN, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, p. 45, o qual considera a responsabilidade também *objetiva*, mas por *risco criado*.

A teoria subjetiva, ao contrário, afirma que, para responsabilizarmos alguém, é necessário que a este possa ser imputada alguma conduta contrária ao direito (antijurídica), e que tenha esta pessoa agido com culpa (negligência, imperícia, imprudência), exigindo-se a prova da culpa.

Mas se, nesse primeiro momento, concluímos que a responsabilidade do art. 12 é independente de culpa e, portanto, objetiva, qual será o seu fundamento?

O fundamento normal da responsabilidade objetiva é o risco criado (28).

No direito norte-americano, afirmou-se, no *leading case Greemman v. Yuba Power Products Co.*, de 1962, que a responsabilidade do fabricante, desligada da idéia de culpa, teria seu fundamento no risco criado pela colocação do produto no mercado.

Em nosso CDC, art. 12, porém, exige-se tanto o lançamento no mercado do produto, a prova do dano, quanto também um terceiro elemento: o defeito do produto lançado no mercado! Certo é, que se presume, tendo em vista o dano, que exista o defeito, invertendo assim o CDC o ônus da prova e o impondo aos fornecedores de bens. Este fato, porém, não diminui a importância da inclusão deste novo requisito para a responsabilização. Segundo o § 3.º, inciso II, do art. 12 não será responsabilizado o agente econômico se provar que não há defeito no produto, apesar de ter colocado o produto no mercado e do dano ao consumidor ter existido.

Note-se, os norte-americanos trabalharam por muito tempo com a idéia da existência de um *dever de garantia* implícito (*implied warranty*) (29), o qual justificaria a indenização do dano toda vez que este dever fosse descumprido (ato antijurídico). Quando evoluíram para a *strict liability*, responsabilidade sem culpa, levaram consigo parte daquela noção, pois em quase todos os casos que julgavam (e que serviam para desenvolver a sua *case law*) havia um falha na conduta, um defeito no produto ou nas informações prestadas pelo fornecedor, o difícil, no caso, era imputar esta falha ao fabricante e prová-la.

Assim o *Second Restatement of the Law (Torts)*, de 1965, *section 402*, afirma que o vendedor profissional responde perante o consumidor quando o produto, por seu caráter defeituoso ou simplesmente perigoso, impõe ao consumidor um risco anormal (não-razoável) (30). Os dois elementos estão, portanto, presentes, destaca-se o risco, criado justamente pelo caráter defeituoso do produto, e por sua colocação no mercado. No direito

(28) Veja a obra de nosso mestre alemão Michael R. Will, "Quellen erhoerter Gefahr", Munique: Beck, 1980 e em português a obra basilar de Alvaro Lima, *Culpa e Risco*.

(29) MACENA DE LIMA, ob. cit., p. 6, informa que compõe a *implied warranty* a garantia de uso específico e de adequação (*warranty of merchantability* e *warranty of fitness*), existindo tb. a *express warranty*, garantia assegurada pelo vendedor de determinadas qualidades do produto.

(30) Assim ALPA, ob. cit., p. 310 e MACENA DE LIMA, ob. cit., p. 8.

norte-americano, o fundamento da responsabilidade objetiva é o risco⁽³¹⁾, risco que liga-se à atividade de vender um produto perigoso ou defeituoso no mercado.

O CDC brasileiro, porém, trata dos produtos perigosos nos artigos 8.º a 11, dedicados à proteção da saúde e segurança, impondo sobretudo um novo dever de *informação* para o fornecedor em relação ao consumidor. No art. 12, trata da responsabilidade pelo dano causado por produto *defeituoso*. O produto perigoso, produto de risco, não é *per se* considerado defeituoso. Quanto ao risco da atividade, mesmo tendo colocado o produto no mercado e apresentando este produto um defeito, não será responsabilizado o agente econômico se provar que, apesar da existência do defeito e do nexa causal entre o produto e o dano, houve culpa exclusiva da vítima-consumidor ou de terceiro, segundo dispõe o inciso III do § 3.º do art. 12.

Correta, portanto, a afirmação de que as origens do CDC devem ser procuradas tanto no direito norte-americano quanto no direito europeu⁽³²⁾, isto é, na Directiva n.º 85/374/CEE da Comunidade Econômica Européia.

Ora, quando a Comunidade criou sua lei⁽³³⁾ para harmonizar as normas sobre responsabilidade pelo fato do produto em seus 12 países-membros, tinha uma limitação muito grave, qual seja a da própria competência da CEE. Os seus órgãos supranacionais só podem legislar, ou impor Directivas, nas matérias e nos limites necessários à livre circulação de bens no Mercado Comum. A Directiva visa, portanto, garantir a qualidade dos produtos oferecidos, evitar os produtos defeituosos, mais do que assegurar uma irrestrita proteção aos consumidores. Como afirma o pai da Directiva, Hans Claudius Taschner⁽³⁴⁾, foi um caminho de *compromisso* entre as pressões das empresas (contrárias a uma responsabilidade objetiva pura) e as necessidades do Mercado Comum e de seus consumidores.

Eis porque a noção de defeito ganha em importância. Não basta a atividade, não basta colocar o produto no mercado, é necessário o defeito. A Directiva impõe, mesmo, ao consumidor a prova da existência do defeito, do dano e do nexa causal entre eles (art. 4.º da Directiva). O CDC, tendo em vista a dificuldade da prova para o consumidor, inverte o ônus e impõe ao agente econômico a prova de que o defeito não ocorreu (art. 12, § 3.º).

(31) Assim ALPA, ob. cit., p. 310, o qual verifica na evolução norte-americana uma procura de imputar o risco da atividade à empresa, em uma divisão social dos riscos.

(32) Concorde tb. MACENA DE LIMA, ob. cit., p. 226 e BENJAMIN, Comentários, p. 81, se bem que este autor advirta que muitos dos aspectos da Directiva não foram seguidos pelo CDC.

(33) A Directiva é uma lei obrigatória para os Estados-Membros, mas deve ser incorporada ao ordenamento jurídico interno através de leis nacionais, dos Parla-mentos. Processa-se, assim, uma harmonização dos direitos, pois concede-se ao legislador nacional um certo espaço quando da transformação em lei interna.

(34) TASCHNER, ob. cit., p. 9.

Mas, se a inexistência de defeito exclui a responsabilidade, o fundamento desta não pode ser somente o risco da atividade, isto é, o risco de colocar um produto no mercado.

TASCHNER mesmo afirma que a Directiva opta-se por uma responsabilidade "não culposa", que considera do tipo *objetiva* ⁽³⁵⁾.

Já SCHMIDT-SALZER-HOLLMANN ⁽³⁶⁾ discordam e percebem na Directiva tantas exigências de uma conduta antijurídica para responsabilizar o fornecedor que concluem tratar-se de um novo tipo de responsabilidade *subjéctiva*. A culpa concretizar-se-ia no defeito do produto, no descumprimento de um dever legal, e objetiva seria somente a imputação deste defeito a qualquer dos fornecedores mencionados na Directiva ⁽³⁷⁾.

Estas últimas observações merecem ser analisadas, pois segundo estes autores teria sido imputado ao importador o dever de introduzir no mercado brasileiro somente produtos isentos de defeitos. Se o importador descumprir este dever responderá, mesmo não tendo causado o defeito ou não podendo verificá-lo. Não há como negar, porém, que a imputabilidade do defeito ao importador, mesmo que simples distribuidor de produtos, ficou facilitada pelo art. 12 do CDC.

Na hipótese de não existir defeito no produto importado, pode haver dano e não será este indenizável. Ora, se o legislador estivesse pensando na divisão dos riscos em virtude do lucro da atividade exercida pelo importador, nos casos em que o dano ocorresse, deveria responsabilizar o fornecedor e não obrigar o consumidor, nesta hipótese, a suportá-los. A resposta realmente poderia estar na ausência de conduta antijurídica do fornecedor.

Exigir uma conduta antijurídica própria para se impor a responsabilidade é, efetivamente, uma das características principais da teoria subjéctiva ("nenhuma responsabilidade sem culpa").

Os alemães SCHMIDT-SALZER parecem indicar um tipo misto de responsabilidade. Esse tipo conjugaria elementos da teoria da culpa (como a exigência do descumprimento de um dever legal), e da teoria do risco (não se pergunta se o defeito nasceu na esfera de atividade do fabricante, produtor ou importador, não se pergunta por sua culpa ou negligência) ⁽³⁸⁾,

(35) TASCHNER, ob. cit., pp. 9 e 27, o autor utiliza a expressão "Gefährdungshaftung", responsabilidade pelo risco.

(36) SCHMIDT-SALZER-HOLLMANN, "Kommentar der EG-Richtlinie über Produkthaftung" tomo I, Heidelberg: Recht und Wirtschaft, 1986, comentários ao art. 1º da Directiva (nº 17).

(37) Assim tb. WIECKHORST, Thomas "Bisherige Produzentenhaftung, EG-Produkthaftungsrichtlinie und das neue Produkthaftungsgesetz", in *JuS* 1990/2, p. 89.

(38) Sobre as discussões na doutrina alemã veja SCHWENZER, Ingeborg "L'Adaptation de la Directive Communautaire en Allemagne Fédérale" in *Revue Int. de Droit Comparé*, 1-1991/57, pp. 61 e seguintes.

para responsabilizar o fornecedor frente ao consumidor, assegurando-lhe somente o direito de regresso, isto, caso a culpa pelo defeito não seja efetivamente dele (por exemplo, art. 13, parágrafo único do CDC) ⁽³⁹⁾.

Teríamos, assim, explicado os incisos I e II do § 3.º do art. 12 do CDC. Mas como explicar o inciso III que exclui a responsabilidade em caso de culpa exclusiva da vítima-consumidor ou de terceiro? Lendo-se os três incisos do § 3.º, eles sugerem um crescendo de possibilidades: I — não colocou o produto no mercado, II — colocou, mas não há defeito, III — colocou, há defeito, mas a culpa foi exclusiva da vítima. Na teoria mista de SCHIMIDT-SALZER, esta terceira hipótese é impossível, pois se há defeito, há descumprimento do dever legal (ou culpa). Assim o caso seria de *culpa concorrente* e nunca culpa *exclusiva* como afirma o art. 12 do CDC ⁽⁴⁰⁾.

A idéia do descumprimento de um dever legal, da exigência de um ato antijurídico, porém, não é totalmente incompatível com a teoria da responsabilidade *objetiva* ⁽⁴¹⁾, que visa, em última análise, regular os efeitos de um ilícito civil. Esta teoria evoluiu baseando-se em leis especiais que excluía a questão da culpa e imputavam o dever de reparar a uma determinada pessoa ⁽⁴²⁾. A responsabilidade objetiva acostumou-se a ser uma responsabilidade “legal” (*gesetzliche Haftung*), onde o momento decisivo era a imputação do dano a uma determinada pessoa (“*Zurechnung*”) ⁽⁴³⁾, não por culpa deste agente, mas por sua condição pessoal, por sua condição de empresário capaz de suportar as conseqüências do evento danoso...

A mistura de elementos das duas teorias, sugerida pelos autores alemães, somente dificulta a análise. O mestre francês André TUNC ⁽⁴⁴⁾

(39) A discussão sobre a culpa pelo defeito ocorrerá na cadeia de fornecedores e não externamente, o consumidor poderá escolher entre os nomeados no art. 12. Note-se, porém, a situação privilegiada do comerciante final, praticamente excluído da responsabilidade pelo art. 13 CODECON.

(40) Efetivamente na Directiva Européia, para a qual SCHMIDT-SALZER criaram a teoria, o art. 8º prevê que se há o defeito, mesmo havendo culpa de terceiro, o fabricante responde; se a culpa for da vítima, a obrigação de reparar continua a existir, mas é reduzida pelo juiz. Previsão diferente da do art. 12 CODECON.

(41) Veja a excelente exposição do professor argentino GHERSI, Carlos Alberto “Reparación de Daños”, Buenos Aires: Ed. Universidad, 1989, pp. 161 a 169, em que analisa o ato antijurídico (valoração normativa da conduta), que pode ter sua origem na culpabilidade ou na simples imputabilidade objetiva.

(42) GHERSI, ob. cit., p. 98, cita Jiménez de Asúa: “imputar um hecho a um individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias”. A responsabilidade resultaria da imputabilidade ao agente do delito civil, uma vez que tem capacidade para sofrer as conseqüências causadas pelo evento danoso.

(43) Assim tb. os comparatistas alemães ZWEIGERT, Konrad e KOETZ, Hein, “Einführung in die Rechtsvergleichung”, Tomo II, p. 433.

(44) TUNC, André. “La Directive Européenne sur la Responsabilité du Fait des Produits Defectueux”, in: Europa-Institut, nº 140, p. 9.

afirma simplesmente que na Directiva o fundamento da responsabilidade é o defeito e não a culpa; o consumidor fica liberado de provar a culpa do fabricante, mas é obrigado a provar o defeito. Seguindo esta linha de pensamento, a lei imputaria o dano ao fabricante, ao produtor ou ao importador sempre que houvesse um nexo causal entre o defeito e o dano sofrido pelo consumidor.

O dever legal instituído no CDC seria, então, de só introduzir no mercado produtos livres de defeitos. Por conseguinte, não basta a *atividade de risco* de introduzir o produto no mercado e lucrar com isso (*cujus commodum, ejus periculum*), porque também os comerciantes finais o fazem e não são responsáveis principais no sistema do CDC (art. 12, *caput* e art. 13). A figura europeia do defeito concentrou a imputação da responsabilidade em alguns fornecedores, não com base no simples *risco criado pelo produto defeituoso* (ou imputaria a todos da cadeia de fornecedores, como no sistema norte-americano) (45), mas com base em uma valoração legal específica. Imputou a responsabilidade principal ao fabricante, ao construtor e ao produtor, porque presumivelmente deram origem ao defeito, ou poderiam ter, ao menos potencialmente, evitado a sua existência; imputou ao importador, porque é o único fornecedor acessível ao consumidor brasileiro, uma vez que o fabricante tem sua sede em outro país; imputou também ao comerciante, quando este for o único fornecedor acessível (art. 13, I), ou, em decisão inovadora dos legisladores do CDC (46), também quando este descumprir o seu dever anexo de identificação clara da origem do produto (violação ao art. 31) ou quando for o real causador do defeito do produto perecível, por não ter cumprido seu dever de conservá-lo corretamente (violação ao art. 8.º CDC).

Sendo assim, o art. 12 do CDC funciona como uma espécie de hipótese-tipo (47), onde se prevê a responsabilidade sem culpa dos agentes ali citados, nos casos e nos limites impostos pela norma.

A responsabilidade positivada no CDC é, portanto, objetiva (48), no sentido de ser independente da existência de culpa, mas não pelo risco

(45) Veja ALPA, ob. cit., p. 310 e MACENA DE LIMA, p. 8.

(46) Esta resolução é diferente da Directiva, que responsabiliza prioritariamente o "produtor" (fabricante, construtor, art. 3º, 1.) e o importador (art. 3º, 2.) ou "cada fornecedor", incluindo o comerciante, se o produtor não puder ser identificado (art. 3º, 3).

(47) Em recente artigo ALPA, Guido "Le nouveau régime juridique de la responsabilité du producteur en Italie et l'adaptation de la directive communautaire" in: *Revue Int. de Droit Comparé*, 1-1991/74, p. 71, concorda o mestre italiano que a directiva introduz uma "hipótese-tipo" para a nova responsabilidade não-culposa.

(48) Assim MACENA DE LIMA, ob. cit., pp. 226, 227, na Europa a maioria dos autores concorda que a responsabilidade da Directiva é também objetiva, veja detalhes no artigo de VINEY, Geneviève "La responsabilité du fait des Produits en Droit Civil", *Journées de la Société de Législation Comparée*, 1989, p. 585.

da atividade e sim por simples previsão "legal". Este tipo de responsabilidade exige para caracterizar o ilícito a existência de um defeito, defeito este presumivelmente imputado aos fornecedores citados na norma, de modo a afastar qualquer alegação de defeito oriundo de caso fortuito ou força maior quando da produção do bem. Este tipo legal de responsabilidade libera o fornecedor da obrigação de reparar o dano, na hipótese do inciso III do § 3.º do art. 12, pois, mesmo havendo defeito, mas não há nexo causal entre o defeito e o evento danoso foi causado exclusivamente pela vítima ou por terceiro.

Neste caso, os requisitos legais para a responsabilidade legal do importador pelo fato do produto seriam três:

a) *Colocação no mercado pelo importador de produto defeituoso.* Segundo o § 1.º do art. 12, o produto é defeituoso quando "não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I — sua apresentação; II — o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III — a época em que foi colocado em circulação". Segundo o *caput* do art. 12, incluem-se entre os defeitos aqueles chamados *defeitos de fabricação* ("Fabrikationsfehler), quando um produto de uma série é defeituoso, mas os restantes não; os defeitos de construção ("Konstruktionsfehler"), quando o produto por seu projeto, técnica de construir, material empregado ou maneira de acondicionar o produto, apresenta características não satisfatórias, o que torna toda a série defeituosa; e os *defeitos de informação* ("Instruktionsfehler"), quando o produto em si não é defeituoso, mas determinadas características suas são perigosas, devendo ser destacadas, igualmente, o seu uso adequado suficientemente esclarecido através de informações ou instruções que acompanharão o produto⁽⁴⁹⁾. A menção do § 1.º, inciso III, do art. 12, da época em que foi colocado o produto no mercado para se auferir a existência do defeito excluirá, em princípio, os *riscos de desenvolvimento*, enquanto defeitos capazes de fazer nascer a obrigação indenizatória para os agentes citados no art. 12 do CDC. A exclusão da responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento reforça a idéia de uma responsabilidade objetiva legal, pois se a base fosse o risco criado⁽⁵⁰⁾, uma vez colocado o produto no mercado (criado o risco) deveria o importador arcar com a reparação, mesmo que pelos conhecimentos técnicos à época do lançamento no mercado, o defeito fosse irreconhecível.

b) *Existência de um dano.* Deve-se determinar qual tipo de dano é indenizável. Pelo art. 6.º, VI, do CDC não só o dano material como também

(49) Sobre os tipos de defeitos, veja a lição de TASCHNER em seu livro, ob. cit., pp. 72 a 79.

(50) Por exemplo MACENA DE LIMA, ob. cit., p. 234, examinando os projetos de Código de Defesa do Consumidor, conclui que a responsabilidade do importador será objetiva pelo risco criado e, portanto, considera que, como lucrou, deve o importador suportar os riscos de desenvolvimento (pp. 234 e 235 da Tese).

o dano moral é indenizável, menciona o art. 6.º igualmente, os danos coletivos e difusos. Logo, todos os danos sofridos pelas vítimas (consumidores) devem ser ressarcidos. Com o veto presidencial ao art. 16 do CDC, que instituiu os *punitives damages* (multa civil), inspirados no direito norte-americano, continuamos seguindo a tradição brasileira com perdas e danos de caráter meramente compensatório⁽⁵¹⁾.

c) Nexo de causalidade entre o dano e o defeito do produto, faltando o nexos não haverá responsabilidade. Note-se que o nexos de causalidade não é entre a colocação do produto no mercado, isto é, a criação do risco, e o evento danoso. Ao contrário, exige o CDC um nexos entre o defeito do produto colocado no mercado e o *dano*, liberando o importador da obrigação de reparar, se o nexos causal é entre a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro e o evento danoso.

Examinados os elementos do ilícito, podemos concluir que a responsabilidade imposta pelo art. 12 do CDC é do tipo objetiva, baseada no defeito do produto, nos limites da previsão legal específica.

2. Extensão da Responsabilidade

As excludentes da responsabilidade do importador, como já mencionamos, são aquelas dispostas nos incisos I a III do § 3.º do art. 12 do CDC.

Quanto à extensão quantitativa da responsabilidade pela reparação do dano, mencionamos que o inciso VI do art. 6.º do CDC prevê a “reparação efetiva dos danos patrimoniais e morais, individuais ou coletivos e difusos”, sem prever um teto máximo para as indenizações⁽⁵²⁾. As perdas e danos continuam a ter um caráter compensatório no CDC, em virtude do veto presidencial ao art. 16.

Quanto a limites qualitativos, o § 2.º do art. 12 informa que não são considerados defeituosos os produtos pelo simples fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado. Como mencionamos anteriormente, no CDC brasileiro não há responsabilidade pelos chamados riscos de desenvolvimento, que podemos definir como o defeito que o estado de conhecimento científico e técnico, no momento da colocação do produto no mercado, não permitia descobrir⁽⁵³⁾. Isto porque os defeitos para o CDC não se referem a “qualidades”, mas à segurança do produto. O § 1.º do art. 12, seguindo o exemplo da Directiva, considera defeituoso o produto somente em relação à época em que foi lançado no mercado. Isto é, para determinar a falta de “segurança”, o defeito do produto, devemos tomar

(51) Assim MACENA DE LIMA, ob. cit., p. 234.

(52) Note-se que a Directiva Européia, no art. 16, faculta um teto máximo de indenizações ao legislador nacional, no valor de 70 milhões de ECU, aproximadamente 160 milhões de marcos alemães, veja detalhes em SCHWENZER, ob. cit., p. 69.

(53) Assim tb. define risco de desenvolvimento VINEY, ob. cit., p. 586.

em conta a sua falta de segurança ou de informação, em relação ao *estado da ciência à época do lançamento do produto* no mercado brasileiro. Já os artigos 8.º, 9.º e 10 do CDC impõem um dever de informar os consumidores sobre a periculosidade agora descoberta. O CDC previa, igualmente no art. 11, um *dever de retirar* o produto do mercado brasileiro, mas este artigo foi lamentavelmente vetado pelo Senhor Presidente da República.

Quanto aos limites temporais para exercer o lesado seu direito de ação, o CDC institui um *prazo prescricional de 5 anos* (art. 27) a contar do "*conhecimento do dano e da sua autoria*" (54).

Conclusão

As novas normas de defesa do consumidor, positivadas no CDC e em vigor no Brasil, estabelecem uma responsabilidade objetiva para o importador por danos causados por produtos defeituosos por ele inseridos no mercado brasileiro. A novidade desta responsabilidade legal é grande, devendo merecer a atenção dos importadores, normalmente meros distribuidores de produtos no mercado nacional e que terão de compensar a eventual falta de capacidade econômica para arcar com esta nova responsabilidade, através de novos seguros específicos.

O importador passa a ser responsável principal pela reparação dos danos sofridos pelos consumidores-vítimas dos defeitos dos produtos importados. A natureza desta responsabilidade, inspirada no direito norte-americano, mas sobretudo na Directiva n.º 85/374/CEE das Comunidades Européias, é de uma responsabilidade "não-culposa", responsabilidade objetiva, baseada, não no risco criado pela atividade, mas na existência presumida de um defeito no produto, causador do dano ao consumidor. Trata-se, portanto, de uma responsabilidade do tipo objetiva, mas com fundamento em previsão legal própria.

As novas normas do CDC não impedem o comércio internacional, nem prejudicam a integração econômica entre os países do Cone-Sul. Ao contrário, são regras sociais, patamares de proteção do cidadão consumidor, que darão maior segurança para este processo de aproximação econômica e de abertura do mercado brasileiro às importações.

O tema da responsabilidade pelo fato do produto, assim, após longa evolução jurisprudencial e reiterados protestos da doutrina brasileira, ganha novo e moderno regramento em nossa ordem jurídica, o qual, esperamos, sirva para concretizar uma melhoria na qualidade de vida, um cuidado maior na segurança dos produtos colocados em nosso mercado e uma garantia de efetivo e rápido ressarcimento das vítimas/consumidores.

(54) Note-se que a Directiva Européia, em seu art. 10, prevê um prazo de 3 anos, nas mesmas condições, o prazo de 5 anos, nas condições brasileiras, não nos parece excessivo.

O Direito do Consumidor e suas Repercussões em Relação às Instituições Financeiras

ARNOLDO WALD

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da UERJ

"Se a justiça social impõe a proteção do contratante economicamente mais fraco e leva a desconhecer o princípio da força obrigatória dos contratos, a segurança e a estabilidade das convenções impõem, ao contrário, o seu respeito.

É, pois, com prudência, que, para corrigir o desequilíbrio entre o profissional e o consumidor, o legislador e, dentro de sua competência, o juiz, estão aumentando as obrigações dos profissionais e, por outro lado, aliviando as dos consumidores" (GÉRARD CAS e DIDIER FERRIER, *Traité de Droit de la Consommation*, p. 430).

1. Introdução

1. A sociedade industrial adotou uma nova concepção das relações econômicas e sociais que, ultrapassando o princípio da igualdade formal assegurada constitucionalmente, procura corrigir as desigualdades naturais ou existentes de fato, entre os seus participantes. Há, assim, uma tendência no sentido de proteger o economicamente mais fraco contra o mais forte, o

(*) PARECER solicitado pela Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN) e apresentado em dezembro de 1990, no Rio de Janeiro.

leigo contra o profissional. Assim sendo, surgiu e desenvolveu-se, especialmente a partir do início do século, um conjunto de regras que constituem, hoje, a ordem pública econômica. No passado, alguns autores chegaram a enfatizar a importância crescente de um direito novo, que chamaram *direito social*, enquanto outros lhes respondiam, adequadamente, que todo direito era social. Mas, de qualquer modo, entendeu-se necessário estabelecer uma proteção especial que atendesse os casos concretos, nos quais as normas jurídicas gerais podiam levar a injustiças (1).

2. Se os juristas do século passado, ultrapassada a fase da *exegese* vinculada às novas legislações encabeçadas pelo Código de Napoleão, deram maior importância à sociologia, foi à economia e, conseqüentemente, ao direito econômico e do desenvolvimento, que se dedicaram com mais afinco os estudiosos do direito, especialmente a partir da década de 1950 (2). A chamada *sociedade de consumo*, que surgiu após a Segunda Guerra Mundial, foi caracterizada, pelos economistas, como sendo o império de produtores, fabricantes e distribuidores, que, utilizando a máquina agressiva da propaganda e técnicas próprias de embalagem, publicidade e *marketing*, conseguiram convencer os consumidores a comprar, cada vez mais, maior número de artigos (3).

3. Quando os economistas passaram a reconhecer que as necessidades do consumidor não dependiam mais de suas escolhas racionais, mas eram condicionadas pelos fabricantes (4), que induziam o público a comprar os seus produtos, mediante promessas de qualidade, que nem sempre existiam, os juristas, os políticos e os legisladores reconheceram que podiam existir, no caso, abusos de direito, que deviam ser evitados e corrigidos para que se restabelecesse a justiça e se respeitasse a real vontade das partes.

4. O direito do consumidor surge, assim, na medida em que se impõe aos fabricantes e intermediários, respectivamente, a responsabilidade pela qualidade do seu produto e a transparência (*disclosure*) dos seus defeitos ao público e o Estado intervém para evitar que cláusulas contratuais sejam impostas unilateralmente pelos produtores e vendedores aos adquirentes de bens de consumo para uso próprio.

5. Embora a condenação do abuso de direito já constasse, de forma explícita ou implícita, nos Códigos Civis (5) ou em leis especiais, e a jurispru-

(1) GEORGES RIPERT, *L'Ordre Economique et la Liberté Contractuelle*, in *Études Gény*, e Gérard Farjat, *Droit Economique*.

(2) ARNOLDO WALD, *O Direito do Desenvolvimento*, Relatório apresentado ao Congresso da Ordem dos Advogados do Brasil.

(3) JOHN GALBRAITH, *A Sociedade Afluente e O Novo Estado Industrial* e J. SAINT-GEOURS, *Vive la Société de Consommation*, Hachette, 1972.

(4) JOHN GALBRAITH, *O Novo Estado Industrial*.

(5) Art. 160 do Código Civil. Conf. ARNOLDO WALD, *Direito Civil — Parte Geral*, 6ª edição, 1989, n.º 92, p. 190.

dência e a doutrina tivessem consagrado a sua importância e aplicação no direito hodierno, sentiu-se a necessidade de criar uma *legislação especial* para proteger o consumidor, do mesmo modo que se concebeu o direito do trabalho, a partir do fim do século XIX e, de forma mais sistemática em nosso País, desde 1930, para reger as relações entre empregado e empregador.

6. O direito do consumidor se caracteriza, pois, como um direito especial destinado a corrigir os chamados *efeitos perversos* da sociedade de consumo, restabelecendo uma *igualdade jurídica que deve compensar a desigualdade econômica* e mantendo, assim, o equilíbrio entre as prestações de ambas as partes, que deve existir nos contratos co-mutativos, com base nos princípios da boa fé e da lealdade entre os contratantes.

7. A especialidade do novo direito, em relação às normas de direito comercial e civil, deflui da área específica de sua atuação e da visão própria que tem dos fatos. Como o direito do trabalho, trata-se de legislação que pretende proteger a *parte economicamente mais fraca, em determinadas operações específicas definidas pelo legislador como constituindo a relação de consumo, do mesmo modo que o direito do trabalho destacou, para nela incidir, uma parte da área da locação de serviços, que denominou contrato de trabalho*. Cabe, assim, definir o direito do consumidor, como o conjunto de leis e regulamentos que protegem o consumidor, quando destinatário final, garantindo-lhe uma informação adequada e assegurando-lhe meios eficientes de defesa, que abrangem, inclusive, a ação das associações e a *mobilização do Ministério Público*.

8. A partir da idéia da especialidade do direito do consumidor, conclui-se que não substitui as demais normas de direito civil ou comercial, e, muito menos, do direito bancário, do mesmo modo que o direito do trabalho não afetou a aplicação da locação de serviços fora do âmbito trabalhista e, particularmente, nas relações entre empresas ou na contratação de profissionais liberais sem vínculo de emprego. Aplica-se, no caso, o princípio básico da Lei de Introdução, de acordo com o qual

“A lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga, nem modifica a lei anterior.” (6)

9. A analogia entre o direito do consumidor e o direito do trabalho chegou a ser reconhecida pela doutrina, que assinalou a similitude das condições em que ambos surgiram, decorrentes de movimentos populares e de convicções da opinião pública, liderada pela doutrina e pelos próprios políticos. Na realidade, as idéias de estabilidade e de segurança estão presentes, tanto no direito do trabalho, como no do consumidor, significando, para o primeiro, a continuidade no emprego e, para o segundo, a manu-

(6) Art. 2º, § 2º da Lei de Introdução.

tenção de condições adequadas do fornecimento e, ainda, a defesa da integridade física, tanto do empregado como do consumidor, num caso, contra os acidentes de trabalho e, no outro, contra os acidentes decorrentes do produto. Aliás, não é, por acaso, que a responsabilidade civil em geral e a do produtor, em particular, têm sofrido uma ampliação e um desenvolvimento paralelos à garantia dada, pela lei e pelos tribunais, aos direitos do consumidor.

10. Mas, por outro lado, cabe salientar que o direito do consumidor não é um direito de classe, razão pela qual não abrange todos os consumidores, mas, tão-somente, aqueles que necessitam de uma proteção especial. Assim, já se afirmou que "o direito do consumidor destina-se, especialmente, a proteger os consumidores os mais fracos" (7). Por outro lado, é preciso reconhecer que, atualmente, muitas pessoas se apresentam como sendo simultaneamente consumidoras e profissionais (8). Assim, o profissional, fora do exercício de sua profissão, é um consumidor e o consumidor perde essa qualidade quando atua profissional ou empresarialmente.

11. O direito do consumidor é, pois, um direito aplicável não a pessoas específicas, mas sim a atos determinados, que podemos denominar os atos ou as relações de consumo (9). Examinando-o, no tocante às suas finalidades, podemos dizer que o direito do consumidor traz, aos mecanismos econômicos, os corretivos sociais indispensáveis para a adequada defesa do consumidor, colocando-o em situação de igualdade com o produtor. Por outro lado, no plano contratual, a sua finalidade consiste em restabelecer o equilíbrio contratual, que deve existir entre as partes na relação de consumo e que muitas vezes é rompido pela superioridade fática do profissional, que, no plano técnico e econômico, tem condições e conhecimentos muito mais amplos do que o consumidor. Já se falava, no passado, na responsabilidade acrescida do profissional em relação ao não-profissional (10). Agora, essa responsabilidade passa a ser institucionalizada para restabelecer um equilíbrio jurídico que se presumia existir, mas que se verificou ter desaparecido, em virtude da desigualdade de fato existente entre as partes (fornecedor e consumidor).

12. A consagração do direito do consumidor e a ampliação da responsabilidade civil do fabricante e do profissional em geral constituem uma verdadeira revolução jurídica, especialmente pela transferência do ônus da prova, que a jurisprudência e a lei determinaram. Enquanto, no passado,

(7) J. CALAIS-AULOY, *Droit de la Consommation*, nº 12.

(8) ROGER PRIOURET, prefácio do livro de D. PONS, *Consomme et tais-toi*, 1972.

(9) J. CALAIS-AULOY, *ob. cit.*, nº 13.

(10) ANDRÉ TUNC, *Ebauche du Droit des Contrats Professionnels*, in *Etudes offertes a GEORGES RIPERT*, Paris, tomo II, pp. 136 e ss. e ARNOLDO WALD, *Estudos e Pareceres de Direito Comercial*, 2ª série, 1979, p. 9.

a vítima devia comprovar o dolo ou a culpa do responsável, a tendência da nova legislação é no sentido de fazer do produtor uma espécie de garantidor do seu produto, do mesmo modo que a recente doutrina da responsabilidade civil pretende assegurar os direitos das vítimas, afirmando a existência de um direito à vida e à segurança, que, quando violado, deve encontrar um responsável, eventualmente presumido, que indenize o prejuízo. Essa alteração da visão dos problemas jurídicos implica, necessariamente, em modificação da conduta do profissional ou do fornecedor, que deverá procurar garantir-se, inclusive, pelo seguro, contra eventuais indenizações que terá que pagar, repassando, geralmente, o custo da operação para o consumidor. Assim sendo, nesta verdadeira guerra civil que se trava entre profissionais e consumidores⁽¹¹⁾, é preciso ponderar que a radicalização, em alguns casos, pode prejudicar o consumidor, retirando-lhe o acesso a determinados produtos ou serviços ou tornando-os mais onerosos, nem sempre no interesse da sociedade e dos próprios consumidores.

13. Se o direito do consumidor é um direito revolucionário e modernizador, é preciso, todavia, compatibilizá-lo com os conceitos e os institutos do direito tradicional, para que ambos se completem e se conciliem, em vez de criar um conjunto de normas incoerentes e conflitantes umas com as outras, uma verdadeira colcha de retalhos, que não corresponde à noção hoje dominante do sistema jurídico característica do próprio Estado de Direito, pela generalidade e abstração dos comandos que emanam do mesmo.

14. Assim sendo, não só descabe abandonar as normas jurídicas tradicionais, que continuam em vigor, como é necessário definir as áreas de competência do direito novo e do direito antigo, interpretando ambos dentro de óticas diferentes, mas utilizando conceitos e institutos idênticos elaborados pela lei e pela ciência jurídica e consagrados no tempo.

15. Veremos, assim, que, na realidade, o direito do consumidor não abandona os padrões éticos e as finalidades do direito privado, cujos princípios básicos adota, e que pretende desenvolver e aprimorar, dando-lhes maior flexibilidade em casos específicos, em que a rigidez das normas atuais importaria em desvio do direito, abuso de poder ou, até mesmo, verdadeira injustiça. Definiremos, em seguida, o campo específico de atuação das novas normas, examinando as suas repercussões, especialmente no tocante às instituições financeiras.

II. O direito do consumidor e os princípios básicos do direito contratual

16. Tanto defensores, como críticos, do direito do consumidor nele vislumbraram uma quebra do atual sistema jurídico, com um afastamento

(11) LAURENCE E. DRIVON, *The Civil War On Consumer Right*, Berkeley, 1990.

de autonomia da vontade e uma forma de declínio do contrato, substituído pela decisão do legislador ou do juiz. Na realidade, não é o que acontece, pois o novo direito se inspira nos princípios clássicos, que desenvolve e aprimora, aplicando-os a determinadas categorias de situações concretas a exigirem tratamento especial que a legislação anterior não previu, nem podia prever.

17. Efetivamente, as nossas leis civis e comerciais inspiradas das velhas Ordenações lusitanas, do Código de Napoleão e do Código Civil Alemão (BGB), refletem e pressupõem um mundo de estabilidade, de moedas cujo poder aquisitivo parecia não variar, de contratos negociados, um a um, pelas partes interessadas, de uma economia que não chegara a sentir todos os efeitos da primeira revolução industrial do século passado e, muito menos, os da segunda, que ocorreu após a segunda guerra mundial, com a informática, a utilização da inteligência artificial, o aproveitamento da energia atômica, a produção em massa, a globalização da economia, as empresas que adquiriram as dimensões de verdadeiros Estados e a mídia que se tornou um instrumento de formação subconsciente de opinião pública.

18. Do mesmo modo que em Roma, o direito pretoriano foi complementando o *ius civile*, na Inglaterra a *equity* evitou as injustiças eventuais da *common law* e, mais recentemente, o direito comercial flexibilizou as relações entre negociantes, superando o formalismo do direito civil, o direito do consumidor está hoje aprimorando e especificando a velha teoria dos contratos, para que a autonomia da vontade seja considerada de modo dinâmico e não apenas de forma estática.

19. Neste sentido, podemos afirmar que as novas técnicas e as soluções ora introduzidas pela legislação do consumidor não significam um declínio do contrato e o advento do dirigismo contratual, mas, ao contrário, o restabelecimento da autonomia da vontade e do princípio *pacta sunt servanda*, do mesmo modo que a correção monetária não alterou as prestações dos contratantes, mas, ultrapassando as soluções nominalistas e o mito da estabilidade da moeda, permitiu que continuassem a ser firmadas convenções a longo prazo.

20. Na realidade, o direito do consumidor, pretende assegurar a autonomia da vontade na formação do contrato e um equilíbrio dinâmico na sua execução, desenvolvendo, com maior densidade, as técnicas tradicionais do direito privado, que asseguravam a liberdade da manifestação da vontade dos contratantes (erro, dolo, coação, lesão, abuso de direito) e a comutatividade das prestações, especialmente diante de fatos imprevisíveis e inevitáveis (teoria da imprevisão, cláusula *rebus sic stantibus*).

21. No momento em que o direito adquire aspectos multidisciplinares, no sentido de não poder desprezar as importantes contribuições das demais

ciências humanas, tornou-se imprescindível apelar para a psicologia e a sociologia, a fim de determinar o verdadeiro grau de liberdade do contratante, como também se utilizou dados econômicos para garantir a continuidade da equação contratual, que já era consagrada no direito público e chegou até a ser matéria constitucional, nos contratos administrativos nos quais se determinou a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro⁽¹²⁾.

22. Assim sendo, o direito do consumidor procura definir a vontade real, consciente e informada do contratante, retirando da sua manifestação alguns dos vícios que a distorcem, embora não estivessem previstos e enquadrados na regulamentação vigente de direito privado. No fundo, o que o legislador e o juiz pretendem é desintoxicar e purificar a manifestação de vontade, dela retirar os *efeitos perversos* exógenos, para retificá-la e ratificá-la na forma que teria, se o consumidor conseguisse obter a mesma soma de informações que o seu fornecedor.

23. A finalidade da legislação do consumidor consiste, pois, em restabelecer a plena autonomia efetiva da vontade das partes, substituindo-a às declarações que decorreram de uma vontade aparentemente livre mas, na realidade, subordinada a fatores externos, mesmo que não conhecidos pelas partes.

24. Se opusermos a autonomia da vontade como liberdade de contratar (firmar ou não o contrato) e a liberdade contratual (liberdade de definir as cláusulas contratuais) à *heteronomia*, considerada como sujeição do consumidor à vontade de outrem, em virtude de dolo ou coação, poderemos afirmar que, na sociedade atual, são numerosos os casos de contratos nos quais a autonomia da vontade é substituída pela heteronomia.

25. A psicologia e a sociologia de grupos evidenciam que, em diversas ocasiões, o consumidor adquire bens ou contrata serviços sob pressões internas (hábitos, costumes) ou externas (publicidade, informações inadequadas) que deformam o contrato de consumo, fazendo com que ele não seja mais um ato voluntário, mas sim um ato condicionado, a lembrar, em certos aspectos, os reflexos aos quais aludia o fisiologista russo PAVLOV.

26. O eminente jurista francês JEAN CARBONNIER chegou a afirmar que enquanto a geração passada vislumbrava, no contrato de consumo, um ato de vontade, atualmente, com mais realismo, cabe caracterizá-lo como um ato de emoção, sensibilidade e paixão, que deve ser controlado *a posteriori* pela razão e pela lógica⁽¹³⁾.

(12) Art. 167 da Constituição de 1967 com a redação da Emenda Constitucional nº 1 e art. 55 do Decreto-Lei nº 2.300.

(13) JEAN CARBONNIER, *Flexible Droit*, 3ª edição, 1976, p. 229.

27. Em certo sentido, a moda e a publicidade, o *marketing*, a forma agressiva de encaminhamento das vendas são formas de coação, que o Código Civil não previu, nem podia prever, mas que equivalem, pela sua densidade e efeitos, àquelas que os doutrinadores do passado citavam como exemplos de vícios da vontade.

28. Do mesmo modo, o contrato de adesão, as chamadas condições gerais das quais o consumidor, algumas vezes, só toma conhecimento por mera remissão, que consta no verso do contrato em letras ilegíveis, sem conhecer o seu texto, a desigualdade, nos planos técnicos, jurídico e financeiro, entre o fornecedor e o consumidor, substituem a normal negociação do contrato entre as partes, pela imposição de um texto, no qual o erro do consumidor ocorre com certa frequência, inclusive por não ser especialista na matéria e, conseqüentemente, não ter a formação e as informações do seu co-contratante.

29. Essas circunstâncias peculiares, que envolvem tanto o ato de comprar um bem ou solicitar um serviço (liberdade de contratar), como a negociação do contrato (liberdade contratual) e, finalmente, a sua execução justificam, dentro do próprio espírito do direito privado e do consensualismo, uma proteção especial para o consumidor, que não é muito diferente daquela tradicionalmente concedida aos absoluta e relativamente incapazes, ensejando, no fundo, uma incapacidade relativa específica para determinados fins.

30. Verifica-se, assim, que longe de se criar um *direito alternativo*, rompendo com o sistema tradicional, a elaboração do direito do consumidor foi uma especialização útil e necessária, que mantém os princípios e normas do direito privado e os desenvolve com maior densidade em relação a atividades e situações específicas. Efetivamente, a sistemática do novo Código do Consumidor foi inspirada pelas normas do Código Civil, que vedam o abuso de direito (art. 160) e determinam a prevalência da vontade real sobre a sua manifestação (art. 85), e as do Código Comercial que mandam atender, na interpretação dos contratos, aos princípios da boa fé e à estrutura e natureza do negócio jurídico, aos usos e costumes locais e, no caso de dúvida, beneficiar o devedor (art. 131), assim como pelas posições da jurisprudência e dos vários projetos de código, que deram um tratamento próprio aos contratos de adesão e adotaram, excepcionalmente, a teoria da imprevisão.

31. Esta análise é feita para mostrar que o direito do consumidor mantém, na sua terminologia, nos seus conceitos e na sua referência aos institutos, as definições do direito privado e que a diferença de ótica não deve ensejar uma visão do novo ramo da ciência jurídica que esteja em conflito ou em confronto com os princípios tradicionais, especialmente nas matérias não reguladas ou não inovadas pelo Código do Consumidor.

32. Firmados esses princípios, examinaremos, agora, o campo de incidência da nova legislação, analisando os conceitos de *consumo*, *consumidor*, *produção*, *poupança*, *destinatário final* e *fornecedor*, que são essenciais para a compreensão da nova legislação e a delimitação do seu campo de atuação.

III. Do campo de incidência do Código do Consumidor

A) Dos fundamentos constitucionais

33. A Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, especifica, no seu art. 1.º, os seus fundamentos constitucionais, referindo-se aos seguintes textos da Magna Carta:

a) O art. 5.º, inciso XXXII:

“o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

b) O art. 170, inciso V:

“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I —

V — defesa do consumidor.”

c) O art. 48 das Disposições Transitórias:

“O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor.”

34. Verifica-se, assim, que a nova legislação que “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”, se limita a tratar dessa matéria, não abrangendo — e conseqüentemente não revogando, nem substituindo — quaisquer outras disposições de direito privado ou do sistema financeiro nacional, que continuam em vigor inalterados.

B) Dos conceitos de consumidor e de fornecedor

35. No caput do art. 2.º, a lei define o consumidor:

“Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

36. Há, pois, na conceituação de consumidor, dois conceitos básicos que devem ser aprofundados: a relação de *consumo* e o *destinatário final*. O consumo decorre tanto da aquisição ou utilização de produto, como da prestação de serviço, sempre ao destinatário final.

37. Para definição de produtos e de serviços, aplicam-se os conceitos do art. 3.º, §§ 1.º e 2.º, que examinaremos em seguida.

38. O parágrafo único do art. 2.º equipara ao consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”, consagrando assim a defesa dos interesses difusos.

39. O artigo 3.º define o fornecedor como sendo:

“toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

40. Nos seus §§ 1.º e 2.º, o art. 3.º define:

“§ 1.º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2.º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

41. Cabe, inicialmente, esclarecer que a lei, sendo de proteção do consumidor, só abrange as relações de consumo, às quais, aliás, se refere em seguida ao tratar da “política nacional de relações de consumo” (capítulo II, artigos 4.º e seguintes). Somente são objeto de incidência da nova lei as relações de consumo, que se travam entre fornecedor e consumidor, desde que este seja o “destinatário final”.

42. Assim sendo, partindo das distinções clássicas em economia entre *consumo* e *poupança* e *investimento*, e entre *produção* e *consumo*, a lei de defesa do consumidor não se aplica nem à poupança, nem às operações que constituem o ciclo da produção, tanto assim que o produtor é considerado fornecedor (art. 3.º, *caput*).

43. O consumo é a destruição de um bem pelo seu uso e constitui uma das finalidades da produção, tanto assim que, para consumir, é preciso produzir e não se produz, se não houver consumo.

44. Por sua vez, os recursos financeiros do indivíduo são utilizados para fins ou de consumo ou de poupança, esta ensejando o investimento ou podendo permitir o consumo (dos recursos poupados).

45. Os dicionários definem o consumo como “gasto”, “destruição pelo uso”, “meio pelo qual se extinguem as coisas consumíveis”, “satisfação das necessidades humanas pelo aproveitamento dos produtos próprios para esse fim que se desgastam ou se extinguem com o uso”. O verbo *consumir* significa “destruir pelo uso ou pela utilização um bem ou um serviço para atender a uma necessidade”.

46. DE PLACIDO E SILVA esclarece que:

“No sentido amplo, consumidor designa a pessoa que consome uma coisa. Mas, no sentido do Direito Fiscal, possui o vocábulo significado próprio: entende-se como consumidor toda pessoa que adquire mercadoria de um comerciante, para seu uso ou consumo, sem intenção de revendê-la.”

E acrescenta:

“Consumível, em tal circunstância, é tomado em sentido realmente de destrutível pelo primeiro uso, ou deteriorável, pelo uso continuado.

Entretanto, na acepção jurídica, há consumo não somente quando a coisa se destrói, como quando é adquirida para uso, mesmo permanente, isto é, sem imediata destruição.

Daí é que vem, então, a idéia do consumo absoluto e do consumo relativo, em que se distinguem as duas modalidades do sentido de consumo, isto é, tanto o gasto da coisa utilizada, como a aquisição para uma utilidade de” (14).

47. A doutrina faz ainda a distinção entre consumo próprio e impróprio e consumo físico e econômico, assim como entre bens de consumo propriamente ditos — que são absolutamente consumíveis e se destroem, de imediato, pela sua utilização — e bens relativamente consumíveis, também denominados bens de uso, que se deterioram gradativamente com o decorrer do tempo, todos eles abrangidos no conceito genérico de bens de consumo.

48. Na legislação brasileira, o art. 51 do Código Civil abrange os bens natural e juridicamente consumíveis, ao elucidar que:

“São consumíveis os bens móveis, cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação.”

(14) DE PLACIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, vol. I, p. 417.

49. A doutrina explica que, ao lado dos bens naturalmente consumíveis, como os alimentos, existem os juridicamente consumíveis, destinados à alienação, como seria o caso dos livros numa livraria ou de jóias numa joalheria (15).

50. A lei de defesa do consumidor amplia, num sentido, e restringe, no outro, o conceito de bens de consumo do Código Civil, pois abrange tanto os de consumo como de uso (*que se degradam com o tempo*), mas exclui da sua aceção os bens juridicamente consumíveis mantendo, tão-somente, os naturalmente consumíveis, pelo fato de se referir (a defesa do consumidor) aos produtos adquiridos pelo *destinatário final*, o que não ocorre com os produtos utilizados para a alienação a terceiros (os livros e jóias acima referidos), pois quem aliena, evidentemente, não é destinatário final.

51. Aliás, a melhor doutrina entende que a defesa do consumidor, em todos os países, se aplica aos “consumidores materiais” e não aos “consumidores jurídicos” (ou seja, aqueles que a lei equipara aos consumidores, mas que não o são efetivamente) (16).

52. Complementando, assim, sistematicamente, a interpretação da norma da lei de defesa do consumidor pelas regras do Código Civil, verificamos que todos os bens destinados à produção ou à alienação pelo adquirente não são bens de consumo para o fim específico. “A relação de consumo se refere, pois, tão-somente, aos bens de consumo ou de uso adquiridos pelo destinatário final para uso próprio” e de sua família.

53. Assim sendo, entre os produtos referidos no art. 2.º da Lei n.º 8.078 não se incluem nem o dinheiro, nem o crédito. Este consiste em promessa de pagamento diferido, implicando troca de bens atuais por bens futuros, ensejando uma circulação de mercadorias ou valores, ou ainda a permuta da mesma coisa em momentos diferentes, “uma troca diferida no tempo” ou, ainda, “uma inserção do tempo na troca” (17). Efetivamente, a entrega de dinheiro sob qualquer forma (mútuo, desconto, etc. . . .) ou a promessa de entrega do mesmo, ao contratante ou a terceiro, não constitui aquisição de produto (bem móvel ou imóvel) pelo destinatário final, pois, pela sua própria natureza, a moeda circula e só constituiria operação com o destinatário final se se tratasse de um colecionador de moedas que não as transferisse a terceiros, hipótese suficientemente excepcional para que não se possa generalizá-la.

(15) ARNOLDO WALD, *Direito Civil — Parte Geral*, 6ª edição, 1989, p. 146; CLÓVIS BEVILACQUA, *Código Civil Comentado*, vol. I, pp. 296/297; CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 1944, pp. 41 a 44.

(16) CALAIS-AULOY, *ob. cit.*, n.º 1, e CAS e FERRIER, *ob. cit.*, nota 46, p. 11.

(17) Sobre os vários conceitos de crédito, confira-se a *Enciclopédia do Direito* (Saraiva), vol. 21, p. 130.

54. O consumidor protegido pela lei é, pois, a pessoa que, para as suas necessidades pessoais, não profissionais, contrata o fornecimento de bens e serviços, não os repassando a terceiros, nem os utilizando como instrumentos de produção (18).

55. A doutrina estrangeira enfatiza a caracterização do consumidor como:

a) um não profissional;

b) que contrata a aquisição ou utilização de bens e/ou serviços para as suas necessidades pessoais e familiares de consumo;

c) funcionando como destinatário final.

56. No direito estrangeiro, a legislação francesa esclarece, na matéria, que:

“Pour les produits, il convient d'entendre par là le consommateur final, c'est-à-dire celui qui les emploie pour satisfaire ses propres besoins et ceux des personnes à sa charge, et non pour les revendre, les transformer ou les utiliser dans le cadre de sa profession.”

“Pour les prestations de services, il, s'agit de leur bénéficiaire sous la forme soit de travaux sur les biens corporels qui lui appartiennent déjà — par exemple, travaux d'entretien ou de réparation —, soit de services dont sa personne même est l'objet.” (19)

57. Discute-se, também, no direito estrangeiro, se a pessoa jurídica pode ser ou não consumidora, entendendo a doutrina, na sua maioria, que o fato pode acontecer quando adquire bens ou contrata serviços sem qualquer ligação direta ou indireta com a sua atividade básica. O *destinatário final* tem, assim, sido oposto, pela doutrina e pelos textos legais, ao *destinatário* ou *consumidor intermediário*, que compra produtos para transformá-los ou revendê-los e não goza da proteção especial assegurada ao consumidor pela legislação especial.

58. E dentro do conceito da empresa moderna, a idéia dominante é no sentido de considerar todas as atividades empresariais, direta ou indiretamente, vinculadas às suas finalidades, partindo-se da presunção de que a empresa só adquire bens e só contrata serviços quando úteis ou necessários à realização de seus fins sociais, conforme determinam a lei e os estatutos.

(18) JACQUES GHESTIN, *Traité de Droit Civil*, vol. II, p. 36.

(19) CAS e FERLIER, *ob. cit.*, p. 9.

59. O legislador brasileiro não exclui a proteção do consumidor em relação a todas as pessoas jurídicas, entendendo, no seu art. 2.º, que dela gozam as que forem destinatárias finais, nas suas contratações, nos casos de ocorrência de relação de consumo. Assim sendo e partindo do pressuposto que o legislador não inclui em textos legais palavras inúteis, podemos admitir duas hipóteses. Ou o legislador cogitou de certas pessoas jurídicas de direito civil sem caráter empresarial, como as fundações e as associações, ou admitiu que as pessoas jurídicas de direito comercial também pudessem invocar a proteção da lei especial, mas, tão-somente, nos casos nos quais a contratação de bens ou serviços de consumo não tivesse vinculação alguma com a sua atividade produtiva ou empresarial, não se tratando de bens ou de serviços utilizados ou utilizáveis, direta ou indiretamente, na produção ou comercialização.

60. As dúvidas suscitadas, no particular, pela redação da nossa lei, também surgiram no exterior e, em particular, no direito francês, que conta, na matéria, com ampla bibliografia. A tese dominante na doutrina francesa é no sentido de vincular a condição do consumidor à situação de um não profissional que contrata para atender exclusivamente a necessidades pessoais, entendidas como tais as suas e as de sua família⁽²⁰⁾. Considera-se, assim, ato de consumo, "o ato jurídico que permite obter um bem ou um serviço para a satisfação de necessidade pessoal ou familiar"⁽²¹⁾. É consumidor quem pratica atos de consumo, e quando os pratica do mesmo modo que comerciante é aquele que realiza atos de comércio⁽²²⁾.

61. Para evitar dúvidas e confusões, algumas legislações estrangeiras, como, por exemplo, a inglesa, caracterizam, sempre, o consumidor como pessoa física. No mesmo sentido, a Proposta de Diretriz da Comunidade Econômica Européia esclarece que consumidor é "toda pessoa física que não atua, principalmente, no quadro de uma atividade comercial ou profissional". Em outras legislações, a ênfase é dada ao caráter não profissional do consumidor, sem que seja feita a distinção explícita entre pessoas físicas e jurídicas.

62. A conclusão à qual se chega é, pois, que no direito brasileiro, compatibilizando-se a letra e o espírito da lei e atendendo-se à lição do direito comparado, a pessoa jurídica, tão-somente, pode ser considerada *consumidor* ou a ele equiparada, nos casos em que não atua profissionalmente, ou seja, quando a empresa não opera dentro de seus fins sociais.

(20) GÉRARD CORNU, *Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Canadiennes de 1973, *La Protection des Consommateurs*, Paris, p. 135.

(21) CALAIS-AULOY, *ob. cit.*, nº 1.

(22) ANNE-CATHERINE IMNHOF-SCHUEER, *Protection du Consommateur et Contrats Internationaux*, tese de doutorado, Genebra, Librairie de l'Université, 1981, pp. 16/17.

Cabe, aliás, em relação às sociedades comerciais, uma presunção de ser o consumo para fins profissionais e sociais, em virtude da própria estrutura e finalidade empresarial que as caracteriza.

C) Produtos e serviços

63. A distinção entre a aquisição ou utilização de produtos e a contratação de serviços deflui da diferença tradicional que existe entre as obrigações de dar e as de fazer. Nas primeiras, há uma transferência da propriedade ou da posse do bem móvel ou imóvel, material ou imaterial, enquanto nas segundas, o fornecedor tem um comportamento determinado, uma conduta, que beneficia o consumidor, sob a forma mais ou menos ampla de locação de serviços. Já tivemos o ensejo de escrever que:

“É tradicional a distinção entre obrigações de dar, fazer e não fazer, que ainda hoje encontramos no Código Civil Brasileiro. A obrigação de dar consiste em transferir a posse ou transmitir a propriedade de um objeto ao credor, enquanto a obrigação de fazer importa na realização de atos ou serviços no interesse do credor.”⁽²³⁾

64. Em relação aos produtos, não se aplica a nova regulamentação de defesa do consumidor às instituições financeiras, por não se conceber a possibilidade de ser usado o dinheiro — ou o crédito — por destinatário final, pois os valores monetários se destinam, pela sua própria natureza, à circulação.

65. Conseqüentemente, a nova lei não determina a sua aplicação ao setor bancário, quanto aos produtos, e não abrange os empréstimos, descontos, avais, aberturas de crédito e demais operações bancárias nas quais há entrega imediata, diferida ou até condicional, de um produto, mas, ao contrário, manda que sejam aplicadas as suas normas exclusivamente aos serviços bancários.

66. Como tais devem ser entendidas as obrigações de fazer como, por exemplo, as que os bancos assumem na guarda de bens e valores, desde que caracterizada a relação de consumo. Assim, desde a locação de caixa-forte, considerada, pela doutrina, como contrato *sui generis* de guarda, que implica em manter o cofre à disposição do cliente e garantir o não acesso, ao mesmo, de terceiros, e até o eventual fornecimento oneroso de informações aos seus depositantes ou investidores, sempre que caracterizada a oferta do serviço aos consumidores, a prestação de serviços ensejará, eventualmente, a responsabilidade do fornecedor. Com base na lei de defesa do consumidor. É este o sentido que atribuímos à referência à atividade de natureza bancária e financeira mencionada no art. 3.º, § 2.º, da Lei n.º 8.078.

(23) ARNOLDO WALD, *Obrigações e Contratos*, 8ª edição, São Paulo, 1989, p. 13 e *Da Invalidade da Cláusula Penal destinada a impedir a entrada no mercado de empresa concorrente*, Parecer, Rio, 1974.

67. Ao definir o campo de incidência da lei de defesa do consumidor sobre as instituições financeiras, cabe salientar que a natureza específica da moeda não justifica a garantia do intermediário financeiro em relação ao produto, por existir uma garantia do produto — um tanto quanto precária — do próprio Estado. Essa situação e a própria função da moeda como “sangue da economia”, ensejando uma regulamentação do próprio sistema financeiro, que exerce, em certo sentido, uma função pública, estando subordinado ao Banco Central e ao Conselho Monetário Nacional, justificam que as normas de proteção ao consumidor obedçam ao disposto pelas autoridades monetárias competentes. Evitar-se-á, assim, conflitos de competência, que não contribuem para a estabilidade e segurança do sistema jurídico vigente. A multiplicação das competências para decidir a respeito dos mesmos assuntos pode, ao contrário, levar a sociedade a um verdadeiro labirinto de normas, ensejando o caos normativo.

68. Foi essa a razão pela qual, nos outros países, a proteção do consumidor, no campo financeiro e bancário, foi objeto de leis específicas. Foi o que aconteceu, na Inglaterra, com o *Consumer Credit Act* e, nos Estados Unidos, com uma série de diplomas legislativos, entre os quais se destacam o *Consumer Credit Protection Act*, o *Equal Credit Opportunity Act*, o *Fair Credit Billing Act*, o *Fair Credit Reporting Act*, o *Truth-in-Lending Act* e o *Uniform Consumer Credit Code*. Também a Bélgica, a França e a Suécia preferiram ter uma legislação própria com referência ao crédito ao consumidor, dando maior ênfase à transparência e estabelecendo normas gerais de direito bancário. Conforme os países, certas operações bancárias ficaram excluídas dessa proteção, como ocorreu na Bélgica, na Inglaterra e na França, enquanto, em outras legislações, ao contrário, deixaram de ser aplicadas as normas de defesa do consumidor às pequenas operações de curto prazo consideradas pouco relevantes, ou bagatelas (*Bagatell Geschäfte* do direito alemão). A ampla discussão existente na matéria, que envolveu a elaboração de importante bibliografia internacional, justifica a exclusão da incidência das normas de proteção ao consumidor no campo do crédito.

69. Na realidade, a Lei n.º 8.078 trata, no seu art. 52, do crédito ao consumidor, estabelecendo determinadas obrigações para o fornecedor que, embora não seja essa a nossa opinião, pelas razões que já aludimos, poderiam ser interpretadas, pela jurisprudência, como ensejando determinados deveres para as instituições financeiras, quando intervenientes ou participantes no ato.

70. Embora vinculadas ao fornecimento de produtos ou serviços (para o destinatário final) que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, as obrigações previstas no artigo 52 recaem, exclusivamente, sobre o fornecedor (do produto ou dos serviços) que não é instituição financeira. Mas dentro dos limites em que a operação seja de crédito ao consumidor, funcionando a instituição financeira como inter-

veniente ou participante, as obrigações específicas do art. 52, que abrangem a informação (incisos I a V), o limite da multa (§ 1.º) e possibilidade de pagamento antecipado do débito (§ 2.º), poderão ser consideradas como aplicáveis, em parte, à instituição financeira que concedeu o crédito vinculado, participando da relação de consumo, tese que só admitimos *ad argumentandum*.

71. A regulamentação legal das normas referentes ao crédito ao consumidor constituiu, aliás, matéria polêmica no direito comparado. ANNE-CATHÉRINE IMHOFF-SCHEUER, em monografia sobre a proteção do consumidor e os contratos internacionais, que se dedica, também, ao direito estrangeiro, comenta a este respeito que:

“Un problème épineux se pose lorsque l'acquisition d'un bien ou d'un service de consommation a crédit n'est pas financée directement par le fournisseur du bien ou du service, mais par l'intermédiaire d'un tiers, en général d'une banque. Le plus souvent par l'entremise du vendeur, l'acheteur contracte un prêt auprès d'une banque, prêt lié au financement de son achat qui devra être remboursé à la banque en plusieurs versements. Bien que sur le plan économique une telle opération constitue un tout, sur le plan juridique, elle se divise en deux contrats distincts. Cette dualité juridique entre le contrat de vente et le contrat de prêt pose notamment la question de savoir si le contrat de prêt échappe à la réglementation protectrice malgré son lien indiscutable avec le contrat de fourniture de biens ou de services. D'un autre côté, elle peut avoir pour fâcheuse conséquence d'obliger le consommateur à continuer à rembourser le prêt bien que le vendeur se trouve en défaut, le bien livré étant défectueux ou non conforme au contrat.”⁽²²⁾

72. A estudiosa suíça lembra que a solução dada, no caso de crédito ao consumidor, tem dependido da natureza do mesmo, fazendo-se a distinção entre os créditos vinculados ou afetados à aquisição do bem ou contratação do serviço e os créditos livres, desvinculados e sem afetação. Em relação a estes, não é aplicável a regulamentação específica que protege o consumidor, podendo ser diferente a situação daqueles, nos quais o fornecimento e o financiamento passam a constituir verdadeiros contratos coligados, com repercussões mútuas e recíprocas. Sob outro ângulo, os efeitos da coligação dos contratos têm sido discutidos no direito brasileiro, com estudos doutrinários e manifestações jurisprudenciais, tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal feito referência às convenções que constituem “verdadeiros irmãos siameses”⁽²³⁾.

73. Assim sendo, não há dúvida que, independentemente da interpretação técnica e científica a ser dada à Lei n.º 8.078, a incidência das disposições do art. 52 — mas somente das mesmas — ao contrato de crédito ao consumidor, é matéria que deverá ser debatida pelos tribunais

e risco que as instituições financeiras devem estar preparadas a enfrentar, ressalvada a nossa opinião pessoal da não-aplicação dos mesmos aos bancos por se tratar de produto entregue a quem não é destinatário final.

IV. Conclusões

74. Após a visão geral dos problemas suscitados, especialmente quanto ao campo de incidência da nova legislação em relação às instituições financeiras, concluímos que:

a) a nova lei não se aplica às operações de produção, poupança e investimento, ou seja, à captação de recursos pelas instituições financeiras, sob qualquer forma;

b) a nova lei também não se aplica às operações de empréstimos e outras análogas realizadas pelos bancos, pois o dinheiro e o crédito não constituem produtos adquiridos ou usados pelo destinatário final, sendo, ao contrário, instrumentos ou meios de pagamento, que circulam na sociedade e em relação aos quais não há destinatário final (a não ser os colecionadores de moeda e o Banco Central quando retira a moeda de circulação);

c) o consumidor, de acordo com a lei, é o destinatário final de bens e serviços consumíveis, absoluta ou relativamente, abrangendo as pessoas físicas, dentro dos limites em que atendem às suas necessidades pessoais e familiares, e as pessoas jurídicas, quando não atuam empresarial ou profissionalmente (associações civis, fundações etc. . . .);

d) assim sendo, as instituições financeiras, nas contratações de bens e serviços para a sua atividade empresarial, não são consideradas consumidores para os fins legais específicos;

e) os serviços bancários aos quais se aplica a lei abrangem, tão-somente, atividades e comportamentos, ou seja, obrigações de fazer — e não de dar — tais como a guarda de bens e documentos e outras, quando caracterizadas como relações de consumo;

f) nos casos de crédito ao consumidor, nos quais a instituição financeira é interveniente ou participante, em virtude da concessão de crédito vinculado à compra de bem ou à prestação do serviço, poder-se-á entender que cabe aplicar-lhe o disposto no art. 52 da lei, o mesmo não ocorrendo na hipótese de crédito livre ou desvinculado e não se lhe aplicando, de modo algum, as demais disposições da lei do consumidor;

g) as novas normas contidas na Lei n.º 8.078 provavelmente exercerão uma influência sobre todo o sistema jurídico, fortalecendo tendências jurisprudenciais que apreciavam com mais severidade os contratos de adesão, a repressão aos abusos de direito e a aplicação mais ampla da própria teoria da imprevisão, justificando-se, assim, um trabalho preventivo de revisão dos modelos contratuais e o eventual reexame de alguns modelos operacionais.

Interesses Coletivos no Código do Consumidor

HUGO NIGRO MAZZILLI

Promotor de Justiça em São Paulo

Agora, com a vigência do Código do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), a questão da defesa dos interesses difusos e coletivos passou a receber mais atenção por parte da coletividade.

Difusos são interesses de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais *inexiste* vínculo jurídico ou fático muito preciso. Em sentido lato, os mais autênticos *interesses difusos*, como o meio ambiente, podem ser incluídos na categoria do interesse público.

Por sua vez, os *interesses coletivos* compreendem uma categoria determinada ou pelo menos determinável de pessoas. Em sentido lato, englobam não só interesses transindividuais indivisíveis (que o Código do Consumidor chama de *interesses coletivos em sentido estrito*), como também aqueles que o Código do Consumidor chamou de *interesses individuais homogêneos*. Estes últimos se caracterizam pela extensão divisível ou individualmente variável do dano ou da responsabilidade.

Assim, segundo o mesmo Código, *coletivos* são os interesses “transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (art. 81, II).

Inovando na terminologia legislativa, o Código mencionou, pois, os *interesses individuais homogêneos* (art. 81, III), “assim entendidos os decorrentes de origem comum”, que, como vimos, na verdade, não deixam de ser interesses coletivos, em sentido lato.

Consideremos mais detidamente o consumidor. Se, dentre uma série de bens de consumo vendidos ao usuário final, um deles foi produzido com defeito, o lesado tem *interesse individual* na indenização cabível. Já seu interesse pode ser *individual homogêneo* quando a série de um produto saia de fábrica com o mesmo defeito, ou pode ser *coletivo* (em sentido estrito) quando de um aumento indevido das prestações do mesmo consórcio. Nestes dois últimos casos, em sentido lato, trata-se de interesses coletivos. Mas o interesse só será verdadeiramente *difuso* se impossível identificar as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou jurídico, decorrente da relação de consumo (como os destinatários de propaganda enganosa, veiculada pela televisão).

Tem gerado especial controvérsia o dispositivo constitucional que confere legitimação ao Ministério Público para a proteção de *outros interesses difusos e coletivos*, além do patrimônio público e social e do meio

ambiente (CR, art. 129, III). Estaria a instituição genericamente legitimada a defender *qualquer interesse coletivo* em sentido lato? Poderia ela promover, em última análise, até mesmo a defesa de interesses individuais homogêneos (art. 81, II, III, do Código do Consumidor)?

Parece-nos que o Ministério Público não está legitimado à defesa em juízo de interesses de pequenos grupos determinados de consumidores atingidos por danos variáveis e individualmente divisíveis. Igualmente, também não nos parece recusável sua legitimidade para a defesa dos interesses transindividuais indivisíveis. Entretanto, entre essas duas categorias mais extremas, hipóteses há que têm oferecido dificuldade nestes primórdios da vigência do novo Código.

No caso, por exemplo, das liquidações extrajudiciais de entidades financeiras, alguns recentes acórdãos do Tribunal de Justiça local, já à luz da nova Constituição, mantiveram o entendimento anterior, que negava legitimidade ao Ministério Público para a defesa de interesses coletivos dos credores, quando cessada a liquidação; entretanto, houve recursos, estando-se a aguardar decisão do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

A defesa de interesses de um grupo determinado ou determinável de pessoas pode convir à coletividade como um todo. Isto geralmente ocorre em diversas hipóteses, como quando a questão diga respeito à saúde ou à segurança das pessoas; ocorre, também, quando haja extraordinária dispersão de interessados, a tornar necessária ou pelo menos conveniente sua substituição processual pelo órgão do Ministério Público (p. ex., ver art. 1.º da Lei n.º 7.913/89; arts. 91 e 92 da Lei n.º 8.078/90); ocorre, ainda, quando interessa à coletividade o zelo pelo funcionamento correto, como um todo, de um sistema econômico, social ou jurídico.

Exemplificativamente, há sério abalo na captação de poupança popular ou na confiança de mercado nas empresas, sempre que ocorrem falhas de gravidade no respectivo sistema. Por razões como essas, o Ministério Público é chamado a intervir na defesa de interesses coletivos, em favor de credores em questões falimentares ou em favor de titulares de valores mobiliários ou de investidores no mercado, para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos por eles sofridos.

Mais especificamente quanto ao âmbito da atuação ministerial na defesa dos chamados *interesses individuais homogêneos*, cremos deva firmar-se interpretação de caráter finalístico. O art. 129, III, da CR comete ao Ministério Público a defesa de interesses difusos e coletivos. Quanto aos difusos, não há distinguir; por coletivos, entretanto, aí estão os interesses *da coletividade como um todo*. A defesa dos interesses de meros grupos determinados de pessoas só se pode fazer pelo Ministério Público quando isto convenha mais diretamente à coletividade como um todo.

Devemos, pois, examinar o dispositivo do art. 129, III, da CR, em harmonia com a destinação institucional do Ministério Público (CR, art. 127, *caput*).

Reconhecimento e Proteção dos Direitos dos Índios

DALMO DE ABREU DALLARI

Professor Titular da Faculdade de
Direito da USP

1. No ano de 1957 a Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovou, em sua 40.^a sessão realizada em Genebra, a Convenção n.º 107, "Concernente às Populações Indígenas e Tribais".

Já, então, o relacionamento dos índios e dos grupos tribais com as sociedades de não-índios vinha ganhando grande intensidade. Muitos índios passavam a trabalhar, em caráter individual ou mediante o envolvimento de suas comunidades, em atividades econômicas do interesse dos Estados em cujos territórios eles tradicionalmente viviam. Foi por essa razão que a OIT julgou necessária uma Convenção, de âmbito internacional e comprometendo individualmente cada Estado que a inserisse em seu direito positivo, fixando regras sobre o aproveitamento da força de trabalho dos trabalhadores indígenas.

Desde o início da discussão do projeto de Convenção ficou evidente que no caso desses trabalhadores não bastava a fixação de regras direta e exclusivamente ligadas às relações de trabalho. A própria condição de "índio" precisava ser explicitada, além de ser indispensável a consideração das peculiaridades dos povos indígenas e de sua maneira especial de relacionamento com as sociedades circundantes, para que as relações de trabalho não criassem o risco da escravização, da dominação injusta ou mesmo do aniquilamento cultural e até físico.

Por todos esses motivos a Convenção n.º 107 fixou regras bem minuciosas, estabelecendo para os Estados a obrigação de criar condições favoráveis à inserção do trabalho indígena no quadro das atividades econômicas normalmente desenvolvidas, sem qualquer discriminação. Ao mesmo tempo fixou obrigações relacionadas com a proteção dos valores espirituais e dos interesses materiais dos índios e dos grupos tribais.

Essa Convenção foi aprovada pelo Brasil, por meio do Decreto Legislativo n.º 20, de 30 de abril de 1965, tendo sido ratificada em 3 de

junho de 1965. Foram adotadas em seguida as providências necessárias à formalização da adesão brasileira e finalmente, por meio do Decreto número 58.824, de 14 de julho de 1966, publicado no *Diário Oficial* da União de 20 de julho de 1966, a Convenção n.º 107 da OIT passou a integrar a legislação brasileira.

2. No ano de 1957 estava em vigor no Brasil a Constituição de 1946, que não continha referências aos índios e às terras indígenas. Entretanto, o Código Civil Brasileiro, em vigor desde 1917, estabelecia, no art. 6.º, que os silvícolas eram "incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer". Desse modo os índios ficavam classificados como relativamente capazes, tendo a mesma situação dos brasileiros que já tivessem completado dezesseis anos de idade e que ainda não houvessem atingido os vinte e um anos. Enquanto os demais brasileiros passavam a ter capacidade plena quando completassem vinte e um anos, os índios continuariam sempre relativamente capazes. E pelo parágrafo único do mesmo art. 6.º foi disposto que os índios "ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida em que se forem adaptando à civilização do país". Até hoje ainda vigoram essas normas.

Entretanto, sobreveio a Constituição brasileira de 1967, depois substituída por novo texto em 1969, dando-se a este o nome de Emenda Constitucional n.º 1.

Pelo art. 4.º da Constituição de 1967 as terras ocupadas pelos silvícolas foram definidas como "bens da União", o que significa que a propriedade das terras indígenas foi atribuída à União e não aos índios. Mas pelo art. 186 ficou assegurada aos índios a posse permanente das terras habitadas por eles, reconhecendo-se expressamente "o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes".

A disposição do art. 4.º foi mantida na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. Esta, entretanto, acrescentou um elemento de garantia para os índios, pois no seu art. 198 repetiu o que dispunha o art. 186 da Constituição de 1967 e qualificou como "inalienáveis nos termos que a lei federal determinar" as terras habitadas pelos índios. Assim, pois, a propriedade continuou a ser da União, mas com o gravame da inalienabilidade, embora esta pudesse ter uma regulamentação por lei federal. E a posse permanente das terras e o usufruto exclusivo dos recursos naturais e das utilidades continuaram a ser direitos dos índios.

Veio mais tarde o Estatuto do Índio, aprovado pela Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973, fixando regras muito precisas sobre a condição de índio, os direitos e as responsabilidades dos índios e dos grupos indígenas, bem como sobre as obrigações dos órgãos públicos brasileiros na proteção da pessoa, da cultura e do patrimônio material e espiritual dos índios e das comunidades indígenas.

No Estatuto foram incluídas normas específicas sobre os direitos civis e políticos, a tutela e sua eventual abolição em casos bem definidos e por meio de formalidades previstas com minúcia, as condições de trabalho, os direitos sobre as terras e o patrimônio indígena, o direito à educação e à saúde e, finalmente, sobre a responsabilidade penal dos índios e os crimes contra eles praticados.

Pode-se afirmar que o Estatuto do Índio foi um avanço em termos de reconhecimento e proteção dos direitos dos índios e dos grupos indígenas. Entre outras coisas, o Estatuto deu legitimidade aos "grupos tribais ou comunidades indígenas" para defenderem judicialmente seu direitos, obrigando a União, sobretudo por meio do Ministério Público Federal, a promover a defesa judicial e extrajudicial desses direitos.

Na prática a defesa pelos órgãos federais foi muito deficiente até 1988, quando pela nova Constituição brasileira foi reafirmada e ampliada a competência do Ministério Público Federal para a defesa dos direitos dos índios. Até então essa defesa havia ficado na dependência das iniciativas do órgão federal incumbido do exercício da tutela indígena, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), que, além de ter sido escandalosamente omissa, muitas vezes promoveu e apoiou ações públicas e privadas contrárias aos direitos dos índios.

Com base nos dispositivos do Estatuto do Índio várias comunidades indígenas assumiram sua própria defesa, inclusive judicialmente, suprindo em parte as deficiências e os desvios da FUNAI. E agora, com o apoio efetivo do Ministério Público Federal, os direitos indígenas passaram a ser defendidos com muito mais eficiência. Assinale-se, ainda, que a Constituição brasileira de 1988 deu competência à Justiça Federal para o julgamento dos casos envolvendo direitos dos índios. Essa particularidade é mais do que um simples pormenor, pois a experiência já havia demonstrado que a Justiça Estadual de vários Estados brasileiros, especialmente do Norte e do Oeste, onde se localiza o maior número de índios, vinha negando às comunidades indígenas a proteção judicial prevista na lei.

Finalmente, quanto à Constituição de 1988, pode-se concluir que reforçou extraordinariamente a posição dos índios e das comunidades indígenas na legislação brasileira. Importantes dispositivos que constavam do Estatuto do Índio foram incorporados à Constituição, em seu artigo 231, com sete parágrafos, e no art. 232.

Nos termos da Constituição, "são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam", estabelecendo-se regras especiais para reconhecimento da ocupação indígena e para o aproveitamento de recursos hídricos e minerais existentes em terras indígenas.

O § 4.º do art. 231 enfatizou ainda mais a garantia da posse indígena, dispondo que suas terras, embora continuando de propriedade da União, são "inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis".

Assim, portanto, a União não pode vender ou doar essas terras nem dispor delas a qualquer título e os direitos dos índios sobre elas são permanentes.

3. Reunida em Genebra em junho de 1989, a Conferência Geral da OIT decidiu rever a Convenção n.º 107, de 1957, e fixar novas regras sobre os direitos dos índios e sua proteção. Daí resultou a Convenção n.º 169, aprovada no dia 27 de junho de 1989 e identificada como "Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais".

A nova Convenção representa evidente aperfeiçoamento das normas fixadas na anterior, incorporando preceitos constantes dos Pactos de Direitos Humanos aprovados pela ONU em 1966, bem como as novas concepções resultantes das intensas pesquisas antropológicas e das profundas transformações das sociedades humanas, que valorizaram extraordinariamente a dimensão humana do índio e, paradoxalmente, aumentaram as pressões das sociedades circundantes sobre as comunidades indígenas.

Um ponto inovador, de profunda significação foi o reconhecimento dos elementos culturais como essenciais na identificação do índio, na preservação de sua dignidade e até mesmo na garantia de sua sobrevivência. Ficou muito claro, na Convenção n.º 169, que o índio, como ser humano, deve ter os mesmos direitos conferidos e assegurados a todos os demais indivíduos, sem qualquer discriminação. Foi enfatizada, também, a necessidade de proteger de modo especial os direitos dos índios e de suas comunidades, sem que para receber essa proteção o índio seja obrigado a abrir mão de direitos ou a se colocar como pessoa de qualidade inferior.

A rigor pode-se dizer que essa nova Convenção não criou direitos novos, mas sem dúvida tornou mais precisos os direitos anteriormente reconhecidos e foi mais minuciosa quanto às obrigações dos Estados em relação aos índios. Não há impropriedade em afirmar que a Convenção n.º 169 representa para a Convenção n.º 107 o mesmo que os Pactos de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, representam para a Declaração Universal de Direitos aprovada pela ONU em 1966. Não há mudança essencial, mas o novo tratamento dado aos direitos e suas garantias significa um passo importante no sentido da modernização e da efetividade.

4. O Brasil tem todas as condições para ratificar seu consentimento à Convenção n.º 169 da OIT. Por outro lado, a recusa ou o maior retardamento da ratificação irão reforçar a imagem negativa do Brasil no plano internacional, decorrente, em grande parte, da recusa em se comprometer com documentos propostos para defesa da pessoa humana, como os Pactos de Direitos Humanos.

Na realidade, a evolução da legislação brasileira relativa aos direitos dos índios, desde 1973, tem sido no sentido do reforço desses direitos e do aperfeiçoamento de suas garantias e meios de proteção. Com efeito, a Lei n.º 6.001, de 1973, que aprovou o Estatuto do Índio, fixou regras claras e precisas a respeito da amplitude dos direitos dos índios e das

comunidades indígenas. Tanto em relação à pessoa do índio quanto no tocante ao seu patrimônio foram estabelecidas normas que incorporam elementos da realidade do índio, como suas peculiaridades culturais, seu modo característico de ocupação e uso das terras e seu relacionamento amistoso com a natureza.

A par disso, a lei fixou obrigações para o Estado no sentido da proteção e promoção dos direitos e interesses do índio, como, por exemplo, nos âmbitos da educação e da saúde. Assim também as relações de trabalho mereceram especial atenção no Estatuto do Índio. Por seu art. 14 ficou expresso que “não haverá discriminação entre os trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, aplicando-se-lhes todos os direitos e garantias das leis trabalhistas e de previdência social”. E no parágrafo único do artigo 14 foi dada permissão para “a adaptação de condições de trabalho aos usos e costumes da comunidade a que pertencer o índio”.

A Constituição brasileira de 1988 seguiu na mesma direção e deu maior eficácia à proteção legal da pessoa do índio e das comunidades indígenas, pois foram convertidos em normas constitucionais os preceitos básicos que já constavam do Estatuto do Índio. A esse respeito basta lembrar que o art. 231 da Constituição diz expressamente que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”. Deve-se notar que esse reconhecimento, feito pela primeira vez em nível constitucional, condiciona todas as formas de relacionamento dos índios com a sociedade circundante, inclusive as relações trabalhistas.

A Convenção n.º 169 da OIT não exige mais do que tudo isso que no Brasil já integra a Constituição e a legislação ordinária. O único ponto em que se poderia vislumbrar uma possível discrepância formal é o relativo à propriedade das terras indígenas. Como já foi aqui lembrado, a Constituição brasileira estabelece que essas terras integram o patrimônio da União, sendo esta, portanto, a proprietária. E a Convenção n.º 169 estipula no art. 14 que se deverá reconhecer aos povos indígenas o direito de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Em primeiro lugar é importante assinalar que se houver discrepância entre esses dispositivos ela já existe desde 1967. Realmente, a Convenção n.º 107, em vigor no Brasil desde 20 de julho de 1966, já dispunha textualmente no art. 11: “O direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupam tradicionalmente”. E a Constituição de 1967 atribuiu à União a propriedade das terras indígenas.

Do ponto de vista estritamente formal pode-se dizer que a ratificação da Convenção n.º 169 irá atenuar o conflito, pois esta é muito mais flexível do que a Convenção anterior. Enquanto esta só falava em “propriedade”, a nova Convenção fala em “propriedade e posse”. No caso da legislação brasileira a posse é reconhecida de modo incisivo e com grande amplitude na própria Constituição, em vários parágrafos do art. 231. Além de assegurar aos índios a posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas

por eles e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (§§ 1.º e 2.º), a Constituição dá o conceito de ocupação indígena (§ 1.º) e acrescenta que essas terras “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (§ 4.º).

Desse modo, embora a União tenha um título formal de propriedade, não pode usar essas terras nem dispor delas, pois aos índios ficou assegurada, pela Constituição, a posse permanente, com o usufruto exclusivo de suas riquezas. Isso conjugado com o reconhecimento das peculiaridades culturais significa que o índio manterá a posse dessas terras indefinidamente e poderá usá-las, sem qualquer interferência da União ou de terceiros, do modo que ele próprio julgar mais conveniente.

Por todos esses motivos, é possível sustentar que os objetivos inspiradores do art. 14 da Convenção n.º 169 da OIT são coincidentes com os que deram origem ao art. 231 da Constituição. E os efeitos de ambos são praticamente os mesmos, pois se é verdade que pelo fato de não serem proprietários os índios brasileiros não poderão dispor das terras que tradicionalmente ocupam é igualmente certo que também a União, embora proprietária, não tem o poder de disposição. E os grupos indígenas gozam permanentemente, e com toda a amplitude, dos direitos possessórios sobre essas terras.

Assim sendo, essa possível, mas bem discutível, discrepância formal não é suficiente para que se diga que o Brasil não pode ratificar a Convenção n.º 169. Como ficou demonstrado, na realidade não existe conflito substancial. Mas além disso existe um aspecto jurídico de extrema relevância que deixa o Brasil com plena liberdade para a ratificação.

Um dos mais eminentes especialistas brasileiros em Direito Internacional, Professor JACOB DOLLINGER, observa que uma das características dos textos constitucionais brasileiros “é não conterem uma norma relativa à posição da norma jurídica internacional perante a ordem jurídica interna”. Observa, a seguir, que “a jurisprudência brasileira tem ficado assim com as mãos livres para regulamentar o conflito entre a norma interna e a norma internacional”. E conclui, informando que “durante um longo período de tempo foi consagrado acertadamente o primado da norma jurídica internacional e atualmente involuímos no sentido de copiarmos o dualismo que está consagrado na Constituição norte-americana” (Cf. *A Nova Constituição e o Direito Internacional*, Rio, Ed. Freitas Bastos, pág. 22).

Como fica evidente, mesmo que se pudesse afirmar a existência de discrepância formal naquele ponto específico já referido, o governo brasileiro não estaria legalmente impedido de ratificar a Convenção n.º 169 da OIT. E essa ratificação convém ao Brasil, pois além de ser uma confirmação do que já está incorporado ao direito positivo brasileiro, contribuirá para que o governo brasileiro possa afirmar sua disposição de participar do esforço, que muitas instituições desenvolvem em nível internacional, para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.

Índios: Temas Polêmicos

SOLANGE RITA MARCZYNSKI

Advogada em Curitiba

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Conceito de índio.* 3. *Integração.* 4. *Terras.* 4.1. *Competência.* 5. *"Status" legal dos índios.* 6. *Direitos políticos e "legitimatío ad processum".* 7. *Responsabilidade penal.* 7.1. *Competência.* 7.2. *Os crimes especiais do Estatuto do Índio.* 7.3. *Crimes contra a fauna e a flora.* 7.4. *Dosagem de pena.* 8. *Conclusão.*

1. *Introdução*

A questão dos índios, tema bastante polêmico atualmente, apresenta uma série de problemas de ordem prática, na esfera jurídica, para os quais dificilmente encontramos soluções nos doutrinadores.

O presente trabalho se propõe, partindo do conceito de índio, segundo a legislação brasileira, a analisar alguns temas referentes aos silvícolas. Assim, subdividimos a matéria em tópicos, que nos pareceram relevantes, sobre os quais passaremos a tratar.

2. *Conceito de índio*

"Desde o século XVI, a legislação indigenista tem se caracterizado por sua hipocrisia, segundo MENDES JUNIOR⁽¹⁾. Nas Leis que declaravam a liberdade irrestrita dos índios, havia exceções que justificavam toda sorte de abusos."

A legislação brasileira relativa aos índios está hoje contida na Constituição Federal (arts. 20, XI, 129, V, 231/232), no Código Civil (art. 6.º), no Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001/73), em várias leis ordinárias, em decretos do Poder Executivo e nas diversas Convenções Internacionais: Convenção n.º 107, da OIT, promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 58.824, de 14-7-1966, a Convenção para a Prevenção e Sanção do Delito de Geno-

cídio e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Social, excetuando-se o artigo 14.

Para o Estatuto do Índio — Lei n.º 6.001/73 —, art. 3.º, I, índio ou silvícola é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional. A mesma lei, em seu artigo 4.º, divide os índios em três categorias, a saber:

I) Isolados — quando vivem em grupos desconhecidos ou de que possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional.

II) Em vias de integração — quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento.

III) Integrados — quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

3. *Integração*

A legislação brasileira só dá tratamento diferente ao índio enquanto este não se acha integrado na sociedade.

Segundo entende PEDRO AGOSTINHO⁽²⁾ “integração é, para o Estatuto do Índio, o estado atingido pelo índio ou grupo indígena no interior do sistema interétnico, mediante ato jurídico decisório provocado por um deles e emanado da sociedade nacional, que o investe e reconhece na plenitude da capacidade civil e de seu exercício, depois de haver alcançado a etapa de integração, sem que esse estado deva conduzir à assimilação ou dela decorra”. Isso significa que o referido processo resulta não numa assimilação, mas em uma acomodação entre grupos articulados, como subsistemas, no interior de um sistema nacional mais amplo e caracterizado pela multiplicidade étnica, social e cultural.

A redução de cerca de 1.000.000 de índios encontrados pelos primeiros colonizadores para 200.000 prováveis hoje sobreviventes comprova a destruição biológica ou sócio-cultural de grupos tribais, devido aos projetos pecuários, de mineração, de construção de estradas, hidrelétricas e outros.

A integração do índio à sociedade ou comunhão nacional prevista no artigo 1.º da Lei n.º 6.001/73, entre outros dispositivos, constitui um objetivo da sociedade dominante, devendo as comunidades tribais abrir mão de suas características estruturais para adotar as civilizadas. Os índios integrados estão fora do regime tutelar.

Os direitos especiais constantes da legislação indigenista brasileira, particularmente o direito às terras que habitam (art. 231, § 1.º, CF) não beneficiam os índios integrados. Comunidades indígenas, uma vez declaradas emancipadas, e índios, da mesma forma liberados do regime tutelar, não mais desfrutam daqueles direitos.

O Estatuto do Índio deixou claro que silvícola e índio são sinônimos, mas já se quis tomar esse pretexto para reduzir apenas aos habitantes das selvas as garantias constitucionais.

Não deixam de ser comunidades indígenas por mudarem culturalmente. Só deixam de sê-lo quando perdem a consciência de seu vínculo histórico com sociedades pré-colombianas.

Hoje, no direito internacional não se pretende mais a assimilação dos índios e sim o respeito à diversidade cultural e ao direito à terra. As duas questões estão ligadas na medida em que a terra sustenta a identidade étnica do grupo.

A integração do silvícola gera mudanças econômicas, sociais, políticas e culturais, com crescente subordinação e perda de autonomia em relação à sociedade nacional. Aos índios imersos nesse processo, a lei considera em vias de integração, apresentando-se esta como meta final da política indigenista. No entanto, a integração não implica a completa obliteração da cultura indígena, nem a perda da qualidade de índio.

De uma situação de isolamento em relação à sociedade nacional, progressivamente, esses povos nela se inserem num processo de integração, que culmina com o estado de integrado para o indivíduo ou grupo.

O Estatuto aplica ao índio as normas constitucionais relativas à nacionalidade e cidadania, ressaltando a situação especial em que se encontra, quanto ao exercício dos direitos civis e políticos. O índio tem, portanto, personalidade jurídica desde seu nascimento, e, como pessoa natural ou física, plena capacidade de tornar-se sujeito de direitos e obrigações pertinentes aos cidadãos do País.

Para o Estatuto, a pessoa do silvícola vê-se afetada pelo fato de estar isolado, em vias de integração ou integrado (art. 4.º), mas, quanto à capacidade civil e em termos de direito positivo, pouca diferença faz que esteja isolado ou em vias de integração. A essas duas categorias o Estatuto dispensa idêntico tratamento, opondo-o ao que reserva para os índios integrados, pois, enquanto os dois primeiros ficam sujeitos a regime tutelar, os terceiros são reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis.

O termo não integrado abrange e unifica as categorias "isolado" e "em vias de integração" do Estatuto do Índio (art. 4.º, I e II) referindo-se ao grupo indígena e qualquer de seus membros que, inseridos ou não em sistemas interétnicos e tendo ou não alcançado a etapa de integração, sem com isso se assimilarem à sociedade nacional, não foram por esta investidos e reconhecidos na plenitude da capacidade civil e de seu exercício.

Os estados de integrado e não-integrado têm o efeito de facultar ou deixar de facultar autonomia para a ação na ordem civil. O estado de integrado, compondo-se de atributos pessoais é irrenunciável, inalienável, imprescritível, insuscetível de transação e indivisível.

O julgamento decisivo quanto à conveniência de se liberar da tutela e passar ao estado de integrado só pode partir da pessoa do índio, enquanto sujeito de futuros direitos e deveres.

Sobre a emancipação, o ex-Senador Evandro Carreira concluiu que o índio merece "uma preocupação maior, não pelo que possamos lhe dar, mas pelo que ele nos possa oferecer. O índio merece ser preservado nas suas reservas, nos seus caldos de cultura, não pelo que possamos fazer por ele, porque não podemos fazer nada pelo índio; nós só podemos poluir e prostituir o índio. O índio, sim, pode fazer alguma coisa pelo homem pseudocivilizado: ele pode trazer uma contribuição cultural, para que o homem aprenda nas suas tradições, nas suas lendas, nos seus cânticos, nos seus costumes; da sua farmacopéia podemos tirar muito em benefício do próprio homem" (*Diário do Congresso Nacional* de 17-10-1978, Seção II, pp. 5.387/9).

Neste momento da história do País nenhum indígena se acha em condições de prescindir da tutela como instrumento de sua defesa individual e coletiva, biológica, social e cultural.

Sem resistência e sem remédio para os efeitos devastadores das técnicas e das doenças que a civilização introduz, faltam-lhe meios para se defender e às suas terras da invasão de novas populações. A economia de mercado lança a desordem nas economias tribais ocupando suas terras, explorando-lhes diretamente a força do trabalho.

Facultar tempo e meios para o reajustamento do índio às novas situações sociais e ecológicas é o objetivo da política indigenista e do instituto de sua tutela; esta não existe para limitadamente o assistir na prática de atos jurídicos. A responsabilidade da União vai além, e a palavra assistência tem que ser tomada em seu mais amplo sentido.

O Código Civil classifica o índio como relativamente incapaz. Toda incapacidade provém de situações ou condições de fato que acarretam para o agente uma diminuição no contexto social e jurídico no qual age, uma *capitis diminutio*.

A incapacidade do índio decorre de inadaptação à civilização do País e perdura enquanto perdurar tal inadaptação (art. 6.º, III e parágrafo único do Código Civil). O índio está culturalmente diminuído para entender, querer e manifestar o que quer conforme as normas sociais e os preceitos legais da sociedade nacional.

É também o silvícola membro de uma entidade etnicamente distinta e definida. Não é só distinta, é discriminada. A comunidade indígena apa-

rece como inferior pelo pequeno contingente demográfico, pela vulnerabilidade às doenças civilizadas e pelas características de uma cultura que se mostra incompreensível.

São tais as pressões da sociedade "civilizada" que a imagem preconceituosa e negativa construída pelos nacionais acaba inculcada no índio, que passa a ver-se a si mesmo pelos olhos do branco e fica por isso tolhido em seu entendimento, vontade e ação.

4. Terras

As terras pertencentes às comunidades indígenas não devem, de forma alguma, ser consideradas alienáveis para a contínua expansão da sociedade nacional, que já quase exterminou a vida e a cultura dos seus primeiros habitantes. Hoje, reduzidos a uma fração da sua área original, os grupos indígenas não devem ter que, mais uma vez, custear o desenvolvimento da sociedade que só viu neles algo para explorar gratuitamente.

Será necessário garantir aos silvícolas a posse da terra em áreas suficientemente extensas e contínuas, que lhes assegurem condições de sobrevivência, ou seja, garantir-lhes a possibilidade de exercer livremente atividades econômicas, sociais e culturais como a caça, a pesca, a perambulação e o deslocamento periódico necessário ao rejuvenescimento ecológico da região por eles ocupada.

Para resguardar os interesses das populações indígenas em relação aos interesses da sociedade nacional, é indispensável adotar uma política conjunta de preservação que compatibilize os direitos dos índios com a preservação do meio ambiente.

A Constituição não considera as terras ocupadas pelos índios como propriedade deles, mas como bens da União (art. 20, XI), intransferíveis, indisponíveis e insuscipíveis, enquanto os silvícolas detêm o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo e subsolo, ou seja, detêm a posse direta.

PONTES DE MIRANDA⁽³⁾ afirma que "o usufruto é pleno, compreendendo o uso e a fruição, quer se trate de minerais, de vegetais ou de animais".

A posse indígena é qualificada pelo caráter de permanente, exclusivo e oponível a domínio de terceiros. Nem mesmo a proprietária das terras — a União — pode opor-se à posse dos silvícolas. Isto significa que os índios têm todos os poderes inerentes à propriedade, salvo o de alienação.

A posse dos índios, por si só, gera a característica de bem público ao imóvel. Para ser alterada essa definição, depende da vontade do Poder Legislativo.

Gozam, portanto, as terras dos silvícolas, de uma série de garantias legais: não são passíveis de desapropriação, usucapião, nem de penhora

(Estatuto, arts. 38 e 61). Também está proibido seu arrendamento (Estatuto, art. 18).

As terras dos índios, para VICTOR NUNES LEAL e THEMISTOCLES CAVALCANTI, têm de ser entendidas como o *habitat* dos grupos indígenas, ou seja, são aquelas necessárias à reprodução física e cultural do grupo segundo seus usos e costumes, o que envolve as áreas necessárias à preservação de seu meio ambiente e seu patrimônio histórico (art. 231, § 1.º, CF).

“Não está em jogo, propriamente, o conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos: trata-se do *habitat* de um povo” (Voto do min. VICTOR NUNES LEAL, R.E. n.º 44.585, Mato Grosso, STF, 1961).

Em outro voto sobre o assunto, diz VICTOR NUNES LEAL: “Não está envolvido, no caso, uma simples questão de direito patrimonial, mas também um problema de ordem cultural, no sentido antropológico, porque essas terras são o *habitat* dos remanescentes das populações indígenas do País. A permanência dessas terras em sua posse é condição de vida e de sobrevivência desses grupos, já tão dizimados pelo tratamento recebido dos civilizados e pelo abandono que ficaram.”

THEMISTOCLES CAVALCANTI entende que a posse dos índios “estaria vinculada não à idéia de habitação como a entendemos, mas de acordo com os costumes indígenas e as necessidades de sua subsistência, levando em consideração a importância da caça e da pesca na vida do indígena”. Evitou, portanto, o conceito que considera a posse o exercício de algum dos direitos inerentes à propriedade, que levaria a um terreno polêmico, pois o domínio é da União, preferindo subordinar a posse aos costumes e hábitos dos próprios índios e à sua vinculação à terra.

Segundo ANTHONY SEEGER e EDUARDO VIVEIROS DE CASTRO (*) “a relação das comunidades indígenas com suas terras é complexa e íntima e inclui o uso de recursos econômicos e a prática de atos religiosos e de relações sociais. A terra dessas comunidades não pode ser entendida como mercadoria ou bem comerciável, mas é o território, a dimensão espacial de uma população humana socialmente organizada, sem a qual a própria viabilidade desta é impensável”.

A demarcação é mecanismo previsto como meio assecuratório dessa proteção. O direito preexiste à demarcação, cuja função é materializá-lo (Estatuto, art. 25).

A remoção das comunidades indígenas se tem realizado em desobediência ao texto legal (art. 20 do Estatuto c/c 231, § 5.º, CF), que só a admite em caráter excepcional, quando inexistente solução alternativa.

Na prática, o que tem ocorrido é que o Estado trata as áreas indígenas como terras de ninguém. Elas constituem a primeira, ao invés da última alternativa nos projetos governamentais.

Demarcadas ou não, boa parte das terras indígenas brasileiras encontram-se invadidas. Recentemente, os conflitos de índios com garimpeiros que invadem suas terras, a mando de poderosos locais, têm-se multiplicado: no Alto Rio Negro e em Roraima a situação está particularmente grave, conforme notícia a imprensa.

É em torno da terra indígena que se concentram os conflitos: solo e subsolo dessas terras são cobigados por latifundiários (agropecuáristas, cacauicultores, fazendeiros em geral), garimpeiros e mineradores nacionais e transnacionais, por empresas madeireiras e por camponeses que empurram suas fazendas para dentro das terras dos índios.

A espoliação da terra dos povos indígenas e as políticas de assimilação forçada tiveram por conseqüência a perda da identidade, a urbanização e a miséria social.

Se se reconhecer aos silvícolas o exercício real de seus direitos à autodeterminação, eles serão capazes de viver em suas terras e alimentar os seus segundo suas próprias tradições, tecnologias e culturas, que estão, aliás, em harmonia com a natureza.

4.1. *Competência*

As questões judiciais relativas à propriedade de terras indígenas são da alçada da Justiça Federal, inclusive por disposição constitucional (artigo 109, XI). Isso é conseqüência do fato de essas terras serem de propriedade da União. A razão de ser da atribuição da propriedade à União, reservando a posse aos índios, é a proteção maior que o Estado pode garantir a essas terras. A jurisprudência confirma a competência da Justiça Federal (*DJU* 9-2-84 *in* Ementário da jurisprudência do TFR vol. 55/15; *DJU* 17-11-83 *in* Ementário da Jurisprudência do TFR vol. 50/25; *DJU* 11-2-81 *in* Ementário vol. 32/19).

Sempre que a Funai for parte em litígios, o foro competente para julgar tais ações será o da Justiça Federal. O STF decidiu, em caso da LBA (RTFR 152/47), que as fundações públicas são verdadeiras autarquias federais, sendo competente o foro da Justiça Federal (art. 109, I, CF).

De regra, as questões que envolvem os índios são de interesse da União, posto que esta delegou a função da tutela a órgão específico — a Funai. Havendo interesse da União Federal, são as ações de competência da Justiça Federal, conforme dispõe a Carta Magna (art. 109, I).

Ações de natureza civil versando sobre capacidade civil, estado de pessoa, tutela, casamento, disposições de última vontade e contratos envolvendo indígenas, em que não haja interesse da União, são da competência da Justiça Estadual.

5. *"Status" legal dos índios*

Pelo Código Civil (art. 6.º, III e parágrafo único) dos índios são considerados relativamente incapazes para exercer certos atos da vida civil.

Sendo relativamente incapazes, são tutelados. Sua tutora legal é a União e quem exerce a tutela é um órgão federal, a Funai, criada desde 1967 (Lei n.º 5.371 de 5-12-67) em substituição ao Serviço de Proteção ao Índio (SPI), criado em 1910 e dissolvido em 1967.

Está prevista no Estatuto do Índio (arts. 9.º e 11) a emancipação dessa tutela, por iniciativa dos interessados. Para tanto são necessários: conhecimento da língua portuguesa, habilitação para o exercício de atividade útil na comunhão nacional, razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.

A tutela significa que atos da vida civil, tais como venda de produção agrícola, contratos de locação de mão-de-obra, venda de recursos madeireiros etc., são anuláveis no caso de serem lesivos aos índios (C. Civil, art. 146 c/c Estatuto do Índio, art. 8.º, parágrafo único). O tutor não pode substituir sua vontade à do tutelado, mas deve apenas assisti-lo para que exerça sua vontade própria.

A tutela não deve ser pensada nem como sanção, nem como discriminação, mas como uma proteção adicional aos indígenas que, por viverem segundo normas específicas, eventualmente diversas das normas do resto da população, e por terem conhecimento imperfeito da sociedade estão particularmente sujeitos a ser lesados.

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA (6) leciona que “o instituto das incapacidades foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável”. E continua: “a lei não institui o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas, ao revés, com o intuito de lhes oferecer proteção”.

PEDRO AGOSTINHO (6) entende que “a incapacidade do índio é apenas relativa, e não absoluta, o que significa estar o tutor obrigado a assistir e proteger o pupilo, sem contudo lhe ignorar a vontade. O indígena tem direito a participar dos atos relacionados com sua pessoa, tendo a Funai o dever de lhe respeitar a vontade, assistindo-o em sua manifestação sempre que exigido, e intervindo quando aos interesses dele haja lesão ou ameaça. Não pode legitimamente a Funai calar-lhe a vontade ou sobrepor a sua à do pupilo, formulando-a e manifestando-a em seu lugar, porque a forma apropriada de proteção aos interesses se exerce aqui pela assistência, e não pela representação. Esta só caberia se o Código Civil declarasse o índio absolutamente incapaz”.

O objetivo legal da tutela é proteger os interesses do tutelado e não mediar entre eles e interesses mais poderosos em benefício desses últimos. A Funai, à qual o Estado nacional delegou o exercício de sua tutela, não pode, sem contradizer os princípios jurídicos e as disposições legais, exercê-la em detrimento de seus pupilos e a favor dos segmentos sociais dominantes do País.

SOUZA FILHO ⁽⁷⁾ relata que “na prática a tutela tem sido largamente usada como coação. Entre o interesse público geral, que é o interesse das classes dominantes e o direito dos índios, a União faz prevalecer o primeiro em detrimento de seu tutelado”.

Segundo **DALMO DE ABREU DALLARI** ⁽⁸⁾ “a inserção da Funai no Ministério do Interior torna ainda mais flagrante a impotência do tutor. Mesmo que tivesse vontade e competência administrativa, sem falar da proibidade tantas vezes posta em dúvida, dificilmente teria a Funai força política para fazer prevalecer o direito dos índios. A Funai não é obrigada a prestar contas de seus atos”.

SILVIO COELHO DOS SANTOS ⁽⁹⁾ em sua obra, citando **DALMO DE ABREU DALLARI** e **PEDRO AGOSTINHO** declara que “a figura da tutela é imperfeita também na medida em que pode sugerir à opinião pública, como sugeriu até a especialistas em Direito Penal, uma suposta infantilidade dos índios ou um desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Na realidade, porém, ela repousa no reconhecimento da diferença de padrões culturais que desarmam as populações indígenas diante de uma sociedade organizada em termos capitalistas”.

Na sociedade em que vivemos e no sistema jurídico presente, a existência da tutela dos silvícolas é indispensável até para sua manutenção enquanto povo. Se há algo de errado, não seria o instituto da tutela, mas a instituição de um tutor de Direito Público.

A União deveria defender o interesse público e deixar para os particulares a defesa dos interesses particulares. Assim, tutor dos interesses indígenas deveria ser pessoa jurídica de direito privado, que exercesse a tutela, não por delegação, mas por instituição direta e sobre a qual não pudesse haver nenhum tipo de interferência do Poder Público, senão na forma jurisdicional, através da Magistratura e do Ministério Público.

Na tutela comum está prevista a destituição do tutor infiel. No caso da tutela sobre as comunidades indígenas não existe tal destituição. A tutela tem sido transformada em empecilho à livre manifestação de vontade do tutelado, que deveria informar e dirigir a ação do tutor. A garantia de que ela seja observada reside na possibilidade de manifestação de setores da sociedade civil na denúncia de abusos de autoridade por parte do tutor e na possibilidade de atuação através de procedimentos jurídicos reconhecidos.

Segundo **SILVIO RODRIGUES** ⁽¹⁰⁾ a lei “condiciona a validade do ato jurídico praticado pelo relativamente incapaz, ao fato de ele se aconselhar com pessoa plenamente capaz — seu pai, tutor ou curador — que o deve assistir nos atos jurídicos”.

Entendo que o índio deve ser assistido nas audiências pela Funai, órgão responsável pelo exercício de sua tutela, para maior garantia de seus direitos.

6. Direitos políticos e "*Legitimatío ad processum*"

A tutela não impede o exercício de direitos de cidadãos. Os índios são brasileiros natos, têm direitos políticos, podendo votar e ser eleitos (Resolução n.º 7.019/66 do TSE); têm direito à propriedade (Estatuto do Índio, art. 32, e CF, art. 231), a administrar seus próprios negócios e a participar da administração do patrimônio indígena que é gerido pela Funai (Estatuto, art. 42), têm direito de se organizar em associações e de constituir diretamente advogados (Estatuto, art. 37, e CF, art. 232). E não será por se tornarem eleitores que o menor ou o índio deixam de ser relativamente incapazes na ordem política; para que tal aconteça tem o menor que atingir a maioridade ou ser emancipado, e o índio que requerer e ter deferido em juízo seu pedido de liberação da tutela.

A mobilização de índios e da sociedade, assim como alguma jurisprudência recente, tem sido importante no reconhecimento gradativo desses direitos que a prática autoritária da Funai colbia. A eleição pelo Rio de Janeiro do xavante MÁRIO JURUNA para o Congresso Nacional em 1982, a entrada de comunidades indígenas em Juízo, independentemente da FUNAI, são marcos dessa luta.

Não se tem aplicado aos indígenas as disposições do art. 12 do CPC, pois para postular em Juízo é necessário interesse e legitimidade, além da capacidade processual. Na dogmática brasileira legitimidade se confunde com titularidade do direito e, no caso das terras do índios, a União é que é titular do direito de propriedade, o que não se confunde com a titularidade do direito de posse, este sim do silvícola.

HILDEBRANDO PONTES NETO⁽¹¹⁾ diz que "o art. 37 da Lei n.º 6.001/73 não deixa nenhuma margem de dúvida quanto ao exercício do direito através do processo pela comunidade indígena ou pelo próprio índio. Este dispositivo não só consagra a *legitimatío ad processum* em favor da comunidade tribal ou do índio, como determina sejam assistidos pelo Ministério Público ou pela FUNAI". E continua: "com efeito, é juridicamente válida a iniciativa do índio ou da comunidade indígena na obtenção de uma prestação jurisdicional, através de advogado, quer como manifestação meramente voluntária, quer por força da omissão do tutor. Surge daí uma outra questão: quem dará a procuração ao advogado em nome da comunidade? Desde que se considere que uma comunidade indígena tem a sua especificidade como forma de associação, a representação da comunidade é feita pelo índio ou grupo de índios, que de acordo com os seus costumes, fala em nome da comunidade".

Segundo DALMO DE ABREU DALLARI⁽¹²⁾ "basta que os representantes costumeiros de uma comunidade indígena compareçam a um Tabelião juntamente com duas ou mais pessoas que tenham documentos de identidade e que atestem que aqueles índios são realmente representantes de sua respectiva comunidade. Assim será dada uma procuração por instrumento público, não deixando margem a qualquer dúvida".

O índio tem, portanto, legitimidade para ingressar em Juízo e para que não reste dúvida à previsão expressa do atual texto constitucional em seu art. 232.

7. Responsabilidade penal

7.1 Competência

Os silvícolas têm responsabilidade penal como os civilizados. A eles tem inteira aplicação o Código Penal. Da mesma forma, os crimes praticados contra os índios são os mesmos descritos pelo Código Penal, acrescidos dos previstos no art. 58 da Lei n.º 6.001/73. Portanto, competente para julgar as ações criminais envolvendo índios será a Justiça Estadual. Neste sentido já decidiu o extinto Tribunal Federal de Recursos (LEX — Jurisprudência do TFR n.º 4/351, 56/341, 61/329, 62/350 e 82/371).

7.2 Os crimes especiais do Estatuto do Índio

O direito costumeiro na área penal é tolerado, com exceção da pena de morte (art. 57 do Estatuto). No artigo 58 do Estatuto do Índio estabelecem-se os crimes especiais contra os índios e sua cultura:

I — escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendiá-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática. Pena — detenção de um a três meses;

II — utilizar o índio ou comunidade indígena como objeto de propaganda turística ou de exibição para fins lucrativos. Pena — detenção de dois a seis meses;

III — propiciar, por qualquer meio, a aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcoólicas, nos grupos tribais ou entre índios não integrados. Pena — detenção de seis meses a dois anos.

Graves violações dos direitos sobre a terra e de outros direitos dos povos indígenas como, por exemplo, a integração forçada, têm ocorrido de forma sistemática durante séculos. Foi reconhecido que quando esses direitos são conscientemente violados, sabendo-se que a existência dos povos indígenas estava ameaçada, essa atitude pode ser qualificada de genocídio, como está estabelecido na Convenção Internacional sobre a prevenção e o Castigo de Crimes de Genocídio de 1948. Nesta Convenção, em vigor no Brasil desde 1951, entende-se por genocídio qualquer um dos atos mencionados a seguir, perpetrados com a intenção de destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso enquanto tal:

- a) assassinato de membros do grupo;
- b) lesão grave à integridade física ou mental dos membros do grupo;
- c) sujeição intencional do grupo a condições de existência que acarretem sua destruição física total ou parcial;
- d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo.

7.3 Crimes contra a fauna e a flora

O índio quando caça ou pesca o faz por uma questão de sobrevivência dentro da reserva indígena. Não está cometendo um crime previsto na Lei n.º 5.197/67 (Proteção à Fauna), com a nova redação dada pela Lei n.º 7.653, de 12-2-1988, pois sua ação se ampara na excludente do exercício regular de um direito (art. 23, III, C. Penal).

No que toca às florestas, o art. 46 do Estatuto do Índio se refere a terceiros, uma vez que os índios têm o poder de fruição das riquezas, inclusive da madeira, sem a condição de apresentarem projeto ou programa das atividades desenvolvidas. O Código Florestal para fixar o conceito de floresta permanente em relação ao índio, diz que ela é destinada a manter o ambiente necessário à vida das populações indígenas (art. 3.º, g).

O silvícola, em regra, não devasta floresta, somente retira a madeira necessária para sua subsistência. Porém, o que mais acontece e disto há divulgação pela imprensa é que madeiras invadem as reservas indígenas e retiram madeira, ilegalmente, de área de preservação permanente.

O índio não está incurso no art. 26 da Lei n.º 4.771/65 (Código Florestal), porque age no exercício regular de um direito. Evidentemente, em situações especiais poderá ser demonstrada sua responsabilidade, por exemplo, índio integrado à sociedade e que se vale de sua condição para intermediar venda de madeira, sem autorização da autoridade administrativa competente.

7.4 Dosagem de pena

É falso argumento dizer que a incapacidade civil relativa privilegia indevidamente o índio frente aos outros cidadãos, na esfera de Direito Penal. Porque o Código Penal não indaga se o silvícola é isolado, em vias de integração, integrado ou não integrado, civilmente capaz ou incapaz: ele indaga simplesmente se a pessoa é indígena e em caso positivo torna-se necessária perícia individualizada para avaliação da imputabilidade. Esta é sempre uma imputabilidade condicional, e sofre a influência dos fatores estruturais e culturais da minoria indígena.

Embora o Estatuto (art. 56) recomende que o juiz atente ao grau de integração do índio para aplicação da pena, o Código Penal não prevê essa circunstância como atenuante. Vários autores⁽¹³⁾ relatam que “frequentemente os juízes usam o critério inadequado de desenvolvimento mental incompleto ou doença mental para avaliar a responsabilidade penal de um acusado indígena”.

Recentemente, em debate promovido pela Comissão Pró-Índio de São Paulo, Faculdade de Direito da USP e Procuradoria da República em São Paulo, aos 16-4-1990, DALMO DE ABREU DALLARI assim se manifestou sobre a responsabilidade penal dos índios: “os índios brasileiros estão em diferentes estágios em relação ao conhecimento dos hábitos da sociedade nacional. Como exemplo, há índios com cursos universitários

e índios que sequer falam o português. Existem índios que estão no meio do caminho. São situações diferenciadas e que merecem ser consideradas distintamente". E acrescentou: "o índio é mentalmente normal, o que ele tem é cultura diferente, e por vezes não entende o significado de determinada regra, como um estrangeiro pode também não entender". Concluiu que: "O juiz deverá levar em conta as características do índio e saber até que ponto ele compreendia o significado jurídico daquele ato. Nisto há uma diferença do índio em relação a outros brasileiros".

O juiz deve levar em consideração todos estes aspectos quando proceder à dosagem da pena do indígena.

Além disso, o Estatuto do Índio (arts. 56 e 57) prevê a atenuação da pena no caso de infração penal cometida por índio e recomenda que a de reclusão e de detenção sejam cumpridas em regime semi-aberto, em local próximo à habitação dos condenados, ou seja, na própria reserva indígena. Trata-se de atenuante especial e que poderá resultar na diminuição da pena. Porém, jamais abaixo do mínimo legal.

8. Conclusão

"Um chefe xavante de nome ANICETO declarou: "nós não queremos a emancipação porque não pretendemos ter uma vida igual à do branco. Os brancos só pensam em dinheiro e muitos índios ainda não sabem disso; por isso não estão preparados para se emanciparem. O índio é liberdade, é dono de sua terra, é o brasileiro de verdade. Se acabarem com a cultura do índio, ele morrerá, e o culpado será o Governo." (14)

Desde o descobrimento do Brasil os índios já habitavam nosso território. São por direito os verdadeiros proprietários dessas terras. Os portugueses e mais tarde outros imigrantes que para cá vieram foram esbulhando as terras indígenas, expulsando-os ou removendo-os das mesmas. Aproveitaram-se ainda da mão-de-obra indígena, sem dar-lhes qualquer pagamento, transformando-os em escravos. As catequeses se infiltraram nas tribos e começaram a incutir religião e cultura a um povo que possuía cultura própria e não tinha religião. Aí se encontram as raízes da aculturação forçada, verdadeiro desrespeito às tradições indígenas.

Posteriormente foram criados o Serviço de Proteção ao Índio e a Funai, órgãos federais tutores dos silvícolas.

O ideal para a proteção do índio estaria em se nomear tutora uma pessoa jurídica de Direito Privado, que não sofresse qualquer influência do poder público. Só assim se poderia atender verdadeiramente aos interesses dos índios, reparando-se um pouco, as muitas ações danosas que lhes causamos ao longo dos séculos.

Benéfica a inclusão pela Carta Magna (art. 232) do Ministério Público como fiscal nos processos relativos aos indígenas, o que com certeza trará maior proteção por parte das autoridades aos grupos tribais, tão discriminados por nós civilizados.

BIBLIOGRAFIA

- (1) MENDES JUNIOR, João Mendes de Almeida
1912. Os índios, seus direitos políticos e individuais. São Paulo, p. 88.
- (2) AGOSTINHO, Pedro
1978. Imputabilidade do índio nos casos de violência em situações interétnicas, artigo publicado na Revista de Antropologia. São Paulo.
- (3) MIRANDA, Pontes de
1972. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo. Tomo VI, p. 457.
- (4) SEEGER, Anthony e CASTRO, Eduardo Viveiros de
1979. Terras e territórios indígenas do Brasil. RJ.
5. PEREIRA, Calo Mario da Silva
1961. Instituições de Direito Civil. Ed. Forense. RJ. Vol. I.
- (6) AGOSTINHO, Pedro
O índio e o Direito, p. 59. OAB/RJ, 1981, RJ.
- (7) SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de
1982. "Alguns pontos sobre os povos indígenas e o direito" em S. C. dos Santos. O Índio Perante o Direito; Ensaos. Ed. da UFSC. Florianópolis, pp. 89/97.
- (8) DALLARI, Dalmo de Abreu
1984. "A tutela indígena", artigo publicado em Boletim Jurídico da Comissão Pró-Índio de São Paulo, ano 2, n.º 4, SP.
- (9) SNTOS, Sílvio Coelho dos
1982. O índio perante o direito; Ensaos. Ed. da UFSC. Florianópolis.
1985. Sociedades indígenas e o direito: uma questão de Direitos Humanos; Ensaos. Ed. da UFSC. Florianópolis.
- (10) RODRIGUES, Sílvio
1978. Direito Civil, Parte Geral. Ed. Saraiva. São Paulo. Vol. I, p. 44.
- (11) PONTES NETO, Hildebrando
1985. Sociedades Indígenas e o Direito; Ensaos. Ed. da UFSC. Florianópolis.
- (12) DALLARI, Dalmo de Abreu
1983. "Justiça para o índio", artigo publicado na Folha de S. Paulo de 23-4-1983, p. 3.
- (13) AGOSTINHO, Pedro
1978. "Imputabilidade do índio nos casos de violência em situação interétnica", artigo publicado na Revista de Antropologia. São Paulo, vol. 21, pp. 27/32. (2)
HALFPAP, Luiz Carlos e FONTANA, Remy
1979. "Direito, ideologia e comunidades indígenas", artigo publicado em Encontros com a Civilização Brasileira. RJ. nº 12, pp. 115/128.
PAIVA, Eunice e JUNQUEIRA, Carmen
1985. O Estado contra o índio. Texto 1. Ed. da PUC, SP, p. 42.
- (14) ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO. Coord. Prof. R. Limongi França. 1977. Ed. Saraiva. São Paulo, vol. 43.
CUNHA, Manuela Carneiro da
1987. Os Direitos do índio; Ensaos e documentos. Ed. Brasiliense S/A. São Paulo.

Controle da Atividade Judiciária

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

SUMÁRIO

1. *Conceito de atividade judiciária. Atividade jurisdicional e atividade não-jurisdicional.* 2. *Breve esboço histórico.* 3. *Competência privativa do Judiciário para exercê-lo.* 4. *Autogoverno do Poder Judiciário.* 5. *Meios de controle: correicional; disciplinar; normativo; orçamentário; indiretos; e preventivos.* 6. *Conclusão.*

1. *Conceito de atividade judiciária. Atividade jurisdicional e atividade não-jurisdicional*

A função específica, atribuída pela Constituição ao Poder Judiciário, é a de compor os litígios em nome do Estado. É a denominada função jurisdicional que, na sua essência, se funda no inciso XXXV do art. 5.º daquela Lei Maior, nestes termos: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Ao lado dessa função típica, os órgãos do Poder Judiciário exercem outras, previstas na própria Constituição, como as relativas ao autogoverno da magistratura (art. 96) ou que lhe são atribuídas pela legislação ordinária, como as atinentes à jurisdição voluntária e as concernentes ao exercício de atividades anômalas. Todas as atividades exercitadas pelos órgãos do Poder Judiciário são Judiciárias, consubstanciando-se em atos Judiciários. No desempenho da função jurisdicional, desenvolvem-se atividades jurisdicionais, praticando-se atos jurisdicionais ou judiciários em sentido estrito e, no exercício de outras funções, atividades não-jurisdicionais.

As atividades judiciárias não-jurisdicionais são diversificadas, incluindo-se, dentre elas, as relativas à jurisdição voluntária e ao autogoverno da magistratura (Constituição, art. 96), sendo algumas de índole legislativa (Constituição, art. 96, II) e outras censórias (Constituição, art. 96, I, b, *in fine*), normativas, administrativas em sentido estrito (nomeação, demissão e promoção de servidores, realização de licitações públicas etc.) e anômalas (casos dos arts. 28 e 419 do Código de Processo Penal, de procedimento penal *ex officio* etc.).

Aspecto importante a salientar, com apoio em FREDERICO MARQUES, é que a atribuição de funções não Jurisdicionais ao Poder Judiciário

(*) Palestra proferida na sala de sessão plenária do Supremo Tribunal Federal no dia 27-2-91, às 10:30 horas, a convite do ilustre Presidente daquela Colenda Corte, por ocasião do Encontro Nacional de Presidentes de Tribunais, Corregedores de Justiça e Presidentes de Associações de Magistrados.

não infringe o princípio da separação dos poderes (Constituição, art. 2.º). “O que não se pode admitir é a usurpação de funções, ou a atribuição destas com anomalias e desvios que comprometam as garantias com que na doutrina tripartite se tutelam os direitos individuais” (1).

2. Breve esboço histórico

A fiscalização do exercício da atividade judiciária é muito antiga. A sua razão precípua é a de zelar pela correta atuação dos órgãos judiciais e de resguardar o prestígio da Justiça.

O ilustre Ministro ALFREDO BUZAID, ao tratar da origem e da evolução do instituto da correição parcial, cita expressivo rescrito do Imperador CONSTANTINO dirigido a MÁXIMO, presidente da província, nestes termos:

“Conferimos a todos o poder de louvar, com manifestações públicas, os juizes justíssimos e diligentíssimos, a fim de que os cubramos de maiores honras; e, pelo contrário, de acusar, com manifestações de queixas, os injustos e maus, a fim de que os atinja o rigor da nossa censura” (2).

Assinala aquele grande jurista que “os poderes dessa jurisdição censória passa para a idade Média, identificando-se no sumo império da autoridade real”.

No velho direito português, textos das Ordenações Filipinas, muitos dos quais tendo por fonte dispositivos das Ordenações Manuelinas, cuidaram do tema. O Título LVIII do Livro I, referindo-se aos Corregedores das Comarcas, em seu item 6, dizia:

“E mandaré pregoar, que venham perante elle os que sentirem aggravados dos Juizes, Procuradores, Alcaldes, Tabelliães, ou de poderosos e de outros quaesquer, e que lhes fará cumprimento de direito. E que assi venham perante elle todos os que tiverem demandas, e que lh'as fará desembargar. E dado assi o pregão, mandaré chamar os Juizes, e pol-os-ha a par de si, e far-lhes-há pergunta, quando vierem as partes, que feitos tem perante elles, assi civeis, como crimes, e o por que os não despacham, mandando-lhes que logo os desembarguem, mostrando-lhes o como os hão de despachar.”

E no Título LXV, ao versar sobre as “Devassas Gerais”, ordenava

“... a todos os Juizes das cidades, villas e lugares de nossos Reinos e Senhorios, que do dia, que começarem a servir seus officios, a dez dias primeiros seguintes, comecem tirar inquirições devassas sobre os juizes que ante elles foram, a qual acabarão

(1) *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, 2ª edição, Saraiva, 1959, p. 47.

(2) *Revista Forense* nº 175, p. 91.

de tirar até trinta dias do dia, que for começada: e nella sejam perguntadas ao menos até trinta testemunhas per os capitulos que se seguem, que mais razão tenham de saber delles" (item 39).

E as perguntas, dentre outras, deveriam versar sobre se os juizes faziam audiências aos tempos ordenados, e se despachavam os feitos sem delongas; se deixavam de fazer direito por temor, peita, amor, ódio ou negligência, se levaram serviços, jearas, ou outras serventias, ou receberam dádivas de alguns fidalgos, ou de outras pessoas; se com poder de seus officios tomaram alguns mantimentos, ou outras coisas sem dinheiro, ou por menos preço do que valiam; se dormiram com algumas mulheres, que perante eles trouxessem demandas, ou requeressem alguns desembargos.

Diz JOÃO MENDES JÚNIOR que foi a Lei de 3 de dezembro de 1841, no seu art. 26, que "deu nova face ao regime de correições, depois regulado pelo Decreto de 2 de outubro de 1851"⁽³⁾.

Na verdade, o Decreto n.º 834, de 2-10-1851, baixado por Eusébio de Queiroz, dispondo sobre o "Regulamento das Correições", cuida minuciosamente da matéria: trata do tempo e forma das Correições, dos empregados a elas sujeitos; dos autos, livros, e demais papéis, que devem ser apresentados; das atribuições do Juiz de Direito em correição quanto ao criminal e ao civil; e das penas disciplinares e de responsabilidade.

Sob a égide da nossa primeira Constituição Republicana, de 24-2-1891, continuou a ser aplicado o referido diploma. Foi o que ocorreu no Estado de São Paulo, onde se promulgou o primeiro "Regimento das Correições", baixado pelo Decreto n.º 4.786, de 3-12-1930, com fundamento no art. 11, § 1.º, do Decreto Federal n.º 19.398, de 11-11-30, que instituiu o Governo Provisório.

Lê-se nos seus considerandos a preocupação de impor severa disciplina nos serviços da justiça, visando à sua moralização e boa ordem, pois, por falta de uma organização fiscalizadora adequada, os abusos se multiplicavam, diariamente, quer entre os funcionários subalternos, quer entre os funcionários superiores da justiça, com sacrificio do interesse público. Aduz que a velha instituição das correições, uma vez renovada e adaptada às condições de então, podia contribuir para a reforma dos maus costumes forenses e coibir inúmeros abusos.

Posteriormente, a matéria passou a ser regulada nas leis de organização judiciária dos Estados e do Distrito Federal e, no âmbito da Justiça Federal, pela Lei n.º 5.010, de 30-5-66, que restabeleceu a Justiça Federal de primeira instância (arts. 6.º e 9.º), a qual, no tópico, continua em vigor mesmo após a promulgação da Constituição vigente, por força do art. 11 da Lei n.º 7.727, de 9-1-89.

De assinalar que só a Constituição em vigor fez referência expressa à competência dos tribunais de velar pelo exercício da atividade correicio-

(3) Apud FREDERICO MARQUES, *opus cit.*, p. 136, nota 18.

nal das suas secretarias, serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados (art. 96, I, b). Tal inciso, contudo, nada mais fez do que respaldar os textos legais há muito editados sobre o assunto e que se harmonizaram com as Constituições anteriores, por serem a elas inerentes.

3. *Competência privativa do Judiciário para efetivá-lo*

Em nosso sistema jurídico é, pois, imanente ao Poder Judiciário o exercício da função correicional, de natureza censória e disciplinar. Como assinalado, atualmente, a Constituição faz referência expressa ao exercício da função correicional pelos órgãos judiciários (art. 96, I, b, *in fine*). Todavia, não era indispensável que o explicitasse para que a legislação federal e estadual o estabelecesse, não só por força da tradição histórica, mas, também, por conformar-se com os parâmetros constitucionais.

A propósito, é expressiva a ementa do acórdão proferido pela Primeira Turma, deste Excelso Pretório, ao decidir o RE 101.402-RJ, do qual foi Relator o eminente Ministro Rafael Mayer (RTJ 110/1.235):

“Não padece de inconstitucionalidade o dispositivo de lei estadual que autoriza permaneçam à disposição do Corregedor-Geral da Justiça Juízes de Direito, para o desempenho de funções de presidir inquéritos, sindicâncias e correições no âmbito dos serviços forenses, que *inerem ao desempenho do Poder Judiciário*, não exaurido apenas em sua típica função jurisdicional.” (Grifei.)

Argumenta, com percuciência, no seu douto voto, que, posta a função jurisdicional, “justificados estão os meios para a sua realização, e nem se poderia cogitar, pois aí residiria infringência à autonomia dos poderes, que os processos disciplinares atinentes aos membros do Poder Judiciário e aos serviços que lhe são inerentes fossem confiados aos agentes de um outro poder”.

4. *Autogoverno do Poder Judiciário*

Dos aludidos subsídios de ordem constitucional e de índole tradicional resulta que o controle das atividades judiciárias só pode ser feito por órgãos do Poder Judiciário. Por isso mesmo o controle de tais atividades por órgãos ou entidades a ele estranhos não pode ser admitido.

Aliás, o autogoverno do Poder Judiciário assumiu dimensões maiores na vigente Constituição, cujo art. 99 assegurou explicitamente àquele Poder “autonomia administrativa e financeira”. A alteração é significativa. Afigura-se-nos que, em razão dela, a usada expressão “autogoverno da magistratura” adquiriu maior amplitude. Hoje mais correto seria falar-se em “autogoverno do Poder Judiciário”, expressão, a nosso ver, mais adequada para abranger o conjunto de atividades judiciárias não-jurisdicionais exercitadas pelos órgãos daquele poder, com exclusão daquelas atinentes à jurisdição voluntária e de natureza anômala.

Em tal contexto, diante do especial posicionamento que o legislador constituinte deu ao Judiciário, atribuindo-lhe, de maneira concreta, meios de autogovernar-se, pensamos que a contrapartida a tão grande conquista é o dever de transparência no exercício da atividade judiciária, particularmente daquela integrada no que denominamos de "Autogoverno do Poder Judiciário". Para alcançar-se tal desiderato, é indispensável que se aprimorem as técnicas de controle da atividade judiciária, dando-se destaque ao controle preventivo.

5. Meios de controle

Analisando, especificamente, o tema epigrafado, cumpre tecer considerações sobre os vários tipos de controle da atividade judiciária, com especial atenção para aqueles atinentes ao "Autogoverno do Poder Judiciário".

Com tal escopo, convém alertar que a anatomia do controle da atividade judiciária, que iremos ensaiar, não deve ser vista com prejuízo do seu aspecto funcional integrado. Os tópicos, a seguir abordados, não são excludentes entre si, mas, ao contrário, se completam e se harmonizam. Assim, ao examinarmos em itens diversos o controle normativo e o controle da gestão orçamentária, não teremos o propósito de afirmar que este não possa ser objeto de controle normativo. Da mesma forma, não estaremos a sustentar que o controle disciplinar não se compatibilize com o controle correicional. E assim por diante.

a) *Controle correicional*

O controle correicional, conforme exposto, é o mais tradicional, sendo imanente ao nosso sistema jurídico. Assume a forma de "correições" efetivadas pelos Ministros, Desembargadores ou Juízes Corregedores ou de "correição parcial", requerida pela parte ou pelo Ministério Público.

As "correições" efetivadas por magistrados adquirem formas diversas, e a respectiva terminologia, também, varia no âmbito das justiças estaduais e federais, em observância a legislações e provimentos que lhe são pertinentes.

O Provimento n.º 50/89, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, bem resume o exercício da função correicional. Diz que a função correicional consiste na fiscalização das serventias judiciais, extra-judiciais e seus serviços auxiliares, da polícia judiciária e dos presídios, sendo exercida, em todo o Estado, pelo Corregedor Geral da Justiça e, nos limites das suas atribuições, pelos Juízes de Direito. Estabelece que o seu exercício será permanente ou através de correições ordinárias ou extraordinárias, gerais ou especiais.

Refoje aos objetivos desta exposição aprofundar os aspectos atinentes a essas correições, muito conhecidas, em suas linhas gerais, por aqueles que militam na atividade forense. O que importa aqui é, tão-somente,

ressaltar a sua excepcional importância no controle do exercício da atividade judiciária.

Merece, ainda, breve referência a denominada correição parcial, instituto de índole censória, que, após ser previsto nas várias leis de organização judiciária dos estados, com amplitude variável, veio a ser delineado, nos seus contornos atuais, pela Lei Federal n.º 5.010, de 30 de maio de 1966, cujo art. 6.º dá competência ao Conselho da Justiça Federal para "conhecer de correição parcial requerida pela parte ou pela Procuradoria da República no prazo de cinco dias, contra ato ou despacho do Juiz de que não caiba recurso, ou omissão que importe erro de ofício ou abuso de poder". O dispositivo refere-se ao Conselho da Justiça Federal que funcionava junto ao extinto Tribunal Federal de Recursos, mas que continua em vigor, *ex vi* do parágrafo único do art. 11 da Lei n.º 7.727, de 9-1-89, que criou os Tribunais Regionais Federais.

O instituto é chamado, também, de reclamação por algumas leis de organização judiciária, como a do Distrito Federal (Lei n.º 1.301, de 28-12-50, art. 71; Lei n.º 3.754, de 14-4-60, art. 10, XV). Não há confundir-lo, porém, com a reclamação cabível para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça, visando à "preservação da sua competência e garantia da autoridade de suas decisões" (Constituição, arts. 102, I, I; e 105, I, f).

A correição parcial, segundo mostra o ilustre Professor MONIZ DE ARAGÃO na excelente monografia que sobre ela escreveu, tem como antecedentes históricos a *supplication* romana, que chegou a Portugal com a denominação de *guerimas* ou *guerimônias*, o agravo de ordenação não guardada, previsto nas ordenações Filipinas (L. III, T. XX, § 46) e o agravo por dano irreparável, a que se refere o art. 669, § 15, do Regulamento n.º 737, de 25-12-1850 (*).

Prevista nas antigas leis de organização judiciária dos Estados, foi acoimada de inconstitucional, até que sobreveio a Lei Federal n.º 5.010, de 1966, que criou o instituto no âmbito federal, quando aquela alegação perdeu força (MONIZ DE ARAGÃO).

PONTES DE MIRANDA e FREDERICO MARQUES, dentre outros, verberaram, com extrema virulência, a correição parcial. O primeiro disse tratar-se de "figura intrusa, ditatorialiforme", verdadeiro "retrocesso psicanalístico às formas anteriores às próprias querimônias", e o outro taxou-o de "maior aleijão de que temos conhecimento em nosso direito positivo" (†).

Com o respeito devido a tão insígnis juristas, a prática tem demonstrado que a correição parcial, se examinada com cautela e descortino, como em regra é apreciada pelos Conselhos de Justiça, constitui instituto que permite sanar, sem interferir diretamente na atuação jurisdicional do magistrado, situações desairosas, altamente comprometedoras da imagem

(*) *A Correição Parcial*, pp. 9-14, José Bushatsky, Editor, 1969.

(†) "A Correição Parcial", *Revista Jurídica* nº 19, p. 35.

do Poder Judiciário. Não há dúvida de que é um remédio de índole venenosa. Todavia, a sua eficácia, boa ou má, está na dosagem do veneno. Utilizado este em quantidade adequada, o resultado é proveitoso para a causa da justiça; caso contrário, atinge-lhe o cerne, ou seja, o próprio exercício da atividade jurisdicional. A sua dosimetria cabe aos Conselhos de Justiça. Na medida em que estes são integrados por magistrados experimentados e prudentes, a utilização da correição parcial apresenta mais vantagens do que desvantagens.

b) Controle disciplinar

A independência do juiz é de ordem política e jurídica: a primeira repousa nas garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos; e a outra acha-se traduzida no princípio consubstanciado no art. 102 da Constituição Alemã de Weimar: "Os Juizes são independentes e só são subordinados à lei". Decorre do princípio da independência jurídica que o juiz deve submeter-se apenas à sua própria convicção; nas dúvidas e incertezas sobre a interpretação de uma lei, não se submete a critérios de outros, mas ao seu próprio; não está obrigado a aceitar as decisões de outros juizes ou Tribunais, quando contrárias à sua convicção (STAMMLER). "Essa independência da magistratura é que imprime aos atos judiciais, quer de jurisdição contenciosa como de jurisdição voluntária, os traços específicos que os distinguem" (FREDERICO MARQUES) (6).

Todavia, "não infirma o princípio da independência do Juiz, a disciplina Judiciária a que está adstrito. Como bem explicam GLASSON e TISSIER, os Juizes, se são plenamente independentes, vinculados se acham a obrigações profissionais que os submetem a certa *surveillance*, podendo ser atingidos em certos casos por penas disciplinares (Procédure Civile, vol. I, pág. 175). Se os magistrados de profissão devem ter a independência assegurada, por outra parte, como assinalava JOÃO MENDES JÚNIOR, convém 'acautelar as restrições impostas pela natureza, isto é, o perigo da prevaricação, o perigo da inabilitação por moléstia ou demência, o perigo da falta de circunspeção, queremos dizer: convém tornar eficaz a responsabilidade, o julgamento da capacidade física ou mental, quando postas em dúvida, e a disciplina dos magistrados'. Mas, consoante o insigne mestre, a ação disciplinar deve ser criada no interesse da própria magistratura, incumbindo a ela, e só ela, a 'iniciativa de corrigir os desvios de seus membros', colocando-se nessa jurisdição censória os próprios componentes do Judiciário, para que assim nenhum perigo corra a independência dos Magistrados (Exposição Preliminar para a Reforma Judicial do Estado de São Paulo, 1901, pp. 227/229)" (7).

O controle disciplinar dos Juizes é inerente ao nosso sistema jurídico, conforme antes aludimos, ao nos referir à função correicional, de cujo

(6) "Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária", pp. 147 e 148.

(7) Ver FREDERICO MARQUES, *opus cit.*, p. 149, nota 10.

exercício exsurge. Funda-se, pois, no poder censório, hoje expresso na parte final da alínea *b* do art. 96, I, da Constituição. Portanto, os preceitos das leis federais e estaduais, especialmente das leis de organização judiciária, que estabelecem penas de advertência e censura afinam-se com a Lei Maior. Ademais, esta própria prevê expressamente a remoção, disponibilidade e aposentadoria do Magistrado, por interesse público, mediante decisão tomada pelo voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa (art. 93, VIII).

Saliente-se, todavia, que certas penalidades não se compatibilizam com a situação de magistrado. É o caso da suspensão. A respeito, indaga o Ministro MÁRIO GUIMARÃES: "com que prestígio voltaria o Juiz à comarca depois de cumprida a severa pena de suspensão?" (8).

Diante dos princípios citados, resulta claro que a lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, dispondo sobre o Estatuto da Magistratura poderá regular a matéria, inclusive prever outras penalidades. Decorre, ainda, que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, na parte em que dispõe sobre a atividade censória dos Tribunais e Conselhos, continua a vigor, salvo, é claro, nos casos em que contrarie a atual Constituição.

Sobre o assunto, porém, não se pode olvidar que toda atividade censória há de ser desenvolvida com o resguardo devido à dignidade e independência do magistrado (Lei Complementar n.º 35, de 14-3-79, art. 40). Há de ter-se em conta, em tal contexto, que enfraquecer o prestígio do juiz equivale a enfraquecer o da própria Justiça.

No panorama da atividade judiciária, o importante é estimular o exercício de controles preventivos, sejam, ou não, de natureza correicional, a fim de evitar a aplicação de penas aos magistrados. A estes deve-se dar melhores condições de trabalho, maior estímulo à sua fundamental atuação no interesse da justiça e orientação segura que não comprometa a sua independência jurídica.

Cabe, por último, dizer que o controle disciplinar dos servidores do Poder Judiciário não apresenta maior complexidade, sendo o assunto regulado, de modo geral, nos Estatutos dos Funcionários Públicos.

c) Controle normativo

Há várias funções normativas exercidas pelo Poder Judiciário previstas na Constituição: elaboração dos regimentos internos dos tribunais; iniciativa de lei nos casos do art. 96, II; elaboração e encaminhamento da respectiva proposta orçamentária (art. 99, §§ 1.º e 2.º); dispor a Justiça Trabalhista, nos dissídios coletivos, sobre normas ou condições de trabalho (art. 114, § 2.º); baixar a Justiça Eleitoral instruções regulamentares sobre eleições; iniciativa do Supremo Tribunal Federal quanto a lei complementar que irá dispor sobre o Estatuto da Magistratura (art. 93) e dos Tribunais de Justiça com relação à lei de organização judiciária (art. 125, § 1.º).

(8) *O Juiz e a Função Jurisdicional*, Forense, 1ª ed., 1958, p. 236.

Tais funções são não-jurisdicionais, constituindo manifestação do que SALVATORE CARBONARO denominou *Interferência funcional*, “fenômeno que ocorre quando um órgão estatal exerce função que lhe não é específica” (9). Todavia, não constituem um desvio anômalo da atividade judiciária, pois concernem ao autogoverno do Poder Judiciário, originando da posição política deste como um dos poderes da soberania nacional.

Ao lado das referidas atividades normativas, existem muitas outras que dizem respeito ao controle da atividade judiciária. São provimentos, instruções normativas, resoluções, enfim, atos administrativos normativos, baixados por Tribunais, Conselhos de Administração, Conselhos de Justiça, Conselhos Disciplinares, Presidência de tais órgãos colegiados, Corregedoria e até mesmo por funcionários de menor hierarquia, como Diretores administrativos daquelas entidades. Essas normas apresentam especial significação do controle preventivo da atividade judiciária, pois orientam, esclarecem, estimulam ou inibem a prática de certos atos, ou estabelecem rotinas ou regras de atuação para os órgãos inferiores.

A própria Constituição criou órgão, junto ao Superior Tribunal de Justiça, com o precípuo objetivo de atuar, através da via normativa, no controle da atividade judiciária. Ao Conselho da Justiça Federal, previsto no parágrafo único do seu art. 106, cabe, na forma da lei, exercer a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus.

d) Controle da gestão orçamentária

O controle dos gastos públicos mereceu especial atenção do legislador constituinte. A respeito, o art. 74 da Constituição dispõe expressamente sobre o controle interno, o controle externo e o controle de terceiros. Eis o seu texto:

“Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I — avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II — comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III — exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

(9) Ver FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, 1º vol., pp. 88-89, Saraiva, 1974.

IV — apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.”

O transcrito preceito, no seu parágrafo 1.º, diz que:

“Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.”

E. no seu § 2.º, estatui que:

“Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.”

Outrossim, o art. 75 do diploma fundamental estendeu a aplicação das referidas normas, no que couber, aos Estados e ao Distrito Federal.

O judiciário, sem dúvida alguma, há de dar cumprimento aos aludidos preceitos, em razão do seu conteúdo cogente. Todavia, deve dar-lhe eficácia não só por obrigação, mas por devoção ao interesse público. Com efeito, tendo sido destacado, no bojo da Lei Maior, com a autonomia financeira, a elaboração da sua proposta orçamentária e liberação automática das suas dotações orçamentárias, inclusive créditos adicionais (arts. 99 e 168), o rigor na efetivação dos gastos públicos deve assumir, no seu âmbito, aspectos de cristalina transparência. Por isso mesmo, seus órgãos ligados ao controle interno devem merecer atenção especial.

e) Controles indiretos

Há certas formas de controle que tornam a máquina judiciária mais eficiente ou, caso tenha alcançado bom nível de organização e trabalho, evitam o seu estiolamento que permitem a prática de medidas adequadas, a tempo e modo, com o objetivo de dar segurança e agilidade ao exercício da função judiciária, ensejando, com freqüência, facilidades para a atuação dos meios de controle preventivo; que se revestem de métodos variados que alcançam, obliquamente, a própria prática dos atos judiciários, especialmente aqueles de índole jurisdicional e que estão em harmonia com o princípio segundo o qual administrar é prever e prover.

Tais formas de controle são muito diversificadas e, sempre que possível, utilizam-se das técnicas e instrumentos tecnológicos disponíveis. Embora seja difícil elencá-las, é possível exemplificá-las, o que iremos fazer. Estamos convencidos de que, com a autonomia administrativa e financeira que lhe foi atribuída pela Constituição, o Poder Judiciário tem condições de planejar e executar os seus planos de modernização, sintonizado com os anseios de justiça, cada vez maiores, do povo brasileiro.

Dentre essas formas de controle indireto, podem ser citadas as escolas da magistratura, os centros de treinamento de Juizes e servidores, órgãos de planejamento, setores encarregados dos estudos de organização e métodos e, particularmente, a informática.

Em regra, o nível dos juizes e serventuários é bom. Alguns desses servidores são idealistas e têm visão das medidas a serem adotadas, para dar eficiência à função judiciária. São, contudo, minoria. Ademais, os seus ideais são sufocados pela arcaica máquina judiciária, contaminada de mofo secular e atingida pela imobilidade omissiva e comodista, estimuladora de desvios comprometedores da dignidade da justiça. cremos que o esclarecimento objetivo, com a constante realização de cursos adequados, oportunamente preparados e divulgados, pode contribuir para a criação de uma nova mentalidade judiciária, adequada a padrões elevados de qualidade e aos parâmetros modernos de eficiência.

O emprego das técnicas de organização e métodos é fundamental para a eliminação de rotinas ultrapassadas, elaboração de manuais de atuação administrativa e preparo dos programas computacionais. Só assim procedimentos como os das capas múltiplas a engravidarem os autos, dos carimbos excessivos, das conclusões desnecessárias e outros inúmeros de natureza procrastinatória e encarecedores dos custos judiciais poderão ser eliminados, com vantagem para o controle e qualidade dos serviços forenses.

É necessário, ainda, estimular a criação de órgãos permanentes de planejamento. O Judiciário precisa prever o seu desenvolvimento, a fim de alocar os recursos orçamentários e utilizá-los com eficiência. Não é possível que continue a funcionar de maneira improvisada. As varas, hoje, são criadas, muitas vezes, para minorar situações caóticas, a fim de amainar a grita das seccionais da OAB ou as críticas da imprensa. Isso não é mais admissível. A Constituição deu iniciativa ao Judiciário de elaborar os seus orçamentos anuais, e dispôs sobre a lei de diretrizes orçamentárias e o plano plurianual de investimentos (art. 165). É indispensável atentar-se para essa nova realidade.

Dentre essas formas de controle preventivo, merece destaque especial a informática, que vem tendo uma aceitação crescente no âmbito dos órgãos judiciários federais e estaduais. A respeito, o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho da Justiça Federal aprovaram, em fins do ano passado, Plano Diretor de Informática, a ser executado nos próximos anos, mas que se acha em fase acelerada de concretização. Através dele, aquela alta Corte, os Tribunais Regionais Federais e as Seções Judiciárias da Justiça Federal serão interligados, podendo ter acesso ao sistema os Tribunais Estaduais, Seccionais da OAB, Ministério Público, Escritórios de Advocacia e outros interessados, através de computadores, terminais, fax, telex ou do serviço de video-texto. O Plano não tem pretensão hegemônica. Atento aos aspectos maiores do custo-benefício, funda-se na descentralização das bases de dados e na integração das mesmas através da Rede Nacional de Pacotes — RENPAC, da Embratel.

Em termos de controle da atividade judiciária, numerosos programas foram desenvolvidos e muitos deles estão implantados.

Há alguns ligados mais diretamente à atuação jurisdicional e outros à Administração. Quanto aos primeiros, aqueles que permitem controlar o andamento dos processos, colocam à disposição dos juizes e interessados a íntegra dos julgados, admitem a expedição de decisões, despachos, mandados, editais e atos judiciários repetitivos, ensinam a rápida efetivação de liquidações de sentenças, oferecem dados estatísticos, controlam as publicações etc. Com relação aos outros, permitem o controle de estoques, dos gastos com combustíveis e xerox, da vida funcional dos servidores, das licitações públicas, do cumprimento de contratos etc.

A propósito, outro dia, em Porto Alegre, o Dr. CAL GARCIA, Ilustre Corregedor-Geral da Justiça Federal da 4.^a Região, que abrange os Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, demonstrou-me o funcionamento de programa de computador, interligado às respectivas Seções Judiciárias, através do qual procede a correições, em qualquer dia e em qualquer Vara, sem a necessidade de se deslocar até as cidades onde se acham localizadas.

f) *Controle preventivo*

Cumpra destacar o controle preventivo, para dizer que é o mais saudável e conduz os serviços judiciários para os caminhos da eficiência, evitando delongas desmoralizantes, atalhos aviltantes e punições evitáveis. Assume, em geral, as formas já expostas, atinentes aos controles correicionais, normativos e indiretos.

6. *Conclusão*

O Poder Judiciário é muito criticado sob a alegação de que, ao contrário dos outros Poderes, não está sujeito a controles. Trata-se de grande inverdade. O que é indispensável — isto sim — é que, em decorrência da autonomia administrativa e financeira que lhe foi reconhecida pelo legislador constituinte, sejam ativadas algumas formas de controle antes citadas, dando-lhes maior utilização.

Fala-se, de quando em vez, em sujeitar o judiciário a controle externo, isto é, a órgãos que lhe são estranhos ou composto de pessoas não pertencentes aos seus quadros. Contudo, não merece guarida tal providência, contrária à nossa vetusta tradição. É importante, mais que nunca, tenham os diversos setores ligados à área judicante a preocupação de esclarecer a opinião pública no sentido de que o seu autogoverno é a única forma de assegurar a independência dos magistrados e, em conseqüência, a tutela eficiente dos direitos e garantias individuais e sociais. De lembrar a todos que, quando a democracia floresce, o judiciário assume a sua verdadeira dimensão de órgão do Estado que dá equilíbrio à atuação das forças vivas da nacionalidade, reduzindo os inevitáveis conflitos decorrentes das concepções antagônicas sobre os fatos da vida e mostrando aos cidadãos o caminho do entendimento e da harmonia, sem o qual seremos forçados a volver a formas de convivência ultrapassadas, próprias dos períodos mais obscuros registrados pela História.

Aspectos da Coisa Julgada em Questões Tributárias

HUGO DE BRITO MACHADO

Juiz do Tribunal Federal da 5ª Região.
Professor Titular de Direito Tributário da
UFC. Ex-Procurador da República.

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Coisa julgada e execução não embargada.* 3. *Coisa julgada no mandado de segurança.* 4. *Os limites objetivos da coisa julgada.* 5. *Relação jurídica continuativa tributária.* 6. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.* 7. *Manifestações doutrinárias.* 8. *Relação jurídica continuativa e ação declaratória.* 9. *Conclusões.*

1. *Introdução*

A questão da coisa julgada em matéria tributária tem despertado o interesse dos estudiosos há muito tempo. Já em 1946 o Professor RUBENS GOMES DE SOUSA publicava judicioso estudo a esse respeito, comentando pronunciamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1).

Entre as diversas questões que podem ser suscitadas em torno da *coisa julgada*, das mais relevantes, no questionamento tributário, é a que

(1) A Coisa Julgada no Direito Tributário, em *Revista de Direito Administrativo*, FGV, vol. V, pp. 48/76.

pertine a seus limites objetivos. A análise da jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, e de valiosas manifestações doutrinárias, mostra que ainda não foi formulada solução satisfatória para o caso em que a relação de tributação configura verdadeira relação jurídica continuativa.

A questão de saber se há, ou não, coisa julgada em uma execução fiscal não embargada, é também de grande relevância. Essa questão, aliás, já foi objeto de valiosa contribuição doutrinária (2), e de pronunciamento do Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (3), afirmativos da inexistência de coisa julgada, que estão a merecer maior divulgação, até por que tanto a doutrina, como a jurisprudência, registram ainda manifestações em sentido contrário (4).

Já a questão dos limites objetivos da coisa julgada, em se tratando de embargos à execução, mandado de segurança, ação anulatória de lançamento tributário, e ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária, está a merecer a atenção dos estudiosos, em virtude da inovação introduzida, quanto aos limites objetivos da coisa julgada, pelo Código de Processo Civil de 1973, que superou profunda controvérsia entre os processualistas, bem como em razão do que denominamos relação jurídica continuativa.

Começaremos pelo exame da questão de saber se ocorre, ou não, coisa julgada em execução não embargada. A seguir cuidaremos da coisa julgada em mandado de segurança, e depois da questão dos limites objetivos da coisa julgada nos embargos à execução e na ação anulatória de lançamento tributário.

Examinaremos a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, bem como as manifestações doutrinárias a respeito do tema, para demonstrar que a questão dos limites objetivos da coisa julgada, na jurisprudência, como na doutrina, ainda não foi colocada com a devida atenção para a natureza jurídica específica da ação declaratória. Tal especificidade, aliás, é que nos permite a formulação de nossa proposta de equationamento da questão, no que pertine à relação jurídica tributária continuativa.

2. Coisa julgada e execução não embargada

Podem ocorrer que o contribuinte, tendo feito o pagamento da quantia cobrada em execução que não embargou, chegue depois à conclusão de que

(2) HUMBERTO THEODORO JUNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, 4ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1988, vol. 1º, p. 588.

(3) Recurso Extraordinário nº 93.041-1-SP, DJU de 24-10-80, p. 8.610. Ação Rescisória nº 1.239-9-MG, DJU de 31-8-90 e *Revista Jurídica* nº 159, pp. 33 a 39.

(4) ANTONIO CARLOS COSTA E SILVA, *Teoria e Prática do Processo Executivo Fiscal*, Aide Editora, Rio de Janeiro, pp. 14/15.

pagou um tributo indevido. Neste caso, a questão que se coloca é a de saber se pode pleitear a restituição do indébito, administrativa ou judicialmente, ou se terá de promover ação rescisória da sentença proferida na execução fiscal, extintiva daquele processo.

Em outras palavras, a questão reside em saber se a sentença que julga extinto o processo de execução, pelo pagamento, faz coisa julgada.

Como é sabido, a *coisa julgada* pode ser *formal*, que “só opera no processo em que foi proferida a sentença”, e *material*, que “opera em relação a qualquer processo” (6).

A sentença que declara extinto o processo de execução faz coisa julgada apenas formal. Não faz, nem poderia fazer, coisa julgada material, porque não contém nenhuma manifestação a respeito da relação de direito material existente, ou inexistente, entre as partes. Em outras palavras, a sentença proferida no processo de execução nada diz a respeito da questão de saber se o tributo é devido, ou não.

Sem questionar, aqui, o conceito de *mérito*, diremos, com destacados processualistas, que “no processo de execução, o juiz não aprecia o mérito, reservando-se o conhecimento deste para eventuais embargos” (6).

Há, é certo, quem afirme que também no processo de execução existe *mérito*. Entretanto, para os que assim entendem, o *mérito* não é, na execução, “uma questão a ser decidida, mas atos a serem praticados” (7).

Entendida a *questão de mérito* como a questão de direito material submetida à decisão judicial, é correto dizer-se que na execução não existe apreciação de mérito. Assim, não se pode falar de coisa julgada material relativamente à sentença de que se cuida.

Na verdade, o argumento de que as normas do processo de conhecimento aplicam-se ao processo de execução e, assim, sendo o pagamento uma forma de reconhecimento, teria havido extinção do processo com apreciação de mérito, nos termos do art. 269, item II, do Código de Processo Civil, é absolutamente improcedente. É certo que as normas do processo de conhecimento aplicam-se ao processo de execução, mas apenas subsidiariamente, vale dizer, naquilo em que não se choquem com normas do processo de execução, nem impliquem modificação da própria natureza deste.

(5) JOSÉ ALBUQUERQUE ROCHA, *Teoria Geral do Processo*, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 220.

(6) A. C. DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CANDIDO R. DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 277.

(7) MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS, *Admissibilidade e Mérito na Execução*, *Revista de Processo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 47.

Inaplicável, no processo de execução, a norma do art. 474 do Código de Processo Civil, segundo a qual *Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.*

Não há, no processo de execução, sentença de mérito, no sentido de sentença que aprecia as questões de direito material postas em Juízo. Nem podem ser nele deduzidas, nem repelidas, alegações e defesas. Nisto reside precisamente a característica específica do processo de execução, que o distingue do processo de conhecimento.

Ensina, a propósito, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

“Como a execução forçada não contém nenhum acerto jurisdicional sobre o direito do credor, seu resultado equipara-se ao simples adimplemento. É mero pagamento forçado.

Somente quando se interpuserem embargos (ação de conhecimento paralela à execução), é que haverá possibilidade de sentença de mérito e, conseqüentemente, de coisa julgada sobre o objeto da execução forçada.

Se a execução de título extrajudicial foi injusta, por inexistência do direito material do exeqüente, o que houve foi *pagamento indevido* e, por ausência de coisa julgada, ao devedor será lícito o manejo da ação de *repetição do indébito* na forma do art. 964 do Código Civil.

Aliás, o pagamento ao credor, na execução, é ato judicial que se realiza, independentemente de sentença; e, como dispõe o art. 486, “os atos judiciais, que não dependem de sentença, podem ser rescindidos, como atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”.

Basta, pois, uma ação comum de repetição do indébito para reparar a injustiça feita ao devedor, no caso de execução fundada em título extrajudicial não embargada.

Nenhum dispositivo de lei ou princípio de direito abona a tese daqueles que pretendem ver nos resultados da execução não embargada uma estabilidade equivalente à da coisa julgada (na verdade, a estabilidade de uma simples execução de título extrajudicial seria maior do que a *res iudicata*, porque esta admite ação rescisória, o que seria impossível no primeiro caso, dada a inexistência de sentença de mérito a desconstituir.”⁽⁸⁾

(8) HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, 4ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1988, vol. 1º, p. 588.

Registre-se, finalmente, já haver o Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL decidido que “não embargada a execução de título extrajudicial, segue-se a avaliação, sem sentença, razão pela qual não se pode falar em coisa julgada no tocante a ação anulatória de lançamento fiscal” (9).

Assim, o contribuinte que, ao ser executado, pagou tributo indevido, sem opor embargos, pode pedir administrativamente a restituição respectiva. Negada esta, pode promover ação de repetição do indébito.

3. *Coisa julgada no mandado de segurança*

A questão da coisa julgada, em se tratando de sentença proferida em mandado de segurança, há de ser examinada com atenção para alguns aspectos peculiares. Em primeiro lugar, tem-se que a sentença que defere o mandado de segurança e da qual não caiba mais recursos, adquire a qualidade de coisa julgada, tal como acontece com a sentença proferida em ação anulatória de lançamento, ou em embargos à execução. O mesmo, porém, nem sempre acontece com a sentença contrária ao impetrante.

Realmente, pode ocorrer que o Juiz indefira o mandado de segurança sem apreciar o mérito do pedido, porque: a) foi ultrapassado o prazo de 120 dias entre a data do conhecimento, pelo impetrante, do ato impugnado, e a impetração; b) os fatos em apreciação não se encontram devidamente comprovados, isto é, o direito que o impetrante diz haver sido lesado, poderá existir mas não é líquido e certo; c) não foram observados requisitos processuais. Em qualquer destes casos, o impetrante poderá renovar o pedido, utilizando a via ordinária. “Não faz coisa julgada, quanto ao mérito do pedido, a decisão que apenas denega a segurança por incerto ou ilíquido o direito pleiteado, a que julga o impetrante carecedor do mandado e a que indefere desde logo a inicial por não ser caso de segurança ou por falta de requisitos processuais para a impetração” (10).

Há quem sustente que a sentença denegatória do mandado de segurança, seja qual for o seu fundamento, não transita em julgado, ficando sempre aberta a via ordinária para a apreciação da mesma questão (11). Na verdade, diz a lei que “a decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais” (12).

(9) Recurso Extraordinário nº 93.041-1-SP, DJU de 24-10-80, p. 8.610.

(10) HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de Segurança e Ação Popular*, 8ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, p. 65.

(11) SEABRA FAGUNDES e LUIZ EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, citados por HELY LOPES MEIRELLES, em *Mandado de Segurança e Ação Popular*, 8ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, p. 65.

(12) Lei nº 1.533, de 31-12-1951, art. 15.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL sumulou entendimento pelo qual “decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria” (13). Entretanto, a própria Corte Maior, interpretando esta súmula, tem entendido que a decisão denegatória da segurança, tendo apreciado o mérito do pedido e concluído que o impetrante não tem nenhum direito, faz coisa julgada material, impedindo a reapreciação da controvérsia em ação ordinária (14).

Em síntese, é possível concluir-se o seguinte:

a) A sentença que concede e a que denega a segurança apreciando o mérito do pedido fazem coisa julgada material;

b) a sentença que indefere a segurança sem apreciar o mérito do pedido não faz coisa julgada material, podendo o impetrante requerer outro mandado de segurança se, ainda não decorrido o prazo de 120 dias, a contar da ciência do ato impugnado, for possível suprir a deficiência que deu causa ao indeferimento. Não sendo isto possível, caberá o uso da via ordinária, sempre que a sentença denegatória da segurança não houver apreciado o mérito do pedido.

A questão dos limites objetivos da coisa julgada material, na sentença que concede, ou denega a segurança apreciando o mérito do pedido, não comporta exame específico porque, neste aspecto, não há qualquer diferença entre as sentenças proferidas em mandado de segurança, embargos à execução e ação anulatória.

Poder-se-ia considerar a possibilidade de impetração *preventiva* uma especificidade capaz de implicar diferente tratamento da questão. Tal, porém, não acontece. Mandado de segurança preventivo não se confunde com mandado de segurança *contra a lei em tese*. Preventivo é o mandado de segurança impetrado para proteger direito atual, resultante de fatos já ocorridos, contra ameaça de lesão. É *preventivo* porque a lesão ainda não existe. O direito ameaçado de lesão, todavia, resulta da concretização de uma situação jurídica, vale dizer, resulta da incidência, já consumada, de uma norma jurídica. Já o mandado de segurança contra lei em tese, incabível, seria aquele no qual o impetrante pretendesse uma sentença meramente interpretativa da norma jurídica cuja incidência não se consumara.

Já nos manifestamos no sentido de que a sentença proferida em mandado de segurança, com exame do mérito do pedido, produz efeitos

(13) Súmula nº 304.

(14) Cf. THEOTONIO NEGRAO, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 17ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, p. 823.

para o futuro, no caso de tratar-se de uma relação jurídica continuativa (15). Mesmo sem estarmos ainda convencidos da tese contrária, preferimos admiti-la, para buscar na ação declaratória a solução que nos parece tecnicamente mais adequada para a questão da relação continuativa. Assim, aqui, estamos admitindo serem os mesmos os limites objetivos da coisa julgada material, no mandado de segurança, nos embargos à execução e na ação anulatória de lançamento tributário.

4. Os limites objetivos da coisa julgada

Pode ocorrer que o contribuinte tenha colocado em juízo sua pretensão de não pagar determinado tributo, que reputa indevido, impetrando mandado de segurança, promovendo ação anulatória do lançamento tributário, ou embargando a execução contra ele movida pela Fazenda Pública.

É certo que o contribuinte pode promover, contra a Fazenda Pública, ação declaratória. Preferimos, porém, cuidar da coisa julgada em se tratando de ação declaratória, isoladamente, em face da especificidade dessa situação, como veremos adiante.

No mandado de segurança, a pretensão há de se limitar a remover o ato ilegal, ou evitar que se consuma a ameaça de sua prática, como já acima explicamos.

No processo de execução, a pretensão é apenas e simplesmente o recebimento da quantia cobrada. Os embargos do executado corporificam a resistência oposta àquela pretensão, formando-se a *lide*, que não é ampliada, de modo, nenhum, pelo conteúdo dos embargos do executado. Os fundamentos dos embargos podem ser diversos, mas o pedido é sempre o mesmo: a improcedência da execução. A pretensão formulada pelo embargante é apenas e simplesmente de que o juiz não pratique nem determine os atos que lhe foram requeridos pelo exequente.

Na ação anulatória, a pretensão do contribuinte é a desconstituição do crédito tributário.

Os efeitos da coisa julgada, como é sabido e está expresso na lei (CPC art. 468), não se projetam além dos limites da *lide*, e estes são fixados pelo pedido, e não por seus fundamentos. Segundo CHIOVENDA, "objeto do julgado é a conclusão *última* do raciocínio do juiz, e não as premissas; o último e imediato resultado da decisão, e não a série dos fatos, das relações ou dos estados jurídicos que, no espírito do juiz, constituíram os pressupostos de tal resultado" (16).

(15) Efeito Normativo da Sentença em Mandado de Segurança, Repertório IOB de Jurisprudência, nº 9/88.

(16) *Instituições de Direito Processual Civil*, Trad. de J. GUITARAES MENE-GALE, Saraiva, São Paulo, 1965, vol. I, p. 411.

No plano de uma teoria do processo, desvinculada de um determinado ordenamento jurídico, tanto se pode sustentar que a coisa julgada abrange as premissas lógicas da decisão, como a tese contrária.

No Brasil, com o advento do vigente Código de Processo Civil, não nos parece deva persistir a polêmica. A lição é do Mestre MOACIR AMARAL SANTOS:

“A matéria comportava controvérsia e profundas indagações no regime do Código de 1939, à vista do que dispunha o parágrafo único do art. 287: “Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão”. Queria dizer que se consideravam com efeito de coisa julgada as decisões, no desenvolvimento da análise das questões suscitadas, e que se presupunham necessariamente na conclusão. E acrescentava-se que, nesse regime, tão-só se haviam por decididas as *premissas necessárias* à conclusão, não as *consequências* delas, embora necessárias. Aliás, esse era o nosso parecer.

O Código vigente cortou definitivamente a controvérsia, excluindo da eficácia da coisa julgada as questões resolvidas na fundamentação, até mesmo as chamadas questões prejudiciais (art. 469)” (17).

PONTES DE MIRANDA, a seu turno, doutrina:

“Os motivos, ainda que importantes para determinar o *alcance* do que decide a sentença (“parte dispositiva da sentença”), não fazem coisa julgada material. No processo não mais se podem discutir e julgar porque o processo se extinguiu. Fora do processo, o que pode ter eficácia de coisa julgada (material) é o enunciado sentencial. O que pode acontecer e por vezes acontece é que se têm de apreciar para se saber qual o verdadeiro alcance da decisão ou das decisões. Porém, mesmo em tais circunstâncias, não fazem coisa julgada, nem têm eficácia de coisa julgada material (art. 469, I, *verbis* “ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”). Está-se apenas no plano da interpretação dos enunciados da sentença, em pesquisa lógica. Fez bem o art. 469, I, em repelir o que alguns juristas queriam conferir aos motivos” (18).

HERMENEGILDO DE SOUZA REGO, em excelente estudo no qual aprecia em profundidade o assunto, invoca Castro Mendes para dizer que

(17) *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 1978, vol. IV, p. 476.

(18) *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 1974, Tomo V, pp. 178/179.

“o alargamento ou não alargamento do caso julgado aos fundamentos da decisão é, em última análise, um problema de política legislativa”, e conclui, reportando-se ao Código de Processo Civil de 1973:

“Adotou o Código um “sistema restritivo puro”, na terminologia de Castro Mendes. Isto é: nenhum fundamento da decisão fica revestido da autoridade da coisa julgada.”

E esclarece:

“Obviamente, porém, a rediscussão dos fundamentos, em outro processo, e a adoção, a seu respeito, de conclusões divergentes, não pode atingir a coisa julgada, isto é, não pode subtrair a *res* (o bem da vida objeto da ação ou da reconvenção) que a sentença anterior tenha concedido com base nos fundamentos dos quais divergiu a segunda decisão.” (19)

É evidente que a *res*, o bem da vida, disputado, é apenas o crédito tributário que o contribuinte pretende desconstituir, tanto nos embargos como na anulatória de lançamento tributário. Se o contribuinte pagou, porque vencido nos embargos, ou na anulatória, o efeito da coisa julgada obviamente impede que se rediscuta a questão de saber se aquele crédito era realmente devido, questão que foi resolvida pela sentença proferida nos embargos, ou na anulatória. Não alcança, todavia, os motivos ou premissas lógicas dessa decisão. Não abrange a questão de saber se o tributo, relativamente a outros períodos, é devido.

A questão de saber se existe, ou se é válida, a relação jurídica tributária, na verdade é apenas premissa da sentença que assegurou ao contribuinte o direito de não pagar, ou ao fisco o direito de receber o crédito tributário em disputa. Entretanto, as premissas do julgamento, que se consubstanciam em questões de direito ou questões de fato, não se tornam imutáveis, por força da coisa julgada, porque esta só atinge o objeto do pedido.

Neste sentido, o Egrégio TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS já decidiu que “os motivos que alicerçam a sentença não fazem coisa julgada salvo se também dispõe” (20).

Realmente, segundo dispositivo expresso do Código de Processo Civil, não fazem coisa julgada: a) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; b) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; c) a apreciação de questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo (21).

(19) Os Motivos da Sentença e a Coisa Julgada, *Revista de Processo*, nº 35, pp. 14 e 21.

(20) RTFR 122/211, cit. por THEOTONIO NEGRAO, *Código de Processo Civil*, 17ª edição, p. 210.

(21) Art. 469.

RONALDO DA CUNHA CAMPOS propõe, com extrema habilidade, uma distinção entre *motivos* e *razões* da sentença. Os motivos seriam as representações dos fatos, capazes de formar o convencimento do julgador. As *razões* seriam os fatos jurídicos determinantes da decisão. Os motivos, cuja substituição é possível sem que se alterem as razões da decisão, ou a própria decisão, não transitam em julgado. Já as razões da decisão, que a determinam, integram a coisa julgada⁽²²⁾.

Não obstante o brilho da tese do eminente Professor da Universidade Federal de Uberlândia, não nos parece tal distinção aceitável, para o fim proposto. Os motivos, no art. 469, I, do Código de Processo Civil, são os fundamentos *jurídicos*, são consubstanciados pela tese, ou pelas teses jurídicas adotadas pela sentença. A verdade dos fatos, no inciso II do mesmo artigo, abrange os fundamentos de fato da sentença. Por isto pode-se dizer que os fundamentos da sentença, quer tenha esta resolvido questão de direito, ou questão de fato, ou ambas, não transitam em julgado.

Comentando o art. 469 do Código de Processo Civil, escreve BARBOSA MOREIRA:

“O legislador brasileiro de 1973, ao contrário do tedesco, não se contentou em delimitar positivamente o círculo de incidência da coisa julgada. Empenhado, ao que tudo indica, em dissipar de maneira definitiva as dúvidas subsistentes ao longo da vigência da lei anterior, teve a cautela de redigir outro dispositivo (art. 469) para discriminar, em termos expressos, as matérias excluídas, isto é, aquelas que não se submetem à *auctoritas rei iudicatae*.”⁽²³⁾

Entretanto, depois de transcrever o art. 469 do Código de Processo Civil, aquele eminente processualista exemplifica com sentença em ação declaratória, não nos parecendo seja o exemplo adequado. Em se tratando de ação declaratória, parece-nos que o alcance da coisa julgada abrange precisamente a relação jurídica, e assim, em se tratando de uma relação jurídica continuativa, como em muitos casos é a relação tributária, a questão do alcance da coisa julgada merece especial atenção.

5. *Relação jurídica continuativa tributária*

A relação jurídica tributária pode ser *instantânea*, como acontece no caso de venda eventual de um imóvel, por exemplo, ou *continuativa*, como acontece com o contribuinte do ICMS, por exemplo. No primeiro caso, o

(22) *Limites Objetivos da Coisa Julgada*, Aide Editora, Rio de Janeiro, 1988, especialmente pp. 83/88.

(23) *Os Limites Objetivos da Coisa Julgada no Sistema do Novo Código de Processo Civil*, *Revista Forense*, nº 246, p. 31.

fato tributável é autônomo, isto é, nele residem todos os elementos de que se necessita para determinar o valor do tributo a ser pago, e o pagamento extingue não apenas o crédito tributário respectivo, mas a própria relação obrigacional fisco-contribuinte. No segundo caso, o fato tributável não é autônomo, no sentido de que, embora produza, isoladamente, o efeito de criar a obrigação tributária, ele se insere em um conjunto de outros fatos relevantes para a composição da relação jurídica fisco-contribuinte.

A relação jurídica tributária *instantânea* é peculiar aos tributos relacionados com ocorrências eventuais. Por isto mesmo não existe, nem se faz necessário, um cadastro de contribuintes, sujeitos passivos dessa relação.

A relação jurídica tributária *continuativa* é peculiar aos tributos relacionados a ocorrências que se repetem, formando uma atividade mais ou menos duradoura. Por isto mesmo os contribuintes, sujeitos passivos dessa relação, inscrevem-se em cadastro específico, que se faz necessário precisamente em virtude da continuidade dos acontecimentos relevantes do ponto de vista tributário. Na relação jurídica *continuativa*, ou *continuada*, muita vez até a determinação do valor a ser pago pelo contribuinte depende não apenas de um fato tributável, mas do encadeamento dos fatos que a integram, como acontece no Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), e no Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), tributos ditos *não cumulativos*.

Realmente, no IPI, como no ICMS, o valor a ser pago, em cada período, é apurado em função de uma *conta corrente* na qual são registrados *débitos*, relativos às saídas de mercadorias ou produtos, e *créditos*, relativos às entradas de mercadorias ou de matérias primas e outros insumos, no período de apuração respectivo. Havendo saldo devedor, este constituirá o valor devido no período. Havendo saldo credor, será este transferido para o período seguinte, somando-se aos créditos daquele para efeito de nova apuração, e assim sucessivamente. Os fatos relevantes para esta determinação do valor do tributo devido entrelaçam-se de tal modo que tornam evidente a existência de uma relação continuativa.

A natureza *continuativa* da relação jurídica tributária, todavia, não é exclusiva dos impostos não cumulativos, embora nestes seja ela de evidência indiscutível.

O reconhecimento da existência de uma relação tributária de natureza *continuativa* impõe uma *reflexão*, a propósito dos limites objetivos da coisa julgada nas questões tributárias.

Realmente, admitida a posição a que chegamos no item 3 deste estudo, a sentença na ação anulatória de lançamento tributário, ou nos embargos à execução fiscal, que reconheça não incidir o ICMS na saída de determinada mercadoria, e por isto considere indevido o tributo relativamente às

saídas ocorridas em determinado período, não impede que se rediscuta a questão de saber se o mencionado tributo é realmente indevido, a propósito das saídas que vierem a ocorrer no futuro, permanecendo, deste modo, o estado de incerteza e insegurança na relação de tributação, obviamente inconveniente, tanto para o fisco quanto para o contribuinte.

6. *A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, apreciando recurso extraordinário em mandado de segurança impetrado “contra ato de Chefe de Posto Fiscal da Fazenda do Estado, visando ao reconhecimento de alegado direito ao crédito de ICM, correspondente ao valor da isenção de matéria-prima importada”, entendeu estar a recorrente pleiteando “efeito normativo que não se compadece com a índole do mandado de segurança”. Segundo o eminente Ministro Octávio Gallotti, relator do caso, “a questão resume-se a indagar se, reconhecido à recorrente, o direito ao creditamento do ICM pelas importações comprovadas nos autos, poderia a concessão da segurança alcançar também as importações futuras, a serem realizadas pela mesma impetrante, dispensando-se, nessa hipótese, a apresentação da prova documental, em juízo”.

Reportando-se a julgado anterior, da mesma Primeira Turma, (Ag. Rg. n.º 114.344, Rel.: Min. Rafael Mayer), esclarece aquele eminente magistrado:

“Não há consistência em renovar-se a alegação de ofensa ao princípio da não-cumulatividade insculpido no art. 23, II, da Constituição. Não recusou-se o acórdão de aplicá-lo, mas o fez nos limites permitidos pelo mandado de segurança, concedido somente em parte.

A verdadeira inconformidade aí reside, pois a pretensão da impetrante é que lhe fosse concedida segurança *in genere* e para todos os casos futuros, o que lhe daria cunho de normatividade, como que uma imunidade pessoal inoportável nos lindes de um procedimento que visa garantir direito, que exista líquido e certo, contra a lesão ou contra a ameaça de lesão.

Não se dá mandado de segurança contra direitos eventuais, futuros ou em cogitação, pois o *writ* preventivo o que contempla, de futuro, é a potencialidade de ameaça a consumir-se contra o direito subjetivo, aquele que é certo.”

Acolher a tese da recorrente, segundo o eminente Ministro OCTÁVIO GALLOTTI,

“seria adotar uma amplitude incompatível com a noção de “direito líquido e certo”, certamente aquele que é comprovável e comprovado de plano.

A índole indisfarçavelmente normativa da medida pretendida contrasta com o princípio da atualidade de que deve reves-tir-se a ameaça a ser conjurada por meio do mandado preventivo e, na prática, até mesmo a constante evolução da *legislação fiscal*, contribui para exaltar a prudência com que se houve o acórdão recorrido.”

O entendimento adotado no referido julgado (24) parece não ser pacífico na Corte Maior. Com efeito, sua segunda Turma já decidiu: (25)

“Embargos de Declaração. Ação declaratória do direito ao crédito de ICM. Eficácia. Declarada a relação jurídica de isenção do tributo, por sentença, torna-se indiscutível o direito da parte. Se o imposto sobre que recai a isenção já foi pago, cabe a ação de repetição de indébito. Se não foi, cabe desde logo a escrituração dos respectivos créditos, independentemente de ação condenatória. Nessa hipótese, *não há distinguir isenções sobre operações pretéritas ou futuras.*” (O destaque não é do original.)

Cuidava-se, como se verifica do voto do Ministro CARLOS MADEIRA, relator do caso, de embargos de declaração interpostos pelo Estado de São Paulo, pretendendo fosse esclarecido “que o direito reconhecido em ação declaratória só seja exercido mediante ação condenatória”. Deste modo, a prevalecer a pretensão do embargante, em cada importação teria a importadora de promover ação para creditar-se do valor da isenção. O sentido do acórdão, rejeitando os embargos, está bem definido no voto do Ministro CARLOS MADEIRA, que afirma:

“Se o imposto de que a recorrente é isenta já foi pago, claro está que só com a ação condenatória pode ela reavê-lo. É a ação de repetição do indébito.

Mas se não foi pago, e a sentença declara que não é devido em virtude da isenção, o direito a escrituração do respectivo valor é decorrência de sua eficácia. Pouco importa, nessa hipótese, se tratem de importações pretéritas ou futuras.”

Como se vê, a Corte Maior declarou expressamente que os efeitos da sentença projetam-se para fatos futuros. Não se cuidava, é certo, de man-

(24) RE nº 114.131-O-SP, publicado na íntegra no Repertório IOB de Jurisprudência, nº 18/87, pp. 249/251.

(25) RE nº 107.493 — (EDc1) — SP, RTJ 124, pp. 1182/1183.

dado de segurança, mas de ação declaratória. Poder-se-ia, então, argumentar que no mandado de segurança o *dispositivo* é simplesmente a ordem, o mandamento, dirigido à autoridade impetrada, sendo a declaração do direito do impetrante apenas um *fundamento* para a emissão dessa ordem, vale dizer, um fundamento da sentença. Na ação declaratória, diversamente, a declaração do direito é o próprio *dispositivo* da sentença. Tal argumento, porém, embora a rigor nos pareça procedente, perde sentido diante da jurisprudência que tem admitido a eficácia declaratória da sentença proferida em mandado de segurança.

De todo modo, dos votos proferidos no caso por último referido, colhe-se que a questão realmente não diz respeito à natureza da ação, posto que não foi questionada a diferença entre mandado de segurança e ação declaratória, como fundamento para as conclusões divergentes a respeito do efeito da sentença relativamente a fatos futuros.

Realmente, o eminente Ministro ALDIR PASSARINHO, que acompanhou o Relator, esclareceu que o fazia apenas porque se tratava, “no caso de embargos declaratórios, que não podem ter efeitos infringentes, conforme, certamente, pretende o embargante”. Acrescentou, todavia, ter

“lembrança de que, em tema de ação declaratória, já foi entendido — penso até que nesta mesma Turma — no sentido de que não seria possível julgá-la procedente para abrangência de operações futuras, como pretendido na hipótese dos autos.”

Em tema de ação declaratória, decidiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por sua 1.^a Turma, que “a declaração de intributabilidade, no pertinente a relações jurídicas originadas de fatos geradores que se sucedem no tempo, não pode ter o caráter de imutabilidade e de normatividade a abranger eventos futuros” (26). Esse entendimento foi confirmado pelo Plenário, no julgamento da Ação Rescisória n.º 1.239-9-MG, cujo relator, o eminente Ministro CARLOS MADEIRA, não obstante o ponto de vista já manifestado no julgado acima transcrito, pelo qual a declaração de que o tributo não é devido em virtude de isenção, produz efeitos para o futuro, adotou o parecer da Procuradoria Geral da República, então apresentada pelo hoje eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, pela improcedência da ação. Nesse julgado, o eminente Ministro MOREIRA ALVES foi incisivo, afirmando que “não cabe ação declaratória para o efeito de que a declaração transite em julgado para os fatos geradores futuros, pois a ação dessa natureza se destina à declaração da existência, ou não, da relação jurídica que se pretende já existente. A declaração da impossibilidade do surgimento de relação jurídica no futuro porque não é esta admitida pela lei, ou pela Constituição, se possível de ser obtida

(26) RE n.º 99.435-1, Rel. Min. RAFAEL MAYER.

por ação declaratória, transformaria tal ação em representação de interpretação ou de inconstitucionalidade em abstrato, o que não é admissível em nosso ordenamento jurídico" (27).

É correta, sem dúvida, a assertiva do eminente Ministro MOREIRA ALVES, quanto ao descabimento da declaratória para o acertamento de relação jurídica futura. O que não nos parece correto, data máxima vênia, é considerar futura uma relação continuativa já instaurada.

Ressalte-se, finalmente, que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL sumulou entendimento pelo qual "decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores" (28). Observa ROBERTO ROSAS que a tendência na aplicação desta súmula é pela restrição (29).

Entre os julgados mencionados por ROBERTO ROSAS, a justificar sua observação, merecem destaque o de que foi relator o Ministro RAFAEL MAYER, que se reporta a *atos geradores que se sucedem no tempo*, e o de que foi relator o Ministro FRANCISCO REZEK, no qual foi feita específica referência a julgado em ação declaratória, a indicar a especificidade desta, demonstrando a importância desta em matéria de coisa julgada.

Mesmo assim, e até pela aparente desuniformidade dos julgados, verifica-se que o assunto ainda não recebeu da Corte Maior um tratamento capaz de compatibilizar o estreitamento dos limites objetivos da coisa julgada, fixados pelo Código de Processo Civil de 1973, com a necessidade de certeza jurídica que tem os sujeitos da relação tributária continuativa.

7. Manifestações doutrinárias

CELSO RIBEIRO BASTOS, em excelente estudo a respeito do mandado de segurança em matéria tributária, suscita a questão de saber se existe o mandado de segurança normativo. E esclarece: "Trata-se de emprestar força à decisão proferida de tal sorte que ela dirima a controvérsia *sub judice*, dando uma solução a ser feita valer não apenas na hipótese presente, mas todas as vezes que uma idêntica se repetir no futuro" (30). Para o eminente constitucionalista de São Paulo não se trata de atribuir efeito normativo à sentença proferida em mandado de segurança, mas de definir corretamente os limites da coisa julgada. Afirma ele: "a segurança faz coisa julgada a

(27) *Revista Jurídica*, nº 159 — Janeiro de 1991, p. 39.

(28) *Súmula* nº 239.

(29) *Direito Sumular*, 4ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, s/d, p. 100.

(30) *Reflexões, Estudos e Pareceres de Direito Público*, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 70.

ser respeitada nas múltiplas hipóteses que venham a se enquadrar nos limites da decisão revestida de tal força" (81).

Em sentido contrário doutrina, com propriedade, HELY LOPES MEIRELLES: "Para que surja a *coisa julgada*, em sentido formal e material, é indispensável a tríplice identidade de *peçoas, causa e objeto*: as partes hão de ser as mesmas; o fundamento de pedir o mesmo e o objeto o mesmo, e não apenas *assemelhado*. Muito comum é a repetição do ato abusivo, já considerado ilegal em outro mandado entre as mesmas partes, e incidente sobre objeto do mesmo gênero (mercadorias, serviços, atividades etc.). Neste caso, não se verifica a *coisa julgada*, por faltar à decisão anterior um dos pressupostos de sua ocorrência, ou seja a vinculação da sentença primitiva ao mesmo objeto (e não a objeto do mesmo gênero). Ter-se-á aqui apenas um precedente judiciário; nunca a *coisa julgada* em acepção jurídica própria" (82).

BARBOSA MOREIRA, depois de se reportar às exclusões do âmbito da coisa julgada, feitas expressamente pelo art. 469 do Código de Processo Civil de 1973, exemplifica:

"O contribuinte X propõe o Fisco ação declaratória negativa de dívida tributária, em relação a determinado exercício, arguindo a inconstitucionalidade da lei que instituíra o tributo. O juiz acolhe o pedido, por entender que tal lei era realmente inconstitucional. A solução dessa questão de direito constitui motivo da decisão: sobre ela não se forma a coisa julgada. Com referência a outro exercício — e portanto a outra dívida — é lícito ao órgão judicial reapreciar a questão, eventualmente para considerar constitucional a mesma lei e julgar, por isso, que o tributo é devido por X." (83)

Vê-se na lição de BARBOSA MOREIRA a distinção entre o fundamento da sentença, que é a inconstitucionalidade da lei, no caso, e que não transita em julgado, e a decisão, que é a declaração de ser indevido o tributo, ou, em outras palavras, a declaração da inexistência da relação tributária, que faria coisa julgada apenas em relação ao exercício. Não enfrentou aquele eminente processualista a questão de saber se a relação tributária pode ser continuativa e, assim, admitiu simplesmente a orientação consubstanciada na Súmula n.º 239, do Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

(81) Obra e local citados.

(82) *Mandado de Segurança e Ação Popular*, 8ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, pp. 66/67.

(83) *Os Limites Objetivos da Coisa Julgada no Sistema do Novo Código de Processo Civil*, *Revista Forense*, nº 246, p. 31.

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR estudou a questão dos limites objetivos da coisa julgada em matéria fiscal, revelando sua insatisfação com a doutrina que “oscila entre uma limitação temporária pronunciadamente restritiva e uma extensão sem limites”. Para ele a solução de controvérsia passa em primeiro lugar, pela distinção entre tributos diretos e indiretos. Em relação aos primeiros seria perfeita a regra da Súmula n.º 239 do Supremo Tribunal Federal, salvo os casos de inconstitucionalidade, isenção e imunidade. Em relação aos últimos ter-se-ia de distinguir a sentença que se refere apenas a questões pertinentes à exequibilidade, daquela que diz respeito a questões de exigibilidade. Relativamente à primeira, os efeitos da coisa julgada abrangeriam apenas o exercício. Em relação à última, os efeitos da coisa julgada não teriam essa limitação temporal, e apenas em se tratando de relação jurídica continuativa ficaria a coisa julgada sujeita a revisão na hipótese de modificação do estado de fato ou de direito, como dispõe o art. 471, II, do Código de Processo Civil (84).

Não obstante o respeito que merecem essas manifestações doutrinárias, não nos consideramos satisfeitos com as soluções propostas.

8. *Relação jurídica continuativa e ação declaratória*

O exame da jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e das manifestações doutrinárias a respeito da coisa julgada em matéria tributária, revela que a causa das dificuldades reside especialmente na falta de esclarecimento a respeito da natureza continuativa da maioria das relações jurídicas tributárias, bem como na desconsideração da característica específica da ação declaratória.

Já o estudo mais antigo que conhecemos sobre coisa julgada em matéria tributária, pertinente à questão decidida em executivo fiscal, revela a preocupação em distinguir *elementos permanentes* do tributo, de *elementos variáveis* (85).

Parece-nos, por isto mesmo, que a solução mais adequada para a questão em estudo exige o exame de dois pontos fundamentais. O primeiro consiste na relação jurídica tributária de natureza continuativa, a respeito da qual já nos reportamos. O segundo está na consideração da característica essencial da ação declaratória, a respeito sobre a qual passaremos a discorrer.

(84) TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*, Editora Atlas, São Paulo, 1990, pp. 41/51.

(85) RUBENS GOMES DE SOUSA, *A Coisa Julgada no Direito Tributário*, em *Revista de Direito Administrativo*, vol. V, pp. 48/76.

Como ensina o Professor JOSÉ ALBUQUERQUE ROCHA, "O elemento peculiar das ações meramente declaratórias está em que estas tendem só a *declarar* a situação jurídica existente entre as partes com o fim exclusivo de eliminar a incerteza sobre a existência ou inexistência dessa situação" (36). No dizer de BUZOID, "se é certo que em toda ação se mira a declaração do direito, também é certo que há uma categoria de ação, que só objetiva essa declaração e com ela se exaure" (37).

Esta peculiaridade é importante quando se está a examinar a questão dos limites objetivos da coisa julgada. Realmente, vimos que a coisa julgada não abrange as premissas lógicas da decisão. Em outras palavras, ela não abrange a relação jurídica com fundamento na qual a sentença *condena* o contribuinte a pagar um tributo, ou *condena* o fisco a abster-se de sua cobrança. Em se tratando, porém, de sentença proferida em ação declaratória, a coisa julgada abrangerá precisamente a afirmação da existência, ou da inexistência, da relação jurídica, pois a decisão consiste precisamente nessa *declaração*. Como afirma, com inteira propriedade, o Professor JOSÉ ALBUQUERQUE ROCHA, "nas ações condenatórias e constitutivas, a declaração é apenas uma premissa lógica para a condenação ou a constituição conforme o caso, enquanto na declaratória a *declaração* é um fim em si mesmo" (38).

Nas questões tributárias pode haver disputa a respeito de elementos circunstanciais, ocasionais, que eventualmente interferem no modo de ser da relação tributária. Pode ocorrer, porém, que se discuta a respeito de elementos essenciais, permanentes, da relação tributária. Enquanto na primeira hipótese não é importante o uso da ação declaratória, na segunda ele é decisivo, pois permite a obtenção de coisa julgada capaz de dar segurança às partes na relação tributária, tornando desnecessária a reprodução de ações idênticas.

Na sentença que declara a inexistência de relação jurídica tributária, porque reconhece haver imunidade, ou isenção, ou não incidência pura e simples do imposto, transita em julgado a *declaração*. Assim, em se tratando de relação jurídica tributária continuativa, o *preceito*, valerá para o futuro, salvo, é claro, alteração que poderá ocorrer nos elementos de fato ou de direito, formadores dessa relação.

Não se trata de utilizar a ação declaratória para o acertamento de relação futura, mas para o acertamento de uma relação atual, que se vai desen-

(36) JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *Teoria Geral do Processo*, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 154.

(37) ALFREDO BUZOID, *A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*, 2ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1986, p. 131.

(38) JOSÉ DE ALBUQUERQUE RÓCHA, *Teoria Geral do Processo*, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 154.

volver no futuro. “Conquanto não possa ser objeto da ação declaratória a relação jurídica futura, pode ela versar sobre o desenvolvimento futuro de uma relação jurídica existente.” (39)

Recentemente, sobre o tema manifestou-se o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em acórdão da lavra do eminente Ministro ILMAR GALVÃO, assim ementado:

“Tributário. ICM. Operações entre cooperativa e seus associados. Não incidência do tributo, reconhecida por meio de sentença declaratória trânsita em julgado. Hipótese em que somente novo tratamento legal da matéria poderá ter o efeito de subtrair da eficácia da *res judicata* as operações da espécie, realizadas pelo contribuinte. Decidindo em sentido contrário, violou o acórdão a norma do art. 468 do CPC. Recurso provido.” (40) (Ac. un. da 2.^a Turma do STJ — REsp. 4.838-MG — Rel. Min. Ilmar Galvão — julgado em 17-10-90 — Recte.: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais — DJU I, 5-11-90, p. 12.426; Repertório IOB de Jurisprudência, n.º 23/90, p. 389).

No julgado em referência, o eminente Relator transcreveu, em seu voto, os fundamentos da sentença de primeiro grau, de cuja análise verifica-se que o julgador teve dificuldade para justificar a conclusão a que chegou, à míngua, precisamente, do reconhecimento da relação jurídica, objeto da declaratória, como relação continuativa. Não obstante, sua conclusão é primorosa. Se a sentença, proferida em ação declaratória, diz inexistir relação jurídica tributária, enquanto não houver mudança da lei fatos do mesmo tipo não podem ensejar a exigência do tributo, porque incapazes de produzir o surgimento daquela relação dita, pela sentença, inexistente.

A existência de coisa julgada, nestes termos, certamente não impede a edição de lei que venha a incidir sobre fatos daquele mesmo tipo. Assim, a não ser que exista vedação constitucional, relação jurídica tributária poderá surgir, em razão de lei nova. Também a ocorrência de fatos futuros, diversos daquele fato tipo examinado na sentença declaratória com trânsito em julgado, pode ensejar o surgimento de relação jurídica tributária. A eficácia da coisa julgada, portanto, nestes casos, é relativa, subordinada que está à norma do art. 471, item I, do Código de Processo Civil.

(39) ALFREDO BUZAID, *A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*, 2ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1986, p. 177.

(40) Ac. un. da 2ª Turma do STJ — REsp. 4.838-MG — Rel. Min. Ilmar Galvão — julgado em 17-10-90 — Recte.: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais — DJU I, 5-11-90, p. 12.426; Repertório IOB de Jurisprudência, n.º 23/90, p. 389.

Ressalte-se, finalmente, que a declaração, capaz de fazer com que a coisa julgada compreenda a própria relação jurídica, pode ser obtida nos embargos à execução, na ação anulatória de lançamento tributário, e mesmo no mandado de segurança⁽⁴¹⁾. Havendo interesse da parte em ampliar o alcance da coisa julgada material, o instrumento adequado para esse fim é a declaratória incidental. "A finalidade da ação declaratória, processada por via incidente, é alcançar uma certeza sobre a questão prejudicial, de forma que também a ela se estenda a autoridade da coisa julgada."⁽⁴²⁾

9. Conclusões

Em face de todo o exposto, é possível chegar-se às seguintes conclusões:

1.^a) Na execução fiscal não embargada não se pode falar de coisa julgada material.

2.^a) A sentença que concede, ou denega, mandado de segurança apreciando o mérito do pedido faz coisa julgada material. A que denega sem examinar o mérito do pedido não impede seja o mesmo novamente formulado pela via ordinária, ou até em outro mandado de segurança, conforme o caso.

3.^a) A coisa julgada, relativamente a sentença proferida em embargos à execução fiscal, ação anulatória de lançamento tributário, e mandado de segurança, não alcança a relação jurídica tributária, cuja existência, inexistência ou modo de ser constitui questão prejudicial, cujo exame fornece apenas premissas lógicas para a decisão.

4.^a) Na sentença proferida em ação declaratória, a declaração da existência, inexistência ou modo de ser da relação jurídica tributária transita em julgado, porque constitui a própria decisão.

5.^a) Assim, a extensão dos efeitos da coisa julgada à relação jurídica tributária pode ser obtida por meio da ação declaratória, principal ou incidental.

(41) O eminente Juiz Federal PAULO ROBERTO OLIVEIRA LIMA nos disse admitir objeções doutrinárias ao cabimento da declaratória incidental no mandado de segurança. O assunto, realmente, merece estudo. A primeira vista, porém, nos parece que, inexistindo questão de fato controvertida a exigir a produção de prova, é perfeitamente cabível o pedido, feito na própria inicial do mandado de segurança, no sentido de que o Juiz declare a existência, a inexistência ou o modo de ser da relação jurídica que consubstancia o direito líquido e certo a cuja proteção se destina o mandamento requerido.

(42) ALFREDO BUZUID, *A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*, 2^a edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1986, p. 362.

Recurso Extraordinário e Recurso Especial de Decisões Monocráticas

EVANNA SOARES
Advogada

SUMÁRIO

1. *Introdução.*
2. *O duplo grau de jurisdição e o direito aos recursos.*
3. *A alçada recursal no Processo Civil.*
4. *O recurso especial de decisão monocrática.*
5. *O recurso extraordinário de decisões de juízos de primeiro grau.*
6. *Conclusão.*

1 — *Introdução*

A Constituição da República, no art. 102, III, coerente com o papel de guardião da Lei Maior que deferiu ao Supremo Tribunal Federal, resguardou-lhe a competência para “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição”. E acrescentou no parágrafo único do indicado artigo: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Criou, outrossim, a nova Lei Maior, o recurso especial, competindo ao Superior Tribunal de Justiça (nesse aspecto funcionando como vigia do direito federal comum e como órgão de cúpula da Justiça Comum Federal e Estadual), de conformidade com o art. 105, III, “julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local, contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Há de se ter como pertinente, ainda, para o desenvolvimento do presente estudo, o preceito insculpido no art. 5.º, LV, da Constituição da República, que assegura “aos litigantes, em processo judicial ou adminis-

trativo, e aos acusados em geral... o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Normatizando os procedimentos do recurso extraordinário e do recurso especial tem-se a Lei n.º 8.038, de 28-5-1990.

O problema é colocado em face da alçada prevista na Lei n.º 6.825, de 22-9-1980, e no art. 34 da Lei n.º 6.830, de 22-9-1980, onde são contemplados, somente, como recursos, os embargos infringentes e os embargos declaratórios, perante o mesmo juízo monocrático, tendo em conta o valor da causa, impedindo as partes envolvidas de terem acesso ao Tribunal de segunda instância, via recursos ordinários. Nesse contexto, é preciso saber se comportam o apelo extremo e o especial dessa sentença, visto que o juízo singular proferiu decisão em causa de única instância.

2 — O duplo grau de jurisdição e o direito aos recursos

O direito de recorrer, como corolário da garantia de ampla defesa, não se confunde com o duplo grau de jurisdição.

Predomina nos tribunais, na defesa da recepção, pela Lei Maior de 1988, do disposto no art. 4.º da Lei n.º 6.825/80, a noção que distingue a dupla instância do duplo grau de jurisdição (1), de maneira que, permitindo a lei a interposição de recursos, ainda que para o mesmo juízo, fica resguar-

(1) “CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL, DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DA LEI Nº 6.825/80, INTELIGENCIA DOS TERMOS ‘GRAU’ E ‘INSTANCIA’. REMESSA NÃO CONHECIDA. O RECURSO DEVE SER JULGADO COMO ‘EMBARGOS INFRINGENTES DO JULGADO’. I — A Carta de 69 não assegurou e a Constituição de 88 não assegura o ‘duplo grau’ de jurisdição. Ideal, é certo, é que um segundo juízo tornasse a apreciar o que o outro fez. Por razões políticas, porém, calcadas sobretudo em motivos econômicos, deu-se ao próprio juiz da causa a atribuição de ele mesmo, num novo conhecimento (‘segunda instância’), reapreciar sua própria decisão. O CPC — 39, em seu art. 839, também já previa ‘embargos infringentes’ para as causas de valor inferior a dois contos de réis (2.000\$000). A Lei nº 4.290/1963 falava em ‘valor igual ou inferior a duas vezes o salário mínimo’. Em todos esses casos há uma ‘segunda instância’, isto é, um conhecimento *ex-novo* da matéria recorrida, muito embora sem um ‘segundo grau’. Dessarte, quando o inciso III do art. 122 da CF/69 falava que competia ‘ao Tribunal Federal de Recursos julgar, em grau de recursos, as causas decididas pelo juiz federal não significava que o juiz não pudesse apreciar sua própria decisão. II — Remessa não conhecida. A apelação interposta deve ser conhecida como ‘embargos infringentes.’ (TRF 1ª Reg., 3ª T., AC nº 89.01.25300-3-PA, Rel. Juiz Adhemar Maciel, unâni., julg. em 7-5-1990, publ. no DJ de 27-8-1990, Seção II).

dado o preceito estabelecido no art. 5.º, LV, da CR, posto que há oportunidade de reapreciação do julgado.

3 — A alçada recursal no Processo Civil

Debaldes foram as tentativas de superar, na Justiça Comum Federal, o impedimento de subida de apelações e de agravos de instrumento nas causas sujeitas à alçada, ao antigo Tribunal Federal de Recursos — sucedido, em quase todas as suas atribuições, pelos Tribunais Regionais Federais.

O máximo que se conseguiu foi a exceção condensada na Súmula n.º 246 do TFR (2).

Com o advento da CR/88 e diante da extinção do Tribunal Federal de Recursos e das Obrigações do Tesouro Nacional (3), tentou florescer o entendimento de que não mais vigoravam os freios recursais decorrentes da alçada.

Essa idéia, entretanto, foi repudiada pelos Tribunais Regionais Federais (4-5), que pacificaram a questão, mantendo válido o disposto no art. 4.º da Lei n.º 6.825/80 e no art. 34 da Lei n.º 6.830/80.

(2) Súmula 246 do TFR: "A causa em que se discute matéria constitucional não está sujeita à alçada de que trata a Lei nº 6.825, de 1980". A mesma regra aplicava-se à alçada prevista na Lei nº 6.830/80.

(3) Lei nº 7.801, de 11-7-1989.

(4) "PROCESSUAL CIVIL, LEI DE ALÇADA. SUA VIGENCIA. REMESSA OFICIAL. CAUSA DE VALOR INFERIOR A 50 ORTN. INADMISSIBILIDADE. I — Não há incompatibilidade entre os dispositivos da Constituição de 1988 e da Lei nº 6.825/80, que não foi revogada, no que tange à alçada recursal. II — Os Tribunais Regionais Federais foram criados em substituição ao extinto Tribunal Federal de Recursos. III — Sendo o valor da causa inferior a 50 ORTN, não comporta a mesma nem recurso voluntário nem remessa oficial (art. 4º da Lei nº 6.825/80)". (TRF 5ª Reg., 2ª T., REO nº 3.479-CE, reg. 89.05.09733-2, Rel. Juiz Nereu Santos, unân., publ. no DJ de 24-8-1990).

(5) PROCESSO CIVIL. ALÇADA. APELAÇÃO. REMESSA EX-OFFICIO. LEI Nº 7.801, DE 11-7-89. LEI Nº 6.825, DE 22-9-80. 1 — Não havendo lei determinando a conversão dos valores previstos no art. 1º e seu § 1º, e no art. 4º da Lei nº 6.825/80, em BTN, são os mesmos, de acordo com a Lei nº 7.801/89, convertidos para BTN à razão de uma OTN para 6,17 BTN. Assim, nas hipóteses, 100 OTN passam a corresponder a 617 BTN, e 50, a 308,50 BTN. 2 — Valor da causa inferior, na data do seu ajuizamento, a 308,50 BTN". (TRF 1ª Reg., 3ª T., AC nº 90.01.08382-0-PA, Rel. Juiz Tourinho Neto, unân., julgado em 6-8-1990, publ. no DJ de 27-8-1990).

Diante disso, forçoso é o reconhecimento de que as leis que limitam a subida de recursos aos tribunais federais, em função da alçada, são constitucionais, desde que admitam o reexame da matéria pelo mesmo juízo monocrático.

4 — O recurso especial de decisão monocrática

O recurso especial previsto no art. 105, III, da CR/88, decorre da vontade da Carta Magna de “fazer do Superior Tribunal de Justiça o guardião maior do direito federal no Estado Federal brasileiro”⁽⁶⁾, e é espécie do recurso extraordinário — num conceito que se opõe ao de recurso ordinário.

Como dispõe o art. 4.º da Lei n.º 6.825/80, uma causa com valor inferior a 50 ORTN (hoje 308,50 BTN), envolvendo interesse da União, empresas públicas ou autarquias federais, a sentença nela proferida somente pode ser hostilizada via embargos infringentes (admitindo-se, também, os embargos declaratórios). Mas se essa sentença, mesmo após os embargos infringentes, pelo seu conteúdo, configurar uma das hipóteses de cabimento do recurso especial (art. 105, III, *a, b e c*, da CR), poderá ser manejado tal recurso para o STJ?

Parece-nos que não. A Constituição fala em “causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios” (art. 105, III). Apesar de se ter uma decisão de única instância, na hipótese em comento, o fato de o juiz federal reapreciar sua decisão, via embargos infringentes, não o eleva ao *status* de Tribunal.

A Lei n.º 8.038/90, nos arts. 26 e seguintes, também deixa claro que a decisão atacada pela via especial deve provir de Tribunal.

ANTONIO DE PÁDUA RIBEIRO⁽⁷⁾ acentua que, além dos pressupostos gerais, o recurso especial necessita de pressupostos específicos, dentre outros a “existência de causa decidida em única ou última instância por Tribunais... de Apelação da Justiça Comum, seja estadual (Tribunais de Justiça, inclusive do DF e Territórios, e Tribunais de Alçada), seja

(6) Cf. CARLOS MARIO E SILVA VELLOSO, in: *O Superior Tribunal de Justiça na Constituição*, publ. na *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, 66/19-43, Ed. Jurid Vellenich.

(7) *Do Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça*, in *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, 66/45-59.

federal (Tribunais Regionais Federais)", afastados os acórdãos proferidos por Tribunais da Justiça Especializada (Eleitoral, do Trabalho e Militar).

Vê-se, assim, não poder a parte valer-se do recurso especial contra sentença monocrática ⁽⁸⁻⁹⁾.

Mas o ordenamento jurídico não pode contemplar o absurdo, isto é, submeter as decisões dos tribunais, que violarem a legislação federal infra-constitucional, ao recurso especial, e deixar as sentenças monocráticas, eivadas de igual vício, a salvo do controle do STJ, pela via especial.

Do texto constitucional e do conteúdo da Lei n.º 8.038/90, como visto, entende-se que não cabe recurso especial das sentenças proferidas pelos juízes singulares. Para garantir a integridade do recurso especial nas causas sem alçada, parece-nos necessário afastar o empecilho à subida dos recursos ordinários em função do valor da causa, aos tribunais, ainda que por construção jurisprudencial nos moldes da Súmula n.º 246 do TFR, (melhor seria que a lei disciplinasse o assunto), para permitir que nas causas em que se discutisse a matéria versada no art. 105, III e alíneas, da CR, sejam cabíveis os recursos ordinários, provocando-se, assim, o pronunciamento de um tribunal e, daí, dar ensanchas ao recurso especial.

5 — O recurso extraordinário de decisões de juízes de primeiro grau

O recurso extraordinário previsto no art. 102, III, da Lei Maior, tem seu julgamento a cargo do Supremo Tribunal Federal — no exercício da função de guardião da Constituição da República.

(8) "CONSTITUCIONAL — RECURSO ESPECIAL. I — Cabe recurso extraordinário de sentença de primeiro grau (CF, art. 102, III). II — Sendo a hipótese dos autos de recurso especial (CF, art. 105, inciso III, c), inadmissível sua apresentação nas hipóteses da Lei n.º 6.825. III — Agravo improvido". (TRF 2ª Reg., 1ª T., AI n.º 90.02.07330-5-RJ, Rel. Des. Fed. Tania Heine, julgado em 28-3-1990, publ. no DJ de 10-5-1990).

(9) "CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. COMPETENCIA. RECURSO ESPECIAL. RELEVANCIA DE QUESTÃO FEDERAL. INADMISSÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO PERANTE O STJ. — Se a parte não se conforma com a sentença de primeiro grau, da qual não cabe apelação por falta de alçada, e postula revisão do julgado, por via de recurso especial, pelo Superior Tribunal de Justiça, a decisão que inadmite o recurso é passível de agravo de instrumento a ser interposto perante o Tribunal competente para conhecer do recurso especial. — Agravo não conhecido". (TRF 1ª Reg., 3ª T., AI n.º 90.01.158633-PA, Rel. Juiz Vicente Leal, julgado em 29-10-1990, publ. no DJ de 10-12-1990, Seção II, p. 29871).

Diz a Lei das Leis que o indicado recurso é cabível das causas decididas em única ou última instância. Diferentemente dos dispositivos constitucionais pertinentes ao recurso especial, neste caso não se estabeleceu que as decisões atacadas deveriam provir de tribunais.

A Lei n.º 8.038/90, entretanto, expressamente, assenta que o órgão *a quo*, na via extraordinária, deve ser um Tribunal.

Como é sabido, o STF situa-se no topo do Poder Judiciário nacional, para ele fluindo as questões decididas pelos órgãos da Justiça Comum e Especializada, observados os requisitos pertinentes, de maneira a exercitar a competência extraordinária, própria para o resguardo da Constituição.

Especificamente no que tange às causas sujeitas à alçada, antes referidas, e sob o pálio da ordem constitucional precedente, o antigo TFR editou a Súmula n.º 246, permitindo o acesso à segunda instância das mencionadas causas, quando discutida matéria constitucional. Isso viabilizou o manejo dos recursos ordinários e, observados os pressupostos devidos, a interposição de recurso extraordinário para a Suprema Corte. A Carta de 1967, para o apelo extremo, exigia que as causas fossem decididas em única ou última instância por outros tribunais, o que, expressamente, não exige a CR/88, como visto.

A luz da vigente Lei Maior, os Tribunais Regionais Federais se dividem, ora entendendo que a Súmula n.º 246 do TFR não mais tem aplicação⁽¹⁰⁾ — apesar de prestigiada pelo Superior Tribunal de Justiça⁽¹¹⁾ —

(10) "PROCESSO CIVIL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. CAUSA DE VALOR INFERIOR A 308,5 BTN. LEI Nº 6.825, art. 4º Das sentenças proferidas pelos Juizes Federais em causas de valor igual ou inferior a 308,5 BTN, ainda que se discuta matéria constitucional, só se admitem embargos infringentes do julgado e embargos de declaração, em face do disposto no art. 4º da Lei nº 6.825/80. Discutindo-se, porém, questão constitucional, sendo a sentença posterior à Constituição de 1988, é cabível o recurso extraordinário, diante da nova ordem constitucional. A Súmula 246/TFR restou inaplicável. (Decisão do Plenário do TRF — 1ª Região, no AI nº 89.01.09502-5-MG — in DJU de 11-6-90)". (TRF 1ª Reg., 3ª T., AC nº 90.01.17274-1-MG, Rel. Juiz Tourinho Neto, julgado em 3-12-1990, publ. no DJ de 17-12-1990, Seção II, p. 30797). No mesmo sentido, dentre outros, o AgrAC nº 89.01.00371-6-BA e o AgrAC nº 89.01.00830-0-BA, Rel. Juiz Hermentino Dourado, TRF 1ª Reg., 2ª T., publ. no DJ de 19-11-1990.

(11) REsp. nº 1.171-SP (890011125-6), 1ª T., Rel. Min. Armando Rolembert, julgado em 6-11-1989, publ. no DJ de 18-12-1989, in LEX JSTJ e TRF 9/135.

e, nestas condições, admitindo o cabimento de recurso extraordinário contra sentença monocrática⁽¹²⁾, ora negando a possibilidade do apelo extremo contra as sentenças da espécie⁽¹³⁾.

MARIA STELLA V. S. LOPES RODRIGUES⁽¹⁴⁾, antes da vigência da Lei n.º 8.038/90, invocando a lição de PONTES DE MIRANDA, e afastando a aplicação da Súmula n.º 527 do STF⁽¹⁵⁾, defende o cabimento do recurso extraordinário contra decisões proferidas por juízo singular, quando configurada a única instância e abordado tema constitucional.

De maneira diferente pensam ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, ou seja, "(outro) pressuposto específico da admissibilidade do recurso extraordinário, como também do especial, é o de que a causa tenha sido decidida em única ou derradeira atuação de tribunal hierarquicamente inferior, quanto àquele ao Supremo Tribunal Federal, e a este ao Superior Tribunal de Justiça"⁽¹⁶⁾, acrescentando que

(12) "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE DECISÃO MONOCRÁTICA (EMBARGOS INFRINGENTES): CABIMENTO EM TESE. O JUÍZO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO DE DECISÃO QUE NÃO RECEBEU O RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO É O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, É O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (CPC, art. 544). NÃO CONHECIMENTO". (TRF 1ª Reg., 3ª T., AI nº 90.01.15803-0/PA, Rel. Juiz Adhemar Maciel, julgado em 5-12-1990, publ. no DJ de 17-12-1990, Seção II, p. 30790). No mesmo sentido, dentre outros, o AI nº 90.01.15747-5/PA e o AI nº 90.1-15750-5/PA, Rel. Juiz Tourinho Neto, TRF 1ª Reg., 3ª T., publ. no DJ de 10-12-1990, Seção II, p. 29873).

(13) "Processual civil. Recurso extraordinário oposto à decisão de juízo de primeiro grau. Embora seja indubitável o seu não cabimento, tanto pela Constituição anterior quanto pela atual, esta nos termos da Lei nº 8.038/90, não compete a este Tribunal Regional Federal o exame do agravo de instrumento interposto contra o despacho de indeferimento do recurso extraordinário, com arguição de relevância. Remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal. Não conhecimento do recurso". (TRF 1ª Reg., 4ª T., AI nº 90.01-15737-8/PA, Rel. Juíza Eliana Calmon, julgado em 29-10-1990, publ. no DJ de 10-12-1990, Seção II, p. 29886). No mesmo local vide ementas idênticas referentes aos AI nºs 90.01.15742-4/PA e 90.01.15816-1/PA, Rel. Juíza Eliana Calmon.

(14) "Recursos da Nova Constituição", RT, São Paulo, 1990, pp. 21/22.

(15) Súmula 527 do STF: "Após a vigência do AI nº 6, que deu nova redação ao art. 114, III, da Constituição Federal de 1967, não cabe recurso extraordinário das decisões de juiz singular".

(16) "Constituição de 1988 e Processo", Saraiva, São Paulo, 1989, pp. 115/116.

a parte interessada, previamente, deve esgotar as vias recursais ordinárias, antes de provocarem a atuação do STF ou do STJ.

Vê-se, assim, que a divergência de opiniões acerca do cabimento do apelo extremo em causa decidida por juízo singular foi deflagrada, esperando-se da Excelsa Corte a palavra final.

Importante observar que a CR no art. 102, III, parágrafo único, estabelece que a "arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei". Então, se a lei pode estabelecer a apreciação da arguição de inconstitucionalidade pelo Pretório Excelso, pensamos estar em harmonia com o texto da Lei Maior a Lei n.º 8.038/90, mormente quando somente admite a interposição do apelo extraordinário das decisões proferidas pelos Tribunais, em única ou última instância.

Assim é que, pedindo vênias aos que pensam de outro modo, filiamonos à corrente ⁽¹⁸⁻¹⁹⁾ que inadmite o manejo do recurso extraordinário para hostilizar as sentenças monocráticas, principalmente tendo em conta a Lei n.º 8.038/90.

Nessa linha de raciocínio, para que restem preservados os preceitos constitucionais, forçoso é admitir-se a plena subsistência da Súmula n.º 246 do TFR, de maneira a permitir-se, não obstante o valor de alçada, a subida dos recursos ordinários, quando em discussão matéria atinente à Constituição, provocando pronunciamento do Tribunal e, conseqüentemente, se preenchidos os requisitos de admissibilidade, propiciar a interposição do recurso extraordinário — contra o acórdão do Tribunal de segunda instância.

9 — Conclusão

Entendemos, portanto, que não cabem recurso especial e recurso extraordinário de sentença monocrática proferida nas causas sujeitas à alçada recursal (Lei n.º 6.825/80 e Lei n.º 6.830/80, art. 34), posto que tais recursos, dentre outros requisitos, pressupõem decisão de Tribunal.

Ainda, que se mantém em pleno vigor a Súmula n.º 246 do TFR, e que se deve permitir o acesso aos Tribunais de segunda instância, via recursos ordinários, das questões atinentes à legislação federal (art. 105, III e alíneas, da Constituição da República), para provocar a sua manifestação e ensejar a interposição de recurso especial para o STJ.

A Universidade no Brasil e em Pernambuco: Antecedentes Históricos

PALHAARES MOREIRA REIS

Professor de Direito Constitucional e (aposentado) de Ciência Política; Presidente do Conselho de Curadores da Universidade Federal de Pernambuco. Membro Fundador da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas. Advogado

SUMÁRIO

1. *As origens lusitanas.* 2. *Coimbra.* 3. *A herança portuguesa.* 4. *O ensino superior no Brasil colonial: tentativas.* 5. *Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve.* 6. *O Primeiro Reinado.* 7. *A Lei de 1827.* 8. *As Regências.* 9. *Segundo Reinado.* 10. *A República.* 11. *As tentativas nas comemorações dos centenários.* 12. *A Revolução de 1930 e a Reforma Francisco Campos.* 13. *O Estado Novo.* 14. *1946, o "Ano Universitário".*

1. *As origens lusitanas*

Do velho reino lusitano, de quem herdamos a raça e a cultura, veio também o sistema universitário. Aparecida tardiamente, embora nossa estrutura de ensino superior repouse na que teve como berço a velha Universidade Portuguesa, de Lisboa primeiro, e de Coimbra, em seguida, e até hoje.

Mesmo nas terras portugalenses, no entanto, o ensino universitário não chegou cedo. Seu aparecimento foi precedido de uma preparação lenta, desde o século XI, através das escolas episcopais, conventuais ou catedráticas, cujos exemplos marcantes estão em Alcobaça, em Coimbra e em outros pontos.

Na escola do convento de Coimbra, encontra-se um dos grandes núcleos do ensino português, onde, àquela época, já os estudantes recebiam apoio, através de bolsas de estudo, do compreensivo D. SANCHO I.

Não eram suficientes, contudo, estas escolas para evitar a saída dos jovens portugueses para as terras estrangeiras, em busca de instrução. Assim, cogitou-se da criação da lusa universidade.

2. Coimbra

Era senhor de Portugal el-Rei D. DINIZ, “O Lavrador”, um dos primeiros que, “pai da pátria”, foi autor de medidas decisivas para a criação de uma cultura lusitana.

Para exemplificar essas resoluções, basta citar o fato de ter ele ordenado que se fizesse a redação dos processos judiciais em língua portuguesa, em substituição ao Latim bárbaro até então usado, além de sua importante contribuição pessoal, como trovador.

Também é sentida a régia influência na petição dos vinte e um reitores das igrejas do Reino — entre os quais o Abade de Alcobaça e o Prior do Mosteiro de Santa Cruz de Coimbra. Datado de 12 de novembro de 1288, de Montemor-o-Novo, este documento solicitava ao Papa NICOLAU IV a criação do primeiro *Studium Generale* das terras lusitanas.

São desconhecidas as razões da ausência da resposta papal, mas este fato levou D. DINIZ a fundar, ele mesmo, a Universidade portuguesa, em Lisboa, o que fez a 1.º de março de 1290, pela Carta-Régia assinada em Leiria. Cessadas as lutas político-religiosas entre o reino luso e a Santa Sé, ocorre o mesmo Papa NICOLAU IV a outorgar seu reconhecimento e juntar à conferida pelo Monarca, também sua proteção ao novo Estudo Geral. Pela sua *Bula De Statu Regni Portugaliae* (Orvieto, 9 de agosto de 1290, mostra o Pontífice sua alegria pelo conhecimento que tivera da criação daquela entidade, autorizando “os estudantes de cânones, leis, medicina e artes, desde que fossem aprovados pelos mestres, a receber o grau de Licenciado, que seria conferido pelo Bispo de Lisboa” (1).

Da “Pedreira”, na Porta da Cruz, da Alfama lisboeta, o fruto do trabalho de D. DINIZ viu-se transferido para o sítio ideal, a calma e poética cidade escolar de Coimbra. Levou-a o aparecimento, em Lisboa, de conflitos entre os estudantes e o povo, precursores dos embates, hoje tradicionais, entre estudantes de um lado, e do outro, ou a comunidade, ou as autoridades.

(1) MARIO BRANDÃO e M. LOPES D'ALMEIDA. *A Universidade de Coimbra*. A este livro remetemos o leitor para toda esta parte referente à ancestral do nosso sistema de ensino superior.

A autorização demandada pelo Rei para a efetivação da mudança foi concedida pela Bula de CLEMENTE V, de 26 de fevereiro de 1308.

Nas margens do Mondego, as aulas eram ministradas em casas particulares, até que se instalou a Universidade num edifício apropriado, antes denominado pelo nome de "Estudos Velhos", mais tarde conhecido como Colégio de São Paulo, no pátio da Alcáçova Real. As suas primeiras faculdades foram as de Cânones, Leis, Medicina e Artes, às quais se juntou a de Teologia por volta de 1380.

Em 1338, a Universidade voltou para Lisboa, regressando a Coimbra em 1354. Novamente em 1377 ela torna às margens do Tejo e, por ocasião da grande reforma, D. JOÃO III resolve fixá-la, em 1537, definitivamente, em terras coimbrãs, onde permanece até hoje.

3. A herança portuguesa

Este fato foi contemporâneo aos grandes descobrimentos e os portugueses, depois de avançarem "por mares nunca dantes navegados", aportaram na costa da África, nas longínquas terras da Índia e nas praias do Brasil.

Se para aquelas volveram logo suas vistas, a colonização das terras americanas somente começou efetivamente, por motivos sobejamente conhecidos, depois de 1534, através do sistema de Capitânias Hereditárias. E o ensino, primeiramente em caráter rudimentar, somente foi distribuído pelos jesuítas, aqui chegados em 1549, trazidos por TOMÉ DE SOUZA, na sua vinda para instalar o Governo Geral.

Juntamente com a catequese, seu principal objetivo, cuidaram os padres da Companhia de Jesus da fundação dos primeiros colégios. Assim, tivemos o da Bahia, em 1550, o de São Paulo, em 1554, o do Rio de Janeiro, em 1567, e o de Pernambuco, estabelecido em Olinda, em 1576, dirigido primeiramente por AGUSTIN DEL CASTILLO e, depois de sua morte, por LUIZ DA GRÃ.

Este ensino era, como foi dito, ministrado em grau rudimentar. Os estudos de nível universitário só podiam ser realizados na metrópole, o que dificultava bastante os coloniais, pela ausência de meios que os permitissem efetivar esse ideal. Quando falamos em estudos na Metrópole, destacamos imediatamente a Universidade de Coimbra, pois, mesmo já existindo nessa época outras congêneres em solo português⁽²⁾, era a das margens do Mondego a que maior número de brasileiros — a quase totalidade, tão

(2) A de Evora foi instituída em 1559 e extinta pelo Marquês de Pombal, na expulsão dos jesuítas. Posteriormente, foram criadas a de Lisboa, em substituição à transplantada para Coimbra e a do Porto, que datou de 1769. Não se quer dizer, porém, que não fosse possível, mais tarde, aos brasileiros, estudar em outros centros estrangeiros.

pequena — atraía. A instituição coimbrã foi, para todas as universidades que vieram nascer nas terras portuguesas da América, a *Alma Mater*.

Foi do Estudo Geral de D. DINIZ que vieram para o Brasil os mais ilustres vultos de nossas letras. Para lá também se dirigiam em demanda de conhecimentos mais aprofundados, nossas mais destacadas figuras, os inconfindentes, os revolucionários, os heróis dos movimentos políticos e culturais. Exemplos valiosos temos em JOSÉ CORREIA PICANÇO, professor da Escola Médica de Coimbra e patrono da criação dos estudos médicos brasileiros; em SILVA LISBOA, que aconselhou o Príncipe Regente à abertura dos nossos portos ao comércio exterior; em JOSÉ BONIFÁCIO, “o Patriarca da Independência”; em FERNANDES PINHEIRO, o batalhador incansável dos Cursos Jurídicos, além de outros, demonstrando a influência da Universidade de Coimbra em nossa vida política, econômica e cultural.

4. *O ensino superior no Brasil colonial: tentativas.*

Desde o início da colonização acalentaram os habitantes das terras de Vera Cruz o sonho de criação de uma universidade. Portugueses, brasileiros, holandeses, todos tiveram este ponto comum nas suas perspectivas: a criação da universidade brasileira.

Foi de época aproximada à da implantação da primeira universidade em terras coloniais espanholas o nosso ensaio pioneiro. Na Bahia, um espírito formado em Coimbra, o Padre MARÇAL BELIARTE, então Provincial dos Jesuítas, procura criar uma universidade partindo do Colégio. Tal não conseguiu pela falta de apoio, tanto local, quanto da Metrópole e de Roma. E, se ainda não bastasse, veio também a oposição do Padre PERO RODRIGUES, Visitador da Angola, que passava pelo Brasil. No entanto, este último, ao substituir mais tarde o Padre BELIARTE, procurou seguir aquelas idéias, não obtendo, igualmente, a licença. No entanto, recebeu o direito de conferir o grau de Mestre em Artes.

O primeiro passo em Pernambuco é devido ao Conde MAURÍCIO DE NASSAU. Para incrementar a cultura no seu Brasil Holandês, trouxe os sábios e artistas que não são referidos na História Pátria e também pretendeu fundar uma Universidade no Recife, em 1654, planos que ficaram sem concretização em virtude da expulsão dos batavos do território brasileiro naquele mesmo ano.

Em 1662, teria pretendido D. AFONSO VI, “elevar o Colégio da Bahia para a primeira Universidade do Brasil”, porém esse ato “foi aniquilado pela ciumentada intervenção da Universidade de Coimbra”⁽³⁾.

(3) ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR. *O Poder Legislativo e a criação dos Cursos Jurídicos*. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1977, p. 9.

Em 1751 existiu no Pernambuco uma Faculdade de Filosofia e Teologia, que tinha o direito de conferir o grau de Bacharel, *ad instar* da Universidade de Coimbra (4). No ano anterior, já uma Carta Régia de 13 de outubro nos dava a primeira disposição legal sobre o futuro ensino superior no Brasil, mandando que todos os Engenheiros e Sargentos-Móres ensinassem Engenharia a quem quisesse aprender.

Com a expulsão dos Jesuítas em 1759, de Portugal e suas colônias, sofreu nossa instrução formidável colapso. Para suprir esta deficiência, conseqüente do ato do Marquês de Pombal, uma Carta Régia de 6 de novembro de 1772 nomeava diversos professores em várias Capitanias.

Em 1788, na Academia Militar fundada no Recife por D. TOMAZ JOSÉ DE MELO, existiu um curso de Matemática Superior. No ano seguinte, os inconfidentes incluíram nos seus planos a criação de uma Universidade em Minas Gerais, a ser localizada em Vila Rica ou em São João d'El Rei, "onde haviam de por estudos como em Coimbra" (5).

Olinda, à época centro intelectual da colônia, teve do Bispo AZEREDO COUTINHO a instalação do Seminário Episcopal Nossa Senhora da Graça, em 1800, no mesmo sítio do antigo Colégio dos Jesuítas. Seu estatuto fora editado dois anos antes, em Lisboa, de autoria do mesmo sacerdote.

O ensino da Medicina teve seus rudimentos em São Paulo, com um curso oficial, iniciado em 1803 e comunicado por ANTÔNIO JOSÉ DA FRANÇA E HORTA, então Governador, ao Visconde de Anadia, em Portugal, no ano seguinte.

5. Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve

A vinda do Príncipe Regente D. JOÃO, com a Família Real e toda a Corte, em fuga ante as hostes napoleônicas, respondeu em parte aos anseios dos brasileiros de possuírem estudos superiores neste lado do Atlântico. Em sua chegada à Bahia, o comércio local realizou uma subscrição, da qual oitenta contos de réis eram destinados à criação de uma Universidade, além do que caberia para a construção do Palácio Real, caso a Corte ali se estabelecesse.

D. JOÃO, porém, seguiu para o Rio de Janeiro, depois de realizar dois atos de grande importância para o nosso desenvolvimento, resultantes da influência de espíritos formados em Coimbra: a abertura dos portos do Brasil às nações amigas e a criação, em Salvador, da *Escola Cirúrgica*,

(4) *Boletim da Faculdade Estadual de Filosofia*, v. I, p. 2.

(5) Cfr. *Autos da Devassa da Inconfidência Mineira*. Câmara dos Deputados, Governo do Estado de Minas Gerais. Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais. Brasília. — Belo Horizonte, 1976, v. I, pp. 123-124, ap. ANA V. A. N. ALEN-CAR, loco cit.

fundada em 18 de fevereiro de 1808, no Hospital Real daquela cidade, da qual se originou a Faculdade de Medicina da Bahia, hoje da Universidade Federal. Depois de chegado ao Rio de Janeiro, pela Carta de Lei de 5 de novembro do mesmo ano, fundou a *Escola Anatômica, Cirúrgica e Médica*, anexa ao Hospital Real e de Marinha. JOSÉ CORREIA PICANÇO, natural de Goiana, Pernambuco, e professor jubilado de Anatomia em Coimbra, foi quem trabalhou junto ao Regente para a criação dessas duas instituições.

No Rio, além de outros atos promotores de progresso cultural, foram criadas, em 1809, as *Aulas Régias de Economia Política, de Comércio* e outras. Em 4 de dezembro de 1810, uma Carta Régia cria a *Academia Real Militar*, com um curso de Ciências Exatas e de Observação, e estudos de Engenharia⁽⁶⁾, de onde surgiu a Escola Nacional de Engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Uma coleta de fundos houve no Rio de Janeiro, em 1816, entre os comerciantes, para a criação de um Instituto de Artes e Ciências, não necessariamente de ensino superior. Seria comemorativo do ato que elevou, a 16 de dezembro do ano anterior, o Brasil à categoria de Reino. A soma recolhida, que constituiria o capital, cujo rendimento seria perpetuamente aplicado para estabelecimentos que promovessem a instrução nacional, foi aceita em 5 de março, mas nenhum instituto foi efetivado. No dia 20 deste mês, ascende ao Trono, por morte de D. MARIA I, o Príncipe Regente, sob o nome de D. JOÃO VI. No dia 12 de agosto seguinte, assinou o decreto criador da *Escola Real de Ciências, Artes e Ofícios*, embrião da Escola Nacional de Belas-Artes, hoje também da UFRJ.

No ano seguinte, o tema da universidade é trazido à discussão na Assembléia Constituinte pelo paulista JOSÉ AROUCHE DE TOLEDO RENDON. Lembra a existência da subvenção carioca e pede a criação de uma universidade, a ser localizada em São Paulo, não obtendo êxito.

Do mesmo modo, o Ouvidor Geral da Comarca de Pernambuco, Dr. VENÂNCIO BERNARDINO UCHÓA, pediu ao Rei, em 21 de julho de 1820, a fundação de uma universidade em Pernambuco, "onde se estudasse, quando compreendesse o ensino completo, todas as faculdades". E ainda o Deputado pernambucano Padre FRANCISCO MONIZ TAVARES, em 1821, no Congresso Constituinte de Lisboa ofereceu "o plano de uma academia que corresponderia a uma universidade", plano que seria viável, pois teria para seu custeio o "subsídio literário" destinado à Província. Mas os portugueses negaram, respondendo que "algumas escolas primárias bastariam"⁽⁷⁾.

(6) ANA V. A. N. ALENCAR, op. cit., p. 11.

(7) PEREIRA DA COSTA, A Faculdade de Direito do Recife nos Anais Pernambucanos. *Revista Acadêmica*, da Faculdade de Direito do Recife, nº 30, p. 40.

Outra tentativa em Pernambuco, também em 1821, foi de autoria do Governador LUIZ DO REGO BARRETO, pedindo uma Academia, a qual pretendia anexar, ainda, uma biblioteca. As lutas políticas, que culminaram com a fuga do próprio Governador, impediram também a sua realização.

6. O Primeiro Reinado

O Período Imperial, iniciado em 1822, com a Proclamação da Independência, fruto dos arroubos juvenis de um Príncipe quase iletrado e das ponderações maduras de um espírito coimbrão, encontrava o Brasil ainda sem uma universidade. Um rápido balanço mostra a existência de diversas escolas superiores em funcionamento, mas não uma universidade.

Reuniu-se a primeira Assembléia Constituinte do novo País independente, em 1823. Os representantes pernambucanos tinham instruções para pugnarem pelo estabelecimento de uma universidade em Olinda. A idéia de criar uma instituição universitária no Brasil já predominava, à época, eis que todos eram contrários à ida dos nacionais do novo Império à antiga metrópole em busca de conhecimentos de nível superior. Isto porque, como bem dizia o Deputado paulista FERNANDES PINHEIRO, “uma porção escolhida da grande Família brasileira, a mocidade a quem um nobre estímulo levou à Universidade de Coimbra, geme ali, debaixo dos mais duros tratamentos e opressão, não se decidindo, apesar de tudo, a interromper, a abandonar a sua carreira, já incertos de como será semelhante conduta avaliada por seus pais, já desanimados por não haver ainda no Brasil institutos onde prossigam e rematem os seus estudos”⁽⁸⁾.

Assim, tomou o próprio FERNANDES PINHEIRO a iniciativa de apresentar a seguinte proposta, a 14 de julho daquele ano:

“Proponho que, no Império do Brasil, se criem, quanto antes, uma universidade pelo menos, para assento da qual parece dever ser preferida a cidade de São Paulo, pelas vantagens naturais, e razão de conveniência geral. Que, na Faculdade de Direito Civil, que será, sem dúvida, uma das que comporá a nova universidade, em vez de multiplicadas cadeiras de Direito Romano, se substituam duas, uma de Direito Público Constitucional, outra de Economia Política”⁽⁹⁾.

Da Comissão de Instrução Pública, para onde foi com pedido de urgência, voltou a proposta já transformada em projeto de lei e criando,

(8) FERNANDES PINHEIRO, nos Anais da Assembléia, ap. MARCILIO TEIXEIRA DE LACERDA, “A Fundação dos Cursos Jurídicos e sua influência na sociedade brasileira”. Livro do Centenário dos Cursos Jurídicos, p. 264. Cfr. ANA V. A. N. ALENCAR, op. cit., p. 26.

(9) CLÓVIS BEVILAQUA, História da Faculdade de Direito do Recife, v. I, p. 11.

não apenas uma, mas duas universidades, uma do Norte, outra no Sul do Império (10).

A questão espinhosa dos recursos necessários para a realização do empreendimento foi levantada por MANOEL CAETANO DE ALMEIDA E ALBUQUERQUE, suscitando uma "luta regionalista". Queriam alguns deputados que fosse criada apenas uma universidade, e na Corte, "onde já existiam os cursos médico e de matemática". Outros preferiam que fossem duas, divergindo quanto à localização: na Corte, em São Paulo, em Olinda, na Bahia.

O ponto de vista pernambucano é sustentado, principalmente, pelo Monsenhor TAVARES. Sua argumentação, bem como a dos outros defensores da idéia, é de que "Olinda era o jardim do Éden, onde vivia uma sociedade florescente", ao passo que, para os adversários, como SILVA LISBOA, "Pernambuco é a terra da fome", onde se alternam anos de fartura com "anos secos e de carestia que causam a mortandade" (...) "o que prova serem os terrenos áridos" (11).

Outras proposições sobre o mesmo tema apareceram na ocasião. Uma universidade só, na Corte, mantida pelo Erário, e tantas outras quantas as Províncias quisessem estabelecer às próprias expensas, sugere SILVA LISBOA. Três universidades, uma no Sul, outra no Centro e a terceira no Norte, esta última servindo à Bahia, Pernambuco e Maranhão, com subscrição nacional voluntária, propõe GOMIDE. Duas universidades, em Olinda e em São Paulo, além de outras nas Províncias, às custas dos habitantes, diz MIGUEL CALMON DU PIN E ALMEIDA. JOSÉ BONIFÁCIO não tomou parte nos debates sobre o assunto. Ao que consta, pediu

(10) Este é o texto submetido à discussão e votação:

"A Assembléa Geral e Constituinte e Legislativa do Brasil, decreta:

1º Haverá duas universidades, uma na cidade de São Paulo e outra na de Olinda, nas quais se ensinarão todas as ciências e belas letras.

2º Estatutos próprios regularão o número e ordenados dos professores, a ordem e arranjo dos estudos.

3º Em tempo competente, se designarão fundos precisos a ambos os Estabelecimentos.

4º Entretanto, haverá, desde já, um Curso Jurídico na Cidade de São Paulo, para o qual o Governo convocará Mestres idôneos, os quais se governarão provisoriamente pelos estatutos da Universidade de Coimbra, com aquelas alterações e mudanças, que eles, em mesa presidida pelo Vice-Reitor, julgarem adequadas às circunstâncias e luzes do século.

5º Sua Majestade, o Imperador, escolherá d'entre os Mestres um, para servir, interinamente, de Vice-Reitor.

Paço da Assembléa, 19 de agosto de 1823" (Cfr. BEVILAQUA, op. cit., p. 12).

(11) ANA V. A. N. ALENCAR, op. cit., p. 91.

apenas fosse publicado um trabalho seu, sobre o regime das universidades, mas não foi encontrado nem o impresso, nem mesmo o original ⁽¹²⁾.

Posto em votação o projeto em 4 de novembro, foi o mesmo aprovado, criando duas universidades, uma em Olinda e outra em São Paulo. Enquanto tramitava para sua conversão em lei, veio a dissolução da Assembléia Geral Constituinte, pelo golpe de Estado do Imperador.

Com a dissolução da Assembléia Constituinte, elaborou a Constituição um grupo de juristas, sendo a mesma outorgada pelo Imperador à Nação a 25 de março de 1824. No seu art. 179, que dispõe sobre a inviolabilidade e garantia dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, a questão educacional é tratada em dois incisos, a saber: "32) A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos. 33) Colégios, e universidades, onde serão ensinados os elementos das Ciências Belas-Letras e Artes".

Como se vê, a redação do dispositivo sobre as universidades não é das melhores, eis que não trata nem de sua vinculação ao poder público ou iniciativa privada, nem sobre sua localização e amplitude. Ficou, pois, a questão em aberto para ser disciplinada pela lei.

É certo que, como a visão histórica era no sentido de ser a universidade uma criação do Poder — religioso ou real —, não se falava na atividade privada para esse tipo de iniciativa. Note-se que nenhuma proposição foi apresentada no sentido de permitir a criação de universidades particulares, a despeito de haver menções a criação desses estabelecimentos por iniciativa dos governos provinciais, e de seu custeio pelas finanças provinciais ou pela subscrição popular. Surgindo dos debates, nenhuma dessas idéias teve sucesso, nem como proposição submetida a voto.

Com o Decreto de 9 de janeiro de 1825, houve outra tentativa de criação de cursos jurídicos no Brasil, como fórmula embrionária de uma universidade. O Imperador, usando a atribuição constitucional, determina a criação, a título provisório, de um curso jurídico no Rio de Janeiro, não sem suscitar debates sobre sua localização.

A medida foi justificada, não só por não terem sido ultimados os trabalhos de criação das universidades pela constituinte, mas ainda por ser "de maior urgência acautelar a notória falta de bacharéis formados, para os lugares da magistratura, pelo estado de independência política a que se elevou este Império, que torna incompatível ir demandar, como dantes, estes conhecimentos à Universidade de Coimbra, ou ainda, a quaisquer outros países estrangeiros, sem grandes dispêndios ou incômodos". ⁽¹³⁾.

(12) ANA V. A. N. ALENCAR, op. cit., p. 97.

(13) CESAR TRIPOLI, *História do Direito Brasileiro*, v. II, p. 185; Cfr. ANA V. A. N. ALENCAR, op. cit., p. 105.

Tal decreto não foi executado, mas o Visconde da Cachoeira, LUIZ JOSÉ DE CARVALHO E MELO, elaborou os estatutos para o curso, para que não fossem usados os da Universidade de Coimbra. Apresentados em 2 de março, somente vieram a ter utilização nos cursos jurídicos, em 1828.

Durante a legislatura que se seguiu à promulgação da Carta outorgada, ainda se verificaram, da parte dos Deputados TEIXEIRA DE GOUVÊA e MARCO ANTÔNIO DE SOUZA, tentativas para fazer promulgar o projeto sobre universidade, já aprovado pela constituinte, porém sem sucesso.

7. A Lei de 1827

Com o apoio do então Ministro do Império, JOSÉ FELICIANO FERNANDES PINHEIRO, Visconde de São Leopoldo — o mesmo autor da proposição de 1823 — foi apresentado à discussão na Câmara dos Deputados mais um projeto tentando a criação de um curso superior, a Academia Jurídica, no Rio de Janeiro, pelo Cônego JANUÁRIO DA CUNHA BARBOSA.

Foi o mesmo submetido à Assembléia em 5 de junho de 1826 e logo recebeu um substitutivo que a transferia para São Paulo. A 8 de agosto, o Deputado PAULA SOUZA, usando o mesmo espírito do projeto de 1823, sugeriu a criação de dois cursos em vez de um, e situados em São Paulo e Olinda. Aprovado em discussão final na Câmara foi para o Senado, onde recebeu aquiescência em 4 de julho de 1827, e foi levado à sanção imperial por uma comissão especial de senadores, em cerimônia de 14 de julho.

O Imperador sancionou a Lei em 11 de agosto de 1827, tendo como referendário o seu idealizador primeiro, o Visconde de São Leopoldo (14).

(14) É o seguinte o texto da Lei de 1827:

LEI DE 11 DE AGOSTO DE 1827

“Cria dois cursos de ciências jurídicas e sociais, um na cidade de São Paulo e outro na de Olinda.”

DOM PEDRO PRIMEIRO, por Graça de Deus e unânime aclamação dos povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil:

Fazemos saber a todos os nossos súditos, que a Assembléia Geral decretou e Nós queremos a lei seguinte:

Art. 1º Criar-se-ão dois Cursos de ciências jurídicas e sociais, um na cidade de São Paulo, e outro na de Olinda, e neles, no espaço de cinco anos e em nove cadeiras se ensinarão as matérias seguintes:

1º ano — 1ª cadeira. Direito Natural, público e análise da Constituição do Império, direito das gentes e diplomacia.

2º ano — 1ª cadeira. Continuação das matérias do ano antecedente. 2ª cadeira. Direito público e eclesiástico.

3º ano — 1ª cadeira. Direito pátrio civil. 2ª cadeira. Direito pátrio criminal, com a teoria do processo criminal.

(Continua)

8. *As Regências*

Ao término do Primeiro Reinado, com as lutas entre brasileiros e portugueses e a abdicação do Imperador, já existiam, fora da Corte, a Escola Médica da Bahia e os Cursos Jurídicos de Olinda e de São Paulo.

Não existia, porém, uma universidade no território do Império, mas não deixaram de prosperar as tentativas de fundar aquela instituição tão solicitada. Estes movimentos, porém, não recebiam das Regências do Império o imprescindível apoio.

Relacionados sumariamente, vemos os trabalhos de 1836, obstados pelo Ministro JOSÉ INÁCIO BORGES; o de LIMPO DE ABREU, no ano seguinte; o de BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS e os dos Mi-

(Continuação da nota 14)

4º ano — 1ª cadeira. Continuação do direito pátrio civil. 2ª cadeira. Direito mercantil e marítimo.

5º ano — 1ª cadeira. Economia Política. 2ª cadeira. Teoria e prática do processo adaptado pelas leis do Império.

Art. 2º Para a regência destas cadeiras, o Governo nomeará nove Lentes proprietários e cinco substitutos.

Art. 3º Os Lentes proprietários vencerão o ordenado que tiverem os Desembargadores das Relações, e gozarão das mesmas honras. Poderão jubilar-se com o ordenado por inteiro, findo vinte anos de serviço.

Art. 4º Cada um dos Lentes substitutos vencerá o ordenado anual de 800\$000.

Art. 5º Haverá um secretário, cujo officio será encarregado a um dos Lentes substitutos, com a gratificação mensal de 20\$000.

Art. 6º Haverá um Porteiro com o ordenado de 400\$000 anuais e para o serviço haverão os mais empregados que se julgarem necessários.

Art. 7º Os Lentes farão a escolha dos compêndios de sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, contanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela Nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submetendo-se, porém, à aprovação da Assembléa Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra, por dez anos.

Art. 8º Os estudantes que se quiserem matricular nos Cursos jurídicos, devem apresentar certidões de idade, por que mostrem ter a de quinze anos completos, e de aprovação em língua francesa, gramática latina, retórica, filosofia racional e moral e geometria.

Art. 9º Os que frequentarem os cinco anos de qualquer dos Cursos com aprovação, conseguirão o grau de Bacharéis formados. Haverá também o grau de Doutor, que será conferido àqueles que se habilitarem com os requisitos que se especificarem nos estatutos, que se devem formar, e só os que o obtiverem poderão ser escolhidos para Lentes.

Art. 10. Os estatutos do Visconde da Cachoeira ficarão regulando por ora naquilo em que forem applicáveis, e se não opuserem a presente lei. A congregação dos Lentes formará, quanto antes, uns estatutos completos, que serão submetidos à deliberação da Assembléa Geral.

(Continua)

nistros FRANCISCO DE PAULA DE ALMEIDA E ALBUQUERQUE (1839) e CÂNDIDO JOSÉ DE ARAÚJO VIANA.

Não se descuidaram, todavia, os Regentes, de outros problemas educacionais. Dignos de nota, neste período, tivemos a criação de um curso de estudos mineralógicos na Província de Minas Gerais e, com a reforma das Academias Médico-Cirúrgicas, os cursos de Farmácia (1832). Surgiram também o Imperial Colégio de D. Pedro II (1837) e a Escola de Agricultura teórica e prática, na Fazenda Nacional da Lagoa Rodrigo de Freitas, no ano seguinte.

9. Segundo Reinado

O golpe de Estado de 1840 proclama a maioridade e coroa Imperador o jovem D. Pedro II. Durante todo o seu período de governo, porém, este não deu o menor passo para a criação da universidade brasileira. O que é verdadeiramente estranhável, sobretudo por ter sido aquele Imperador — o “Rei Filósofo”, — tido como o mais ilustrado dos nossos governantes. Ele próprio lamentou, posteriormente, esta omissão do seu reinado.

Também não foram muitas as tentativas nesta fase da nossa história. O Senador CASTRO E SILVA pugnou, em 1843, pela criação de uma “Universidade D. Pedro II”, na Corte, reunindo todas as escolas existentes. Esta medida, apontando o caminho que, mais tarde se viria a seguir, não foi adotada, recebendo, ao revés fortíssimas objeções, “supondo-se que seriam, por isso, suprimidas as causas de ensino existentes nas províncias” (15).

Quatro anos depois, o Visconde de Goiana ressuscitava o tema, defendendo-o num discurso. JOÃO ALFREDO apresentou um projeto de lei no mesmo sentido, do qual a Conferência dos Negócios do Império apenas tomou conhecimento.

Em 1861 houve a tentativa do Ministro HOMEM DE MELO. JOAQUIM RIBAS, no Congresso de Instrução (1883), também lutou pela mesma iniciativa, finalmente sem resultado, e com esta encerrando o ciclo imperial de experiências natimortas.

(Continuação da nota 14)

Art. 11. O Governo criará nas cidades de São Paulo e Olinda as cadeiras necessárias para os estudos preparatórios declarados no art. 6º

Mandamos, portanto, a todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução da referida lei pertencer, que a cumpram e façam cumprir e guardar tão inteiramente, como nela se contém. O Secretário de Estado dos Negócios do Império a faça imprimir, publicar e correr. Dada no Palácio do Rio de Janeiro, aos 11 dias do mês de agosto de 1827, 6º da Independência e do Império.

IMPERADOR, com rubrica e guarda.

Visconde de S. Leopoldo.”

(15) ERNESTO DE SOUZA CAMPOS, *História da Universidade de São Paulo*, p. 38.

10. *A República*

Ingressamos noutro período da História Pátria sem ver o velho sonho concretizado. Nesta nova situação política, inúmeras foram as reformas de ensino por que passaram nossas instituições, assim como em grande número de vezes foi buscada a instalação de uma universidade no território nacional. Sem nos deter nas reformas do ensino do período, simplificaremos ainda mais a análise, apenas fazendo referências específicas aos intentos que primordialmente visavam à criação da Universidade sonhada por NASSAU.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 tratou do tema do ensino, não se aprofundando, porém, no que concerne às universidades. O art. 72, a Carta de Direitos, no seu parágrafo 6.º, diz apenas que “será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos”. No que concerne à produção intelectual, o parágrafo 26 do mesmo artigo dispunha que “aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar”.

Nada, pois, direcionado para as universidades.

Ainda assim, as tentativas na República Velha não foram poucas. Dentro do critério seletivo anteriormente exposto, a lista é encabeçada pela proposta de PEDRO AMÉRICO, em 1892, para que fossem criadas três universidades, uma em São Paulo, outra no Distrito Federal e a terceira numa cidade da Bahia, de Pernambuco ou do Pará. PAULINO DE SOUZA JÚNIOR e EDUARDO RAMOS, FRANCISCO GLICÉRIO, RODRIGUES DE LIMA e VIRGÍLIO DÂMASO, os primeiros em 1895, aumentam a relação das tentativas frustradas.

Em 1895, um ato do Governo do Estado de Pernambuco dá origem a uma Escola de Engenharia, embrião da que hoje existe na universidade recifense. Logo em seguida, o mesmo Governo extinguiu a entidade pública e doou todo o seu acervo a uma sociedade civil que, fundada pelos professores da antiga escola, faria funcionar como entidade privada a Escola de Engenharia de Pernambuco, até a sua federalização em 1949.

AZEVEDO SODRÉ apresentou ao Congresso Nacional, em 1903, um projeto visando criar quatro universidades no Brasil, sediadas no Rio de Janeiro, São Paulo, Salvador e Recife. Não chegou a ser concretizado.

Neste mesmo ano, começa a funcionar, no Recife, uma Escola de Farmácia, entidade particular.

Em 1904, RODRIGUES DE LIMA voltava à carga, solicitando uma universidade para a Capital Federal, também não o conseguindo. EURICO COELHO, em 1908, propugnava estabelecer, igualmente sem resultado, cinco institutos universitários, que seriam localizados no Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Bahia e Pernambuco.

O Recife recebeu, das mãos de particulares, uma Escola Politécnica em 1912 e, no ano seguinte, uma de Odontologia. Em 1918 é criada a Escola de Agronomia em Olinda, pelos monges beneditinos, depois transferida para o Recife.

Em 1920 foi instituída a Universidade do Rio de Janeiro, que depois se denominou Universidade do Brasil, atualmente Universidade Federal do Rio de Janeiro, pelo Decreto n.º 14.343, de 7 de setembro. Seria, simultaneamente, a comemoração da data da independência, a adoção da primeira universidade do País, que foi o último do mundo ocidental a implementar este sistema para seu ensino superior, e proporcionar o palco para que se desse ao Rei dos Belgas, ALBERTO I, o título de "Doutor *Honoris Causa*", impossível sem haver uma universidade no País.

Na mesma oportunidade, o dr. JOSÉ BEZERRA comunicava a Pernambuco a idéia do então Ministro do Interior, dr. JOÃO LUIZ ALVES, de estabelecer uma universidade no Recife. Fazia-se necessário, para isto, completar o número mínimo de instituições de ensino exigido pelo modelo adotado — as faculdades de Direito, Engenharia e Medicina. Desde que já existiam as duas primeiras, tornava-se indispensável a criação da Faculdade de Medicina. Comunicação de tal ordem, vinda do Governador do Estado, acelerou o processo de criação da Faculdade de Medicina, partindo da Escola de Farmácia e absorvendo a de Odontologia, o que foi feito nesse mesmo ano. Ainda assim, a universidade pernambucana não foi nem para o papel.

11. *As tentativas nas comemorações dos centenários*

Mais duas oportunidades utilizadas, sem proveito, foram os centenários. Primeiro, a comemoração do centenário da Independência. A 7 de setembro de 1922, o diretor NETTO CAMPELO, da Faculdade de Direito, solicitou a criação de uma universidade em Pernambuco, por telegrama ao Presidente da República, que era ex-aluno daquela Faculdade, EPITÁCIO PESSOA.

Argumentava-se que, entre outras escolas, já existiam as Faculdades de Direito, de Engenharia e de Medicina, seguindo-se o paradigma da Universidade do Rio de Janeiro. Também não prosperou, a despeito de ter sido o Presidente, quando Ministro da Justiça, a quem estava afeto o Departamento Nacional de Ensino, quem preparou o projeto do "Código do Ensino".

Depois, foi em 11 de agosto de 1927, nas comemorações do Centenário dos Cursos Jurídicos. Para dar maior brilho a estas solenidades, procurou a Congregação da Faculdade de Direito do Recife a criação, pelos poderes competentes, da universidade em Pernambuco. Assim, novamente telegrafou o Diretor NETTO CAMPELO ao novo Presidente da República, ao Ministro da Justiça e ao Diretor Geral do Departamento Nacional de Ensino, terminando o primeiro desses telegramas com as seguintes palavras: "reno-

vado agora este apelo atual governo Vossa Excelência dignamente exerce confia Congregação Faculdade Direito Recife será satisfeita velha aspiração instituto ensino superior este Estado Universidade decretada comemoração centenário cursos jurídicos tornará igualmente memorável história nome vossa excelência gratidão Pernambuco senão ante filhos toda Pátria brasileira" (16).

Ao mesmo tempo, conclamava sua có-irmã, a Faculdade de Direito de São Paulo, à luta por uma universidade naquele Estado, dando ainda ao Diretor esta ciência dos despachos referidos.

Em resposta, recebeu do Presidente da República um telegrama, dizendo do agradecimento pelas sugestões e informando que as mesmas seriam levadas ao órgão competente, para estudo "em tempo oportuno".

Com menos de um mês, no entanto, sem que o Centenário das Faculdades de Direito do Recife e de São Paulo tivessem as suas universidades, a 7 de setembro do mesmo ano foi criada, em Belo Horizonte, a Universidade de Minas Gerais.

12. *A Revolução de 1930 e a Reforma Francisco Campos*

Veio a Revolução de 1930 e com ela profundas transformações no regime de governo e no sistema de ensino superior.

Em 11 de novembro, pelo Decreto n.º 19.398, o Governo Provisório de GETÚLIO VARGAS foi institucionalizado e passou a exercer "discricionariamente em toda sua plenitude as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembléia Constituinte, estabeleça a reorganização constitucional do País".

Criou-se o Ministério da Educação e Saúde, sendo o dr. FRANCISCO CAMPOS o primeiro titular da Pasta. Naquele mesmo ano, foi cassada a autonomia da Universidade de Minas Gerais.

Em 11 de abril de 1931, usando os poderes decorrentes da norma citada, o Governo Provisório baixou o Decreto n.º 19.851, o "Estatuto das Universidades Brasileiras", consubstanciando a proposta do Ministro de reforma do ensino superior, com a qual se favorece o nascimento de outras universidades no território nacional. Da mesma data, o Decreto n.º 19.852 reorganiza a Universidade do Rio de Janeiro.

O ano de 1932, além de ver o lançamento do "Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova", serve de marco à criação, na Cidade Maurícia, da Escola de Belas-Artes de Pernambuco, fruto dos esforços de artistas, engenheiros e arquitetos.

Com base no citado decreto — o Estatuto das Universidades Brasileiras —, foram criadas em 1934 mais duas universidades no Brasil. A primeira

(16) *Revista Acadêmica*, n.º 35.

delas, situada no Rio Grande do Sul. A outra, a Universidade de São Paulo, foi criada pelo Governo estadual de ARMANDO SALES DE OLIVEIRA, era herdeira remota do Colégio dos Jesuítas e tinha como célula-mater a Faculdade de Direito de 1827.

Também em 1934, um decreto de 10 de abril autorizava o Governo do Estado de Pernambuco a congregar os diversos institutos de ensino superior em Universidade estadual, ou seja, criar esta partindo também da Faculdade de Direito. Igualmente, ficou na autorização.

Data de 16 de julho de 1934 a nova Constituição, a que, pela primeira vez, deu tratamento específico à Educação, num capítulo próprio, seguindo a nova orientação do constitucionalismo do pós-guerra.

Dessas regras, destaquem-se as relativas ao ensino superior.

Assim, os arts. 148 e seguintes tratavam da Educação e da Cultura, referindo-se no art. 150 à competência da União para: a) fixar o plano nacional de educação, compreensivo do ensino de todos os graus e ramos; b) determinar as condições de reconhecimento oficial dos institutos de ensino superior; d) manter, no Distrito Federal, ensino superior e universitário.

No art. 151 era dada a competência aos Estados e ao Distrito Federal para organizar e manter sistemas educativos nos territórios respectivos, respeitadas as diretrizes estabelecidas pela União.

O art. 155 garantia a liberdade de cátedra.

Pelo art. 158 se vedava a "dispensa do concurso de títulos e provas no provimento de cargos do magistério oficial, bem como, em qualquer curso, a de provas escolares de habilitação, determinadas em lei ou regulamento". Poderiam, pelo § 1.º, "todavia, ser contratados, por tempo certo, professores de nomeada, nacionais ou estrangeiros". E no parágrafo seguinte era garantida a vitaliciedade e a inamovibilidade dos docentes admitidos por concurso em estabelecimentos oficiais, sendo que, no caso de extinção da cátedra, os mesmos seriam aproveitados nas de outras para as quais se mostrassem habilitados.

13. *O Estado Novo*

Veio o Estado Novo. Um novo golpe de Estado, e uma Constituição, tudo a 10 de novembro de 1937. O Presidente da República, GETÚLIO VARGAS passa a governar o País ditatorialmente, sem outras limitações, uma vez que não existia em funcionamento nenhuma Câmara representativa.

A Constituição, outorgada pelo ditador, trata da educação em diversas passagens, como a que considera "a educação integral da prole o primeiro dever e o direito natural dos pais" (art. 125); que o ensino, como a arte e a ciência são livres à iniciativa individual e às entidades públicas e privadas, sendo dever do Estado contribuir, direta ou indiretamente, para o seu desenvolvimento (art. 128); estimula-se o ensino pré-vocacional e profis-

sional, inclusive com escolas de aprendizes criadas pelas indústrias (art. 129); fixa o texto que o ensino primário é obrigatório e gratuito, ao mesmo tempo em que ressalva que tal gratuidade não exclui o dever de solidariedade para com os mais necessitados, "exigindo-se uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar" (art. 130); considera obrigatórios a educação física, o ensino cívico e o de trabalhos manuais (art. 131), mas o ensino religioso não poderá ser compulsório nem para professores nem para alunos (art. 133); preconiza a criação de entidades, governamentais ou privadas, estas com apoio público para organizar para a juventude períodos de trabalhos anuais, nos campos e oficinas (art. 132).

Como se vê, nenhuma linha sobre o ensino superior.

Em 1940, o Presidente visita Pernambuco.

A sua viagem ao Norte do País e sua passagem pelo Recife dão ensejo à efetivação de uma homenagem prestada pelas escolas superiores de Direito, Engenharia e Medicina, em sessão solene conjunta de suas Congregações, realizada no salão nobre da Faculdade de Direito, e falando em nome de todos os docentes o prof. ANDRADE BEZERRA, diretor da casa de estudos jurídicos.

Segundo o testemunho do professor OCTAVIO DE FREITAS, um dos fundadores da instituição de ensino médico, ao término do discurso, onde o orador solicitava, "com os documentos os mais convincentes, a criação da universidade pernambucana, ergue-se o Dr. GETÚLIO VARGAS que, sem aprovar nem reprovar a solicitação que lhe era feita de um modo tão solene e emocionador, disse que recebia com muita simpatia aquela manifestação que lhe faziam e . . . nada mais" (17).

Um decreto federal propõe-se a subvencionar as universidades que forem criadas pelos Governos estaduais. Em Pernambuco, os professores da Faculdade de Direito do Recife resolveram não aceitar os termos de tal decreto.

O movimento cultural na capital pernambucana, porém, continua seu ciclo, e a iniciativa privada, primeiro, a colaboração dos poderes estaduais em seguida, suprem o silêncio e a falta de apoio do Governo central. Em 1940, por iniciativa de um grupo de professores, surge a Escola de Serviço Social, que é hoje o Departamento de Serviço Social da Universidade Federal de Pernambuco. No ano seguinte, as religiosas de Santa Dorotéia instalam o embrião da atual Faculdade de Filosofia do Recife. Esta hoje, ainda entidade privada, é uma escola agregada à Universidade Federal. Em 1942, outra organização particular cria uma Faculdade de Ciências Econômicas, também depois incorporada à Universidade Federal.

Sediada em seu Colégio Nóbrega, os padres jesuítas conseguem a criação, em 1943, de outra Faculdade de Filosofia, denominada então "Manoel

(17) OCTAVIO DE FREITAS, *História da Faculdade de Medicina do Recife, 1895 a 1943*. Recife, Imprensa Oficial, 1944, p. 132.

da Nóbrega” e, em 1945, a Faculdade de Comércio e Economia. Ambas se constituíram em unidades da Universidade Católica de Pernambuco. Neste mesmo ano, aparece a Escola de Enfermeiras Nossa Senhora da Graça, atualmente integrante da Fundação de Ensino Superior de Pernambuco.

14. 1946, o “Ano Universitário”

O ocaso do regime ditatorial de GETÚLIO VARGAS em 1945 foi seguido pelas eleições presidenciais e para a nova Assembléia Constituinte. Novo clima político e cultural foi dado ao País, com a restauração da Democracia, tendo o Presidente EURICO GASPAR DUTRA estendido essa orientação ao campo educacional, através das ações do seu Ministro da Educação e Saúde, ERNESTO DE SOUZA CAMPOS, professor universitário paulista.

Desde muito tempo grande estudioso e batalhador pelo sistema universitário, através de diversos escritos neste sentido, uma vez no exercício do Ministério, incentivou o prof. SOUZA CAMPOS o movimento em favor das universidades brasileiras. Naquele ano de 1946, “o Ano Universitário”, em sua feliz expressão em carta ao autor, conseguiu concretizar os sonhos de muitas gerações de brasileiros em todas as regiões, pondo em prática os seus estudos e criando, ou proporcionando meios para que fossem criadas, Universidades em diversos pontos do País.

Frutos do trabalho governamental, ou resultante de iniciativa privada, surgiram: a Universidade da Bahia, em 8 de abril; respondendo ao velho anseio dos pernambucanos, a Universidade do Recife foi a segunda, em 20 de junho; com elas vieram a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, dois dias depois e, em 21 de outubro, a Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. A restauração da Universidade paranaense completa o ciclo de trabalhos daquele ano.

A Universidade do Recife partia da Faculdade de Direito, herdeira do Curso Jurídico de Olinda. A ela foram reunidas as seguintes entidades, dentre as já florescentes no ambiente cultural pernambucano: Escola de Engenharia de Pernambuco; Faculdade de Medicina do Recife, com os seus cursos anexos de Odontologia e Farmácia; Escola de Belas-Artes de Pernambuco; Faculdade de Filosofia do Recife. Estava assim, pelo Decreto-Lei n.º 9.388, daquele memorável 20 de junho de 1946, concretizado o sonho de MAURICIO DE NASSAU.

Dez dias antes da assinatura do decreto-lei de criação desta universidade, o Governo do Estado, também em decreto, fundava uma Faculdade Estadual de Filosofia, que também foi considerada no documento constitutivo da Universidade do Recife. Em solenidade realizada no dia 11 de agosto, data aniversária da criação dos Cursos Jurídicos, a Universidade do Recife foi solenemente instalada.

E a 18 de setembro de 1946, foi promulgada a nova Constituição Federal, iniciando o ciclo chamado de redemocratização.

A Universidade de Bolonha e a Cultura Universal

Os herdeiros espirituais de Bolonha no Ocidente:

ANDRÉS BELLO

SILVIO MEIRA

Prof. Catedrático de Direito Romano e
Emérito. Senador Suplente de 82 a 87

A Universidade de Bolonha, na Itália, comemora festivamente os seus novecentos anos. Muito embora a data exata de sua criação, no século XI ou XII, seja objeto de controvérsia entre os investigadores, a verdade é que essa instituição concorreu, através dos tempos, para que se alterassem os rumos da História. Ao lado das duas forças sociais que vinham da Idade Média, a Religião e o Império, começou a surgir outra, o *studium*, vale dizer, o ensino universitário. Em rigor, nada tem a ver essa famosíssima Universidade com as antigas escolas de Direito de Berito, Constantinopla, Cesaréia, afamadas ao fim do Império Romano do Oriente, nem mesmo com as corporações escolares pré-existentes em cidades italianas, como as de Pavia, Florença, Pisa, Roma e outras. Bolonha apresenta características especiais, como ponto de atração de estudantes de toda a Europa, que depois regressavam aos seus países, com uma carga cultural que se espalhou a pouco e pouco por toda a parte. E era tamanha a fluência de estrangeiros, que praticamente coexistiam duas universidades paralelas, a dos ultramontanos e a dos citramontanos, aquelas constituídas principalmente de estudantes de origem germânica. Mas ao lado destes havia os provindos de outros territórios europeus, da França, da Inglaterra, da Espanha, da Lusitânia, da Suíça. Dela nasceram as primeiras e mais antigas universidades européias: a Montpellier, na França, e a de Oxford, na Inglaterra. Esta fundada por Vaccarius e aquela por Placentino.

Pesquisas recentes têm demonstrado que os que procuravam Bolonha não eram estudantes bisonhos, calouros despreparados, mas homens maduros de várias procedências, especialmente sacerdotes e jovens oriundos de famílias nobres de muitas nações.

(*) Este trabalho foi apresentado à Universidade Nacional do Chile, Santiago, em comemoração dos 900 anos da Universidade de Bolonha, Itália.

Quando regressavam às suas pátrias levavam consigo a cultura ameaçada em Bolonha, na qual sobressaía, inicialmente, a figura de Irnério (*Irnerius*, em latim), que alguns grafam Guarnerius ou Warnerius (de Warner ou Werner, no alemão), porquanto o reputavam não italiano e sim germânico. Ele e Pepo foram os mestres iniciais.

Escola de artes, segundo alguns, entendida a palavra arte (*ars*), no seu sentido da época, essa Universidade se multiplicou em muitas outras, além das já citadas de Paris e Oxford e assim surgiram a de Montpellier, na França, a de Salamanca, na Espanha, e a de Lisboa (depois transferida para Coimbra), em Portugal, sob o reinado de D. Diniz, em 1290.

O grande mérito de Bolonha está no ensinamento e difusão da ciência jurídica, razão por que ficou conhecida, com Irnério à frente, por *lucerna iuris* (o fanal, a lanterna, o foco de luz do Direito). E esse Direito, sistematizado pelos Glosadores e pós-glosadores, alicerçava-se nos preceitos compilados pelo Imperador Justiniano nas suas Pandectas ou Digesto, no século VI.

Todo um renascimento de ciência jurídica se operou com a descoberta de exemplares do Digesto ou Pandectas e outras compilações do Imperador Justiniano em cidades italianas, aonde haviam permanecido esmagadas pelo peso do tempo, em bibliotecas, conventos e corporações. Algumas referentes aos preceitos do direito anterior, dos períodos clássico e pós-clássico, acumuladas através dos séculos, foram restauradas, mais tarde, através da revelação de inscrições em palimpsestos antiqüíssimos. Toda uma doutrina jurídica passou a servir ao Ocidente. Os alemães a assimilaram magistralmente. Aplicaram esse direito na prática forense de todos os dias, através dos séculos, criando verdadeiros monumentos jurídicos com a Pandectística do século XIX, que culminou com a elaboração do código civil germânico, promulgado em 1896 para entrar em vigor em 1900 (BGB). A França, a Bélgica, a Holanda, a Inglaterra, Espanha, a Suíça, Portugal, todas as nações, de Leste e do Oeste europeu, se abeberraram nas fontes romanas, trasladadas para os séculos posteriores ao XI pela força renovadora da Universidade de Bolonha.

O mundo, que anteriormente conhecia duas grandes forças: o Cristianismo medieval e o Império (O Poder dos Príncipes), passou a conviver com um outro poder, que se alevantara bem alto, o do Direito, através do ensino e da aplicação prática.

Toda essa herança cultural se transferiu mais tarde para as Américas, e Ásia e África, numa expansão espantosa no campo das idéias, refletindo-se nas organizações jurídicas de todas as nações americanas, africanas (na África do Sul até hoje se faz presente), do Japão, da China, de todo o orbe, em suma. Savigny, na Alemanha, no século XIX, escreveu o livro "Sistema do Direito Romano Hodierno" (*System des heut. roem. Rechts*). Deve, portanto, o mundo, uma das mais notáveis contribuições à Cultura

Universal à Universidade de Bolonha, com reflexos na organização da Igreja, cujo Direito Canônico procurou assimilar princípios oriundos do direito romano. A paixão dos sacerdotes pelo estudo do direito romano foi de tal ordem que um Papa, Nonório III, através da bula *Super speculam*, proibiu o ensino do *ius romanum* na Universidade de Paris, aos filiados à religião. Descuravam eles da Teologia para aprofundar-se no estudo do Direito. Posteriormente outros Papas cancelaram essa proibição. Até hoje as Universidades pontifícias possuem cátedras dessa disciplina.

E é essa cultura latina (no sentido amplo de latinidade) que o Ocidente herdou do passado e que cabe preservar, defendendo-a da influência malsã de outras culturas estranhas.

Creemos que as instituições universitárias, históricas e culturais do Ocidente devem também comemorar esse quase milênio da Universidade de Bolonha, a velha *Bononia* itálica, seguindo neste passo o exemplo da Universidade Nacional do Chile, que está realizando congressos internacionais com essa finalidade. Participando, a convite, de um deles, estamos solidários com os estudiosos da terra em que pontificou Andrés Bello, nessa recordação que é mais do que recordação, é preito à Cultura, à Tradição e à Civilização latina e cristã.

É na verdade extraordinário que uma nação como o Chile, que olha para o Oceano Pacífico e isolada fisicamente a Leste por uma cordilheira de altas montanhas, seja uma das primeiras a comemorar os nove centenários de fundação da Universidade de Bolonha, ocorrido na Itália, no século XI.

A distância física não importa em distância cultural. Espiritualmente, o Chile, desde a sua independência em 1821 sempre se revelou uma nação atenta para a herança cultural do passado, herança ibérica, hispânica e latina. Seus pró-homens eram cultores das letras clássicas. A preocupação com a criação da Universidade, por O' Higgins, em 1842, demonstra essa aptidão para as atividades do espírito. O abrigo que deu a Andrés Bello, fazendo-o seu, é outro sinal dessa vocação, como herdeira e continuadora da latinidade em terras americanas.

Há, sem dúvida, uma ponte espiritual entre o Chile e Roma, que nos faz esquecer as noções de tempo e espaço. Andrés Bello, apesar de ter consolidado a sua formação cultural na Inglaterra, onde se demorou por dois decênios, já levava consigo, do convento dos Mercedários em Caracas, aonde estudara, os conhecimentos básicos da História, da filosofia, das línguas clássicas, especialmente do latim, o instrumental que utilizou mais tarde para a elaboração de livros como o "Derecho de Gentes", o "Derecho Romano", e tantos outros escritos que o imortalizaram e finalmente o projeto de Código Civil de 1855. Demonstrou ser, ao mesmo tempo, o homem de doutrina como um novo Labeão — e o homem da legislação e do ensino como um novo Gaio e ainda o intérprete, como se fora um novo Pepo ou Irnérius, os fundadores da Universidade, cujos novecentos anos de existência ora se comemoram.

Andrés Bello pertence à categoria dos grandes juristas de todos os tempos. Possui, sobre outros, a vantagem de ser uma figura polimorfa: escritor, jornalista, professor, orador, poeta, filósofo, político e legislador e até cultor das artes plásticas. Um homem completo, ao qual se aplicaria a expressão de Napoleão ao ser apresentado a Goethe: "Vous êtes un Homme". Um homem completo, até na vida familiar, com seus numerosos descendentes, alguns continuadores de sua obra de latinista e clássico.

Não importa que entre a fundação da Universidade de Bolonha e a da Universidade do Chile, da qual Bello foi reitor a vida toda, haja um decurso de oito séculos. O tempo, na História da Humanidade, não separa como o espaço. Basta lembrar que em um milênio muitas criações espirituais humanas permanecem vigentes, adaptadas ao meio, mas vigentes. A lei decenviral romana, elaborada no século V antes de Cristo, perpetuou-se na memória do povo, com aplicação objetiva, durante muitas centúrias: um milênio, dizem os investigadores. As compilações de Justiniano, do século VI, trazem em seu bojo fragmentos da produção multifacetada de juristas do período clássico, desde Labeão, Sabino, Nerácio, Nerva, até Paulo, Ulpiano, Papiniano (o maior deles) e Modestino (o último). Triboniano e seus compiladores não conseguiram arrancar os pés do passado, como nós, neste atribulado século XX, não conseguimos arrancá-los das correntes da tradição, da História, a mestra da vida, como a definia Cícero. Aristóteles e Platão continuam presentes nas nossas cogitações filosóficas.

Avançamos e recuamos, vez por outra, em evoluções cíclicas, como o admitem Revillout, mas a cada metro de recuo correspondem quilômetros de avanço a avanço para o futuro, para a civilização, a serviço do ser humano, numa busca da felicidade que não cessa nunca.

Por isso, neste crepúsculo do século XX e quando já se enxergam no horizonte as primeiras luzes do terceiro milênio, uma nova aurora — justo é que se faça um balanço do passado e que se aproximem os fanais da Humanidade (*lucernae juris*), como o foram Irnério em Bolonha, no século XI e Andrés Bello no Chile, no século XIX.

Quando Andrés Bello, em 1855, viu promulgado o seu Código Civil, era o Chile uma nação recém-nascida, como o foi o Brasil de Teixeira de Freitas, em que tudo estava por fazer. Ambos ajudaram a plasmar nacionalidades.

A Universidade de Bolonha deixou muitos herdeiros espirituais. Não apenas Universidades, dela nascidas, como instituições dedicadas à difusão do ensino jurídico. São herdeiros culturais de Irnério, homens representativos de épocas históricas, na sucessão dos séculos, desde os glosadores, Búlgaro, Hugo de Porta Ravenate, Martinho, Jacob, Rogério, Placentino, Borgundio no século XII; Odofredo, Alberico, Cipriano, Acúrsio, no século XIII. O respeito pelos textos de Justiniano, a elaboração das Glosas e a sua reunião em livros, deu à Escola dos Glosadores um perfil histórico assinalável, no qual sobressai a Glosa Ordinária ou a Magna Glosa de Acúrsio. Para a época, as glosas desempenharam um papel relevante na in-

terpretação e aplicação do direito à realidade objetiva das nações européias. É, na verdade, extraordinário que um *italico*, *Vaccarius*, se desloque para a Inglaterra a fim de fundar a universidade de Oxford e que Placentino pontifique em Montpellier, na França, dando origem à sua afamada universidade, à de Paris. Quase todas as compilações de Justiniano glosadas, sendo que as institutas o foram da íntegra; do digesto, excetuaram-se apenas da Lei n.º 7, § 5.º, até a Lei n.º 11 do livro 48, título 20 de *BONIS DAMNATORUM*, e ainda as Leis n.ºs 10 e 19 do mesmo livro, título 22. O Código de 533 e as novelas numerosas foram também objeto de glosas.

Por maiores que sejam as restrições da posteridade à produção dos glosadores, ela deve ser entendida em função do estágio social da humanidade, do período histórico em que surgiram. Não têm sido poucas as críticas acerbas, objeto até de obras literárias e filosóficas afamadas.

Goethe, no "Goetz von Berlichingen", incluiu deliciosos diálogos a respeito da compilação justinianéia, diálogos entre um bispo e um ex-estudante de Bolonha (Olearius).

Rabelais levou mais longe a sua ironia.

Outros herdeiros espirituais de Bolonha foram os pós-glosadores, depois do século XIII. Criticados pela posteridade, alguns deles, por sua incultura (*Graecum est, non legitur*) os chamados "comentadores" exerceram também um papel histórico relevante.

Bártolo parece ter sido o mais destacado, ao lado de Cino de Pistoia, Pedro de Bela Pértica, Baldo de Ubaldis, Angelo de Ubaldis, no século XIII. A influência de Bártolo em Portugal e no Brasil foi extraordinária, na legislação e na doutrina. Seus ensinamentos eram invocados com autoridade com base na própria legislação lusitana. (Ordenações).

Prosegue no tempo a sucessão cultural de Bolonha, com os Humanistas, a partir do século XVI. Era também chamada "Escola culta" ou "elegante". São etapas da evolução do estudo do direito. Glosadores, comentadores e humanistas constituem uma corrente no tempo. Com métodos diferentes, os primeiros rígidos no seu respeito aos textos; os segundos, intérpretes dos mesmos textos e os terceiros, mais abertos, buscam a origem dos institutos jurídicos, na investigação de suas causas no tempo e espaço. Alciato (embora de origem itálica) pontificou na França; Ulrico Zazius, na Alemanha (1461-1535). Surge então a figura incomum de Cujacius (Cujat), na França, outra LUCERNA JURIS no século XVI (1522-1590), mestre em Bourges. Seus contemporâneos são Donnelus (Donneau) (1527-1591); Duareno (1509-1559); Antonio Gouveia, português, mestre na França (1507-1566); Denis Godefroy (1549-1621), seu filho Jacques Godefroy (1587-1650).

Só os dois Godefroy (Gothofredus) constituem um marco na história do pensamento universal. O primeiro (Denis), o grande editor do *CORPUS JURIS CIVILIS*, denominação que ficou para a posteridade das compilações justinianéias; o segundo, reconstituídor da Lei das XII Tábuas.

A essa altura da História a família irneriana se multiplicara em descendentes e sábios. A obra justinianéia, que Irnério glosara inicialmente em Bolonha, se desdobrara em numerosíssimas edições, algumas anotadas, outras comentadas, várias parafraçadas. Haloander (1502-1531) publica em Nürenberg o Digesto, a edição denominada *Nórica*; Heinécio (1681-1741) escreve o seu ANTIQUITATUM ROMANARUM. Na Holanda, Viglius Zuichem (1507-1577) edita, impressa na Suíça, a Paráfrase de Teófilo; Henrique Agileu (1533-1595) traduz do grego para o latim as Novelas do Imperador Leão; Voet (Voetius) (1647-1714), edita o CORPUS JURIS CIVILIS. Na Espanha sobressaem covariuvias (1517-1577) e ANTONIO AUGUSTIN (1516-1587), autor de um estudo sobre a Lei das XII Tábuas.

Na Inglaterra cabe citar o nome de ARTHUR DUCK (1580-1649). Continua a girar a roda do tempo. Depois do século XVI novas escolas haveriam de surgir no Ocidente, todas elas com as raízes fincadas em Bolonha. Seja qual for o rumo do pensamento jurídico, a figura de Irnério (*Lucerna Juris*), divide as etapas do tempo entre o passado remoto e o presente, alongando-se para o futuro.

No século XIX a Escola Histórica, com GUSTAVO HUGO e FREDERICO CARLOS DE SAVIGNY, na Alemanha, assinala outra etapa. HUGO (1764-1844), autor de uma História do Direito Romano, foi o verdadeiro fundador da Escola Histórica. "A História, escrevia ele, forma a metade da parte científica do Direito" (Hist. do Dir. Rom. Paris, 1825, int.). O Direito é um "ramo da vida", disse-o mais tarde Puchta no seu Institutionen, I, 26. E a história nada mais é do que a vida em movimento.

Savigny devassou todos os horizontes: "Tratado da Posse", "Sistema do Direito Romano Hodierno", "História do Direito Romano na Idade Média", "Tratado das Obrigações", a "Vocação do nosso século para a ciência do direito e a legislação" etc. A investigação histórica levou a muitas revelações, as pesquisas em bibliotecas, os achados de palimpsestos, concorreram para aclarar as teorias jurídicas do passado, servindo ao presente. As Institutas de Gaio, encontradas somente em 1816, no manuscrito de Verona, constitui outro passo à frente no entendimento da jurisprudência romana. Puchta se inclui nessa corrente de pesquisadores, até que a ciência alemã desagua na vasta enseada da Pandectística, no século XIX. Windscheid, Waechter, Rudolf von Jhering, Boehmer, foram os grandes sistematizadores da Pandectística alemã, que culminou com a promulgação do Código Civil (BGB) em 1896.

Todos foram herdeiros espirituais de Bolonha: Acúrsio, Bártolo, Cujacius, Gouveia, Covarruvias, Godefroy, Savigny, Windscheid, Jhering, cada qual em sua época, em seu tempo, em seu meio.

Uns são filhos da Itália, outros da França, da Espanha, de Portugal, da Alemanha, não importa a pátria em sentido estrito, todos pertencem à mesma pátria espiritual, são herdeiros de Bolonha.

Mas essa herança não se limitou ao continente europeu.

O pensamento universal é uma cordilheira.

Através da Espanha e de Portugal a Universidade de Bolonha se prolongou para o continente americano.

Em Portugal, desde a sua fundação, com seu primeiro rei AFONSO HENRIQUES, o direito romano se infiltrou. O monarca chamou para o seu novo reino mestres estrangeiros. Mas foi no reinado de D. JOÃO I, mais tarde, que se tornou patente a influência do direito de Roma. Entre os dois Monarcas, o fundador, AFONSO HENRIQUES e D. JOÃO I, estende-se um período de penetração efetiva, como bem o realça MELO FREIRE. Os bispos "sempre andavam a caminho de Roma", salienta HENRIQUES SECCO (Manual Histórico de Direito Romano, Coimbra, s.d.p. 56). As Ordenações Afonsinas, terminadas na menoridade do rei AFONSO V, em 1446, se alicerçavam no Direito Romano. Este suplantava o direito feudal, vindo do passado. A sucessão histórica das Ordenações (Afonsinas, Manuêlinas e Filipinas, secs. XV, XVI e XVII), marca a trajetória do direito romano aplicado em Portugal. Este se fez sentir na trepidação quotidiana do foro. Considerando subsidiário, juntamente com o Direito Canônico, mais as concepções de Acúrsio e Bártolo. (Ord. Af. Liv. 2, tit. 6, 8 e 9); Ord. Man. b- Liv. 2, tit. 5), Ord. Fil. a-Liv. 3, tit. 64.)

A Universidade de Coimbra foi a primeira na Península Ibérica a obter a Bula Pontifícia do Papa NICOLAU IV, em 11 de agosto de 1290.

Longa e profunda é a história do romanismo em terras lusitanas, onde Agostinho do Bem Ferreira comentou as Institutas e o Digesto; Ayres Pinhel escreveu o *De Bonis Maternis commentaria*; Antônio Gouveia devassou todos campos do saber jurídico; Bento Pinhel publicou *Selectarum Juris Interpretationum*; Manoel Maria da Silva Bruschy fez anotações à obra de Waldeck; Matias Viegas da Silva traduziu as Institutas de Justiniano e Rafael de Lemos Afonseca elaborou comentários às mesmas Institutas. João Fernandes de Aregas, vulgarmente conhecido como João das Regras, teria sido o grande elaborador de legislação portuguesa do século XV.

Uma legião de grandes juristas poderia ser citada, todos descendentes espirituais de Bolonha, através da Universidade de Coimbra.

O mesmo poder-se-ia dizer na Espanha, com relação a Salamanca.

Coimbra, sob muitos aspectos, foi mãe espiritual dos cursos jurídicos do Brasil, fundados em 1827, em Olinda e São Paulo.

De Olinda, em 1832, surgiu para as letras jurídicas a figura incomum de Augusto Teixeira de Freitas, autor da Consolidação das Leis Civis do Brasil e do ESBOÇO de Código Civil, que influenciou poderosamente os Códigos da Argentina, Paraguai, Uruguai e de outras nações do Ocidente.

Na mesma época, embora um pouco mais idoso, pontificava no Chile Andrés Bello, autor do projeto de Código Civil chileno de 1855. Andrés Bello e Teixeira de Freitas são bem dois representantes culturais das velhas tradições bolonhesas, no seu mais alto sentido de luminares (*lucernae juris*), em continente americano.

Andrés Bello e seu magistério jusromanístico — Uma comparação entre Andrés Bello e Irnério pode parecer, à primeira vista, algo forçado. Vivendo em épocas históricas totalmente diversas, com uma distância de oito séculos, em nações diferentes sob todos os aspectos, tudo nos levaria a afastar qualquer paralelo entre as duas figuras exponenciais da humanidade. Bello era um espírito aberto a todas as cogitações. Bem poderia dizer como o gênio latino: *nihil a me alienum puto*. Escritor, filólogo, poeta, político, artista, jurista, conviviam nele muitas personalidades; Irnério, ao que se sabe, era o estudioso paciente, o glosador percuciente, o educador de muitas gerações, o criador de escolas. Eis aí os pontos em que ambos se encontram e se identificam. Ambos educadores da juventude de seu tempo, ambos investigadores infatigáveis e infatigados dos segredos da ciência jurídica, ambos propagadores de idéias novas, como sementes lançadas ao vento, ambos fundadores de Universidade, centros de polarização de atividades educacionais. Irnério viveu em uma época em que o ensino se fazia "*aut in civitate nostra, aut in aliquo monasterio, vel apud quem libet sapientem*", como o queria Rathier, bispo de Verona (890-974). Processou-se uma passagem do sistema de escolas episcopais, conventuais, municipais e privadas para um tipo corporativo de educação, do qual surgiram as *universitates magistrorum* e as *universitates scholarum*. Em Paris e Oxford essa evolução se fez sob a proteção da Igreja, enquanto em Bolonha a transformação se operou de maneira diferente.

Stelling-Michaud, em sua preciosa obra, realça: "... le *Studium* de Bologne, em revanche, dont l'origine était laïque et privée, evolua vers une forme démocratique et égalitaire". (*L'Université de Bologne et la pénétration des droits romain et canonique en Suisse aux XIII et XIX siècles*", Lib. E. Broz. Genève, 1955, p. 14).

Eis aí. Enquanto em Paris e Oxford se realizavam os *Studia Generalia* sob a égide da Igreja, em Bolonha nasceu um novo sistema igualitário e democrático, laico, sem ser ateu ou agnóstico. Mas um tipo de ensino puramente técnico do Direito, capaz de atrair e deslumbrar os próprios sacerdotes que o frequentavam.

Por muito tempo se julgou que a escola de Bolonha tivera origem puramente eclesiástica, como seria presumível, dada a enorme influência da igreja na época. Essa origem eclesiástica a que se filiaram G. Manacorda em *Storia della Scuola In Itália*, Palermo, 1913-14, e Gaudenzi, em *Appunti per servire alla storia dell'Univers. di Bologna e dei suoi maestri*, está afastada pelos mais recentes estudos em torno do assunto. Se fosse eclesiástica a sua origem teria, como bem salienta Stelling-Michaud, ao lado do curso jurídico um outro de Teologia. Também não procede, segundo

pensa o investigador suíço, e hipótese de uma origem nas escolas municipais, como o defendiam Eherle, em *I piu antichi State, della Fac. di Theologia dell'Univ. di Bologna*, Bol. 1932 e P. Denille, em *Die Entstehung d. Univ. im Mabis 1400*, 2.^a ed., I, 187-252.

Da mesma forma, a hipótese defendida por G. Mamassia, em *Bologna e le scuole imperiale de Diritto*, *Arch, Giur.* 40 (1886), 241-284, 401-407, de que a Universidade de Bolonha surgira das antigas escolas imperiais de direito preexistentes em Roma, Berito e Bizâncio, improcede e teria sido destruída por estudos de F. Schupfer, em *Le origini dell'Univers. di Bologna*, *Atti Accad Lincei*, Cl. sc. mor. Serv. IV, vol. 6 (1889) — 171-241. Todas essas teses vêm sendo refutadas por vários autores, inclusive pelo citado Stelling-Michaud, que invocamos neste passo.

Nem mesmo a idéia preconizada por L. Chiapelli, em *Lo Studio bol. nelle sue origini e nei suoi rapporti cola scienza preirneriana* de que o curso de Irnério surgira de uma antiga escola de gramática e retórica, teria procedência.

Mais aceitável seria a tese de que a Universidade proviria de uma antiga *escola de artes* P. Koschaker (*Europa und das roemische Recht*, C.H. Beck Verlagsbuchhandlung, Munchen-Berlin, 1958, p. 69), registra: "Die Anfaenge Bolognas sind bescheiden: eine Schule der Artes, die vielleicht schon seit Ende des 10. Jharhunderts bestand und an der im Rahmen des gramatisch-retorischen Unterrichts wohl auch schon eine gewisse Rechtsunterweisung Platz fand." É, *mutatis mutandis*, a tese de Chiapelli, que Stelling-Michaud refuta, filiando-se à de G. Cencetti, segundo o qual o embrião da Universidade de Bolonha teria sido uma escola notarial, preexistente no século XI.

Um dos primeiros escritos de Irnério era "un recueil de formules pour notaires" (ob cit., p. 15).

Antes de lecionar Direito, Irnério fora um "maitre ès arts", passando dessa atividade à escola notarial e nesta fundando o novo sistema de ensino à base das glosas. Seria a tese predominante de Max Weber, em *Die Stadt*, *Arch f. Sozialwis. un Sozialpolitik* 47 (1921), "Le Studium, conclui S. Michaud, est precisement une création unique et originale dans l'histoire des universites europeennes." (ob cit., p. 15).

Irnério *primus fuit qui docuit in civitate ista*, assinalava Odofredo. Seu *Studium* mereceu a aprovação imperial, tornando-se, assim, regular e oficializado. Era a *licentia docendi* aprovada pelo poder público, criando-se aquilo que S. Michaud denomina "une sorte de monopole bolonais de l'enseignement du droit".

Não se pode afastar, todavia, a influência da Igreja, tanto assim que a graduação, ou diplomação dos estudantes se fazia em um templo da cidade. As lições de direito civil eram da competência do colégio de doutores, em caráter laico, mas o poder espiritual se fazia presente na diplomação.

O direito canônico só veio a penetrar os umbrais do curso de Bolonha mais tarde, por um decreto de Graciano. Mas aquela independência inicial foi a pouco e pouco abalada pela ação da Igreja, através dos Papas Alexandre III, Clemente III, Inocêncio III e Honório III, sendo que este, em 1219, autorizou o "archidiaque de la cathédrale à conférer la *licentia docendi*, cherchant ainsi à placer l'université dans la dépendence juridique de l'église e à enlever entièrement à la Commune la surveillance que celle-ci exerçait sus les études par l'intermédiaire des professeurs, devenus ses agents." (ob cit, p. 31).

As graduações passaram então a ser conferidas mediante delegação apostólica, por proposta do colégio de doutores. Estes não abdicaram de suas atribuições. O poder da igreja não era semelhante ao que se observava em Paris. Bolonha conservava as suas características próprias no ensino do direito civil de sorte que "l'influence de l'église sur études fut plus nominale que réelle" (S. Michaud. ob cit., p. 21).

Era sempre a luta entre o poder temporal e o espiritual, entre a Comuna e a Igreja. Bolonha manteve-se, com seu STUDIUM, como uma instituição intermediária, educadora, instrutora de muitas gerações de toda a Europa, por muitos séculos.

O nome Bolonha tornou-se, assim, "synonyme de droit e de lois": *Docta Bononia venit et hoc cum legibus una* dizia-o um poema de autor não conhecido em 1130. Ou então: *Docta suas secum duxit Bononia leges*.

Muito embora o objeto do curso fosse o direito civil, e não o canônico. "Irnério procurou fazer renascer das cinzas do passado todo um monumento legislativo, obra compilatória de um Imperador, Justiniano, que fora cristão e católico. Este dedicou as suas Institutas à *cupida legum juventus*. Era a juventude sequiosa do saber jurídico".

Que vinculação espiritual podemos encontrar entre esses dois expoentes da cultura universal, um do século XI, outro do século XIX, Irnério e Andrés Bello? Ambos foram educadores, professores de direito numa fase em que se rasgavam novos horizontes à humanidade, ambos cultores da liberdade em períodos em que ela se via ameaçada. O amor à liberdade vincula esses dois homens no tempo. E a maior das liberdades, a do pensamento, a do ensino, a da pregação, a da cátedra. Uma força nova surgiu em Bolonha no século XI, da mesma forma que emergiu no Chile em 1843, quando se instalou a nova universidade, em Santiago. O discurso inaugural pronunciado por Andrés Bello revela todo o seu plano de ação e irmana a Irnério. Ele mesmo afirma que as "verdades se tocam". Muitas verdades se contêm nessa oração.

Refere o seu "antiguo celo por la difusión de las luces y de los sanos principios, y a la dedicación laboriosa con que he seguido algunos ramos de estudio, no interrumpido en ninguna época de mi vida, no dejados de la mano en medio de graves tareas". Fala na "influencia de la libertad, espíritu vital de las instituciones chilenas...".

E pergunta: “A qué se debe este progreso de civilización, esta ansia de mejoras sociales, esta sede de libertad?”

Andrés Bello e a liberdade — Ao assumir a direção da Universidade Andrés Bello, em sua oração, salienta que “bajo la influencia de la libertad, espíritu vital de las instituciones chilenas, me es lícito esperar que el caudal precioso de ciencia y talento, de que ya esta en posesion la universidad, se aumentará, se difundirá velozmente, en beneficio de la religión, de la moral, de la libertad misma, y de los intereses materiales”. (Obras Completas, La Casa de Bello, Caracas, 1982, Vol. XXI, I, p. 4).

Descreve o papel a desempenhar pela Universidade, que deve ser livre de influências outras, crescendo num clima de liberdade: “La Universidad, señores, no sería digna de ocupar un lugar en nuestras instituciones sociales, si (como murmuran algunos ecos oscuros de declamaciones antiguas) el cultivo de las ciencias y de las letras pudiese mirarse como peligroso bajo un punto de vista moral, o bajo un punto de vista político.” E prossegue: “la libertad es el estímulo que da un vigor sano y una actividad fecunda a las instituciones sociales. lo que enturbie la pureza de la moral, lo que trable el arreglado, pero libre desarrollo de las facultades individual y colectivas de la humanidad — y digo más lo que los ejercite infructuosamente, no debe un gobierno sabio incorporarlo en la organización del Estado”.

Mirando a solene homenagem à cultura naquela instalação da Universidade, exclama: “la primera de las pompas que saludan al día glorioso de la patria al aniversario de la libertad chilena...”.

Fazendo um paralelo histórico entre a escravidão, a submissão política e a liberdade, indaga: “Quien prendió en la Europa esclavizada las primeras centellas de la libertad civil? No fueron las letras? No fue la herencia intelectual de Grecia y Roma, reclamada, después de una larga época de oscuridad, por el espíritu humano?”

Andrés Bello e a propagação da cultura — Põe em realce o valor das letras e da ciência para o espírito humano, para a felicidade humana, para o gozo da liberdade. Assim como Irnério foi a *lucerna juris* de seu tempo, Bello foi o fanal de seu mundo chileno. Indagava: “Las universidades, las corporaciones literarias, son un instrumento a propósito para la propagación de las luces?” Põe um realce o papel a ser desempenhado pelas escolas e corporações educacionais: “En esta propagación del saber, las academias, las universidades, forman otros tantos depósitos, adonde tienden constantemente a acumularse todas las adquisiciones científicas; y de estos centros es de donde se derraman más facilmente por las diferentes clases sociales. La universidad de Chile ha sido establecida con ese objetivo especial. “Como tal será un cuerpo eminentemente expansivo y propagador”.

O conhecimento é como a luz. A palavra “luz” se lê a todo momento na oração de Bello: “La difusión de los conocimientos supone uno o más hogares, de donde salga y se reparta la luz que, extendiéndose progresivamente sobre los espacios intermedios, penetre al fin las capas extremas”.

Andrés Bello e o ensino do Direito — Descrevendo a missão a desempenhar no mundo jurídico, proclama: “A la facultad de leyes y ciencias políticas se abre un campo el más vasto, el más susceptible de aplicaciones útiles.”

Aludindo ao Direito Romano: “ Herederos de la legislación del pueblo rey, tenemos que purgarla de las manchas que contrajo bajo el influjo malféfico del despotismo tenemos que despejar las incoherencias que deslustran una obra a que han contribuido tantos siglos, tantos intereses alternativamente dominantes, tantas inspiraciones contradictorias. Tenemos que a acomodarla, que restituirla a las instituciones republicanas.”

Senpre na mesma linha de convicção, assevera: “La Universidad, me atrevo a decirlo, no acogerá la preocupación que condena como inutil o pernicioso el estudio de las leyes romanas; creo, por el contrario, que le dará un nuevo estímulo y lo asentará sobre bases más amplias. La Universidad verá probablemente en ese estudio el mejor aprendizaje de la lógica jurídica y forense.”

E invoca a respeito a opinião de L’Herminier: “. . . el derecho romano no reconoce igual; se pueden disputar algunos de sus principios, pero su método, su lógica, su sistema científico, lo han hecho y lo mantienen superior a todas las otras legislaciones, sus textos son la obra maestra del estilo jurídico; su método es el de la geometría aplicado en todo su rigor al pensamiento moral.” E invoca Leibniz: “In jurisprudentia regnat (romani). Dixi saepius post scripta geometrarum nihil extare quod vi ac subtilitate cum romanorum jurisconsultorum scriptis comparari possit: tantum nervi inest; tantum profunditatis.”

Era ao mesmo tempo um espírito prático, como o foi Irnério. “Porque nada hace más desabrida la enseñanza que las abstracciones y nada la hace facil y amena, sino el proceder que, amoblando la memoria, ejercita al mismo tiempo el entendimiento y exalta la imaginación.”

A literatura, para ele, é o “capitel corintio de la sociedad culta.”

Poderíamos localizar, na obra imensa de Andrés Bello, numerosos outros escritos em que põe à mostra a sua fé no direito, a sua dedicação ao ensino, a sua atividade propagadora, o brilho de sua luz, que se difunde nos céus do Chile, como a de Irnério, na Itália, faz nove séculos.

Irnério e Andrés Bello são os pilares de uma ponte no tempo. Que é o tempo, afinal de contas, diante da imensurabilidade do Infinito? Presente, passado e futuro muitas vezes se tocam, como as verdades que se tocam, no dizer do próprio Andrés Bello.

O magistério de ambos foi em prol de difusão da cultura jurídica, das “luces” a que se refere freqüentemente Bello em suas orações acadêmicas. *Lucerna Juris*, ambos o foram, em suas pátrias adotivas. Até nisso se assemelham. Bello, filho dileto de Venezuela, cresceu e frondejou no Chile: Irnério, oriundo das terras germânicas, se fez itálico. Ambos tiveram as suas pátrias nativas e as suas pátrias espirituais.

Lei Inglesa do Uso Indevido do Computador de 1990

CAPÍTULO 18

ORGANIZAÇÃO DAS SEÇÕES

Crimes de mau uso de computador

Seção

1. Acesso não-autorizado a material de informática.
2. Acesso não-autorizado com a intenção de cometer ou facilitar o cometimento de crime adicional.
3. Alterações não-autorizadas de material de informática.

Jurisdição

4. Abrangência territorial dos crimes nos termos desta lei.
5. Vínculos importantes com a jurisdição nacional.
6. Abrangência territorial de crimes incoativos relacionados com crimes nos termos desta lei.
7. *Abrangência territorial de crimes incoativos relacionados a crimes nos termos de lei externa correspondente aos crimes nos termos desta lei.*
8. Pertinência da lei externa.
9. Irrelevância da cidadania britânica.

Miscelânea e geral

10. Ressalva para certos poderes de aplicação da lei.
11. Processos por crimes nos termos da seção 1.
12. Condenação por um crime nos termos da seção 1 em processos por crime nos termos das seções 2 e 3.
13. Processos na Escócia.
14. Mandados de busca para crimes nos termos da seção 1.

15. Extradicação onde se aplica o Adendo 1 à Lei da Extradicação de 1989.
16. Aplicação à Irlanda do Norte.
17. Interpretação.
18. Citação, entrada em vigor etc.

LEI DO MAU USO DE COMPUTADOR DE 1990

CAPÍTULO 18

Uma Lei para dispor sobre a segurança de material de informática contra acesso ou alterações não-autorizados; e questões correlatas.

(29 de junho de 1990)

Seja decretado por Sua mui Excelente Majestade, por e com o consentimento dos Lordes Espirituais e Temporais e Comuns, neste presente Parlamento reunidos e pela autoridade do mesmo, como se segue:

Crimes de mau uso de computador

1. (1) Uma pessoa é culpada de um crime se:
 - (a) ela faz com que um computador execute qualquer função com o propósito de conseguir acesso a qualquer programa a quaisquer dados armazenados em qualquer computador;
 - (b) o acesso pretendido é não-autorizado; e
 - (c) na ocasião em que ela fez com que o computador executasse a função, ela tinha conhecimento desse fato.
 - (2) Para que se configure um crime nos termos desta seção, a intenção que a pessoa tem que ter não precisa, necessariamente, ter como objeto:
 - (a) um programa ou dados específicos;
 - (b) um programa ou dados de um determinado tipo; ou
 - (c) um programa ou dados armazenados em um determinado computador.
 - (3) Uma pessoa culpada de um crime nos termos desta seção estará sujeita, por condenação sumária, a prisão por um período não superior a seis meses ou à multa não superior ao nível 5 na escala padrão, ou a ambas.
2. (1) Uma pessoa é culpada de um crime nos termos desta seção se ela cometer um crime nos termos da seção 1 acima ("o crime de acesso não-autorizado") com a intenção de:
 - (a) cometer um crime ao qual esta seção se aplique; ou

- (b) facilitar o cometimento de tal crime (por ele próprio ou por qualquer outra pessoa);

e o crime que ela tenciona cometer ou facilitar o cometimento esteja mencionado a seguir nesta seção como o crime adicional.

- (2) Esta seção se aplica a crimes:

(a) para os quais a sentença esteja estabelecida em lei; ou

(b) pelos quais uma pessoa com a idade igual ou superior a vinte e um anos (sem condenação prévia) possa ser condenada à prisão por um período de cinco anos (ou, na Inglaterra e no País de Gales, poderia receber tal sentença, não fosse pelas restrições impostas pela seção 33 da Lei dos Tribunais de Pequenas Causas de 1980).

(3) É irrelevante, para os fins desta seção, vir o crime adicional a ser cometido na mesma ocasião do acesso não-autorizado ou em qualquer outra ocasião futura.

(4) Uma pessoa poderá ser culpada por um crime, nos termos desta seção, mesmo que os fatos sejam tais que tornem impossível o cometimento do crime adicional.

(5) Uma pessoa culpada de um crime nos termos desta seção estará sujeita:

(a) por condenação sumária, à prisão por um período não superior a seis meses ou à multa não superior ao máximo previsto em lei ou a ambos; e

(b) através de condenação por júri, à prisão por um período não superior a cinco anos ou à multa ou a ambas.

3. (1) Uma pessoa é culpada de crime se:

(a) praticar qualquer ato que venha a causar alteração não-autorizada no conteúdo de qualquer computador; e

(b) na ocasião em que ela praticou o ato, ela tinha a intenção e o conhecimento exigidos.

(2) Para os fins da subseção (1) (b) acima, a intenção exigida é a intenção de causar uma alteração no conteúdo de um computador, e em o fazendo:

(a) prejudicar o funcionamento de um computador;

(b) impedir ou dificultar o acesso a programa ou a dados armazenados em um computador; ou

(c) prejudicar o funcionamento de tal programa ou a confiabilidade de tais dados.

(3) A intenção não tem, necessariamente, que ter como objeto:

(a) um computador em particular;

(b) um programa ou dados em particular ou um programa ou dados de um determinado tipo; ou

(c) qualquer alteração em particular ou uma alteração de um determinado tipo.

(4) Para os fins da subseção (1) (b) acima, o conhecimento exigido é o conhecimento de que qualquer alteração que a pessoa tenciona efetuar é não-autorizada.

(5) É irrelevante, para os fins desta seção, que uma alteração não-autorizada ou qualquer efeito pretendido por essa alteração, de tipo mencionado na subseção (2) acima, seja ou tencione-se que seja de caráter permanente ou temporário.

(6) Para os fins da Lei de Danos Criminosos de 1971, uma alteração do conteúdo de um computador não será considerada como dano a computador ou a meio de armazenamento de dados informatizados, a não ser que o efeito causado sobre aquele computador ou sobre aquele meio de armazenamento de dados informatizados prejudique sua condição física.

(7) Uma pessoa culpada de crime nos termos desta seção estará sujeita:

(a) por condenação sumária, à prisão por um período não superior a seis meses ou à multa não superior ao máximo estabelecido em lei ou a ambas; e

(b) por condenação por júri, à prisão por período não superior a cinco anos ou à multa ou a ambas.

Jurisdição

4. (1) Exceto nos casos previstos adiante nesta seção, é irrelevante, para os fins de qualquer crime nos termos das seções 1 ou 3 acima:

(a) que qualquer ato ou outra ocorrência, dos quais seja exigida prova para que haja condenação pelo crime, tenha ocorrido no país em questão; ou

(b) que o acusado tenha estado no país em questão na ocasião de tal ato ou ocorrência.

(2) Sujeito à subseção (3) abaixo, no caso de tal crime, é preciso que exista, nas circunstâncias do caso, pelo menos um vínculo importante com a jurisdição nacional para que se configure um crime.

(3) Para provar acusação de cometimento de crime nos termos da seção 1 acima, dentro de um processo relativo a um crime nos termos da seção 2 acima, não há necessidade da existência de tal vínculo.

(4) Sujeito à seção 8 abaixo, quando:

(a) qualquer tal vínculo efetivamente exista no caso de um crime nos termos da seção 1 acima; e

(b) o cometimento daquele crime é alegado no processo por um crime nos termos da seção 2 acima;

a seção 2 acima aplicar-se-á como se qualquer coisa que o acusado tentou fazer ou facilitar em qualquer lugar fora do país em questão, que seria um crime ao qual a seção 2 aplicar-se-ia caso tivesse acontecido no país em questão, fosse o crime em questão.

(5) Esta seção não prejudica qualquer jurisdição que possa vir a ser exercida por um tribunal da Escócia, independentemente desta seção.

(6) As referências nesta Lei ao país em questão são referências:

(a) na aplicação desta Lei à Inglaterra e ao País de Gales, à Inglaterra e ao País de Gales;

(b) na aplicação desta Lei à Escócia, à Escócia; e

(c) na aplicação desta Lei à Irlanda do Norte, à Irlanda do Norte.

5. (1) As seguintes disposições desta seção aplicam-se à interpretação da seção 4 acima.

(2) No que se refere a um crime nos termos da seção 1, um dos dois casos a seguir é considerado como um vínculo importante com a jurisdição nacional:

(a) estar o acusado no país em questão na ocasião em que ele praticou o ato que fez com que o computador executasse a função; ou

(b) estar o computador, contendo programa ou dados aos quais o acusado, através da prática daquele ato, teve ou tentava obter acesso não-autorizado, no país em questão àquela ocasião.

(3) No que se refere a um crime nos termos da seção 3, um dos dois casos a seguir é considerado com um vínculo importante com a jurisdição nacional:

- (a) estar o acusado no país em questão na ocasião em que ele praticou o ato que causou a alteração não-autorizada; ou
- (b) ter a alteração não-autorizada acontecido no país em questão.

6. (1) No caso de uma acusação de conspiração visando ao cometimento de um crime nos termos desta Lei, as seguintes questões são irrelevantes em relação à culpa do acusado:

- (a) a questão de onde qualquer pessoa tornou-se parte da conspiração; ou
- (b) a questão de ter qualquer ato, omissão ou outro evento se dado no país em questão.

(2) No caso de uma acusação de tentativa de cometimento de crime nos termos da seção 3 acima, as seguintes questões são irrelevantes em relação à culpa do acusado:

- (a) a questão de onde foi cometida a tentativa; e
- (b) a questão de ter tal tentativa provocado efeitos no país em questão.

(3) No caso de uma acusação de incitação ao cometimento de um crime nos termos desta Lei, a questão de onde tal incitação se deu é irrelevante em relação à culpa do acusado.

(4) Esta seção não se aplica à Escócia.

7. (1) As subseções seguintes serão inseridas após a subseção (1) seção 1 da Lei do Código Penal de 1977:

“(1A) Sujeito à seção 8 da Lei do Mau Uso de Computador de 1990 (pertinência da lei externa), se esta subseção aplicar-se a um acordo, esta Parte desta Lei aplicar-se-á em relação a esse acordo do mesmo modo como ela se aplica a um acordo abrangido pela subseção (1) acima.

(1B) A subseção (1A) acima aplica-se a um acordo se:

- (a) antes de seu estabelecimento, uma de suas partes ou pessoa agindo em seu nome tomou, na Inglaterra ou no País de Gales, qualquer medida em relação a esse acordo; ou

- (b) uma de suas partes assumiu tal capacidade na Inglaterra ou no País de Gales (pessoalmente ou através de outra pessoa agindo em seu nome); ou
- (c) em decorrência do acordo, uma das partes, ou pessoa agindo em seu nome, fez ou omitiu alguma coisa na Inglaterra e no País de Gales;

e o acordo estaria enquadrado na subseção (1) acima como sendo um acordo relativo ao cometimento de um crime de mau uso de computador, não fosse pelo fato de que esse crime não seria um crime passível de julgamento na Inglaterra e no País de Gales, se cometido conforme as intenções das partes.”

(2) As seguintes subseções serão inseridas após a subseção (4) daquela seção:

“(5) Na aplicação desta Parte desta Lei a um acordo a que se aplique a subseção (1A) acima, qualquer referência a um crime deverá ser entendida como referência ao que seria o crime de mau uso de computador em questão, não fosse pelo fato de que não é um crime passível de julgamento na Inglaterra e no País de Gales.

(6) Nesta seção, “crime de mau uso de computador” significa crime nos termos da Lei do Mau Uso de Computador de 1990.”

(3) As seguintes subseções serão inseridas após a seção 1 (1) da Lei das Tentativas de Cometimento de Crime de 1981:

“(1A) Sujeito à seção 8 da Lei do Mau Uso de Computador de 1990 (pertinência da Lei externa), se esta subseção se aplicar a um ato, aquilo que a pessoa tinha em mente ao praticar tal ato será considerado como um crime ao qual esta seção se aplica.

(1B) A subseção (1A) acima aplica-se a um ato se:

- (a) este ato for praticado na Inglaterra e no País de Gales; e
- (b) o mesmo se enquadrasse na subseção (1) acima como sendo mais do que simples preparação para o cometimento de um crime nos termos da seção 3 da Lei do Mau Uso de Computador de 1990 não fosse pelo fato de que o crime, se efetivamente cometido, não seria um crime passível de julgamento na Inglaterra e no País de Gales.”

(4) Sujeito à seção 8 abaixo, se algum ato praticado por uma pessoa na Inglaterra e no País de Gales equivaler ao crime de incitação ao cometimento de crime nos termos desta Lei, não fosse pelo fato de que o

que ela tinha em mente não seria um crime passível de julgamento na Inglaterra e no País de Gales:

- (a) para os fins de qualquer acusação de incitação feita com relação àquele ato, o que a pessoa tinha em mente será considerado como crime nos termos desta Lei; e
- (b) qualquer tal acusação será igualmente passível de julgamento na Inglaterra e no País de Gales.

8. (1) Uma pessoa é culpada de um crime passível de julgamento em virtude da seção 4(4) acima somente se o que ela tencionava fazer ou facilitar implicar o cometimento de um crime nos termos da lei em vigor no local onde se tencionava que ocorresse o todo ou parte do crime.

(2) Uma pessoa é culpada de um crime passível de julgamento em virtude da seção 1 (1A) da Lei do Código Penal de 1977 somente se a adoção da linha de conduta acordada implicar, em algum momento:

- (a) um ato ou omissão de uma ou mais das partes; ou
- (b) o acontecimento de algum outro evento;

que constitua um crime nos termos da Lei em vigor no local onde se tencionava que ocorresse o ato, omissão ou outro evento.

(3) Uma pessoa é culpada de um crime passível de julgamento em virtude da seção 1 (1A) da Lei das Tentativas de Cometimento de Crime de 1981 ou em virtude da seção 7 (4) acima somente se o que tinha em mente implicar o cometimento de um crime nos termos da lei em vigor no local onde se tencionava que ocorresse o todo ou parte do crime.

(4) Uma conduta passível de punição nos termos da lei em vigor em um determinado lugar é crime nos termos daquela lei para os fins desta seção, quaisquer que sejam os termos em que tal conduta foi descrita naquela lei.

(5) Sujeito à subseção (7) abaixo, uma condição especificada em qualquer das subseções (1) a (3) acima será considerada satisfeita a menos que, no prazo determinado pelo regimento interno do tribunal, a defesa apresente à promotoria uma notificação:

- (a) declarando que, com base nos fatos alegados com respeito à conduta em questão, na sua opinião a condição não está satisfeita;
- (b) apresentando seus motivos para tal opinião; e
- (c) solicitando que a promotoria demonstre que a condição está satisfeita.

(6) Na subseção (5) acima "a conduta em questão" significa:

- (a) onde a condição da subseção (1) acima estiver em questão, o que o acusado tencionava fazer ou facilitar;

- (b) onde a condição da subseção (2) acima estiver em questão, a linha de conduta acordada; e
- (c) onde a condição da subseção (3) acima estiver em questão, o que o acusado tinha em mente.

(7) O tribunal poderá, se julgar apropriado, permitir à defesa solicitar à promotoria que demonstre que a condição está satisfeita sem a prévia apresentação de notificação nos termos da subseção 5 acima.

(8) Se, em virtude da subseção (7) acima, um tribunal de jurisdição solene na Escócia permitir que a defesa solicite à promotoria que demonstre que a condição está satisfeita, a promotoria será competente, para estes fins, para ouvir qualquer testemunha ou para apresentar quaisquer provas não incluídas nas listas anteriormente submetidas pela defesa.

(9) No Tribunal da Coroa, a questão de ter sido ou não satisfeita a condição deverá ser decidida exclusivamente pelo juiz.

(10) No Supremo Tribunal de Justiça e no tribunal do *sheriff*, a questão de ter sido ou não satisfeita a condição deverá ser decidida pelo juiz ou, conforme for, exclusivamente pelo *sheriff*.

9. (1) Em processo instaurado na Inglaterra e no País de Gales com respeito a um crime ao qual esta seção se aplique, é irrelevante para a culpa se o acusado era ou não cidadão britânico à época do ato, omissão ou outro evento para o qual seja exigida prova para fins de condenação por aquele crime.

(2) Esta seção se aplica aos seguintes crimes:

- (a) qualquer crime nos termos desta Lei;
- (b) conspiração para cometer um crime nos termos desta Lei;
- (c) qualquer tentativa de cometer um crime nos termos da seção 3 acima; e
- (d) incitação ao cometimento de crime nos termos desta Lei.

Miscelânea e geral

10. A seção 1 (1) acima vigorará sem prejuízo da aplicação:

- (a) na Inglaterra e no País de Gales, de qualquer legislação relativa aos poderes de inspeção, busca ou apreensão; e
- (b) na Escócia, de qualquer legislação ou norma legal relativa aos poderes de exame, busca ou apreensão.

11. (1) Um tribunal de pequenas causas terá competência para julgar um crime nos termos da seção 1 acima se:

- (a) o acusado estava dentro da área de jurisdição daquele tribunal na ocasião em que praticou o ato que fez com que o computador executasse a função; ou

- (b) o computador contendo um programa ou dados aos quais o acusado, através de seu ato, obteve ou tencionou obter acesso não-autorizado, estava dentro da área de jurisdição daquele tribunal naquela ocasião.

(2) Sujeito à subseção (3) abaixo, um processo relativo a um crime nos termos da seção 1 acima poderá ser instaurado dentro de um período de seis meses a contar da data em que chegarem ao conhecimento do promotor provas em sua opinião suficientes para justificar a abertura do processo.

(3) Após mais de três anos a contar da data em que o crime foi cometido, não poderá ser instaurado nenhum tal processo em virtude desta seção.

(4) Para os fins desta seção, uma certidão assinada pelo promotor ou em seu nome, especificando a data em que chegaram ao seu conhecimento provas em sua opinião suficientes para justificar a abertura do processo, será considerada prova conclusiva daquele fato.

(5) Uma certidão desse teor, fazendo crer ter sido desse modo assinada, será considerada assim assinada a menos que se prove o contrário.

(6) Nesta seção, a "área de jurisdição" tem o mesmo significado que na Lei dos Juizes de Paz de 1979.

(7) Esta seção não se aplica à Escócia.

12. (1) Se, no julgamento por júri de uma pessoa acusada de:

(a) um crime nos termos da seção 2 acima; ou

(b) um crime nos termos da seção 3 acima ou qualquer tentativa de cometer um crime desse tipo;

o júri não a considerar culpada do crime em questão, a pessoa poderá ser considerada culpada pelo júri de um crime nos termos da seção 1 acima se, com base nos fatos apresentados, ela poderia ter sido considerada culpada desse crime em processo relativo ao mesmo instaurado antes de expirar qualquer prazo nos termos da seção 11 acima aplicável a processos desse tipo.

2) O Tribunal da Coroa terá, com relação a uma pessoa que seja, em virtude desta seção, por ele condenada por um crime nos termos da seção 1 acima, os mesmos poderes e deveres que teria um tribunal de pequenas causas ao condenar essa pessoa por esse crime.

(3) Esta seção não prejudica a seção 6 (3) da Lei do Código Penal de 1967 (condenação por outro crime passível de julgamento por júri).

(4) Esta seção não se aplica à Escócia.

13. (1) O *sheriff* terá competência com respeito a um crime nos termos da seção 1 ou 2 acima se:

- (a) o acusado estava na área de jurisdição do *sheriff* na ocasião em que praticou o ato que fez com que o computador executasse a função; ou
- (b) o computador contendo qualquer programa ou dados aos quais o acusado, através de seu ato, obteve ou tencionou obter acesso não-autorizado, estava na área de jurisdição do *sheriff* naquela ocasião.

(2) O *sheriff* terá competência com respeito a um crime nos termos da seção 3 acima se:

- (a) o acusado estava na área de jurisdição do *sheriff* na ocasião em que praticou o ato que causou a alteração não-autorizada; ou
- (b) a alteração não-autorizada ocorreu dentro da área de jurisdição do *sheriff*.

(3) Sujeito à subseção (4) acima, um processo sumário relativo a um crime nos termos das seções 1, 2 ou 3 acima poderá ser instaurado dentro de um período de seis meses a contar da data em que chegarem ao conhecimento do promotor público provas em sua opinião suficientes para justificar a abertura de processo.

(4) Após mais de três anos a contar da data em que foi cometido o crime, não poderá ser instaurado nenhum tal processo em virtude desta seção.

(5) Para os fins desta seção, uma certidão assinada pelo promotor público ou em seu nome, especificando a data em que chegaram ao seu conhecimento provas em sua opinião suficientes para justificar a abertura do processo, será considerada prova conclusiva daquele fato.

(6) Uma certidão desse teor, fazendo crer ter sido desse modo assinada, será considerada assim assinada, a menos que se prove o contrário.

(7) A subseção (3) da seção 331 da Lei de Processo Penal de 1975 (Escócia) (data de instauração do processo) aplicar-se-á para os fins desta seção da mesma forma que se aplica para os fins daquela seção.

(8) Num processo em que uma pessoa é acusada de um crime nos termos das seções 2 ou 3 acima e é declarada inocente, ou é absolvida daquela acusação, ela poderá ser declarada culpada de um crime nos termos da seção 1 acima se, com base nos fatos apresentados, ela poderia ter sido declarada culpada desse crime em um processo relativo ao mesmo instaurado antes de expirar qualquer prazo nos termos da seção aplicável a tal processo.

(9) A subseção 8 acima aplicar-se-á tenha ou não um crime nos termos da seção 1 acima sido instruído com provas na fase de queixa ou de indiciamento.

(10) Uma pessoa declarada culpada de um crime nos termos da seção 1 acima, em virtude da subseção (8) acima, estará sujeita, com respeito a esse crime, somente às penas estabelecidas na seção 1.

(11) Esta seção aplica-se somente à Escócia.

14. (1) Quando um juiz de comarca estiver convencido, com base em informação prestada, sob juramento, por policial, de que há razão suficiente para crer:

(a) que foi cometido ou está prestes a ser cometido, em algum local, um crime nos termos da seção 1; e

(b) a prova de que tal crime foi ou está prestes a ser cometido está naquele local;

poderá emitir um mandado autorizando o policial a entrar no local e nele efetuar busca usando a força na medida em que necessária.

(2) O poder conferido pela subseção (1) acima não é extensivo à autorização de busca de materiais dos tipos mencionados na seção 9 (2) da Lei de 1984 das Provas Policiais e Criminais (material privilegiado, excluído e de procedimento especial).

(3) Um mandado nos termos desta seção:

(a) poderá autorizar que, ao executar o mandado, o policial seja acompanhado por terceiros; e

(b) permanece em vigor por vinte e oito dias contados a partir da data de sua emissão.

(4) Ao executar um mandado emitido nos termos desta seção, o policial poderá apreender um artigo, desde que tenha razão suficiente para crer que o mesmo seja prova de que foi ou está prestes a ser cometido um crime nos termos da seção 1 acima.

(5) Nesta seção, "local" inclui solo, edificações, estruturas móveis, veículos, embarcações, aeronaves e *hovercraft*.

(6) Esta seção não se aplica à Escócia.

15. Os crimes aos quais podem aplicar-se uma Ordem em Conselho nos termos da seção 2 da Lei de Extradicação de 1870, incluirão:

(a) crimes nos termos das seções 2 ou 3 acima;

(b) qualquer conspiração para cometer tal crime; e

(c) qualquer tentativa de cometer um crime nos termos da seção 3 acima.

16. (1) As disposições a seguir desta seção aplicam-se à Irlanda do Norte, com as modificações lá mencionadas.

(2) Na seção 2 (2) (b):

(a) em lugar da referência à Inglaterra e País de Gales, leia-se referência à Irlanda do Norte; e

(b) em lugar da referência à seção 33 da Lei de 1980 do Tribunal de Pequenas Causas, leia-se a referência ao artigo 46 (4) da Lei de 1981 do Tribunal de Pequenas Causas (Irlanda do Norte).

(3) A referência, na seção 3 (6) à Lei dos Danos Criminosos de 1971 deverá ser lida como referência à Lei dos Danos Criminosos (Irlanda do Norte) de 1977.

(4) Aplicam-se as subseções 5 a (7) abaixo em substituição às subseções (1) a (3) da seção 7; e ler-se-á qualquer referência à Inglaterra e País de Gales na subseção (4) daquela seção como referência à Irlanda do Norte.

(5) Serão incluídos, após o parágrafo (1) do artigo 9 da Lei de Tentativa e Conspiração de Cometimento de Crime (Irlanda do Norte) de 1983, os seguintes parágrafos:

“(1A) Sujeito à seção 8 da Lei do Mau Uso de Computador de 1990 (pertinência da lei externa), se este parágrafo aplica-se a um acordo, esta Parte tem, em relação a este acordo, o mesmo efeito que tem em relação a um acordo abrangido pelo parágrafo (1).

(1B) O parágrafo (1A) aplica-se a um acordo se:

(a) antes do mesmo ser celebrado, uma das partes, ou pessoa agindo em seu nome, fez, na Irlanda do Norte, algo em relação ao acordo;

(b) uma das partes que firmou o acordo assim procedeu na Irlanda do Norte (passando a integrá-lo em pessoa ou através de terceiros agindo em seu nome); ou

(c) em decorrência do acordo, uma das partes, ou pessoa agindo em seu nome, fez ou omitiu, na Irlanda do Norte, algo a seu respeito;

e o acordo estaria dentro do parágrafo (1) como um acordo relacionado ao cometimento de crime de mau uso de computador, não fosse o fato de que o crime, se cometido nos termos das intenções das partes, não seria passível de julgamento na Irlanda do Norte.”

(6) O parágrafo a seguir será incluído após o parágrafo (4) daquele artigo:

“(5) Na aplicação dessa Parte a um acordo ao qual se aplica o parágrafo (1A), qualquer referência a um crime será entendida como referência ao que seria o crime de mau uso de computador em questão, exceto

pelo fato de que não é um crime passível de julgamento na Irlanda do Norte.

(6) Neste artigo, "crime de mau uso de computador" significa um crime nos termos da Lei do Mau Uso de Computador de 1990."

(7) Os parágrafos a seguir serão incluídos após o artigo 3 (1) daquela Lei:

"(1A) Sujeito à seção 8 da Lei do Mau Uso de Computador de 1990 (pertinência de lei externa), se este parágrafo aplica-se a um ato, o que a pessoa que o cometeu tinha em mente será tratado como um crime ao qual este artigo se aplica.

(1B) O parágrafo (1A) acima aplica-se a um ato se:

(a) este é cometido na Irlanda do Norte; e

(b) ele se enquadrasse dentro do parágrafo (1) como mais do que mera preparação para o cometimento de crime nos termos da seção 3 da Lei do Mau Uso de Computador de 1990, não fosse o fato de que o crime, se efetivamente cometido não seria crime passível de julgamento na Irlanda do Norte."

(8) Na seção 8:

(a) a referência na subseção (2) da seção 1 (1A) da Lei do Código Penal de 1977 será entendida como referência ao artigo 9 (1A) daquela Lei; e

(b) a referência na subseção (3) da seção 1 (1A) da Lei das Tentativas de Cometimento de Crime de 1981 será entendida como referência ao artigo 3 (1A) daquela Lei.

(9) As referências nas seções 9 (1) e 10 à Inglaterra e País de Gales serão entendidas como referências à Irlanda do Norte.

(10) Na seção 11, no lugar da subseção (1) leia-se:

"(1) Um tribunal de pequenas causas para uma divisão de condado na Irlanda do Norte poderá ouvir e decidir a respeito de uma queixa relativa a um crime nos termos da seção 1 acima ou realizar uma investigação preliminar ou inquérito preliminar do crime nos termos daquela seção, se:

(a) o acusado estava naquela divisão quando realizou o ato que fez com que o computador executasse a função; ou

(b) o computador contendo programa ou dados aos quais o acusado obteve ou tencionava obter acesso não-autorizado através daquele ato, estava naquela divisão naquela ocasião."

c a subseção (6) será omitida.

(11) A referência na seção 12 (3) à seção 6 (3) da Lei do Código Penal de 1967 será entendida como referência à seção 6 (2) da Lei do Código Penal (Irlanda do Norte) de 1967.

(12) Na seção 14:

- (a) a referência na subseção (1) a um juiz de comarca será entendida como referência a um juiz de tribunal de condado; e
- (b) a referência na subseção (2) à seção 9 (2) da Lei das Provas Policiais e Criminais de 1984 será entendida como referência ao artigo 11 (2) da Lei das Provas Policiais e Criminais (Irlanda do Norte) de 1989.

17. (1) As seguintes disposições desta seção aplicam-se à interpretação desta Lei.

(2) Uma pessoa obtém acesso a programa ou a dados armazenados em um computador, se, ao fazer com que o computador execute alguma função, ela:

- (a) alterar ou apagar o programa ou os dados;
- (b) copiá-lo ou transferi-lo a qualquer meio de armazenamento que não aquele em que está armazenado, ou transferi-lo para outra localização no meio de armazenamento em que estiver armazenado;
- (c) usá-lo; ou
- (d) extraí-lo do computador em que estiver armazenado (fazendo com que o computador exiba-o, ou através de qualquer outro meio);

e as referências ao acesso a um programa ou a dados (e à intenção de obter tal acesso) serão entendidas dessa forma.

(3) Para fins da subseção (2) (c) acima, uma pessoa utiliza um programa se a função que fizer ser executada pelo computador:

- (a) causar a execução do programa; ou
- (b) é, ela mesma, função do programa.

(4) Para os fins da subseção 2 (d) acima:

- (a) um programa está exibido se as instruções que o compõem estão exibidas; e
- (b) é irrelevante a forma em que tais instruções ou quaisquer outros dados são exibidos (e em particular, se representa, no caso de instruções, uma forma na qual podem ser executadas, ou, no caso de dados, uma forma em que são capazes de ser processadas por um computador).

(5) O acesso de qualquer tipo, por qualquer pessoa, a qualquer programa ou dados armazenados em um computador é não-autorizado se:

(a) a pessoa não está autorizada a controlar o acesso do tipo em questão ao programa e aos dados; e

(b) a pessoa não tem permissão, dada por pessoa com autorização para tal, para, ele próprio, efetuar o acesso do tipo em questão ao programa ou aos dados.

(6) Referência a qualquer programa ou dados armazenados em um computador incluem referências a qualquer programa ou a dados armazenados em qualquer meio de armazenamento removível, que por ora encontra-se no computador; e um computador deve ser considerado como contendo qualquer programa ou dados armazenados em tal meio.

(7) Ocorre alteração do conteúdo de um computador se, pela execução de qualquer função do computador em questão ou de qualquer outro computador:

(a) qualquer programa ou dados armazenados no computador em questão forem alterados ou apagados; ou

(b) qualquer programa ou dados forem adicionados ao seu conteúdo;

e qualquer ato que contribua para a ocorrência de tal alteração será considerado como causador da mesma.

(8) Tal alteração é não-autorizada se:

(a) a pessoa cuja ação causa a alteração não está autorizada a decidir se a alteração deve ser feita; e

(b) esta pessoa não tem permissão, de pessoa autorizada para tal, para efetuar a alteração.

(9) As referências ao país em questão serão entendidas nos termos da seção 4 (6) acima.

(10) Referências a um programa incluem referências à parte de um programa.

18. (1) Esta lei pode ser citada com a Lei do Mau Uso de Computador de 1990.

(2) Esta lei entrará em vigor dois meses após sua aprovação.

(3) Não terá ocorrido crime nos termos desta lei, a não ser que cada ato ou outro evento que necessitem ser provados para a condenação pelo crime tenha ocorrido após a entrada em vigor desta lei.

(Tradução: ISTVAN VAJDA, PATRICIA ZIMBRES, VANIRA TAVARES, tradutores do Senado Federal)

Projeto de Lei do Senado dos Estados Unidos da América sobre Proteção das Populações Indígenas na América Central e do Sul

102.^a Legislatura

1.^a Sessão Legislativa

S. 748

Para auxiliar os povos indígenas da América Central e do Sul a assumirem papéis marcantes e representativos nas instituições e nas práticas democráticas de suas nações, bem como ajudá-los a proteger sua terra e suas culturas.

NO SENADO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA
21 DE MARÇO DE 1991 (dia legislativo, 6 de fevereiro)

Sr. CRANSTON (por ele mesmo e pelos Senhores Kennedy, Kerry, D'Amato e Wirth) apresentou o seguinte projeto de lei, que foi lido duas vezes e encaminhado à Comissão de Relações Exteriores.

PROJETO DE LEI

Para auxiliar os povos indígenas da América Central e do Sul a assumirem papéis marcantes e significativos nas instituições e nas práticas democráticas de suas nações, bem como ajudá-los a proteger sua terra e suas culturas.

Seja decretado pelo Senado e pela Câmara dos Deputados dos Estados Unidos da América, no Congresso reunidos,

SEÇÃO 1

Título Abreviado

Esta Lei poderá ser citada como "Lei Pan-Americana da Sobrevivência Cultural de 1991".

SEÇÃO 2

Declaração de Conclusões e Objetivo

(a) CONCLUSÕES — O Congresso conclui que:

(1) em 1992, as nações do Hemisfério Americano estarão comemorando o 500.^o aniversário da chegada dos europeus às nossas praias;

(2) nos últimos quinze anos, as nações da América Latina têm estado na linha de frente da tendência das nações em desenvolvimento rumo ao governo democrático;

(3) os povos indígenas da América Latina estão sub-representados nas instituições democráticas de suas nações e foram marginalizados dos benefícios econômicos e sociais do governo democrático e dos sistemas emergentes de livre iniciativa;

(4) muitos povos indígenas vivem em áreas cuja importância econômica e estratégica é sobrepujada por sua importância e sua contribuição para o meio ambiente; assim, um esforço para salvar a terra deverá necessariamente levar em conta não só a tradição dos povos indígenas de proteger a terra, mas também o interesse dos mesmos em que não sejam espoliados estes recursos naturais que estão-se esgotando rapidamente; e

(5) o primeiro passo no sentido do fortalecimento dos povos indígenas dentro do novo contexto democrático da América Latina é a capacidade dos povos nativos de proteger sua terra e suas culturas, e de adquirir e utilizar as habilidades políticas necessárias para preservá-las.

(b) OBJETIVO — Reconhecendo que fortalecer a democracia, a autodeterminação e os direitos humanos de todos os povos é fundamental para a política externa dos Estados Unidos, assim como proteger do esgotamento o patrimônio natural do Hemisfério Ocidental, tem esta Lei como objetivo ajudar a consolidar ainda mais a democracia no Hemisfério Ocidental através do auxílio aos povos indígenas para que assumam papéis marcantes e representativos nas instituições e práticas democráticas de suas nações, bem como auxiliá-los na proteção de suas terras e suas culturas.

SEÇÃO 3

Política

Será a política do Governo dos Estados Unidos a de apoiar os povos indígenas do Hemisfério Ocidental.

SEÇÃO 4

Exigência de Relatório

(a) EM GERAL — No máximo até 90 dias após a data de promulgação desta Lei, o Secretário de Estado, juntamente com o Administrador da Agência para o Desenvolvimento Internacional, deverá encaminhar à Comissão de Relações Exteriores e à Comissão de Dotações Orçamentárias do Senado, bem como à Comissão de Relações Exteriores e à Comissão de Dotações Orçamentárias da Câmara dos Deputados, um relatório do qual conste:

(1) o número relativo à população total dos povos indígenas em cada uma das repúblicas do Hemisfério Ocidental;

(2) até que ponto os povos indígenas estão atualmente representados nas instituições democráticas do Hemisfério Ocidental, como, por exem-

plo, o número de pessoas indígenas membros de gabinetes, líderes de partidos políticos, representantes parlamentares, membros do corpo diplomático, oficiais das forças armadas, membros dos escalões superiores do Judiciário e representantes de governos locais;

(3) todas as iniciativas atuais do Governo dos Estados Unidos visando promover o bem-estar dos próprios povos nativos assim como as iniciativas destinadas a proteger os bens, a cultura e o idioma desses povos;

(4) até que ponto as iniciativas atualmente em curso, tanto particulares quanto governamentais, visam promover a preservação do meio ambiente através da garantia dos direitos dos povos indígenas;

(5) medidas específicas que podem ser tomadas visando ao fortalecimento político dos povos indígenas, assim como a proteção de seus bens, de suas culturas, idiomas e bem-estar físico;

(6) as solicitações partindo de organizações não-governamentais, tais como "Cultural Survival, Inc." (Sobrevivência Cultural), o "National Endowment for Democracy" (Fundo Nacional para a Democracia) e a "Inter-American Foundation" (Fundação Interamericana), visando à obtenção de auxílio na formulação de estratégias para atingir esses objetivos; e

(7) as leis e acordos tratando da situação legal dos povos indígenas, listados por país.

(b) INCLUSÃO NO RELATÓRIO ANUAL DE DIREITOS HUMANOS — A Seção 116 (d) do "Foreign Assistance Act" (Lei de Auxílio a Países Estrangeiros) de 1961 (22 U.S.C. 215in (d) é emendada como segue:

(1) eliminando a palavra "e" ao fim do parágrafo 2.º;

(2) eliminando o ponto do fim do parágrafo 3.º e inserindo em seu lugar a palavra "e"; e

(3) inserindo ali o seguinte novo parágrafo:

"(4) o tratamento e a condição conferidos aos povos indígenas em todos os países estrangeiros do Hemisfério Ocidental."

SEÇÃO 5

Encarregados de Sobrevivência Cultural

(a) CRIAÇÃO DE CARGOS — O Administrador da Agência para o Desenvolvimento Internacional (AID) criará o cargo de Encarregado de Sobrevivência Cultural na missão da AID em qualquer país no qual, na opinião da Administração, os povos indígenas:

(1) estejam insuficientemente representados na vida política daquele país; ou

(2) poderiam beneficiar-se com o desenvolvimento de medidas destinadas à preservação de áreas significativas em termos ecológicos ou ambientais.

(b) OS DEVERES DOS ENCARREGADOS — Os deveres dos Encarregados de Sobrevivência Cultural, que deverão possuir experiência relevante em desenvolvimento democrático ou em questões de sobrevivência cultural, consistirão em desenvolver, junto aos povos indígenas interessados, as estratégias descritas na secção 4 (5).

SEÇÃO 6

Exigência de que Seja Levantada a Questão da Sobrevivência Cultural

(a) EM GERAL — O Secretário de Estado, juntamente com o Secretário do Tesouro incluirão, onde lhes parecer apropriado, o princípio da sobrevivência cultural dos povos indígenas em todas as iniciativas, bilaterais ou multilaterais, dirigidas à redução da dívida externa e todos os esforços devem ser envidados no sentido de criar trocas do tipo dívida-por-natureza (tal como definidas na secção 461 do Foreign Assistance Act) (Lei de Assistência a Países Estrangeiros) de 1961, na qual é reconhecido e estimulado o papel dos povos indígenas na proteção e preservação do meio ambiente.

(b) DENTRO DO EMPREENDIMENTO PARA A INICIATIVA DAS AMÉRICAS — É opinião do Congresso que o Presidente, ao decidir a respeito da execução de qualquer programa, projeto ou atividade de assistência à proteção ambiental em um país da América Latina, deverá levar em consideração o valor de tal atividade para a promoção da sobrevivência cultural dos povos indígenas.

SEÇÃO 7

Definição

Para os fins desta Lei, o termo “povos indígenas” significa aquelas nações, tribos, grupos ou seus povos:

- (1) que sejam nativos do Hemisfério Ocidental;
- (2) que estejam listados como “índios” nos registros nacionais; ou
- (3) que sejam reconhecidos como índios pelas próprias comunidades indígenas.

(Tradução: ISTVAN VAJDA, PATRICIA ZIMBRES, VANIRA TAVARES, tradutores do Senado Federal.)

Projeto de Lei na Câmara dos Deputados dos Estados Unidos da América sobre Proteção das Populações Indígenas no Mundo

CÂMARA DOS DEPUTADOS
22 DE MARÇO DE 1991

O Sr. GILMAN (por si mesmo e pelo Sr. Bereuter) submeteu o seguinte projeto de lei, que foi encaminhado à Comissão de Relações Exteriores.

PROJETO DE LEI (H.R. 1596)

Para proteger as populações indígenas do mundo.

Seja promulgado pelo Senado e pela Câmara dos Deputados dos Estados Unidos da América, no Congresso reunidos,

SEÇÃO 1

Título Abreviado

Esta lei poderá ser citada como “Lei Internacional de Proteção das Populações Indígenas de 1989”.

SEÇÃO 2

Conclusões

(a) DETERIORAÇÃO DA SITUAÇÃO DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS E TRIBAIS — O Congresso conclui o que se segue:

(1) A situação das populações indígenas e tribais nos países em desenvolvimento está se deteriorando em escala mundial.

(2) Muitas dessas populações enfrentam forte discriminação, cerceamento de direitos humanos, perda da liberdade cultural e religiosa, ou, nos piores casos, destruição física ou cultural.

(3) Se em muitas partes do mundo continuarem as atuais tendências, a diversidade cultural, social e lingüística da Humanidade será radical e irreversivelmente reduzida.

(4) Além disso, perder-se-á um imenso depósito não-documentado de conhecimentos ecológicos, biológicos e farmacológicos, bem como um acervo incomensurável de expressão cultural, social, religiosa e artística, que juntos constituem parte do patrimônio coletivo da espécie humana.

(5) As pressões sobre os povos indígenas e tribais, que constituem cerca de 10% da população mundial, incluem o cerceamento de direitos civis e políticos e de oportunidades de autodeterminação, a destruição dos

recursos naturais necessários à sobrevivência e a marginalização étnica, racial e econômica.

(6) Em muitos casos, uma política de desenvolvimento imprevidente, que resulta na destruição dos recursos naturais, representa uma grave ameaça à sobrevivência física dos povos indígenas e tribais, assim como à sua autonomia cultural, minando também, com frequência, a possibilidade de desenvolvimento econômico sustentável a longo prazo.

(7) A perda da diversidade cultural dos povos indígenas e tribais não é um processo natural ou inevitável.

(8) Em razão da preocupação e do respeito que os Estados Unidos têm para com os direitos humanos e para com liberdades humanas fundamentais, aí incluindo os direitos de expressar preferências culturais e religiosas, assim como o desejo, por parte dos Estados Unidos, de que seja alcançado um desenvolvimento econômico sustentável, fazem com que caiba aos Estados Unidos um papel de liderança no tratamento dos direitos dos povos indígenas e tribais à sobrevivência física e cultural.

(b) DEFINIÇÃO DE POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS — Os povos indígenas e tribais em países em desenvolvimento são aquelas populações que são étnica, cultural ou socialmente distintas da sociedade politicamente dominante, a nível regional ou nacional. Esses povos, muitas vezes (mas não sempre) são minorias e, invariavelmente têm pouca, se é que alguma, representação ou influência política nos governos. Muitos desses povos integram-se marginalmente nas economias de mercado e exercem alguma forma de atividade econômica tradicional, total ou parcialmente de subsistência. Exemplos de povos indígenas ou tribais incluem lowlands, índios sul-americanos de terras baixas, Barsawa de Botswana e Namíbia, os índios maias na América Central e as tribos cadastradas na Índia.

SEÇÃO 3

A Promoção e a Proteção dos Direitos dos Povos Indígenas e Tribais

O Secretário de Estado e o Administrador da Agência para o Desenvolvimento Internacional deverá garantir:

(1) que a política externa americana e o auxílio, por parte dos Estados Unidos, a países estrangeiros dos Estados Unidos promovam com vigor os direitos dos povos indígenas e tribais de todo o mundo; e

(2) que não seja concedido pelos Estados Unidos auxílio externo a nenhum projeto ou programa que possa ser danoso aos direitos de povos indígenas ou tribais ou às atividades que garantam sua subsistência.

Os direitos dos povos indígenas ou tribais a serem promovidos e protegidos, nos termos desta seção, incluem o direito de conservar suas tradições, costumes e instituições culturais, religiosas, ou de qualquer outra natureza.

SEÇÃO 4

Relatório Básico sobre os Povos Indígenas e Tribais

(a) OBJETIVO — O objetivo desta seção e da seção 5 é auxiliar a:

(1) direcionar o auxílio futuro a países estrangeiros, bem como outras ações por parte dos Estados Unidos, que possam afetar povos indígenas e tribais; e

(2) viabilizar ações dos Estados Unidos de assistência a esses povos.

(b) ELABORAÇÃO DE RELATÓRIO — O Administrador da Agência para o Desenvolvimento Internacional, juntamente com o Secretário de Estado, deverá elaborar um relatório sobre os povos indígenas e tribais nos países em desenvolvimento. Desse relatório deverá constar o que se segue:

(1) Uma descrição da situação econômica, política e social dos povos indígenas e tribais.

(2) Um exame dos efeitos, sobre os povos indígenas e tribais, da assistência bilateral dos Estados Unidos a países estrangeiros, bem como da assistência multilateral apoiada pelos Estados Unidos, incluindo uma descrição dos projetos e atividades atualmente financiados pela Agência para o Desenvolvimento Internacional:

(A) que tenham um impacto positivo sobre os povos indígenas e tribais; ou

(B) que tenham um impacto negativo sobre os povos indígenas e tribais.

(3) Uma estratégia abrangente para permitir o acompanhamento regular e a melhoria da situação dos povos indígenas e tribais, incluindo:

(A) uma descrição da metodologia e das diretrizes a serem utilizadas na execução do acompanhamento exigido pela seção 5; e

(B) uma descrição das ações específicas que a Agência para o Desenvolvimento Internacional se propõe a desenvolver para melhorar a situação dos povos indígenas e tribais.

(c) CONSULTAS COM ONGs (Organizações Não-Governamentais) — O Administrador deverá consultar organizações não-governamentais com experiência em acompanhamento de povos indígenas e tribais e em elaboração de relatórios sobre os mesmos, e ainda outras pessoas interessadas, durante a preparação do relatório exigido pela subseção (b), mas especialmente:

(1) na determinação do alcance do citado relatório; e

(2) no desenvolvimento da metodologia a ser usada na elaboração do relatório.

(d) **ENCAMINHAMENTO AO CONGRESSO** — No máximo até seis meses após a data de promulgação desta Lei, o Administrador deverá encaminhar ao Congresso o relatório elaborado de acordo com a subseção (b).

SEÇÃO 5

Acompanhamento Relativo aos Povos Indígenas e Tribais

(a) **ACOMPANHAMENTO** — A Agência para o Desenvolvimento Internacional (em colaboração com o Departamento de Estado) deverá, com regularidade, coletar informações sobre os povos indígenas e tribais nos países em desenvolvimento e analisar sua situação.

(b) **UTILIZAÇÃO DE ONGs** (Organizações Não-Governamentais) — No cumprimento da subseção (a), a Agência deverá, sempre que conveniente, utilizar-se de organizações não-governamentais que possuam experiência no acompanhamento e na elaboração de relatórios a respeito de povos indígenas e tribais.

(c) **RELATÓRIOS ANUAIS AO CONGRESSO** — Quando estiver completa a execução do relatório exigido pela seção 4, o Administrador da Agência para o Desenvolvimento Internacional deverá submeter ao Congresso, até 1.º de fevereiro de cada ano, um relatório que:

(1) apresente os resultados do acompanhamento de povos indígenas e tribais, conduzido nos termos da subseção (4);

(2) atualize as informações constantes no relatório apresentado nos termos da seção 4; e

(3) descreva as atividades que a Agência para o Desenvolvimento Internacional propõe-se a financiar no ano fiscal subsequente, visando ao enfrentamento dos problemas que afetam os povos indígenas e tribais dos países em desenvolvimento, especificando quais atividades serão executadas pela Agência e quais serão de responsabilidade de organizações não-governamentais.

SEÇÃO 6

Relatório Anual sobre Direitos Humanos

Em cada relatório apresentado ao Congresso, nos termos das seções 116 (d) e 502B (b) da Lei de Auxílio a Países Estrangeiros de 1961, o Secretário de Estado deverá incluir uma descrição da prática de cada país no que se relaciona à observância e ao respeito pelos direitos humanos, tais como reconhecidos a nível internacional, dos povos indígenas e tribais daquele país.

(Tradução: ISTVAN VAJDA, PATRICIA ZIMBRES, VANIRA TAVARES, tradutores do Senado Federal.)

Obras Publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

Os pedidos a serem atendidos através da ECT deverão ser acrescidos de 50% (cinquenta por cento) de seu valor, para a cobertura das respectivas despesas postais, acompanhados de cheque nominal à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal ou de vale postal remetido à agência APT Senado.

Deixamos de atender pedidos por reembolso postal em virtude de o preço de várias publicações desta Subsecretaria estar abaixo do mínimo exigido pela ECT para remessa através do referido sistema.

Não estão relacionadas as obras esgotadas.

Posto de Venda no Senado Federal: Via nº 2 — Unidade de Apoio I (fundos do CEGRAF, pelo estacionamento à direita deste) — Praça dos Três Poderes — CEP 70165 — Brasília, DF — Telefones: (061) 311-3578 e 311-3579. Fax: (061) 321-7333. Telex: (061) 1357.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. N.ºs 10, 12, 13/14, 17, 18, 46, 62, 79 a 85, 87 a 110.

Cr\$ 1.000,00

— Periódico trimestral de pesquisa jurídica. Lançamento: jan./mar. 1964, com circulação ininterrupta.

ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA N.º 1 a 100.

Distribuição gratuita aos assinantes da Revista

- Conteúdo: índice temático dos artigos publicados; índice onomástico dos autores (colaboradores); sumários.
- Editado de 10 em 10 números. Índices já publicados: 1 a 10; 1 a 20; 1 a 30; 1 a 40; 1 a 50; 1 a 60; 1 a 70; 1 a 80; 1 a 90; 1 a 100.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL — QUADRO COMPARATIVO

- Texto de 1988 comparado às Constituições de 1946 e 1967 e à Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. Índice temático e tabelas.

Cr\$ 7.000,00

CONSTITUIÇÕES DO BRASIL. 2 volumes; edição de 1986.

Cr\$ 1.000,00

- *Volume 1:* Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1946 e 1967 e suas alterações; Texto da Emenda n.º 1/69 consolidado.
- *Volume 2:* Índice temático comparativo de todas as Constituições.

CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS. Série, com 6 volumes publicados; edição de 1987.

Cr\$ 500,00 cada volume

- *Volume 1:* Alemanha (República Democrática); Bulgária; Hungria; Polónia; Roménia; Tchecoslováquia.
- *Volume 2:* Costa Rica; Nicarágua.
- *Volume 3:* Angola; Cabo Verde; Moçambique; São Tomé e Príncipe.
- *Volume 4:* Dinamarca; Finlândia; Noruega; Suécia.
- *Volume 5:* Áustria; Iugoslávia.
- *Volume 6:* Coréia; Filipinas; Suriname.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS. 4 volumes; edição de 1984, com suplemento de 1986.

Cr\$ 1.500,00

LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA. 7.^a edição atualizada, com as normas das eleições de 1992.

Cr\$ 2.000,00

- *Código Eleitoral*; *Lei de Inelegibilidade*; *Lei Orgânica dos Partidos Políticos*; legislação correlata. Índices.
- Eleições de 1990: instruções do TSE.

SISTEMAS ELEITORAIS DO BRASIL (1821-1988). Edição de 1990.

Cr\$ 500,00

CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

Cr\$ 800,00

- Lei n.º 6.029/90; legislação correlata. Índice temático.

CÓDIGO CIVIL — ANTEPROJETOS. 6 volumes; edição de 1989.

Cr\$ 2.000,00

- *Volume 1*: Anteprojeto de Código de Obrigações — Parte Geral (1941); Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (1964).
- *Volume 2*: Anteprojeto de Código Civil (1963); Anteprojeto de Código Civil — revisto (1964).
- *Volume 3*: Anteprojetos de Código de Obrigações: Negócio Jurídico, Obrigações em geral, Contratos e outros títulos de ordem geral (1963); Sociedades e exercício da atividade mercantil (1964); Títulos de Créditos (1964).
- *Volume 4*: Projetos do Governo Castello Branco: Projeto de Código Civil (1965); Projeto de Código de Obrigações (1965).
- *Volume 5*: — *Tomo 1*: Anteprojeto de Código Civil (1972).
Tomo 2: Anteprojeto de Código Civil — revisto (1973); índice temático comparativo (volumes 1 a 5).

LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS. 3 volumes; 2.^a edição — 1987.

Cr\$ 1.500,00

— Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados.

— Índice temático comparativo.

ESTATUTO DO MENOR E DO ADOLESCENTE

Cr\$ 1.000,00

— Lei n.º 6.029/90; legislação correlata. Índice temático.

IK — O ESTADISTA DO DESENVOLVIMENTO

Cr\$ 2.000,00

OBRAS NO PRELO

CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS DO BRASIL

— Textos de 24 Estados, promulgados em 1989. Índice temático comparativo.

MEIO AMBIENTE — LEGISLAÇÃO

(2.^a edição atualizada)

— Atos internacionais; Código Florestal; Código de Mineração; legislação federal.

REGIMENTOS INTERNOS: SENADO FEDERAL — CÂMARA DOS DEPUTADOS — COMUM (CONGRESSO NACIONAL)

TEXTOS POLÍTICOS DA HISTÓRIA DO BRASIL

PROCESSO LEGISLATIVO

DADOS BIOGRÁFICOS DOS PRESIDENTES DO SENADO FEDERAL
— 1826 A 1993

ANAIS DO SENADO FEDERAL

ANAIS DO CONGRESSO

DECRETOS-LEGISLATIVOS

RESOLUÇÕES DO SENADO FEDERAL

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

(Números 109 a 112 — jan./mar. a out./dez. 1991)

Cr\$ 4.500,00

O preço está acrescido de 50% de seu valor para a cobertura das despesas postais.

Os pedidos deverão ser acompanhados de cheque nominal à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal ou de vale postal remetido à agência APT Senado.

Autorizo a remessa dos números 109 a 112 da Revista de Informação Legislativa para o endereço abaixo discriminado:

Nome:

Endereço:

CEP: Cidade UF:

Data: / / Assinatura:

Obs.: O Índice da Revista de Informação Legislativa (nºs 1 a 100) é de distribuição gratuita aos assinantes.

**REDE DE BIBLIOTECAS DEPOSITÁRIAS DAS
PUBLICAÇÕES DA SUBSECRETARIA DE
EDIÇÕES TÉCNICAS**

Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Tribunal de Contas da União
Presidência da República
Ministérios
Procuradoria-Geral da República
Consultoria-Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Superior Tribunal de Justiça
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias-Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Secções Regionais)
Faculdades de Direito

Estas Bibliotecas recebem, regular e gratuitamente, todas as obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

28 GENEALOGIA
DE
OS
anos

O.S. 1908/91