

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

OUTUBRO / DEZEMBRO 1994 • BRASÍLIA • ANO 31 • Nº 124

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 31 • n.º 124
outubro/dezembro — 1994

Editor:
João Batista Soares de Sousa



SENADO FEDERAL
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade
Presidente do Senado Federal — 1961-1967
Isaac Brown
Secretário-Geral da Presidência — 1946-1967
Leyla Castello Branco Rangel
Diretora — 1964-1988

ISSN 0034-835-x

Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III
Praça dos Três Poderes
70.165-900 – Brasília, DF

EDITOR

Diretor: João Batista Soares de Sousa

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA

Angelina Almeida Silva e Mário Simões

COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO

Centro Gráfico do Senado Federal

CAPA

Paulo Cervinho e Cícero Bezerra

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA ano 1- nº 1- mar. 1964-. Brasília, Senado Federal.
v. trimestral.

Ano 1-3, nº 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, nº 11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- , nº 34- , publ. pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

1. Direito — Periódicas. I. Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. II. Sousa, João Batista Soares de, dir.

CDD 340.05

CDU 34(05)

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 31 · nº 124 · outubro/dezembro — 1994

Antônio Souza Prudente
Sérgio Sérvulo da Cunha
Carlos Frederico de Oliveira
Pereira

Antônio de Pádua Ribeiro
Ivan Lira de Carvalho

Edilson Pereira Nobre Júnior
Erickson Gavazza Marques

Isabel Vaz

Luiz Antônio Soares Hentz

Vanessa Oliveira Batista

Fábio Bittencourt da Rosa
Adhemar Ferreira Maciel
José Carlos Buzanello
Marcus Siqueira da Cunha

Luís Afonso Heck

Márcia Walquiria Batista dos
Santos
João de Lima Teixeira Filho

Luiz Olavo Baptista
Anderson Cavalcante Lobato

Antonio Carlos Volkmer

Poder Judiciário e controle externo 5
Acesso à Justiça 9

A inconstitucionalidade do art. 88, II, letra *a* do CPM
– ofensa ao princípio da isonomia 13

Das nulidades 21

O descumprimento de ordem judicial por funcionário
público 27

O novo perfil da liquidação de sentença 35

Proteção de emblemas, logotipos e sinais distintivos
pertencentes às entidades esportivas 41

Nova legislação antitruste brasileira. Aspectos regu-
lamentares e institucionais 51

A lei aplicável e a norma de direito interno nas rela-
ções de Direito Internacional Privado. A Con-
venção de Viena de 1980 75

O Ministério Público do Trabalho e as ações relati-
vas aos interesses difusos 77

Judiciário: diagnóstico da crise 87

Due process of law 95

Epistemologia jurídica 101

O princípio da subsidiariedade na União Européia
111

O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-
constitucional alemã 115

Direito de propriedade e direito de construir 135

A organização sindical na Constituição Federal de
1988 143

Solução de divergências no Mercosul 155

Para uma nova compreensão do sistema misto de
controle de constitucionalidade: a aceitação do
controle preventivo 169

Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária
179

Salomão Almeida Barbosa	Fac-símile (fax) – Utilização para a prática de atos processuais. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 185
Negi Calixto	O processo cautelar no Direito Internacional Privado 191
Jean Thibaud	A recente evolução do mercado francês 197
Manoel Adam Lacayo Valente	Exigência de concurso público para provimento de vagas nos serviços notariais e de registro: um enfoque constitucional 201
Ricardo Rodrigues	Pesquisas eleitorais: impacto e regulamentação 205

Poder Judiciário e controle externo

ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE

Hoje, como dantes e no amanhã, precisamos de um Poder Judiciário que, na atuação de seus membros, edifique em sabedoria, moralidade e independência, na administração da Justiça.

As garantias da vitaliciedade no cargo, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos foram outorgadas, constitucionalmente, aos magistrados (CF, art. 95), não como benesse individual, mas, para o exercício da boa, rápida, imparcial e eficaz distribuição da Justiça. Tais garantias, antes de se configurarem um privilégio do juiz, prestam-se à serventia do jurisdicionado.

De ver-se, ainda, que o advogado e o representante do Ministério Público, por serem indispensáveis à administração da Justiça, se apresentam como autênticos magistrados de pé, integrando, necessariamente, o Poder Judiciário no Estado moderno, cuja atividade primária é resolver conflitos e controvérsias através de órgãos jurisdicionais dotados de independência e imparcialidade, pois os indivíduos, a quem já não se permite fazer justiça pelas próprias mãos, investiram-se, na ordem jurídica, do direito de ação e de exigir do Estado o dever correlato da Jurisdição.

Não se deve olvidar que um dos mandamentos essenciais do advogado, desde Santo Ivo, no século XIII, é o de lutar pelo direito; porém, quando encontrar o direito em conflito com a justiça, haverá de lutar pela justiça, certo de que “a advocacia é uma fatigante e árdua atividade posta a serviço da Justiça”.¹

Antônio Souza Prudente é Juiz Federal da 6.ª Vara, Diretor do Foro e Presidente do Centro de Estudos da Seção Judiciária do Distrito Federal; Professor titular de Processo Civil da AEUDF; Ex-Procurador da República; Ex-Assessor do Tribunal Federal de Recursos – TFR.

¹ COUTURE, Eduardo J. – *Os Mandamentos do Advogado* – Tradução de Ovidio A. Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde – Sérgio Antônio Fabris Editor – Porto Alegre (RS) – 1979 – p. 7.

Afiguram-se bem apropriadas, aqui, as lições do jurista e advogado exemplar Eduardo Couture, quando afirma que "o direito não é um fim, mas um meio. Na escala dos valores não aparece o direito. Aparece, no entanto, a justiça, que é um fim em si, e a respeito da qual o direito é tão-somente um meio para atingi-la. A luta deve ser, pois, a luta pela justiça. As questões não se dividem em pequenas ou grandes, mas em justas ou injustas. Nenhum advogado é demasiadamente rico para recusar causas justas porque sejam pequenas, nem tão pobre para aceitá-las, quando injustas, por serem grandes. Muitos advogados, por confundirem os meios com o fim, mesmo de boa-fé, crêem aplicável ao litígio fadado ao insucesso a máxima médica que aconselha prolongar a todo custo a vida do enfermo, à espera de que se produza um milagre. Os incidentes prolatórios, assim como os recursos infundados, constituem uma subversão de valores. Poderão todos esses ardis forenses ser eficazes em alguma oportunidade; entretanto, muito raramente serão justos. Em algum caso, poderão significar uma vitória ocasional, mas, na luta, o que importa é ganhar a guerra e não simples batalhas. E se, em determinado caso, algum advogado haja vencido a guerra mediante ardil, não esqueça que, na vida de um advogado, a guerra é sua própria vida, e não efêmeras batalhas."²

Contraria, a todo modo, os princípios democráticos do estado de direito, o acesso aos tribunais, que prescindia dos critérios constitucionais da presteza, do aprimoramento e da segurança no exercício da Jurisdição (CF, art. 93, inciso II, c), seja a promoção por antiguidade ou merecimento.

Os tribunais, entretanto, violam a Constituição, quando não aferem, objetivamente, o merecimento de seus juízes, nas listas de promoções, que se formam, a esse título, na condução, muitas vezes, dos laços deletérios do nepotismo.

Na indispensável revisão constitucional, impõe-se a fixação de critérios objetivos, para o acesso aos tribunais, não sendo descartável a hipótese de exigência de concurso público de provas e títulos, com ampla defesa recursal, para aferição efetiva do *notável saber jurídico* – que deixará de ser uma expressão vazia de conteúdo prático, para tornar-se mais uma garantia do eficiente exercício da Jurisdição, com o respal-

do ético da investigada reputação ilibada do magistrado, afastando-se, assim, os perniciosos sentimentos de grupos elitistas, as amizades escusas e os inescandíveis vezos do nepotismo, que garantem os apaniguados e obscurecem e alijam, por desestímulo, do seio da magistratura, os portadores de reais méritos.

Com a extinção do Conselho Nacional da Magistratura, pela Constituição atual, urge a aprovação e promulgação do novo Estatuto da Magistratura Nacional, onde se prevê a criação do Conselho Nacional de Administração da Justiça, como órgão de controle da atividade judicial, tendo, entre outras finalidades, a de zelar pela autonomia do Poder Judiciário, bem como pelo respeito às prerrogativas e pelo cumprimento dos deveres da magistratura (arts. 81 e 82 do Anteprojeto do EMN).

Penso, a todo modo, que, para a boa e rápida prestação jurisdicional e maior respeitabilidade do Judiciário, devem ser criados no almejado Estatuto da Magistratura Nacional, outros controles, que sejam mais diretos, abrangentes e eficazes da atividade judicial, tais como as Corregedorias colegiadas, como participação efetiva de representantes da Ordem dos Advogados e do Ministério Público, em todos os tribunais, e a limitação legal da carga de feitos processuais, por juiz e Vara, em todas as instâncias, com publicação obrigatória da estatística mensal da produtividade de cada magistrado, perante o órgão jurisdicional, que integra, numa demonstração inequívoca de transparência democrática, em todos os graus de jurisdição, como prestação de contas regular da atuação judicial aos jurisdicionados, que custeiam essa atividade, com o pagamento de impostos.

A atividade censória e correccional, em todos os juízos singulares e tribunais, bem assim, nos órgãos essenciais à administração da justiça, vem de se impor, como reclamo popular, para o engrandecimento e a respeitabilidade do Poder Judiciário, em seu conjunto orgânico, sob pena de se tornarem as Cortes de Justiça centros oficiais de amparo à impunidade disciplinar de alguns magistrados não vocacionados – se bem que ainda poucos – comprometendo a imagem impoluta e o bom nome da instituição.

Queremos, sem dúvida, um Judiciário independente e respeitável, de sólida formação moral e intelectual, guiado pelo sentimento comum de nacionalidade, de amor a seu povo e ao estado de direito, com rápida e segura distribuição

² COUTURE, Eduardo J., op. cit., pp. 40-41.

da Justiça, para o renascimento da paz.

Pela inteligência do Alto Pretório em exposição de motivos, que encaminhara ao Presidente da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Complementar, que dispõe sobre o Estatuto da Magistratura Nacional, creio que os controles acima propostos, no plano administrativo do Poder Judiciário, em nada afetarão "a intocável independência dos magistrados, singularmente considerados, ou dos tribunais, no exercício de sua competência jurisdicional. A independência dos juízes, no desempenho da atividade de distribuir justiça, não os torna imunes à censura; ao contrário, órgãos de um dos Poderes do Estado, cumpre-lhes dar contas dos serviços que lhes incumbe prestar, com probidade e eficiência. Integram-se, todavia, em uma estrutura hierárquica.

Seus atos estão sujeitos a recursos e reclamações, previstos na Constituição e nas leis. Não é possível, no interesse dos cidadãos, cujos direitos, liberdades, garantias e prerrogativas são amparados, precisamente, pela ação independente dos magistrados e dos tribunais, que órgãos estranhos ao Poder Judiciário ou integrados por autoridades não-judiciárias logrem condições de exercer qualquer forma de constrangimento, influência ou pressão no ânimo dos julgadores, já pela fiscalização do merecimento das decisões, já pela aferição de seu conteúdo, com base em razões de conveniência política ou, o que será ainda pior, por fundamentos ideológicos."³

Nesse contexto, não há como se conceber um controle externo do Judiciário, direcionado a interferir na independência da Magistratura, cuja razão de ser está em ser livre para garantir a liberdade de todos, na Democracia.

Aos protagonistas da criação desse controle incontrolável, que mais se assemelharia a um ameaçador "Tribunal de Exceção", incompatível com o nosso estado de direito, respondemos com a séria advertência de Pimenta Bueno, buscada nos idos de 1857, nesta voz: "Tirai a independência ao Poder Judiciário e vós lhes tirareis sua grandeza, sua força moral, sua disponibilidade; não tereis mais magistrados, e sim comissários, instrumentos ou escravos de um outro poder (...). Não é pois no amor, ou no interesse dos juízes, que o princípio vital de

sua independência deva ser observado como um dogma, e sim, por amor dos grandes interesses sociais."⁴

A vingar o conspirado controle externo do Judiciário, na forma preconizada pelos feitores da mídia nacional, pudera eu vestir a túnica senatorial do grande Cícero, para increpá-lo, como o fizera a Catilina, em seu famoso discurso, que, ainda, ecoa, nos longes da História: "Até quando abusarás tu de nossa paciência, Catilina? Tu não vês que teus projetos estão descobertos? Que tua conjuração está aqui cercada de testemunhas, encadeada por toda a parte? Pensas tu que algum de nós ignore o que tu fizeste à noite passada e na que a precedeu: em que casa estiveste: quais os cúmplices que reuniste: quais as resoluções que tomaste? Ó tempos, ó costumes! Todas essas conspirações, o Senado as conhece, o cônsul as vê, e Catilina vive ainda! Vive: que digo? Ele vem ao Senado; é admitido nos Conselhos da República; escolhe entre nós e marca com os olhos aquele que ele quer imolar".⁵

Não creio na existência desse indecifrável controle externo da Magistratura, cujos mecanismos de controle já se encontram em nosso ordenamento jurídico, onde se destaca o instrumento da ação popular (CF, art. 5.º, inciso LXIII).

Fiquemos, assim, aqui, com os nobres ensinamentos de Rui:

"Preservai, juízes de amanhã, preservai vossas almas juvenis desses baixos e abomináveis sofismas. A ninguém importa mais do que à magistratura fugir do medo, esquivar humilhações, e não conhecer covardia. Todo o bom magistrado tem muito de heróico em si mesmo, na pureza imaculada e na plácida rigidez, que a nada se dobre, e de nada se tema, senão da outra justiça, assente, cá embaixo, na consciência das nações, e culminante, lá em cima, no juízo divino. Não tergiverseis com as vossas responsabilidades, por mais atribulações que vos imponham e mais perigos a que vos expo-

⁴ PIMENTA BUENO, José Antônio - *Direito Público e Análise da Constituição do Império* - Prefácio do Ministro Scabra Fagundes - Senado Federal Brasília (DF) 1978 p. 324.

⁵ BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de (apud) - *Proteção aos Fracos* - Conferência lida no Instituto dos Advogados, em 28.11.1957 - 2.ª tiragem - 1958, p. 14.

³ SANCHEZ, Sydney - *Exposição de Motivos ao Projeto de Lei Complementar, que dispõe sobre o Estatuto da Magistratura Nacional* - Mensagem n.º 92/1992 - DJU de 21.12.92 - Seção I, p. 24.722.

nam. Nem receeis soberanias da terra: nem a do povo, nem a do poder. O povo é uma torrente, que rara vez se não deixa conter pelas ações magnânicas. A intrepidez do juiz, como a bravura do soldado, o arrebatam e fascinam. Os governos investem contra a justiça, provocam e

desrespeitam a tribuna, mas, por mais que lhes espumem contra as sentenças, quando justas, não terão por muito tempo, a cabeça erguida em ameaça ou desobediência diante dos magistrados, que os enfrentam com dignidade e firmeza.”⁶

⁶ BARBOSA, Rui - *Discursos, Orações e Conferências* - v. II - t. II - Livraria Editora Iracema Ltda. - *Oração aos Moços* - pp. 429/430.

Acesso à Justiça

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

*Se não há justiça não há lei.
Se não há lei multiplicam-se os
delitos e litígios.
Se os delitos e litígios se multiplicam,
paralisa-se a justiça.*

O problema do acesso à justiça, no Brasil, sempre foi tratado – ao menos até a década de 80 – como um tema exclusivo dos operadores jurídicos, e pertinente às possibilidades de acesso ao Poder Judiciário. Era visto, quando muito, no âmbito do que se designava “assistência judiciária”, ou seja, a tutela do Estado para os reconhecidamente pobres, que podiam ingressar em juízo com advogado dativo e isenção de taxas judiciais.

Esse enfoque não arranhava a arquitetura tradicional do Judiciário brasileiro, esboçada desde o início da República para atender aos conflitos entre proprietários, e que atravessou incólume o surto modernizador da década de 30 e o surto desenvolvimentista da década de 50. É verdade que, a partir do primeiro desses surtos, com o aparecimento do Direito do Trabalho, os assalariados já tinham sido incluídos na clientela judiciária, em função dos litígios potenciais com seus patrões; e é verdade que, com a urbanização e o surto desenvolvimentista da década de 50, as classes médias transformaram-se também em clientes potenciais, tendo em vista principalmente as relações de família, de consumo, de trânsito, de moradia.

A expansão da atividade estatal, ocorrida durante o regime militar, publicizou grande parte das relações jurídicas. As Varas especializadas das fazendas públicas (dos Municípios, dos Estados federados, da União) passaram a receber enormes quantidades de pleitos, que não tinham condição material de processar e deci-

Sérgio Sérvulo da Cunha é advogado.

Apresentado ao primeiro Congresso Internacional Interdisciplinar “A Justiça e a Advocacia frente ao século XXI”, promovido pela Associação de Advogados de Buenos Aires, Buenos Aires, setembro de 1994.

dir. Data desse mesmo período a criação da Justiça Federal, o congestionamento do Tribunal Federal de Recursos, e a adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, de medidas regimentais restritivas ao ingresso de novos recursos de sua competência.

Entretanto, só na década de 80 passou-se a falar, no Brasil, de ações coletivas. É de julho de 1985 a Lei n.º 7.347, criando a ação civil pública, para a proteção de interesses difusos ou coletivos relativos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, entre outros. A Constituição brasileira de 1988, por sua vez, criou dois instrumentos fortíssimos de ação coletiva: o mandado de segurança coletivo e a ação direta de inconstitucionalidade. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade, embora sem ter efeito vinculante das decisões sobre o mesmo tema, quando debatido em instâncias inferiores, certamente representa – pela preeminência jurisprudencial da Suprema Corte – um elemento de dissuasão de novos pleitos.

A partir de 1988, entretanto, novos fatores passam a pressionar o Judiciário brasileiro. O primeiro deles, de natureza institucional: com o estabelecimento do Estado democrático de direito, o Judiciário passa a ter maior independência, e preeminência sobre os demais Poderes. Com efeito, se as relações de poder passam a ser definidas pelo princípio da legalidade, assume inusitada importância o Poder encarregado de dizer a lei nos casos concretos. Avulta no Brasil pós-88 o problema da impunidade: a corrupção também salta para o primeiro plano das preocupações da sociedade. Essas demandas inevitavelmente colocam o Poder Judiciário sob os holofotes, à cuja luz tornam-se visíveis seus atavismos: a lentidão dos processos, o desprezo pela oralidade, o pseudo-neutralismo, a configuração estamental, a falta de sensibilidade e de legitimação social. Mais do que a ineficiência do Judiciário – experimentada nos feitos de qualquer natureza, inclusive os pertinentes às relações de natureza privada – saltam à vista, e colocam-se em cheque, as funções políticas do Judiciário.

Ao se falar em funções políticas do Poder Judiciário, o que se tem em mente, em primeiro lugar, não é o tradicional alinhamento do Supremo Tribunal Federal, e dos Tribunais de Justiça dos Estados, com os interesses do Poder Executivo; mesmo esse tradicional alinhamen-

to viu-se comprometido, depois da Constituição de 1988, no episódio do *impeachment* do Presidente Collor, e em algumas decisões que contrariavam interesses administrativos do Poder Executivo. O que se tem em mente, em primeiro lugar, são os compromissos ideológicos do Poder Judiciário com a estrutura material de dominação.

Como superar essas tensões? Como permitir que o Poder Judiciário se abra, de modo eficiente, a todas as demandas? Ou, por outro lado – reconhecendo a impossibilidade de atendimento a essas demandas – como reprimi-las a contento, isto é, sem causar traumas para o sistema?

Em entrevista dada ao jornal *Folha de São Paulo* e publicada no dia 11 de setembro de 1994, o Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, diz que “a máquina é incapaz de atender à demanda”: “A abertura para as demandas coletivas e a amplitude do controle direto da constitucionalidade das leis despertaram uma grande esperança e praticamente uma descoberta do Judiciário, como agente não apenas de decisão dos interesses clássicos, mas de demandas coletivas e conflitos políticos. Mas veio a fase do refluxo, quando se percebeu que a máquina era incapaz de atender à explosão da demanda”.

A explicação do Ministro Pertence parece-me rigorosamente correta. Creio necessário acrescentar-lhe apenas uma observação, quanto a outro tipo de reação: a de que a maioria governamental, percebendo o perigo que representavam as ações coletivas, fez aprovar uma emenda constitucional criando a “ação declaratória de constitucionalidade”. Essa ação, em que o Supremo Tribunal Federal, provocado pelo governo e sem o estabelecimento de contraditório, decide com efeito vinculante sobre todas as instâncias inferiores, permite estancar no nascedouro o questionamento difuso da inconstitucionalidade de normas de interesse da administração; por outras palavras, fecha o acesso da cidadania, como um todo, ao Poder Judiciário como um todo.

A par desse instrumento nitidamente autoritário, que restaura os vínculos políticos entre a Suprema Corte e o Poder Executivo, esboçam-se, por ensaio e erro, tentativas de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional pela via de alterações na legislação processual. Essas propostas, oriundas em grande parte da própria Magistratura, tentam responsabilizar a legisla-

ção processual pelas dificuldades de acesso à Justiça. Está em curso no Brasil hoje uma grande polêmica entre a Associação dos Magistrados Brasileiros e a Ordem dos Advogados do Brasil, quanto à necessidade ou não de advogados em todos os processos judiciais. A Constituição brasileira diz que os advogados são indispensáveis à administração da justiça. Entretanto, sustentam alguns magistrados que a indispensabilidade de advogado, em todos os processos, os encarece desnecessariamente, em especial aqueles que tratam de pequenas causas.

Este o quadro, em breve relato, da situação do acesso à justiça no Brasil de hoje: o Judiciário não representa a garantia de solução pronta e eficaz dos litígios nem para os pobres, nem para os ricos, não obstante a manifesta vantagem destes: as ações coletivas, que permitem a absorção, em apenas um processo, de centenas ou milhares de demandas, geraram tensões políticas que ainda não se conseguiu administrar.

Não sei se é utópico esperar, na sociedade de massas, um Judiciário suficientemente aberto a todas as demandas, eficiente e rápido na solução dos litígios. Mas sei que é impossível retornar à feição clássica do Poder Judiciário. Interpreto como tentativas nesse sentido as que têm origem na Magistratura brasileira, pretendendo reduzir a problemática do acesso à justiça seja à questão de mais verbas, mais juízes, ou mais recursos financeiros, seja ao aperfeiçoamento das normas processuais. Incluo essas propostas no rol daquelas a que designo, genericamente, como "institucionalistas": as que, fechando os olhos à realidade das relações materiais e às causas históricas dos fenômenos, atribuem exclusivamente à legislação os vícios de que padecemos. A máquina – não quem a dirige – é responsável pelos defeitos do Judiciário. Nós, operadores jurídicos, não temos culpa.

Creio, até, ser materialmente possível a existência de um Judiciário razoavelmente eficiente para atender aos litígios entre os proprietários, e os que se incluem no mercado, nas suas relações entre si e com o Estado: mas, ainda assim, mesmo esse Judiciário restrito, e que deixaria de fora os interesses da grande massa dos mar-

ginalizados, não poderia obedecer ao modelo clássico, elitista e burocrático. O Estado democrático de direito implica a democratização do Judiciário: entretanto, mais do que isso, o que esse Estado democrático questiona é a função política do Judiciário.

Aqui, alcançamos o que considero o cerne do tema que me foi dado a exame: o acesso à justiça compreendido não como o acesso à prestação jurisdicional para a solução de litígios concretos, mas como a possibilidade de viver numa ordem social que garanta a cada pessoa o mínimo necessário à sua dignidade.

O chamado Estado "liberal", mesmo tendo se apropriado das fontes da produção do Direito, mesmo tendo consagrado uma liberdade e igualdade meramente nominais, permitiu a criação de estruturas autônomas de poder que representavam, senão uma ameaça efetiva às classes dominantes, ao menos um foco de resistência. O desmantelamento desse Estado obedece não apenas às necessidades de expansão do capital, mas ao objetivo estratégico de destruição daquela resistência. Ela é condição para a escalada na concentração de poder, para o desenfreado domínio dos mercados que resulta na definitiva proscricção dos vastos contingentes humanos postos à margem da produção, do consumo, e da vida.

Neste final de século e início do século XXI, penso que não pode ser outra a tarefa dos operadores jurídicos que não se deixaram seduzir pela miragem do mecanicismo desumanizante: integrar na sociedade plural todos os grupos que sofrem discriminação.

A luta pelo aperfeiçoamento do Judiciário envolve não apenas seu aparelhamento material, mas uma consciência maior de si mesmo: uma visão crítica de sua função social, uma reviravolta da cultura jurídica, que o transforme em expressão da sociedade, e não do Estado.

Essa luta compreende também a processualização dos direitos humanos e sociais. Não nos percamos no luxo acadêmico das doutrinas que não tocam a realidade. Advogados, da justiça somos militantes.

A inconstitucionalidade do art. 88, II, letra a do CPM – ofensa ao princípio da isonomia

CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA
PEREIRA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Crimes de deserção - gravidade. 3. "Sursis" - tratamento diferenciado - ofensa ao princípio da isonomia 3.1. Parâmetro - tipo de injusto. 3.2. Parâmetro - enfoque fenomenológico. 3.3. Parâmetro - ampliação das restrições de benefícios previstos na CP. 4. Conclusão.

1. Introdução

Foi submetido ao STM interessante discussão, em processo por crime de deserção – art. 187 do CPM (Apelação n.º 47.025 -7/SP) – cujo tema principal dizia respeito à constitucionalidade ou não do art. 88, inciso II, letra a do CPM, mais especificamente sobre a impossibilidade da concessão de *sursis* nesse delito, cuja limitação atinge também outros crimes.

O crime de deserção, importa antes analisá-lo, vem assim definido em sua forma básica, *verbis*: "Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de 8 dias: Pena – detenção, de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada." Como se pode observar é um crime de mera conduta e omissivo próprio. A sanção é reduzida em comparação com outros delitos propriamente militares, como por exemplo o motim, pena de reclusão de 4 a 8 anos (art. 149 do CPM); a revolta (motim armado), pena de reclusão de 8 a 20 anos, ou então o crime de operação militar sem ordem superior (art. 169 do CPM), cuja pena de reclusão é de 3 a 5 anos.

Entretanto, existem outros crimes propriamente militares mais graves que a deserção, levando em consideração a punibilidade, que admitem o *sursis*, seja porque se enquadram nas

regras genéricas do art. 84 do CPM¹ e seja também por não sofrerem o impedimento do art. 88, II, do CPM, poderíamos citar, por exemplo: assunção de comando sem ordem ou autorização (art. 167 do CPM), pena de 2 a 4 anos; a conservação ilegal de comando (art. 168 do CPM), pena de detenção de 1 a 3 anos; omissão de providências para evitar danos (art. 198 do CPM), cuja pena de reclusão é de 2 a 8 anos.

Como se não bastasse a restrição à suspensão condicional da pena, o infrator da deserção está sujeito a uma prisão provisória obrigatória, caso seja capturado ou se apresente voluntariamente. Não é crime permanente como se costuma afirmar. Estando dentro da classificação de delito de mera conduta, é ele, como quase todos dessa espécie, instantâneo e unissubistente, não admitindo por isso tentativa, até porque é omissivo próprio.²

¹ Art. 84 do CPM: A execução da pena privativa da liberdade não superior a 2 (dois) anos, pode ser suspensa, por 02 (dois) anos a 06 (seis) anos, desde que:

I - o sentenciado não haja sofrido no País ou no estrangeiro, condenação irrecorrível por outro crime a pena privativa da liberdade, salvo o disposto no parágrafo 1.º do art. 71;

II - os seus antecedentes e personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime, bem como sua conduta posterior, autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.

Parágrafo único. A suspensão não se estende às penas de reforma, suspensão do exercício do posto, graduação ou função ou à pena acessória, nem exclui a aplicação de medida de segurança não detentiva.

Art. 88 do CPM: a suspensão condicional da pena não se aplica.

I - ao condenado por crime cometido em tempo de guerra.

II - em tempo de paz:

a) por crime contra a segurança nacional, de aliciamento e incitamento, de violência contra superior, oficial de dia, de serviço ou de quarto, sentinela, vigia ou plantão, de desrespeito a superior, de insubordinação ou de deserção;

b) pelos crimes previstos nos arts. 160, 161, 162, 235, 291 e seu parágrafo único, n.ºs. I a IV.

² As demais modalidades de deserção são as seguintes:

Art. 188. Na mesma pena incorre o militar que:

I - não se apresenta no lugar designado dentro de 08 dias, findo o prazo de trânsito ou férias;

II - deixa de se apresentar à autoridade competente, dentro do prazo de oito dias, contados daquele

Os argumentos que vamos aqui expor, desde logo adiantamos, concluem pela inconstitucionalidade da restrição do *sursis*, sem nenhuma dúvida, pensamos nós, em relação ao delito em comento. Quanto aos demais incluídos na relação do citado inciso II do art. 88 do CPM é preciso fazer-se uma reflexão específica. É que, por exemplo, no crime de violência, que sofre a mesma restrição supracitada, em uma de suas formas, a pena mínima é superior a 2 anos e, de plano, está afastada a possibilidade da concessão do benefício ante a regra genérica do art. 84 *caput* do CPM, que exige que a condenação não seja superior a 2 anos, ou seja, indepen-

em que termina ou é cassada a licença ou agregação ou em que é declarado o estado de sítio ou de guerra;

III - tendo cumprido a pena, deixa de se apresentar, dentro do prazo de 08 dias;

IV - consegue exclusão do serviço ativo ou situação de inatividade, criando ou simulando incapacidade.

Art. 189. Nos crimes dos arts. 187 e 188, números I, II e III:

I - se o agente se apresenta voluntariamente dentro de 08 dias após a consumação do crime, a pena é diminuída de metade; e de um terço, se de mais de 08 dias e até sessenta;

II - se a deserção ocorre em unidade estacionada em fronteira ou país estrangeiro, a pena é agravada de um terço.

Art. 190. Deixar o militar de apresentar-se no momento da partida do navio ou aeronave, de que é tripulante, ou da partida ou do deslocamento da unidade ou força, em que serve:

Pena - detenção, até três meses, se após a partida ou deslocamento, se apresentar, dentro de vinte e quatro horas, à autoridade militar do lugar, ou, na falta desta à autoridade policial para ser comunicada à apresentação a comando militar do lugar, ou, da região, distrito ou zona.

Parágrafo 1.º. Se a apresentação se der dentro de prazo superior a vinte e quatro horas e não excedente a cinco dias:

Pena - detenção de dois a oito meses.

Parágrafo 2.º. Se superior a cinco dias e não excedente a dez dias:

Pena - detenção de três meses a um ano.

Parágrafo 3.º. Se se tratar de oficial, a pena é agravada.

Art. 191. Concertarem-se militares para a prática da deserção:

I - se a deserção não chega a consumir-se:

Pena - detenção de três meses a um ano;

dentemente da limitação do art. 88, inciso II do CPM, não podem aqueles crimes nem mesmo se enquadrar nas regras genéricas do art. 84 citada acima.

Vê-se, pois, o que nos causa perplexidade é o fato de o crime de deserção, em sua forma simples, ter a pena máxima de 2 anos que é o tempo máximo de condenação para a concessão do *sursis*, de acordo com o art. 84 do CPM, e, apesar de se adequar a este requisito, que é básico, não pode ser passível desse benefício.

2. Crimes de deserção

Inicialmente vamos enfrentar essa discriminação do legislador ordinário procurando os

II -- se consumada a deserção:

Pena - reclusão de dois a quatro anos.

Art. 192. Evadir-se o militar do poder da escolta, ou de recinto de detenção ou de prisão, ou fugir em seguida à prática de crime para evitar prisão, permanecendo ausente por mais de 08 dias:

Pena - detenção de seis meses a um ano.

Art. 193. Dar asilo a desertor, ou tomá-lo a seu serviço, ou proporcionar-lhe ou facilitar-lhe transporte ou meio de ocultação, sabendo ou tendo razão para saber que cometeu qualquer dos crimes previstos neste capítulo:

Pena - detenção, de quatro meses a um ano.

Parágrafo único - Se o favorecedor é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.

Art. 194. Deixar o oficial de proceder contra desertor, sabendo ou devendo saber que encontra-se entre os seus comandados:

Pena - detenção, de seis meses a um ano.

Em tempo de guerra a deserção vem assim tipificada:

Art. 391. Praticar crime de deserção definido no capítulo II, do Título III, do Livro I da Parte Especial (os acima transcritos):

Pena - a cominada ao mesmo crime, com aumento da metade, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único - Os prazos para a consumação do crime são reduzidos de metade.

Art. 392. Desertar em presença do inimigo:

Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Art. 393. Deixar o convocado, no caso de mobilização total ou parcial, de apresentar-se dentro do prazo marcado, no centro de mobilização ou ponto de concentração:

Pena - detenção de um a seis anos.

Parágrafo único - Se o agente é oficial da reserva, aplica-se a pena com aumento de um terço.

motivos de tão inusitada restrição. Lendo a exposição de motivos do CPM, no seu item 9, concluímos que o *sursis* foi negado em razão da gravidade do delito para a ordem e disciplina militar.

Se o motivo do discrimen é a gravidade do delito deverá essa ser analisada, pois não se pode concluir pela ofensa ao princípio da isonomia sem analisar-se o porquê do tratamento diferente a um crime, que poderia ser enquadrado nas hipóteses de suspensão condicional da pena, dada a quase todos os delitos no CPM. Isso vale para qualquer situação do Direito, ou seja, deve-se analisar a situação concreta para se averiguar se houve ofensa ou não à lei no tratamento desigual.

3. "Sursis" tratamento diferenciado - ofensa ao princípio da isonomia

Dessa forma, deve-se indagar se este delito realmente é grave ao ponto de ter sido restringido o benefício supracitado, implicando em cumprimento da pena no regime fechado, igualmente a um crime hediondo, pior ainda, porque este delito, não importando em condenação superior a 2 anos, deve ter a sanção imposta executada no âmbito da Justiça Castrense, onde não se aplica a Lei de Execução Penal, e assim nem mesmo há progressão de regime.

A análise da gravidade para se concluir pela ofensa ao princípio constitucional em exame importará em três níveis: do ponto de vista do tipo de injusto, comparando-se com outros delitos; do ponto de vista fenomenológico e em face da Constituição Federal.

3.1. Parâmetro - tipo de injusto

O delito em tela tem uma pena por demais leve para merecer tratamento tão draconiano, e assim concluímos comparando com outros delitos. Temos que o legislador não fez bom uso do critério da gravidade para impor o tratamento discriminatório.

É bem verdade que adverte Carlos Cossio, *verbis*:

"... no hay criterio racional alguno para determinar por qué la pena dura tanto para este delito y cuanto para aquel otro. No siquiera se puede decir, tomando líneas más generales, que el homicidio en sí mismo, es más grave que el hurto o la violación, pues hurto sacrilego y violación de sacerdotisas se han castigado a veces con más severidad que la muerte

del prójimo. En conclusión: no hay relación entre entuerto y sanción, ni tampoco en las penas entre sí (Teoría de la Verdad Jurídica, Editorial Losadas, S.A. – Buenos Aires, 1954, p. 296)”.

Refere-se o eminente jusfilósofo ao ponto de vista racional porque, em sua concepção filosófica, o Direito é a conduta e não as normas, posto que estas últimas são apenas conceitos-objetos, idéias, formas de pensar juridicamente aquela. Traduzindo para o positivismo jurídico penal, pensamos nós, seria o mesmo que dizer que a antijuridicidade não admite graduação, o mesmo não acontecendo com o injusto que pressupõe fato típico e antijurídico (para nós devem-se incluir também as causas de justificação, a culpabilidade e também a punibilidade, em vista da forma estrutural de crime resultante da Teoria Ecológica). Vale ressaltar, sobre o que foi dito, a lição de Assis Toledo, *verbis*:

“... A distinção conceitual entre injusto e ilicitude tem importância para o direito penal, visto como, conforme ressaltam Schönke, Schröder e Lenckner, somente o injusto possui qualidade e quantidade, pelo que pode ser diferenciado qualitativa e quantitativamente. Já a ilicitude é sempre a mesma, não ensejando diferenciações materiais ou escalonamentos. Assim – prosseguem os autores por último citados – um assassinato não é mais antijurídico do que uma lesão corporal, um homicídio culposo não menos antijurídico do que um doloso, inexistindo, pois, “graus da antijuridicidade”, como equivocadamente supôs Kern. Já no que diz respeito ao injusto, existe distinção qualitativa entre um homicídio qualificado e um furto, entre uma lesão grave e uma leve, entre um fato doloso e um culposo. Tais considerações apresentam-se evidentes por si mesmas, dispensando maior demonstração.” (*Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, 1991, pp. 119/120).

Do ponto de vista do injusto, não temos dificuldades de levar em consideração a pena como critério para se aferir a gravidade de um crime, comparando com outros delitos. É que,

como dito acima, para nós, o tipo de injusto inclui também a punibilidade, em face da concepção estrutural do crime, como defendia com acerto Enrique Aftalión (cf. *La Escuela Penal Técnico-Jurídica*) Ed. Libreria Jurídica, 1952, Buenos Aires). Por outro lado, não há dúvida de que a pena é um critério para se avaliar a gravidade dos delitos, pois no mundo fenomênico é impossível se erigir uma pauta de valores, distinguindo delitos mais graves e menos graves. Para tanto é necessária a ordem jurídica, que distingue os delitos mais graves dos menos graves, na concessão e vedação de benefícios aos infratores e, principalmente, pela pena fixada nos tipos penais. Apenas para citar um exemplo que confirma o acima dito, a própria ordem constitucional, quando elevou vários crimes à condição de gravíssimos, no art. 5.º incisos XLII, XLIII e XLIV – o que será objeto de desenvolvimento mais à frente – retirou muitos benefícios normalmente concedidos pelo sistema penal e, pelo menos quanto ao racismo (inciso XLII), fez indicação segura de que a pena é critério seguro de gravidade do crime, pois sujeitou-o à pena de reclusão.

Se o cerne do problema está na ordem e disciplina, basta ver que foi deferido o benefício do *sursis* àquele que desatcara superior (art. 298 do CPM) que é crime duas vezes mais grave que a deserção, em razão não apenas da pena abstrata, mas também pela ofensa direta não só à disciplina mas também à hierarquia. O delito de deserção diretamente não ofende esses bens jurídicos: é praticamente uma conduta moral que se pune em tempo de paz, sendo realmente grave em tempo de guerra. Acrescente-se a tudo isso a observação, que fizemos logo no início, de que existem crimes propriamente militares bem mais graves, que admitem o *sursis*.

Voltando ao caso que deu ensejo a este trabalho, o MPM disse que “não se há falar no caso de inconstitucionalidade daquele dispositivo legal, pois dada a natureza propriamente militar do crime de deserção, nada obsta que se vede aos desertores os benefícios do *sursis*, haja vista as razões da exposição de motivos que ele citou:” “Medida de política criminal de longo alcance é a introdução da suspensão da pena no novo direito penal militar. Embora não seja aplicável em casos que atingem gravemente a ordem e disciplina militar...” Vê-se, pois,

que o Eminentíssimo Promotor atribuiu a diferenciação ao fato de ser o crime propriamente militar, e ter sido considerado de grande gravidade para a ordem e disciplina militar.

A Defensoria Pública, ao contrário, asseverou que o dispositivo legal que restringe a concessão do *sursis* é inconstitucional porque ofende o princípio da isonomia. Aduziu que o art. 84 do CPM, ao falar da suspensão condicional da pena, não fez nenhuma exceção, e que a Constituição Federal não autoriza tal discriminação.

Concordamos com esse posicionamento, ou seja, o art. 88, II, letra *a* do CPM afronta o princípio da isonomia.

O princípio da isonomia é talvez o mais difícil de compreender, dada a sua abrangência e a total ausência de critérios para se distinguir quando uma diferenciação é discriminatória e quando não é, pressupondo que tratamento desigual obviamente haverá porque a própria realidade humana é desigual. O princípio surgiu por ocasião da Revolução Francesa e visava coibir os privilégios que a lei dava aos que exerciam o poder com exclusividade. Na época, não era difícil o entendimento do princípio, porque a desigualdade era total e, como assevera Celso Ribeiro Bastos, "O que se pretendia era fazer cair um castelo de privilégios erigido a partir da inserção do indivíduo numa dada classe social" (*Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 1994, 15.^a ed., p. 166). Não se tem hoje uma sociedade de estamentos, como bem lembrou o autor citado (muito embora seja indiscutivelmente injusta), e com o exercício da democracia e a complexidade das relações sociais o princípio necessita a todo momento ser invocado. O problema é que ele continua com a mesma abstração de quando foi criado. A tarefa da criação de critérios para aferir da ofensa ao princípio ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência, e não tem sido fácil.

Vamos nos socorrer dos ensinamentos do grande constitucionalista lusitano José Joaquim Gomes Canotilho, que parece mais se adequarem às idéias que defendemos.

Para o grande mestre a igualdade implica em primeiro lugar na igualdade da aplicação do direito, no sentido de ordenamento positivo. A fórmula em si sintetiza o seu conteúdo. Não há dúvida no que está aí expressado, e facilmente se detecta uma aplicação desigual da lei. O problema ocorre na segunda acepção do termo isonomia, que é a igualdade na criação do direito.

Quando se faz direito igual? Quando a lei dá

tratamento igual a todos os cidadãos?

Há direito igual quando a lei trata de forma igual, vale dizer, dá os mesmos resultados jurídicos para indivíduos que têm as mesmas características. Aparentemente o problema estaria resolvido, mas acrescenta o professor que "o princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que ele permite a discriminação quanto ao conteúdo (exemplo: todos os indivíduos da "raça negra" devem ser tratados igualmente em "escolas" separadas dos brancos)". (*Direito Constitucional*, Ed. Almedina, 5.^a ed., 1992, p. 575).

Defende o festejado autor um critério material, na conhecida fórmula "deve-se tratar igualmente os iguais ou desigualmente os desiguais". Mas é preciso avançar mais, segundo assevera, e buscar um juízo de valor sobre a relação de igualdade ou desigualdade que, em si, a fórmula mencionada não contém. O juízo de valor está na proibição de arbítrio que deve ser sempre ligado a um critério material objetivo. Dessa forma, "existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear em um: (I) fundamento único; (II) não tiver um sentido legítimo; (III) estabelecer diferenciação jurídica sem fundamento razoável" (*op. cit.*, p. 577).

Terá sido justa a diferenciação feita pelo legislador ordinário? Não, posto que foi arbitrária, no nosso modo de entender, sem o menor sentido. E isso mesmo sob a égide da Constituição Federal de 1967/69. Com a atual essa ofensa ainda é maior, como veremos.

Ora, tanto o CPB como o próprio CPM admitem o *sursis*, aquele indiscriminadamente, e este com a ressalva que aqui se discute. Como diz o constitucionalista lusitano "se determinada regulação está em contradição intrínseca com a concepção global do sistema jurídico, isso pode ser forte indício da violação do princípio da igualdade" (*op. cit.*, p. 582).

O argumento de que se justifica a discriminação por ser crime propriamente militar não tem fundamento jurídico e é, por isso mesmo, arbitrário. É como se dissesse: a partir de hoje nenhum crime contra o patrimônio pode ter o benefício do livramento condicional. A simples classificação legal-doutrinária da figura delitiva não autoriza a desigualdade de tratamento, é preciso algo mais como é o caso dos crimes hediondos, cuja lei fez algumas restrições de benefícios (algumas inconstitucionais) atendendo a maior gravidade dos delitos nela elenca-

dos, em relação a outros delitos. Além de que, como já foi dito logo de início, existem delitos propriamente militares que admitem o *sursis* e até mais graves.

Não foi esse o critério seguido pelo legislador e sim o da pretensa gravidade do delito, como resulta claro pela leitura da exposição de motivos: "Embora não seja aplicável em casos que atingem gravemente a ordem e a disciplina militar..."

Ora, será que o legislador baseou-se em critério sério? Teve isso sentido legítimo? A diferenciação teve fundamento razoável? Conforme vimos no início desse item, o benefício foi deferido a crimes propriamente militares bem mais graves que atingem o Estado, do ponto de vista do injusto, levando-se em consideração a pena aplicada. E até mesmo fizemos referência ao delito do art. 298 do CPM que, diretamente, atinge a hierarquia e disciplina militares.

Parece que o critério da gravidade não foi utilizado corretamente, e, por isso, afrontou a isonomia. A distinção, aplicando-se os ensinamentos de Canotilho, é arbitrária e completamente desarrazoada. A interpretação aqui utilizada segue os critérios normativos do tipo de injusto. No plano fenomênico a ofensa fica mais evidenciada.

Continuando, assevera Celso Ribeiro Bastos, "... só se tem por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontre a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (*op. cit.* p. 166). Que finalidade foi atingida com essa discriminação?

Leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que "é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guardar relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício e com a inserção ou arredamento do gravame imposto". (*O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, Ed. Malheiros, 3.ª ed., 1993, p. 38). Pergunta-se, da forma como o crime de deserção foi tipificado no CPM, com pena extremamente leve em face de outros delitos, tem pertinência lógica a exclusão do benefício da suspensão condicional da pena? Pensamos que não.

3.2. *Parâmetro enfoque fenomenológico*

Na análise da realidade também vamos encontrar fundamento para entender como discriminatório a exclusão do benefício a que se alude. A desigualdade de tratamento normativo só se admite quando encontra amparo em desigualdade fenomênica, que justifique um trata-

mento não uniforme. Isso porque, como já acen-tuamos, a regra na vida humana é a desigualdade no plano fenomênico. E como saber-se quando será legítimo o tratamento discriminatório, em face das desigualdades existentes? Isso só é possível pela observação da realidade, captando-se o sentido de justo ou injusto, que o tratamento legislativo pode proporcionar. Talvez, há 20 anos atrás o problema que aqui se levanta não fosse passível de questionamento; ninguém duvidasse realmente que a restrição do benefício se impusesse.³

Pensamos que, no decorrer do tempo, o crime de deserção, em tempo de paz, foi perdendo a gravidade que originou tratamento tão austero.

3.3. *Parâmetro ampliação das restrições de benefícios previstos na CF*

Com o atual Texto Maior, e aqui temos a terceira razão da inconstitucionalidade, o tratamento dado ao crime de deserção quanto à concessão do *sursis*, mais ainda evidencia a ofensa ao princípio da isonomia. É que a atual Carta

³ Gilmar Ferreira Mendes, em auxílio ao que dissemos, admite que uma lei pode tornar-se inconstitucional em vista da mudança na situação fática, que deu ensejo à elaboração normativa. Dessa forma, quando da elaboração do tipo incriminador da deserção, justificava-se o tratamento discriminatório quanto ao *sursis*, porém tal não acontece hoje, porque este delito perdeu a gravidade que antes possuía, haja vista que o país não é beligerante, e a ausência de um militar implica na substituição por outro sem maiores dificuldades. A reprovabilidade da conduta do desertor, por isso, quase que se situa num plano moral, haja vista que quase sempre não acarreta prejuízo à administração militar (observe-se que o abandono de função art. 323 do CPB, delito semelhante à deserção, exige para a sua configuração, ao contrário deste delito propriamente militar, probabilidade de dano, como sustenta a doutrina e a jurisprudência, de tal maneira que a possibilidade de substituição do faltoso impede a consumação do crime). Em tempo de guerra o mesmo não acontece, e este delito talvez seja um dos mais graves do CPM. Voltando então ao ensinamento do constitucionalista supracitado, assim ele se refere sobre a inconstitucionalidade superveniente, *verbis*: "Seção IV Inconstitucionalidade Originária e Inconstitucionalidade Superveniente".

Procede-se à distinção entre inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente, tendo em vista os diversos momentos da edição das normas constitucionais. Considere-se, igualmente, que a lei editada em compatibilidade com a ordem constitucional pode vir a tornar-se com ela incompatível em virtude de mudanças ocorridas nas relações fáticas (*Änderung der tatsächlichen Verhältnisse*) ou

trouxe a si a tarefa de definir que condutas seriam graves, a ponto de merecerem tratamento diferenciado das demais figuras delitivas, no que diz respeito à restrição de alguns benefícios genérica e abstratamente previstos na legislação penal brasileira (CPB, CPM e legislação específica sobre algumas matérias). Dessa forma, o legislador constituinte restringiu o alcance de alguns institutos como a prescrição, graça, anistia e a fiança nos incisos XLII, XLIII, XLIV, do art. 5.º nas seguintes condutas tidas pelo legislador como mais graves que as demais: racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo, ação de grupos armados contra a ordem constitucional, crimes hediondos.

O parâmetro de gravidade, do ponto de vista do ordenamento jurídico, surge não apenas no plano da legislação ordinária, mas basicamente tem suas raízes na própria Constituição, de maneira que só as condutas acima referidas podem sofrer restrição de alcance de benefícios, por ela enumerados. Todos os demais benefícios continuam valendo para todos os outros crimes, inclusive para os delitos que sofreram a restrição constitucional acima aludida. Com a atual Constituição criou-se um teto máximo de gravidade, no que diz respeito não às penas, mas aos benefícios concedidos aos infratores pela lei ordinária. Esta, em matéria desses benefícios (*sursis*, livramento condicional, anistia, graça, indulto etc.) não pode restringir mais que a Constituição.

Todos os demais benefícios existentes no atual sistema penal, que não estiverem arrolados pela restrição supracitada, aplicam-se aos delitos enumerados pela Constituição, e com mais razão a todos os outros a que a Lei Maior não fez referência. Dessa forma, um torturador pode ser beneficiado pelo *sursis*, o mesmo não acontecendo com um desertor. A violação à Constituição parece-nos clara.

Não podem, portanto as leis ordinárias penais restringir mais do que a Constituição. Dessa forma, a doutrina, acertadamente, vem considerando inconstitucional a restrição feita pela lei de crimes hediondos, no que diz respeito aos benefícios da liberdade provisória e do indulto, não incluídos no texto constitucional⁴.

na interpretação constitucional (Wandlung im Verfassungsverständnis). (*Controle de Constitucionalidade, Aspectos Jurídicos e Políticos*, Ed. Saraiva, 1990, pp. 73/74).

⁴ Leciona sobre esse assunto o professor Alberto Silva Franco, *verbis*: "3.02 A Lei n.º 8.072/90 e a

4. Conclusão

De tudo que foi exposto vê-se em clarividência solar que realmente o princípio da isonomia, quanto à restrição da suspensão condicional da pena no crime de deserção, foi desrespeitado, mesmo na vigência da CF de 1967/69. Com a atual Carta Magna o princípio foi ainda mais vulnerado. Tudo isso se conclui pela interpretação que busca salvaguardar o princípio e, portanto, a própria Constituição. Como anota o professor Manoel Gonçalves de Ferreira Filho, *verbis*: "Da consagração constitucional da isonomia resulta a regra de hermenêutica, de que sempre se deverá preferir a interpretação que iguale, não a que discrimine (*Comentários à Constituição Brasileira*, v. I, Saraiva, 1980, p. 27).

Para que o crime de deserção tenha tratamento isonômico dentro do sistema penal, e também em face da atual Constituição, de maneira que não resulte mais grave que as condutas que o legislador constituinte considerou abomináveis, impende que lhe seja devolvido o benefício da suspensão condicional da pena.

liberdade provisória - Inconstitucionalidade.

O art. 5.º, inciso XLIII, dispõe que "a lei considerará como crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem". Em consequência, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos pela lei como crimes hediondos são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. Mas ocorre que a Lei n. 8.072/90, depois de definir os crimes hediondos, passou a considerá-los juntamente com os demais mencionados, no seu art. 2.º, como insuscetíveis de: I anistia, fiança e indulto e II fiança e liberdade provisória. É fácil constatar que, fugindo do princípio da subordinação da lei à Constituição, o legislador acrescentou o impedimento ao indulto e à liberdade provisória, sem que a Constituição contivesse qualquer proibição a respeito. (grifo nosso)". (...) A propósito, a mesma lei também exorbitou os limites da Constituição quando incluiu a vedação ao indulto para os crimes nela regulados, o que mereceu do ilustre Antônio Scarance Fernandes a correta observação de que não podia o legislador ordinário aumentar a restrição (grifo nosso), ainda mais que, nos termos do art. 84, XII, a Constituição dá ao Presidente da República poderes para conceder indulto, sem limitações (...). Mais à frente, no mesmo sentido, cita ensinamentos do professor César de Faria Júnior da UFBA (*Crimes Hediondos*, Ed. RT, 1991, pp. 62/63).

Bibliografia

- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo, 3.ª ed; 2.ª tiragem, 1993, p. 48.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 5.ª ed., Coimbra, 1992, Ed. Almedina, p. 1214.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, 15.ª ed. ampl. e atual. Saraiva, 1994, p. 136.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e políticos*. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 371.
- AFTALIÓN, Enrique R.. *La Escuela Penal Técnico-Jurídica y otros Estudios Penales*, Buenos Aires. Libr. Jurídica, 1952, p. 131.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Principios Básicos de Direito Penal*, 4.ª ed., rev. atual e ampl., São Paulo, Saraiva, 1991, p. 362.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*, notas sobre a Lei n.º 8.072/90, São Paulo, 1991, RT, p. 173.
- COSSIO, Carlos. *Teoría de La Verdad Jurídica*, Buenos Aires. Losada, 1954, p. 332.

Das nulidades

ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O processo. 3. Os atos processuais. 4. Características dos atos processuais. 5. Forma dos atos processuais. 6. Conceito de nulidade. 7. Vícios dos atos processuais. 8. Espécies de nulidades. 9. Princípios aplicáveis às nulidades. 10. Conclusão.

1. Introdução

Em conferência proferida em Porto Alegre, ao ensejo da comemoração do décimo aniversário da vigência do atual Código de Processo Civil, o insigne Galeno Lacerda assinalou, com notável percuciência, que "o capítulo mais importante e fundamental de um Código de Processo moderno se encontra nos preceitos relativizantes das nulidades. Eles é que asseguram ao processo cumprir sua missão sem transformar-se em fim em si mesmos, eles é que o libertam do contra-senso de desvirtuar-se em estorvo da Justiça". Citando conceito de Zitelmann, difundido por Pontes de Miranda, afirma que as negras sobre nulidade se integram no "sobredireito" processual, sobrepondo-se às demais (*Revista da Ajuris* n.º 28, p. 11).

Tema de tão alta relevância, as nulidades, no âmbito do direito processual, até hoje, têm ensejado profundas controvérsias entre estudiosos, seja quanto aos seus aspectos conceituais, seja com atinência aos seus efeitos.

Diante de tais dificuldades, achei conveniente, para abordá-lo, realçar os princípios doutrinários, adotados pela legislação em vigor, procurando realçá-los à luz da ciência do processo. Sempre entendi que os temas complexos devem, de preferência, ser estudados sob o prisma, mais geral, das regras a que se submetem, porquanto tal proceder facilita a solução dos casos concretos.

Antônio de Pádua Ribeiro é Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor Titular de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil da AEU-DF (licenciado).

Nessa linha de entendimento, para fins expositivos, irei tecer breves considerações sobre o processo, refrindo-se aos atos processuais, às suas características e à sua forma, para, a seguir, refletir sobre as nulidades daqueles atos, com realce para os princípios que lhe são aplicáveis.

2. O processo

O Estado moderno chamou a si a tarefa de solucionar os conflitos intersubjetivos de interesses, consubstanciadores de litígios ou lides, altamente comprometedores da paz social. Por isso mesmo proíbe a todos aqueles, sujeitos à sua soberania, fazer justiça pelas próprias mãos, ao tempo em que o direito objetivo define, como crime, tal prática, admitida apenas em raras exceções.

Com esse escopo, as constituições de muitos países, como o nosso, identificam e individualizam os poderes de legislar, administrar e julgar, atribuindo-os, predominantemente, a órgãos legislativos, executivos e judiciários.

Nesse panorama, cabe ao Poder Legislativo editar as leis que integram e consubstanciam o direito objetivo, incumbindo aos outros dois Poderes, Executivo e Judiciário, aplicar essas mesmas leis. Todavia, o Executivo e o Judiciário, ao fazerem incidir as regras legais, atuam diferentemente: o primeiro, como destinatário da norma, a faz incidir diretamente, porquanto goza do privilégio da auto-executoriedade dos atos administrativos; já o Judiciário, que encarna a função jurisdicional do Estado, atua em substituição da atividade que deveriam exercer as partes para solucionar o litígio, a fim de fazer prevalecer a regra violada do Direito Objetivo.

A jurisdição, poder do Estado de compor as lides, exercitado predominantemente pelos órgãos do Judiciário, ao contrário do poder administrativo, não se exerce de ofício. A sua atuação depende de provocação da parte interessada, através do exercício do direito de ação.

Exercitado o direito de ação, passa a atuar a jurisdição, mediante a prática de numerosos atos, de natureza variada, do juiz, partes e terceiros, visando restabelecer, quando possível, o império da lei violada ou, em hipótese diversa, impor medidas que possam substituir os prejuízos causados pela ofensa da norma legal ou sanções que impeçam ou desestimulem a prática de novas violações. Ao conjunto desses numerosos atos, praticados com o objetivo de solucionar os litígios em nome do Estado, é que se dá o nome de processo.

É o denominado processo de conhecimento, que se inicia com uma petição inicial, denúncia ou queixa e se encerra com uma sentença, ato culminante, através do qual o juiz, encarregando o exercício da função jurisdicional, soluçiona o litígio em nome do Estado.

Ao lado do processo de conhecimento, declaratório, constitutivo ou condenatório, temos o de execução, em que são realizados atos, visando eficácia prática da sentença condenatória, ou título equivalente, e o cautelar, objetivando medidas garantidoras de êxito dos processos de conhecimento e de execução.

No que interessa a essa exposição, cumpre destacar o conceito segundo o qual o processo consubstancia um conjunto de atos praticados com as finalidades assinaladas, atos esses denominados *atos processuais*.

3. Os atos processuais

Os atos processuais, antes de serem *processuais*, são atos *jurídicos*. Atos jurídicos processuais. Por simplificação atos processuais.

Convém, por isso, de forma ligeira, enquadrar os atos processuais no quadro mais amplo dos *atos e fatos jurídicos*, explicitando-lhes as conotações específicas.

Os *fatos jurídicos*, na consonância de definição divulgada, são os acontecimentos *naturais* ou *voluntários* susceptíveis de produzir efeitos na ordem jurídica.

Aos fatos jurídicos voluntários dá-se o nome de *atos jurídicos* ou, na definição do Código Civil, todos atos lícitos, que tenham por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos (art. 81).

Nesse contexto, incluem-se, pois, os atos jurídicos processuais ou simplesmente atos processuais, que, à semelhança da definição codificada dada aos atos jurídicos, são aqueles que "têm por efeito a constituição, a conservação, o desenvolvimento, a modificação ou a extinção da relação processual"¹.

4. Características dos atos processuais

As características dos atos processuais são as seguintes: não se apresentam isoladamente, se ligam pela unidade de escopo e são interdependentes².

Os atos processuais são sempre interligados. "Não obstante cada ato tenha requisitos

¹ SANTOS, Amaral. *Primeiras linhas*, 1.º v., 7.ª ed., Saraiva, 1984, p. 281.

² SANTOS, Amaral. *Ob. cit.*, pp. 281-282.

próprios, a sua finalidade e os seus efeitos serão atingidos quando realizados no processo, no momento oportuno e, em princípio, na forma exigida ou permitida em lei³.

Todos os atos processuais são orientados numa só direção, objetivando, segundo a natureza do processo, um ato final: sentença, sua execução ou prática de uma medida cautelar. Apresentam, pois, unidade de fim.

Em razão das suas características, um ato depende do outro, em grau maior ou menor, peculiaridade esta importante no estudo da teoria das nulidades.

5. Forma dos atos processuais

A fim de se fixar no processo, o ato assume forma. A forma é, pois, a exteriorização do ato, a maneira pela qual ele se manifesta. É ela que "dá vida e existência ao ato processual, fazendo-o incidir sobre o mundo real através dos efeitos jurídicos que produz"⁴. A sua falta acarreta, no processo, desordem, confusão e incerteza⁵.

"Todavia se o ato processual deve ser praticado segundo as formas legais, menos certo não é, por outro lado, que não podem as normas processuais subordinarem-se, neste caso, aos princípios de um formalismo hipertrofiado e rígido que ponha em segundo plano o conteúdo e finalidade do ato a ser praticado para dar excessivo realce ao respectivo *modus faciendi*"⁶.

A forma dos atos processuais sujeita-se a alguns princípios com a finalidade de evitar o formalismo estéril. Dentre eles, convém realçar:

a) o princípio da liberdade de formas: as formas não têm valor intrínseco próprio, são estabelecidas como meio para atingir a finalidade do ato. Não constituem fim em si mesmas, apenas meio para alcançar-se o fim a que se destina o ato (CPC, art. 154, parte final), reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.

Este princípio é importante na teoria das nulidades. É o que se desprende do art. 244 do CPC, nestes termos:

"Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o

juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade."

Nesse sentido, estabelece o art. 572, II, do CPP, que as nulidades previstas no art. 564, III, *d e e*, segunda parte, *g e h* e IV, considerar-se-ão sanadas se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim.

6. Conceito de nulidade

Fixados esses parâmetros introdutórios, passamos, propriamente, a refletir sobre as *nulidades processuais*.

Como assinalado, o ato processual assume forma através da qual se fixa ao processo. A forma é meio e não fim em si mesma. Não se confunde com o formalismo, que é a sua deteriorização. É indispensável, sem ela o processo não pode existir. Bem salienta Amaral Santos que "a forma convenientemente regulamentada, o quanto possível simples, sem prejuízo da substância a que serve, é tão necessária quanto é o corpo à alma que nele se encerra"⁷.

Estabelecida a necessidade de forma do ato processual, impõe o direito, como efeito da sua inobservância, a declaração de nulidade. A nulidade é, portanto, a consequência da inobservância da forma essencial à validade dos atos processuais (Amaral Santos, Eduardo Espinola Filho, Carnelutti). Cumpre ressaltar, todavia, que renomados autores a consideram, uma sanção (Frederico Marques, Florêncio de Abreu, Manzini, Panain, Luís Osório).

7. Vícios dos atos processuais

Em magnífica síntese, lembrada por Moniz de Aragão, Carnelutti, ao estudar as nulidades, observa que o ordenamento jurídico normalmente traça dois tipos de modelo: "o dos atos que não devem ser praticados, cujo elenco inscreve no Código Penal, e o dos atos que devem ser praticados, cujo elenco inscreve no restante da legislação. A prática de uns, na perfeita conformidade do exemplo previsto, pode gerar o ilícito penal, cujo autor fica exposto à pena; a prática de outros, em desacordo, porém, com a estrutura pré-determinada, pode gerar a invalidade do ato, cujo autor fica exposto a perder o esforço despendido. Figurariam esses dois padrões, a seu ver, como o negativo e o positivo de uma fotografia"⁸.

Sobre os tipos de vícios dos atos processuais, resultantes da infração do modelo traçado

³ SANTOS, Amaral. Ob. cit., p. 282.

⁴ MARQUES, Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, v. II, Forense, 2.ª ed., 1965, pp. 397-398.

⁵ FONSECA, Tito Prates da. Citado por Frederico Marques, ob. cit. e p. cit.

⁶ MARQUES, Frederico. Ob. cit. e pp. cit.

⁷ Ob. cit., v. II, p. 48.

⁸ *Comentários ao CPC*, v. II, Forense, 2.ª ed., 1976, p. 322.

na lei processual. Moniz de Aragão agrupa-os em três grandes categorias: o mais grave, a inexistência do ato; o menos grave, a simples irregularidade; em posição intermediária, a nulidade do ato. Comporta esta idêntica distinção: a mais grave, a nulidade absoluta; a menos grave, a anulabilidade; em posição intermediária, a nulidade relativa (obra citada, pp. 324 e 325).

A inexistência apresenta dois aspectos: um meramente vocabular, que significa não-ato (juri simulado nas Faculdades de Direito; sentença proferida por oficial de justiça); outro, jurídico, que pressupõe ato existente no mundo dos fatos, mas não no do Direito (CPC, art. 37, parágrafo único). As irregularidades são vícios de pequena importância. São infrações que não comprometem o ordenamento jurídico nem o interesse da parte, não atingindo a estrutura do ato de forma a comprometer os efeitos a que se destina⁹. José Frederico Marques agrupa-as em duas categorias: irregularidades corrigíveis (inexatidão material ou erro de cálculo da sentença – art. 463, I, CPC; falta de numeração e ausência de rubrica do escrivão nas folhas dos autos – art. 167, CPC) e irregularidades que prescindem de correção ou não a comportam (sentença, com excesso de concisão, que deixa de prestar observância às regras do art. 458 do CPC, sem, contudo, omiti-las; infração de prazo para proferir despachos, decisões, sentenças, acórdãos e julgamentos – arts. 187, 189, 550 e 563, por exemplo). Nestes casos nenhuma consequência resulta para a validade do ato¹⁰.

8. *Espécies de nulidades*

No tocante às nulidades, quem, a meu ver, melhor as identificou, sob o aspecto da teoria geral, foi o notável Galeno Lacerda, na sua famosa monografia sobre o “Despacho Saneador”. Acentua o ilustre autor que “o que caracteriza o sistema das nulidades processuais é que elas se distinguem em razão da natureza da norma violada, em seu aspecto teleológico”. “Se nela prevalecerem fins ditados pelo *interesse público*, a violação provoca a nulidade absoluta, insanável, do ato”. “Vício dessa ordem deve ser declarado de ofício, e qualquer das partes pode invocá-lo” (violação de norma relativa à competência funcional). Se a “norma desrespeitada tutelar, de preferência, o *interesse da parte*, o vício do ato é sanável”, surgindo aí as

figuras da nulidade relativa e da anulabilidade.

O critério que distingue a nulidade relativa da anulabilidade repousa, ainda, na natureza da norma. Se ela for *cogente*, a violação produzirá nulidade relativa. É o caso da ilegitimidade processual provocada pela falta de representação, assistência ou autorização. “Sendo imperativa a norma que ordena a integração da capacidade, não pode o juiz tolerar-lhe o desrespeito. Como ela visa proteger o interesse da parte, a consequência é que o vício poderá ser sanado. Daí decorre a faculdade de o juiz proceder de ofício, ordenando o saneamento pela repetição ou ratificação do ato, ou pelo suprimento da omissão”.

“A anulabilidade, pelo contrário, é vício resultante da violação de *norma dispositiva*”. “O ato permanece na esfera de disposição da parte, a sua anulação só pode ocorrer mediante reação do interessado, vedada ao juiz qualquer provisão de ofício”. “Essa reação, provados os seus fundamentos, tem a virtude de tornar, para o juiz, o vício insanável, quando se tratar de ilegitimidade do próprio órgão judicial, como na incompetência relativa e no compromisso”.

9. *Princípios aplicáveis às nulidades*

A nossa legislação processual apóia-se em alguns princípios que informam o seu sistema de nulidades. Eis alguns deles:

a) *Legalidade das formas*

A forma é, ou não, prescrita em lei. Se não prescrita em lei, o ato será válido se alcançar a sua finalidade processual (CPC, arts. 154 e 244). Se prescrita na lei, há de distinguir-se: forma expressa, com a cominação de nulidade no caso de sua inobservância; e forma expressa, sem a cominação da nulidade no caso de sua inobservância. Fala-se, aí, em nulidade cominada e nulidade não cominada. Na primeira hipótese, prepondera o princípio da legalidade das formas. Dela servem de exemplo as hipóteses previstas nos arts. 564 do CPP e 500 do CPPM (a nulidade ocorre nos seguintes casos:...). E os arts. 246, 247 do CPC.

b) *Princípio da instrumentalidade das formas*

Sobre ele já falamos, reportando-nos aos arts. 154 e 244 do CPC. “Quando a lei prescrever determinada forma, sem a comunicação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”. A ele também se refere o art. 572, II, do CPP (grifamos)

⁹ ARAGÃO, Moniz de. Ob. cit., p. 334.

¹⁰ Ver ARAGÃO, Moniz. Ob. cit., pp. 334 e 335.

c) *Princípio da economia processual*

Recomenda-se que se obtenha o máximo resultado na atuação da lei com o mínimo emprego possível de atividades processuais. Aplicação típica do princípio está no art. 250 do CPC: "O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais", esclarecendo o seu parágrafo único: "Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo para a defesa".

Os arts. 508 e 509 do CPPM adotam o princípio. Diz o primeiro que "A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente". E o segundo: "A sentença proferida pelo Conselho de Justiça com juiz irregularmente, impedido ou suspeito, não anula o processo, salvo se a maioria se constituir com o seu voto".

Serve de exemplo, no CPP, o seu art. 567.

d) *Interesse de agir*

Tem interesse na arguição da nulidade a parte a quem o vício prejudique. A consequência é que a nulidade não poderá ser argüida por quem lhe tiver dado causa. O art. 243 do CPC adota o princípio, fazendo o mesmo o CPP, no seu art. 565, e o CPPM, no seu art. 501, nestes termos: "Nenhuma das partes poderá argüir a nulidade a que tenha dado causa ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interessa".

e) *Princípio da lealdade processual*

Dispõe, a propósito, o CPC, no seu art. 245 que "A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão". O CPP, no seu art. 571, e o CPPM, no seu art. 504, estabelecem o momento em que as nulidades devem ser argüidas, dispondo o último que "as de instrução, no prazo para a apresentação das alegações escritas"; e "as ocorridas depois do prazo das alegações escritas, na fase de julgamento ou nas razões de recurso".

f) *Causalidade dos atos processuais*

A declaração de nulidade de um ato atinge apenas os que lhe são posteriores ou dele dependam. A legislação processual encampa o princípio (CPC, art. 248; CPP, art. 573, parágrafos 1.º e 2.º; CPPM, art. 506, parágrafos 1.º e 2.º). Transcrevo o dispositivo citado do CPPM:

"Art. 506 – Os atos cuja nulidade não houver sido sanada serão renovados ou retificados.

Parágrafo 1.º – A nulidade de um ato, uma vez declarada, envolverá a dos subsequentes.

Parágrafo 2.º – A decisão que declarar a nulidade indicará os atos a que se estende."

g) *Não se decreta a nulidade, se não há prejuízo*

Regra que vem do direito francês, adotada pelos Códigos Processuais, em textos antes mencionados, é a do *pas de nullité sans grief*. Não se decreta a nulidade do ato se dela não resultar prejuízo para as partes (CPC, art. 250, parágrafo único; CPP, art. 563; CPPM, art. 499).

h) *Princípio da sanabilidade das nulidades*

A própria Exposição de Motivos do Ministro da Justiça, apresentando o Projeto que se converteu no atual CPP, diz que, no seu sistema, a nulidade considera-se sanada:

- 1) pelo silêncio das partes;
- 2) pela efetiva consecução do escopo visa-do pelo ato, não obstante a sua irregularidade;
- 3) pela aceitação, ainda que tácita, dos efeitos do ato irregular.

10. *Conclusão*

Essas eram algumas considerações que pretendia fazer sobre o belo e apaixonante tema atinente às nulidades. A matéria, na verdade, integra a espinha dorsal do Direito Processual e assume especial relevo, nestes tempos, em que tanto se fala na agilização da Justiça. Bem aplicados os princípios relativos às nulidades pelos órgãos judicantes, muitos processos podem ser salvos e a solução de muitas demandas antecipada, fazendo-se com que a essência do Direito prevaleça sobre a sua forma, na medida em que esta não atinja aquela de maneira a comprometê-la irremediavelmente.

O Direito Processual, como disciplina jurídica, foi sistematizado apenas a partir dos fins do século passado, sendo, portanto, muito novo se comparado com outros ramos do Direito, como o Direito Civil. Por isso mesmo, durante as suas fases iniciais, muitos dos seus estudiosos se empolgaram – e isso era indispensável para o próprio reconhecimento da disciplina – sustentando, com brilho tão grande, os princípios que lhe são inerentes a ponto de, em certos casos, se perder de vista, na sua aplica-

ção, a própria finalidade do processo. Os tempos passaram. Os processualistas são, por natureza, humildes. Aprofundados os estudos, hoje, a preocupação, mais do que nunca, é a de que o processo existe para facilitar e não complicar a aplicação das normas substanciais, solucionadoras dos conflitos intersubjetivos de

interesses. Visa dar segurança à aplicação do direito, sem atingir, sempre que possível, a sua finalidade. Nada mais que isso.

É essa a mensagem que lhes trago, no ensejo em que, aqui, se comemoram os trinta anos de vigência do Código de Processo Civil.

O descumprimento de ordem judicial por funcionário público

IVAN LIRA DE CARVALHO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O descumprimento de ordem judicial. 3. O princípio da legalidade e a tipicidade. 4. Sobre a desobediência. 5. Delito de resistência? 6. A prevaricação. 7. Abuso de autoridade. 8. Conclusão.

1. Introdução

A curiosa e preocupante obstinação de determinados setores da administração pública brasileira em burlar os ditames da Constituição e da legislação infraconstitucional, em desfavor do cidadão comum, fez com que a população se armasse do mais forte instrumento existente nas sociedades democráticas e pelo menos teoricamente tuteladas pelo Estado de direito: a ação judicial.

Assim, quando da formulação de planos econômicos que malferiram o direito de propriedade detido sobre os ativos financeiros, foi ao Judiciário que o particular recorreu, mirando o desembargo das suas reservas pecuniárias. Quando a Previdência Social quedou-se omissa em pagar os benefícios da sua alçada, na integralidade de pelo menos um salário mínimo, foi na Justiça federal que os beneficiários foram depositar a querela, objetivando o respeito do que dita a Constituição Federal, art. 201, § 5.º. Igualmente foi ao Poder Judiciário que os servidores públicos recorreram quando sentiram que os seus vencimentos estavam sendo pagos em descompasso com o crescimento inflacionário experimentado pela economia nacional.

Os poucos exemplos acima destacados, hauridos de um universo de largas dimensões, dão mostra de como tem sido volumosa a atuação da Justiça em socorro dos que a ela pedem proteção contra as iniquidades do Estado. E em conseqüência, é possível aferir-se os dissabo-

res que são enfrentados pelos magistrados, nos mais distintos graus, quando defrontados com a recusa dos agentes públicos em dar cumprimento às determinações judiciais. Se cerca de 83% da população brasileira não crê na Justiça, consoante pesquisa divulgada em 1993 por grande revista de circulação nacional, exatamente por conta da morosidade desta e pela ineficácia das suas decisões, mais agravado ainda fica o quadro, quando a prestação da tutela jurisdicional é providenciada em lapso temporal relativamente curto, mas deixa de ter efetividade por recusa da administração pública em a ela dar cumprimento. Qual a posição que deve ser adotada pelo Judiciário quando encarar tal situação?

Em busca de uma resposta para a indagação acima formulada é que se procura dar forma de ensaio às presentes idéias. Se delas não emerge uma solução, decerto aflora pelo menos uma contribuição, útil tanto aos juizes como aos particulares, e até mesmo à administração pública, que disporá de elementos para pautar a sua conduta vindoura, evitando transtornos àqueles que verdadeiramente estipendam o seu funcionamento.

2. O descumprimento de ordem judicial

O questionamento primário sobre o qual deve ser debruçada a presente análise, diz respeito à natureza do comportamento configurador do descumprimento de ordem emanada judicialmente, por parte de funcionário público ou de quem a este for equiparado para os excogitados fins. Será uma mera desatenção processual, punível de acordo com as regras da codificação de ritos? Ou configurará um ilícito administrativo, sujeito às sanções destinadas à repressão de tais ocorrências? Ou será, deveras, uma infração penal?

Decerto encontraremos encaixe para a decisão do funcionário público em todas as searas acima listadas. Procurarei, nos limites dos meus conhecimentos e da minha parca experiência de magistrado, analisar a questão sob a ótica penal, procurando enxergar onde melhor estará agasalhada a ação (ou a inação) do servidor.

3. O princípio da legalidade e a tipicidade

Quando um magistrado expede uma ordem, a partir do que decidiu em um processo judicial, almeja que esta seja imediatamente cumprida, pois só assim ocorrerá a efetividade da tutela conferida. Ao instante em que o destinatário do mandado opõe recusa para atender ao que lhe foi ordenado, a primeira idéia que se tem é a

de que aquele agente público malferiu uma parcela da soberania do Estado, e por isso merece ser punido. Como a aparente insolência exala gravidade, é buscada uma reprimenda igualmente forte, geralmente com a retribuição de uma penalidade, quiçá deambulatória. Esbarra esse *animus puniendi* na perquirição da *tipicidade* da conduta do funcionário, máxime em atenção ao *princípio da legalidade*, presente na Constituição Federal (art. 5.º, XXXIX) e no Código Penal, art. 1.º, conforme será visto adiante.

4. Sobre a desobediência

A primeira figura delitiva à qual se procura subsumir o agir do funcionário público que recusa cumprimento a ordem judicial é a da *desobediência*, antevista no art. 330 do Código Penal. Não são poucas as manifestações pretorianas assim estampadas: “*DESOBEDIÊNCIA - ORDEM JUDICIAL - HC DENEGADO - A desobediência a uma ordem judicial, provida de autoridade competente, configura crime, não permitindo, por isso mesmo, valer-se o infrator do habeas corpus para existir-se ao seu cumprimento, por prefalada existência de coação ilegal ou abuso de poder.*” (STJ - Ac. unân. da 5.ª T., publ. em 29.6.92 - HC 1.162-0-GO - Rel. Min. Flaquer Scartezinni, in *Jurisprudência ADV/COAD*, 1992, p. 744, verbete 60317).

Igualmente do STJ é o aresto que tem a seguinte ementa: “*DESOBEDIÊNCIA RECUSA AO CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL - Aos juizes e Tribunais é conferido o direito-dever de assegurar o cumprimento de suas decisões. Não fora assim, quedaria inerte a Justiça diante da vontade dos que se opusessem às suas decisões, que resultariam inócuas em prejuízo da sociedade. E já não adiantaria ao indivíduo recorrer ao Judiciário para garantia de seus direitos. Por isso mesmo, entende-se não configurar violação do *jus libertatis* a exigência de cumprimento de decisão judicial validamente exarada nos autos de processo. E a recusa em acatar a decisão judicial caracteriza, em tese, o crime de desobediência.*” (STJ - Ac. unân. da 5.ª T., publ. em 21.10.91, RHC 1.373-SP - Rel. Min. Costa Lima, in *Jurisprudência ADV/COAD*, 1992, p. 232, verbete 58038).

Ainda que de forma incidental, posto que decidindo matéria eminentemente processual penal, entendeu o Tribunal Regional Federal da 5.ª Região, por sua 2.ª Turma, à unanimidade, que, se configurada a desobediência ao cumprimento de ordem judicial, em crime permanente, deve ser formalizada a prisão em flagrante

enquanto durar a estabilidade delituosa (CPP, art. 203). Entretanto, se à prisão foi oferecido caráter intimidativo, com a fixação de prazo para cumprimento da ordem, "sob pena de prisão", fica descaracterizada a prisão em flagrante¹.

Com a vênia merecida, os julgados acima citados, ao que parece, não tomaram em conta que a *desobediência* está encartada no Código Penal como um delito daqueles praticados por particular contra a administração pública, já que integrante da Parte Especial, Título XI, Capítulo II. E sendo crime que só pode ser praticado pelo particular, não se pode afirmar seja ele perpetrado por funcionário público, a menos que o agente estatal esteja despido dessa condição, agindo pois como um homem comum², como por exemplo quando não detém poderes ou competência administrativa para praticar ou deixar de praticar o ato reportado na decisão judicial.

Importante frisar que mesmo aqueles que entendem ser possível o cometimento da desobediência por funcionário público, destacam que a prisão, por desatenção a ordem judicial, não está prevista na legislação nacional com força executiva, como ocorre aos inadimplentes de pensão alimentícia e aos depositários infieis. Segundo tal corrente, se o funcionário público não dá cumprimento a ordem judicial, contra ele deverá ser lavrado o flagrante por crime de desobediência, ou prevaricação ou, por igual razão, serem remetidas as peças informativas ao Ministério Público para que este titularize a respectiva ação penal³.

Na mesma linha, e destacando a imprestabilidade do encarceramento ordenado por juiz do civil, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a prisão determinada "por juiz federal no exercício da jurisdição civil em precatória extraída de autos de ação de medida cautelar inominada para conversão de cruzados novos em cruzeiros" não prospera, já que falece "competência

ao juízo cível para ordenar prisão por desobediência, na ausência de previsão legal". Hipótese que não se identifica com prisão por dívida alimentícia ou depositário infiel. Por outro lado, eventual prisão em flagrante, por crime de desobediência, admite a prestação de fiança, constituindo ilegalidade a negativa desta, em face do que dispõem a CF – art. 5.º LXVI – e o CPP – arts. 322 e ss.⁴

Também concluindo não ser cometido ao próprio juiz que emite a ordem desatendida prender o possível desobediente, entendeu o Tribunal Regional Federal da 5.ª Região que o magistrado "prolator da decisão, cujo descumprimento constituiria a conduta criminosa, não é a autoridade competente para presidir um auto de prisão em flagrante, e muito menos para determinar essa prisão. (...) A consumação da prisão, antes que haja uma decisão, no caso concreto, sobre a legalidade da ordem descumprida, é uma violência que não se pode admitir"⁵.

Interessante julgado do TRF da 4.ª Região sinalizou a existência de uma espécie de *choque competencial* entre juízes que conheceram, cada qual na sua seara, da matéria atinente à pretensa desobediência em estudo, pois se "o juiz criminal competente rejeita a denúncia pelo crime de desobediência, é desarrazoado que o juiz do cível, aquele que emitiu a ordem descumprida, determine a prisão do insubmisso, porque inconciliáveis as idéias de que o juiz natural declare a inexistência do crime e de que outro reconheça sua prática em flagrante. Prevalência do ato judicial exarado no âmbito da competência própria. *Habeas Corpus* deferido"⁶.

Penso, conforme já adiantei linhas acima, que o funcionário público (sendo a expressão compreendida na lata dimensão do art. 327 do Código Penal) não comete o delito de *desobediência*, já que este é reservado para ter como sujeito ativo o particular. Trago, em abono ao meu entendimento, o apoio de respeitável corrente do Superior Tribunal de Justiça, capitane-

¹HC 172/92-AL, publicado em 3.7.92, Rel. Juiz Petrócio Ferreira, in *Jurisprudência ADV/COAD*, 1992, p. 615, verbete 59763.

²Conferir MIRABETE, Julio F. *Manual de Direito Penal*, 2.ª ed., v. 3, S. Paulo, Atlas, 1991, pp. 349 e ss.; COSTA JR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, 2.ª ed., v. 3, S. Paulo, Saraiva, 1993, pp. 214 e ss.

³TRF da 4.ª Região, Ac. unân. da 1.ª Turma, publ. em 15.4.92, HC 92.04.05839-0-RS, Rel. Juiz Vladimir Freitas, in *Jurisprudência ADV/COAD*, 1992, p. 375, verbete 58732.

⁴Acórdão unânime da 5.ª Turma, publ. em 17.8.92, REsp 20.021-9-GO, Rel. Min. Assis Toledo, in *Jurisprudência ADV/COAD*, 1992, p.760, verbete 60390.

⁵HC n.º 235/92-PE, julgado em 1.10.92, mv. Rel. Juiz Rivaldo Costa e Relator para o acórdão Juiz Hugo Machado, Repertório de Jurisprudência do TRF 5.ª Região – Direito Penal e Processual Penal, ano 2, n.º 1, tomo 2, 1994, p. 497.

⁶Acórdão unânime, 1.ª Turma, publ. em 20.5.92, Rel. Juiz Ari Pargendler, in *Jurisprudência ADV/COAD*, 1992, p. 584, verbete 59626.

ada pelo Ministro Vicente Cernichiaro, emblematizada no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 1.351-6-DF, por ele relatado e assim ementado: “HC - CONSTITUCIONAL PENAL DESOBEDIÊNCIA SUJEITO ATIVO- CONDUTA - OMISSÃO - O conceito de funcionário público - para os efeitos penais - é definido no art. 327 do Código Penal. O INSS é autarquia federal. O delito - desobediência - tem o particular como sujeito ativo. O funcionário somente pratica esse delito caso a ordem desrespeitada não seja referente às suas funções. A omissão, ademais, só se caracteriza quando a pessoa não cumpre obrigação jurídica.”⁷

O TRF da 5.ª Região, por sua Segunda Turma, reiteradamente entendeu que em sede de procedimento cível, partindo de dirigente da própria parte a recalcitrância no atender à ordem judicial, contra aquela deveriam ser adotadas as próprias medidas punitivas antevistas no Código de Processo Civil, posto que cominando-se “a uma das partes do processo, pelo não-cumprimento de uma ordem judicial, uma pena processual - não falar nos autos (art. 601 do CPC) e, não havendo cumulação entre esta sanção processual e a sanção penal, não há como falar-se na hipótese na perfeição do crime de desobediência. (...) Identificada no ato judicial atacado, coação ilegal - cumprimento do mandado citatório sob pena de prisão - concede-se a ordem para confirmar-se a liminar já deferida e por força da qual se expediu o competente salvo-conduto.”⁸

Em outro *decisum*, sobre o mesmo tema, igual foi o entendimento do pré-falado Regional: “Não constando, diversamente do que ocorre no texto do artigo 362 do CPC, ressalva de cumulação com a sanção penal, não se cobra da parte no processo civil responsabilidade por crime de desobediência, quando a mesma, mesmo imotivada ou ilegalmente, se recusar a efetuar a exibição que lhe foi determinada judicialmente aplicando-se-lhe, na hipótese, tão-só - se o caso - a pena processual civil de que cuida o art. 359 do CPC (terem-se como verdadeiros os fatos que por meio de documento ou da coisa, a parte pretendia provar). Constitui-se, pois,

⁷Acórdão da 6.ª Turma, unânime, julgado em 4.8.92. JSTJ e TRF, Lex, v. 39, p. 298.

⁸*Habeas corpus* n.º 277/93-PB, julgado em 20.4.93, unân., Rel. Juiz Petrócio Ferreira, Repertório de Jurisprudência do TRF da 5.ª Região, Direito Penal e Processual Penal, ano 2, n.º 1, tomo 1, Recife, 1994, p. 193.

em coação ilegal, a ordem judicial que determine a parte exibir em juízo, documento ou coisa, sob pena de prisão, pelo crime tipificado no art. 330 do Código Penal - desobediência.”⁹

Abrandando os rigores da lei penal, assentou o TRF da 5.ª Região, em *habeas corpus*, que se o paciente “cumprir a determinação judicial, em prazo razoável, não há por que se determinar a abertura de inquérito policial para apuração de crime de desobediência”, uma vez que “a falta de comprovação material da ocorrência presumível do delito e indícios da sua autoria, constitui coação ilegal sanável via *habeas corpus*”.¹⁰

5. Delito de resistência?

Já foi cogitado que o agente público, ao deixar de dar cumprimento a ordem judicial, estaria cometendo o ilícito previsto no art. 329 do Código Penal. Acenam os defensores de tal subsunção com duas justificativas: o sujeito ativo é funcionário público e externa oposição ao cumprimento de ordem legalmente emanada.

Na minha singela opinião, não medra tal entendimento, por entender impossível - conforme já alertei acima - que um delito previsto para ser praticado “por particular contra a administração pública em geral” (CP, arts. 328 a 337), tenha como sujeito ativo um funcionário público.

Não é demais lembrar, por uma questão de razoabilidade, que dificilmente um funcionário público ocupante de cargo ou função que lhe permita cumprir ou ordenar o cumprimento de uma ordem judicial, atuará com violência ou ameaça dirigidas ao oficial de justiça que portará a ordem emanada do magistrado. E se tais circunstâncias não timbram o agir do pretense delinqüente, desaparece a tipicidade da resistência, conforme entendeu o Tribunal Regional Federal da 5.ª Região¹¹.

6. A prevaricação

Ao estudar o delito de *desobediência*, mormente pela sua angularização ativa, reclama Julio Fabbrini Mirabete¹², com absoluta razão, seja

⁹*Habeas corpus* n.º 62/90-RN, 2.ª Turma, julgado em 7.8.90, unân., Rel. Juiz Petrócio Ferreira, Repertório..., *opus*, p. 195.

¹⁰*Habeas corpus* n.º 75/90-AI, 2.ª Turma, julgado em 4.9.90, por unanimidade, Relator Juiz José Delgado, Repertório..., *opus*, p. 196.

¹¹Apelação Criminal n.º 576/92-RN, Primeira Turma, por unanimidade, Rel. Juiz Hugo Machado, Repertório..., *opus*, ano 1, n.º 1, tomo 1, p. 192.

¹²*ob. op. cit.*, p. 350.

este praticado *por particular*, sob pena de atipicidade da ocorrência. E diz: “Não se configura o citado ilícito se tanto o autor da ordem como o agente se achavam no exercício da função quando da sua ocorrência (RT 395/315, 487/289; RF 276/249; JTACrSP 12/96). Neste caso, o fato poderá caracterizar, eventualmente, o crime de prevaricação (art. 319).”

Pois é olhando a sugestão de Mirabete que será desenvolvido o presente tópico do estudo.

É a *prevaricação* um delito atribuído ao agente público, quando este retarda ou deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou mesmo vem a praticá-lo contra expressa disposição legal, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal (CP, art. 319).

Resta a pergunta: quando um funcionário público (CP, art. 327 e § 1.º) descumpra uma determinação judicial, pratica prevaricação?

O que primeiro deve ser sindicado é se o pretense sujeito ativo (o funcionário) tinha atribuições e poderes para dar seguimento à ordem judicial. Ou seja, deve ser aferido se o ato praticado, omitido ou retardado está na esfera funcional do servidor. Em sendo positiva a resposta, deve prosseguir a análise da configuração dos demais componentes do *standard* delituoso em baila.

De relevância é também, para o delineamento da prevaricação, que o comportamento (comissivo ou omissivo) do funcionário público *seja indevido*. Assim, deverá o servidor público ter agido de forma ilegal, injusta ou injustificada, conforme leciona Mirabete¹³.

Para mim, o aspecto mais importante a ser enxergado na tipificação da prevaricação, voltada contra ordem judicial, diz respeito ao *elemento subjetivo* do delito, que, no dizer das escolas vetustas, é o *dolo específico*, marcado pelo intuito de *satisfazer interesse ou sentimento pessoal*.

É verdade que ao instante em que o funcionário federal deixa de atender a uma determinação judicial, está ele, de plano, afrontando a Lei n.º 8.112¹⁴, que em seu art. 116, inciso IV, lista entre os deveres do servidor “cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais”, proibindo-o também de “opor resis-

tência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço” (art. 117, IV). Não menos verdadeiro é, também, que, para violar a regra do art. 319 do CP, é imperioso que a desatenção tenha ocorrido visando à satisfação de interesse ou sentimento particular.

Busco em Mirabete a explicação para ditos elementos subjetivos: “*Interesse pessoal* é a relação de reciprocidade entre um indivíduo e o objeto que corresponde a determinada necessidade daquele; é um estado anímico em relação a qualquer fato ou objeto, seja patrimonial, material ou moral. (...) *Sentimento* é um estado afetivo ou emocional, decorrente, pois, de uma paixão ou emoção (amor, ódio, piedade, avareza, cupidez, despeito, desejo de vingança, subserviência, animosidade, simpatia, benevolência, caridade, etc.)”.¹⁵ E exemplifica o renomado penalista, como espécie de prevaricação por sentimento, a praticada por “delegado de polícia que deixa de cumprir ordem judicial com relação a recolhimento em cela especial, permitindo que investigador a ele submetido tivesse livre trânsito pelas dependências da delegacia, facilitando-lhe com isso a fuga (RT 445/348)”.

Na análise da caracterização da prevaricação que se estuda, deve o juiz apurar cada vez mais o seu equilíbrio, no intuito de aferir se realmente o funcionário agiu objetivando a satisfação de interesse ou sentimento pessoal. Dos dois requisitos subjetivos, o primeiro oferece melhores condições de constatação, como ocorre, por exemplo, no caso de dirigente de repartição pública que retarda o cumprimento de ordem judicial que suspende a integração de vantagem financeira aos vencimentos dos funcionários sob o seu comando – quiçá dos seus próprios ganhos.

Já com referência ao *sentimento pessoal*, parece acontecer, na maioria dos casos, uma subserviência intolerável dos funcionários para com os seus superiores, em muito transcendendo o respeito à hierarquia recomendado pelo pré-citado art. 116, IV, da Lei n.º 8.112/90. Noutros casos, são constatadas manifestações explícitas de prepotência do tipo “quem manda aqui sou eu!”, exigindo uma reprimenda eficaz ao restabelecimento da primazia do interesse público no trato da matéria administrativa.

Não é demais lembrar que a ação (ou a inação) do possível prevaricador deve ser evidentemente gizada de interesse ou sentimento

¹³opus, p. 318.

¹⁴Em se tratando de servidor público municipal ou estadual, é de ser considerado como parâmetro do seu comportamento o disposto no estatutos funcionais dos respectivos níveis administrativos.

¹⁵ob. op. cit., p. 319.

pessoal, sendo “inépta (*sic*) a denúncia que não especifica o sentimento pessoal do autor”, conforme entendimento do TRF da 4.ª Região¹⁶ e do Supremo Tribunal Federal¹⁷.

O tão festejado Mirabete ressalta a abrangência do art. 319 do CP, ao explicar que este “inclui o ato administrativo, o legislativo e o judicial”¹⁸, tendo nessa linha entendido o Tribunal de Justiça de Santa Catarina que a recusa “ao cumprimento de ordem judicial constitui fato do qual emerge a dedução necessária de que o agente assim procede para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, pois não há, em princípio, outra explicação para esse comportamento. Não pode estar isento de dolo aquele que não cumprir a ordem do magistrado.”¹⁹

7. Abuso de autoridade

Há quem pense, com certa lógica, que ao instante em que deixa de atender ao que ordenado por um juiz, o funcionário público labora com *abuso de autoridade* ou *abuso de poder*²⁰, posto que pratica ato lesivo da honra ou do patrimônio da pessoa física ou jurídica beneficiária da decisão judicial, a teor do disposto no art. 4.º, h, da Lei n.º 4.898/65.

Por si só, não vejo como possa subsumir a recalcitrância do servidor ao tipo legal acima invocado. Acho-o muito genérico para os fins de encaixar o comportamento do insurreto. Em atenção ao *princípio da legalidade* e aos ensinamentos acerca da *tipicidade penal*, não en-

tendo – pura e simplesmente – como abusador da autoridade ou do poder, aquele que recusa dar cumprimento a uma ordem judicial.

Ademais, não se pode olvidar que a *mens legis* da Lei n.º 4.898/65 foi a de armar o *cidadão* contra os desmandos dos ocupantes do poder, reproduzindo, inclusive, nos seus artigos 3.º e 4.º, direitos já asseverados *ao homem* nas diversas declarações políticas, tais como a Declaração de Direitos do Estado de Virgínia (1776), a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948). Na opinião de Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas, “todos os princípios estabelecidos em tais Declarações e que hoje fazem parte de quase todas as Constituições existentes nos mais diversos países, são reproduzidos na Lei de Abuso de Autoridade. Isso significa que os tipos estabelecidos nesta lei especial são, pura e simplesmente, a repetição das declarações de direitos do homem. É bem por isso que ela protege a liberdade de locomoção, o sigilo de correspondência, a inviolabilidade de domicílio, a incolumidade física e outros tantos valores consagrados internacionalmente. (...) Verifica-se, pois, que a Lei n.º 4.898, de 1965, tem a finalidade de prevenir os abusos de autoridade, dando a quem quer que seja o meio necessário para fazer valer os direitos e garantias previstos na Constituição, sendo um instrumento da mais alta importância na defesa dos direitos do homem.”²¹

Não se desconhece que muitos doutrinadores, nacionais²² e estrangeiros,²³ atribuem a sujeição passiva do *abuso oficial*, bipartidamente, ao próprio Estado e ao particular que sofre os reflexos do ato. Entretanto, insisto na idéia de que a tutela imediata objetivada pela Lei n.º 4.898 é a dos interesses e direitos do particular, protegendo mediatamente os direitos e interesses da administração pública. Daí não reconhecer – pelo menos em tese – a pretendida utilidade da figura criminosa do abuso de poder ou de autoridade para, através dela, combater a resistência de funcionário público

²¹ *Abuso de Autoridade*, 4.ª edição, S. Paulo, RT, 1991, p. 13, 14 e 16.

²² v.g. F. DE JESUS, Damásio, ob. cit., p. 285.

²³ MANZINI (*Trattato di Diritto Penale Italiano*, v. V., Unione Tipografico, Editrice Torinese, Torino, Itália, 1950, 231) e SOLER (*Derecho Penal Argentino*, tomo V, Tipografía Ed. Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1951, 154).

¹⁶ Ac. unân. da 3.ª Turma, public. em 2.9.91, Rec. Crim. 90.04.23171-4-PR, Rel. Juiz. Silvio Dobrowolski, Jurisprudência ADVCOAD, 1992, p. 151, verbe te 57585.

¹⁷ RTJ 111/288.

¹⁸ ob. cit., p. 318.

¹⁹ Rel. Des. May Filho, in *Revista dos Tribunais*, v. 527, p. 408.

²⁰ A terminologia, entre nós, é bastante questionada. Para uns, é certo dizer *abuso de poder*, para outros, o correto é *abuso de autoridade*. Tem a palavra Damásio E. de Jesus: “De ver-se que, sob o ponto de vista jurídico-penal, os crimes definidos na Lei n.º 4.898/65 não receberam *nomem juris* apropriado. Não se trata de abuso de autoridade, mas de abuso de poder. Em face de nossa legislação penal, não se confunde o abuso de poder com o de autoridade. O abuso de poder é o uso fora dos limites correspondentes a todo poder ou autoridade, o seu exercício excessivo e ilegítimo. Na hipótese de abuso de autoridade, cuida-se de seu uso ilegítimo no âmbito das *relações privadas*, na de abuso de poder, o agente deve possuir cargo ou ofício público.” (*Direito Penal*, v. 4, 4.ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1993, p. 283).

ao cumprimento de ordem judicial.

Sem qualquer embargo da posição acima esgrimida, entendo que comete o ilícito de abuso de autoridade, o agente público que pratica, *sponte sua*, quaisquer das ações elencadas na Lei n.º 4.898, art. 4.º. Evidentemente, tais ações podem ser cometidas pelo agente público, sem que para tanto tenha sido provocado ou recebido ordens de autoridade judiciária competente. Portanto, o delito terá como sujeito passivo o cidadão, e não a autoridade judiciária.

8. Conclusão

1.ª) O presente estudo tem como objetivo principal ofertar uma contribuição, útil tanto aos juizes como aos particulares, e até mesmo à administração pública, que disporá de elementos para pautar a sua conduta vindoura, evitando transtornos àqueles que verdadeiramente estendem o seu funcionamento.

2.ª) A desídia do funcionário público, em dar cumprimento às determinações judiciais, foi aqui analisada apenas sob a ótica do Direito Penal, sendo certo que tal comportamento poderá sofrer estudo mais apurado em outros campos da ciência jurídica, principalmente no Direito Processual, no Direito Civil e no Direito Administrativo.

3.ª) Para a configuração criminal do comportamento do servidor público omissivo em cumprir ordem judicial, deve ser tomado em conta, basilamente, o *princípio da legalidade*, insculpido na CF, art. 5.º, XXXIX e no CP, art. 1.º.

4.ª) Existe uma inescandível preferência em caracterizar o comportamento do funcionário que deixa de cumprir ordem judicial como *desobediência*. Entretanto, não se pode descurar que a desobediência está encartada no Código Penal como um delito daqueles *praticados por particular contra a administração pública*, já que integrante da Parte Especial, Título XI, Capítulo II. E sendo crime que só pode ser praticado pelo particular, não se pode afirmar seja ele perpetrado por funcionário público, *a menos que o agente estatal esteja despido dessa condição*.

5.ª) Afirma, preocupado, Fábio Bittencourt da Rosa: "Se a desobediência a ordem judicial não tipifica o crime do artigo 330 do Código

Penal, quando praticado por servidor público, outra solução tem que ser estabelecida em nível legislativo."²⁴ E tem razão o juiz gaúcho em clamar por um remédio que sirva a coartar procedimentos como o acima referido, já que a prisão por desatenção a ordem judicial não está prevista na legislação nacional *com força executiva*, como ocorre aos inadimplentes de pensão alimentícia e aos depositários infieis.

6.ª) O agente público, ao deixar de cumprir uma determinação judicial, não comete o delito de *resistência* (CP, art. 329), já que – consoante já afirmado supra – é impossível que um delito previsto para ser praticado "por particular contra a administração pública em geral" (CP, arts. 328 a 337), tenha como sujeito ativo um funcionário público. Ademais, não é razoável que um funcionário público ocupante de cargo ou função que lhe permita cumprir ou ordenar o cumprimento de uma ordem judicial, atue com violência ou ameaça contra o oficial de justiça que portará a ordem emanada do magistrado. E sem *violência ou ameaça*, não há que falar-se em resistência.

7.ª) A *prevaricação* é delito atribuído ao agente público, quando este retarda ou deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou mesmo vem a praticá-lo contra expressa disposição legal, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal (CP, art. 319). No perquirir da configuração de tal delito, deve o juiz analisar, com profundidade, se realmente o funcionário agiu objetivando a satisfação de interesse ou sentimento pessoal. Se ausentes quaisquer destas motivações, ausente está também a *prevaricação*.

8.ª) Não pratica *abuso de autoridade* (ou *abuso de poder*), o servidor público que recusa cumprimento a uma ordem judicial. Pode, entretanto, cometer o delito previsto na Lei n.º 4.898/65, se pratica quaisquer das ações previstas no art. 4.º do mencionado diploma, tendo como sujeito passivo o *próprio cidadão* atingido pelo incorreto comportamento do agente do Estado; não figurará no pólo passivo o *Estado*, por sua atividade jurisdicional.

²⁴Judiciário: diagnóstico da crise, in Anais do Encontro Nacional de Magistrados da JF, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, 1993.

O novo perfil da liquidação de sentença

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Natureza jurídica da liquidação de sentença. 3. A liquidação de sentença no Código de Processo Civil. 4. O processo liquidatório e as inovações da Lei n.º 8.898/94. 5. Direito intertemporal. 6. Conclusões.

1. Introdução

A execução, uma das formas por que o Estado exerce o monopólio da jurisdição, pressupõe sempre a existência de título encouraçado pelas características de liquidez, certeza e exigibilidade.

A primeira delas, a qualidade de líquida – fim primacial deste estudo – significa que o instrumento respaldador da atividade executiva indica o objeto ou a quantia devida, pena de se inviabilizar o cumprimento da obrigação.

Tal pressuposto deve, de logo, vir contido nos títulos extrajudiciais, sem o que perdem a força executória, transpondo o credor ao processo de cognição.

No particular das sentenças que condenam o réu a prestar algo em prol do autor, nem sempre exsurtem precisas quanto ao valor da dívida a ser solvida, ou quanto à discriminação do objeto a ser entregue ou realizado.

Há, assim, a par do acerto definitivo da relação jurídica entre as partes, a necessidade de se delimitar a eficácia do julgado, o que se faz através da liquidação, definida pelo saudoso Ministro Amaral Santos como a operação que “consiste na fixação do objeto da condenação, na sua determinação. Por ela determina-se o valor, ou quantidade, ou a espécie da obrigação, isto é, o que ou quanto deve o vencido”¹.

Edilson Pereira Nobre Júnior é Juiz Federal e Professor da UFRN.

¹*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. III, Saraiva, 8.ª ed., São Paulo, 1985, p. 257

Somente após a ultimação desse estágio é que a sentença estará completa, ensejando a execução forçada, caso inoçorra o adimplemento voluntário da prestação pelo vencido.

2. *Natureza jurídica da liquidação de sentença*

Desprovido de maiores controvérsias, o tema é inerente à natureza jurídica da liquidação de sentença.

De mero incidente do processo de execução no Código de 1939², a liquidação ganhou autonomia com a codificação editada em 1973.

É, atualmente, típico processo judicial, de cunho cognitivo, no qual o magistrado declarará *o an et quantum debeatur*.

O seu encerramento dá-se por sentença de mérito, desafiadora de apelação e, quando trântisita em julgado, de ação rescisória.

Demais da jurisprudência do Pretório Excelso³, pujantes as opiniões doutrinárias⁴ no sentido da autonomia do processo liquidatório.

3. *A liquidação de sentença no Código de Processo Civil*

O Código de Processo Civil, promulgado em 1973, tratou do assunto nos arts. 603 a 611. Previu três modalidades: a) por cálculo do contador; b) por arbitramento; c) por artigos.

A primeira espécie restringia-se às situações em que a base mensurável da condenação pudesse ser explicitada através de simples operação aritmética.

O seu rito era assaz singelo. Requerida a liquidação, e citado o devedor⁵, os autos eram

²O art. 906 do diploma citado ostentava a seguinte redação: "a Execução terá início pela liquidação, quando a sentença exequenda não fixar o valor da condenação ou não individuar o objeto".

³RE 87.109, DJU de 25.4.80.

⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Processo de Execução*, 8.ª ed., EUD, São Paulo, 1983, p. 176; BATISTA DA SILVA, Ovídio, *Curso de Processo Civil*, v. II, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990, p. 39; SANTOS, Moacyr Amaral, *loc. cit.* p. 257; e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Execução Civil*, 3.ª ed., Malheiros, 1993, p. 511. Contrariamente, FIDÉLIS DOS SANTOS, Emanoel, *Manual de Direito Processual Civil*, v. III, Saraiva, 1987, p. 68 e GRECO FILHO, Vicente, *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. III, Saraiva, 8.ª ed., 1994, p. 45, ao defenderem que a liquidação por cálculo configurava incidente *post decisorium* do processo de conhecimento.

⁵Tanto a *opinio doctorum* quanto a mente pretoriana lançaram dúvidas perenes quanto à necessidade

remitidos à contadoria judicial. Elaborada a conta, o juiz dava vista às partes pelo prazo comum de cinco dias. Não ocorrendo impugnação, a providência natural seria a competente homologação, podendo excepcionalmente ser esta recusada caso o magistrado vislumbrasse discrepância entre o valor encontrado e a sentença.

Havendo inconformismo, o juiz, se convincentes as razões do impugnante, determinava a volta dos autos ao contador, com o fim de serem tomadas as providências devidas, ou, se entendesse os motivos daquele improcedentes, rejeitava-os, homologando o cálculo.

Uma vez irrecorrida, a declaração do valor a ser cobrado faria coisa julgada, autorizando o manejo da pretensão executiva.

O segundo tipo, por arbitramento, tem lugar quando determinado pela decisão exequenda, convenção pelas partes, ou, por injunção da natureza do objeto da sentença, na hipótese de sua mensuração demandar conhecimentos técnicos específicos.

Após o competente requerimento, o juiz designava perícia na forma dos arts. 420 a 439 do Código de Ritos.

Apresentado o laudo, seria aberta vista deste por um decêndio, após o qual o juiz decidiria, realizando, se necessário, audiência.

Indispensável a demonstração de fato novo, a liquidação processar-se-á por artigos.

Compete ao credor deduzir os fatos a serem provados. Defesa é a discussão sem peias da matéria fática. Somente deverão ser articulados os fatos influentes na fixação do quantitativo da condenação, vez que, em consequência do art. 5.º, XXXVI, da Lei Fundamental, não pode ser reencetado debate capaz de alterar os termos do dispositivo sentencial. Esta a mensagem do art. 610 do atual CPC, ratificadora da que se continha no art. 891 do diploma codicial revogado⁶.

O art. 609 do CPC prescrevia a adoção à

de citação por cálculo e por arbitramento, alternando-se posições favoráveis (THEODORO JÚNIOR, Humberto, *loc. cit.*, pp. 180-1; RT 536/190, 522/122 e 500/157) e adversas (GRECO FILHO, Vicente, *loc. cit.*, p. 46; RT 530/126 e 488/141).

⁶O art. 891 do CPC pretérito dispunha: "A sentença deverá ser executada, fielmente, sem ampliação ou restrição do que nela estiver disposto. Compreender-se-á, todavia, como expresso o que virtualmente nela se contenha".

liquidação por artigos do procedimento ordinário, com todos os seus consectários, inclusive a incidência de ônus sucumbenciais⁷.

4. *O processo liquidatário e as inovações da Lei n.º 8.898/94*

Visando integrar o processo civil pátrio de medidas tendentes a legar celeridade na resolução dos litígios, veio a lume, em 29.6.94, a Lei n.º 8.898/94, sistematizando, de forma racional, a liquidação de sentença.

Originou-se da preocupação honesta da magistratura e dos militantes do foro, de que, a despeito de moldado com reconhecido rigor científico, o Código de Processo Civil, distante da realidade vivenciada no país, não vinha conseguindo, a contento, propiciar ao cidadão os reclamos da rápida composição dos conflitos de interesse.

Como noticiam os eminentes Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Carneiro⁸, a Associação dos Magistrados Brasileiros, em parceria com o Instituto Brasileiro do Direito Processual, encaminhou ao então Ministro da Justiça, Exmo. Sr. Jarbas Passarinho, propostas de desburocratização do processo civil, sendo que uma delas, na Câmara dos Deputados, veio a constituir-se no Projeto de Lei n.º 2.689, de 1992, Rel. Deputado Nelson Jobin, referente ao tema em foco.

O móvel das sugestões, como puseram em relevo os processualistas citados, consistiu em razões de simplificação e agilização, relegando-se a um plano secundário quízilias de ordem doutrinária. Ressaiu mais forte a lição de Fritz Baur, no diapasão de que apenas “os procedimentos céleres preenchem a finalidade do processo, dando-lhe efetividade”⁹ e¹⁰.

⁷Assim deliberou a 3.ª turma do STJ: “No processo de liquidação por artigos, de procedimento ordinário, há lugar para a condenação em honorários de advogado, devendo suportá-los, por inteiro, a parte que decaiu, de forma substancial (art. 21, parágrafo único, CPC)”. (REsp. 7.489-SP, v.u., rel. Min. DIAS TRINDADE, DJU 22.4.91, p. 4.787).

⁸“A Reforma no Processo Civil”. Simplificação e Agilização, *Revista AJUFE*, n.º 36, junho/93, pp. 30-4.

⁹*Loc. cit.*, p. 34.

¹⁰A preocupação na rapidez e eficiência do processo, como instrumento ordenador da pacificação social, não passou despercebida ao descortínio do Juiz Federal FRANCISCO BARROS DIAS, ao chamar a atenção à inevitabilidade da reformulação de nossa lei processual, a fim de adequá-la aos anseios

Uma das primeiras e meritórias mudanças foi a de eliminar a liquidação por cálculo do contador.

Laborou escorreitamente o legislador ao suprimir a necessidade de mais um processo judicial, quando a verificação da importância da condenação depender, exclusivamente, dos préstimos da aritmética¹¹.

Introduzindo-se roupagem substancialmente nova ao art. 604 do CPC, vê-se o enunciado seguinte: “Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor procederá à sua execução na forma dos arts. 652 e seguintes, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo”.

Dessarte, carecendo o estabelecimento do *quantum debeatur* unicamente da feita de cálculos matemáticos, despiendo é o processo liquidatário. Cabe ao credor promover, colmatada tal fase, a execução, na forma do art. 652 do CPC, suplicando, de logo, a citação do devedor para, em vinte e quatro horas, pagar o débito ou oferecer bens à penhora. Para tanto, anexará ao pedido o valor atualizado do débito, juntamente com a exposição, embora sumariada, das operações que realizou para defini-lo.

Disso não se conclui inexistir oportunidade para o executado discutir e, se for o caso, impugnar o resultado obtido. Inteligência dessemelhante enfrenta o postulado do contraditório, uma das bases fundantes do *due process of law*.

Reserva-se ao executado o prazo para embargos, sede onde poderá defender-se, alegando excesso de execução (art. 741, V, 1.ª parte, CPC), na maneira descrita no art. 743, I, do CPC, i.e., quando for suplicado montante pecuniário

da sociedade hodierna. Disse o eminente magistrado e professor: “Há, por conseguinte, necessidade de se buscar uma reforma profunda em nosso Código de Processo Civil, especialmente no tocante ao processo de execução, retirando a generalidade da execução por quantia certa da forma como se encontra posta, pela interminável formalidade que se apresenta”. Mais adiante, finaliza: “Por fim, deve ser reconhecida uma lição bem elementar, porém inaplicável na prática: a atividade jurisdicional existe como forma de solução e satisfatividade dos conflitos sociais e não como forma escamoteadora ou entravadora dos direitos dos cidadãos” (*Revista AJUFE*, n.º 39, dezembro, 1993).

¹¹Essa possibilidade, antes da mutação legislativa, já fora objeto de alvitre de VICENTE GRECO FILHO, *loc. cit.*, p.45.

superior às forças do édito judicial.

A *fortiori*, esse mecanismo é suscetível de incidência nas atualizações, em virtude da menor complexidade dos trabalhos contábeis a desenvolver.

A eliminação da liquidação por cálculos estende-se à execução contra a Fazenda Pública. A menção ao art. 652 do CPC, relativo à execução por quantia certa contra devedor solvente, é exemplificativa, à míngua de dispositivo a consignar a existência de liquidação judicial por cálculo. Ademais, o procedimento executivo regulado pelos arts. 730 e ss. do CPC também diz respeito à cobrança de valor certo e determinado, justificando-se as peculiaridades de seu *iter* em função da impenhorabilidade dos bens e rendas públicas.

Portanto, o art. 604 do CPC, no seu atual texto, é aplicável à execução disciplinada pelo art. 730, do CPC, devendo a Fazenda Pública executada utilizar-se dos embargos se quiser contraditar a postura unilateral do exequente. Do decidido caberá apelação¹².

Situação merecedora de cuidados especiais é a execução contra a Fazenda Pública do art. 128 da Lei n.º 8.213/91. Este comando prevê que, nas execuções fundadas em títulos judiciais contra o INSS, cujo valor apurado for inferior ao limite ali mencionado, atualizado periodicamente, a execução opera-se por requisição do julgador, sem a aplicação dos arts. 730 e 731 do CPC.

A não-aplicação dos referidos artigos do CPC, a meu sentir, não pode inviabilizar, na espécie, o contraditório antes resguardado com a existência da liquidação por cálculo. O engenho hermenêutico deve contornar o impasse. Sugiro o seguinte: a autoridade judicial deve, num primeiro plano, oferecer à entidade previdenciária prazo para, querendo, questionar a importância encontrada pelo exequente que, por integração analógica, é de ser o do art. 730 do CPC para, somente na hipótese de não haver sido deduzida irrisignação, ou resolvida definitivamente esta, requisitar o pagamento. A deliberação judicial, a exemplo dos embargos dos arts. 730 e 741 do CPC, desafiará de apelação.

Em suma: na sistemática da Lei n.º 8.898/94, a liquidação por cálculo não mais subsiste como

¹²Permanece, *mutatis mutandis*, a orientação da Súmula 188-TFR, subordinando a acessibilidade ao duplo grau de jurisdição ao requisito do oferecimento tempestivo de impugnação, agora articulada no bojo da ação incidental de embargos.

processo autônomo, sendo absorvida pelo processo de execução. Voltou-se a modelo similar ao do CPC de 1939.

Isso não importa afirmar que se tornaram inócuos os ofícios desempenhados pelas contadorias das comarcas e seções judiciárias. Absolutamente. Doravante, avultou de importância os labores de tais serventuários, aos quais incumbe a árdua tarefa de auxiliar o magistrado no deslinde das desarmonias levantadas pelas partes.

Outro ponto importante, relativo também à liquidação por cálculo, consta do novel art. 605 do CPC: “Para os fins do art. 570, poderá o devedor proceder ao cálculo na forma do artigo anterior, depositando, de imediato, o valor apurado”. O preceptivo em comento, ao pôr em destaque o art. 570 do CPC, colima adequar a novidade legislativa à hipótese em que a iniciativa da execução, cuja apuração do montante devido dependa de simples cálculo, parta do devedor. Toca a este proceder ao correspondente cálculo, como recomenda o art. 605 do CPC, efetuando, à disposição do juízo competente, o depósito do valor apurado, com o requerimento de citação do credor para vir receber o que lhe pertence.

Na hipótese de o credor discordar da importância oferecida, penso que, se entendê-la insuficiente, poderá levantá-la com reservas, ajuizando, quanto à parte faltante, execução forçada, como alvitra o art. 604 do CPC.

Digno de destaque o acréscimo de parágrafo único ao art. 603, ao proclamar: “A citação do réu, na liquidação por arbitramento e na liquidação por artigos, far-se-á na pessoa de seu advogado constituído nos autos”.

Inicialmente, pôs cobro ao debate de a citação, no processo liquidatório, não mais ser monopólio da liquidação por artigos, polêmica que, como visto, acirrou doutrina e jurisprudência.

Tal prescrição importa hoje na assertiva inelével de que reduzidas a duas foram as espécies de liquidação (por artigos e por arbitramento).

Por último, revelou-se de inegável praticidade ao permitir que, possuindo o vencido patrono constituído nos autos, na pessoa deste efetuar-se-á a citação. Supletiva a possibilidade de tal ato recair sobre a própria parte.

Impondo vicissitude ao art. 609 do CPC, o recente diploma substituiu a expressão “procedimento ordinário” por “procedimento comum”,

de sorte a englobar também o procedimento sumaríssimo. A reforma imposta, a despeito da discordância de Humberto Theodoro Júnior¹³, já constava de reclamo de Alexandre de Paula¹⁴, ao indigitar contra-senso segundo o qual, ainda que a cognição tivesse observado o ritual sumaríssimo, a liquidação deveria observar o ordinário.

O tipo do rito (ordinário ou sumaríssimo), averbe-se, não se encontra ao talante da parte. Deflui, via de regra, do adotado no processo de conhecimento. Nada impede, contudo, que se substitua o sumaríssimo pelo ordinário, onde o prazo de resposta é mais elástico. Interdito, o proceder contrário, dado ao cerceamento temporal de defesa, que certamente ocorrerá.

5. Direito intertemporal

O art. 2.º da Lei n.º 8.898/94 submete o seu viger a uma *vacatio legis* de dois meses após a sua publicação, ocorrida em 30.6.94, pelo que somente principiará em 1.9.94.

No que concerne aos processos pendentes, as modificações em tela aplicam-se desde logo, ressalvada a validade dos atos já aperfeiçoados.

Ultimadas, antes de tal data, liquidações por cálculo através de sentença irrecorrível, impossível a aplicação da lei nova. No entanto, caso tal ainda não tenha se verificado, podem as partes atuar, livremente, de acordo com as transformações introduzidas nos arts. 604 e 605 do CPC.

Por igual, desnecessária a citação, nas liquidações por arbitramento, se requeridas e processadas antes da divisa cronológica mencionada.

6. Conclusões

Alfim desta célere exposição, é lícito rematar:

a) a execução, como meio de satisfação do direito objetivo reconhecido na sentença, requer a especificação exata do objeto ou coisa devidos, o que, em caso de omissão, dá-se com o processo de liquidação;

b) ao contrário da ordenança pretérita, o CPC de 1973 outorgou à liquidação, em qualquer de suas hipóteses, o caráter de processo de conhecimento, de natureza declaratória, guardando autonomia frente ao processo executivo;

c) com o regramento emanado da Lei n.º 8.898/94, a liquidação por cálculo perdeu o ca-

ráter acima,volvendo, em obséquio à celeridade processual, à condição de incidente da execução, onde o valor da condenação é obtido por diligências a cargo do exequente;

d) reserva-se ao executado, caso queira refular o valor encontrado pela parte, a via dos embargos, com fundamento nos arts. 741, V, 1.º parte, e 743, I, ambos do CPC, procedimento extensível à execução por quantia certa contra a Fazenda Pública;

e) nas execuções do art. 128 da Lei n.º 8.213/91, impõe-se ao magistrado, antes de requisitar o adimplemento da obrigação, assinar prazo, que deve ser o mesmo do art. 730 do CPC, para o executado contestar o valor apontado pelo exequente, cabendo da decisão do juiz *a quo* apelação;

f) tomando o devedor a iniciativa da execução, outrora liquidável por cálculos do contador, deverá elaborar a conta do valor devido e depositá-lo em juízo, pedindo a citação do credor para recebê-lo, o qual, se discordar, poderá recebê-lo com restrições, ficando legitimado a proceder na forma do art. 604 do CPC, executando o remanescente do seu crédito;

g) permitindo a citação da parte vencida por seu advogado nas liquidações por arbitramento e por artigos (medida de extrema ordem prática), o legislador, no parágrafo único do art. 603 do CPC, inequivocadamente reconheceu-as como as únicas modalidades de processo liquidatório existentes no *jus positum*, afora tornar expressa a necessidade do ádito citatório na primeira delas;

h) com a Lei n.º 8.898/94, a liquidação por artigos observará o procedimento comum e não mais o ordinário, abrindo ensanchar à utilização também do procedimento sumaríssimo;

i) a nova metodologia aplica-se aos processos em curso, ressalvadas as liquidações concluídas por *decisum* com os adereços da coisa julgada material.

Bibliografia

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. – *Curso de Processo Civil*, v. II, Porto Alegre, Fabris, 1990.

CARNEIRO, Athos Gusmão & TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo – *A Reforma do Processo Civil – Simplificação e Agilização*, Revista AJUFE, n.º 36, junho, 1993.

DIAS, Francisco Barros – *A Efetividade do Processo*, Revista AJUFE, n.º 39, dezembro, 1993.

¹³Loc. cit., p. 186.

¹⁴Código de Processo Civil Anotado, v. III, RT, 5.ª ed., São Paulo, p. 2.569.

- DINAMARCO, Cândido Rangel – *Execução Civil*, 3.ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993.
- FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane – *Manual de Direito Processual Civil*, v. III, 1987.
- GRECO FILHO, Vicente – *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. III, 8.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994.
- PAULA, Alexandre de – *Código de Processo Civil Anotado*, v. III, 5.ª ed., São Paulo, RT, 1993.
- SANTOS, Moacyr Amaral – *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. I, 10.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto – *Processo de Execução*, 8.ª ed., São Paulo, EUD, 1983.

Proteção de emblemas, logotipos e sinais distintivos pertencentes às entidades esportivas

ERICKSON GAVAZZA MARQUES

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A proteção das marcas dos clubes esportivos nacionais. 3. A tutela dos sinais distintivos pertencentes aos clubes esportivos estrangeiros. 4. A proteção de símbolos de entidades esportivas supranacionais. 5. Conclusão.

1. Introdução

“Vista a camisa oficial do seu time. Não aceite imitações”. Este é o *slogan* de uma campanha publicitária que, segundo declarações de seus organizadores, deveria ter sido veiculado por meio de impressão em camisetas e adesivos promocionais. A campanha objetivaria sensibilizar o público a adquirir produtos estampando símbolos, logotipos, emblemas e outros sinais distintivos com a devida licença de seus proprietários: as entidades esportivas.

As razões desta campanha publicitária estariam estreitamente ligadas à atenção desperdiçada pelos clubes esportivos em torno do direito de uso de emblemas, logotipos, símbolos e outros sinais distintivos através dos quais aquelas entidades são conhecidas diante do público.

De um lado, os dirigentes dos clubes afirmam que os seus direitos sobre o uso e eventual comercialização desses sinais distintivos estariam sendo francamente violados. Inúmeras pessoas não lhes pagam *royalties*¹ pela repro-

¹ A palavra inglesa *royalties* vem da junção dos vocábulos *royal* e *rights*, ou seja, direitos da realeza. A princípio, esse duplo vocábulo designava, dentre outros direitos, os pertencentes à Coroa Britânica sobre a exploração das minas de ouro e de prata. De lá para cá o uso da expressão *royalty* foi amplamente difundido. Hoje, a palavra tem sido empregada sobretudo para designar o pagamento feito em contrapartida ao fornecimento de tecnologia industrial, as-

Erickson Gavazza Marques é professor na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie; pós-graduado em Direito pela Sorbonne, Paris; membro do Instituto Interamericano de Direitos de Autor (IIDAO); advogado, membro de Demarest & Almeida Advogados (São Paulo, Rio de Janeiro, Brasília e Nova Iorque)

dução daqueles emblemas em camisetas, calções, bonés, chaveiros, bolsas, revistas, isqueiros, porta-mocidas, etc... Assim, eles estariam sendo prejudicados na medida em que haveria evasão de receitas.

Por outro lado os comerciantes e fabricantes de produtos de todo o gênero alegam estarem reproduzindo símbolos suscetíveis de apropriação por todos, tendo em vista que esses sinais de identificação dos clubes encontravam-se em domínio público. Além disso, alegam ainda que não haveria nada de ilícito em sua atividade de conteúdo meramente comercial.

Se caso os dirigentes dos clubes estiverem com razão, estaremos diante de uma, e não menos antiga, forma de pirataria. Desta vez no domínio esportivo, que viria juntar-se a tantos outros setores vítimas do mesmo fenômeno, tais como a indústria de audiovisual, de edição, de perfumaria e tantas outras.

Entretanto, se os referidos sinais distintivos estiverem realmente em domínio público, *quisque de populo* teria o direito de reproduzi-lo livremente num suporte material, mesmo que tal reprodução visasse a uma atividade lucrativa.

Estas são essencialmente as teses em conflito.

A utilização desses emblemas e logotipos dá-se essencialmente a título de sinais distintivos. Esses sinais são representados por linhas, traços e cores que, dispostos segundo a criatividade de seu idealizador, formam as figuras utilizadas pelos clubes esportivos em seus uniformes, toalhas, bolsas, papéis oficiais, veículos, etc.

Esses sinais distintivos são notoriamente conhecidos do grande público porque identificam as entidades as quais representam.

Dai por que esses emblemas e logotipos enquadram-se, indubitavelmente, na categoria de marcas², por estarem identificando a atividade principal das instituições esportivas, qual seja a de uma empresa prestadora de serviços.

sistência técnica, exploração de inventos, uso de marca de fábrica, ou ainda a remuneração obtida em razão da cessão de direitos autorais. Aliás, este anglicismo teve acolhida até mesmo em textos oficiais, *verbi gratia* o artigo 30, § 4.º, do Código da Propriedade Industrial.

² Conforme o disposto no artigo 64 do atual Código da Propriedade Industrial, "são registráveis como marcas os nomes, palavras, denominações, monogramas, emblemas, símbolos, figuras e quaisquer outros sinais distintivos..."

Assim, os sinais distintivos dos clubes esportivos, consubstanciados em símbolos, logotipos, emblemas, etc..., são suscetíveis de ser protegidos como um direito de propriedade industrial.

Portanto, para efeitos deste trabalho, limitaremos a análise da questão ao âmbito do direito industrial, mais particularmente ao do direito marcário. Devem, por conseguinte, ser objeto de nosso estudo não só aqueles sinais distintivos utilizados pelos clubes esportivos brasileiros, mas também aqueles que se constituem em verdadeiros atributos de clubes estrangeiros e de entidades esportivas supranacionais.

2. A proteção das marcas dos clubes esportivos nacionais

A tutela dos sinais distintivos dos clubes esportivos nacionais pode originar-se de dois regimes distintos. O primeiro é oriundo das disposições do Código de Propriedade Industrial. Já o segundo regime jurídico advém da Lei n.º 8.672, de 6 de julho de 1993, que institui normas gerais sobre desportos.

A. Tutela pelas disposições legais que tratam da propriedade industrial

O regime jurídico desses sinais distintivos encontra-se capitulado no atual Código da Propriedade Industrial, Lei n.º 5.772, de 21 de dezembro de 1971³, que versa principalmente sobre os direitos e obrigações inerentes à propriedade de inventos, marcas, desenhos e modelos industriais.

Qualquer que seja o tipo de sinal distintivo utilizado pela entidade esportiva, vale dizer, nominal, figurativo ou emblemático, misto, etc..., o essencial é que ele, para ser considerado uma marca, possua suficiente forma distintiva⁴, ou distinguibilidade⁵, consoante dispõe o artigo 59 do Código da Propriedade Industrial. Isto quer dizer que um sinal distintivo utilizado pela entidade esportiva, para ser elevado à catego-

³ Este Código da Propriedade Industrial está com os seus dias contados. Tramita no Congresso Nacional um projeto de lei, de autoria do Deputado Ney Lopes, sobre uma nova regulamentação para a propriedade industrial.

⁴ GAMA CERQUEIRA, J. *Tratado da Propriedade Industrial*, v. II, 2.ª ed., Ed. R.T., 1982, n.º 485, pp. 777 e 778; PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, tomo XVII, 3.ª ed., Ed. Borsoi, 1971, p.10.

⁵ TINOCO SOARES, J.C. *Comentários ao Código da Propriedade Industrial*, Ed. Resenha Universitária, São Paulo, 1981, p. 165.

ria de marca, deve conter elementos que possam distinguir os produtos, as mercadorias ou os serviços fornecidos pelo clube esportivo ou por terceiros devidamente autorizados por ele.

As marcas esportivas, se é que podemos denominar assim os sinais distintivos utilizados como marca pelas entidades esportivas, devem, ainda, obedecer a outro requisito: o da novidade. Em outras palavras, não deverão ter sido registradas anteriormente para distinguir produtos, mercadorias ou serviços classificados no mesmo ramo de atividade do titular da marca que se pretende registrar. Assim, um registro anterior implicaria na perda da novidade, requisito essencial exigido pelo artigo 64 do Código. A verificação de tal requisito dá-se mediante uma pesquisa de anterioridades, para saber se o sinal distintivo possui ou não registro anterior.⁶ E isto porque duas marcas idênticas poderiam gerar confusão no espírito do consumidor⁷ na medida em que este poderia facilmente ser induzido a erro imaginando tratar-se de produtos com a mesma origem e fabricados pelo mesmo produtor, quando na realidade não o seriam.

Em definitivo, para que o titular do sinal distintivo possa beneficiar-se das prerrogativas concedidas pela Lei n.º 5.772/71, mister se faz que o sinal não tenha sido registrado anteriormente.

No entanto, costuma-se dizer que o conceito de novidade, em matéria de marcas, não deve ser entendido da mesma maneira que em matéria de patentes de invenção, onde a novidade tem caráter absoluto.⁸

Em termos de marcas, a novidade deve ser apenas relativa⁹. Isto significa que se o sinal distintivo, o qual se pretende registrar como marca, já tiver sido empregado por terceiros para

distinguir algo produzido num ramo de atividade diferente daquele correspondente à classe onde se pretenda registrar a marca, os titulares do registro anterior não poderão se opor ao novo registro: desde que este registro não seja na classe correspondente ao primeiro. Tudo isso em razão do princípio da especialidade que prevê que uma marca será protegida somente em relação ao produto, mercadoria ou serviço correspondente à atividade ou negócio de seu titular.

Entretanto, exceção é feita às marcas notórias, compreendendo-se estas como as marcas conhecidas do grande público e cuja propagação atinge um grande número de pessoas¹⁰. De acordo com o artigo 67 do Código da Propriedade Industrial, estas marcas serão protegidas em todo e qualquer ramo de atividade ou negócio, mesmo naqueles para os quais não possuam registro¹¹. Afinal, o que se procura evitar com isso é que pessoas inescrupulosas se aproveitem da notoriedade de determinadas marcas registrando-as para explorá-las em outros setores de atividades, beneficiando-se então da ampla difusão e do grande renome destes sinais distintivos junto ao público. Estes parasitas estariam "pegando carona" na fama e notoriedade de outrem, conquistados não sem muito esforço e vultosos investimentos¹².

¹⁰DOUGLAS GABRIEL DOMINGUES ensina que uma marca deve ser considerada notória quando a mesma tiver sido "de tal modo divulgada e conhecida que permita ao consumidor identificá-la e distingui-la das demais marcas do mercado, independentemente de seu grau de instrução. A par disso, a marca notória é conhecida em todo o território nacional sem distinção de nível sócio-econômico dos habitantes, exerce um grande poder de atração sobre os consumidores e desfruta de elevado conceito no mercado pela qualidade excepcional dos produtos ou serviços que identifica e assinala" (*Marcas e Expressões de Propaganda*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1984, pp. 95 e 96).

¹¹No Brasil, para efeitos de proteção especial, as marcas notórias devem ser objeto de uma declaração de notoriedade junto ao I.N.P.I., na forma do Ato Normativo n.º 7.002, de 18 de novembro de 1980. Já em outros países, tais como a França, os titulares de marcas notórias gozam de proteção independentemente de registro, proteção esta baseada não nas regras do direito de marcas, mas naquelas referentes a concorrência desleal (CHIVANNI, Albert, BURST, Jean-Jacques. *Le droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 3^e ed., 1990, p. 617).

¹²Aliás, a utilização indevida de uma marca notória constitui agravante dos crimes previstos no artigo 175 do Decreto-Lei n.º 7.903, de 27.8.45.

⁶De conformidade com o *caput* do artigo 79 do Código da Propriedade Industrial, o pedido de registro de uma marca será objeto de um exame para verificar-se, dentre outras coisas, se a marca para o qual pretende-se obter não possui anterioridades e não implica em colidência com outras marcas já registradas.

⁷Sobre a questão das marcas e da proteção ao consumidor, ver o excelente artigo do Dr. JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES: "Os direitos de propriedade industrial como instrumento para a defesa do consumidor", *RT* 549/16.

⁸FRANÇON A. *Cours de Propriété Littéraire Artistique et Industrielle*, Ed. Le Cours de Droit, 1990, p. 98.

⁹GAMA CERQUEIRA, *Tratado*, p. 865; TINOCO SOARES, *Comentários*, p. 165.

À vista do exposto, é de se observar que os sinais distintivos pertencentes aos clubes esportivos não só se enquadram no conceito jurídico de marca, mas também preenchem perfeitamente as características de uma marca notória. Isto porque todo e qualquer cidadão brasileiro poderia identificar o logotipo, o emblema ou símbolo das principais entidades esportivas nacionais, sobretudo aquelas cujas equipes de futebol participam dos campeonatos regionais e do campeonato brasileiro. Estes sinais distintivos são conhecidos do grande público, podendo ser amplamente identificados pelo consumidor em geral.

Para que os clubes esportivos possam gozar dos benefícios inerentes ao universo da propriedade industrial, da qual a marca é parte integrante, mister se faz que os sinais distintivos utilizados pelos clubes tenham sido devidamente registrados no órgão competente. Em outras palavras, tratando-se de marcas de fábrica, de comércio ou de serviço, os legítimos titulares dos direitos sobre os sinais distintivos devem registrá-los como marca no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, para que o seu titular possa lançar mão de remédios legais eficazes no combate à pirataria em matéria de marcas. Estes paliativos, de natureza civil ou criminal, encontram-se inseridos no atual Código da Propriedade Industrial.

Observe-se que os símbolos dos clubes representam verdadeiras marcas no sentido técnico da palavra. Todavia, forçoso é verificar, malgrado o direito *erga omnes*, que também envolve as marcas esportivas, se, uma vez devidamente registradas, não haveria possibilidade de que as mesmas pudessem ser livremente exploradas por terceiros sem a autorização do seu titular.

Dentro deste contexto, é bom salientar que muitos clubes esportivos facilitam bastante a atuação de terceiros de má-fé. Estas agremiações não têm tido o cuidado necessário. Permitem, tacitamente, que os seus sinais distintivos sejam copiados e utilizados por terceiros sem a sua autorização.

O problema é mais grave para aqueles clubes esportivos que, até os dias de hoje, não atentaram ainda para o fato de que seria necessário registrar as suas marcas. Dai caberia a seguinte pergunta: por falta de registro, os sinais distintivos dos clubes esportivos estariam eles em domínio público? Estariam eles sujeitos a serem explorados por todos, sem a necessida-

de de se versar qualquer contraprestação por isto?

Na verdade, a queda em domínio das marcas esportivas não seria somente o fato da falta do registro, mas também da caducidade do mesmo.

Em primeiro lugar, as marcas esportivas poderiam, em princípio, cair em domínio se os contestadores dos direitos do clubes conseguissem provar judicialmente que estes últimos não exploram suas marcas, nem pessoalmente, nem por intermédio de terceiros. É isto por um período superior a dois anos consecutivos¹³. Neste caso, o direito sobre a marca é considerado caduco em razão da mesma não ter sido explorada durante um certo lapso de tempo¹⁴. Não obstante a força deste argumento tirado da legislação, o mesmo não oferece a menor resistência face a argumentos tirados dos fatos. Isto porque não se pode afirmar que as marcas dos clubes esportivos não são exploradas. Os acontecimentos cotidianos do mundo esportivo demonstram o contrário. Estes sinais distintivos encontram-se estampados nas camisas dos atletas, nos papéis timbrados das agremiações, nas vitrinas de lojas de artigos esportivos, na televisão, nas revistas esportivas. Enfim, a exploração é notória, e as entidades esportivas não teriam nenhuma dificuldade em comprová-la. Portanto fica afastada, na hipótese das marcas pertencentes ao domínio esportivo, a caducidade por falta de exploração.

Em segundo lugar, nos resta examinar se os argumentos daqueles que se insurgem contra os direitos dos clubes esportivos não surtiriam algum efeito no caso de inexistência, ou da não-renovação do registro da marca utilizada pelo clube¹⁵. Uma resposta inadvertida diria que,

¹³ O C.P.I. estabelece, em seu artigo 94, que, "salvo motivo de força maior, caducará o registro, *ex officio* ou mediante requerimento de qualquer interessado, quando o seu uso não tiver sido iniciado no Brasil dentro de 2 (dois) anos contados da concessão do registro, ou se for interrompido, por mais de 2 (dois) anos consecutivos".

¹⁴ Mais detalhes sobre a questão da caducidade do registro de marcas. Cf.: SOARES, José Carlos Tinoco. *Caducidade do Registro de Marca*, Ed. RT, São Paulo, 1984, p. 95.

¹⁵ É bom lembrar que o registro é obrigatório para efeitos de proteção via ação em contrafação. Consoante o artigo 85 do C.P.I., o registro da marca pode ser renovável a cada decênio, indefinidamente. Assim, a possibilidade de renovações ilimitadas confere ao titular da marca um direito de caráter perpétuo, bem mais vantajoso do que aquele atribuído em ra-

neste caso, a exploração da marca cairia em domínio público, podendo ser explorada por qualquer pessoa.

Mas, na realidade, a resposta é taxativamente negativa. E por uma razão muito simples: é que os sinais distintivos dos clubes esportivos, mesmo que não registrados, podem beneficiar-se de amparo legal¹⁶ consubstanciado nas regras referentes a repressão à concorrência desleal. Estas sancionam, dentre outros ilícitos civis, aqueles referentes ao desvio fraudulento de clientela, aproveitamento ilícito da notoriedade e do trabalho alheios, etc. E esta modalidade de proteção não exige um registro prévio. Afinal, ela baseia-se não no direito marcário, mas em disposição relativa à responsabilidade civil extracontratual inserida no artigo 159 do Código Civil.

Não obstante, a recém-aprovada Lei n.º 8.672/93 isentou as entidades esportivas, no tocante às suas marcas, de toda e qualquer formalidade, inclusive de registro prévio.

B. *Tutela através da Lei n.º 8.672/93, que institui normas gerais sobre desportos*

A Lei n.º 8.672/93, oriunda do chamado "Projeto Zico", institui normas gerais sobre desportos e dá outras providências¹⁷. Possui onze capítulos e setenta e um artigos, alguns dos quais consagrados aos sinais distintivos utilizados pelas entidades esportivas.

O artigo 55 deste recém-criado diploma legal vem ao encontro dos interesses dos clubes esportivos ao determinar que a "denominação

zão da descoberta de um invento industrial. Afinal, neste último caso, o inventor tem, sobre a sua invenção, um direito exclusivo de exploração durante quinze anos, insuscetíveis de prorrogação. Portanto, o direito sobre as marcas tem, ao contrário daquele sobre as invenções, um caráter perpétuo.

¹⁶ Não há dúvida alguma quanto à possibilidade de proteger-se uma marca sem registro. A doutrina mais abalizada manifesta-se neste sentido: SILVEIRA, Newton. *Curso de Propriedade Industrial*, 2.ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1987, p. 36; DOUGLAS GABRIEL DOMINGUES, *Marcas e Expressões de Propaganda*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 94; BITTAR, Carlos A., "Imitação de marca e concorrência desleal", *Tutela dos direitos da personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais*, Ed. RT, São Paulo, 1993, p. 113; NORONHA, Edgar Magalhães, "Concorrência Desleal e registro de marca de indústria e comércio", *RT* 448:287.

¹⁷ Lei n.º 672, de 6 de julho de 1993, publicado no DOU, seção I, de 7 de julho de 1993, pp. 9379 a 9383.

e os símbolos pertencentes a entidades esportivas são de propriedade exclusiva dessas entidades, contando com proteção válida por todo o território nacional, por tempo indeterminado, sem necessidade de registro ou averbação no órgão competente".

A proteção de que trata o artigo 55 da mencionada lei, ao contrário do que preceitua o Código da Propriedade Industrial, tem caráter indeterminado, dispensando-se o preenchimento de qualquer formalidade para a perpetuação da referida proteção.

Assim, poder-se-ia argumentar que a referida disposição legal não trata com isonomia as várias pessoas jurídicas zelosas por suas denominações ou sinais distintivos. Até agora, a proteção de sinais enquanto marcas de indústria, de comércio ou de serviço exigia registro no órgão competente, sendo tal proteção outorgada por um prazo de dez anos, renovável por igual período, indefinidamente. Agora, com o advento da Lei n.º 8.672/93, as pessoas jurídicas mencionadas no artigo 55 deste diploma legal não necessitam registrar seus sinais distintivos para que os mesmos gozem de proteção a título de marca, o que significa que elas desfrutam de tratamento diferenciado dado pela mencionada lei, em detrimento de outras pessoas jurídicas que não se dedicam a atividades esportivas. As marcas destas empresas continuam submetidas às exigências e formalidades do Código da Propriedade Industrial.

O parágrafo único do artigo 55 proclama que "a garantia legal outorgada às entidades referidas neste artigo permite-lhes o uso comercial de suas denominação e de seus símbolos". Em outras palavras, é garantido às entidades esportivas, não só proteção de seus sinais e denominações contra utilização não autorizada, como também a possibilidade de exploração comercial dos mesmos. Assim, duas seriam as prerrogativas das entidades titulares de marcas desportivas: a primeira de se voltar contra toda e qualquer utilização indevida¹⁸ dos sinais distintivos e, a segunda, de utilizá-las comercialmente seja em companhias publicitárias, seja por meio de terceiros devidamente autorizados pelo titular da marca, mediante a lavratura de contratos de cessão ou, apenas, de licença de uso.

Não obstante a promulgação desta lei, en-

¹⁸ A utilização indevida abrange tanto a utilização não autorizada quanto a utilização que, embora autorizada, sendo feita nos moldes do que tiver sido estipulado no contrato de licença de uso de marca.

tendemos que o artigo 55 foi inteiramente desnecessário e redundante, posto que, conforme já tivemos a oportunidade de demonstrar, os logotipos, emblemas, símbolos e sinais distintivos pertencentes às entidades desportivas já encontravam amparo sob o manto do Código da Propriedade Industrial e das normas destinadas ao combate à concorrência desleal.

A bem da verdade, o artigo 55 da Lei n.º 8.672 representa, como em outros exemplos recentes¹⁹, mera redundância, pois vem proteger o que já estava protegido, versar sobre algo que já possuía tutela legal. O problema é que, mais uma vez, ao invés de observar-se atentamente o que dispõe o direito positivo vigente e a jurisprudência dominante, procurou-se criar mais um dispositivo de lei que veio juntar-se a tantos outros existentes²⁰.

A única inovação da Lei n.º 8.672/93 no que diz respeito às marcas esportivas está em que, no seu artigo 45, inciso III, fixa o percentual a ser pago pela utilização, em testes da Loteria Esportiva Federal, dos sinais distintivos pertencentes às entidades esportivas. Nestes casos, dispõe o preceito legal mencionado, que o montante a ser versado ao clube será de dez por cento da arrecadação obtida em cada teste²¹.

3. *A tutela dos sinais distintivos pertencentes aos clubes esportivos estrangeiros*

É certo que os símbolos e emblemas de propriedade dos clubes esportivos estrangeiros também gozam, em caso de sua utilização inde-

vida em território nacional, de uma proteção estabelecida nas leis relativas à propriedade intelectual.

Os sinais distintivos utilizados por clubes estrangeiros, muito embora possam, em território nacional, não ser tão conhecidos do grande público, podem desfrutar do mesmo nível de proteção que aqueles pertencentes às entidades nacionais. No entanto, para beneficiar-se desta tutela legal, as entidades esportivas podem proceder de duas maneiras: registrarem os seus sinais distintivos ou como marcas nacionais ou então como marcas estrangeiras.

A. *Proteção na qualidade de marca nacional*

Os clubes estrangeiros poderão registrar, no Brasil, as suas marcas ao mesmo título que uma marca nacional. A marca, embora pertencente a uma entidade estrangeira, terá o *status* de marca nacional. Mas, neste caso, a entidade esportiva, futura titular do registro, deverá comprovar a sua existência legal no país de origem²². Deverá comprovar também que a marca objeto de pedido de registro se relaciona com a sua atividade profissional efetivamente exercida no país de origem, conforme o disposto no artigo 69 do C.P.I.²³. Evidentemente, neste caso, a atividade profissional do requerente deverá estar necessariamente ligada à prática de desporto.

Assim, para que sejam registrados como marcas brasileiras, os sinais distintivos pertencentes aos clubes estrangeiros deverão submeter-se às mesmas condições de nascimento, vida e morte impostas pelo Código da Propriedade Industrial às marcas eventualmente registradas pelos clubes nacionais.

Mas não é só. De acordo com o artigo 116

²² Esta comprovação pode dar-se mediante a entrega, no INPI, de comprovante que ateste que a pessoa jurídica está devidamente registrada junto a repartição competente no exterior. Ou, ainda, mediante a apresentação, junto ao INPI, de uma declaração escrita - "affidavit" - , equivalente à nossa declaração juramentada, onde deverá constar que a empresa estrangeira tem existência real e atua no mesmo setor de atividade para o qual se pede o registro da marca.

²³ O Código da Propriedade Industrial estipula, em seu artigo 69, que "a marca requerida por pessoa domiciliada no exterior poderá ser registrada como brasileira, nos termos e para os efeitos deste Código, desde que o titular prove que se relaciona com sua atividade industrial, comercial ou profissional, efetiva e lícitamente exercida no país de origem.

¹⁹ A Lei n.º 8.648, de 20 de abril de 1993, acrescentando um parágrafo único ao artigo 399 do Código Civil, veio, não sem muito estardalhaço, estipular que caberá aos filhos maiores e capazes do dever de amparar os pais idosos que ficarem sem condições de prover seu próprio sustento. Entretanto esta obrigação já estava prevista no *caput* do mesmo artigo 399. Enfim, bastaria uma simples leitura do referido dispositivo legal para que se chegasse à mesma conclusão.

²⁰ É um exemplo claro do que chamamos de hipertrofia legislativa ou, ainda, de excesso de regulamentação, que teria por principal consequência o condão de tolher sensivelmente a liberdade dos indivíduos. Cf.: RIPERT, Georges, "Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine", Paris, LGDJ, 1949.

²¹ "Art. 45. A arrecadação obtida em cada teste da Loteria Esportiva Federal terá a seguinte destinação:

III - dez por cento para pagamento, em parcelas iguais, às entidades de prática desportiva, constantes do teste, pelo uso de suas denominações ou símbolos;"

do Código. o clube esportivo estrangeiro deverá nomear, a partir do depósito do registro da marca, e manter, durante todo o decênio, um mandatário com domicílio no País para que possa representá-lo²⁴.

Ou ainda, os clubes esportivos poderão, ao invés de optarem pelo registro como marca nacional, registrarem os seus sinais distintivos enquanto marcas estrangeiras.

B. Tutela enquanto marcas estrangeiras

Os clubes esportivos estrangeiros desejosos de verem suas marcas registradas aqui no Brasil poderão requerer o registro, desde que o pedido seja feito dentro do prazo de seis meses, contados da data do primeiro registro efetuado no exterior. Outra condição é que o requerente faça, no pedido de registro, menção expressa do direito de prioridade unionista²⁵, direito este que deverá ser devidamente comprovado²⁶.

²⁴ Esta representação deverá ser tanto para efeitos administrativos, junto ao INPI, quanto para receber citação em processo judicial. JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES explica a razão de tal obrigatoriedade: "Acontece, porém, que as empresas estrangeiras, cujo domicílio é fora do território nacional, não podiam ser acionadas judicialmente em razão de não possuírem procurador hábil com poderes para receber citações. Nestas condições inúmeras ações foram iniciadas, mas não tiveram o seu seguimento em virtude dos procuradores administrativos não terem quaisquer poderes para tomar conhecimento das ações e contestá-las. Visando sanar completamente esta irregularidade, resolveu então o legislador consignar na lei vigente a obrigatoriedade de, em todas as procurações do estrangeiro, conter os poderes de representação e recebimento de citações judiciais relativas à Propriedade Industrial" (*Comentários ao Código da Propriedade Industrial*, Ed. Resenha Tributária, São Paulo, 1981, p. 288).

²⁵ Conforme estabelece o artigo 4.º da Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, direito de prioridade unionista é o princípio segundo o qual quem tiver feito regularmente o depósito de registro de uma marca em qualquer dos países-membros da União gozará, para efeito de depósito em outros países, de um direito de propriedade de seis meses caso faça um segundo registro. Este retroagirá, a data do primeiro, para efeitos de anterioridade.

²⁶ O artigo 68 do Código da Propriedade Industrial, em seu parágrafo 2.º, reza que "a reivindicação de prioridade deverá ser comprovada mediante documento hábil do país de origem, sempre acompanhado de tradução, na íntegra, contendo o número, a data e a reprodução do pedido ou do registro".

No entanto, se a apresentação desta prova não tiver sido feita concomitantemente com o pedido de

Entretanto, esta proteção em território brasileiro, na forma do artigo 69 do Código da Propriedade Industrial, e de seus parágrafos, está condicionada a que o clube esportivo estrangeiro tenha sua marca registrada anteriormente em país que houver ratificado convenção internacional da qual o Brasil faça parte. E a convenção a qual nos referimos é a Convenção da União de Paris sobre a Proteção da Propriedade Industrial, firmada a 20 de março de 1883 e revisada em várias ocasiões²⁷.

O Brasil, na qualidade de signatário desta Convenção desde o seu princípio²⁸, compromete-se a proteger, em seu território, as marcas originariamente registradas em outros países signatários da Convenção da União de Paris, consoante o disposto no artigo 6 bis, inciso 1²⁹, do texto da Convenção da União de Paris revisado em Estocolmo³⁰.

registro, o parágrafo 3º do mesmo artigo 68 concede um prazo de cento e oitenta dias a partir do depósito para que esta documentação seja juntada ao processo, sob pena de desconsideração do pedido de prioridade unionista.

²⁷ O texto original da Convenção foi modificado por ocasião das conferências diplomáticas realizadas em Bruxelas, a 14 de dezembro de 1900, em Washington, a 2 de junho de 1911, em Haia, a 6 de novembro de 1925, em Londres, a 2 de junho de 1934, em Lisboa, a 31 de outubro de 1958, e finalmente em Estocolmo, a 14 de julho de 1967.

²⁸ Além do Brasil, são signatários de primeira ordem a Bélgica, Espanha, França, Guatemala, Holanda, Itália, Portugal, São Salvador, Suécia e Suíça. As disposições convencionais passaram a fazer parte integrante do direito interno brasileiro pelo Decreto n.º 9.233, de 28 de junho de 1884.

²⁹ "Os países da União comprometem-se a recusar ou invalidar o registro, quer administrativamente, se a lei do país o permitir, quer a pedido do interessado e a proibir o uso de marca de fábrica ou de comércio que constitua reprodução, imitação ou tradução, suscetíveis de estabelecer confusão, de uma marca que a autoridade competente do país do registro ou do uso considere que nele é notoriamente conhecida como sendo já marca de uma pessoa amparada pela presente Convenção, e utilizada para produtos idênticos ou similares. O mesmo sucederá quando a parte essencial da marca constitui reprodução de marca notoriamente conhecida ou imitação suscetível de estabelecer confusão como esta".

³⁰ Os artigos 1 a 12 e 28, alínea 1, da Convenção da União, de acordo com a revisão operada em Estocolmo em 1967, passaram a fazer parte integrante do direito interno brasileiro após a promulgação do Decreto n.º 635, de 21 de agosto de 1992, que tornou sem efeito as reservas feitas a esta parte do texto da

Assim, as marcas pertencentes aos clubes esportivos estrangeiros, desde que registradas anteriormente num país signatário da Convenção da União de Paris, e que o seu registro no Brasil tenha sido feito consoante o artigo 68 do Código da Propriedade Industrial, estão sujeitas "às leis brasileiras, sendo, para todos os efeitos, equiparadas às marcas nacionais"³¹. E, em relação ao registro aqui efetuado, aplicar-se-ão as disposições da lei brasileira, quanto a duração da proteção, renovação do registro, motivos que ensejam a caducidade e a nulidade³².

4. Os símbolos das entidades esportivas supranacionais

Em matéria de jogos olímpicos, também existem logotipos, símbolos, emblemas e outros sinais distintivos, os quais se constituem em verdadeiras marcas registradas do esporte olímpico em todo o mundo. Estes elementos distintivos, de natureza imaterial, gozam de proteção consagrada tanto na Carta Olímpica, quanto no Código da Propriedade Industrial, como também na Convenção da União de Paris para a Proteção dos Direitos de Propriedade Industrial.

O Comitê Olímpico Internacional³³, entidade supranacional conhecida pela sigla C.O.I., é uma associação de direito internacional com plena personalidade jurídica³⁴.

Responsável pelo cumprimento dos princípios inseridos na Carta Olímpica, o Comitê Olímpico Internacional tem capacidade para estar em juízo na defesa de seus bens, materiais ou imateriais.

Como bens imateriais de propriedade do Comitê Olímpico Internacional, o artigo 6 da Carta Olímpica destaca a bandeira, a divisa, a flâmula e o emblema ou símbolo olímpico³⁵. No

convenção revisada. Cf.: Decreto n.º 1.263, de 19 de outubro de 1994.

³¹ FERREIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*, v. 2, 2ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1982, p.1337.

³² Idem, p.1337

³³ O C.O.I. foi criado por um congresso realizado a 23 de junho de 1894 na cidade de Paris, por iniciativa do aristocrata francês Barão Pierre de Coubertin.

³⁴ Artigo 11, alínea 2. Carta Olímpica.

³⁵ Para maiores detalhes a respeito da proteção do símbolo olímpico. Cf.: SCROEDER, Jorgen. *Symbolik der Olympischen Bewegung - Grundlagen und Möglichkeiten Schutzes*, tese de doutoramento, Universidade de Mainz, 1976.

que diz respeito ao símbolo olímpico³⁶, que represente uma verdadeira marca registrada para o Comitê Olímpico Internacional, é vedada a quem quer que seja a sua utilização. Exceto com autorização do Comitê Olímpico³⁷, que é seu proprietário exclusivo.

Entretanto, os Comitês Nacionais Olímpicos podem utilizar os anéis olímpicos na criação de seus próprios emblemas, mas com uma condição: os anéis olímpicos devem estar acompanhados de outro elemento distintivo.

Evidentemente, a proteção a ser obtida pelos Comitês Nacionais Olímpicos, com relação aos seus próprios símbolos, não é oponível ao Comitê Olímpico Internacional³⁸ que, excepcionalmente nestes casos, permite a utilização dos anéis olímpicos apenas a título de liberalidade.

Já o Comitê Nacional Olímpico que tenha a intenção de utilizar, diretamente ou por intermédio de um terceiro perfeitamente autorizado, a sua marca para fins comerciais, também respeite a Carta Olímpica e os textos de aplicação do Comitê Olímpico Internacional.

Quanto ao direito interno, entendemos que a proibição de reproduzir-se o símbolo olímpico, sem autorização do Comitê Olímpico Internacional ou de qualquer licenciado cujo contrato de licença preveja a possibilidade de sub-licenças, decorre não só do espírito, mas também da própria letra da Lei n.º 5.771/73.

O Código da Propriedade Industrial, em seu artigo 65, n.º 1, estabelece que não serão registrados como marca emblema e distintivos oficiais, "nacionais, estrangeiros ou internacionais, bem como a respectiva designação, figura ou imitação".

O mesmo diploma legal, ainda em seu artigo 65, mas desta vez no inciso n.º 3, proíbe o registro como marca de qualquer expressão, figura ou desenho que atentem contra idéia e sentimento digno de respeito e veneração. Ora, neste caso poderíamos perfeitamente enquadrar o ideal olímpico³⁹, mais conhecido como olimpismo.

³⁶ O símbolo olímpico é formado por cinco anéis coloridos distintamente, cada cor representando um dos cinco continentes.

³⁷ No entanto, a utilização do emblema olímpico para fins de propaganda de bebidas e de fumo é estritamente proibida.

³⁸ Artigos 6 e 53 da Carta Olímpica.

³⁹ Não obstante a Carta Olímpica não definir o que venha a ser ideal olímpico, movimento olímpico, o seu artigo 1º prescreve que a finalidade deste movimento é de promover o desenvolvimento das quali-

mo⁴⁰, o qual se constitui, sem sombra de dúvidas, numa idéia ou sentimento digno de respeito e admiração.

Sem embargo e a exemplo do que está previsto na legislação francesa⁴¹, a Lei n.º 8.672/93, em seu artigo 56, também contém proibição expressa quanto à reprodução do símbolo olímpico⁴².

No que diz respeito aos Tratados e Convenções internacionais, a Convenção da União de Paris prevê em seu artigo 6 ter. inciso 1, letras a e b⁴³, que os países-membros da União têm a obrigação de recusar o registro e impedir o uso de armas, bandeiras e outros emblemas, siglas ou denominações de organismos inter-

nações intergovernamentais de que um ou vários dos Estados da União sejam membros.

Desta forma, sendo o Brasil membro da Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, e considerando-se que o símbolo olímpico é um emblema pertencente ao Comitê Olímpico Internacional, organismo intergovernamental cujos países-membros, ou alguns deles, fazem parte da Convenção da União de Paris, torna-se fácil concluir pela proibição da reprodução do símbolo olímpico em território nacional.

Por último, há que se ressaltar ainda a existência do Tratado de Nairobi para a Proteção do Símbolo Olímpico⁴⁴.

O referido tratado, firmado na capital do Quênia em 26 de setembro de 1981, foi, até os nossos dias, ratificado por trinta e cinco países⁴⁵ entre os quais se inclui o Brasil⁴⁶.

Qualquer Estado-membro da Organização das Nações Unidas, ou de quaisquer de seus organismos ou agências especializadas⁴⁷, pode tornar-se parte do Tratado de Nairobi mediante a assinatura do agente competente seguida do depósito do instrumento de adesão⁴⁸.

Pelo referido tratado, todo e qualquer Estado que dele faça parte tem a obrigação "de recusar ou invalidar o registro como marca e de

dades físicas e morais da juventude, assim como educá-la para a prática esportiva fazendo com que ela conheça os princípios olímpicos a fim de conviver com atletas do mundo inteiro por ocasião dos Jogos Olímpicos.

⁴⁰ Segundo o projeto de revisão da Carta Olímpica, o olimpismo se define como "*une philosophie globale de la vie, exaltant et combinant en un ensemble équilibré, les qualités du corps, de la volonté et de l'esprit*"... il "se veut créateur d'un style de vie fondé sur la joie de l'effort, la valeur éducative du bon exemple et le respect des principes éthiques fondamentaux universels. Il a pour but de mettre partout le sport au service du développement harmonieux de l'homme, en vue de l'édification d'une société pacifique, soucieuse de préserver la dignité humaine..."

⁴¹ Uma lei datada de 29 de outubro de 1975 proíbe expressamente a utilização comercial dos cinco anéis olímpicos.

⁴² "Art. 56. São vedados o registro e o uso, para fins comerciais, como marca ou emblema, de qualquer sinal que consista no símbolo olímpico ou que o contenha, exceto mediante prévia autorização do Comitê Olímpico Brasileiro"

⁴³ "Artigo 6º ter. 1: a) Os países da União acordam em recusar ou invalidar o registro e em impedir, através de medidas adequadas, o uso, sem autorização das autoridades competentes, quer como marcas de fábrica ou de comércio, quer como elementos dessas marcas, de armas, bandeiras e outros emblemas de Estado dos países da União, sinais e timbres oficiais de fiscalização e de garantia por eles adotados, bem como qualquer imitação do ponto de vista heráldico.

b) As disposições do subparágrafo a) acima aplicam-se igualmente às armas, bandeiras e outros emblemas, siglas ou denominações de organismos internacionais intergovernamentais de que um ou vários países da União sejam membros, com exceção de armas, bandeiras e outros emblemas, siglas ou denominações que já tenham sido objeto de acordos internacionais, vigentes, destinados a assegurar a sua proteção."

⁴⁴ Para maiores detalhes sobre este tratado, consultar: R.I.P.I.A., 1982, p. 51; STRASCHNOV. *La Propriété Industrielle*, Gêneve, 1981, p. 284.

⁴⁵ O Tratado de Nairobi para a Proteção do Símbolo Olímpico foi ratificado pelos seguintes países: Argélia, em 16.8.84; Argentina, em 10.1.86; Barbados, em 28.2.86; Bélgica, em 25.12.91; Bolívia, em 11.8.85; Bulgária, em 6.5.84; Chile, em 14.12.83; Congo, em 8.3.83; Cuba, em 21.10.84; Egito, em 1.10.82; El Salvador, em 14.10.84; Etiópia, em 25.9.82; Grécia, em 29.8.83; Guatemala, em 21.2.83; Guiné Equatorial, em 25.7.82; Índia, em 19.10.83; Itália, em 25.10.85; Jamaica, em 17.3.84; Kenya, em 25.9.82; Marrocos, em 11.11.93; México, em 16.5.85; Oman, em 26.3.86; Qatar, em 23.7.83; Rússia, em 25.12.91; São Marino, em 18.3.86; Senegal, em 06.8.84; Sri-Lanka, em 19.2.84; Síria, em 13.4.84; Togo, em 8.12.83; Tunísia, em 21.5.83; Uruguai, em 16.4.84.

⁴⁶ O instrumento de ratificação do Tratado de Nairobi foi depositado em Genebra em 10.8.84, sendo que a sua promulgação deu-se pelo Decreto n.º 90.129, de 30.8.1984.

⁴⁷ Por exemplo a Organização Mundial da Propriedade intelectual, ou ainda a Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial.

⁴⁸ Cf.: Tratado, artigo 5º., n.ºs. 1, 2 e 3.

proibir, por meio de medidas adequadas, o uso, como marca ou outro emblema com finalidades comerciais, de qualquer sinal que consista no símbolo olímpico ou que o contenha, tal como definido nos Estatutos do Comitê Olímpico Internacional, exceto por meio de autorização do Comitê Olímpico Internacional”⁴⁹.

De acordo com o disposto no artigo 2.º do Tratado, estão isentos das obrigações constantes do artigo 1.º os Estados cujas marcas, que consista no símbolo olímpico ou que o contenham, tiverem sido registradas naquele Estado antes da entrada em vigor, neste mesmo país, do mencionado instrumento.

Também estão isentos das obrigações a que alude o artigo 1.º os Estados que tenham permitido, em seu território, o “uso contínuo, com finalidades comerciais, de qualquer marca ou outro emblema que consista no símbolo olímpico ou que o contenha, naquele Estado, por qualquer pessoa ou empresa que, de acordo com a legislação, tenha iniciado esse uso naquele Estado antes da entrada em vigor do presente Tratado em relação àquele Estado...”.

Igualmente, procurou-se salvaguardar o direito da informação, pois “nenhum Estado-parte do presente Tratado ficará obrigado a proibir o uso de símbolo olímpico quando esse símbo-

lo for usado por meios de comunicação de massa com a finalidade de dar informações sobre o movimento olímpico ou suas atividades”⁵⁰.

Diante do que foi visto a propósito do Tratado de Nairobi, fica claro que o símbolo olímpico, enquanto propriedade do C.O.I., tem a sua proteção assegurada não só em razão das convenções internacionais relativas à propriedade intelectual, mas também por força de instrumento internacional que lhe é específico.

5. Conclusão

Diante do que foi exposto, denota-se facilmente que os sinais distintivos utilizados pelas entidades esportivas já encontravam amparo no Código da Propriedade Industrial e nas disposições referentes à repressão da concorrência desleal, mesmo antes do advento da Lei n.º 8.672/93. O mesmo raciocínio vale tanto para as marcas de clubes esportivos nacionais, como para as agremiações estrangeiras ou ainda para as entidades supranacionais.

Portanto, denota-se o quanto foi desnecessária a inserção, na Lei n.º 8.672/93, de normas específicas destinadas a proteger tais sinais distintivos. Aliás, leis não faltam em nosso país. Bastaria, simplesmente, que fossem aplicadas as que já existem.

⁴⁹ Idem, art. 1.º.

⁵⁰ Ibidem, art. 3.º.

Nova legislação antitruste brasileira

Aspectos regulamentares e institucionais

ISABEL VAZ

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A concorrência e a competição como fenômenos naturais. 3. A concorrência como fenômeno econômico. 4. A verificação do fenômeno da concorrência. 5. A idéia de concorrência perfeita segundo algumas teorias econômicas. 6. As principais qualificações da concorrência. 7. A "concorrência monopolística". 8. A noção de concorrência pura. 9. A adoção de um tipo de concorrência praticável (workable competition) e a mudança de enfoque do tema na Carta Brasileira de 1988. 10. Evolução na legislação brasileira antitruste. 11. A defesa da livre concorrência na Constituição Brasileira de 1988. 12. Aspectos regulamentares e institucionais. 13. Conclusões.

1. Introdução

A expressão inglesa *trust* significa confiança, crédito, esperança, guarda, cuidado. No sentido etimológico da palavra, o *trust* origina-se de uma instituição do *common law* britânico, que se aproxima do fideicomisso. Em ambos os institutos reina a idéia de um "contrato de lealdade", a demonstrar que as partes são movidas pela fé e pela confiança que entre elas deve existir, no estabelecimento da relação jurídica.

Em suas origens, pois, o *trust* é um contrato de lealdade pelo qual *cestui que trust*, ou seja, aquele que confia, também chamado *settler*, deposita um bem em mãos de um *trustee* (fiador, guarda, agente fiduciário), que deve conservá-lo e administrá-lo em proveito do depositante ou de terceiros, sem poder retirar dele o menor benefício¹.

¹ Cf. WASSERMAN, Max J. *L'Oeuvre de la Federal Trade Commission*. Paris. Marcel Giard Editeur, 1925, p. 10. FARJAT, Gérard. *Droit Économique*. 2.^a éd. refondue. Presses Universitaires de France. Paris, 1982, pp. 610-611.

Isabel Vaz é Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG. Ex-Conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Membro Honorário do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo - IBRAC.

Conferência proferida na Associação Comercial de Minas Gerais, a 10.5.93.

Os trusts foram utilizados, inicialmente, nos Estados Unidos, em fins do século passado, como um instituto jurídico destinado a promover a defesa de certas empresas contra uma concorrência desenfreada e predatória, que vinha provocando efeitos devastadores na economia norte-americana.

Com o correr do tempo, os trusts passaram a constituir uma modalidade importante de concentração do poder econômico.

Os excessos e o uso abusivo de tal poder acabaram colocando o contrato de *trust* na ilegalidade. Atualmente, a palavra *trust*, que já está dicionarizada em português como "truste", designa – impropriamente, segundo alguns – todas as grandes empresas, combinações de sociedades ou monopólios que obtiveram o controle de um setor do mercado, quer tenham sido tais agrupamentos constituídos através de um contrato de *trust* ou por outro meio qualquer².

Designar um truste aprioristicamente como uma figura delituosa não é, assim, a posição científica mais correta, segundo a opinião de muitos autores³.

Tanto isso é verdade que a doutrina forjou os conceitos de *good* e de *bad trusts* e as leis dos diferentes países, assim como o Direito comunitário europeu, admitem como benéficas determinadas formas de concentração econômica enquadráveis na categoria de truste.

No entanto, é forçoso admitir que a expressão é usada correntemente no Brasil, por inspiração do *Sherman Antitrust Act*, de 1890, como sinônimo de uma entidade ou forma de concentração de poder econômico utilizada de modo abusivo. Assim, convencionou-se denominar *legislação antitruste* o conjunto de regras e de instituições destinado a apurar e a reprimir as diferentes modalidades de abuso do poder econômico. Atualmente, incluem-se naquele arsenal as regras e os institutos voltados para a defesa da livre concorrência.

O poder, na concepção dos sociólogos, como Max Weber, consiste na possibilidade de impor sua própria vontade ao comportamento de outras pessoas⁴.

² Cf. WASSERMAN, op. cit., pp. 11 e 12.

³ Cf. WASSERMAN, op. loc. cit., KELES, Albert M. *Good and Bad Trusts* 30. Harvard Law Review, p. 830. COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3.ª ed. Forense, Rio, 1988, pp. 123-124, nota 26.

⁴ Para Max WEBER, "Poder significa la posibilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una

Poder econômico, segundo o juseconomista francês Gérard Farjat é a capacidade de impor sua vontade a pessoas juridicamente autônomas⁵.

Norberto Bobbio destaca, na composição do poder econômico, a posse ou a disponibilidade dos bens de produção, como elemento capaz de conduzir os que não os possuem a adotar um determinado comportamento, que pode exprimir-se sob a forma de um tipo de trabalho, mediante a promessa e a atribuição de uma compensação⁶.

O poder político, fundado sobre a posse dos instrumentos através dos quais se exerce a força física, isto é, por meio das armas de qualquer espécie ou grau, é o poder coativo no sentido mais estrito da palavra⁷. O poder político, denominado também poder supremo, é reconhecido ao Estado, que detém à exclusividade do uso da força ou da coação física.

A prerrogativa atribuída ao Estado – enquanto detentor do monopólio da produção jurídica – de recorrer à coação para fazer cumprir as leis, só se justifica se o Estado se voltar para a realização do bem comum⁸.

Quando o poder político passa a sofrer influências desarrazoadas dos detentores do poder econômico, ocorre um desvirtuamento do papel do Estado, que se vê forçado a abandonar a procura do bem comum para promover os interesses de um pequeno grupo de indivíduos. E esse desvio começa a influenciar a própria qualidade do direito produzido, na medida em que o processo de produção legislativa, monopólio do Estado, sofre as ingerências injustificáveis de interesses particulares.

relación social, aún contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad" (*Economía y Sociedad*, v. I, 2.ª ed. em espanhol. Trad. de José Medina Echavarría et alii, da 4.ª ed. em alemão, do título "Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie". Fondo de Cultura Económica, México, 1964, p. 43).

⁵ FARJAT, Gérard. op. cit., p. 375. Ver ainda, sobre as diferentes formas de poder, VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Forense, Rio, 1992, pp. 179-182.

⁶ Cf. BOBBIO, Norberto. "O significado da política" (*O que é a política*. Coletânea de textos editada pelo Instituto Tancredo Neves, Brasília, 1988, pp. 21-37).

⁷ Idem.

⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria della Norma Giuridica*. G. Giappichelli - Editore, Torino, 1958, pp. 15 e ss.

Nenhum ordenamento jurídico aboliu ou condenou o poder econômico. O que as leis procuram fazer é coibir o uso abusivo do poder econômico, tendente a dominar os mercados, a aumentar excessivamente os lucros, ou a eliminar total ou parcialmente a concorrência.

Como a formação dos trustes foi uma das mais eficientes formas de concentração e, em seguida, de abuso do poder econômico, as normas destinadas a promover a apuração dos delitos dessa natureza e a sua repressão, passaram a denominar-se *legislação antitruste*.

Atualmente, e sobretudo após a promulgação da Constituição brasileira de 1988, aquela expressão não é a mais adequada. A *livre concorrência* foi consagrada como princípio informador das atividades econômicas (art. 170, IV, da CF/88), enquanto a “repressão aos abusos do poder econômico”, mais assemelhada à *legislação antitruste*, transformou-se em instrumento de defesa daquele princípio. É assim que figura no quarto parágrafo do artigo 173 da Constituição vigente.

Sobre os sentidos que pode assumir a expressão concorrência, muitas contribuições doutrinárias foram oferecidas, variando em função da abordagem feita. Para que exista concorrência, é preciso existir competição. Assim sendo, convém analisar a interpenetração que se opera no campo doutrinário entre estas palavras, a partir da compreensão de suas origens etimológicas.

Competição, substantivo feminino, segundo o Novo Dicionário Aurélio, origina-se do latim *competitione* e significa “ato ou efeito de competir”; “busca simultânea por dois ou mais indivíduos, de uma vantagem, uma vitória, um prêmio”; “luta, desafio, disputa, rivalidade”; em biologia adquire o sentido de “luta dos seres vivos pela sobrevivência, especialmente quando são escassos os elementos necessários à vida entre os componentes de sua comunidade”⁹.

Nesta última acepção, enquanto fenômeno natural, a competição expressa o princípio da “sobrevivência do mais forte”, que, ao lado das teorias da “seleção natural” e da “luta pela sobrevivência”, foi objeto de relevantes pesquisas de Charles Darwin, a partir de estudos de Herbert Spencer e Malthus, entre outros cien-

tistas¹⁰.

2. *A concorrência e a competição como fenômenos naturais*

Na verdade, a idéia de competição como *fenômeno natural* e como expressão do princípio de sobrevivência (*econômica*) do mais forte (*economicamente*) foi preconizada pelos clássicos e neoclássicos da economia, os quais chegaram, inclusive, a equiparar as forças do mercado competitivo de oferta e procura com as forças biológicas, segundo as quais Darwin explica a seleção natural: a competição no mercado era também a sobrevivência do mais forte¹¹.

A expressão portuguesa *concorrência*, do século XVI, o espanhol *competencia*, o italiano *concorrenza*, dos séculos XIV-XV, o alemão *Konkurrenz*, do século XVII, ligam-se ao princípio presente latino *concurrentis*, “concorrente” (do latim *currere*, “concorrer”), origem do francês *concurrent*, de 1120, donde o francês *concurrency*, de 1559¹². A literatura jurídica inglesa e a norte-americana adotam as palavras *competition*, *competition law*, *competition Act*, *competition Policy*, com significado semelhante ao de “concorrência”, direito da concorrência, lei da concorrência, e assim por diante.

As expressões *concorrência* e *competição* adquirem, tanto em português quanto em espanhol – onde *competencia* é a forma consagrada –, conotações de relevo para o seu enquadramento jurídico.

De acordo com uma conceituação difundida no mundo dos negócios e em economia política, a concorrência “significa a ação desenvolvida entre competidores pela disputa de um mercado ou a simples venda de uma mercadoria”¹³.

Um sentido mais técnico acentua os matizes existentes entre as duas palavras, segundo

¹⁰ Cf. DARWIN, Charles. *Origem das espécies*. Tradução de Joaquim Dá Mesquita Paúl. Livraria Chardron, de Lelo & Irmão, Editores. Porto, s.d. 1.ª ed. em inglês, 1859, pp. 53-55; 70-71.

¹¹ Cf. FONT GALÁN, Juan Ignacio. *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*. Prólogo de Manuel Olivencia. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1987, p. 26. Nota 5. Tradução livre. Os destaques encontram-se no original.

¹² Cf. Verbete “concorrência”, *Enciclopédia Mirador Internacional*, v. 6. Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda., São Paulo, 1976, p. 2714.

¹³ Cf. Verbete “concorrência”, *Enciclopédia Mirador Internacional*, cit., p. 2714.

o *Diccionario de la Lengua Espanõla de la Real Academia*, que define *concurrencia* como *la junta de varias personas en un lugar* (identificado por Font Galán ao “mercado”); e *competencia* como *a disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa* (1.ª acepção) e ainda a *oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa* (2.ª acepção)¹⁴.

Com importantes obras editadas em espanhol, o juseconomista húngaro Cottely, naturalizado argentino, também enxerga na *competencia* uma *disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre una cosa* (...)¹⁵. Considera a *concurrencia*, igualmente *la junta de varias personas en un lugar, acaecimiento o conjunto de varios sucesos o cosas en un mismo tiempo o asistencia, ayuda o influjo*¹⁶. Tomada no sentido econômico, a palavra afasta a hipótese de assistência ou ajuda, para assumir o aspecto de disputa, de rivalidade, de luta, de exclusão do outro contendor.

Enquanto fenômenos naturais, concorrência e competição, apesar de não constituírem sinônimos perfeitos¹⁷, possuem em comum a idéia de disputa e de rivalidade.

Por uma questão de coerência com a terminologia predominante na legislação brasileira, será usada a palavra concorrência, levando-se em conta, para a composição de seu conceito jurídico, o “componente econômico” encontrado por Cottely na idéia de “competição”¹⁸.

Esta posição, contudo, não é suficiente e cumpre reforçá-la com o pensamento de Font

¹⁴ Cf. *Diccionario de la Lengua Espanõla...* cit, 20.ª ed. 1984, transcrito por Font Galán, op. cit., p. 24.

¹⁵ COTTELY, Esteban. *Teoria del Derecho Económico*. Frigerio Artes Gráficas, S.A. C. e I, Buenos Aires, 1971, p. 378, nota 295. Tal como ocorre em português, a competência tem na semântica jurídica outro significado apontado por COTTELY: “la atribución legal del juez para actuar” (op. loc. cit.). Com razão, adverte o autor citado: “la utilización de la misma palabra para os nociones por completo diversas es la fuente de mal entendimiento” (*Idem*).

¹⁶ COTTELY, E., op. loc. cit.

¹⁷ Não obstante as diferenças de sentido apontadas, para alguns, competição é “o mesmo que concorrência” (Verbetes “competição” in *Dicionário de Sociologia*. Editora Globo, Rio de Janeiro, 1961, p. 72).

¹⁸ Afirma COTTELY, E. op. cit. p. 378: “La competencia está más cerca del concepto económico y la concurrencia al concepto jurídico”.

Galán, para quem *la concurrencia es el sustrato económico-material de la “competencia entre empresarios” y también el presupuesto fáctico natural de la competencia entendida como elemento institucional básico y esencial del sistema de economía de mercado*¹⁹. De modo geral, prossegue o autor citado, sem uma prévia situação de concorrência (*concurrencia*) não é possível falar de competição (*competencia*) entre empresários, nem tampouco do funcionamento efetivo de um sistema de economia de mercado²⁰.

3. A concorrência como fenômeno econômico

O Direito e a Economia, ainda que de modo fragmentário e não sistematizado, sempre fizeram parte, como a Filosofia e a Religião, das cogitações da humanidade. A Economia, em razão da necessidade de administrar meios cada vez mais raros de sobrevivência; o Direito, como instrumento de organização da vida social; a Religião e a Filosofia, enquanto repositórios de possíveis respostas às indagações do homem sobre si mesmo, sobre o universo e sobre Deus.

Um ramo do conhecimento comunica-se com outro, oferece-lhe subsídios, ou desperta novas indagações, de modo que a interinfluência de informações pode contribuir, quando adequadamente utilizada, para uma análise, mais completa de um determinado assunto.

Os esclarecimentos prestados pelos estudiosos da linguagem indicaram, quanto aos aspectos etimológico e semântico, os sentidos de disputa, de rivalidade, de luta, abrigados pela expressão *concorrência* mostrando o quanto a “competição” pode estimular a eficácia, promovendo o aumento da produtividade, a baixa dos preços de custo e a melhoria dos serviços prestados.

O significado de “correr com” alguém, pressuposto da concorrência e, em certo sentido, da competição, pode verificar-se em campos diferentes, como no plano da sobrevivência, em uma disputa esportiva, artística ou sentimental.

Trata-se, neste tópico, de situar o tipo de concorrência de que se cogita, como objeto destas reflexões, no campo adequado: a “concorrência empresarial”, no terreno econômico e de acordo com determinadas correntes doutrinárias. A abordagem se limita, pois, à exposição sucinta de algumas teorias que explicam o

¹⁹ FONT GALÁN, op. cit. p. 24.

²⁰ Cf. FONT GALÁN, op. loc. cit.

fenômeno econômico da concorrência, as principais formas admitidas e institutos como o monopólio e as combinações ou influências recíprocas que entre eles costumam ocorrer.

4. A verificação do fenômeno da concorrência

Para que se verifique a concorrência, na opinião de Ferreira de Souza, torna-se necessária a coexistência de três "identidades":

- a) de tempo;
- b) de objeto; e
- c) de mercado²¹.

No desdobramento dos pressupostos apontados, afirma, quanto ao "tempo", que deve tratar-se da mesma época, pois não se opõem economicamente produtores, comerciantes ou industriais de fases distantes entre si. Como a concorrência supõe a possibilidade de uma disputa pela preferência de terceiro, não se verifica o fenômeno, se as pessoas estiverem afastadas no tempo²².

A identidade do "objeto" deve ser compreendida em sentido relativo, abrangendo não apenas os de espécie idêntica (concorrência direta), mas ainda os afins, os que os substituem, embora não inteiramente iguais, nem dotados do mesmo grau de utilidade (concorrência indireta)²³.

Ainda segundo Ferreira de Souza, por mais ampla que se mostre, a capacidade de absorção dos consumidores tem um fim, existe um ponto de saturação, quer em relação à quantidade dos produtos, quer quanto aos preços²⁴.

Quando o preço atinge um nível exagerado, prossegue o autor citado, seja em razão dos artificialismos dos monopólios, ou por motivos econômicos naturais, os consumidores não só restringem o consumo, mas procuram sucedê-

²¹ Cf. SOUZA, Ferreira de, *União de empresas concorrentes*. Tese. Rio de Janeiro, 1939, p. 8. Os destaques constam no original. O autor reporta-se à obra de Giovanni Fontana, "La Disciplina della Concorrenza Negli Stati Uniti d'America" (1937).

²² Cf. SOUZA, F. de., op. cit., p. 8.

²³ Cf. SOUZA, F. de., op. cit., p. 8. A idéia de razoável substituição de um produto por outro semelhante, como, por exemplo, os materiais flexíveis usados para embalar mercadorias (celofane) está na origem de um importante caso decidido pela Suprema Corte dos EUA, quando se cunhou a expressão "mercado relevante". Ver, a propósito, na Segunda Parte, nota ao art. 13 da Lei n.º 8.158/91 e a bibliografia indicada.

²⁴ Cf. SOUZA, F. de., op. cit., p. 8

neos, imitações²⁵.

Assim o autor explica o desenvolvimento da procura da chicória nos países tradicionalmente consumidores de café, quando este produto atinge alto preço²⁶. Por razões semelhantes, aduz Ferreira de Souza, procurou-se, no Brasil, adaptar os motores a combustíveis nacionais mais baratos, embora tecnicamente menos rendosos, quando a desvalorização da moeda brasileira provocou aumento dos preços da gasolina²⁷.

O terceiro requisito, a "identidade do mercado", vem substituindo a idéia de "identidade territorial". O notável progresso e o aperfeiçoamento dos meios de transportes e de comunicações relativizaram as distâncias. Na expressiva linguagem de Ferreira de Souza, "as maravilhas da inteligência humana zombam dos pequenos âmbitos territoriais, alargando o conceito do mercado, para o efeito da realização dos negócios e conseqüente ajustamento dos preços"²⁸.

Além da verificação dos requisitos apontados, lembra Ferreira de Souza, para existir concorrência entre duas empresas, elas não podem encontrar-se em uma relação de complementaridade ou de instrumentalidade. Esta situação ocorre, por exemplo, entre uma fábrica e o estabelecimento comercial que lhe compra os produtos para revendê-los; aquela que prepara a mercadoria semitrabalhada e que a toma neste estado como matéria-prima para transformá-la em outra; da mesma forma, a empresa agrícola é a consumidora dos seus gêneros.

Nos casos relacionados por Ferreira de Souza, uma empresa é condição da existência da outra. Elas se complementam, "se integram, colaboram reciprocamente, agem em sucessão, estão colocadas na mesma linha reta, mas em pontos diferentes"²⁹.

A presença da identidade ou semelhança de produtos funciona como excludente da hipótese de concorrência quando se considera, *verbi gratia*, a atividade de um banco e a de uma estrada de ferro, ou a de uma empresa de navegação. A absoluta diversidade dos produtos afasta a situação de concorrência³⁰ entre as

²⁵ Cf. SOUZA, F. de., op. loc. cit.

²⁶ *Id.*

²⁷ Cf. SOUZA, F. de., op. cit., p. 9.

²⁸ SOUZA, F. de., op. cit., p. 9.

²⁹ SOUZA, F. de., op. cit., p. 10

³⁰ Cf. exemplos recolhidos por Ferreira de Souza, op. cit., pp. 10-11, afasta-se a hipótese de concor-

empresas consideradas, não obstante possam existir laços decisivos unindo as atividades, como o financiamento bancário dos outros empreendimentos.

Singelamente expostos, estes aspectos e requisitos necessários à configuração da concorrência *tout court* preparam o terreno para outros modos, tipos ou qualificações do fenômeno.

Inegavelmente, a atividade econômica é uma das mais dinâmicas, flexíveis e criativas entre todas as que podem atrair a atenção do homem. Por necessidade ou por vocação empresarial, pelo espírito de aventura, pelo prazer do risco ou desejo de intercâmbio com seus semelhantes, o homem vem aperfeiçoando as técnicas comerciais, campo de eleição da concorrência.

As hipóteses possíveis dos móveis ou razões que levam as pessoas a se dedicarem a uma indústria, ou a uma atividade comercial, podem ser variadas. Mas o seu aspecto econômico se revela quando a atividade adquire o sentido de luta contra a "raridade"³¹.

Não se pretende entrar no mérito da teoria malthusiana sobre as conseqüências do aumento em progressão geométrica da população, em relação à progressão aritmética do crescimento dos meios de subsistência³². Mas as estatísticas demonstram, quando não a insuficiência, a desigualdade da distribuição de viveres, de mercadorias, de produtos, de serviços. A desigual distribuição ocorre, entre outras razões, por fenômenos concentracionistas que acabam

rência. Mas, nem por isso fica descartada a possibilidade de práticas como o abuso de posição dominante, que se verá oportunamente. Se uma única empresa – ou um pequeno grupo – detiver o monopólio do fornecimento de matérias-primas, poderá prevalecer-se desta situação para ditar as regras, impor preços abusivos ou "vendas casadas".

³¹ Cf. BARRE, Raymond. *Économie Politique*. 1.º e 2.º vv. 10ª éd. mise à jour. Presses Universitaires de France. Paris, 1975. 1.º v. p. 13.

³² MALTHUS, Thomas Robert. *Essai sur le principe de population*. 1978 6ª éd. p. 1826. R. BARRE assim resume a tese de MALTHUS: quando a população não é interrompida por nenhum obstáculo, ela cresce de período em período segundo uma progressão geométrica e dobra a cada vinte e cinco anos, enquanto os meios de subsistência somente podem aumentar em progressão aritmética (Cf. MALTHUS, op. cit., apud BARRE, R., op. cit., p. 118. Segundo BARRE, esta tese já fora apresentada por Botero em 1589).

eliminando os aspectos possíveis da concorrência, à medida em que as concentrações e os monopólios se traduzem em possibilidades de açambarcamento de bens, de acesso a posições de domínio nos planos econômico, militar, tecnológico e, conseqüentemente, de eliminação de outros participantes nos mercados.

Antes, porém, de focalizar os aspectos e as formas "patológicas" da concorrência, convém expor o pensamento de alguns teóricos sobre o modelo de concorrência "perfeita". Os demais tipos e qualificações só podem ser avaliados ou valorados em relação a um paradigma, embora a concepção clássica de concorrência perfeita venha sofrendo as naturais influências e conformações decorrentes das diretrizes político-econômicas, da extrema mobilidade, aperfeiçoamento e sofisticação dos fenômenos econômicos. Às modificações e à proliferação de novos produtos e serviços, tendentes a satisfazer os desejos diversificados dos consumidores, devem ser acrescidos os "meios" utilizados pelas empresas para atrair a clientela. Já não é apenas o preço do produto que funciona como atrativo. A "forma" pela qual a tecnologia o "apresenta" ao consumidor, por meio das mais sofisticadas técnicas publicitárias, constitui um fator ainda não suficientemente analisado enquanto "meio concorrencial", acrescentando novos elementos à teoria da concorrência.

5. A idéia de concorrência perfeita segundo algumas teorias econômicas

A noção tradicional de concorrência pressupõe uma ação desenvolvida por um grande número de competidores, atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente ou duradouro, no preço dos bens ou serviços.

A "concorrência perfeita", afirma Raymond Barre, "define-se por um certo número de caracteres fundamentais"³³. São estes caracteres

³³ Cf. BARRE, R. *Économie Politique*, cit., 1.º v., p. 578. A Escola clássica inglesa, fundada por Adam Smith, com a publicação, em 1776, da "Riqueza das Nações" consagra o que Alfred MARSHALL denominou "Sistema de liberdade econômica" (cf. BARRE, R., op. cit., pp. 45-46). Trata-se de uma referência à teoria da "mão invisível", desenvolvida por A. SMITH, entre outras exaltações à liberdade, como se pode ver pela descrição do comportamento dos preços no mercado, sob a lei da oferta e da procura, pela defesa da concorrência, contra os monopólios e quaisquer outros privilégios. (Cf. SMITH, Adam. *Inqué-*

que permitem compreender a determinação do preço sobre o mercado, o comportamento da firma e o funcionamento dos mecanismos do mercado, acrescenta Barre. O questionamento da existência destes caracteres nas economias contemporâneas suscitou a crítica do modelo de concorrência perfeita, considerado uma concepção ideal, porque os mercados concorrenciais existentes são meras aproximações desse modelo³⁴.

As “condições da concorrência perfeita” definem-se, segundo Raymond Barre, por cinco traços fundamentais:

a) *a atonicidade do mercado* – Tanto do lado de oferta quanto da procura, existe um grande número de unidades econômicas e nenhuma delas dispõe, sobre o mercado, de uma dimensão ou de uma potência suficiente para exercer uma ação qualquer sobre a produção e o preço da indústria considerada;

b) *a homogeneidade do produto* – Na indústria, todas as firmas entregam produtos que os compradores julgam idênticos ou homogêneos; eles não têm razão de preferir o produto de uma ao de outra firma;

c) *a livre entrada na indústria* – Qualquer pessoa que queira entregar-se a uma certa produção pode fazê-lo e sem restrição nem prazo. As formas que compõem a indústria não podem opor-se à entrada de concorrentes; estes podem facilmente obter os fatores de produção que lhes são necessários;

d) *a perfeita transparência do mercado* – Todos os participantes no mercado têm um conhecimento completo de todos os fatores significativos do mercado;

e) existe, de indústria a indústria, uma “perfeita mobilidade dos fatores” de produção³⁵.

As três primeiras condições definem a “con-
rito Sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações. v. 1.º, 2.º ed. Tradução e notas de Teodora Cardoso e Luis Cristóvão de Aguiar do original em inglês “An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations”, segundo o texto da 6.ª edição de Methuen and Co. Ltd., (Londres, 1950). Edição da Fundação Calouste Gulbenkian Lisboa, 1980, pp. 159, 169, 170, 179.

³⁴ Cf. SPINOLA, Moacyr Roberto de Pinho. “O Equilíbrio das Estruturas Básicas de Mercado”, *Manual de Economia*. 1.º ed., 2.º tiragem. Coordenação de Diva Benevides Pinho; Colaboração de André Franco Montoro Filho, et alii. Editora Saraiva, São Paulo, 1989, p. 145; e BARRE, R. *Économie Politique*. op. cit., 1.º v., p. 578.

corrência pura”, quer dizer, isenta de qualquer elemento de monopólio; as cinco condições definem a concorrência “perfeita” ou “pura e perfeita”³⁶, identidade da qual discorda Edward H. Chamberlin, como se verá adiante.

Segundo Perroux, “a concorrência é pura quando não comporta qualquer mistura, isto é, quando não se mistura com nenhuma força de monopólio. É perfeita quando exerce, sem falhas, as suas funções econômicas e nomeadamente a principal de todas elas: a melhor colocação para todos os recursos”³⁷.

Nota-se que Perroux se afasta das posições tradicionais, que conceituam a concorrência perfeita, mesmo quando concebível apenas no plano ideal, como o instituto que determina a formação dos preços no mercado³⁸. Estas concepções dão a impressão de que importa apenas cuidar do melhor preço dos bens e serviços, como se o fator “trabalho”, cujo custo compõe o preço das mercadorias, não merecesse também a “melhor colocação” em seu mercado específico, o “mercado de trabalho”, onde há também concorrência.

Tecnicamente, porém, o trabalho constitui um dos “recursos” componentes dos “fatores de produção”, como usualmente se aceita, segundo expressa Raymond Barre:

“Les ressources, dont dispose une collectivité pour la production des biens et des services, peuvent être classées, en trois grandes catégories: les ressour-

³⁵ Cf. BARRE, R., op. cit., p. 579. Tradução livre. Os destaques encontram-se no original. O resumo desta exposição sobre “concorrência pura e perfeita” encontra-se também no verbete “concorrência”, do *Dicionário das Teorias e Mecanismos Econômicos*, de Alain GÉLÉDAN e Janine BRÉMOND. Tradução de Henrique de Barros do título original “Dictionnaire des Théories et Mécanismes Économiques” (Paris, 1984). Livros Horizonte, Ltda. Lisboa, 1988, pp. 47-53.

³⁶ Cf. BARRE, R., 1.º v., cit., p. 579.

³⁷ PERROUX, François. *A Economia do Século XX*. Tradução de José Lebre de Freitas do título original “L'Économie du XX e Siècle” (Paris, 1964). Herder, Lisboa, 1967, pp. 317-318.

³⁸ Cf. por exemplo, a interpretação feita por P. SAMUELSON das teorias da “mão invisível” e da “concorrência perfeita”, *Introdução à Análise Econômica*, 1.º v., cit., pp. 55 e ss. Os preços praticados são os das mercadorias ou serviços e não possuem o sentido abrangente conferido por PERROUX: “a melhor colocação para todos os recursos”.

ces humaines, les ressources naturelles et les ressources créées par l'homme, qui applique son travail aux éléments naturels. On retrouve là la classification traditionnelle des facteurs de production: le travail, la terre et le capital"³⁹.

Retomando-se as expressões qualificativas da concorrência, segundo a proposta de Raymond Barre, pode-se, em resumo, afirmar a existência de uma gradação entre elas. A "concorrência pura" requer apenas três elementos: a "atomicidade do mercado"; a "homogeneidade do produto" e a "livre entrada na indústria", que denotam a ausência de monopólios.

Para caracterizar-se também como "perfeita", além dos fatores enumerados, a concorrência há de pressupor a "perfeita transparência do mercado" e a "perfeita mobilidade dos fatores de produção".

Perroux vai mais longe. Além da inexistência de quaisquer forças monopolísticas (elemento "pureza") exige o acesso a todas as informações (elemento "transparência") e a possibilidade de deslocamento dos fatores de produção do mercado de um para o de outro produto (mobilidade). A estes fatores acrescenta, como já foi dito, o que considera a principal função econômica da concorrência: a melhor colocação para todos os recursos, incluindo-se a melhor remuneração do fator trabalho. Os países em desenvolvimento, quando procuram implantar a "livre" concorrência, acabam sacrificando, em nome dos demais, a justa remuneração do fator trabalho.

6. As principais qualificações da concorrência

Não se cuida, ainda, de classificar, de acordo com um determinado ordenamento jurídico, o tipo de concorrência considerado digno de proteção legal. Trata-se de buscar, segundo algumas correntes doutrinárias, determinadas formas de que o fenômeno econômico pode se revestir.

7. A "concorrência monopolística"

A 10 de abril de 1921, Edward H. Chamberlin apresentava sua tese de doutoramento perante a Universidade de Harvard, sob o título "Teoria da concorrência monopolística", cujas conclusões, ligeiramente modificadas, não chegaram a alterar substancialmente o conteúdo da primeira edição da obra, publicada em 1933⁴⁰.

³⁹ BARRE, op. cit., p. 339.

⁴⁰ Cf. CHAMBERLIN, Edward H. "Prefácio à

A compreensão da teoria da concorrência monopolística, expressão aparentemente paradoxal, demanda uma breve exposição do que Chamberlin denomina concorrência "pura", concorrência "perfeita", e a sua concepção de "monopólio", bem assim de outros termos surgidos em razão da influência exercida reciprocamente pelos dois institutos.

"La concorrenza pura viene presa come un punto di partenza", afirma Chamberlin, "e l'aggettivo pura viene scelto espressamente per indicare che da essa sono del tutto estranei gli elementi monopolistici"⁴¹.

Sob este aspecto, tanto Perroux quanto Barre parecem inspirar-se na concepção de Chamberlin⁴².

A concorrência perfeita pode requerer uma perfeição em muitos outros sentidos e não apenas a inexistência de monopólio. Pode, por exemplo, implicar a ausência de atrito, isto é, um ideal de "fluididez" ou "mobilidade" dos fatores, de modo que as adaptações a condições mudadas, que na prática requerem um certo tempo, se verifiquem, em teoria, instantaneamente⁴³. Pode implicar o perfeito conhecimento do futuro e talvez a ausência de incerteza, aspecto salientado por Knight como particularmente importante da concorrência perfeita⁴⁴.

primeira edição" da *Teoria della concorrenza monopolistica*. Prima edizione italiana: settembre 1961. Traduzione di H.B. del titolo originale dell'opera: "The theory of monopolistic competition" Harvard University Press, Cambridge, 1960, 7.ª ed. La Nuova Italia, Firenze, 1961. "Prefazione alla prima edizione", p. XV.

⁴¹ CHAMBERLIN, E. *Teoria della concorrenza monopolistica*, cit., Introduzione, p. 4.

⁴² Cf. BARRE, R., op. cit., p. 579. PERROUX, François, op. cit., pp. 317-318.

⁴³ Cf. CHAMBERLIN, E. H., op. cit., p. 4.

⁴⁴ Cf. KNIGHT, F. *Risk, Uncertainty and Profit*, p. 193, citado por CHAMBERLIN, E. H., op. loc. cit. Segundo R. BARRE, F. KNIGHT demonstrou que a essência da empresa reside na concentração da responsabilidade, sob o duplo aspecto de tomar decisões e de suportar suas conseqüências. "L'entrepreneur", diz BARRE, "est un preneur de risques: il produit pour le marché, dont il anticipe la demande; il n'a aucune certitude quant à l'écoulement de sa production. Sa réussite se traduit par l'obtention d'un profit; son erreur, son insuffisance ou son incapacité, sont sanctionnées par des pertes ou par la faillite" (BARRE, R., op. cit., p. 419). Um dos mais conceituados economistas liberais, Friedrich Von

Tais condições constam da enumeração já apontada por Raymond Barre, mas segundo Chamberlin,

“La concorrenza pura e la concorrenza perfetta non devono essere identificate; e considerare vagamente la teoria della concorrenza monopolistica come una teoria della concorrenza imperfetta significa confondere i problemi”⁴⁵.

O contraste entre a idéia de concorrência pura e a de concorrência perfeita é demonstrado por Chamberlin através de dois exemplos:

“Il prezzo effettivo del grano si avvicina in modo molto grossolano al suo prezzo normale, e tuttavia il produttore singolo di grano non possiede il minimo potere monopolistico. Il mercato, sebbene molto imperfetto, è un mercato concorrenziale puro”⁴⁶.

Por outro lado, continua Chamberlin, o monopólio pode existir em condições que, sob outros aspectos, são perfeitas ou “ideais”: *La situazione statica e la concorrenza perfetta sono stante trattate erroneamente come sinonimi da J.M. Clark*⁴⁷. Para o autor citado, não existe nenhuma razão por que os monopólios de qualquer espécie ou grau não possam existir em uma situação na qual as condições relativas à população, à oferta de capital, à técnica, à organização e às necessidades permaneçam imutáveis⁴⁸.

Chamberlin baseou sua teoria, em parte, sobre a diferenciação dos “produtos”: os bens produzidos pelas empresas em concorrência não são de todo idênticos, pela sua natureza, ou por circunstâncias imaginadas pelo consumidor. HAYEK, recentemente falecido, considerava também que determinadas formas de intervenção, como o planejamento econômico, constituíam um obstáculo à livre concorrência, exatamente porque atribuíam a um grupo o prévio conhecimento e o controle das forças que atuam no mercado, falseando os pressupostos da competição. (Cf. HAYEK, *Droit, Législation et Liberté*, v. 2, “Le Mirage de la Justice Sociale”, Paris, PUF, 1981, pp. 121 e ss.

⁴⁵ CHAMBERLIN, op. cit., p. 5.

⁴⁶ CHAMBERLIN, op. cit., p. 4. Em nota de rodapé, o autor esclarece referir-se ao mercado de longo prazo. “Il mercato”, prossegue, “naturalmente, non è libero dalle manipolazioni che costituiscono una forma di controllo parzialmente monopolistico nell’ambito del periodo breve”.

⁴⁷ CHAMBERLIN, op. cit., p. 5.

⁴⁸ Cf. CHAMBERLIN, op. cit., p. 5.

dor (marcas de fábrica, modo de confecção, qualidade do acabamento, ou cortesia do vendedor, respectivamente). Esta diferenciação – que se traduz pela ausência de homogeneidade efetiva das mercadorias – cria a favor de cada empresa uma zona de monopólio, no sentido de que o vendedor goza de um mercado particular, com uma curva de procura própria, de elasticidade finita, variável em função do grau de diferenciação inerente a cada bem, mercadoria ou serviço ofertado no mercado do produto, e de outras circunstâncias. Entre estas, importa salientar também a situação do vendedor e as preferências do adquirente. O produtor pode agir dentro desse mercado como um monopolista; mas não como monopolista absoluto, pois depara com a possibilidade de substituição da mercadoria ou serviço que oferece por produtos ou serviços similares.

Os vendedores ou ofertantes no mercado são, assim, ao mesmo tempo, monopolistas e concorrentes⁴⁹.

8. A noção de concorrência pura

A concorrência pura (ausência de monopólio) não se confunde com a concorrência perfeita (além da ausência de monopólio, a presença dos fatores positivos apontados no contexto do mercado); portanto, conclui Chamberlin, de modo lógico e com muita clareza, constitui uma confusão identificar a concorrência “imperfeita” à simples existência de elementos monopolísticos na concorrência⁵⁰.

⁴⁹ Para maiores esclarecimentos, V. CHAMBERLIN, op. cit. Outros dados importantes, inclusive acerca da polémica entre CHAMBERLIN e Joan ROBINSON encontram-se em PATRÍCIO, J. Simões, *Direito da Concorrência* (aspectos gerais). Publicações Gradiva, Lisboa, 1982, pp. 10 e ss.

⁵⁰ Paul SAMUELSON, no v. II da *Introdução...*, cita a 8.ª edição da obra de Chamberlin (1957), especialmente os capítulos 1 e 4, afirmando: “Chamberlin prefere a expressão ‘concorrência monopolística’ para designar o que chamamos ‘concorrência imperfeita’, mas aquela expressão poderá dar, ao leigo, a impressão de que existe algo particularmente odioso, ou ilegal, no fato de não ser um concorrente perfeito, o que não representa a opinião de Chamberlin” (op. cit., p. 166, nota 3). Pode parecer pretensão crítica a explicação do renomado economista Paul SAMUELSON, principalmente quando se é, tecnicamente, leigo. Mas não é preciso ser bacharel em Economia para perceber a superioridade da argumentação de CHAMBERLIN acerca da noção de “pureza”, tida como ausência de elementos monopolísticos, e a idéia de “perfeição”, considerada um qualificativo mais complexo e não simplesmente um sinô-

Os teóricos parecem concordar em que não existem, na realidade, nem situações de concorrência perfeita nem de monopólio puro. “Os mercados são”, afirma Perroux, “como as concorrências, mais ou menos puros e perfeitos”⁵¹.

Citando Adolf Weber, Ferreira de Souza concorda em que, “rigorosamente, nunca tivemos um regime absolutamente livre, muito menos da concorrência perfeita (...) nem de outro inteiramente alheio às intervenções estatais”⁵².

Cumprir lembrar que as intervenções causadoras de perturbações ao regime da concorrência nem sempre provêm do Estado. Este costuma editar leis exatamente para garantir a liberdade na concorrência. Caso contrário, o poder econômico privado pode chegar ao extremo de impor leis ao mercado, usurpando a competência do Estado.

Referindo-se à qualificação dos mercados, retoma Perroux a teoria de Chamberlin. Concorde que

“os mercados monopolísticos admitem numerosas combinações das forças de concorrência com forças de monopólio. São imperfeitos porque, com exceção do caso dos mercados de concorrência heterogênea, em que o consumidor só paga o preço da variedade que deseja, não constituem colocação impecável para

os recursos econômicos. São impuros porque admitem numerosas e variadas combinações entre forças de concorrência e forças de monopólio”⁵³.

O ponto fundamental da teoria de Chamberlin, segundo Perroux, seria

“a rejeição de todo e qualquer *monismo* em matéria de monopólio e concorrência e a afirmação duma pluralidade irredutível de forças no fenômeno da concorrência e no do monopólio”⁵⁴.

Deve-se, pois, ter em mente, além desses fatores, a circunstância de que o próprio Estado se faz presente no mercado, em nome da garantia da lealdade entre os competidores. Já não se cogita mais de uma regulação endógena do mercado, a exemplo do que pretendia Hayek, mas de uma “disciplina das leis naturais”, como a da oferta e da procura, insuficientes, por si sós, para manter a concorrência.

9. *A adoção de um tipo de concorrência efetiva (workable competition) e a mudança de enfoque do tema na Carta Brasileira de 1988*

A partir da edição da Lei Sherman, em 1890, da criação da *Federal Trade Commission* pelo *Federal Trade Commission Act*, de 26.9.1914, da vigência do *Clayton Act* de 15.10.1914, do *Webb Act* de 10.4.1918, do *Enemy Trade Act* de 1917, o sistema jurídico norte-americano⁵⁵ já dis-

⁵³ PERROUX, F., op. cit., p. 318. O autor dedica todo o capítulo IV desta obra à análise da tese de Chamberlin: “A teoria da concorrência monopolística” (pp. 127-140). “Numa época em que monopólio e concorrência se opunham como fogo e água, em que neles se viam realidades que mutuamente se excluíam (...) era preciso coragem para sustentar e provar que concorrência e monopólio designam famílias de forças perfeitamente compatíveis (...) O essencial não era a maior ou menor ‘perfeição’ de concorrência e monopólio, mas sim a sua maior ou menor ‘pureza’. (...) Qualquer análise utilizável de concorrência e monopólio aceita tipos ‘radicalmente impuros’ de uma e de outro” (PERROUX, op. cit., pp. 127-128).

⁵⁴ PERROUX, F., op. cit., p. 129.

⁵⁵ Os governos estaduais já haviam começado a editar leis sobre comércio antes do *Sherman Act*. As chamadas *blue sky laws* - das quais a mais famosa é o *Seven Sisters Act*, do Estado de New Jersey, quando Woodrow Wilson era governador - tiveram certa influência na vida econômica, mas apresentavam o inconveniente de romper a uniformidade comercial dentro do território dos Estados Unidos. Era preciso remediar este fato através de uma ação do governo federal, nos termos da autorização contida na Seção 8 do Artigo Primeiro da Constituição Federal, para “regulamentar o comércio com as nações estrangei-

nimo acrescentado à idéia de concorrência pura. De acordo com as explicações de CHAMBERLIN, concorrência “pura” pode, teoricamente, opor-se à idéia de concorrência “monopolística”, mas o que ocorre, quase sempre, é uma interação de forças: “*La teoria della ‘concorrenza monopolistica’ è una sfida al punto di vista, tradizionale nella teoria economica, secondo il quale la concorrenza e il monopolio sono situazioni alternative e i singoli prezzi devono essere spiegati in termini o dell’una o dell’altra alternativa.*” (op. cit., p. 210). Mas contrariando esta opinião, sustenta o ilustre economista a presença de elementos de monopólio e de concorrência em quase todos os fenômenos econômicos: “... si sostiene qui che la maggior parte delle situazioni economiche sono un composto e di concorrenza e di monopolio...” e sempre que isto se verifica, negligenciar qualquer uma das suas forças e considerar a situação totalmente determinada (ainda que imperfeitamente) pela outra força é um erro (cf. CHAMBERLIN, *Teoria...*, cit., p. 210).

⁵¹ PERROUX, F., op. cit., p. 317. Em nota n.º 7, o tradutor esclarece que vem traduzindo “concorrência completa por “concorrência perfeita”, que se desdobra, no texto francês, em duas qualidades - a pureza e a perfeição.”

⁵² SOUZA, F., op. cit., pp. 14-15.

punha de regulamentos e instituições destinadas a reger o tipo de concorrência escolhido.

A regulamentação federal do comércio norte-americano passou, segundo Wasserman, por quatro fases sucessivas cujos caracteres estão intimamente ligados à consciência popular do momento⁵⁶. Vale a pena acompanhar a descrição destas etapas pelo eminente autor citado.

Em uma primeira fase, imaginou-se que o poderio dos *trusts* teria origem quase exclusivamente em sua aliança com as companhias de estradas de ferro; pensou-se que a proibição de tais coalizões seria suficiente para acabar com os abusos.

Na segunda fase, a opinião popular chegou a convencer o legislador de que o *trust* era funesto em si, que o objetivo de sua atividade não podia ser legítimo, sua ação era nefasta e devia ser proibida pela lei. Desta tendência nasceu o *Sherman Antitrust Act*, de 1890.

Na terceira fase, percebeu-se a possibilidade de legitimar economicamente a atividade dos *trusts* e pensou-se que todos os abusos verificados eram devidos a um aumento excessivo de seu capital social.

Em uma quarta fase, concluiu-se que não era suficiente lutar contra o aumento excessivo do capital social dos *trusts*, mas era necessário assegurar um controle administrativo destas organizações, divulgar, por uma intensa publicidade, os resultados de suas más ações, tomar providências para garantir ao consumidor o ras, entre os diversos Estados e com as tribos indígenas⁵⁷. O Congresso votou o *Interstate Commerce Act* em 1887, para regulamentação do funcionamento, da polícia e dos órgãos de segurança nas estradas de ferro, o controle de suas tarifas e, por esta via, a supervisão de suas relações com as sociedades industriais e comerciais. A lei criava, também, a *Interstate Commerce Commission*, cujas decisões não dependiam de intervenção judicial para serem cumpridas. Mas eram passíveis de recurso perante os Tribunais. A atuação da *Interstate Commerce Commission* foi muito importante, segundo o WASSERMAN, contribuindo para o aperfeiçoamento das técnicas econômicas das companhias de transportes e, principalmente, para o saneamento da política das estradas de ferro.

WASSERMAN, Max J., op. cit., pp. 20-30. Na opinião deste autor, a amplitude e a natureza dos benefícios trazidos ao sistema de transportes norte-americano pela "Comissão" teriam sido responsáveis, em grande parte, pela criação da *Federal Trade Commission* (cf. WASSERMAN, op. cit., p. 31).

⁵⁶ Cf. WASSERMAN, op. cit., p. 22.

benefício da concentração industrial e proteger os diferentes ramos do comércio e da indústria. Percebeu-se, em uma palavra, aduz Wasserman, que medidas de repressão eram insuficientes para restabelecer a calma nos negócios, e que apenas a organização de uma comissão dotada de poderes gerais de controle do comércio e da indústria seria capaz de normalizar as relações da vida econômica⁵⁷.

A experiência da legislação antitruste veio demonstrar tanto a impossibilidade de serem praticados modelos "ideais" de concorrência, como a necessidade da aceitação de determinados monopólios, quando suscetíveis de acarretar benefícios à economia nacional e de possibilitar o acesso ao consumo de bens e serviços a um número maior de pessoas. A criação da *Federal Trade Commission* veio, por outro lado, suprir uma grave lacuna do sistema antitruste, antes aplicado de modo extremamente rígido pela Suprema Corte e sem o necessário conhecimento e exame dos aspectos econômicos dos atos, prática e condutas a serem julgados.

O ato de criação, em 1914, da *Federal Trade Commission*, ao impor a presença de advogados e de economistas na instituição, contribuiu para efetivar uma real e indispensável colaboração entre a ciência jurídica e a ciência econômica. O próprio objetivo da *Federal Trade Commission* exigia esta colaboração. Seu papel é, na verdade, afirma Wasserman, pesquisar as formas de comércio contrárias ao interesse da sociedade, as especulações abusivas, as manobras desleais, matérias estreitamente vinculadas ao domínio econômico. Poucos juristas poderiam, prossegue o autor citado, armados somente com textos legislativos, descobrir essas técnicas comerciais ilícitas, veladas, muitas vezes, pelas mais honestas aparências; apenas economistas experientes seriam capazes de proceder, com sucesso, a tais investigações; e a necessidade de sua intervenção, compreendida pelo legislador de 1914, legitimou a importância do papel que lhes foi reservado na organização da *Federal Trade Commission*⁵⁸.

Na verdade, o excessivo formalismo do di-

⁵⁷ Cf. WASSERMAN, op. cit., pp. 20-23. A primeira destas "Comissões", como consta em nota descritiva n.º 36, deste tópico, foi a *Interstate Commerce Commission*, criada em 1887. A *Federal Trade Commission*, criada em 1914, inspirou-se nos bons resultados obtidos pela sua congênera.

⁵⁸ Cf. WASSERMAN, op. cit., p. 81.

reito antitruste estava pondo em risco a eficácia do *Sherman Act*. Enquanto aplicado apenas pela justiça comum, os juizes não estavam preparados para levar em consideração os fatores econômicos, os interesses da política nacional e as condições sociais em que se desenvolviam as relações comerciais. Fatos como a elaboração da “regra da razão”⁵⁹ em 1911 e a criação da *Federal Trade Commission* parecem ter assentado a legislação antitruste e a jurisprudência em bases mais realistas e, *ipso facto*, mais eficientes na proteção de um tipo de concorrência possível, ou efetiva.

Analisado o fenômeno da concorrência em seus aspectos econômicos, admitidas a ineficácia e a insuficiência de certas formas repressivas, e a impossibilidade da implantação dos modelos teóricos, passam a sociedade e os poderes públicos a aceitar suas próprias limitações, abandonando a utopia de implantar uma concorrência perfeita e a raciocinar em termos de um valor possível de ser buscado, institucionalizado e protegido pelo Direito. A partir dos dados oferecidos pela ciência econômica, a ciência jurídica, influenciada também pelos reclamos da opinião pública, pela realidade social e pelas injunções políticas, oferece os instrumentos legais para a criação de uma figura jurídica moldada segundo um sistema de valores predominante em um dado momento.

A expressão *workable competition*, idéia longamente desenvolvida por John Maurice Clark,⁶⁰ é interpretada por Raymond Barre como “concorrência efetiva”, equiparada a uma concorrência que “funciona”⁶¹.

Font Galán traduz a expressão inglesa *workable competition* por *competencia practicable o efectiva*, sinônimo de *competencia imperfecta y monopolística*, referindo-se a *una configuración del mercado en el que coexisten la libertad de competencia – como formulación de principio básico – y ciertos poderes mono-*

polísticos, caracterizados por determinados traços sócio-econômicos⁶².

Para Raymond Barre, a “concorrência efetiva” implica uma noção dinâmica, em oposição ao modelo estático tradicional. Ela se estabelece entre firmas de dimensões, de custos, de horizontes diferentes e políticas diversas. Ela tende ao progresso, isto é, a uma melhoria dos métodos econômicos de produção, a uma diferenciação crescente das qualidades e dos tipos de produtos e ao desenvolvimento de novos produtos. Ela permite a difusão de benefícios devidos a este progresso, a favor dos clientes (sob a forma de preços baixos) e a favor dos fatores de produção (sob a forma de elevação de suas remunerações). Ela não é um sistema de eliminação de lucros, mas, segundo a fórmula de J.M. Clark, um “sistema de erosão e de recriação dos lucros”. Ela mantém as condições de uma rivalidade entre as firmas, através da limitação de suas margens discricionárias de ação⁶³.

As “regras do jogo” da concorrência – a qual mesmo quanto ao aspecto legal está intimamente ligada à idéia de disputa, de rivalidade, de competição – permitem, quando estabelecidas pelos diferentes ordenamentos jurídicos, o tratamento do fenômeno como instituto jurídico. O legislador escolhe um tipo determinado de concorrência e, a partir dele, elabora normas de conduta segundo as quais devem comportar-se os diferentes agentes econômicos e tipifica os delitos anticoncorrenciais e as respectivas sanções.

Nos termos da Constituição brasileira em vigor, o legislador optou pela expressão “livre concorrência”. Assim fazendo, acentuou o tipo de concorrência definido como princípio constitucional, cujo valor jurídico se impõe de imediato ao legislador ordinário e às modalidades de atuação dos agentes econômicos, públicos e privados.

⁶² FONT GALÁN. *Constitución económica y de derecho de la competencia*, cit., p. 37, nota 31. Como se pode perceber facilmente, esta concepção aproxima-se da proposta de CHAMBERLIN Cf. item 1.4.3.1. e ss.

⁶³ Cf. BARRE, R. op. cit., pp. 595-596. Trad. livre. Para este autor, tal concepção da concorrência não exclui a desigualdade das firmas e a influência assimétrica das firmas dominantes. Ela se harmoniza com a fórmula de PERROUX, ao definir a concorrência como *l'exercice d'un effet de domination toujours menacé et toujours revisable dans le cadre des règles du jeu qui tendent à assurer la création et la sélection*, apud BARRÉ, R., op. cit., p. 596.

⁵⁹ Cf. SHIEBER, Benjamin, op. cit., pp. 74-75. Além da incidência da regra da razão no processo *Standard Oil Co., of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1911 apud SHIEBER, op. loc. cit., logo a seguir foi a mesma aplicada no caso *U.S. v. Terminal R.R. Association of Saint Louis*, 224, U.S., 383, 1912. Apud WASSERMAN, op. cit., p. 44.

⁶⁰ CLARK, J. Maurice, “Towards a concept of workable competition” *The American Economic Review*, v. XXX, 1940, apud FONT GALÁN, op. cit., p. 37, nota 31.

⁶¹ Cf. BARRE, *Économie Politique*, 1.º v. cit., p. 595.

Não se trata de uma concorrência livre de qualquer condicionamento jurídico e cujos excessos foram sucintamente descritos linhas atrás. Trata-se de uma concorrência que o legislador pretende livrar de quaisquer práticas levadas a efeito ou intentadas pelos agentes econômicos e suscetíveis de constituir abuso da liberdade de iniciativa, tal como consagrada na Carta Política. As normas de conduta aplicam-se tanto aos agentes econômicos públicos quanto aos operadores econômicos privados, como regra geral. Há derrogações ao princípio, que serão oportunamente analisadas.

A “repressão ao abuso do poder econômico”, que figurava como princípio da Ordem Econômica e Social na Constituição revogada (art. 160, V), foi deslocada, na Carta vigente, para a condição de 4.º parágrafo do artigo 173.

Isto significa que a preservação da livre concorrência é mais importante na hierarquia constitucional vigente do que a repressão aos abusos do poder econômico. Trata-se, ao que tudo indica, de uma mudança qualitativa de natureza política, segundo a qual o valor jurídico representado pela “livre concorrência” se sobrepõe às normas de “repressão ao abuso do poder econômico”. Estas adquirem o sentido de instrumentos jurídicos de defesa do princípio constitucional que, na estrutura da Lei Fundamental, apresenta-se hierarquicamente mais valioso. No contexto da Ordem Econômica, a livre concorrência se posiciona, em comparação com o parágrafo 4.º do artigo 173, como em uma relação entre “meios” e “fim”, embora este fim se localize lado a lado com os demais princípios do artigo 170 e constitua, também, um “instituto jurídico” autônomo, pela complexidade de normas que engloba.

Na nova Constituição brasileira não se busca apenas a repressão às formas abusivas do poder econômico: pretende-se atingir um modelo eficiente de concorrência, compatível com as “impurezas” e as “imperfeições” do mercado, mediante a utilização, se necessário, das regras jurídicas e das instituições para aquelas fim criadas. Tais regras e instituições devem ser capazes de prevenir, apurar e reprimir quaisquer formas consideradas abusivas do poder econômico e podem ser classificadas como instrumentos de preservação do princípio da livre concorrência. No contexto das normas constitucionais onde se insere, a livre concorrência funciona também como uma das diretrizes que se impõem a todos quantos se dedicam ao exer-

cício das atividades econômicas, ao lado da “defesa do consumidor”, da “função social da propriedade” e da “defesa do meio ambiente”.

Com estas observações gerais, pode-se passar à análise do instituto jurídico da “livre concorrência”, a partir da expressão adotada pela ordem jurídica vigente no Brasil.

Não se trata, aqui, do aprofundamento do estudo da legislação brasileira denominada antitruste, impossível de efetivar-se neste espaço. Cuida-se, inicialmente, de identificar as grandes linhas das leis protetoras da concorrência na Comunidade Européia, opção justificada pela influência que os países industrializados vêm exercendo sobre o regime jurídico da concorrência no Brasil e pelo importante volume de trocas entre o País e o Mercado Comum Europeu.

É forçoso reconhecer, no Direito Comunitário, a existência de uma dose considerável de influências de natureza político-econômica, em razão da sua inspiração na defesa dos interesses concorrenciais dos Estados agrupados sob a forma de grandes blocos econômicos. Novas diretrizes, como aquelas fixadas no Tratado de Maastricht, assinado a 7 de fevereiro de 1992, vêm acentuar o sentido de coesão entre os Estados-Membros e aprofundar ainda mais a união européia, aperfeiçoando as normas dos tratados originários das Comunidades.

O desconhecimento da influência política no direcionamento da legislação antitruste ou defensiva da concorrência implicará a descon sideração de um dos fatores mais decisivos tanto da política econômica interna quanto internacional de cada país. Daí a importância adquirida pela formação dos “megabloques” econômicos, onde a tendência é liberalizar internamente as relações comerciais e erguer barreiras impeditivas da livre circulação de bens e serviços no trato com os países não pertencentes ao grupo.

Com a queda do Muro de Berlim e o fim da “guerra fria”, o eixo das grandes polêmicas internacionais deslocou-se do enfoque Leste/Oeste. Agora, a verdadeira ameaça aos países industrializados são as grandes migrações originárias dos países pobres, em busca de melhores condições de vida. Contra esse movimento, são erguidas barreiras, antes veladas e agora ostensivas, para impedir o acesso não apenas de bens e mercadorias, mas também de pessoas. São erguidos novos muros, não de concreto e de conotação ideológica, mas de

natureza “legal” e inspirados pela ética do “neo-proteccionismo”, para conter a entrada dos pobres.

Esses povos, oriundos de países menos avançados (PMA), acabam por concorrer com a força de trabalho dos países ricos, agravando o problema do desemprego.

O tema é amplo, complexo, carente de exposições doutrinárias sistematizadas no Brasil e a consolidação das leis pertinentes ainda está claudicante. O pronunciamento feito pelo Presidente da República a 24 de abril de 1993 traz, entre as reformas legais propostas, um projeto de lei sobre a repressão do abuso do poder econômico, modificando as regras existentes e autorizando a transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia.

10. *Evolução da legislação brasileira anti-truste*

O principal escopo das leis antitruste, na verdade, é a defesa da concorrência, segundo o modelo econômico escolhido pelo constituinte. Desde a garantia da “liberdade econômica”⁶⁴, passando pelo “fomento da economia popular”⁶⁵, até a organização da produção de acordo com os princípios corporativos adotados pela Carta de 1937⁶⁶, o que se buscou foi fixar as diretrizes para o desempenho dos agentes econômicos públicos e privados em seus respectivos campos de atuação.

Mesmo quando o Brasil vivenciou a fase de “defesa da economia popular”⁶⁷, inspiradora, segundo alguns estudiosos, da primeira lei brasileira antitruste⁶⁸, o Decreto-Lei n.º 869, de 18

⁶⁴ Artigo 115, parte final, da Constituição de 16 de julho de 1934.

⁶⁵ Artigo 117 da CF de 1934.

⁶⁶ Não cuidou a Constituição de 1937 de qualificar a competição empresarial como “livre”, pois apesar de fundamentar a riqueza e a prosperidade nacional na “iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo” (art. 135), pressupostos da “livre iniciativa”, a economia de produção obedecia não às leis do mercado, mas a uma construção legal de natureza corporativa, permeada pela idéia de “interesse nacional”.

⁶⁷ O artigo 141 da Carta outorgada de 1937 equiparou os crimes contra a economia popular aos crimes contra o Estado, prevendo penas graves e severa punição aos infratores.

⁶⁸ Cf. SHIEBER, Benjamin. *Abusos do poder econômico. Direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.* Editora Revista dos Tribunais. São Pau-

de novembro de 1938, o abuso do poder econômico que o texto procurava reprimir era concebido como “... qualquer ação tendente a eliminar ou entravar a livre concorrência, com o fim ou para o fim de dominação do mercado e obtenção de lucros anormais”⁶⁹.

O Decreto-Lei n.º 869/38 fora elaborado pelo eminente criminalista Nelson Hungria, que admitiu haver-se declaradamente inspirado no projeto de Código Penal argentino, nas propostas da Comissão de Reforma do Direito Penal na Alemanha, nas leis e na jurisprudência norte-americanas⁷⁰.

Não obstante a inquestionável presença de elementos típicos do Direito Penal – a instituição de um Tribunal do Júri, a previsão de penas de prisão celular variando entre dois e dez anos, impossibilidade de *sursis* entre outros –, tanto o Ministro Nelson Hungria quanto Francisco Campos acreditavam que os preceitos do Decreto-Lei n.º 869/38 buscavam “regular” e não “subjugar” a liberdade econômica.

Apesar da severidade das penas previstas para as diferentes entidades criminais, tais como os arranjos, combinações ou organizações com o fito de instituir monopólio em certos ramos da economia pública, ou de restringir a livre concorrência, o direito antitruste brasileiro permaneceu letra morta até ser retomado em 1945.

Algum tempo depois, quando era ministro da justiça, Agamemnon Magalhães retomaria a questão, incentivando o encaminhamento de um Decreto-Lei que tomaria o n.º 7.666, de 22 de junho de 1945⁷¹.

lo, 1966, p. 4.

⁶⁹ HUNGRIA, Nelson, autor do anteprojeto do Decreto-Lei n.º 869/39, em depoimento prestado a 3.2.56, na 2.ª fase de discussão do Projeto n.º 122/1948, perante a Comissão Especial da Câmara dos Deputados, publicado no Suplemento “A” do *Diário do Congresso Nacional*, n.º 123, de 28.7.1961, Seção I, pp. 14 e ss. e transcrito por FRANCESCINI, José Inácio Gonzaga. *Legislação Brasileira Antitruste e seus antecedentes legislativos*. Edição do Autor. São Paulo, 1986, p. 76.

⁷⁰ Cf. FRANCESCINI, J. Inácio. “A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE : alguns aspectos)” *RDP* n.º 75, pp. 291-308.

⁷¹ Sobre os acontecimentos que teriam inspirado Agamemnon Magalhães em sua luta contra os abusos do poder econômico, consultar: MAGALHÃES, Paulo Germano. “As origens do nome Lei Malaia”, *Revista do C.A.D.E.* Nova Fase n.º 4, jan./jul. 1988, pp. 11-13. Ver ainda: MARTINS F. Magalhães. *Del-*

A curta vigência do Decreto-Lei n.º 7.666/45, revogado a 29 de outubro daquele ano, não impediu que seu principal defensor retomasse seus conceitos básicos, já na qualidade de relator-geral da sétima subcomissão encarregada de elaborar a Constituição promulgada a 18 de setembro de 1946.

O Decreto-Lei n.º 7.666/45 definira as mais importantes formas de abusos do poder econômico e criara a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE.

Com poucas alterações, o eminente jurista e então deputado federal Agamemnon Magalhães lograra constitucionalizar a repressão ao abuso do poder econômico, incluindo, no título referente à Ordem Social e Econômica, o texto que abriria novas perspectivas à defesa da concorrência:

“Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

Transcorreram dezesseis anos entre a promulgação da Carta de 1946 e a aprovação da Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962. Este diploma legal veio especificar as modalidades de abuso do poder econômico, regular os processos administrativo e judiciário para a apuração e a repressão dos delitos, criando o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Este órgão colegiado de decisão ficara incumbido, à época, de averiguar a existência daqueles abusos, promover o julgamento das infrações e requerer ao Poder Judiciário, em certos casos, a aplicação das sanções cabíveis.

As formas de abuso do poder econômico previstas no artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62, consistem, basicamente, nos cinco tipos de atos ali descritos, devendo concretizar-se através das ações também enumeradas pelo legislador.

No primeiro grupo, a lei contempla o “domínio dos mercados nacionais” e a “eliminação total ou parcial da concorrência”⁷² por meio de:

a) ajustes ou acordos entre empresas ou

miro Gouveia: Pioneiro e Nacionalista. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 1963; BANDEIRA, Moniz. *Cartéis e Desnacionalização (A experiência brasileira: 1964-1974)*, 3.ª ed. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 1979.

⁷² Cf. inciso I do artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62.

entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades;

b) aquisição de acervos de empresas, ou de quotas, ações, títulos ou direitos;

c) coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas;

d) concentração de ações, títulos, quotas ou direitos em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas;

e) acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa;

f) cessação parcial ou total das atividades de empresas promovida por ato próprio ou de terceiros;

g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa.

Para a configuração do delito é necessária a existência de uma relação de causa e efeito entre o ato praticado – uma concentração de empresas, por exemplo – e o efeito produzido – o domínio do mercado ou a eliminação total ou parcial da concorrência.

No segundo grupo, o legislador contemplou a elevação dos preços sem justa causa, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção⁷³.

O aumento arbitrário dos lucros constitui o cerne deste tipo de delito. Em uma economia de mercado, o lucro deve representar o justo prêmio pelos riscos que assumem os agentes econômicos. Sem se adentrar o mérito das diferentes teorias e doutrinas econômicas, pode-se afirmar que o lucro consiste na diferença entre o valor de venda da mercadoria e o seu custo de produção. Exteriormente, o lucro assume a forma de remuneração dos fatores de produção, natureza, trabalho, capital⁷⁴.

Para que não ocorram lucros abusivos, os preços devem refletir aproximadamente a soma das parcelas referentes aos custos, às despesas e ao lucro, fórmula que se convencionou chamar CDL (Portaria n.º 393, de 21.5.1991, do então Ministro da Economia, Fazenda e Plane-

⁷³ Cf. inciso II do artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62.

⁷⁴ Cf. GALVES, Carlos. *Manual de Economia Política Atual*. 12.ª ed. Forence Universitária. Rio, 1991, pp. 177 e ss. MACEDO, Marcos L. Verbete “Lucro”, *A economia e o economês*. Editora Lemi S.A. Belo Horizonte, 1980, p. 118.

jamento, *DOU* de 22.5.1991).

Esta é uma das questões mais complexas e difíceis de serem analisadas, demandando o seu julgamento uma instrução processual através de recurso a perícias e vistorias, para se determinar a procedência ou não da acusação de prática do delito.

O monopólio natural ou de fato da produção, da venda de um bem, ou prestação de um serviço, não implica necessariamente a prática do delito previsto no inciso II do artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62.

Existem casos em que uma empresa ou determinado agente econômico lograram um grau tão elevado de aperfeiçoamento, que os demais fornecedores ou prestadores do bem ou serviço não atingem condições de lhes fazer concorrência.

Nesta situação, o detentor do monopólio pode ter galgado esta posição através de meios lícitos, do investimento em pesquisa científica e tecnológica, em capital humano, na formação e no aperfeiçoamento de pessoal, e a excelência de seu produto ou serviço é fruto de uma programação racional de desenvolvimento. Se arbitra moderadamente os seus lucros, fixando preços razoáveis para os seus produtos, não se lhe poderá imputar a conduta ilícita descrita no dispositivo legal em apreço. Ocorre, porém, que alguns agentes econômicos que não reúnem condições suficientes para competir acusam aquelas empresas de estarem criando dificuldades à sua constituição, ao seu funcionamento ou ao seu desenvolvimento, trazendo sérios embaraços legais a entidades dotadas de verdadeira e benéfica atuação no mercado.

O terceiro tipo de ações contempla a provação de condições monopolísticas, ou o exercício de especulação abusiva, com o intuito de promover a elevação temporária dos preços⁷⁵ através de:

a) destruição de bens de produção ou consumo;

b) açambarcamento de mercadorias ou de matéria-prima;

c) retenção de bens de produção ou consumo, de modo a provocar escassez;

d) utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em prejuízo de empresas concorrentes ou de vendedores de matérias-primas.

Os atos descritos revelam uma conduta de-

⁷⁵ Cf. artigo 2.º, III, da Lei n.º 4.137/62.

sonesta por parte dos que os praticam, com o objetivo de favorecer a formação de monopólios, em primeiro lugar; e em segundo, contemplam a hipótese de especulação, através do açambarcamento e da retenção de mercadorias, para provocar a elevação dos preços dos bens de produção ou de consumo⁷⁶.

A lei contempla também os casos de utilização de “meios artificiosos” destinados a provocar a oscilação dos preços, acarretando, com isso, prejuízos às empresas concorrentes ou às vendedoras de matérias-primas.

Quer o legislador que a competição se faça de maneira honesta, em observância às regras de boa conduta. Se o meio concorrencial utilizado é classificado de “artificioso”, o vencedor da competição não será, necessariamente, o que oferece melhores preços e melhor qualidade ao consumidor. Além de prestar um desserviço à comunidade, porque adquire sua preferência através de uma burla, aquele agente econômico impede a ascensão de outros empresários honestos ao mercado de bens e serviços, causando danos à economia do país.

O item quarto do artigo 2.º em comento, da Lei n.º 4.137/62, prevê os casos de formação de grupo econômico, em prejuízo da livre deliberação dos compradores ou vendedores, através dos seguintes meios:

a) discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviços;

b) subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou à utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem.

Cumpra distinguir, ainda que resumidamente⁷⁷, as duas mais destacadas formas de grupo econômico.

Com apoio no direito alemão, fala-se em “grupo econômico de subordinação” (*Unterrordnungskonzern*), que tem como característica fundamental a unidade de controle; e em “grupo econômico de coordenação” ou “igualitário” (*Gleichordnungskonzern*)⁷⁸. Verifica-se esta segunda modalidade, “quando empresas

⁷⁶ Cf. alíneas *b* e *c* do inciso III do artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62.

⁷⁷ Para maior aprofundamento, consultar COMPARATO F. Konder, *O Poder de Controle*, cit., pp. 26 e ss.

⁷⁸ Cf. COMPARATO, op. cit., p. 26.

juridicamente autônomas, muito embora sem relação de subordinação, são reunidas sob uma direção unitária”⁷⁹.

O *Konzern* do direito alemão é sinônimo de grupo de empresas e não simplesmente de “grupo societário”, pois pode englobar também pessoas físicas⁸⁰ e o próprio Estado⁸¹.

Nos termos do artigo 265 da Lei n.º 6.404, de 1976, o grupo de sociedades forma-se por meio de convenção onde são definidos os objetivos comuns à sociedade controladora e às sociedades controladas, as quais assumem a obrigação de combinar os recursos ou esforços para a realização daqueles fins (consecução dos objetivos de cada uma ou participação em atividade ou empreendimentos conjuntos)⁸².

Em razão do conceito legal existente, a expressão “grupo econômico” no contexto do artigo 2.º, IV da Lei n.º 4.137/62, não corresponde a grupo de sociedades⁸³, referindo-se a agrupamento⁸⁴ ou reunião de empresas com o propósito de efetivar discriminação dos preços. A proibição tem por objeto uma forma específica de abuso com respeito aos preços: a discriminação entre clientes, por empresas reunidas em grupo⁸⁵.

A tendência é não conferir muita rigidez ao conceito de grupos econômicos, nem à maneira pela qual eles se formam, não se exigindo, sequer, sejam dotados de personalidade jurídica, ou que se constituam pelas formas previstas em lei, podendo configurar meros grupos de

⁷⁹ Lei acionária alemã de 1965, § 18, alínea 2, apud COMPARATO, op. cit., pp. 26-27.

⁸⁰ Cf. RASCH, Harold. *Deutsches Konzernrecht*, 4.ª ed., 1968, pp. 66 e ss., apud COMPARATO, op. cit., p. 26, nota 42.

⁸¹ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. 1.ª ed., Forense, Rio, 1978, p. 197, nota n.º 1.

⁸² Cf. FARIA, Werter. “Preços Discriminatórios e Comprovação de Custos” – *Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, p. 131, nota 7.

⁸³ Idem.

⁸⁴ Segundo Claude CHAMPAUD, “por agrupamento de sociedades pode entender-se tudo que reúne e tudo que liga. Da fusão ao simples contrato de licença, o caminho é longo e igualmente calcado de operações de concentração e de operações que lhe são estranhas, na sua essência e na sua existência” – *Les méthodes de groupement de sociétés*, apud FARIA, op. loc. cit..

⁸⁵ Cf. FARIA, Werter, op. loc. cit.

fato⁸⁶.

Quanto à “discriminação de preços” prevista na alínea *a* do inciso IV do artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62, trata-se de uma forma de ofensa ao princípio da isonomia, que a doutrina se dedica a esclarecer.

Jean-Jacques Biolay salienta: “Em nome da igualdade de oportunidades na competição econômica, proclama-se que a concorrência entre as empresas não deve ser falseada por condições desiguais de acesso ao mercado”⁸⁷.

Para Raymond Prieur, “praticar discriminação equivale a tomar uma das três atitudes seguintes:

a) aplicar tratamento desigual a pessoas que se encontram em situação comparável;

b) aplicar a pessoas que se acham em situações diferentes tratamento desigual que não se justifica por essa diferença;

c) aplicar tratamento igual a pessoas que não se encontram em situações comparáveis”⁸⁸.

Nos Estados Unidos, segundo o Professor Werter Faria, a Lei Robinson-Patman considera ilegal cometer, ou aceitar, discriminação relativa a preço de produto da mesma classe e qualidade que, de maneira substancial, possa enfraquecer a concorrência ou tenda a criar monopólio em qualquer ramo do comércio ou prejudicar, destruir ou impedir a concorrência. A lei ressalva, prossegue, apenas as diferenças de preços justificadas tão-só por desigualdade dos custos de fabricação, de venda ou de entrega, provenientes da circunstância de serem os pro-

⁸⁶ Cf. Exposição de Motivos do Ministro da Justiça ao Projeto de Lei elaborado pela Comissão constituída pela Portaria n.º 28, de 27 de janeiro de 1993, com o objetivo de “estudar e propor, no prazo de vinte dias, o aperfeiçoamento e a consolidação da legislação sobre defesa da concorrência e abuso do poder econômico, visando à fixação de um novo modelo institucional que propicie melhor ação governamental nesse campo, em proveito do exercício integral da cidadania”: *Jornal Folha de São Paulo*, Caderno Especial: “Plano Eliseu”, São Paulo, domingo, 25 de abril de 1993, p. 4.

⁸⁷ BIOLAY, Jean-Jacques. “Du principe de non-discrimination dans les relations commerciales” – *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*; 1981, p. 430, apud FARIA, Werter, op. cit., p. 127.

⁸⁸ PRIEUR, Raymond. “Contribution à l'étude de la concurrence sur le marché”. *Revue trim. de droit commercial et de droit économique*, p. 527, apud FARIA, Werter, op. loc. cit..

duros em questão vendidos ou expedidos aos compradores por meios ou em quantidades diversas⁸⁹.

Jacques Azéma, em comentário aos artigos 37 a 41 da lei francesa 73-1193, de 27 de setembro de 1973, que tratam das “práticas discriminatórias de venda”, destaca, entre elas, os “prazos de pagamento”. Eles equivalem, afirma, a verdadeiros descontos,⁹⁰ que, se não forem concedidos a todos os clientes, podem ensejar discriminação capaz de conduzir a abuso do poder econômico em detrimento da livre deliberação dos compradores ou vendedores.

O mesmo autor salienta a infinita variedade do objeto das discriminações, que podem incidir sobre os prazos de execução da encomenda, sobre as modalidades de acondicionamento, de expedição, de transporte, sobre os prazos de pagamento, como visto antes; elas podem sobretudo afetar os preços, seja direta, seja indiretamente, por meio de descontos, abatimentos, rebates de qualquer natureza⁹¹.

Observa, com razão, o ex-Presidente do CADE, Werter Faria, que devem ser refreadas quaisquer formas de discriminação que entrem a concorrência, como a redução injustificada da quantidade de produtos habitualmente fornecidos a um fabricante ou revendedor, que torne impraticável a competição com outros⁹².

A alínea *b* do inciso IV do artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62 contempla a subordinação de venda de um bem à compra de outro, ou à utilização de determinado serviço; e o condicionamento da utilização de um serviço à compra de um bem. Estas práticas são comumente chamadas de “vendas casadas”, no Brasil; de *ties in* ou *tying arrangements*, segundo a doutrina norte-americana.

Como observa Fábio Comparato, a perífrase “formar grupo econômico por agregação de empresas” não constava do projeto original da Lei n.º 4.137/62, tendo sido inserida através de emenda⁹³. Prossegue o autor citado, dizendo que Benjamin M. Shieber a havia considerado

⁸⁹ Cf. FARIA, Werter, op. cit., pp. 128-129.

⁹⁰ AZÉMA, Jacques. *Le droit français de la concurrence*. P.U.F.; Paris, 1981, pp. 299 e ss.

⁹¹ Cf. AZÉMA, Jacques, op. cit., p. 302. FARIA, Werter, op. cit., p. 128.

⁹² Cf. FARIA, Werter, op. cit., p. 129, nota 2.

⁹³ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Franquia e Concessão de Venda no Brasil. Da Consagração ao Repúdio? Ensaio e Pareceres*. Cit., p. 389.

muito infeliz, porque “vinculação de venda não é um instrumento para a formação de grupos econômicos por agregação de empresas”⁹⁴. E tentara uma interpretação tendente a esvaziar o conteúdo da norma, ao considerá-la mera exemplificação do dispositivo geral do artigo 2.º, inciso I, alínea *g* da lei antitruste: “criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento da empresa”.

Comparato discorda de tal posição, afirmando, entre outros argumentos, que a prática dos contratos vinculados, como a das cláusulas de exclusividade, pode submeter concessionários ou franqueados⁹⁵ a um verdadeiro “controle externo” de concedentes e franqueadores; pode, na verdade, conduzir a uma “agregação de empresas” sob a forma de grupo econômico de subordinação externa⁹⁶.

Independentemente das formas que possam assumir as entidades criminais previstas – e cujo espectro tende a aumentar –, o objetivo da lei é impedir o cerceamento à livre deliberação dos compradores ou dos vendedores. Mas as difi-

⁹⁴ SHIEBER, Benjamin. *Abuso do Poder Econômico*. São Paulo, 1966, apud COMPARATO, op. loc. cit.

⁹⁵ O estudo citado refere-se à natureza das relações que se estabelecem entre franqueador e franqueado.

⁹⁶ Cf. COMPARATO, op. cit., p. 390. O autor faz remissão ao Cap. III da obra já citada *O Poder de Controle...*, intitulado “O controle externo” (pp. 68-82), relatando as hipóteses em que o controlador não é, necessariamente, sequer membro de qualquer órgão social, exercendo o seu poder de dominação *ab extra*. Relembra uma decisão célebre de Benjamin Cardozo, na jurisprudência norte-americana, ao reconhecer que, na sociedade anônima, “uma influência dominante pode ser exercida por meios diversos do voto.” A idéia de “influência dominante” foi adotada nas leis acionárias de vários países, como a Alemanha (17 da lei de 1965); na Itália (art. 2.359 do Cód. de 1942) e Suécia (lei acionária de 1944). O artigo 113 da Lei n.º 6.404/76 contempla hipóteses de restrição de voto do acionista caucionante – quando contrai empréstimo e atribui ao mutuante, em garantia de seu crédito, a caução das ações do chamado bloco de controle – subordinando a votação de determinadas matérias ao consentimento do credor caucionado, ou pignoratício. Como observa COMPARATO, em várias situações, o controle externo resulta de uma situação de endividamento da sociedade (op. cit., p. 69). O mesmo ocorre com a emissão de debêntures (p. 70) e nos casos de monopsonio, onde o Estado figura como o principal, senão o único adquirente ou destinatário dos bens ou serviços produzidos (p.76).

culdades de aplicação de tais normas são ressaltadas por muitos autores, pois, em certos casos, a discriminação faz parte das práticas comerciais e não visam à formação de monopólio⁹⁷.

O inciso V do artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62 contempla a hipótese de prática de concorrência desleal mediante as seguintes condutas:

a) exigência de exclusividade para propaganda publicitária;

b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa.

A figura da concorrência desleal não se limita às práticas descritas nas duas alíneas do artigo 2.º em apreço. Normas de natureza penal tratam também dos crimes de concorrência desleal⁹⁸. Estas normas devem ser analisadas juntamente com as disposições do Código da Propriedade Industrial, que definem os direitos sobre as invenções, as marcas, os sinais distintivos, os segredos industriais e outros que compõem o conjunto de bens agrupados sob a denominação "propriedade intelectual"⁹⁹. Estabelecidos por outros diplomas legais o conteúdo, a natureza, as garantias, os limites, a proteção e as condições para o exercício e a exploração de tais direitos, a ordem jurídica, através das normas do Código Penal, classifica como criminosas as condutas que configuram violação aos mesmos. Tem-se, assim, como entidades criminais, a "violação de direito autoral"¹⁰⁰, a "usurpação de nome ou pseudônimo alheio"¹⁰¹, a "violação do privilégio de invenção"¹⁰² a "ex-

ploração indevida de modelo ou desenho privilegiado"¹⁰³, a "violação do direito de marcas de indústria e de comércio"¹⁰⁴, entre outros.

As condutas classificadas pelo Decreto-Lei n.º 7.903/45 como "concorrência desleal"¹⁰⁵ possuem conceituação e conteúdo diferentes dos tipos definidos pelo inciso V do artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62.

Consideram-se atos de concorrência desleal, para as finalidades de configuração de abuso do poder econômico, tal como dito antes, "a exigência de exclusividade para propaganda publicitária" e "a combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa"¹⁰⁶.

No campo da propriedade industrial, pratica concorrência desleal, por exemplo, quem, para obter vantagem indevida, publica pela imprensa ou divulga, por outros meios, afirmação falsa em detrimento do concorrente¹⁰⁷; quem, com o intuito de lucro, divulga acerca de concorrente falsa informação capaz de causar-lhe prejuízo¹⁰⁸; quem, através de meio fraudulento, desvia, em proveito próprio, ou alheio, clientela de outrem¹⁰⁹. Da mesma forma, pratica concorrência desleal quem dá ou promete dinheiro a empregado de concorrente, para que, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem indevida¹¹⁰; ou quem divulga ou se utiliza, sem autorização, de segredo de negócio que lhe foi confiado ou de que teve conhecimento em razão do serviço, mesmo depois de havê-lo deixado¹¹¹.

Os delitos descritos, enfeixados sob a denominação genérica de concorrência desleal, possuem, entre suas características, embora não a única, nem a mais marcante, o fato de atentarem contra direitos de propriedade do titular daqueles bens. Quer se trate de bens materiais ou imateriais, o sujeito ativo pratica ofensa

⁹⁷ Cf. SODRÉ FILHO Antônio C. de Azevedo & ZACLIS, Lionel. *Commentários à legislação anti-truste*. Editora Atlas; São Paulo; 1992, pp. 57 e ss.

⁹⁸ Ver artigo 126 da Lei n.º 5.772, de 21.12.1971; Código de Propriedade Industrial, cujo artigo 126 afirma continuarem em vigor os artigos 169 a 189 do Decreto-Lei n.º 7.903, de 27.8.1945, até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 1.004, de 21.10.1969. A nova Lei de Patentes está em tramitação no Congresso Nacional.

⁹⁹ Sobre os bens abrangidos por esta classificação. VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. cit., pp. 427-496.

¹⁰⁰ Os direitos de autor, no campo civil, regem-se pela Lei n.º 5.988, de 14.12.73 (LDA).

¹⁰¹ Ver, na LDA, a proteção assegurada aos autores de obras literárias, científicas e artísticas.

¹⁰² A Lei n.º 5.772, de 21.12.1972, *Código da Propriedade Industrial*, regulava os inventos e descobertas patentáveis. A lei que está em discussão no Congresso já recebeu mais de mil emendas.

¹⁰³ Os direitos assegurados eram regidos também pelo Código de Propriedade Industrial, em seu artigo 171.

¹⁰⁴ Cf. art. 175 do Decreto-Lei n.º 7.903 de 27.4.1945.

¹⁰⁵ No artigo 178 do citado texto, nos incisos I a XII, estão descritos os atos que a lei qualifica de concorrência desleal.

¹⁰⁶ Cf. art. 2.º, V, a e b da Lei n.º 4.137/62, citada.

¹⁰⁷ Cf. art. 178, I, do Dec-Lei n.º 7.903/45.

¹⁰⁸ Cf. art. 178, II, do Dec-Lei n.º 7.903/45.

¹⁰⁹ Cf. art. 178, III, do Dec-Lei n.º 7.903/45.

¹¹⁰ Cf. art. 178, IX, do Dec-Lei n.º 7.903/45.

¹¹¹ Cf. art. 178, XII, do Dec-Lei n.º 7.903/45.

contra direitos de propriedade constitucionalmente assegurados (artigo 5.º, *caput*, e incisos XXII e XXIX, notadamente, da Carta Política de 1988).

Já os delitos capitulados no inciso V do artigo 2.º da Lei n.º 4.137, como todos os demais deste texto, de resto, embora operem uma repercussão direta no patrimônio ou nos negócios do empresário prejudicado, possuem alcance maior, porque passam a atingir o consumidor, a sociedade e a própria saúde da economia de um país.

A exigência de exclusividade para propaganda, vedando a comercialização de produtos com concorrentes, por si só, não constitui abuso do poder econômico. Segundo vários julgados do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), as alegações de infrações desta natureza devem ser analisadas caso a caso. Pode configurar-se o abuso quando a avença servir de instrumento de domínio de mercado ou de eliminação total ou parcial da concorrência¹¹².

A conduta prevista na alínea *b* do citado inciso V do artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62, tem como intuito viciar a concorrência levada a efeito pela Administração Pública. É considerada "infração de natureza instantânea", pois, configurado o ajuste, caracterizada está a ocorrência do delito.

Este tipo de ajuste ilegal entre participantes da concorrência pública desnatura a competição, impedindo que os entes públicos possam escolher as condições mais vantajosas na aquisição de mercadorias, bens, ou na prestação de serviços licitados.

A vítima, nesta hipótese, ou o sujeito passivo, é a Administração Pública. E o ilícito vai de encontro ao dever constitucional de submeter as suas compras, a realização de obras públi-

¹¹² Cf. decisão proferida no Processo Administrativo n.º 16, de 2 de maio e 27 de abril de 1977. Representantes: Duarte Rodrigues Ltda, e Copello Representações e Exportações Ltda; Representadas: Procosa - Produtos Cosméticos Ltda, e Cobras - Cosméticos Brasileiros Ltda. (DOU de 17.5.1977., Seção I, Parte I, pp. 5.901 e ss., transcrito por FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga & FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder econômico: exercício e abuso*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo; 1985, pp. 87 e ss. Ainda no mesmo sentido, a decisão (não unânime) proferida no P.A. n.º 18, de 13.11.1976 (DOU de 24.11.76, seção I, Parte I, pp. 15.388 e ss., apud FRANCESCHINI, op. cit. pp. 90-91).

cas, a prestação, de serviços públicos, como os de saúde, de transporte, de telecomunicações e outros¹¹³ ao processo de licitação pública,¹¹⁴ destinado, exatamente, a assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes, com o objetivo de celebrar o contrato decorrente com aquele ou aqueles licitantes que oferecerem condições mais vantajosas.

Se estes concorrentes, ou alguns dentre eles combinam previamente os preços dos bens, obras ou serviços licitados, não haverá competição, frustrando-se o alcance do objetivo colimado pelo legislador.

Estes atos sumariamente descritos constituem, por assim dizer, a parte substantiva, ou material, da legislação antitruste constante da Lei n.º 4.137/62.

11. *A defesa da livre concorrência na Constituição Brasileira de 1988*

Integrando o regime brasileiro antitruste, já sob a égide da Constituição de 1988, a Lei n.º 8.158, de 8.1.1991, marca a transição entre a fase de repressão ao abuso do poder econômico — enquanto "princípio" da ordem econômica — e a etapa consagrada à defesa da concorrência. Este instituto assume, assim, a primazia no ordenamento constitucional vigente, na qualidade de princípio informador das atividades econômicas.

Já se teve oportunidade de analisar esta transformação, salientando o significado da relocalização do preceito tendente a combater o abuso do poder econômico no quarto parágrafo do artigo 173 da Constituição¹¹⁵ e a inserção da "livre concorrência" como quarto inciso do artigo 170, classificada como um dos princípios ordenadores das atividades econômicas.

Quer isto dizer que a repressão ao abuso do poder econômico, com todo o arsenal legislativo e institucional disponível, passa a figurar como instrumento de defesa da concorrência, agora elevada, pelo constituinte de 1988, à categoria de valor jurídico constitucionalmente assegurado.

Não obstante composta de vinte e três artigos¹¹⁶, apenas, a Lei n.º 8.158/91 apresenta ob-

¹¹³ Cf. art. 21, XI, XII, da Constituição Federal de 1988.

¹¹⁴ Cf. art. 37, XXI da CF/88.

¹¹⁵ Cf. VAZ, Isabel, op. cit., p. 539.

¹¹⁶ O "Projeto de lei" encaminhado pelo Ministro da Justiça e divulgado juntamente com as medidas do chamado "Plano Eliseu" (*Folha de São Paulo*, Caderno Especial, Domingo, 4.4.93, p. 4) revoga 13

jetivos muito mais ambiciosos e abrangentes do que todas as leis repressivas dos abusos do poder econômico reunidas¹¹⁷. Para se ter uma idéia de sua abrangência, basta verificar, no *caput* do seu artigo 1.º, as competências atribuídas à Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE)¹¹⁸.

Na verdade, o artigo 1.º, *caput* da Lei n.º 8.158/91 atribui à SNDE competência para apurar as “anomalias de comportamento” de setores econômicos, empresas, ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa, ou os princípios constitucionais da ordem econômica.

Verificada a ocorrência dos atos descritos através da instauração do competente processo e da instrução processual, obedecidos os princípios do contraditório e da ampla defesa, compete à SNDE propor as medidas cabíveis à correção das anomalias dos diversos agentes econômicos.

A atuação da SNDE deve ser direcionada no sentido de evitar a ocorrência das seguintes “distorções” no mercado:

a) fixação de preços dos bens e serviços abaixo dos respectivos custos de produção, bem assim a fixação artificial das quantidades vendidas ou produzidas;

b) cerceamento à entrada ou à existência de concorrentes, no mercado local, regional ou nacional;

c) impedimento ao acesso dos concorrentes às fontes de insumos, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem assim aos canais de distribuição;

d) controle regionalizado do mercado por empresas ou grupos de empresas;

e) controle de rede de distribuição ou de

dos 23 artigos da Lei n.º 8.158/91. O Projeto tomou o n.º 3.712-A/93.

¹¹⁷ A Coletânea elaborada pela SNDE agrupa, além da Lei n.º 4.137/62, a Lei n.º 1.521, de 26.12.51; a Lei Delegada n.º 4, de 26.9.1962; Lei n.º 8.002, de 14.3.90; Lei n.º 8.137, de 27.12.90.

¹¹⁸ As competências da SNDE foram fixadas pelo artigo 102, incisos I a IX, do Decreto n.º 99.244, de 10.5.1990, que dispõe sobre a reorganização e o funcionamento dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, entre outras providências. Tais diretrizes foram consolidadas pela Lei n.º 8.158/91, algum tempo depois.

fornecimento por empresas ou grupo de empresas;

f) a formação de conglomerado ou grupos econômicos, por meio de controle acionário direto ou indireto, bem como de estabelecimento de administração comum entre empresas, com vistas a inibir a livre concorrência.

As condutas descritas nas alíneas a a f do artigo 2.º da Lei n.º 8.158 reproduzem, com algumas alterações e mediante a inserção de novos atos ditados pela procura de bens de alta tecnologia, as práticas previstas no artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62. E constituem condutas contrárias ou incompatíveis com os pressupostos da livre concorrência, tal qual descritos no início.

Enquanto a finalidade da Lei n.º 4.137/62 inspirava-se na apuração e repressão de delitos econômicos já cometidos, as atribuições confiadas à SNDE pela Lei n.º 8.158/91 têm natureza preventiva, na medida em que se destinam a evitar a ocorrência das práticas enumeradas no mercado.

As regras englobadas no artigo 3.º e seus dezoito incisos da Lei n.º 8.158/91 guardam também uma certa semelhança com as disposições do artigo 2.º da Lei n.º 4.137/62, chegando a reproduzir, mesmo, algumas condutas delituosas já descritas naquele texto legal.

A mencionada abrangência desta lei revela-se na medida em que o legislador coloca a “ordem econômica” com todos os seus componentes, como bem jurídico tutelado e cuja defesa deve fazer-se, primordialmente, pela repressão ao extenso rol de atos e condutas enumerados no *caput* do citado artigo 3.º e nos quase vinte incisos que o completam.

O *caput* do texto em apreço afirma constituir infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, mesmo que os fins visados não sejam alcançados.

Segue-se a longa enumeração, de natureza exemplificativa, de outros atos e condutas cuja prática constitui infração à ordem econômica, desde que tenham por objeto ou produzam o efeito de dominar os mercados, prejudicar a livre concorrência, obter aumento arbitrário de lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados.

Comprova-se, como afirmado antes, a natureza evolutiva da legislação, quando as técni-

cas repressivas (ou *status negativus*) cedem lugar as táticas preventivas de defesa da concorrência, transformando a repressão aos abusos do poder econômico em instrumento de defesa de um bem jurídico hierarquicamente superior, na arquitetura constitucional.

12. Aspectos regulamentares e institucionais

Cuidou-se, até o presente, de oferecer uma visão panorâmica dos principais artigos das leis que tratam de reprimir os abusos do poder econômico e de promover a defesa da concorrência. Na convicção de filiar-se tanto um quanto o outro diploma legal aos princípios do Direito econômico, adota-se, para a abordagem de outros aspectos daquelas leis, a proposta elaborada pelo conceituado autor francês Bernard Chenot. Em um verbete clássico, intitulado *Droit public économique*¹¹⁹ Chenot afirma que o Direito público econômico assume formas regulamentares (leis, decretos) de intervenção do Estado e formas institucionais (órgãos, entidades, instituições) através das quais o Estado intervé na economia.

Reduzindo-se o enfoque para o campo específico da legislação antitruste, pode-se afirmar que as leis citadas, os decretos, os regulamentos constituem o ramo regulamentar do direito antitruste. E as entidades, os organismos, as instituições, os conselhos encarregados de aplicar aquelas leis representam o ramo institucional da legislação considerada.

Assim, enquanto os regulamentos definem os delitos de abuso do poder econômico e determinam as regras do processo de apuração e repressão dos mesmos, as instituições criadas encarregam-se de executar as normas traçadas.

Particularizando-se mais ainda o enfoque, tem-se, no Brasil, atualmente, a Secretaria Nacional de Direito Econômico e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, como os principais órgãos destinados a aplicar a legislação antitruste.

A SNDE é um órgão integrante da estrutura básica do Ministério da Justiça, a que se referem o artigo 83, inciso XI, do Decreto n.º 99.244, de 10.5.90, e o artigo 2.º, inciso III, alínea c, do anexo I do Decreto n.º 11, de 18.1.1991, diretamente subordinada ao Ministro de Estado.

O Regimento Interno da SNDE foi aprovado pela Portaria n.º 465, de 16.9.92, baixada pelo

¹¹⁹ *Dictionnaire des Sciences Économiques*, T. I, publicado sob a direção de Jean ROMEUF, Paris, PUF, 1958, pp. 420-423.

Ministro da Justiça¹²⁰.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, foi criado pelo artigo 8.º da Lei n.º 4.137/62, com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o Território Nacional, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico.

Suas atribuições foram modificadas pelo artigo 14 da Lei n.º 8.158/91, que o classificou como órgão judicante da estrutura do Ministério da Justiça, com as competências previstas na Lei n.º 4.137/62 e no diploma legal citado acima. Passou o CADE a funcionar junto à SNDE, do Ministério da Justiça, incumbida de lhe fornecer suporte de pessoal e administrativo¹²¹.

O CADE funciona com quatro conselheiros, o Presidente e um Procurador, todos de notório saber jurídico ou econômico, nomeados pelo Presidente da República, por indicação do Ministro da Justiça e após aprovação dos nomes pelo Senado Federal, para um mandato de dois anos, sendo permitida a recondução¹²².

À SNDE compete instituir os processos instaurados por abuso do poder econômico, podendo, caso conclua pela existência do delito, recomendar ao agente infrator as medidas de correção cabíveis, fixando prazo para o seu atendimento e encaminhará o processo ao CADE para as medidas de sua competência¹²³.

13. Conclusão

A título de conclusão desta abordagem parcial de alguns aspectos da legislação brasileira antitruste, pode-se afirmar que a repressão ao

¹²⁰ *DOU* de 18.9.92, Seção I, p. 13.096.

¹²¹ Se for aprovado o Projeto de Lei que altera a legislação antitruste, enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, o Cade passará a ter a natureza jurídica de autarquia, podendo, inclusive, ser parte em juízo através de seu Procurador-Geral, para providenciar o cumprimento judicial de suas decisões, promover intervenções, desapropriações, cobrança de multas e sanções que aplicar, e assim por diante. A SNDE continua a ter competência para praticar uma série de atos, como instaurar processos administrativos, promover diligências, propor o montante das multas a serem aplicadas em certos casos, mas parece que o intuito do Projeto de Lei n.º 3.712-A/93 é concentrar o poder jurisdicional no órgão colegiado. O recurso administrativo para o Ministro da Justiça seria extinto. Mas passaria a caber recurso para o Cade das decisões proferidas pela SNDE.

¹²² Cf. art. 14, parágrafo único, da Lei n.º 8.158/91.

¹²³ O Regimento Interno do Cade foi aprovado pela Portaria n.º 105, de 26 de fevereiro de 1992, baixada pelo Ministro da Justiça.

abuso do poder econômico e a defesa da concorrência não constituem fins em si mesmas. O que as leis indicadas pretendem, embora não o digam expressamente, é promover o acesso de todos, ofertantes e procurantes, ao mercado, assegurando-lhes as melhores condições possíveis. Ao competir entre si, de modo honesto, sadio, leal, os concorrentes procuram aprimorar a qualidade de seus produtos, mercadorias ou serviços, tornando-os, além do mais, atraentes ao consumidor. O esforço de aprimoramento gera melhoria na qualidade dos bens e nesta luta pela conquista do mercado, segundo regras destinadas a assegurar a liberdade e a honestidade na competição, cresce a economia do país, os produtos adquirem competitividade, eliminam-se os desperdícios de matéria-prima e de insumos, transformando o acesso ao consumo numa realidade para um número cada vez maior de pessoas.

A prática de uma concorrência livre e de uma competição sadia entre os agentes econômicos prepara o país para enfrentar os desafios nos mercados internacionais, beneficiando a sociedade, gerando novos empregos e assegurando uma redistribuição de rendas mais justa.

No contexto do ordenamento jurídico brasileiro, estas razões justificam todos os esforços no sentido de se procurar implantar, não um modelo de concorrência perfeita, mas uma concorrência possível ou praticável.

Já é um grande passo, cuja realização demanda o esforço de todos quantos aspiram a contribuir para tornar a vida mais digna, em uma sociedade mais justa e mais solidária.

Bibliografia

AZÉMA, Jacques. *Le droit français de la concurrence*. PUF, Paris, 1981.

BANDEIRA, Moniz. *Cartéis e Desnacionalização (A experiência brasileira: 1964-1974)*, 3.^a ed., Editora Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1979.

BARRE, Raymond. *Économie Politique*. 1.^o e 2.^o, vv. 10.^o éd. mise à jour, Presses Universitaires de France, Paris, 1975.

BOBBIO, Norberto. *Teoria della Norma Giuridica*. G. Giappichelli - Editore, Torino, 1958.

BOBBIO, Norberto. "O significado da política" (*O que é a política. Coletânea de textos editada pelo Instituto Tancredo Neves*). Brasília, 1988.

CHAMBERLIN, Edward H. *Teoria della concor-*

renza monopolistica. Primeira edição italiana: setembro 1961. Tradução de H. B. del título originale dell'opera: "The theory of monopolistic competition" (Harvard University Press, Cambridge, 1960, 7.^a ed.) La Nuova Italia, Firenze, 1961.

CHENOT, Bernard. Verbete "Droit public économique". *Dictionnaire des Sciences Économiques*. T. I.; publicado sob a direção de Jean ROMEUF. Paris, PUF, 1958.

CLARK, J. Maurice. "Towards a concept of workable competition" (*The American Economic Review*, v. XXV, 1940).

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, 1.^a ed., Forense, Rio, 1978.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3.^a ed., Forense, Rio, 1988.

COTTELY, Esteban. *Teoría del Derecho Económico*. Frigerio Artes Gráficas, S.A.C. e I., Buenos Aires, 1971.

DARWIN, Charles. *Origem das espécies*. Tradução de Joaquim Dá Mesquita Paúl. Livraria Chardron, de Lelo & Irmão, Editores. Porto, s.d. [1.^a ed. em inglês, 1859].

FARIA, Werter. "Preços Discriminatórios e Comprovação de Custos" (*Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição*). Sérgio Antônio Fabris. Editor. Porto Alegre, 1992.

FARJAT, Gérard. *Droit Économique*. 2.^a éd. refondu. Presses Universitaires de France, Paris, 1982.

FONT GALÁN, Juan Ignacio. *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*. Prólogo de Manuel Olivencia. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1987.

FRANCESCHINI, J. Inácio. "A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): alguns aspectos" (*RDP* - 75, pp. 291-308).

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Legislação Brasileira Antitruste e seus antecedentes legislativos*. Edição do Autor. São Paulo, 1986.

GALVES, Carlos. *Manual de Economia Política Atual*, 12.^a ed., Forense Universitária, Rio, 1991.

MACEDO, Marcos L. Verbete "Lucro" (*A economia e o economês*. Editora Lemi S.A., Belo Horizonte, 1980).

MAGALHÃES, Paulo Germano. "As origens do nome Lei Malalaia" (*Revista do CADE*. Nova Fase n.^o 4, jan./jul., 1988, pp. 11-13).

MARTINS, F. Magalhães. *Delmiro Gouveia: Pioneiro e Nacionalista*. Editora Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1963.

PATRICIO, J. Simões. *Direito da Concorrência*. Publicações Gradiva, Lisboa, 1980.

- PERROUX, François. *A Economia do Século XX*. Tradução de José Lebre de Freitas do título original "L'Économie du XX^e Siècle" (Paris, 1964), Herder, Lisboa, 1967.
- SHIEDER, Benjamin. *Abusos do poder econômico. Direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1966.
- SMITH, Adam. *Inquérito Sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*. V. 1.º, 2.ª ed. Tradução (e Notas) de Teodora Cardoso e Luís Cristóvão de Aguiar do original em inglês "An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations"; Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, [1980].
- SODRÉ FILHO, Antônio C. de Azevedo & ZACLI, Lionel. *Comentários à legislação antitruste*. Editora Atlas, São Paulo, 1992.
- SOUZA, Ferreira de. *União de empresas concorrentes*. Tese. Rio de Janeiro, 1939.
- SPINOLA, Moacyr Roberto de Pinho. "O Equilíbrio das Estruturas Básicas de Mercado" (*Manual de Economia*, 1.ª ed., 2.ª tiragem. Coordenação de Diva Benevides Pinho. Colaboração de André Franco Montoro Filho *et alii*. Editora Saraiva, São Paulo, 1989).
- VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Forense. Rio. 1992.
- WASSERMAN, Max J. *L'Oeuvre de la Federal Trade Commission*. Paris, Marcel Giard Editeur. 1925.
- WEBER, Max. *Economia y Sociedad*, v. I, 2.ª ed. em espanhol. Tradução de José Medin Echavarría *et alii* da 4.ª ed. em alemão, do título "Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie". Fondo de Cultura Económica. México, 1964.

A lei aplicável e a norma de direito interno nas relações de Direito Internacional Privado

A Convenção de Viena de 1980

LUIZ ANTONIO SOARES HENTZ

A contribuição que se apresenta é deveras reduzida, por razões que se tributa ao limitado objetivo dado ao estudo, qual seja: discutir a escolha da lei aplicável em face do previsto na lei interna brasileira, o art. 9.º da chamada Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, e o estabelecimento, como paradigma, das disposições próprias da Convenção de Viena de 1980. Vale lembrar as dificuldades que derivam da amplitude do tema, nas suas diversas conformações, aliada à pouca vivência dos estudiosos brasileiros com as experiências do além-mar, notadamente com o Mercado Comum Europeu, que se firma no cenário mundial sem espaço para as Américas, que por sua vez delas haverá de haurir o conhecimento necessário à superação, no futuro, pelo Brasil, dos limites territoriais para o milenar tráfego mercantil.

A legislação brasileira anterior à atual Lei de Introdução do Código Civil preconizava a autonomia da vontade como a base das relações contratuais internacionais, sofrendo a princípio certo abalo depois de 1942, quando o *caput* do art. 13 da Lei de 1917 não foi repetido. A lei antiga dispunha: “Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto à substância e efeitos das obrigações, a lei do lugar onde foram contraídas”. Observa-se que a cláusula *salvo estipulação em contrário* erigia o princípio da autonomia da vontade, capaz de suprimir os efeitos que o dispositivo previa para o caso de não se valerem os contratantes da permissão de escolha da lei aplicável. *A lei do lugar onde foram contraídas* somente regeria as relações se as partes não dispusessem contrariamente.

Todavia — reprise-se —, a nova Lei de Introdução do Código Civil de 1942, aparentemente retirou das partes contratantes o direito de

Luiz Antonio Soares Hentz é Juiz de Direito no Estado de São Paulo, Mestre em Direito Público e Professor da FHDSS da UNESP.

dispor sobre a lei a regular as obrigações estipuladas. Claro está que neste tempo de vigência da lei atual muitas foram as interpretações que se deu ao dispositivo que regula a matéria presentemente, o art. 9.º, neste teor: "para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem". O debate em torno do tema reflete um problema interno não solucionado pacificamente, a atormentar o estudioso das relações internacionais sempre que se deparar com a necessidade de buscar amparo ao sancionamento por descumprimento de obrigações a cargo do comprador ou vendedor domiciliados no Brasil.

Pois bem, o que se queria mostrar era o conflito interno existente sobre a possibilidade da escolha da lei para reger a execução da obrigação contratada, e isso facilmente se depreende do exposto. É bem verdade que uma vontade indisputável entre os parceiros contratantes tem determinado a escolha da lei aplicável como se no Brasil a autonomia imperasse nesse setor. Mais importante, tem-se pautado como se o princípio jamais tivesse sido suprimido da legislação brasileira. O Supremo Tribunal Federal inclusive pronunciou-se neste diapasão dizendo que princípios básicos de nosso direito não podem desaparecer por sua simples omissão num código ou numa lei. O princípio, aliás, está encampado pelo Código Civil, no art. 42, dizendo que "nos contratos escritos poderão os contraentes especificar domicílio onde se exerci-

tem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes", e, como pensam os doutrinadores, o limite seria o abuso de direito e a ofensa à ordem pública. Na expressão de Haroldo Valladão, o princípio da autonomia da vontade está ainda no § 2.º do art. 9.º da Lei de Introdução ao Código Civil no emprego, ali, do verbo *reputa-se*, sinônimo de *presume-se*, equivalente às fórmulas *julga-se*, *supre-se*, *pretende-se*, *entende-se*, que cobrem sempre o princípio da autonomia da vontade, abrindo a tradicional ressalva *salvo estipulação em contrário* ou *em falta de vontade expressa ou tácita*.

A questão, doravante, é situar esta problemática nas relações internacionais, realçando, desde logo, a importância da escolha *a priori* da lei apta a qualificar e reger a obrigação decorrente do contrato e a vantagem da adoção das normas internacionais veiculadas na Convenção de Viena de 1980. O Brasil não é parte ainda da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, à Convenção de Viena de 11.4.80, porque pendente o tratado de ratificação no Congresso Nacional, mas podem suas disposições serem invocadas para a solução dos conflitos, dado que a lei interna admite a escolha da lei, e a Convenção de Viena tem âmbito de aplicação também na hipótese das normas internas de Direito Internacional Privado admitirem a escolha da lei de regência (art. 1.º, 1, b, do texto autêntico).

O Ministério Público do Trabalho e as ações relativas aos interesses difusos

VANESSA OLIVEIRA BATISTA

SUMÁRIO

1. Apresentação. 2. Evolução do Conceito de "interesses". 3. Definição de interesses difusos. 4. Legitimidade para agir. 5. A ação civil pública e o Ministério Público do Trabalho. 6. Conclusões.

1. Apresentação

Esta monografia visa dar um panorama da polêmica questão dos interesses difusos. O trabalho foi dividido em duas partes: na primeira seção foi feita uma análise do termo "interesse", sendo que se procura dar especial atenção à evolução que esta palavra veio sofrendo no decorrer da História e conforme as mudanças políticas e jurídicas. Buscou-se ainda fazer uma diferenciação entre os termos afins à expressão "interesses difusos", utilizando-se para tanto o conceito de "interesses coletivos", noção mais próxima daquela definição que se procurava alcançar.

Uma vez definido o conceito com o qual se trabalharia durante a exposição, partiu-se para a análise da doutrina estrangeira, com o propósito de encontrar, por intermédio dos autores alienígenas, uma resposta à questão mais constante em se tratando de interesses difusos: quem seria a parte legítima para agir?

A partir desta questão começa a segunda fase do trabalho, mais específica e voltada para a propositura de sugestões que fossem adaptáveis ao problema dos interesses difusos no processo trabalhista.

O desafio desta dissertação é o de encontrar uma solução para a dúvida: há que se falar em interesses difusos quando se trate de direito do trabalho? O simples fato de o direito trabalhista estar relacionado com "classes" ou

Vanessa Oliveira Batista é Professora assistente do Departamento de Direito do Trabalho e Introdução ao Estudo do Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

“categorias” não descaracteriza a existência daqueles interesses? Por entender que interesse difuso é interesse materialmente *compartilhado* por várias pessoas, acreditamos que existem interesses difusos que podem ser arguidos na Justiça do Trabalho. Para tanto procuramos sugerir quem seria a “justa parte” nestes casos, com base na legislação em vigor e em alguns exemplos extraídos do estudo comparado.

Esperamos ter conseguido trazer alguma contribuição para o estudo deste tema, ainda que pequenina, ao tentar trazer a matéria para o direito do trabalho. Fica aí uma sugestão e a esperança de conseguir despertar o interesse daqueles que possam elucidar com mais brilhantismo a “confusa” temática dos interesses difusos.

2. Evolução do conceito de “interesses”

A primeira diferenciação a ser feita, quando se fala em “interesses”, é aquela atinente aos interesses *lato sensu* e aos interesses jurídicos. Tal distinção pertence ao plano ético-normativo. O *interesse*, conforme colocado no mundo fático, é aquela “vantagem” que liga alguém a um bem de vida, de ordem moral ou pecuniária¹. A obtenção desta vantagem pode se dar pela busca da posse ou fruição da situação almejada. O referencial destes interesses é amplo e variável, sendo que seu conteúdo axiológico muda conforme a vontade dos sujeitos. É justamente neste conteúdo axiológico que reside a diferença entre o interesse geral e o jurídico, uma vez que o interesse jurídico, também vinculado ao desejo de obter uma vantagem, tem, no entanto, seu referencial valorativo delineado na norma.

Proseguindo pela trilha aberta na assertiva anterior, pode-se depreender que para um interesse ser jurídico é necessário que ele tenha ultrapassado um “limite mínimo” estabelecido na regra jurídica que o determine. Desta forma, quando um sujeito demanda em juízo, não pode estar ele reclamando “meros interesses” – mesmo que estes componham um bloco de valores da coletividade –, mas senão interesses evadidos de um prévio conceito jurídico.

A evolução dos conceitos jurídicos de “interesses” passou por importantes etapas ao longo da História. Na primeira fase tivemos a formulação do conceito de *interesses individuais*, cuja formalização legal deve-se à revolução

puritana (Revolução Gloriosa), que teve lugar no século XVII, quando o povo inglês se voltou contra o despotismo religioso da Igreja. Os antecedentes que tornaram possível a conceituação dos interesses individuais encontram-se, no entanto, no *direito natural* e nos princípios do *Iluminismo*, sendo que no auge da Idade Média é que surgiram as primeiras declarações de direitos fundamentais². Os direitos individuais dizem respeito ao indivíduo isolado e exprimem seus interesses fundamentais tradicionais: igualdade, liberdade, propriedade e segurança. Tais interesses são expressos nas cartas constitucionais dos séculos XIX e XX e as garantias dadas aos mesmos pertencem à essência do chamado estado democrático constitucional.

O individualismo surgiu após o desmantelamento do sistema feudal, quando o homem europeu passou a ter consciência de que só poderia contar consigo mesmo, uma vez que perdera em definitivo o caráter de vassallo sob a “proteção” de um suserano. A partir desta ruptura o indivíduo passou a ser o fim para o qual estavam voltados a sociedade e o coletivo.

Pode-se afirmar, portanto, que o interesse é individual e, quando exercido, dele só se beneficia o indivíduo que pode reclamá-lo. O interesse individual é, pois, exercido *pelo e para* o indivíduo.

Cumprindo observar que a evolução dos interesses é cíclica, porque “evoluem alternando o primado do *coletivo* e do *individual*”³.

O jurista italiano Mauro Cappelletti alerta para o problema da complexidade da sociedade contemporânea e a conseqüente insuficiência de uma tutela individual, afirmando que a justiça “será invocada não mais somente contra a violação de caráter individual, mas sempre mais freqüente contra violações de caráter coletivo, enquanto envolvem grupos, classes e coletividades”, ou seja, “violações de massa”⁴.

Não comporta hoje então a análise pura e simples dos interesses individuais. É importante que se tenha em vista o conceito de interesse

² BATISTA, Vanessa Oliveira. *Do direito de asilo*. Belo Horizonte, UFMG, 1990, pp. 13/15.

³ MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *op.cit.* (1), p. 36.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses de coletivos diante da justiça civil*. Revista de Processo, São Paulo, n.º 5, jan./mar., 1977, pp. 130/132.

¹ MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, pp. 12/31.

social. A partir da análise de sua natureza, interesse social é aquele cuja finalidade é o exercício de direitos individuais pela coletividade; reflete o que a sociedade entende por “bem comum”. Segundo Mancuso, “o interesse social equivale ao exercício coletivo de interesses coletivos”⁵.

Importante também é a menção ao *interesse geral*, que nada mais é senão a aglutinação de interesses individuais formando interesses coletivos, pertencentes à esfera pública, ou seja, *interesse geral* é a somatória de interesses individuais demandados por diversos grupos sociais com um único elemento de ligação.

Ao grupo de interesses metaindividuais pertencem também os *interesses públicos*, categoria de interesses onde predomina a presença do Estado – não mais da coletividade ou da sociedade civil –, seja o Estado – legislador ou o Estado-administrador. Interesse público, portanto, é aquele diretamente ligado ao Estado e aos órgãos competentes a ele relacionados.

Analisando-se, pois, os interesses segundo sua amplitude referencial, encontramos duas grandes ordens de interesses: a ordem coletiva e a ordem individual.

Nas origens do Direito imperava a *summa divisio*, a rígida divisão entre o direito público e o privado. Para Cappelletti tal divisão encontra-se superada em nossa atual realidade social. Em nossos dias aparecem direitos e deveres, que não se situam em nenhum dos dois pólos clássicos do Direito, posto que “sem ser públicos, no sentido tradicional da palavra, são, todavia, coletivos. Pertencem eles, ao mesmo tempo, a todos e a ninguém”⁶.

O caminho que se percorreu da época da *summa divisio* até hoje e que estabeleceu a história evolutiva dos interesses teve pontos determinantes no medievo, com o enfraquecimento do Estado devido ao surgimento do que Montesquieu chamava “corpos intermediários” (feudos, corporações, a Igreja) com o relevante papel de “freio e contrapeso” na partilha do poder; e às guerras constantes. Com o posterior declínio do feudalismo e o conseqüente desaparecimento das corporações em razão das

revoluções comercial e industrial, já na Idade Moderna, assistimos, entretanto, à sobrevivência do “corporativismo”, que emergirá na forma de uma nova “ordem coletiva”, o *tertium genus* do processo político-econômico na era moderna.

A doutrina aponta para a necessidade de se encarar o binômio “interesse individual/interesse coletivo” racional e objetivamente, sendo que autores como Rodolfo Mancuso chamam a atenção para o fato de que se não se encontra um meio-termo entre o individual e o coletivo, é preciso que haja então uma participação da sociedade civil na coisa pública, a fim de se alcançar o ideal de uma democracia participativa⁷.

Depreende-se então que os interesses coletivos estão a meio caminho entre os interesses particulares e o interesse público ou geral, podendo ser representados por grupos sociais (família, partidos políticos, sindicatos e associações) perante o Estado. Seus representantes hoje são os “corpos intermediários” dos tempos passados, sendo que atualmente tais grupos agem em “colaboração” com o Estado.

Assistimos a uma “coletivização” da sociedade. Em sua base estão os *interesses individuais*; em seguida estão os *interesses coletivos*, que pertencem a grupos, classes ou categorias⁸; e, finalmente, nos deparamos com interesses cuja essência sobrepõe-se aos próprios interesses coletivos, interesses que passam a integrar a própria sociedade civil, como, por exemplo, o interesse ao pleno emprego, à defesa do meio ambiente, interesse do consumidor, etc. Estes interesses são denominados *interesses difusos*.

3. Definição de “interesses difusos”

A partir da análise anterior pode-se perceber uma nítida diferença entre os dois tipos de interesses juridicamente tutelados atualmente: os interesses individuais, de um lado, e os interesses metaindividuais, de outro.

Dentro da categoria dos interesses metaindividuais vimos que há uma certa confusão doutrinária, sendo que alguns autores chegam até mesmo a confundir interesses coletivos com interesses difusos, como se seus conteúdos fossem idênticos. Cabe fazer, portanto, uma dis-

⁵ MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *op. cit.* (1), p. 20.

⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. A tutela dos interesses difusos*. Ada Pellegrini Grinover (coord). São Paulo, Max Limonad, 1984, p. 13.

⁷ MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *op. cit.* (1), p. 31.

⁸ Cumpre ressaltar aqui que é nota característica do interesse coletivo a sua *organização*, posto que sem ela não é possível que se forme um grupo determinado com o objetivo de representá-los eficientemente.

tinção entre esses interesses a fim de conseguirmos chegar a uma definição do que sejam os controversos "interesses difusos".

Tal distinção tem seu lugar porque: a) *quantitativamente*, o campo de incidência dos interesses difusos é maior que o dos coletivos, sendo que estes últimos devem se assentar em uma "relação-base", dizendo respeito ao caráter "corporativo" dos grupos sociais; b) *qualitativamente*, posto que os interesses coletivos já foram trabalhados ao ponto de não mais suscitar dúvidas na doutrina e jurisprudência quanto a questões como, por exemplo, a legitimação para agir, o que coloca os interesses difusos na posição de ser ainda um *personaggio assolutamente misterioso*⁹.

Poder-se-ia dizer que os interesses difusos constituem hoje o último degrau na escala dos interesses. Desta forma, seguindo a evolução doutrinária e jurisprudencial, temos: a) interesses individuais; b) interesses sociais; c) interesses coletivos; d) interesse geral ou público e, finalmente, e) interesses difusos.

Os interesses difusos são mais coletivizados que os outros, já que não são restringidos por determinados valores, como acontece no caso do interesse público ou geral, sendo que esta categoria de interesses tem um conteúdo "fluido" (pode ser seu conteúdo, por exemplo, a "qualidade de vida"), o que o flexibiliza, a ponto de permitir uma extrema conflituosidade. Os interesses difusos concernem a conceitos mais amplos, como o de "nação", "justiça" e ao próprio significado do "homem".

Os interesses difusos são, pois, direitos de segunda geração, um prolongamento dos tradicionais direitos humanos, tendo surgido com a expansão capitalista do pós-guerra, quando o mundo passou a ter sua sociedade civil massificada e passível, portanto, de ser atingida por problemas menos individuais que os anteriores, como, e.g., a poluição e os ataques nucleares. No mundo de hoje o grande desafio não é mais a luta pela afirmação da ordem burguesa, mas a luta pela própria sobrevivência da raça humana¹⁰.

Os fatores históricos apontados para a "re-

velação" (falamos revelação porque eles sempre existiram, embora somente na segunda metade do século XX tenham se tornado tutelados) dos interesses difusos são a *Revolução Industrial*; a *massificação da sociedade*; e o *sindicalismo*, uma vez que no mundo moderno os conflitos entre patrão e empregado são resolvidos coletivamente, ou seja, trabalha-se hoje com a categoria "X" de empregados contra sua correspondente categoria patronal¹¹.

As características dos interesses difusos constituem, naturalmente, sua maior diferença em relação aos outros interesses metaindividuais. São elas:

a) *indeterminação dos sujeitos*. Esta questão desvia os interesses difusos da tradicional caracterização dos interesses, pois a titularidade dos direitos é fundamental para sua qualificação; é o que vai permitir que o Estado os tutele, conferindo-lhes coercibilidade e exigibilidade. No caso dos interesses difusos pode-se afirmar que sua relevância deve-se não mais a um titular determinado, mas sim a uma pluralidade indefinida de sujeitos, sem que entre eles haja um vínculo jurídico específico, ao contrário, portanto, do que se observa com os interesses coletivos, por exemplo. Aqui se modifica a clássica fórmula segundo a qual o interesse é a relação de um indivíduo ou grupo de indivíduos com um bem, posto que no caso dos interesses difusos esta relação é metaindividual, vinculando pessoas indeterminadas com bens de vida difusos, e e.g., o meio ambiente, responsável pela qualidade do ar que respiramos. São interesses, portanto, referentes a *toda a coletividade*.

b) *indivisibilidade do objeto*. Esta característica dos interesses difusos é resultante da junção da singular estrutura destes interesses com a sua não "concreção conceitual e axiológica"¹². Por indivisibilidade do objeto entende-se homogeneidade de conteúdo. Numa ação que envolva interesses difusos, o sucesso ou fracasso prescrito na sentença atingirá não apenas a quem demandou em juízo, mas a todos os da comunidade à qual aquele interesse difuso em questão afetaria. É o chamado *fluid recovery* (ressarcimento fluido) mencionado nas jurisprudências norte-americanas¹³.

⁹ VILLONE, Maximo. *La colocazione istituzionale dell'interesse diffuso*. in *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Diversos autores. Milão, Guiffré, 1976, p. 73.

¹⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de Direito Ambiental*. Rio de Janeiro, Renovar, 1990, p. 17.

¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *op. cit.* (1), p. 63.

¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *op. cit.* (1), p. 69.

¹³ OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *op.cit.* (6), p. 24.

c) *intensa conflituosidade interna*. Trata-se do que a doutrina italiana denomina *conflittualità massima*. Os interesses difusos se caracterizam por esta conflituosidade devido à indefinição de seus sujeitos, o que transforma em escolhas políticas as decisões judiciais que os envolvam. Numa ação que tenha por objeto a tutela de um interesse difuso haverá sempre uma bipolarização de grupos de interesse¹⁴. Cumpre observar que esta extrema litigiosidade interna é circunstancial, não sendo embasada em qualquer vínculo jurídico definido. Esta conflituosidade não é exclusiva dos interesses difusos, podendo existir também quando são questionados interesses coletivos. O que faz a diferença, neste caso, é que, em se tratando de interesses difusos, o sujeito é indeterminado, não podendo se aglutinar exclusiva e definitivamente em grupos sociais definidos, ou ser representado por instituições convencionais. O que há, portanto, é uma *ampliação* da área de conflito.

d) *duração contingencial*. A não existência de um vínculo jurídico determinado e sim de situações de fato estabelecendo a existência dos interesses difusos faz com que, conseqüentemente, eles tenham seu período de duração no tempo e no espaço vinculado à situação que os gerou. São, portanto, fugazes, o que torna urgente a necessidade do Direito hodierno fornecer meios imediatos para ressarcir eventuais danos argüidos na ação. Tal aspecto leva os pesquisadores a questionar também o novo papel do juiz perante a tutela dos interesses difusos.

A partir das características mencionadas anteriormente pode-se dizer, portanto, que tais interesses não podem ser “propriedade” de um grupo específico, conseqüentemente, sua representação dar-se-á de forma que dela participem todos e cada um dos sujeitos interessados, embora não necessariamente em conjunto e, de maneira concorrente devido à bipolarização da ação, decorrente das decisões de caráter político que esta vai gerar. A gama variada de situações que podem ensejar a discussão sobre interesses difusos é resultado da não-existência de um vínculo jurídico subjacente, sendo que para tanto contribui também a mutação destes interesses no tempo, e.g., alguns remédios largamente utilizados no passado po-

dem ser hoje condenados pela medicina, o que leva seus potenciais usuários a exigir que deixem de circular. Eis aí um exemplo de conflituosidade social bipolarizando os interesses do laboratório e o dos possíveis compradores de seus produtos.

A natureza “indefinida” ou “fluida” dos interesses difusos quanto à impossibilidade de sua individualização não permite que constem, na maioria das vezes, explicitamente, dos textos legais¹⁵.

Já se conta aqui com elementos suficientes para se esboçar uma definição de interesses difusos. É interesse do gênero metaindividual, de ordem coletiva, sendo seu objeto valores da ordem social. Pode-se afirmar, pois, *interesses difusos são aqueles interesses supra-individuais cujos sujeitos são indeterminados e sem vínculo jurídico que os ligue, sendo tais interesses derivados de situações de fato, relacionados a objetos indivisíveis, podendo gerar extrema conflituosidade e sendo, por isso, com freqüência alvo de decisões mais políticas que jurídicas*.

4. Legitimação para agir em interesses difusos

Voltamos aqui a protestar contra a existência de uma *summa divisio* – dicotomia “direito público” x “direito privado” – que se revela em normas e instituições processuais, protesto este devido à nossa atual realidade social, mais rica em direitos e deveres que aquela da época em que a divisão era cabível. E assim o fazemos porque esta dicotomia leva à conclusão de que partes legitimadas para agir seriam ou o *indivíduo* diretamente prejudicado por dano dirigido contra a coletividade (direito privado), ou o Estado, por intermédio do Ministério Público, quando se tratasse de interesses da coletividade (direito público). Quem seria, então, a parte legítima para agir em se tratando de interesses difusos, que interessam a toda a coletividade e não têm, no entanto, um titular definido, nem de direito público, nem de direito privado? Já sabemos, de antemão, que nem o indivíduo isolado e tampouco o Ministério Público demonstram ser adequados para garantir o sucesso da tutela dos interesses difusos. O primeiro por sua

¹⁵ Ver MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.* (1), pp. 81-82. O Código do Consumidor Brasileiro (Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990) define os interesses difusos em seu art. 81, I: “(...) os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos* in *A tutela dos interesses difusos*, *op. cit.* (6), p. 31.

própria limitação; o segundo por suas ligações com o Executivo e suas funções tradicionais¹⁶.

Devido à ineficiência das soluções anteriores, a doutrina tem procurado alternativas que resolvam o problema de maneira mais eficaz. São tais os instrumentos jurídicos e processuais que a doutrina comparada oferece:

a) *organismos públicos altamente especializados*. A função de tais organismos é a de assumir o lugar genérico de representante do "interesse público". É o caso dos *ombudsman* na Suécia e em Israel, destinado o sueco a proteger interesses dos consumidores, e o israelense a completar o controle jurisdicional do Parlamento em questões administrativas. O *ombudsman* dos consumidores funciona também na Noruega e Dinamarca¹⁷. Na Inglaterra temos as figuras do *Director-General of Fair Trading* – para proteger o interesse público de práticas monopolísticas lesivas – e do *Race Relations Board*, que previne discriminações raciais. Na Índia há o *Registre for Restrictive Trade Agreements*; e em Ghana, para questões referentes ao meio ambiente, existe o *Environmental Protection Council*. Nos Estados Unidos da América foram criadas diversas *Administrative agencies*, todas especializadas em questões relativas a interesses difusos.

É inegável que a criação destes organismos representa um avanço, mas esta solução é insuficiente, uma vez que a tendência destas entidades especializadas é burocratizar-se, o que torna as ações lentas e extremamente centralizadas. Corre-se o risco de que tais instituições tornem-se inúteis e de alto custo econômico e social.

b) *combinação de iniciativas privadas e de controles públicos*. Cappelletti¹⁸ cita os exemplos do *ombudsman* sueco e das associações privadas francesas, que agem em conjunto com o Ministério Público, ou independentemente dele, em ações que visam à tutela dos novos interesses coletivos.

c) *ações populares*. A experiência de diversos países tem sido direcionada no sentido de legitimar para agir em casos de interesses difusos entes públicos ou privados, associados ou

não, sendo digno de nota que tais experiências se desenvolveram mais especificamente a partir do final da última grande guerra. Cabe observar que diversos países passaram a modernizar velhos institutos a fim de atender à nova demanda no estudo de interesses, conforme demonstra o estudo da experiência dos países do *common law*, com as *Relator actions* ingleses e as *class actions* norte-americanas, cujo exame, a seguir, nos interessa particularmente.

d) as *relator actions*. São ações comuns na Inglaterra e Austrália, países onde se admite que, na inércia do *Attorney General*, o indivíduo ou associações ajam, quando se trate de interesse público¹⁹. Nestes casos o Ministério Público deve autorizar a ação e controlá-la. Os efeitos da sentença aproveitam a toda a coletividade. É tal ação resultante da combinação do controle público com a iniciativa privada.

e) as *class actions*²⁰. Nestas ações, especialmente importantes nos EUA, não é necessário que o autor (*class suitor*) tenha autorização do Ministério Público, sendo o controle sobre a ação exercido essencialmente pelo juiz. Como é realizado este "controle"? a) o juiz deverá certificar-se de que o autor é membro de uma "classe", e b) que a esteja representando, apesar de não estar "formalmente investido de tal representação"²¹. Os efeitos do suprimento jurisdicional afetam aqui a todos os membros da *classe*, como demonstram as ações envolvendo *civil rights* (por exemplo, a discriminação racial e a procura de emprego).

Cabe aqui observar que a mais grave questão relativa à tutela dos interesses difusos é, portanto, a adaptação de nossa antiga estrutura processual, eminentemente individualista, aos novos fenômenos jurídicos coletivos que a moderna "cultura de massa" nos apresenta.

Os "corpos intermediários", tão repelidos em seguida à Revolução Francesa, são hoje re-

¹⁹ Casos de *public nuisance*, quando surge, por exemplo, uma epidemia.

²⁰ É importante observar que tanto as *relator actions* quanto as *class actions* são derivadas do tradicional instituto da *common law*, o *equity*, desenvolvido atualmente para atender às necessidades da moderna sociedade.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.* (4), p. 146; OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Maris de. *Op. cit.* (6), p. 23; e GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito comparado* in *A tutela dos interesses difusos*. *Op. cit.* (6), p. 79.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.* (4), pp. 136 e ss.

¹⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Maris. *Op. cit.* (6), pp. 20-21; e CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.* (4), pp. 140-141.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.* (4), p. 144.

abilitados na figura dos sindicatos e associações cujos membros partilham um interesse que, muitas vezes, afeta toda a comunidade. E estes “corpos intermediários” hoje não mais são, conseqüentemente, a “justa parte” destinada a demandar em juízo um seu direito, mas assumem agora a função de “representante ideológico”, o porta-voz de um interesse comunitário cuja ação tem em si o fim de ir além de um interesse egoístico, sendo que a sentença que afetará àquele que legitimamente demandou, terá seus efeitos espargidos por todos os membros de uma determinada coletividade.

Estes representantes ideológicos têm se materializado no direito comparado na forma de associações, partidos políticos e sindicatos. Nesta monografia a proposta é encontrar uma vinculação entre a questão emergente dos interesses difusos e a legitimação para agir relativamente a tais interesses em ações trabalhistas. Ada Pellegrini Grinover²² coloca o sindicato como “legitimado à ação coletiva trabalhista”, afirmando que se trata de um “conjunto de interessados” que “não se apresenta tão facilmente determinável” quanto a todos os seus membros. A professora diz ainda que os sindicatos agem como substituto processual, pleiteando pretensão alheia em nome próprio, daí decorrendo a eficácia *erga omnes* da sentença. O sindicato, pode-se concluir, não seria então parte legítima para arguir questões de interesses difusos na especializada justiça do trabalho, como o modelo norte-americano das *class actions*? Não, em questões trabalhistas específicas, tais como a insalubridade do ambiente de trabalho ou o dissídio, o sindicato vai ser simplesmente um substituto legal que age em nome de seus sindicalizados por autorização constitucional, diferente do que acontece no direito norte-americano, onde, conforme vimos, aquele que representa uma classe pode arguir questões de interesse difuso sem que tal demanda, feita por um representante classista, descaracterize a indeterminabilidade do sujeito daqueles interesses.

Rodolfo C. de Mancuso²³ afirma que as *class actions*, inspiradoras de nossa “ação civil pú-

blica”, contêm legitimação exercida do tipo “ordinário”. Para se arguir então questões de interesses difusos através da ação civil pública, não cabem substitutos processuais. Em seguida faremos uma pesquisa acerca do papel do Ministério Público do Trabalho no Brasil de acordo com a Lei n.º 7.347/85, a CLT e a Constituição Federal de 1988, a fim de saber se aquele órgão é ou não parte legítima que atenda aos fins embutidos neste tipo de ação.

5. A Ação Civil Pública e o Ministério Público do Trabalho

A lei de Ação Civil Pública – Lei n.º 7.347/85 – protege interesses situados numa esfera superior aos individuais: os interesses metaindividuais. O texto desta lei surgiu antes da Constituição Brasileira em vigor, sendo que o legislador constituinte abriu novos horizontes para a disciplina da ação civil pública ao “garantir o acesso ao Judiciário para apreciação das violações a interesses *transindividuais*, sem deixar de garantir a tutela do Judiciário a ameaças de lesão²⁴. O direito de ação deixou de ser subjetivo e, destinado apenas a proteger interesses individuais para tutelar também interesses públicos, ou seja, da comunidade.

A função precípua da ação civil pública é a de tutelar os interesses da comunidade por meio de fazer atuar o Judiciário. Para tanto é necessário, como verificamos, que “alguém” esteja, legitimado para acionar a função jurisdicional do Estado. Já foi observado que a legitimação extraordinária dos sindicatos não é suficiente quando se trata de interesses difusos no processo trabalhista. A Lei n.º 7.347/85 confere, no entanto, *legitimidade ativa* ao Ministério Público, às pessoas jurídicas estatais, autárquicas, paraestatais e às associações representativas²⁵. A diferença principal entre a ação civil pública e a ação popular, inclusive, é que a primeira só pode ser proposta por pessoa jurídica e a última, por pessoa física²⁶. Não deve ser olvidado porém que na ação civil pública, o particular pode participar como assistente de qualquer das partes consideradas legítimas. Seria então o Ministério Público do Trabalho parte legitimada para arguir questões relativas

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.* (6), p. 79.

²³ MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei n.º 7.347/85 e legislação complementar)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 80.

²⁴ MILARÉ, Édis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 7.

²⁵ Cf. Lei n.º 7.347/85, art. 5.º e CF, art. 129, III, e § 1.º.

²⁶ Nos EUA, em contraposição às *class actions* há as *citizen actions*.

ao interesse difuso em ações trabalhistas? E, em questão de processo trabalhista, o que poderia ser chamado de "interesse difuso"?

Vejamos em primeiro lugar o que pode ser objeto da ação civil pública. A resposta a própria Lei n.º 7.347/85 nos fornece em seu art. 3.º: "A ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer". Este artigo, combinado com o art. 11 do mesmo texto normativo, que reza que: "Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente do requerimento do autor", leva à conclusão de que o pedido, na ação civil pública, é imediato e de natureza condenatória.

Há, no entanto, um aparente entrave à aplicação da Lei n.º 7.347/85 na Justiça do Trabalho quanto ao objeto: o art. 1.º enuncia a que tipos de dano ela vem a reparar – "I – ao meio ambiente; II – ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico". No dizer de Ada P. Grinover, "a Lei n.º 7.347/85, de 24 de julho de 1985, tutela exclusivamente os bens coletivos indivisivelmente considerados"²⁷.

Em se tratando de Direito do Trabalho qual poderia ser este "bem coletivo indivisivelmente considerado"? Se falando da sociedade como um todo dizemos que o interesse em manter o ar que respiramos puro e sadio é um interesse difuso, podemos também afirmar que o direito do trabalhador – ainda que trabalhador "potencial" – não ter que se submeter a abreugrafias cada vez que for procurar emprego, desta forma se expondo a riscos à saúde, é também um interesse difuso, uma vez que qualquer pessoa da nossa sociedade atual é passível de procurar emprego e ser obrigado a tanto. Tal posição parece ter sido confirmada pelo legislador federal recentemente que suspendeu a aplicação deste exame por considerá-lo nocivo à saúde dos trabalhadores²⁸.

Quem seria a parte legítima para arguir tal questão? Analisando todas as possibilidades

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores*. Seleções Jurídicas, CDAD, set. 1986, p. 4.

²⁸ Decreto n.º 157 de 2 de julho de 1991 (DOU 3.7.91).

de legitimação concluímos que, por força até mesmo de norma constitucional, o mais lógico seria que o Ministério Público do Trabalho o fizesse, pois o art. 129, III da Constituição Federal atribui ao Ministério Público a função institucional de "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (grifo nosso). A legitimação ativa pois seria do Ministério Público do Trabalho, sendo, à moda das *class actions*, que não ficaria impedida a ação de "terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei" (cf. CF, art. 129, § 1.º).

Não cabe, pois, ação civil pública proposta por outros órgãos previstos na legislação vigente quando se trata da tutela de interesses difusos na Justiça do Trabalho, mas entendemos que o Ministério Público do Trabalho, em sua função de "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis", pode perfeitamente ser a "justa parte" num processo desta natureza, usando para tanto das atribuições que a ele são indicadas no Título IX, Capítulo II, Seção II da Consolidação das Leis Trabalhistas.

6. Conclusões

1. O Direito do Trabalho, em relação aos interesses difusos, serve como paradigma conquanto se observem as similaridades e diferenças históricas responsáveis por sua construção jurídica, devendo-se ter em vista que em tema de direitos sociais, ao contrário dos interesses difusos, é possível identificar uma base social concreta.

2. O termo "interesse" tem várias acepções. Na órbita jurídica ele veio sofrendo uma evolução: a) interesses individuais; b) interesses sociais; c) interesses difusos.

3. Interesses difusos têm um conteúdo diferente de interesses coletivos, embora sejam ambos com frequência confundidos.

4. As principais características dos interesses difusos são: a) indeterminação do sujeito; b) indivisibilidade do objeto; c) intensa conflitualidade interna; d) duração contingencial.

5. As sentenças a respeito de interesses difusos, além de serem quase sempre politicamente decididas, têm um caráter "difuso", não atingindo apenas àquele que pleiteou o direito em juízo, mas também àqueles indiretamente relacionados ao assunto, em última instância, a toda a comunidade (*fluid recovery*, da doutrina norte-americana).

6. O mais grave problema atinente aos interesses difusos é aquele tocante à *legitimação para agir*. A doutrina comparada tem fornecido diversas alternativas para solucionar a questão, embora nenhuma seja ainda plenamente satisfatória. São elas: a) criação de organismos altamente especializados; b) combinação de iniciativas privadas e de controles públicos; c) ações populares; d) *relator actions*; e) *class actions*.

7. Com o reconhecimento dos interesses difusos como objeto de ação ampliou-se o direito de ação e surgiu uma nova modalidade de “justa parte”: o “representante ideológico”.

8. Os sindicatos não podem ser parte legitimada para agir em processos trabalhistas cujo objeto sejam interesses difusos, primeiro por-

que descaracterizar-se-ia assim a indeterminação do sujeito da ação; e segundo porque em demandas fundadas em interesses difusos não cabe substituição processual, papel que, constitucionalmente, é destinado ao sindicato. Seria necessário rever esta posição e talvez amoldá-lo ao exemplo das *class actions* norte-americanas.

9. Cabe ação civil pública quando se trata de reclamar interesses difusos na Justiça do Trabalho, pois o Ministério Público do Trabalho, devido às suas atribuições e competência está apto a pleitear, com ou sem a intervenção de terceiros, reclamações que se refiram a interesses difusos. De acordo com nossa legislação esta nos parece ser a solução mais coerente em se tratando de ações relativas aos interesses difusos na Justiça do Trabalho.

Judiciário: diagnóstico da crise

FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA

São as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade.

(Cândido Dinamarco)

Ninguém até agora inventou uma fórmula salvadora, que conseguisse conciliar esses dois ideais antitéticos: a velocidade e a segurança.

(Theotonio Negrão)

SUMÁRIO

1. Crise do Estado. 2. O Poder Judiciário. 3. Acesso ao Judiciário. 4. O Processo. 5. Inovações cogitadas. 6. Conclusão.

1. Crise do Estado

O intervencionismo estatal recrudesciu nas primeiras décadas do século vinte.

Recentemente, porém, o desgaste do Estado é inegável.

Em verdade, chega-se a considerar que o Estado e a nação ocupam posicionamentos antitéticos.

Criado pelo povo, para sua tutela, o ente estatal parece ter adquirido personalidade que colide, em suas manifestações, com a fonte criadora.

A defesa intransigente que, muitas vezes, beira à litigância de má-fé, por parte de representantes judiciais da administração, constitui fato revelador...

Nesse contexto, obviamente, o Estado está sob suspeita, em especial no nosso País, em razão dos acontecimentos políticos contemporâneos.

A par dessa realidade, as dificuldades econômicas vividas pelo mundo, com reflexo nos

países em desenvolvimento, enfraquecem a posição do administrador, que se encontra permanentemente envolvido com a insuficiência de fundos.

É difícil para os cidadãos aceitar o sucateamento do setor público, com a conseqüente deficiência na prestação de serviços essenciais, como saúde, ensino, segurança etc.

Logicamente, esse quadro lança seus reflexos sobre o Poder Judiciário, que é apenas uma das formas de expressão do Estado.

Disse José Joaquim Gomes Canotilho:

“O Estado como produto da modernidade e concebido como instância superior dotada da coação física legítima, no sentido weberiano, está em crise no seu sentido mais estruturalmente profundo: não assegura a ordem, não tem meios para tornar eficazes os instrumentos mais enérgicos do sistema jurídico – as sanções penais; existe uma ‘dissolução do sistema’ a ponto de tornar indefesos os funcionários – em especial os juízes – que guardaram o ‘sentido de Estado’. Aqui, a crise do poder judicial não tem autonomia; é um epifenômeno da crise do Estado.”¹

O mesmo autor informa:

“Segundo uma sondagem efetuada em França (junho de 1987), 84% dos cidadãos interrogados ‘não têm confiança na justiça do seu país; 56% têm medo da justiça’. Uma outra sondagem, de junho de 1985, revelava que 23% das pessoas interrogadas julgavam que os magistrados não eram íntegros; 27% declararam-se incapazes de se pronunciar sobre esta matéria delicada.”²

Por certo, nos países do Terceiro Mundo o Judiciário tem que constituir um poder não tão perfeito, que estimule as demandas, nem tão lento, que cause a desesperança nos jurisdicionados. Algo como uma tampa, num caldeirão que ferve, e que visa conter o caos.

Lembra o Desembargador Regis Fernandes de Oliveira:

“Tais dados revelam que a justiça não é problema de primeira necessidade, tanto que em recente divulgação do IBGE

esclarece que 55% da população não procuraram o Judiciário, como 42% dos casos são resolvidos por conta própria e 15% preferiram não se envolver com a justiça (*Folha da Tarde*, 2.10.90).”³

O orçamento federal, aprovado pela Lei n.º 8.409, de 28 de fevereiro de 1992, destinou ao Poder Judiciário a importância total de Cr\$ 3.257.142.440,00.

A Presidência da República, no entanto, foi agraciada com Cr\$ 11.653.063.267,00.

Ao Ministério do Exército foram destinados Cr\$ 4.665.057.485,00. Ao Ministério da Marinha, Cr\$ 5.154.141.493,00.

O Judiciário só recebeu mais verbas do que o Ministério da Justiça e o das Relações Exteriores.

Ressalte-se, contudo, que é o próprio Poder Judiciário que apresenta sua proposta orçamentária, consoante as disposições da Constituição Federal de 1988.

De tudo, se conclui que o poder judicante está em crise, como uma das faces do Estado brasileiro.

Mas da crise surgem as superações, quando, pelo menos, as autoridades competentes se mantêm atentas para buscá-las.

2. O Poder Judiciário

Referiu José Joaquim Gomes Canotilho:

“O Estado de direito transformou-se em direito do Estado; fez do Poder Judiciário um serviço a serviço do Estado.”⁴

A afirmação contém, indubitavelmente, algum exagero.

É óbvio que o Judiciário integra o Estado e, portanto, não pode ser sua antítese.

O cuidado do juiz está em delimitar, adequadamente, o poder que exerce. Exatamente por caracterizar uma expressão do Estado é que suas decisões são marcadas pela coercibilidade.

Se o magistrado, como questão de princípio, julgasse sempre a favor, ou sempre contra a administração pública, estaria deixando de cumprir sua missão. De qualquer modo, o povo seria prejudicado: ao cidadão honesto restaria o desestímulo, ao sofrer derrotas injustas, ou ao ver triunfar o ilícito de algumas demandas.

Toda decisão errada contra o poder público

³ *O Juiz na sociedade moderna ou repensando o Judiciário*. RT, v. 683, p. 245.

⁴ Ob. cit.

¹ *Crise do Poder Judiciário*; Anais da XIII Conferência Nacional da OAB, 1990.

² Ob. cit.

recai no bolso dos contribuintes.

Vê-se que à justiça federal, que trata precisamente de direito público, reserva-se esse campo de dificuldades.

Não raro encontram os juizes federais, no desenvolvimento das lides, autoridades omis-sas, recalcitrantes, que tendem à desobediên-cia, dificultando sobremaneira a execução dos julgados.

Menciona Cândido Dinamarco:

“Das sentenças condenatórias, as que contam com menor poder de impor-se mediante meios processuais eficazes são aquelas pronunciadas contra a Fa-zenda Pública. O seu momento sancio-natório ou não existe ou é extremamente débil e dirigido a atividades outras que não as propriamente executivas; e por isso é que elas chegaram a ser considera-das condenações aparentes, o que é cor-reto na mesma medida em que se nega a existência de execução contra a Fazenda.”⁵

O sistema do precatório é fator que encora-ja o ilícito por parte do administrador.

A desatualização monetária dos precatóri-os descaracteriza a forma de pagamento.

A correção no mês de junho, como determi-nada pelo novo Texto Constitucional, pouco modificou a situação.

Supondo uma inflação média de 25% ao mês, e também na suposição otimista de que o pagamento venha a ocorrer em março do ano seguinte, o desgaste do valor equivalerá a 645%.

Urgente reforma está a merecer o meio de pagamento dos débitos da Fazenda Pública. Tais medidas cabem ao Poder Legislativo, que de-verá comprovar que o regime inflacionário não interessa, realmente, ao governo.

3. Acesso ao Judiciário

Alardeia-se que o Judiciário é um poder fe-chado, distante do cidadão.

Tal situação é inegável.

Porém, que acesso existe às deliberações do Legislativo, ou às decisões do Executivo?

O juiz é o único agente político que exerce seu poder sob a condição do impulso popular. Não age de ofício, aguarda o juízo de conveni-ência sobre sua atuação. Ao contrário do legis-lador e do administrador, que decidem executar seus planos, sem qualquer ciência da população.

⁵ *A instrumentalidade do processo*, p. 431.

Quando foi o cidadão consultado para a ela-boração de uma lei, ou para realização de um contrato administrativo?

Citamos, novamente, José Joaquim Gomes Canotilho:

“As acusações de ineficácia dirigidas ao poder judicial deveriam, algumas ve-zes, ter outros destinatários que não os juizes. A falta de racionalidade da lei im-plica a impossibilidade de ela se trans-formar quer em norma de controle quer em norma de ação.”⁶

As custas na justiça federal são irrisórias, se comparadas às de alguns Estados.

Ademais, o deferimento da justiça gratuita em nada prejudica o andamento dos feitos, que recebem tratamento igual nas secretarias.

A interiorização crescente da justiça federal aproxima-a do jurisdicionado.

O recrudescimento das lides, como conse-quência de tudo isso, é incontestável, sem falar no represamento de demandas.

O *Jornal da Associação dos Magistrados do Brasil*, ano III, n.º 8, noticia que no ano de 1991 foram promovidas na justiça federal do País 500 mil ações.

O Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, sediado no Rio Grande do Sul, recebeu para julgamento 27.027 processos em 1991, e 37.170 processos em 1992.

O Judiciário é um dos termômetros da crise econômica, multiplicando-se as lides tributá-rias e todas as demais que envolvem interesses econômicos.

A administração estatal do sistema previ-denciário tem motivado milhares de ações, que, em geral, têm juízo de procedência. Todavia, após grandes dificuldades, se consegue satis-fazer o conteúdo econômico dos pedidos.

No *Jornal da AAB*, antes citado, transcre-ve-se entrevista feita com magistrados, num total de 351, e o fator apontado como o princi-pal para a crise do Judiciário é o número insu-ficiente de juizes.

No encontro com juizes uruguaios, no mês de setembro, em Montevidéu, constatou-se que existe naquele país um juiz para 6.469 habitantes.

Em Porto Alegre, há vara federal com mais de 15.000 processos, posição mais cômoda, cer-tamente, do que o foro federal de São Paulo.

⁶ Ob. cit.

Houve um aumento no número de cargos de juizes. Todavia, há imensa dificuldade no preenchimento, em razão do pouco aproveitamento nos concursos públicos.

Por que o índice de reprovações em tais certames? Seguramente, a baixa remuneração é motivo relevante.

A justiça federal não pode prescindir de juizes com excelente formação.

O magistrado estadual inicia sua atividade em comarcas pequenas, solucionando lides de menor relevância, com reflexos reduzidos à municipalidade. À medida que adquire experiência, vai conquistando promoções, e assumindo a responsabilidade pela solução de processos de maior relevo social.

O juiz federal, ao contrário, dispõe sobre questões da administração federal, podendo suas decisões importar eficácia mais abrangente. Seguidamente, no início da carreira, é chamado a solucionar problemas graves da Nação.

Vê-se, pois, que os prejuízos eventuais causados por magistrado sem preparo são diversos na justiça estadual e na federal.

Os advogados, entretanto, que, mercê de sua qualificação, conquistaram prestígio profissional, teriam de suportar redução do *status* econômico para ingressar na magistratura. E, ainda, para tanto, teriam que se submeter a um concurso público, correndo o risco da desaprovação, com prejuízo à imagem profissional.

Parece evidenciado que a forma de recrutamento de juizes, no Brasil, está superada.

O Ministro Carlos Mário Velloso demonstra que a experiência estrangeira comprova que o acesso aos cargos de magistrado deva obedecer a outros critérios. Não só a submissão a provas de conhecimento, como a estágios em que se constate a qualificação do candidato.

O ilustre Ministro Carlos Velloso cita o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“Não mais se pode contentar com a aferição do conhecimento dos candidatos através do concurso de provas e títulos e das condições pessoais dos mesmos mediante simples informações, nem sempre prestadas com o necessário rigor, ou mesmo através de entrevistas do candidato no momento da arguição. Convenhamos que tal sistema é acientífico, primário e de pouca eficiência, há muito

superado nos países desenvolvidos.”⁷

Na 4.^a Região da justiça federal (Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina) há cerca de 40 cargos de Juiz Federal a serem preenchidos e, no último concurso, foram aprovados 6 candidatos. O fato, inegavelmente, causa prejuízo à prestação jurisdicional.

4. O processo

O Direito brasileiro, incluído o processual, tem inspiração nos princípios do sistema romano-germânico, em que predominam formas e ritos.

No entanto, os princípios constitucionais, que balizam o campo da eficácia das normas legais do processo, têm fonte no sistema anglo-saxônico. Assim, as garantias institucionais como o *due process of law*, ampla defesa, contraditório, legalidade das provas, além de remédios como o *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção etc.

Nem sempre os cânones legais do processo estão aptos a realizar as exigências constitucionais das garantias.

É um fenômeno a ser estudado com maior cuidado. As soluções de direito comparado precisam ser adaptadas dentro de um sistema, sob pena de causarem resultados negativos.

A morosidade da justiça, segundo o Ministro Carlos Velloso, tem como uma das principais causas “o excessivo formalismo que decorre das normas procedimentais vigentes”.⁸

O magistrado Enrique Vescovi, no já referido encontro de Montevideú, em setembro de 1992, apontou como uma das principais causas de sucesso do novo Código de Processo Civil uruguaio “la reducción del número de procesos (que hoy se arrastra en vários códigos como resabio del viejo régimen romano de las acciones de la ley), estableciendo uno ordinario y otro extraordinario, de conocimiento...”⁹

A índole individual do processo em geral não mais atende à necessidade da resposta que se espera do judiciário em relação aos temas sociais.

É por isso que os juizes devem ter presente a imperiosa necessidade do prestígio aos novos mecanismos de defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

No que diz respeito a esses meios proces-

⁷ *Problemas e soluções na prestação da Justiça*, RT, v. 664, p. 223.

⁸ Ob. cit., p. 215.

⁹ *La experiencia uruguaya del Código General Del Proceso*.

suais pendem grandes discussões sobre a legitimidade ativa e passiva.

Seguramente, uma interpretação que restrinja a legitimidade ativa em nada ajudará o sistema.

Também se discute sobre a eficácia da coisa julgada.

Evidentemente, a finalidade desses institutos visa a simplificar a demanda, com a maior abrangência possível.

Desse modo, não se pode admitir que prosigam dissídios individuais, quando pende, por exemplo, uma liminar favorável em ação civil pública, com o mesmo objeto.

No Rio Grande do Sul, havia uma liminar em ação civil pública, que determinava o pagamento de benefícios previdenciários com o reajuste de 147%, sobre determinado período.

Logo, todos os segurados gaúchos estavam beneficiados com a medida. O provimento jurisdicional havia tutelado seu direito.

Apesar disso, se sucederam centenas de ações cautelares individuais, postulando a mesma coisa.

Outro problema enfrentado pelos meios processuais de defesa de direitos coletivos diz respeito à execução.

Segundo o Código do Consumidor, ela será individual.

Seria interessante que referida norma fosse aplicável a todas as espécies de processos tais, em razão da segurança que isso importa.

Recentemente, foram retirados valores de contas de FGTS de centenas de servidores, que nada receberam, ou que vieram a perceber valores defasados.

5. Inovações cogitadas

Uma primeira colocação há de ser feita, ao se pensar em soluções para a morosidade do judiciário.

É que a justiça federal apresenta peculiaridades. Trata de direito público, basicamente.

O poder público é parte no processo e, como se sabe, seus representantes não estão autorizados a fazer acordo.

Diante disso, a conciliação, medida considerada saneadora na justiça estadual, não apresenta qualquer utilidade perante o juízo federal.

Da mesma forma, a arbitragem seria inútil nesse âmbito.

Ademais, a maior parte das ações que trami-

tam na justiça federal trata de matéria exclusivamente de direito.

Sendo assim, processos sumaríssimos, ou sumários, como se pretende no anteprojeto de alteração do Código de Processo Civil, entravam as lides na justiça federal. Existindo um número expressivo de processos com pretensões idênticas, dependendo a solução de simples apreciação de tese jurídica, seria desaconselhável uma longa pauta de audiências, forçando um desnecessário comparecimento das partes ao foro.

Uma primeira solução a apontar, então, seria a modificação da proposta de alteração do art. 275, § 1.º, do Código de Processo Civil, para ali se incluir as ações que tratem de questões exclusivamente de direito, ou seja, em que não haja controvérsia sobre a situação fática.

No que diz respeito à informática, o Conselho da Justiça Federal desenvolveu um Plano Diretor de Informática para o período 1990-1995.

Quanto a recursos técnicos, o uso da estenotipia seria uma necessidade, desde que se compatibilize a questão dos recursos financeiros.

Os despachos de mero expediente, como a juntada de documentos ou petições, devem ser eliminados, ao máximo possível.

A assinatura de mandados deve competir ao Diretor de Secretaria, além de ofícios como ocorre no pedido de informações no mandado de segurança.

As intimações e citações serão realizadas pelo correio.

Essas medidas são preconizadas no anteprojeto de alteração do Código de Processo Civil.

Ademais, urge que o juiz dê maior atenção ao despacho sobre o juízo de admissibilidade da inicial (CPC, art. 295), bem como ao saneador.

Muitas vezes, por comodidade, deixa o julgador que se instaure um processo viciado, que não tem qualquer possibilidade de aproveitamento. Ocupa-se a máquina administrativa, e o próprio juiz, de uma inutilidade, que compromete a boa prestação jurisdicional.

Por outro lado, é preciso que se estimule a criatividade dos juizes e serventuários no que se relaciona com a padronização de procedimentos, que vêm a agilizar o processo.

Despachos podem ser dados por carimbos, ou impressos, nas mais variadas situações.

Perde a noção de eficácia o juiz que despacha vários processos, proferindo palavras diversas para significar a mesma coisa, e decidir idêntico objeto.

Não é vergonhoso padronizar soluções, e, sim, atrasá-las.

A Corregedoria do Conselho da Justiça Federal poderia, em conjunto com as Corregedorias dos Tribunais Regionais Federais, manter serviço continuado de orientação sobre essas medidas, inclusive captando e adaptando as que fossem surgindo.

Tal trabalho, porém, requereria uma apresentação simples, de fácil compreensão e pesquisa. Algo como uma orientação jurisprudencial sumulada, com síntese e clareza.

Outro problema que atormenta a justiça federal são as perícias.

Há muitas causas em que se defere o benefício da justiça gratuita. Também a União Federal, ou suas autarquias, se apresentam como autoras, isentas de custas.

Nessas hipóteses, não é possível se obrigar o depósito para adiantamento de honorários periciais.

A verba destinada para tal fim não é suficiente, em especial, se considerarmos as causas previdenciárias nos foros estaduais, em cidades interioranas.

Uma central de perícias, com médicos, engenheiros, contadores, seria necessária. Constituiria o juízo técnico a auxiliar o juiz.

Fator que emperra o processo é, sem dúvida, a litigância de má-fé.

Invariavelmente, uma parte deseja pressa no processo, o que, por óbvio, importa que a parte adversa queira procrastinar o feito.

É preciso que tal procedimento seja sancionado com maior rigor do que pretende o anteprojeto de alteração do Código de Processo Civil, que se limita a explicitar a multa.

A litigância de má-fé deveria constituir, desde que assim reconhecida no processo, falta administrativa do procurador vinculado à função pública, com desconto em folha da multa imposta, garantido o direito de regresso contra a autoridade superior de quem tivesse emanado a ordem sobre a providência procrastinatória.

O que não se pode obrigar é a União Federal, ou suas autarquias, a pagar pela ineficiência de alguns procuradores que, indubitavelmente, constituem exceção. Nesse caso, em

verdade, estaria o povo a pagar pelo erro.

Outra questão que merece atenção é o acúmulo de sentenças em algumas varas federais.

Obviamente, os motivos podem ser diversos, e incumbe à Corregedoria propor eventuais sanções, se necessário.

Entretanto, o acúmulo tem que ser resolvido, para evitar o prejuízo ao jurisdicionado.

Em tal caso, deverão ser instaurados regimes de exceção, redistribuindo-se os processos para sentença, com prazo designado para publicação. Os juízes encarregados do auxílio receberiam a gratificação por substituição, como disciplina o Estatuto da Magistratura.

Outra providência útil, em nível de Corregedoria Regional, seria abastecer a justiça estadual com jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, no que se refere à jurisdição delegada. Sabe-se que há um grande desconhecimento nessa área. Falta acesso dos magistrados estaduais, especialmente do interior, à orientação dos tribunais.

Em geral, os juizes de direito mudam procedimentos tão-somente quando começam a baixar processos, em que verificam os erros praticados.

Esse fato dificulta o trabalho dos tribunais e atrasa a prestação jurisdicional.

O mandado de segurança utilizado, indiscriminadamente, contra os atos judiciais, também colabora para o tumulto do judiciário.

O agravo de instrumento, diretamente proposto perante o Tribunal, como preconizado pelo anteprojeto de alteração do Código de Processo Civil, constitui solução muito boa.

Por outro lado, seria preciso que se disciplinasse com maior perfeição a concessão de liminares satisfativas.

Outrossim, maior confiança na sensibilidade e preparo dos juizes de primeiro grau se impõe.

Todos os fatores são essenciais para que se elimine o mandado de segurança contra atos judiciais, como substitutivo de recurso.

Nunca, porém, se poderá eliminar o uso da garantia constitucional contra ilegalidade manifesta, ou abuso de poder, praticados pelo juiz.

Todavia, nessas hipóteses, o juízo sobre a admissibilidade da inicial há de ser rigoroso.

José Frederico Marques se referia à impossibilidade jurídica do pedido como o "indício

macroscópico da inexistência de pretensão razoável”.

Constatada essa inaptidão da inicial, impõe-se seu indeferimento liminar pelo relator do processo. Caso contrário, deixará se arrastar um processo inútil, ocupando o juiz de primeiro grau com informações, e a secretaria, eventualmente, com a citação de dezenas ou centenas de litisconsortes passivos necessários.

Outra preocupação se relaciona com a efetividade das decisões judiciais.

Diz Cândido Dinamarco:

“A sujeição é o contraposto negativo do poder e sem ela sequer haveria espaço lógico para conceber-se o exercício deste.”¹⁰

Se a desobediência à ordem judicial não tipifica o crime do art. 330 do Código Penal, quando praticada por servidor público, outra solução tem que ser estabelecida em nível legislativo.

O que, por certo, estimula a prática do ilícito é a impunidade.

O abuso que tem significado a interposição de embargos de declaração, com o intuito único de alongar o prazo recursal tem que ser refreado. A solução da multa cogitada pelo anteprojeto de alteração do Código de Processo Civil, na Justiça Federal, não é suficiente porque pode recair sobre o contribuinte, que sustenta com os impostos que paga o Estado litigante.

Medida adequada seria aumentar os poderes do relator do processo. O anteprojeto de alteração do Código de Processo Civil cogitou de estender a faculdade constante do art. 557 do CPC à apelação.

Ao relator deveria caber o poder de homologar desistências, acordos etc.

Elogiável tem sido a edição de súmulas pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça. A obediência à orientação das mesmas foi bem disciplinada no anteprojeto de alteração do Código de Processo Civil (art. 479, § 4.º).

O caráter didático da súmula é inegável. Por isso, os Tribunais Regionais Federais deveriam seguir o exemplo do STJ.

A forma tem embaraçado a lavratura dos acórdãos.

Desse modo, as notas taquigráficas poderiam ser mais utilizadas, sendo as mesmas assinadas e juntadas ao processo.

Para intimação dos acórdãos deveria ser dis-

¹⁰ Ob. cit., p. 102.

pensada a publicação das ementas. Ou melhor: o relator teria liberdade de decidir qual o processo cujo acórdão mereça ser ementado.

Não se pode conceber que decisões padronizadas, às centenas, obriguem à elaboração de ementa em cada processo, sabendo-se que não tem ela o efeito dispositivo da decisão.

A redução das competências dos tribunais se impõe.

Theotonio Negrão, em vista do projeto que redundou na Constituição Federal de 1988, referia:

“Por outro lado, será criada uma nova instância para as questões judiciais, que passarão a ser não mais três, como é hoje em dia, porém quatro, ao todo: o juiz, o tribunal, o Superior Tribunal de Justiça, o STF. E isto significa demora muito maior na solução da controvérsia. Se continuar em vigor o dispositivo do Código de Processo Civil que só considera definitiva a execução depois que transitou em julgado o último recurso, ordinário ou extraordinário, cabível, é óbvio que o litigante vencido tudo fará para retardar esse momento e interporá quantos recursos teoricamente a lei lhe permitir.”¹¹

O problema avultou com a disposição legal que previu a concessão de liminares, no STJ e no STF, para suspender decisões dos tribunais inferiores.

Nosso sistema recursal é tão complexo que uma decisão sobre liminar em ação cautelar, proferida por juiz de primeiro grau, pode motivar o julgamento de vários recursos, no Tribunal Regional e outros tantos no STJ.

Exemplo disso têm sido os provimentos provisórios em casos de privatização de empresas estatais.

Redução de competência constitui redução de poder. E isso demanda grandeza dos componentes do órgão judicante.

Os tribunais são mais do que julgadores de lides individuais. São, isso sim, formadores de princípios, criadores de precedentes, orientadores. E, para cumprir tal finalidade, é preciso que não se ocupem com as lides menores.

E isso depende de formação gerada pela lei, ou mesmo pela jurisprudência.

O STJ é um tribunal que tem a missão de

¹¹ *Reforma do processo e da organização judiciária*, RT, v. 629, p. 281.

unificar a interpretação da lei federal. Trata-se da base do judiciário no que respeita à aplicação da lei.

Não se pode entender como possa tal colegiado decidir sobre compra de imóveis funcionais por servidores civis dos ministérios militares (DJ de 1.3.93), ou sobre depósito para despesas de condução de oficial de justiça (DJ de 1.3.93). Há que se reexaminar princípios sobre competência.

O que se espera do STF e do STJ são os precedentes sobre os grandes temas que inquietam a Nação.

De tal modo, não se pode conceber a razão da competência do STF e do STJ em matéria de recursos ordinários (Constituição Federal de 1988, art. 102, II, e art. 105, II). Basta a manifestação de um tribunal nos casos explicitados. O duplo grau de jurisdição, nesse âmbito, caracteriza tutela excessiva.

6. Conclusão

Cândido Dinamarco ensina:

“A confiança no Estado pacificador e respeitoso do valor liberdade é indispensável fator legitimante do poder, do ordenamento e do Estado mesmo.”¹²

O Judiciário é parte desse poder, constituindo dever de seus integrantes lutar pelo aperfeiçoamento da instituição.

Pensar e criar soluções que agilizem o processo é, muitas vezes, algo mais importante do que decidir algumas demandas, pela eficácia da medida no contexto social.

O juiz não pode ser um burocrata do processo, arrastado à alienação pelo excessivo trabalho.

Expor-se e reciclar-se são atributos do bom magistrado. E, para tanto, ele deverá estar sempre disposto a discutir os seus posicionamentos.

Disso depende a grandeza do judiciário.

¹² Ob. cit., p. 236.

Due process of law

ADHEMAR FERRIRA MACIEL

SUMÁRIO

A descoberta brasileira do due process of law. As Emendas V e XIV da Constituição dos Estados Unidos da América. Raízes históricas do due process. Casos. O substantive due process.

Para nós juízes que fazemos parte de Seção com matéria penal, como é o caso da 6.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, tornou-se comum no nosso dia-a-dia ouvir, sobretudo por parte dos advogados, menção ao “devido processo legal”. Afinal, o que vem a ser o “devido processo legal”? De onde vem, pois até a promulgação da Constituição de 1988 sua invocação era praticamente desconhecida em nossas cortes de justiça?

A Constituição brasileira de 1988 talvez seja a mais pródiga e detalhista do mundo em discriminação de direitos e garantias fundamentais. A razão imediata é histórica, política e até cultural. Tínhamos acabado de sair de regime de repressão. Estávamos sequiosos de novas conquistas e de romper – como então se dizia – com o “entulho autoritário”. Aliás, todos os *bills of rights*¹ ou *declarations of rights*² nasceram

¹Em 12 de setembro de 1787, os constituintes George Mason e Elbridge Gerry propuseram à “Convention” o aditamento de um “bill of rights”, à semelhança do que já existia em algumas Constituições dos Estados da então Confederação. A proposta foi recusada (Cf. “The Constitution of the United States of America - Analysis and Interpretation”, Washington, KILLIAN, Johnny H. et al., Editors, Library of Congress, 1987, p. 949). Ver também MACIEL, Adhemar F., “Nossa primeira Constituição republicana à luz do direito comparado”, RFDP, v. n.º 1, pp.192-207, Malheiros, 1993.

²DICEY, A. V., “Introduction to the study of the law of the Constitution”, London, MacMillan and Co., Limited, 1952, p. 200, observa que as “Declarations of Rights” americanas, diferentemente do “Petition of

assim, causados por reações contrárias. As normas asseguradoras do "direito de propriedade" e da "liberdade econômica", por exemplo, tiveram sua gênese na intervenção mercantilista. A "liberdade de consciência" ou "liberdade de culto" é fruto da intolerância religiosa. A própria Lei Fundamental de Bonn, um dos estatutos políticos cientificamente mais bem elaborados de nosso tempo (1949), agasalha em seu art. 2.º o que muitos alemães do Terceiro Reich sentiram literalmente na carne: a "integridade física" (*körperliche Unversehrtheit*)³.

Se o século XVIII foi o "século do constitucionalismo", podemos repetir com Karl Loewenstein que o século atual, ainda que esteja em seus estertores, é o "século da crise da democracia constitucional", pois as constituições têm paulatinamente perdido força e prestígio⁴. Para evitar que isso ocorra, todos, sobretudo nós do Judiciário, temos que tornar viva a nossa Constituição para que ela não vá, aos poucos, morrendo e deixe de ser invocada por seu principal destinatário: o povo brasileiro.

Nossa Constituição, em seu art. 5.º, inciso LIV, diz enfaticamente: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"⁵. Essa cláusula⁶ nos veio direta-

mente de duas Emendas à Constituição norteamericana (1787), que são, no dizer de Karl Loewenstein, "o fundamento, sobre o qual todos os outros direitos de liberdade repousam"⁷.

A primeira cláusula, de número V, faz parte do denominado *Bill of Rights*⁸. A segunda, de número XIV, foi elaborada especificamente para os Estados-Membros⁹.

As Emendas V e XIV da Constituição dos Estados Unidos da América

Dispõe a Emenda V (parte): "... (ninguém) será compelido em nenhum processo penal a ser testemunha contra si próprio, ou ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL" (*without the due process of law*). A Emenda n.º XIV, por sua vez, fala em sua Seção 1: "... Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade, ou propriedade, SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL" etc. Ontologicamente, a cláusula constitucional que impede o Estado-Membro de privar o cidadão (sentido amplo) do "devido processo legal" tem o mesmo significado daquela igualmente impeditiva para a União¹⁰. Mas as circunstâncias, a época e propósito não deixam de imprimir cunho peculiar a cada uma das cláusulas nas duas Emendas¹¹. A diferença mais marcante entre o *due process* da Emenda n.º V e o da Emenda n.º XIV estaria no fato de a primeira coexistir com outras garantias expressas no *Bill of Rights* como procedimento justo através de tribunal do júri, possibilidade de se ver acusado perante o *grand jury*¹², fianças e multas

Right" e do "Bill of Rights" ingleses, se aproximam muito das declarações do direito do continente europeu. "They are the product of eighteenth-century ideas; they have, however, it is submitted, the distinct purpose of legally controlling the action of the legislature by the Articles of the Constitution".

³GARCÍA-PELAYO, Manuel, "Derecho constitucional comparado", Madrid, Rev. de Occidente, 1951, 2.ª ed., p. 139.

⁴Teoria de la constitución, Barcelona, Ariel, 1970, p. 222. A Constituição dos Estados Unidos, em relação às nossas Cartas e Constituições, tem mantido sua força e prestígio, muito embora já conte mais de 200 anos de existência e poucas emendas. Isso se explica, a meu ver, por duas razões: a) trata-se de constituição sintética e b) a Suprema Corte a tem, aos poucos, adaptado às necessidades sociais do momento, evitando, com isso, que haja uma revisão formal (Quanto à última observação, cf. ZIPPELIUS, Reinhold, "Allgemeine Staatslehre", trad. portuguesa de Cabral de Moncada, Lisboa, Fund. Calouste Gulbenkian, 2.ª ed., p. 194).

⁵Encorajadas pela "descoberta", leis infraconstitucionais também começam a utilizar-se da expressão "devido processo legal". Assim, a Lei n.º 8.069/90 ("Estatuto da Criança e do Adolescente") diz em seu art. 110: "Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal".

⁶"phrase" ou "clause", como dizem os constitucionalistas americanos.

⁷"Diese beiden Bestimmungen sind die Grundlage, auf der alle anderen Freiheitsrechte beruhen" (*Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten*, p. 510).

⁸São as dez primeiras Emendas, que foram ratificadas pelos Estados-Membros em 15 de dezembro de 1791.

⁹Sua ratificação se deu em 9 de julho de 1868.

¹⁰WILL OUGHBY, em sua obra clássica "Principles of the constitutional law of the United States", New York, Baker, Voorhis & Co., 2nd ed., 1938, p. 721, após indagar se a cláusula "due process" tem o mesmo significado em ambas as Emendas, reporta-se a voto (opinion) proferido no caso "Twining v. New Jersey" [211 U.S. 78 (1908)]: "Se se puder admitir algum significado diferente para as mesmas palavras, como elas são usadas na Décima Quarta Emenda (e na Quinta Emenda), até agora (etc) não apareceu em (nenhuma) decisão judicial".

¹¹"French v. Barber Asphalt Paving Co.", 181 U.S. 324, 328 (1901).

¹²A Emenda n.º V garante a todos que estão sendo acusados de crimes infamantes ou possam ser apenados com pena capital, salvo no tocante a cri-

pecuniárias compatíveis com a situação financeira do réu. Já a Emenda XIV “contém implicitamente não só os padrões de retidão e justiça encontrados na cláusula da V Emenda, mas também muitas garantias que são expressamente ressalvadas no *Bill of Rights*”¹³. Se observarmos bem, veremos que a Emenda n.º XIV, sobretudo pela proximidade da cláusula da “igual proteção das leis” (*equal protection of the laws*), fornece inteligência mais abrangente ao *due process* do que aquela da Emenda n.º V. Em *Bolling v. Sharpe*¹⁴, por exemplo, a Suprema Corte disse: “A Quinta Emenda, que é aplicável ao Distrito de Colúmbia,¹⁵ não contém a cláusula da “igual proteção” tal como a Décima Quarta Emenda, a qual se aplica somente aos Estados. Mas os conceitos de “igual proteção” e “devido processo”, ambos provindos do ideal americano de retidão (*fairness*), não são mutuamente excludentes. A (cláusula) *equal protection of the laws* é uma salvaguarda mais explícita de proibição de iniquidade (*unfairness*) do que a (cláusula) *due process of law*”.

O Chief Justice William Howard Taft¹⁶, ao mes militares, que a pronúncia seja feita pelo “grand jury”. Em outras palavras, o “grand jury” é que vai decidir se existe prova suficiente para julgamento. Se entender que existe prova, o indiciado é pronunciado. A pronúncia recebe o nome de “true bill”. O órgão que vai fazer o julgamento será o “trial jury” ou “petit jury”. Se não se achar indício ou prova, o corpo de jurados emite um “ignoramus”. Na órbita federal o “grand jury” (1985) era composto de 23 membros (“grand jurors”). Os “grand juries” estaduais variam de 7 jurados (Virgínia) a 23 (Massachusetts, New Hampshire e New Jersey). Na Inglaterra e no País de Gales, como mostra ABRAHAM, Henry J., “The Judicial Process”, New York, Oxford University Press, 5th ed., p. 106, a instituição foi abolida por lei de 1933. Nos Estados Unidos, mais da metade dos Estados-Membros utilizam-se da “information”, que equivale à nossa “denúncia” (CPP, art. 41). Nos tribunais federais, todavia, o indiciado tem direito ao “grand jury” em se tratando de “capital and felonous cases”. Repetidas vezes, a Suprema Corte tem decidido que o instituto do “grand jury”, contemplado na Emenda n.º V, não é obrigatório para os entes federados [*Palko v. Connecticut*], 302 U.S. (1937)].

¹³The Constitution of the United States of America - Analysis and Interpretation, op. cit., p. 1284.

¹⁴347 U.S. 497, 499-500 (1954).

¹⁵Nosso “Distrito Federal” da Constituição de 1891 teve por inspiração direta a “Federal City” (“District of Columbia”, onde fica Washington, a capital dos Estados Unidos). Ver meu artigo, cit. na nota de rodapé n.º 1, p. 197.

¹⁶Taft foi o único Presidente dos Estados Unidos que se tornou juiz da Suprema Corte. Ele mesmo fez

que tudo indica, foi o primeiro juiz da Suprema Corte a tirar ilações no sentido da íntima associação entre as cláusulas da *equal protection* e do *due process*¹⁷.

Raízes históricas do due process

Historicamente, a cláusula constitucional do *due process* veio do direito inglês. Como se sabe, muitos constituintes e legisladores norte-americanos de então estudaram em universidades inglesas, onde um dos livros de cabeceira era um comentário de Sir Edward Coke¹⁸ sobre a *Magna Carta Libertatum*¹⁹, que ficou conhecido como seu “Segundo Instituto”²⁰. Sua importância para a independência do juiz inglês e, em decorrência, para a liberdade do súdito em geral, foi tão grande e significativa que Roscoe Pound intitulou seu autor de “oráculo do *common law*” e “campeão da liberdade”²¹. Pois

“lobby” para sua futura ida para a Corte. Quando Presidente da República (1909-1913), nomeou Edward D. White “Chief Justice”. Antes de White morrer (estava no cargo), Taft disse ao Presidente da República (Warren Harding) que o próprio White havia repetido inúmeras vezes que estava guardando a vaga da Suprema Corte para ele, a fim de que o cargo voltasse para um republicano (Cf. “The Supreme Court: Justice and the Law”, Congressional Quarterly Inc., 3rd ed., p. 10). Taft, com a idade de 29 e com menos de um ano de casado (1886), foi nomeado para a “Superior Court” do Estado de Ohio. Também foi juiz federal (“U.S. District Court for the Sixth Circuit”), professor da “Cincinnati Law School” e governador-geral do Protetorado das Filipinas. O Presidente Theodore Roosevelt o convidou para ocupar uma cadeira na Suprema Corte. Ele recusou. Mais tarde, ainda no governo Roosevelt, tornou-se ministro da guerra (Cf. “The Supreme Court Justices”, Washington, D.C., editado por CUSHMAN, Clare, Congressional Quarterly, 1993, pp. 342 e ss.).

¹⁷Truax v. Corrigan”, 257 U.S. 312, 331 (1921).

Cf. “The Constitution of the United States of America - Analysis and Interpretation, ob. cit., p. 1295.

¹⁸A pronúncia é a mesma de “cook” – cozinheiro (Cf. POUND, Roscoe, “The development of constitutional guarantees of liberty”, Yale University Press, 1957, p. 42).

¹⁹A “Magna Carta”, como fala com acerto ZIPELIUS, não foi um fenômeno isolado no cenário europeu, “mas é no entanto notável, sobretudo em atenção à continuidade da evolução que dela partiu, interrompida por vezes, mas nunca cortada” (“Allgemeine Staatslehre”, ob. cit., p. 162).

²⁰POUND (ob. cit., p. 48) chega mesmo a dizer que o Segundo Instituto de Coke era uma verdadeira “Bíblia legal” para os advogados das 13 Colônias inglesas na América.

²¹“He is universally regarded by lawyers as the oracle of the common law. No better champion of liberty secured by law could have been found”

bem. Coke, ao comentar o capítulo 39 da *Magna Carta*, escrita em latim, mostra que a expressão *per legem terrae* se remonta ao reinado de Edward III e era equivalente ao *due process of law*²². O capítulo 39 diz: "Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia *COM A LEI DO PAÍS*"²³.

No dizer de John H. Ferguson e Dean E. McHenry, o *due process* "é uma das mais importantes, bem como controversas de todas as garantias"²⁴.

Tem-se evitado definir o *due process of law*²⁵. Thomas Cooley procurou nos dar uma idéia do leque de proteção do instituto: "O termo devido processo legal é usado para explicar e expandir os termos vida, liberdade e propriedade e para proteger a liberdade e a propriedade contra legislação opressiva ou não-razoável, para garantir ao indivíduo o direito de fazer de seus pertences o que bem entender, desde que seu uso e ações não sejam lesivos aos outros como um todo"²⁶.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, no

(ob. cit., p. 43).

²²A cláusula "due process of law" teria aparecido numa versão legal inglesa do capítulo 39 no ano de 1354 (Cf. "The Constitution of the United States of America - Analysis and Interpretation", cit., p. 1281). No início as Cartas das Colônias inglesas na América e algumas de suas declarações de direitos tinham predileção por "law of the land" no lugar de "due process of law". A Constituição do Estado de Nova Iorque de 1821 foi a primeira a adotar a cláusula "due process of law" da Constituição dos Estados Unidos (Cf. "The Constitution of the United States of America - Analysis and Interpretation", cit., p. 1282).

²³Textos históricos do direito constitucional", organizado pelo Professor MIRANDA, Jorge, Lisboa, Imprensa Nacional, 1980, p. 15.

²⁴"The American Federal Government", McGraw-Hill Book Company, Inc., 2nd ed., 1950, p. 139.

²⁵Karl Loewenstein, em sua "Verfassungsrecht und Verfassungspraxis... cit., p. 510, depois de dizer que a cláusula "due process" é obrigatória para o Executivo, Legislativo e Judiciário, enfatiza que ela é, "hoje, a mais forte barreira protetora dos direitos de liberdade do cidadão contra a usurpação do poder público" ("...die DUE PROCESS-Klausel heute die stärkste Schutzmauer der bürgerlichen Freiheitsrechte gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt").

²⁶"The General Principles of Constitutional Law in the United States of America", Boston, Little, Brown, and Co., 1931, p. 279.

caso *Twining v. New Jersey*,²⁷ foi feliz ao manifestar-se sobre o *due process*: "Poucas cláusulas do direito são tão evasivas de compreensão exata como essa... Esta Corte se tem sempre declinado em dar uma definição compreensiva dela e prefere que seu significado pleno seja gradualmente apurado pelo processo de inclusão e exclusão no curso de decisões dos feitos que forem surgindo". Em *Holden v. Hardy*,²⁸ a Suprema Corte enfatizou: "Este Tribunal jamais tentou definir com precisão as palavras *due process of law*... basta dizer que existem certos princípios imutáveis de justiça aos quais é inerente a própria idéia de governo livre, o qual nenhum membro da União pode desconhecer".

O grande juiz Felix Frankfurter²⁹, em *Solebee v. Balkcom*³⁰, procurou mostrar que o velho instituto é supralegal e está profundamente arraigado na tradição anglo-americana: "Acha-se assentada a doutrina por esta Corte que a cláusula do *Due Process* enfeixa um sistema de direitos baseado em princípios morais tão profundamente enraizados nas tradições e sentimentos de nossa gente, de tal modo que ela deve ser julgada fundamental para uma sociedade civilizada tal como concebida por toda nossa história. *Due Process* é aquilo que diz respeito às mais profundas noções do que é imparcial, reto e justo".

Já que se tem dificuldade em definir a cláusula em comento, como então entendê-la e, conseqüentemente, invocá-la? Socorremo-nos ainda das lições dos mestres do direito constitucional estadunidense, lastreadas em decisões pretorianas³¹.

²⁷Mencionado na nota de rodapé n.º 10.

²⁸169 U.S. 366, 389 (1898).

²⁹Felix Frankfurter foi o sexto e último não-americano nato a tomar assento como juiz da Suprema Corte americana. Nasceu na Áustria (Viena) e veio com os pais para os Estados Unidos quando tinha 12 anos de idade. De inteligência privilegiada, foi até então considerado o melhor aluno da Harvard Law School. Advogado bem sucedido, tornou-se famoso na defesa de comunistas na gestão de A. Mitchell Palmer à frente do Ministério da Justiça (*Attorney General*). No final da década de vinte, seu nome ganhou as manchetes dos jornais, pois se encarregou de demonstrar a violação do "due process" no caso Sacco-Venzetti. Dizem que por causa de sua intimidade com o físico Niels Bohr, foi um dos poucos não-cientistas a tomar conhecimento prévio da descoberta da bomba atômica (Cf. "The Supreme Court Justices", ob. cit., pp. 386 e ss.).

³⁰339 U.S. 9, 16 (1950).

³¹Em "Verfassungsrecht und Verfassungspra

Casos

Uma primeira observação é quanto à aplicação do *due process* na Inglaterra e nos Estados Unidos. Embora o instituto jurídico fosse, no fundo, o mesmo, sua inteligência e compreensão, por questão de estrutura estatal, tinha que apresentar diferenças. Na Inglaterra, lembrando Walter Bagehot, o "Parlamento podia tudo, menos transformar homem em mulher e vice-versa". Nos Estados Unidos, diferentemente, as leis do Congresso e dos legislativos federados se achavam sujeitas ao *judicial control* por imposição de uma Constituição escrita e rígida³². Assim, nos Estados Unidos a cláusula constitucional era limitativa tanto para o legislativo quanto para o executivo e até para o próprio judiciário³³. Por outro lado, o *due process* não tinha só natureza processual (garantia), mas também material (*substantive law*)³⁴. Sob esse aspecto de "direito material", as cortes estaduais, a partir de 1850, começaram a declarar que também as leis deveriam ser "razoáveis em sua substância". As cortes federais, a princípio de modo parcimonioso, depois abertamente, aceitaram essa doutrina. Em decorrência, "elas (as cortes) se deram por competentes para esmiuçar a substância ou o conteúdo das leis federais e estaduais"³⁵. Como se percebe, a jurisprudência dos tribunais, tanto estaduais quanto federais, procurou dar uma conotação de direito natural à cláusula *due process*, pois, do contrário, o legislativo poderia, a seu bel-prazer, bulir em regras puramente processuais, tendo-as por justas, lícitas e retas sem que, no fun-

xis...", p. 510. Loewenstein lembra que o conteúdo e as fronteiras do "due process" resultam de puro casuismo (Inhalt und Grenzen sind rein kasuistisch umrissen).

³²"Marbury v. Madison", 5 U.S. 137 (1893). REHNQUIST, William H., "The Supreme Court: how it was, how it is", New York, Quill Ed., 1987, p. 306, após dizer que na Inglaterra tão logo era nomeado, o juiz se tornava independente da coroa e do Parlamento, lembra que ele não podia, como ainda não pode, declarar uma lei contrária à Constituição. Já os constituintes americanos procuraram, de modo claro, algo diferente do sistema britânico: "Eles queriam que os juizes fossem independentes do presidente e do Congresso, mas com certeza queriam que as cortes federais fossem capazes de decidirem se a legislação feita pelo Congresso era ou não consistente com as limitações (impostas) pela Constituição dos Estados Unidos".

³³Murray's Lessee v. Hoboken Land and Improvement Co., 18 How. (59 U.S.) 272, 276 (1856).

³⁴WILLOUGHBY, ob. cit., p. 726.

³⁵FERGUSON and MCHENRY, ob. cit., p. 139.

do, elas apresentassem tal densificação. No caso *Hurtado v. California* ficou assentado que se deveria levar em conta não "as formas particulares de procedimentos, mas a própria substância dos direitos individuais à vida, à liberdade e à propriedade", uma vez que a cláusula do devido processo prescreve "os limites daqueles princípios fundamentais de liberdade e justiça, os quais jazem na base de todas nossas instituições civis e políticas"³⁶. O Justice John M. Harlan procurou mostrar em *Poe v. Ullman*³⁷ que a cláusula *due process*, caso fosse tomada só como garantia processual, seria ineficaz na defesa contra leis que pusessem em risco a vida, a liberdade e a propriedade do indivíduo. Sintetizou ele, invocando o caso *Hurtado v. California*: "Assim as garantias do devido processo, embora tendo suas raízes no *per legem terrae* da Magna Carta e consideradas como salvaguardas processuais contra a usurpação e tirania do executivo, também se transformaram neste país numa (verdadeira) barreira contra a legislação arbitrária".

O substantive due process

Laurence Tribe, em sua obra *Constitutional Choices*³⁸, ao objetar aqueles que afirmam que "o *substantive due process* é incompatível com a linguagem da própria Cláusula do Devido Processo", lembra que "as palavras que seguem *due process* são *of law*, e a palavra *law* parece ter sido o ponto textual de partida do *substantive due process*". O certo é que os constituintes de 1787, ao inventarem o federalismo americano, tiveram em mente garantir a instituição da propriedade privada e o respeito à liberdade de contratar³⁹. A Constituição americana

³⁶110 U.S. 531-532, 535 (1884).

³⁷367 U.S. 497, 540, 541 (1961).

³⁸Harvard University Press, 1985, pp. 10 e ss.

³⁹Em *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), sob a invocação da cláusula "due process", procurou-se proteger o direito de o empregador contratar empregado que não pertencia a um sindicato (TRIBE, ob. cit., p. 275, nota de rodapé n.º 9). No famoso caso "Lochner v. New York", 198 U.S. (1905), em nome da liberdade de contratar, a Suprema Corte declarou inconstitucional lei do Estado de Nova Iorque que limitava em 10 horas por dia ou 60 horas semanais o trabalho de padeiros. O "Justice" Harlan, em voto vencido, procurou demonstrar o perigo de estar o Judiciário, sob a capa do controle judicial, tomando o lugar do Legislativo, a quem tocava constitucionalmente o papel de, através das leis, expressar a vontade do povo. Mas, como explica WELLINGTON, Harry H., "Interpreting the Constitution - the Supreme Court and the process of adjudication", New Ha-

está pontilhada de direitos materiais e não só de garantias instrumentais. Daí ter Madison, com sua "teoria da facção", proposto que a mudança da competência legislativa do nível estadual para o nacional, para determinados assuntos, tinha por escopo evitar que as maiores esmagassem os direitos das minorias⁴⁰. É, como se vê, um modo de garantir o *substantive due process*.

Os tribunais americanos têm, de um modo geral, entendido que a cláusula *due process* pode ser invocada não só por aqueles que detêm a cidadania estadunidense, mas também por pessoas jurídicas, por estrangeiros e até mesmo por quem tenta ser readmitido no país⁴¹. No tocante ao *judicial review* de decisões de tribunais militares, tem havido divergência na Suprema Corte. Assim, no caso *Yamashita*⁴², denegou-se pedidos de *certiorari* e de *habeas corpus* para que se revisse a condenação. A maioria entendeu que a maneira como se colheram as provas e o procedimento adotado pelo órgão militar não ensejava revisão e tudo havia sido feito sem ofensa ao devido processo legal. O mesmo se repetiu no caso *Johnson v. Eisen-trager*⁴³, onde ficaram vencidos os *Justices* Hugo Black, Harold Burton e William Douglas.

Para terminar este artigo, que já vai longe, quero relembra um dos temas mais polêmicos que continua agitando a vida americana e tem por base a cláusula do devido processo legal. Refiro-me ao "aborto". Praticamente todas as

legislações estaduais e territoriais americanas baixaram leis dificultando, limitando ou até mesmo impedindo o aborto. O caso matriz, que constantemente tem sido posto à prova por não ter ainda solucionado a contento a questão, é o *Roe v. Wade*⁴⁴. O Estado do Texas tinha lei proibindo aborto, exceto para salvar a mãe no caso de risco de vida. Jane Roe (nome fictício de Norma McCorvey)⁴⁵, moça solteira de 25 anos de idade, foi estuprada por uma gangue e ficou grávida. Não queria o filho, pois nem sequer sabia quem era o pai. Lastreou sua defesa no direito à privacidade. A Suprema Corte decidiu, após memorável discussão, que, de acordo com a Emenda n.º XIV, uma mulher grávida tinha o "direito fundamental à privacidade", a qual englobava o direito de interromper, após conselho médico, gravidez indesejável. Fixou-se, então, um equilíbrio de "preponderância de interesses" entre o Estado e a cidadã. Até nas vizinhanças de três meses de prenhez, o aborto seria admitido, pois o *compelling interest* era da mulher. Depois do primeiro trimestre de gravidez, o *compelling interest* passava a ser do Estado, que tinha o dever de proteger a saúde da mulher e o futuro cidadão que estava indefeso em suas entranhas. Questões importantes foram abordadas incidentalmente, como, por exemplo, se o feto, por não ser "pessoa", estaria ou não protegido pela Emenda XIV, quando começa a vida humana, se com a concepção ou não; que se entendia por "viabilidade fetal" etc.

ven. Yale University Press, 1990, p. 45, casos como "Lochner", que lidaram com o denominado "economic due process", foram mal recebidos pelos outros ramos do poder público e por aqueles que militavam na área jurídica etc. fazendo com que, mais tarde, houvesse reversão de tal entendimento.

⁴⁰Cf. TRIBBE, ob. e pp. cit.

⁴¹"United States v. Ju Toy", 198 U.S. 253, 263 (1905). "Quon Quon Poy v. Johnson" 273 U.S. 352 (1927).

⁴²327 U.S. 1 (1946).

⁴³339 U.S. 763 (1950).

⁴⁴410 U.S. 113 (1973).

⁴⁵TRIBBE, Laurence H., "God save this honorable court", New York, New American Library, 1985, p. 17.

Epistemologia jurídica

JOSÉ CARLOS BUZANELLO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Filosofia e ciência. 3. Direito e ciência. 4. Dogmática jurídica.

1. Introdução

“Criar é desatar angústias”

G. Bachelard

Convido o leitor para caminhar pelos labirintos da epistemologia. Os caminhos são vários, pedregosos, difíceis, mas plenos de bons e prazerosos perfumes. Fica, desde logo, advertido que não se pretende esgotar esses caminhos – pois novos caminhos sempre surgem ao caminhar.

Assim, parto da premissa de que o conhecimento humano é tão vital quanto o oxigênio que respiramos. Para tanto, o conhecimento é uma operação vital, imanente, que tem por efeito fazer um objeto presente ao sentido ou à inteligência.

Os homens e as instituições não podem ser apreciados pela moeda do Absoluto. Sua realidade é contingente. Seu passado é o que já foi e não o mais será; seu futuro, incerto, inescrutável. O presente, ao contrário, se desloca continuamente, tecendo a história. É o caminhar permanente, é o latejar da vida, os quais alteram as percepções do passado e as visualizações do futuro, isto é, a verdade dos homens sobre os homens. Portanto, os parâmetros da avaliação da história são, ao mesmo tempo, o resultado da própria história.

Cada tempo produz as suas verdades e os seus critérios de julgamento da sua arte, da sua técnica, da sua ciência, da sua filosofia. Apreciar o passado significa aplicar os padrões de

verificações de hoje sobre o ontem, que não podem mais ser válidos no futuro. Neste contexto, surge uma questão muito importante: onde ancorar a objetividade do conhecimento, para não mergulhar no puro subjetivismo? A objetividade é o resultado do consenso, como afirma o filósofo Popper, de verdade aceita como tal pela sociedade – em particular pelos homens de pensamento, que respondem pelo avanço da técnica, da ciência – que formam a opinião pública esclarecida. Disso decorre o “discurso competente” do academicismo como “valor de verdade” e de poder. E, afinal, que critérios utilizar na avaliação dos homens e das suas instituições? Trata-se de algo controverso. Certamente invoca-se o princípio da legitimação, isto é, os critérios reconhecidos, legitimados pela sociedade civil, os quais se corporificam nas suas vigências sociais, nos códigos de conduta e de valores humanos inquebrantáveis, o que se baseia na organização da vida. Trata-se de buscar um modelo de verificabilidade, ciente da difícil tarefa de aferir esses valores sociais que se aproximam de um quadro ideal da nossa auto-avaliação.

A problematização e a abordagem dos fenômenos constituem o ponto nevrálgico da configuração do “Estatuto da Epistemologia” que, como processo crítico da ciência e seus métodos, participa dos ingredientes da ciência e da filosofia. Nesse sentido, o Professor Hilton Japiassu, a maior autoridade brasileira em teoria do conhecimento, afirma: “o estatuto do discurso epistemológico, como duplo, é ambíguo: discurso sistemático que encontraria, na filosofia, seus princípios, e na ciência, seu objeto”¹.

O trabalho científico requer necessariamente uma discussão prévia sobre o objeto de estudo e sua definição, sendo, para tanto, um problema da epistemologia. A epistemologia é o fator de referência nas ciências sociais. A questão do objeto de estudo de uma ciência é, ao mesmo tempo, algo muito difícil e muito decisivo, pois é da definição deste objeto que dependem os conhecimentos ulteriores. Esse objeto não é dado, *a priori*, de maneira simples e evidente; ao contrário, é construído e é problematizado pelo pesquisador. Trata-se de um entendimento polêmico. Presido a tese de que nada é dado, tudo é construído. A definição do objeto de estudo é sempre o resultado de um trabalho

teórico e não apenas da construção empírica. O “real construído”, em Bachelard, não é apenas uma simples leitura do real que se imprimiria na consciência científica.

A perspectiva de inter-relações da ciência com a filosofia, principalmente, de avaliações, de progressos e projeções do homem, expressa algumas contradições no “fazer ciência”. O eminente jurista francês Michel Mialli, sobre este problema, acha curioso, e afirma:

“... a ciência tenha praticamente passado ao lado de todo este movimento e que, contrariamente a outras disciplinas, não tenha reproduzido reflexão séria sobre as condições de sua própria validade. (...) é preciso reconhecer a extraordinária segurança de uma ciência que não produz qualquer dúvida sobre o seu valor, como se tudo fosse evidente”².

A auto-suficiência é um traço marcante da ciência na atualidade: é preciso uma viagem de retorno à teoria, à transdisciplinaridade e ao resgate da humanidade. A concepção dominante é, pois, a de que a epistemologia fornece sentido ao empreendimento científico nas ciências humanas, porquanto cada ciência tem de visar não somente a uma dimensão do homem, mas possibilitar um conhecimento integral, totalizante, ainda que apenas num certo plano e sob uma dada perspectiva.

2. Filosofia e ciência

A relação entre filosofia e ciência, quando vistas como um problema comum de investigação filosófica, abre novas formas de semântica filosófica; já que ambas tratam de uma certa indicação filosófica, a filosofia começa novamente a apreender, com a ciência, a equilibrar controvérsias relativas às posições opostas, com investigação relativa a problemas comuns. A ciência como conhecimento que busca, de qualquer forma ou medida, uma garantia da própria validade do saber, e a filosofia como problematizadora de juízos de valores, andam em paralelas constantes que se chocam, se entrecruzam e se harmonizam. Mas se a filosofia é o compromisso que faz do saber uma pesquisa, ela condiciona o saber efetivo, que é conhecimento ou ciência. É esse saber que nos diferencia radicalmente dos animais.

A estrutura vasta e majestosa da ciência está conjugada com a tremenda variedade de seus

¹ JAPIASSU, Hilton. *Introdução ao Pensamento Epistemológico*. Rio, Francisco Alves, 1979.

² MIALLI, Michel. *Uma Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa, Moraes Editores, 1979.

métodos de observação, experimentação, metas, estatísticas e construções teóricas iluminadas pela análise filosófica. Sob o impulso da ciência moderna, a concepção exata da tarefa da filosofia passou por uma reorientação radical. Numa visão histórica geral e breve, talvez se possa dizer que os filósofos, através dos tempos, estiveram empenhados em três empreendimentos básicos: 1.º) procuravam verdades absolutas da realidade e padrões absolutos de moralidade; 2.º) tentavam construir uma síntese, uma visão do universo e do lugar do homem neste contexto (integração da ciência num todo inteligível e harmonioso); 3.º) buscavam o significado e a validade de conceitos fundamentais, presunções e métodos de conhecimento e de avaliação. Em síntese, apenas um processo de interpretação do mundo por parte dos filósofos, de onde Karl Marx exprimiu sua tese fulminante, "os pensadores não fizeram até agora outra coisa senão interpretar o mundo: o fundamental é a sua transformação".

No juízo que a filosofia faz sobre a ciência, podem assumir formas que definem três concepções fundamentais das filosofias — a metafísica, a positivista e a crítica. Para a filosofia metafísica, a filosofia é o único saber possível e as outras ciências, como tais, coincidem com ela ou são parte ou preparação dela; já a filosofia positivista, entende que o conhecimento é próprio das ciências particulares e a filosofia tem por tarefa coordenar e unificar seus resultados; enquanto a filosofia crítica entende que a filosofia é julgamento sobre o saber, isto é, a avaliação de suas possibilidades e de seus limites, em vista do seu uso humano. Segundo essa concepção, a filosofia não aumenta a quantidade do próprio saber, portanto não pode ser chamada propriamente de conhecimento. Sua tarefa é, antes de tudo, pôr à prova a validade do saber, determinando os limites e as possibilidades efetivas.

No desenvolvimento recente na ciência e na filosofia, freqüentemente é usada a expressão "revolução" para referir-se à revolução de circunstâncias e condições (econômicas, culturais etc.), as quais influenciam, permanentemente, o pensamento científico e filosófico que, por sua vez, incorpora, supera e avança, num processo rápido e interminável. Há problemas imensos relativos à circulação e à utilização das modernas conquistas tecnológicas. Pode-se observar a profunda revolução em nossos estilos de vida, por exemplo, através do uso da energia nuclear, da automação, da biotecnologia e

das novas técnicas de planejamento estratégico do Estado. Vivemos cotidianamente a chamada "Era das Revoluções", que transcende a ciência e a filosofia, expandindo-se para a sociedade, reflexivamente, num gesto envolvente desde o mais incauto ao mais prudente. A relação traçada entre ciência e filosofia durante os últimos séculos tem sido de maneira bem diversa: as revoluções, nas ciências, resultam do exame de novos dados e da reformulação de conceitos básicos (adequação); enquanto as revoluções, na filosofia, resultam da necessidade de expor diferentemente os problemas filosóficos, a fim de acomodar ciência e senso comum; ou ainda: as revoluções na ciência foram a nova interpretação dos fenômenos e a nova formulação de leis para ordená-los, enquanto as revoluções na filosofia foram refinamentos de problemas de experiências comuns da ciência e da própria filosofia. As diferenças entre os dois sistemas não são uma simples questão de "fatos", pois trazem questões filosóficas e históricas.

As posições assumidas pelos filósofos e cientistas em qualquer período histórico podem ser declaradas num esquema de posições mutuamente opostas, num nexa de questões inter-relacionadas e ambíguas. Nesse último século, a ciência evidencia-se com uma superioridade sobre a filosofia, em síntese, é o triunfo das ciências e a decadência da filosofia. A "era da ciência" se demonstra facilmente pelos resultados práticos vivenciados pela humanidade. A história da ciência parece ser cumulativa e a história da filosofia não-cumulativa, isto é, não estruturadora. As controvérsias reinantes caracterizam-se mais por respostas diferentes às questões sucintas (método) do que à simples oposição.

O conhecimento não é mero instrumento do raciocínio, álgido ou inflexível. Ao contrário: constitui-se de doses fortes de ingredientes emocionais, irracionais, de intuições, tendências e aspirações, as quais se servem dos mesmos pressupostos lógicos da epistemologia para demonstração das conclusões mais variadas. Nas ciências, como em todo o conhecimento, não há lugar para neutralidade e ausência de emoção, porque são construídas por homens que sentem, que pensam e que têm espírito. Ao contrário de alguns autores clássicos, tais como Kant, Comte e Kelsen, que acreditavam no advento de uma ciência livre de emoção, Kant denunciava as paixões como "cancros da razão pura"; Comte falava sobre os três

estágios do pensamento, sendo os dois primeiros habitados por mágicos e sacerdotes, representados por imaginações teológico-metafísicas, enquanto o último era constituído de cientistas suficientemente sábios o bastante para amordaçar a imaginação, isto é, o estágio das ciências: Kelsen, por sua vez, desenvolve uma teoria jurídica pura, distante das ideologias políticas e das ciências naturais, pretendendo libertar o direito de todos os elementos que lhe são estranhos, na busca única e exclusiva de conhecer e determinar o objeto do direito. O positivismo jurídico de Kelsen mutila o direito pela separação da sua causa final, que é a justiça. Constrói sábios neutros, cérebros sem alma e seres irresponsáveis.

Esse corte frio que separa o objeto de estudo com o sujeito da prática cognoscitiva nas ciências sociais é inaceitável. Há permanentemente uma relação dialéctica entre o investigador e o objeto investigado, permeado de emoções, de tensões e de ideologias. O corte epistemológico, que é, como tal, um instrumento teórico de descontinuidade entre ideologia e as ciências, constitui o caminho para analisar a estrutura específica da ciência enquanto aparato de produção de conceitos e, principalmente, para pensar a diferença entre "objeto real" e o "objeto de conhecimento". Poderia discorrer sobre o corte epistemológico, amplamente estudado por Bachelard, mas trata-se de um caminho que momentaneamente não iremos conhecer.

A luz da ciência moderna, os resultados e as conclusões do "mundo filosófico", na busca da verdade absoluta, estão sendo em grande parte, abandonados por serem infrutíferos e desnecessários. O espírito da ciência contemporânea é "crítico", no sentido de que todas as suas conclusões são consideradas válidas ou defensáveis, "até nova orientação". A política da receptividade indica que, embora conservando nossas convicções (em princípio, abertas a críticas e revisões), é perfeitamente razoável confiar em presunções bem confirmadas, até que uma prova forte nos force a modificá-las, ou substituí-las por outras presunções mais fortemente apoiadas em provas relevantes. O dogmatismo e o ceticismo são inaceitáveis para o mundo contemporâneo.

Sempre que surge uma nova concepção filosófica do universo e do homem, a ciência trata de imediatamente adequar-se aos novos conceitos. Assim, por exemplo, o Racionalismo, que criou uma concepção de ciência, é caracteriza-

do por duas asserções fundamentais: 1.º) o universo é um sistema ordenado inteiramente por leis universais e necessárias (Racionalismo Objetivo e Metafísico); 2.º) o homem é um ser racional - faculdade que permite compreender as leis universais e necessárias daquele sistema (Racionalismo Subjetivo e Metodológico). Sobre essas duas asserções basilares se funda a concepção da ciência como adequação da razão subjetiva do homem à razão objetiva do universo. Nessa perspectiva, a ciência consiste em descobrir leis que existem na natureza (imutáveis e necessárias), tendo carácter definitivo de verdade. Em síntese, os objetos da investigação do cientista da natureza são as leis universais e necessárias.

A concepção positiva de ciência refuta os pressupostos da concepção racionalista, ao tentar uma eliminação de todo seu conteúdo metafísico-religioso. O Racionalismo do século XVII, como procedimento da razão para aferir técnicas em determinado campo, estava envolvido também no campo religioso. As teses positivas afirmam que a ciência é o único conhecimento possível e o método da ciência (descritivo) é o único válido; assim, conclui-se que os recursos e os princípios (causa), que não são acessíveis ao método da ciência, não dão origem a conhecimentos. Deste modo, a metafísica que opera com esse método não tem nenhum valor.

A tese do Racionalismo é a razão, não como faculdade, mas como "concatenação das verdades", sendo ela necessária no sentido de não poder ser diferente do que é e, por decorrência, imutável, não exigindo confirmação. Contudo, sobrevive um traço do Positivismo e do Racionalismo, a idéia de que através da experimentação dos fatos, a ciência possa chegar à verdadeira lei da natureza. O fato constitui o pressuposto, o guia da análise científica. As leis do pensamento, como "objeto" da lógica que precedem na própria experiência, devem dissolver-se em fatos de experiência para serem acolhidos como objeto legítimo do sistema positivo. De outro modo, a tese de Empirismo é que tal necessidade (racional) não subsiste e que toda e qualquer "concatenação de verdades" pode e deve ser posta a toda prova, controlada, modificada ou abandonada.

Assim, após a problematização da relação "filosofia versus ciência" nessa caminhada reflexiva, trago à luz as contribuições dos Professores Giuseppe Lumia e Norberto Bobbio. Des-

te modo, o Professor italiano Giuseppe Lumia assevera que:

“as proposições científicas não são, segundo os modernos metodólogos, proposições incondicionalmente verdadeiras, no sentido que reproduzem pela intuição a idéia de que uma operação experimental seja uma verdade, ideal ou de fato, pressuposta; são, porém, proposições rigorosas. O centro de gravidade da ciência foi deslocado, por assim dizer, da verdade para o rigor”³.

Dando continuidade a essa análise, leciona o emérito pensador peninsular Norberto Bobbio:

“a cientificidade de uma investigação não consiste na verdade, isto é: na correspondência da anúnciação com uma realidade objetiva, senão no rigor de sua linguagem, isto é: na coerência de um enunciado com os demais enunciados que formam, juntamente com ele, sistema. A ciência, em suma, tem início com a formação da assim dita “linguagem científica”, quer dizer, com aquela linguagem que faz de um conhecimento puramente subjetivo um conhecimento ao gramaxismo intersubjetivo”⁴.

A teoria do conhecimento apóia-se no pressuposto de que o conhecimento é uma “categoria do espírito”, uma forma da atividade humana (sujeito) que possa ser indagado no universal e no abstrato. As ciências nascem do particular e se conectam no universal. Temos basicamente duas formas de ciência: físicas ou explicativas e humanas ou compreensivas. As ciências possuem um discurso próprio, específico, distinto do discurso político-idológico, que se articula, de maneira descontínua, com a história. Para Bachelard, a história das ciências é a refundição de sua estrutura conceitual dentro dos marcos teóricos, sendo o laboratório da epistemologia. A teoria, como ordenação das relações entre os fatos explicados através de análise, garante ao empreendimento científico uma estrutura sistemática própria. Isso representa uma inovação no processo de reconhecimento, enquanto apresenta uma nova visão e concepção da realidade projetada para o futu-

ro, fornecendo as coordenadas para a ação do homem. A ciência, enquanto processo reflexivo que o homem realiza sobre suas circunstâncias, implica numa articulação de sua experiência e capacidade perceptiva, tomando como base os padrões culturais e o período histórico.

3. *Direito e ciência*

Entre os muitos fatores que estimularam e sustentaram a investigação científica ao longo da história, figuram duas preocupações permanentes, que se constituíram nos maiores motivos dos homens para a construção da ciência:

1.º – o caráter prático – na inquietude constante do homem para melhorar a sua condição estratégica em face do mundo onde vive e onde busca, para tanto, encontrar meios eficazes de prover e prever, no curso dos acontecimentos que ocorrem ao seu redor, dominá-lo em benefício da espécie humana;

2.º – a motivação básica de investigação científica – no qual o homem transcende as preocupações de ordem prática: reside na sua curiosidade intelectual, no seu desejo profundo e persistente de chegar a conhecer e compreender o mundo que habita. Como afirma Aristóteles, “o homem é um ser condenado a saber”. Essa paixão arrasadora de conhecer é tão forte no homem que, na ausência de informação ou compreensão factual adequados, são frequentemente invocados mitos para responder perguntas aos fenômenos empíricos.

Os traços que caracterizam o tipo de conhecimento alcançado pelas ciências da natureza e da sociedade podem ser entendidos como conhecimento científico e senso comum, respectivamente, que se resumem estruturalmente em três elementos: racionalidade, objetividade e positividade. Esses elementos formam a estrutura da ciência, constituída de conceitos, juízos, lógica, objeto de estudo e suas respectivas delimitações de quantidades e medidas. Agora se aproxima uma nova encruzilhada epistemológica, e de antemão convido o leitor para irmos para a “esquerda” na busca do “direito”. Trata-se de um caminho na seara do discurso jurídico, onde se analisará o “mundo do direito” e suas circunstâncias. Surge, assim, a primeira provocação: é possível uma ciência do direito? Para definirmos a cientificidade do direito devemos, antes de tudo, considerar o solo epistemológico sobre o qual se formam essas práticas teóricas. Essa provocação é digna de discussões acaloradas e controversas. Não foi sempre evidente que o direito pudesse ser ver-

³ LUMIA, Giuseppe. *Empirismo Lógico e Positivismo Giuridico*. Milano, Giuffrè, 1963.

⁴ BOBBIO, Norberto. “Scienze del Diritto e Analisi del Linguaggio”, in *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n.º 2, Roma.

dadicamente o objeto de uma ciência, mas sim uma técnica de controle social. Em atenção a essa problemática, o Professor Clemerson Merlin Clève expressa que “o jurídico atual nasceu sob o signo da cientificidade, sendo que várias teorias jurídicas não passam de discursos justificadores do estatuto teórico de sua conduta”⁵.

Atualmente, duas correntes justificam o direito como ciência, quais sejam, sucintamente:

1.^a – aquelas que socorrem-se da epistemologia das ciências naturais – sociologismos – ali encontram os fundamentos para descobrir certo direito dado pela natureza ou pela sociedade, o qual deve ser observado pelas normas técnicas e leis – construídas. A ciência do direito seria, nesse caso, uma sociologia jurídica submetida às ciências naturais;

2.^a – aquelas que assumem o aspecto tecnológico e nascem a partir da separação entre o reino do ser e dever-ser, para proclamar a ciência do direito como ciência da norma – uma disciplina do dever-ser. Desta concepção decorrem os posicionamentos lógicos de Hans Kelsen, os deslocamentos ontológicos de Cossio, e o Tridimensionalismo de Miguel Reale, e conforme o referencial epistemológico, estas teorias assumirão esta ou aquela posição frente à dogmática.

Assim, para a primeira teoria, a dogmática é simples técnica decorrente da ciência jurídica, enquanto para a segunda, a ciência do direito é a ciência dogmática – jurídica. Estas colocações são severamente questionadas pela filosofia mais recente, as quais reclamam um “Novo Estatuto Epistemológico”.

Na estrutura do saber, segundo o pensador Michel Foucault⁶, demonstra-se a impossibilidade de o direito constituir ciência, diante da *episteme* contemporânea. A ciência do direito deve abandonar a justificação do monopólio da produção do saber jurídico para buscar a verdade. De todo modo, o reconhecimento de uma ciência do direito é, atualmente, considerada como possível. A idéia de que a ciência jurídica é uma “ciência normativa” encerra uma ambigüidade que freqüentemente se traduz por um contra-senso: trata-se de um alargamento das fronteiras do “mundo jurídico”, espriaian-

⁵ CLÈVE, Clemerson Merlin. *O Direito e os Direitos*. São Paulo, Ed. Acadêmica, 1988.

⁶ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas jurídicas*. Caderno 16-PUC/RJ, 1974. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio, Graal, 1979.

do-se para as ciências sociais. Pode-se exemplificar brevemente por uma diferença fundamental entre o jurídico e o científico: trata-se da situação do legislador (teórico-político) e o Juiz (experimentador-técnico), sendo que este pode flexionar a lei, mas não pode refazê-la. Contudo, a experiência pode e deve auxiliar a transformar a lei (nomos).

Como demarcamos acima outros caminhos, o objeto do direito (norma jurídica) não é um dado, mas sim um ente construído pelo homem. O cientista do direito, além de construir o seu objeto de estudo, restabelece a relação entre sujeito cognoscente e o objeto pré-construído, baseando-se na teorização do direito, para submetê-lo à crítica epistemológica em que constrói, permanentemente, o objeto científico. O Doutor de Viena Hans Kelsen, por sua vez, limita o objeto da ciência do direito (norma jurídica) apenas ao objeto apreendido juridicamente, ou seja, do ponto de vista do direito, desfaz completamente a idéia de que as relações inter-humanas, como relações econômicas e políticas, são objeto de direito. Sem dúvida, é mais uma redução teórica de Kelsen e de sua escola o “positivismo jurídico”.

A análise científica do direito atinge sua maturidade quando o sistema normativo é confrontado, analiticamente, com a realidade social, além do estudo das regras jurídicas, do seu funcionamento orgânico e de sua lógica, vinculados às condições de produção econômica, sistema político e relações sociais. O direito, nesta perspectiva, concretiza-se como conjunto de regras (leis e regulamentos) que têm como objeto o comportamento inter-subjetivo dos homens em determinada sociedade.

Na história do pensamento jurídico e filosófico, sucederam-se ou entrecruzaram-se quatro (pelo menos) concepções fundamentais quanto à validade do direito:

1.^o – Direito Positivo – conjunto de direito que a sociedade reconhece, fundado no direito natural (eterno, imutável e necessário);

2.^o – O Direito como Moral – julga e considera uma forma diminuída ou imperfeita de moralidade;

3.^o – O Direito como força – reduz o direito a uma realidade histórica, politicamente organizada, tendo presente a relação legalidade *versus* legitimidade, mediante o emprego da força (*manu-militare*);

4.^o – O Direito como Técnica Social – o di-

reito como função exclusiva de controle social (assistência e conformidade social).

Em todo caso, o direito caracteriza-se pela vinculação à realidade social. Com efeito, a realidade social constitui-se de pressupostos da norma e a ela se dirige com o objetivo de produzir determinados resultados materiais. A norma constitui-se de objeto de investigação e instrumento de interpretação da realidade social. A análise global do fenômeno jurídico tem de ser necessariamente interdisciplinar, isto é, buscar referências explícitas e implícitas dos resultados oferecidos por outro ramo do saber. Em seu aspecto existencial, a norma caracteriza-se como produto da cultura, passível de análise científica. A realidade social e política é que vai determinar a constituição, e essa, para ser legítima, precisa estar absorvida pela globalidade da dimensão social em jogo (luta de classes), da qual resultará a conexão da validade-eficácia bem como as devidas repercussões sociais da normatividade jurídica. Desta forma, a ciência jurídica é construída racionalmente com base na experiência empírica. As normas jurídicas estão repletas de um sentido sociológico, em virtude dos fatores sociais que condicionam a normatividade e os respectivos valores, de acordo com uma determinada concepção política. Com base nestas dimensões, constrói-se como dinâmica totalizadora a realidade jurídica.

Todo sistema social, em qualquer época, produziu um sistema jurídico (escrito ou não) correspondente às concepções políticas dominantes. Trata-se do resultado vitorioso (político-ideológico) inserido num processo histórico mais amplo, que vai determinar o desenvolvimento, o progresso e o enriquecimento do sistema jurídico. As ciências sociais requerem a investigação permanente nos sistemas teóricos anteriormente propostos. O positivismo, o estruturalismo, o marxismo e tantos outros "ismos" (sistema ou escolas que tentaram colocar à sua manciara a questão do estudo dos sistemas sociais). Nesse processo, inevitavelmente, insere-se a reflexão do jurista sobre o seu objeto de estudo.

As construções teóricas efetuadas ao longo da história, apresentaram-se como portadoras do conhecimento jurídico da época. Esse conjunto de conhecimentos estava selado por uma concepção ideológica, que pretendia constituir um discurso mais ou menos coerente para justificar ou ocultar o quadro social dominante (mediante o emprego conceitual de institutos), seja idealista, empirista, marxista. Nessa deixa,

entra em cena um novo ator, o "cientista político", para enquadrar os sistemas políticos de fato, bem como sua conexão com o sistema econômico, jurídico, social, cultural-ideológico, com as conseqüentes análises do Estado, do poder e dos respectivos atores políticos.

4. Dogmática jurídica

A dogmática jurídica é o objeto de análise epistemológica desta última seção, findando a caminhada. O conteúdo material da dogmática jurídica é indicativo do tipo de Estado que a emite e da forma de estruturação do convívio societário.

A dogmática jurídica, a menos que se convierta em instrumento ideológico destinado a dissimular ou falsear a realidade, precisa manter-se sintonizada com a vida, recebendo seu influxo e sobre ela atuando. Desta forma, em qualquer situação, o centro gravitacional do direito e do seu desenvolvimento situa-se na sociedade. Por esse pressuposto fundamental é que a sociedade e os seus fatos são a fonte originária do direito, estão e permanecerão axiologicamente acima da dogmática jurídica. É preciso afastar o pressuposto positivista de negar importância aos fatos sociais e políticos. Uma concepção plural e totalizadora do direito não pode excluir as perspectivas propiciadas pela filosofia e sociologia do direito. A primeira, quanto aos questionamentos das instituições e dos seus valores, em busca de sua atualização e aperfeiçoamento. A segunda conduz à percepção social do direito dos vários grupos sociais, à adequação ou não da ordem jurídica aos valores socialmente aceitos e à determinação dos efeitos sociais decorrentes da aplicação das normas jurídicas.

Nesse entendimento, o Professor Luis Warat nos auxilia nessa empreitada, da seguinte forma:

"a dogmática jurídica é a atividade que tem a pretensão de estudar o direito positivo vigente sem construir sobre o mesmo juízos de valor. É a tentativa de formular uma teoria sistemática do direito positivo baseado em sua aceitação conceitual do direito estabelecido, explicaria sua coerência, denotando a pseudológica que o ordena"⁷.

A dogmática propõe-se ser fundamento de uma ordem lógica positivista, bem como des-

⁷ WARAT, Luiz Alberto. *Epistemologia e Direito*. Rio Eldorado, 1977.

crever a legalidade (mundo jurídico) da maneira mais isenta possível, a fim de desvincular os conceitos jurídicos do subjetivismo de cada cidadão. A dogmática, enquanto criação teórica, fundamenta-se na distinção entre o plano descritivo e o plano prescritivo: o plano das explicações e o plano dos argumentos justificadores.

A dogmática é o esqueleto do sistema jurídico, construído através de enormes redes paralelas de títulos, capítulos e seções, cujas malhas abarcam e delimitam o universo ontológico jurídico, que define a latitude e os limites do discurso e da eficácia jurídica. A partir desse corte, temos dois mundos: "o mundo do jurídico e o mundo do não-jurídico". O direito se resume no sistema da norma e nada mais. Foi o fundador da Escola de Viena Hans Kelsen aquele que melhor esboçou essa distinção, na sua célebre "Teoria Pura do Direito"⁸. A partir da distinção entre as categorias do ser e do dever-ser, constrói um sistema jurídico isento de todos os elementos estranhos ao objeto do direito (políticos, sociológicos, psicológicos), erigido numa estrutura hierárquico-lógica do conhecimento normativo. A Norma Fundamental, ou a Constituição Política, é o fulcro hipotético de toda a ordem jurídica, sendo o valor máximo desta ordem. Essa é que informa a unidade do sistema jurídico, onde vai determinar a validade das demais normas inferiores, isto é, o princípio da hierarquia das normas jurídicas. Com a alegação de que a Norma Fundamental vale, vale também a ordem jurídica que sobre ela descansa em conformidade com os preceitos da matriz.

A proposta de Hans Kelsen assume a necessidade metodológica de uma investigação pura, no sentido da validade auto-referente das normas pelo sistema jurídico, sendo a dogmática a pretensão universalizante, isto é, a acitação ou a confusão entre o mundo natural e o mundo normativo. Kelsen resume todo fenômeno jurídico dentro da norma, prescindindo de qualquer valor ou condicionalidade fática. Resulta o direito com mutilações profundas, assumindo-se apenas com um caráter instrumental ou técnico. É o direito desalmado, assexuado. O que distingue a regra jurídica, nessa visão, é sobretudo a vigência ou validade técnico-formal, sendo a eficácia elemento distinto e de certa forma secundário.

O Professor Miguel Reale considera a dogmática em três momentos lógicos de interpreta-

ção, construção e sistematização de normas jurídicas, sendo que essa (dogmática) não representa todo o direito, mas o momento culminante da ciência do direito:

"Se a dogmática é a interpretação da realidade ou da experiência de um povo em dada época; se ela se desdobra no fino labor interpretativo das normas, na construção dos institutos como unidades moleculares da doutrina, e se cleava à organicidade dos sistemas, não há como desmerecer seu papel. Mas não é que a ciência do direito se esgote na dogmática, ou que com ela se confunda"⁹.

Essa visão contribuiu muito para a problematização do direito posto. Abrem-se novos caminhos, novas descobertas. Assim, convido o leitor para um novo caminho pela zetética a clarear a dogmática jurídica. Para alcançar tais propósitos – sentaremos, para invocar outras luzes. Vimos na trilha firme e iluminada por Theodor Viehweg¹⁰ o facho de luz separador da zetética e da dogmática. Etimologicamente, a noção de dogma está ligada ao sentido do ato de doutrinar, e orientar a ação humana, isenta de qualquer dúvida. Em suma, a eliminação da dúvida, tendo em vista o compromisso com a ação, é que orienta a movimentação do pensamento dogmático de forma polarizada. Estabelecidas as premissas da dogmática, estas não podem ser alteradas, e no compromisso com a ação social, o pensamento dogmático não questiona o fundamento racional valorativo da sua proposta. Desta forma, a nível de especulação filosófica, o dogma é a reação intransigente à dúvida e só há dogma porque há dúvida. O modo zetético de pensar contrapõe-se a essa mecânica, tendo como premissa o questionamento permanente e dialético, a uma busca descompromissada com sua ação.

Nesse sentido o Professor Paulo Tarso Ribeiro (USP) assim leciona:

"a possível construção de um direito sem dogma se situa exatamente aqui no sentido de uma dialética não mais de natureza hegeliana, que apontaria para uma síntese final, mas de uma dialética que remonta a Aristóteles e sobre a qual se poderia constatar como única ortodoxia

⁹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo, Ed. Cultrix, 1979.

¹⁰ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília, DIN, 1979.

o próprio movimento heterodoxo da dialética”¹¹.

E mais adiante acrescenta:

“a perspectiva zetética em sua plenitude é o que nos conduziria a um raciocínio eternamente circular, o que se pretende é admiti-la enquanto fundamento de uma construção analítica e de um discurso científico e que, por isso mesmo, se pretende aberto, compreensivo e responsável. Neste sentido, analisar a dogmática jurídica, hoje, exige do observador mais atento a consciência epistemológica de que a teoria delimita o objeto

que elabora e imprime, na expressão de Warat, sua particular marca teórica ao objeto, ou seja, seleciona, filtra, elege e delinea, em conformidade com o arsenal analítico que utiliza, este mesmo objeto”¹².

Eis o fim desta caminhada e mais um caminho não acabado. Convido o leitor para criar coragem e seguir esses caminhos por suas próprias pernas e condições. Essa breve incursão pela epistemologia levanta problemas concretos insanáveis. Trata-se, por fim, da problemática humana inesgotável, contudo, advirto para não andar em círculo, pois dispomos dos necessários pontos de apoio. Há caminhos para novas jornadas.

¹¹ RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. “Dogmática Jurídica e Crise de Estado Moderno”, in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 102, Senado Federal – Brasília, 1989.

¹² RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. Ob. cit.

O princípio da subsidiariedade na União Européia

MARCUS SIQUEIRA DA CUNHA

Desde a assinatura do Tratado de Paris (18 de abril de 1951) que instituiu a Comunidade Européia do Carvão e do Aço e posteriormente com a assinatura do Tratado de Roma (25 de março de 1957) que instituiu a Comunidade Econômica Européia e a Comunidade Européia da Energia Atômica, o continente europeu liberal está em débito com a democracia.

A questão do *déficit* democrático estrutural verificado dentro da Comunidade Européia nunca teve a merecida atenção por parte da classe política de seus países-membros.

Os idealizadores do Tratado de Maastricht da União Européia estão entre os primeiros que tentaram objetivamente frear o rápido e constante processo de agigantamento do poder comunitário verificado principalmente com o alargamento de competências "implícitas" em favor da Comunidade.

O Tratado de Maastricht, que entrou em vigor no dia 1.º de novembro de 1993, tentou atenuar essa circunstância de degeneração democrática. Por um lado, com um procedimento de co-decisão que ampliou a participação do Parlamento Europeu em algumas matérias, ainda que de importância secundária, e por outro lado, incluindo o artigo 3ºB que expressamente eleva o princípio da subsidiariedade a princípio fundamental dentro do ordenamento jurídico comunitário.

O novo artigo 3ºB do Tratado da União Européia define a subsidiariedade nos seguintes termos:

"A Comunidade atuará nos limites das atribuições que lhe são conferidas e dos objetivos que lhe são cometidos pelo presente Tratado.

Nos domínios que não sejam das

Marcus Siqueira da Cunha é Licenciado em História e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas, pós-graduando em Direito Comunitário Europeu junto à Università degli Studi di Genova - Itália.

suas atribuições exclusivas, a Comunidade apenas intervém, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objetivos da ação previstos não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros e possam, pois, devido a dimensão ou aos efeitos da ação prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário.

A ação da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objetivos do presente Tratado.”

Favorecido por sua ambigüidade, tal princípio de subsidiariedade obteve o consenso tanto por parte dos parlamentares europeus, que viram neste princípio a possibilidade de retorno a um processo decisório mais democrático, com as decisões sendo tomados a um nível mais próximo dos cidadãos, quanto por parte da burocracia europeia de Bruxelas que com tal princípio de subsidiariedade mantém ainda assim uma boa margem de ação, haja vista as atribuições da Comunidade não serem expressamente delimitadas e seus objetivos serem amplos.

Se examinarmos a origem de tal princípio da subsidiariedade dentro da tradição cultural europeia, encontraremos como constante a de ter sido esse sempre pensado como meio de defesa dos indivíduos, das comunidades menores, contra a mais ou menos natural tendência à centralização do poder.

É consenso entre os doutrinadores que se trata de um princípio diretamente relacionado ao sistema federativo próprio, porque é sobretudo nessa forma de organização que se verificam as relações mais marcantes entre um poder “superior” e um ou mais poderes hierarquicamente “inferiores”.

Já Pierre Proudhon, no século XVII, quando definia o federalismo como um contrato onde as partes reservam para si um âmbito de soberania e ação maior do que aquele que estão dispostos a transferir ao ente federal, falava de subsidiariedade.

Também encontramos presente tal princípio da subsidiariedade na Doutrina Social da Igreja Católica, primeiro com a Encíclica *Quadragesimo anno* (1931)

“princípio importantíssimo da filosofia social: que como é ilícito tolher dos indivíduos aquilo que esses podem realizar com as forças e indústria própria para confiar à comunidade, assim é injusto remeter a uma maior e mais alta sociedade aquilo que nas menores e inferiores

comunidades se pode fazer.” e depois reafirmado na Encíclica papal *Later et Magistra* (1962) e retomado uma outra vez na Encíclica *Pacem in terris* (1963)

“O princípio da subsidiariedade ... significa que os poderes públicos da comunidade mundial devem afrontar e resolver os problemas de conteúdo econômico, social, político, cultural que se opõem ao bem comum universal; problemas no entanto que pela sua amplitude, complexidade e urgência os poderes públicos de cada comunidade política não têm condições de afrontar com perspectiva de solução positiva.”

Não obstante a interpretação do princípio de subsidiariedade tenha sido feita quase sempre nesta ótica de descentralização, não faltam aqueles que entendem a subsidiariedade sob um ponto de vista mais jurídico do que político e que defendem exatamente o processo inverso, ou seja, a garantia da decisão mais geral, de um grau superior em detrimento da decisão menos geral de um grau inferior.

Assim Federico del Giudice, em seu *Dicionário Jurídico*, recorda que “A subsidiariedade, ... vem utilizada junto aos critérios de especialidade como critério para resolver os casos de concurso aparente de normas... (*lex prima-ria derogat legi subsidiariae*), onde por norma subsidiária se entende a disposição que tutela um grau inferior do mesmo interesse tutelado por disposição principal em grau superior.”

De fato é nesse sentido que a Constituição Federal alemã assume a subsidiariedade. O que por si só pode influenciar decisivamente na escolha do modelo a ser seguido pela Comunidade, se tivermos presente que após sua reunificação a Alemanha passou a exercer mais do que nunca um papel determinante no processo de União Europeia.

Porém, o processo de formação da União Europeia não corresponde ao tipo federal de organização: é um processo *sui generis*, o que torna ainda mais complicada a interpretação do artigo 3ºB e o que será entendido por subsidiariedade ou não dentro desse contexto.

Certamente a competência interpretativa jurídica caberá ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. Mas, antes de ser jurídico, o princípio da subsidiariedade é político e, como tal, estará nas mãos do executivo comunitário.

Fruto do pensamento liberal e da Doutrina Social da Igreja Católica, o princípio da subsidiariedade, embora elevado à condição de “cons-

titucional" dentro do Tratado de Maastricht, não parece ser instrumento eficaz, capaz de regenerar o sistema democrático comunitário em franca decadência.

As novidades introduzidas pelo Tratado de Maastricht não modificam a estrutura institucional da Comunidade Européia em sua substância. Não altera o desequilíbrio na relação de forças entre os burocratas, que tudo podem, e os democratas, quase todos confinados em um

Parlamento sem seus plenos poderes.

Continuando nessa estrada, com belos e válidos princípios mas sem estruturas que assegurem sua aplicação e garantam as regras do convívio democrático, a União Européia, e sua tradição liberal, que um dia inspirou democratas em todo o mundo, corre o risco de ser nesse início de novo milênio um exemplo absolutamente a não ser seguido.

O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã

LUÍS AFONSO HECK

SUMÁRIO

I. *Introdução*. II. *Fundamentos históricos (precursores)*. III. *Definição*. IV. *Natureza jurídica do recurso constitucional*. V. *Função dúplice do recurso constitucional*. A. *Garantia da proteção jurídica individual*. B. *Defesa e desdobramento da Lei Fundamental*. VI. *Objeto e critério normativo*. A. *Ação ou omissão do poder público*. 1. *Poder Legislativo*. a) *Ação*. b) *Omissão*. 1) *Grau*. 2) *Dever à ação*. 3) *Jurisprudência constitucional*. 2. *Poder Executivo*. 3. *Poder Judiciário*. a) *Decisão judicial e extensão do exame*. 1) *O Tribunal Constitucional Federal não é instância de revisão*. 2) *A posição da doutrina*. b) *Procedimento judicial*. c) *Fundamento do recurso constitucional*. 1) *Nas decisões judiciais*. 2) *Nos procedimentos judiciais*. d) *Omissão judicial*. B. *Critério normativo*. VII. *Faculdade para promover o recurso constitucional*. A. *Violação "pessoal, presente e direta"*. "Pessoal". "Presente". "Direta". B. *Esgotamento das vias judiciais*. *Posição do art. 19, alínea 4, da Lei Fundamental*. 2. *Princípio da subsidiariedade*. C. *Exceção à exigência do esgotamento das vias judiciais*. VIII. *Legitimados à propositura do recurso constitucional*. A. *Pessoas naturais*. B. *Pessoas jurídicas*. C. *Associações carentes de personalidade jurídica*. IX. *Prazo*. X. *Pressupostos da admissão* (§ 93a da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal) A. *Significado fundamental jurídico-constitucional* (§ 93a, alínea 2, letra a, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). B. *Indicação da realização dos direitos mencionados no § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal* (§ 93a, alínea 2, letra b, primeira parte da frase, dessa lei) C. *Indicação de um especial prejuízo grave* (§ 93a, alínea 2, letra b, segunda parte da frase, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). D. *Competência da Câmara e do Senado - e procedimento* (§ 93b e § 93c da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). E. *Decisão* (§ 93d da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). XI. *Decisão sobre o recurso constitucional* (§ 95, alíneas 2 e 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal) A. *Deferimento do recurso constitucional dirigido contra uma decisão*. B. *Deferimento do recurso constitucional dirigido con-*

Luis Afonso Heck é Professor de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado na Fundação Universidade de Itaúna, MG. Doutorando de Direito Constitucional na Albert-Ludwigs Universität, Freiburg. i.Br., República Federal da Alemanha.

tra uma lei. C. *Deferimento do recurso constitucional dirigido contra uma omissão legislativa*. 1. *Omissão legislativa absoluta*. 2. *Omissão legislativa relativa XII. Custas-taxas*.

I. Introdução

Uma perquirição referente à Jurisdição Constitucional alemã revela que o recurso constitucional não é apenas um dos seus elementos essenciais,¹ mas, simultaneamente, a sua própria medula, que vitaliza os direitos fundamentais. A tarefa do Tribunal Constitucional Federal concentra-se na proteção dos direitos fundamentais,² os quais têm, no mencionado recurso³ a sua expressão jurídica. Por meio dele constituiu-se não somente um instrumento processual que possibilita a qualquer pessoa⁴ figurar como guarda da Lei Fundamental, como, ainda, formulou-se um instituto jurídico do qual dimana um efeito educador⁵ aos titulares do poder estatal, levando-os a agir dentro dos limites normativos.⁶ O recurso constitucional apresenta-se, assim, como o coramento da idéia do Estado de Direito.⁷ Além disso, ele propor-

⁰¹ FRIESENIHAIN, E. Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in: Mosler, H. *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung. Internationales Kolloquium veranstaltet vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, 1961, S. 91; cf. do mesmo autor, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, Köln u. a., 1963, S. 7.

⁰² Comparar com HESSE, K. Wandlungen der Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit für die bundesstaatliche Ordnung, in: *FS für Dietrich Schindler*, Basel, 1989, S. 727.

⁰³ Até 1980 foram propostos 44. 773 recursos constitucionais no Tribunal Constitucional Federal; em 1990, 3.309; em 1991, 3.904 e em 1992, 4.214. Ver *Gesamtjahresstatistik des Bundesverfassungsgerichts für das Geschäftsjahr 1992*.

⁰⁴ Art. 93, alínea 1, n.º 4a, da Lei Fundamental, e § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

⁰⁵ ZWEIGERT, K. Die Verfassungsbeschwerde, in: *JZ*, 1952, S. 321; RUPP, H. Die Verfassungsbeschwerde im Rechtsmittelsystem, in: *ZZP*, 1969, S. 3.

⁰⁶ Comparar com STERN, K. in: Dolzer, R. u. Vogel, K. *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, Stand: Juli, 1993, Art. 93, RdNr. 405, S. 168; GEIGER, W. Die Verfassungsbeschwerde nach dem Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. 3. 1951, in: *Bundesanzeiger*, 13.2.1952, Nr. 30, S. 6 ff.

⁰⁷ Comparar com ZWEIGERT (nota 5), S. 321. Ver também LECHNER, H. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar*, 3. Aufl., München, 1973, § 90, Vorbemerkung 3., S. 341; STERN, K. (nota 6),

ciona oportunidades ao Tribunal Constitucional Federal para pronunciar-se sobre magnas questões constitucionais relativas à interpretação dos direitos fundamentais, potencializando, ao mesmo tempo, a atualização da Lei Fundamental em sua aplicação por meio dos detentores do poder estatal.⁸

O escopo deste artigo, além de informativo, em decorrência da envergadura jurídico-constitucional do recurso constitucional, é reflexivo,⁹ tendo em vista que esse recurso é o único instrumento processual alemão que possibilita submeter diretamente a omissão legislativa ao controle judicial.¹⁰

II. Fundamentos históricos (precursores)

A tradição do recurso constitucional¹¹ tem, na Alemanha, duas vertentes geográficas: uma regional, bávara, e outra supra-regional. Naquela são mencionadas: Constituição do Reino da Baviera, de 26 de maio de 1818, § 21;¹² Constituição do Estado Livre da Baviera, de 14 de agosto de 1919, § 93, alínea 1,¹³ e a Constituição do Estado Livre da Baviera, de 2 de dezembro de 1946, art. 120.¹⁴ Nesta são aludidas: Ata Congressual de Viena, de 2 de junho de 1815, art. 46;¹⁵ Ata Final de Viena, de 15 de maio de 1820,

Art. 93, RdNr. 412, S. 170.

⁰⁸ Ver SCHMIDT-BLEIBTREU, B. in: Maunz, T. - Schmidt-Bleibtreu, B. - Klein, F. - Ulsamer, G. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar*, München, Stand: März 1992, § 90, RdNr. 19, S. 34.

⁰⁹ Penso no mandado de injunção brasileiro.

¹⁰ Ver SCHNEIDER, R. Rechtsschutz gegen verfassungswidrige Unterlassen des Gesetzgebers, in: *AOZ*, Band 89, 1964, S. 28.

¹¹ Ver DRATH, M. Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *ITDSiRL*, Heft 9, 1952, S. 39. Comparar com KREUZER, K. Vorläufer der Verfassungsgerichtsbarkeit im süddeutschen Konstitutionalismus, in: *EuGRZ*, 1986, S. 97.

¹² Texto impresso, in: HUBER, E.R. *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Band 1, 3. Aufl., Stuttgart u. a., 1978, S. 155 ff.

¹³ Texto impresso, in: *GlöBI für den Freistaat Bayern*, 1919, Nr. 58, S. 531 ff.

¹⁴ Texto impresso, in: *(Bay)GlöBI* vom Jahr 1946, Nr. 23, S. 333 ff. Sobre esse aspecto regional, ver BOULANGER, W. *Die geschichtliche Grundlagen der heutigen Verfassungsbeschwerde*, Jur. Diss., Heidelberg, 1954, S. 5 ff.

¹⁵ Texto impresso, in: KLÜBER, J.L. *Acten des Tiener Congresses in den Jahren 1814 und 1815*, Sechster Band, Erlangen, 1816, S. 53. Há também referências ao Regulamento do Tribunal Cameral do Império, de 25 de setembro de 1555: Theil II, Tit. I, § 2 e Tit. XXVI, § 1 (texto impresso, in: LAUFS, A. *Die Reichskammergerichtsordnung von 1555*, Köln

art. 29;¹⁶ Constituição Imperial de Frankfurt, de 28 de março de 1849, § 126, letra g;¹⁷ Constituição da Federação Germânica do Norte, de 16 de abril de 1867, art. 77¹⁸ e Constituição do Império Alemão, de 16 de abril de 1871, art. 77.¹⁹

Inicialmente a Lei Fundamental não continha o recurso constitucional, sendo nela introduzido por meio da décima nona lei modificadora da Lei Fundamental, de 29 de janeiro de 1969.²⁰ Até então, a competência decisória do Tribunal Constitucional Federal relativa ao recurso constitucional provinha dos §§ 90 e 91 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, que têm o seu fundamento no art. 93, alínea 2, da Lei Fundamental.

III. Definição

O recurso constitucional é "o pedido de uma pessoa, natural ou jurídica, relativo a uma violação, sustentada, de um direito constitucional do promovente por meio de um titular do poder público, a um tribunal constitucional para ser

Wien, 1976, S. 55 ff). Ver, a esse respeito, SCHEUNER, U. Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert, in: Starck, C. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Band 1, Tübingen, 1976, S. 11; HÖKE, R. Verfassungsgerichtsbarkeit in den deutschen Ländern in der Tradition der deutschen Staatsgerichtsbarkeit, in: Starck u. Stern, *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, Teilband I, Baden-Baden, 1983, S. 36 f; ROBBERS, G. Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *JUS*, 1990, S. 258; cf. do mesmo autor, *Geschichtliche Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: Umbach, D.C. u. Clemens, T. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Heidelberg, 1992, RdNr. 6, S. 5.

¹⁶ Texto impresso, in: MEYER, S.A.G.v. u. ZOEPFL, H. *CJC'G oder Staatsakten für Geschichte und öffentliches Recht des Deutschen Bundes*, Zweiter Teil, 3. Aufl., Frankfurt a.M., 1859, S. 1010 ff.

¹⁷ Texto impresso, in: HUBER, (nota 11), S. 375 ff.

¹⁸ Texto impresso, in: HUBER, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Band 2, 3. Aufl., Stuttgart u. a., 1986, S. 272 ff.

¹⁹ Texto impresso, in: HUBER (nota 18), S. 384 ff. No respeitante ao aspecto supra-regional, ver SCHUMANN, E. Verfassungsbeschwerde (Grundrechtsklage) zu den Landesverfassungsgerichten, in: Starck u. Stern, *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, Teilband II, Baden-Baden, 1983, S. 171 ff; BOULANGER (nota 14), S. 58.

²⁰ Art. 1, n.1 (texto impresso, in: *BGBI*, I, S. 97). À alínea 1 do art. 93, da Lei Fundamental, foram acrescentados os n.º 4a e 4b.

decidido".²¹

IV. Natureza jurídica do recurso constitucional

O recurso constitucional é um recurso extraordinário.²² De um lado, porque não se constitui em um recurso suplementar para os processos perante os tribunais ordinários ou perante os tribunais administrativos.²³ Ele não se coloca como opção ao lado de outros recursos nem como possibilidade de simplificar ou de contornar as outras vias judiciais previstas.²⁴ De outro lado, devido à excepcionalidade, motivada pela certeza jurídica, do questionamento de decisões provenientes de outros tribunais, transitadas em julgado no sentido formal, e de decisões não-impugnáveis de autoridades.²⁵

V. Função dúplice do recurso constitucional

Essa característica do recurso constitucional aparece, na jurisprudência constitucional, pela primeira vez na BVerfGE 33, 247 (258 ff).²⁶ Nela se expõe a função subjetiva e a função objetiva do recurso constitucional, o que já fora tratado pela doutrina,²⁷ estando, hoje, assente.²⁸

²¹ LANGE, H.-R. *Begriff und Rechtscharakter der Verfassungsbeschwerde nach dem Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, Jur. Diss., Münster, 1955, S. 39. O recurso constitucional dos municípios e das uniões de municípios, previsto no § 91 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, não será considerado neste trabalho.

²² BVerfGE 2, 287 (291); 18, 315 (325); 22, 287 (290 f); 68, 376 (379). Na doutrina, ver SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 15, S. 29a-30; ZUCK, R. *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2. Aufl., München, 1988, RdNr. 8-28, S. 4-9.

²³ BVerfGE 1, 3 (5); 1, 5 (6).

²⁴ BVerfGE 2, 287 (291). Ver também BVerfGE 1, 97 (103); 68, 376 (381).

²⁵ BVerfGE 22, 287 (291). Comparar com BVerfGE 68, 376 (379 f). Ver também HERZOG, R., Presidente do Tribunal Constitucional Federal, in: *Deutsche Bundestag, 12. Wahlperiode*, Protokoll der 72. Sitzung des Rechtsausschusses 24. März 1993, Bonn, S. 37.

²⁶ Ver também BVerfGE 51, 130 (139).

²⁷ WINTRICH, J. u. LECHNER, H. Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Bettermann - Nipperdey - Scheuner, *Die Grundrechte*, Band 3, 2. Halbband, Berlin, 1959, S. 669; SCHUMANN, E. *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*, Berlin, 1963, S. 108 ff.

²⁸ Ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 12. Wahlperiode*, Bonn, 1992, Drucksache 12-3628, S. 8; SCHOLZ, R. in: Protokoll (nota 25), S. 31.

A. *Garantia da proteção jurídica individual*

O recurso constitucional é um meio de proteção jurídica, concedido ao cidadão, para efetivar processualmente os direitos fundamentais ou os direitos de igual categoria.²⁹ Nas decisões relativas ao recurso constitucional a atividade do Tribunal Constitucional Federal funciona em defesa dos direitos fundamentais.³⁰ Essa função também decorre do § 93a, alínea 2, letra b, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.³¹ Configurando-se, ainda, no § 90, alínea 2, frase 2, da mencionada lei.

B. *Defesa e desdobraamento da Lei Fundamental*

²⁹ BVerfGE 1, 3 (5) - jurisprudência constante. Essa concepção é corroborada pela doutrina: SCHMIDT-BLEIßTREU (nota 8), § 90, RdNr. 17, S. 31; STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 403 ff, S. 168 ff; cf. do mesmo autor, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band II, München, 1980, S. 1015; ZUCK (nota 22), RdNr. 64, S. 19 f; LÖWER, W. Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Isensee, J u. Kirchhof, S. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band II, Heidelberg, 1987, RdNr. 142, S. 828.; GUSY, C. *Die Verfassungsbeschwerde. Voraussetzungen und Verfahren*, Heidelberg, 1988, RdNr. 15, S. 9; SCHLAICH, K. *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 2. Aufl., München, 1991, RdNr. 263, S. 160 f; SOMMER, M. *Die verfassungsrechtliche Nachprüfung von Unterlassen des Gesetzgebers*, Jur. Diss., Würzburg, 1959, S. 39; SCHERER, G. *Die Verfassungsbeschwerde in ihrer Bedeutung für den gerichtlichen Rechtsschutz gegen Grundrechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt*, Jur. Diss., Freiburg, 1959, S. 6 ff; PFEFFER, G. *Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis*, Essen, 1959, S. 1 f; HENNING, S. *Die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Jur. Diss., Göttingen, 1981, S. 193 ff; BALLEY, K.-M. v. *Verfassungsbeschwerde und Annahmeverfahren unter Berücksichtigung an Aufnahme der Verfassungsbeschwerde*, Jur. Diss., München, 1972, S. 34 ff; KLEIN, E. *Verfassungsprozessrecht - Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: *AÖR*, Band 108, 1983, S. 589; KLEY, D. in: *Umbach u. Clemens* (nota 15), § 90, RdNr. 2, S. 1157 f.

³⁰ ZWEIFERT (nota 5), S. 321.

³¹ Ver KLEIN, E. *Konzentration durch Entlastung? Das fünfte Gesetz zur Abänderung des Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, in: *NJW*, 1993, S. 2074; ZUCK, R. *Der Zugang zum BVerfG: was lässt das 5. Änderungsgesetz über das BVerfG von der Verfassungsbeschwerde noch übrig?*, in: *NJW*, 1993, S. 2644.

Além dessa função subjetiva, o recurso constitucional presta-se também à defesa do direito constitucional objetivo e à sua interpretação e desenvolvimento.³² Na medida em que submete o exercício de todo o Poder Estatal ao critério dos direitos fundamentais por meio de um controle resgatável do singular, ele também esclarece e vivifica esse âmbito jurídico central, como, ainda, solidifica a sua validade na vida jurídica.³³ O recurso constitucional serve, nesse contexto, ao esclarecimento de questões constitucionais,³⁴ motivando a proteção da Constituição, com a qual significa a estabilização do sistema.³⁵ Essa função objetiva também se justifica por meio da dedução legal: art. 94, alínea 2, frase 2, da Lei Fundamental, § 93a, alínea 2, letra a, e § 90, alínea 2, frase 2, ambos da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.³⁶

VI. *Objeto e critério normativo*

Qualquer pessoa tem legitimidade para promover um recurso constitucional no Tribunal Constitucional Federal com a alegação de estar sendo violada em algum dos seus direitos fundamentais ou em algum dos seus direitos contidos no art. 20, alínea 4, arts. 33, 38, 101, 103 e 104, da Lei Fundamental, pelo poder público.³⁷ A violação pode resultar tanto de uma ação como de uma omissão.³⁸ Desses enunciados normativos decorre o objeto do recurso constitucional como sendo um fazer ou um não-fazer do poder público. Esse, em conexão com o art. 1, alínea 3, da Lei Fundamental,³⁹ compreende o âmbito da divisão dos poderes, i.e. os Poderes Executivo, Legislativo e Ju-

³² BVerfGE 30, 247 (259). Ver também BVerfGE 45, 63 (74); 51, 130 (139); 79, 365 (367 f); 85, 109 (113). Na doutrina, ZUCK (nota 22), RdNr. 65 ff, S. 20 ff; GUSY (nota 29), RdNr. 16, S. 9 f.

³³ LECHNER (nota 7), § 90, *Vorbemerkung* 3., S. 341.

³⁴ BVerfGE 56, 249 (268) - voto especial do juiz constitucional Böhmer (S. 266 ff). Ver também RÜPP (nota 5), S. 3.

³⁵ KLEIN, E. *Zur objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde*, in: *DÖJ*, 1982, S. 798.

³⁶ Ver KLEIN, (nota 31), S. 2074; ZUCK (nota 31), S. 2644. Comparar com ZUCK (nota 22), RdNr. 61 ff, S. 21 f.

³⁷ Art. 93, alínea 1, n.º 4a, da Lei Fundamental, e § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

³⁸ § 92 e § 95, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

³⁹ "Os direitos fundamentais seguintes vinculam os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário como direito auto-aplicável."

diciário.⁴⁰ O poder público alienígena está a cavaleiro do recurso constitucional.⁴¹

A. Ação ou omissão do poder público

1. Poder Legislativo

a) Ação

A ação compreende o resultado da legiferação,⁴² i.e. a lei,⁴³ publicada,⁴⁴ que figura aqui, tanto no sentido formal⁴⁵ como no sentido material.⁴⁶ Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal admite o recurso constitucional contra o decreto-lei⁴⁷ e contra o estatuto.⁴⁸ A lei

⁴⁰ SCHERER (nota 29), S. 26 f. PFEIFFER (nota 29), S. 10; MAUNZ, T. in: Maunz, T. - Dürig, G. - Herzog, R. - Scholz, R. - Lerche, S. - Papier, H.J. - Randdelzhofer, A. - Schmidt-Assmann, E. *Grundgesetz - Kommentar*, München, Stand: Dezember 1992, Art. 93, RdNr. 64, S. 32; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 69, S. 70 f. PESTALOZZA, C. *Verfassungsprozessrecht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder mit einem Anhang zum Internationalen Rechtsschutz*, 3. Aufl., München, 1991, RdNr. 23, S. 173. Uma concepção mais dilatada encontra-se em SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 68, S. 69 f. Os titulares da administração indireta estão incluídos nesse conceito (SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 69, S. 70). Comparar com PFEIFFER (nota 29), S. 9.

⁴¹ ZWEIFERT (nota 5), S. 321; SCHERER (nota 29), S. 35; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 206, S. 125. Comparar, v. g., com BVerfGE 58, 1 (27).

⁴² A qual toca um legislador alemão (PFEIFFER (nota 29), S. 11).

⁴³ SCHLAICH (nota 29), RdNr. 205, S. 124; ZWEIFERT (nota 5), S. 322; PFEIFFER (nota 29), S. 10; STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 619, S. 229.

⁴⁴ SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 78, S. 75; PFEIFFER (nota 29), S. 11. Comparar com ZWEIFERT (nota 5), S. 322.

⁴⁵ SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 78, S. 75; RENNERT, K. in: Umbach u. Clemens (nota 15), § 95, RdNr. 71, S. 1394; BÜSSER, K. *Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze*, Jur. Diss., Wiesbaden, 1967, S. 26.

⁴⁶ ZWEIFERT (nota 5), S. 322; PFEIFFER (nota 29), S. 10; RENNERT (nota 45), § 95, RdNr. 71, S. 1394; BÜSSER (nota 45), S. 26.

⁴⁷ BVerfGE 3, 162 (171); 62, 273 (277); 62, 117 (119, 153); 65, 248 (249). Na doutrina, ver SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 87, S. 79a; STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 619, S. 229 f. cf. do mesmo autor (nota 29), S. 1018; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 205, S. 124; PFEIFFER (nota 29), S. 10; ZWEIFERT (nota 5), S. 322.

⁴⁸ BVerfGE 12, 319 (321); 65, 325 (326). Na doutrina, ver STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 619, S. 230; cf. do mesmo autor (nota 29), S. 1018; SCHLAICH (nota 28), RdNr. 205, S. 125; ZWEIFERT (nota 5), S. 322.

aprovatória de tratados ou acordos com Estados estrangeiros também submete-se ao recurso constitucional.⁴⁹ Da mesma forma, leis modificadoras da Lei Fundamental.⁵⁰ O Direito Consuetudinário⁵¹ e o Direito Secundário das Comunidades Europeias⁵² não são alcançados pelo recurso constitucional.

A diferença entre leis pré-constitucionais e leis pós-constitucionais, relevante no controle concreto de normas, carece, nesse ponto, de significação.⁵³

b) Omissão

1) Graú

A atitude omissiva do legislador pode ser absoluta ou relativa.⁵⁴ É absoluta quando o legislador, em oposição a um mandado constitucional inequívoco, não cumpre o seu dever legislativo, violando, por meio disso, esse seu dever.⁵⁵

Quando o legislador, embora tenha sido ati-

⁴⁹ Ver SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 86, S. 76a, RdNr. 82, S. 75a; STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 619, S. 230.

⁵⁰ SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 84, S. 76.

⁵¹ O direito não-escrito carece de uma ação do poder público. Ver STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 620, S. 230; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 81, S. 75a.

⁵² SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 86a, S. 77a.

⁵³ BVerfGE 11, 225 (259 D); 18, 1 (9); 43, 108 (116). Ver também PFEIFFER (nota 29), S. 11; ZWEIFERT (nota 5), S. 323; GUSY (nota 29), RdNr. 29, S. 19.

⁵⁴ Essa terminologia deve-se a WESSEL, F. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde, in: *DFBZ*, 1952, S. 164. Ver, quanto a isso, também LECHNER, H. Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers, in: *NJW*, 1955, S. 1877 ff; SEIWERTH, J. Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, Köln, 1962, S. 57, 66 f. SEUFERT, L. Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote des Grundgesetzes und ihre verfassungsrechtliche Durchsetzung - Ein Beitrag zum Problem gesetzgeberischen Unterlassens -, Jur. Diss., Würzburg, 1969, S. 77 ff; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 111, S. 99.

⁵⁵ SOMMER (nota 29), S. 56 f. Trata-se de casos nos quais a Lei Fundamental obrigou o legislador a decretar uma determinada lei como, v. g., o art. 131, o art. 3, alínea 2, conecção com o art. 117, alínea 1 (com prazo), e o art. 6, alínea 5. Ver, a esse respeito, SPÄTH, S. *Wesen, Umfang und Wirkung der Verfassungsbeschwerde*, Jur. Diss., München, 1955, S. 108.

vo. deixa, na sua regulação, um determinado grupo populacional em desconsideração, ocorre a omissão relativa.⁵⁶ a qual viola o princípio isonômico, sito no art. 3.º da Lei Fundamental.⁵⁷

2) Dever à ação

Para que a omissão legislativa possa entrar em questão, há mister da existência de um dever à ação, do qual decorre a sua relevância jurídica.⁵⁸ O recurso constitucional deve ter por base uma infração de um dever de ação legislativo, o qual encontrou, na parte relativa aos direitos fundamentais ou nas outras prescrições normativas da Lei Fundamental, protegidas pelo § 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, a sua especial expressão.⁵⁹ Não é somente o direito, mas também o dever do corpo legislativo de decretar as leis que são necessárias.⁶⁰

3) Jurisprudência constitucional

No primórdio, o Tribunal Constitucional Federal mostrou-se hesitante quanto ao tema:

“A questão sobre se uma lei deve ser decretada depende de considerações econômicas, políticas e ideológicas, as quais se subtraem a um controle judicial em geral.”⁶¹

Em seguida, porém, mudou de posição, na qual se manteve:

“Se o legislador está constitucionalmente obrigado a efetuar uma ação, i.e., a decretar uma lei, pode, então, por meio de uma violação ao seu dever de ação, ou seja, por omissão, também violar direitos fundamentais. Se cumpriu apenas parcialmente o mandato constitucional, violando, por esse meio, o princípio isonômico, um recurso constitucional pode,

então, amparado pelo art. 3.º, alínea 1, da Lei Fundamental, também dirigir-se contra a omissão parcial.”⁶²

2. Poder Executivo

Objeto do recurso constitucional pode ser qualquer ato administrativo,⁶³ não importando se federal, estadual ou municipal.⁶⁴ Nessa esfera, o recurso constitucional tem uma importância prática restrita,⁶⁵ uma vez que o conceito de poder público está centrado no art. 19, alínea 4, da Lei Fundamental.⁶⁶ A omissão do Poder Executivo é passível do recurso constitucional,⁶⁷ havendo, sobre isso, concordância geral.⁶⁸

3. Poder Judiciário

a) Decisão judicial e extensão do exame

Com exceção das decisões do próprio Tribunal Constitucional Federal,⁶⁹ incluídas aquelas das Câmaras,⁷⁰ todas as outras decisões, tanto de tribunais federais como estaduais,⁷¹ inclusive dos tribunais constitucionais estaduais,⁷² são objeto do recurso constitucional.⁷³

Quanto à extensão do exame, dois pontos merecem consideração.

⁶² BVerfGE 6, 257 (264), de 20 de fevereiro de 1957. Ver também BVerfGE 8, 1 (1 - diretiva n.º 3); 10, 302 (306, 329); 19, 150 (155); 56, 54 (78).

⁶³ SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 161, S. 121; PFEIFFER (nota 29), S. 16. Ver também ZWEIFERT (nota 5), S. 324; ZUCK (nota 21, RdNr. 458, S. 208) assevera que o relevante não está na classificação do ato administrativo, senão na vinculatividade da medida em relação ao cidadão atingido e na necessidade de haver efeitos externos.

⁶⁴ SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 161, S. 122.

⁶⁵ GUSY (nota 29), RdNr. 33, S. 22.

⁶⁶ PESTALOZZA (nota 40), RdNr. 25, S. 174.

⁶⁷ BVerfGE 1, 97 (100); 2, 287 (290); 10, 302 (306); 69, 161 (167).

⁶⁸ Ver PFEIFFER (nota 29), S. 16; STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 634, S. 234, RdNr. 649, S. 239; PESTALOZZA (nota 40), RdNr. 34, S. 179; GUSY (nota 29), RdNr. 36, S. 25; LECHNER (nota 54), S. 1819; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 117, S. 132.

⁶⁹ BVerfGE 1, 89 (90); 7, 17 (18); 19, 88 (90).

⁷⁰ BVerfGE 7, 241 (243); 18, 440 (440 f); 19, 88 (90).

⁷¹ BVerfGE 34, 81 (93).

⁷² BVerfGE 6, 445 (447); 13, 132 (140); 42, 312 (323).

⁷³ Para o conjunto, ver SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 127-130, S. 104a-105; GUSY (nota 29), RdNr. 37, S. 25 f; STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 627, S. 231 f; PFEIFFER (nota 29), S. 19; ZWEIFERT (nota 5), S. 324.

⁵⁶ SOMMER (nota 29), S. 68.

⁵⁷ Comparar com SEUFERT (nota 54), S. 77; SOMMER (nota 29), S. 68.

⁵⁸ SOMMER (nota 29), S. 53; PFEIFFER (nota 29), S. 12; SEUFERT (nota 54), S. 37 f. Contra, SPÄTH (nota 55), S. 108 f.

⁵⁹ SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 107, S. 98; cf. do mesmo autor Anmerkung, in: *DÖJ*, 1962, S. 105; Ver também SEUFERT (nota 54), S. 98.

⁶⁰ LECHNER (nota 54), S. 1818. Sobre isso, fundamentalmente PESTALOZZA, C. Gesetzgebung im Rechtsstaat, in: *NJW*, 1981, S. 2081 ff; Ver também BADURA, S. Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur “Nachbesserung” von Gesetzen, in: *FS für Kurt Eichenberger*, Basel, 1982, S. 481 ff.

⁶¹ BVerfGE 1, 97 (101), de 19 de dezembro de 1951.

1) *O Tribunal Constitucional Federal não é instância de revisão*

Esse enunciado contém a questão principal⁷⁴ referente à relação entre a jurisdição constitucional e a jurisdição especializada.⁷⁵ A sua significação reside nos aspectos quantitativo e qualitativo: a grande maioria dos recursos constitucionais é proposta contra decisões judiciais.⁷⁶ e, nisto, a sua função específica, garantir a atualização dos direitos fundamentais, reconhece-se nitidamente.⁷⁷

O próprio Tribunal Constitucional Federal, todavia, não se configura como uma superinstância de revisão,⁷⁸ ao exame judicial irrestrito das decisões dos outros tribunais,⁷⁹ até por-

⁷⁴ SCHENKE, W.-R. *Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*. Heidelberg, 1987, S. 27.

⁷⁵ GERHARDT, W. Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess, speziell: Zwangsvollstreckung. in: ZfP, 1982, S. 474. Ela problematiza a correspondência entre a certeza jurídica e a justiça material. A certeza jurídica foi, historicamente, instrumentalizada por meio da revisão, que tinha a função primordial garanti-la, não remover a injustiça no caso concreto (SCHLAICH (nota 29), RdNr. 266, S. 164), concepção ainda hoje corrente (SCHUMANN, E. Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess, in: ZfP, 1983, S. 195). A justiça material tem o seu principal meio operacional no recurso constitucional (comparar com SEIDE, H. Verfassungsbeschwerde, Rechtssicherheit und materiale Gerechtigkeit, in: DÖV, 1969, S. 675). Assim configurada, essa correspondência reconhece-se na dupla função do recurso constitucional, ultrapassando-a todavia, para refletir-se na questão em pauta, a saber: a censura ao Tribunal Constitucional, por ver nele uma instância de revisão, não pode desconhecer que essa *qualidade*, a qual possibilita a objeção, advém, não da sua volição, senão da necessidade (assim, entretanto, BURMEISTER, J. Das Bundesverfassungsgericht als Revisionsinstanz, in: DfBf, 1969, S. 608) proveniente da função objetiva do recurso, em constitucional (comparar com GERHARDT, *ibid.*, S. 493). Há, portanto, entre a mencionada função e a competência do Tribunal Constitucional Federal relativa à verificação das decisões judiciais, uma elasticidade que impossibilita fixar os limites do exame judicial a priori (ver, infra, VI.A., 3., a) (2)).

⁷⁶ SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 141, S. 106b.

⁷⁷ RUPP (nota 5), S. 12.

⁷⁸ VerfGE 7, 198 (207).

⁷⁹ VerfGE 18, 85 (92). Comparar com BVerfGE 13, 318 (325); 53, 30 (53). Na doutrina, ver SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 141, S. 106b; ZUCK (nota 22), RdNr. 28, S. 8; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 274, S. 168; RUPP (nota 5), S. 12; ZIERLEIN, K.-G. Die Gewährleistungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103, Abs. 1 GG) nach

que o recurso constitucional não é um recurso suplementar para o procedimento relativo aos tribunais especializados.⁸⁰ A formação do processo, a fixação e apreciação do fato típico, a interpretação do direito ordinário e a sua aplicação ao caso concreto são questões dos tribunais para isso competentes, subtraindo-se ao exame posterior por meio do Tribunal Constitucional Federal.⁸¹ Ele também não verifica se essas decisões são "corretas" do ponto de vista do direito ordinário.⁸² A fundamentação da sentença, em princípio, não se presta ao exame.⁸³

O critério lindeiro foi concebido pelo Tribunal Constitucional Federal sob a fórmula do "Direito Constitucional específico"⁸⁴: o controle circunscreve-se à não-observância dos direitos fundamentais,⁸⁵ à verificação sobre se os tribunais violaram, na interpretação e aplicação do assim chamado Direito Ordinário, o Direito Constitucional e, especialmente, se desprezaram a proibição de arbitrariedade (art. 3.º, alínea 1, da Lei Fundamental).⁸⁶ A atividade corretiva do Tribunal Constitucional Federal somente é possível quando o resultado interpretativo judicial especializado transpassa os limites esta-

der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und Spruchspraxis des Bundesverfassungsgerichts, in: DfBf, 1989, S. 1175; OSSENBÜHL, F. Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit - Gedanken zur Wahrung der Verfahrensgrundrechte, in: FS für HansPeter Ipsen, Tübingen, 1977, S. 135; SCHENKE (nota 74), S. 29 f; STEINWEDEL, U. "Spezifisches Verfassungsrecht" und "einfaches Recht", Baden-Baden, 1976, S. 32. Opinião diversa, BURMEISTER (nota 75), S. 605 ff (608).

⁸⁰ BVerfGE 1, 4 (5). Comparar com BENDA, E. u. WEBER, A. Der Einfluss der Verfassung im Prozessrecht, in: ZfP, 1983, S. 304; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 274, S. 168.

⁸¹ BVerfGE 18, 85 (92) - jurisprudência constante. Comparar com SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 141, S. 106b; BENDA u. WEBER (nota 80), S. 305.

⁸² BVerfGE 13, 318 (325) - aspas no original. Comparar com BVerfGE 87, 273 (273 - diretiva n.º 2, 279 f).

⁸³ Ver, a esse respeito, JAKOBS, O.-W. Verfassungsbeschwerde gegen die Art der Begründung gerichtlichen Entscheidungen, in: JZ, 1971, S. 279 ff.

⁸⁴ Ver, acerca disso, STEINWEDEL (nota 79), S. 33 f; PAPIER, H.-J. "Spezifisches Verfassungsrecht" und "einfaches Recht" als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts, in: Starck (nota 15), S. 432 ff.

⁸⁵ BVerfGE 18, 85 (92 f).

⁸⁶ BVerfGE 62, 338 (343).

belecidos pela Lei Fundamental, principalmente quando não é possível acordá-lo com a significação e o alcance do direito fundamental à liberdade pessoal, ou quando é simplesmente insustentável e, com isso, arbitrário (art. 3.º, alínea 1, da Lei Fundamental).⁸⁷

2) A posição da doutrina

Embora a literatura especializada se tenha ocupado com essa temática, apresentando reflexões crítico-sugestivas,⁸⁸ não chegou, todavia, a um esclarecimento satisfatório. Isso indica uma prova a favor da concepção que argumenta no sentido de a função do Tribunal Constitucional Federal como guarda da Constituição e como órgão supremo à realização dos direitos fundamentais exigir, conforme à época, o

⁸⁷ BVerfGE 65, 317 (322). Para o conjunto, ver SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 142, S. 106c; SCHENKE (nota 74), S. 31 f.; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 272, S. 166f.; ZUCK, R. Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgeschehen, in: *DI/B1*, 1979, S. 387; RUPP (nota 5), S. 16. SCHLAICH (nota 29, RdNr. 273, S. 167) tem a expressão "Direito Constitucional específico" como malograda no sentido lingüístico. ZUCK (ibid. S. 388) evidencia a falta de uma definição a respeito. O seu uso pelo Tribunal Constitucional Federal reduziu-se: o Primeiro Senado afastou-se dela de forma implícita - BVerfGE 42, 143 (147 f.); 54, 208 (215); 60, 79 (90 f.); 62, 230 (242); o Segundo Senado ainda a aplica - BVerfGE 52, 42 (54); 57, 250 (272); 60, 175 (214): "Direito Constitucional Federal específico"; 65, 196 (211); 72, 105 (117); 86, 280 (284). A propósito, conquanto SCHUMANN (nota 75, S. 180) argumente haver sido a mesma substituída por vagas fórmulas vazias, não esgota, todavia, a assertiva.

⁸⁸ Ver SCHUMANN (nota 27), S. 194 ff.; PAPIER (nota 84), S. 434 ff.; SEUFFERT, W. Die Abgrenzung der Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts gegenüber der Gesetzgebung und der Rechtsprechung, in: *NJW*, 1969, S. 1369 ff.; SCHWABE, J. Bundesverfassungsgericht und "Drittwirkung" der Grundrechte, in: *AOÖR*, 100 Band, 1975, S. 442 ff.; PELKA, J. Die Verletzung des Grundrechts der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) durch einen rechtswidrigen Steuerbescheid, in: *DI/B1*, 1970, S. 887 ff.; SCHNEIDER, R. Die Vermittelbarkeit der Grundrechtsverletzung als Vorbedingung einer erfolgreichen Verfassungsbeschwerde, in: *DI/B1*, 1969, S. 325 ff.; KRAUSS, F. *Der Umfang der Prüfung von Zivilurteilen durch das Bundesverfassungsgericht*, Köhl, 1987, S. 141 ff.; SCHIERZBERG, A. *Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität". Das Ausmass individueller Grundrechtsbetroffenheit als materielle rechtliche und kompetenzielle Determinante der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde*, Berlin, 1989, S. 285.

ramo jurídico e o tribunal controlado, critérios de exame diferenciados.⁸⁹ Os limites da verificação posterior das decisões judiciais especializadas por meio do Tribunal Constitucional Federal não se deixam, portanto, traçar como rígidas e imutáveis.⁹⁰

b) Procedimento judicial

Ao recurso constitucional também estão submetidos os procedimentos judiciais,⁹¹ que, junto com a sua organização, são instrumentos que permitem realizar e assegurar os direitos fundamentais.⁹² A questão relativa à organização e ao procedimento judicial como apoio dos direitos fundamentais revela uma das mais importantes tendências na recente interpretação dos direitos fundamentais.⁹³ O exame do Tribunal Constitucional Federal tem, aqui, uma extraordinária extensão, onde se desvanecem as limitações pertinentes ao exame das decisões judiciais.⁹⁴

c) Fundamento do recurso constitucional

1) Nas decisões judiciais

No exame das decisões judiciais, motivado pelo recurso constitucional, pode esse recurso ter a sua fundamentação jurídica nos aspectos seguintes: a decisão está diretamente erigida sobre uma violação ou falsa interpretação de direitos fundamentais ou de direitos àqueles equiparados pelo § 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal; a decisão descansa numa norma infratora de direitos fundamentais; a decisão firma-se numa norma que, embora não viole normas de direitos fundamentais ou de outros direitos protegidos pelo § 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, é, entretanto, por outras razões, inconstitucional; a decisão, conquanto apoiada numa lei constitu-

⁸⁹ GÜNDISCH, J. Die Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen, in: *NJW*, 1981, S. 1819.

⁹⁰ SCHUPPERT, G.F. Zur Nachprüfung gerichtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: *AOÖR*, 103, Band, 1978, S. 67.

⁹¹ SCHLAICH (nota 29), RdNr. 311, S. 185; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 142, S. 106c.

⁹² HESSE, K. Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, in: *EuGRZ*, 1978, S. 434. Ver também OSSENBÜHL, F. Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht, in: *FS für K. Eichenberger*, Basel, 1982, S. 183 f.

⁹³ BETHGE, H. Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organization und Verfahren, in: *NJW*, 1982, S.1. Comparar com SCHUPPERT (nota 90), S. 403.

⁹⁴ SCHLAICH (nota 29), RdNr. 312, S. 185.

cional, viola, por meio da sua aplicação imediata, direitos fundamentais ou direitos equivalentes, insertos no § 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.⁹⁵

2) Nos procedimentos judiciais

O embasamento legal do recurso constitucional dirigido contra procedimentos judiciais, configura-se nestas prescrições da Lei Fundamental: art. 101, alínea 1, frase 2 (direito ao juiz natural); art. 103, alínea 1 (direito de ser ouvido); art. 104 (isonomia judicial) e art. 19, alínea 4 (direito à proteção judicial).⁹⁶

d) Omissão judicial

A mencionada omissão pode ser impugnada por meio do recurso constitucional. Tal como na omissão executiva, essa também é uma questão pacífica.⁹⁷

B. Critério normativo

Em referência ao recurso constitucional, o critério normativo está situado nos direitos fundamentais do art. 93, alínea 1, n.º 4a, da Lei Fundamental, e nos direitos de igual categoria do § 90 alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Esses enunciados normativos contêm uma previsão taxativa.⁹⁸ Outros direitos não se prestam ao critério normativo,⁹⁹ como, v. g., as regras gerais do Direito Internacional Público, a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, a Convenção Euro-

péia dos Direitos Humanos e os direitos fundamentais estaduais.¹⁰⁰

VII. Faculdade para promover o recurso constitucional

Duas são as exigências para haver a faculdade de propor o recurso constitucional, as quais têm procedência diversa: uma advém da jurisprudência constitucional e a outra decorre de mandamento normativo.

A. Violação "pessoal, presente e direta"

Numa de suas primeiras decisões, o Tribunal Constitucional Federal restringiu a mencionada fórmula ao âmbito da lei.¹⁰¹ Mais tarde, todavia, estendeu-a a todas as ações do poder público,¹⁰² valendo também para as omissões.¹⁰³

1. "Pessoal"

O promovente deve provar que está sendo violado pessoalmente em seus direitos fundamentais ou a esses equiparados.¹⁰⁴ O ponto decisivo está na interferência da ação na protegida esfera jurídica do promovente.¹⁰⁵ Nesse aspecto, o recurso constitucional se diferencia da ação popular.¹⁰⁶ exemplificadamente, da ação popular bávara.¹⁰⁷

2. "Presente"

Essa palavra significa uma violação atual e

¹⁰⁰ PESTALOZZA (nota 40), RdNr. 28, S. 175 ff; GUSY (nota 29), RdNr. 67, S. 45; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 48, S. 50a, RdNr. 51, S. 52a.

¹⁰¹ BVerfGE 1, 97 (97 - diretiva n.º 2, 101 ff).

¹⁰² BVerfGE 53, 30 (48); 55, 244 (246 f); 59, 360 (375); 64, 301 (319); 67, 157 (169); 68, 287 (300); 74, 297 (318); 21BvR 2134-92 u.2 BvR 2159-92 NJW, 1993, S. 3047 (3048) - recurso constitucional contra o Tratado de Maastricht. Ver também PESTALOZZA (nota 40), RdNr. 35, S. 180; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 223, S. 135.

¹⁰³ Ver SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 119, S. 100a-101 (omissão legislativa), RdNr. 155, S. 118a-119 (omissão judicial), RdNr. 177, S. 132 f (omissão executiva).

¹⁰⁴ HENNING (nota 29), S. 21; Ver também GUSY (nota 29), RdNr. 102 ff, S. 66 ff; ZUCK (nota 22), RdNr. 566 ff, S. 257 ff.

¹⁰⁵ Comparar com SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 95, S. 84a.

¹⁰⁶ BVerfGE 49, 1 (8); 64, 301 (319). Ver também ZWEIGERT (nota 5), S. 323; HENNING (nota 29), S. 21; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 94, S. 82a.

¹⁰⁷ Art. 98, frase 4, da Constituição do Estado Livre da Baviera, de 2 de dezembro de 1946. Acerca disso, ver DOMKE, H. Die bayerische Popularklage, in: Starck u. Stern (nota 19), S. 233, 244.

⁹⁵ Ver SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 143-146a, S. 107a-114a, com pormenores. Comparar com GUSY (nota 29), RdNr. 38, S. 26 ff; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 277-300, S. 170-182; RUPP (nota 5), S. 15; HFNKE, W. Juristische Systematik der Grundrechte, in: *DÖJ*, 1984, S. 9 f.

⁹⁶ Ver, a esse respeito, OSSENBÜHEL (nota 79), S. 135 ff; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 311-316, S. 185-188; SCHUMANN (nota 75), S. 156 ff; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 142, S. 106c-107a; GUSY (nota 29), RdNr. 38, S. 26.

⁹⁷ BVerfGE 1, 97 (100); 10, 302 (306); 69, 161 (167). Na doutrina, ver STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 649, S. 239; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 155, S. 118a; PESTALOZZA (nota 40), RdNr. 34, S. 179; LECHNER (nota 54), S. 1819; GUSY (nota 29), RdNr. 42, S. 29.

⁹⁸ GUSY (nota 29), RdNr. 66, S. 44 ff; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 210, S. 126; PESTALOZZA (nota 40), RdNr. 28, S. 175; HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19. Aufl., Heidelberg, 1993, RdNr. 341, S. 143; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 47, S. 50a.

⁹⁹ PFEIFFER (nota 29), S. 27; GUSY (nota 29), RdNr. 67, S. 45; PESTALOZZA (nota 40), RdNr. 28, S. 175.

não "virtual" ou futura.¹⁰⁸ A condição de estar sendo violado não é a de "poder ser violado".

3. "Direta"

A relevância prática dessa exigência está vinculada ao recurso constitucional proposto contra uma lei.¹⁰⁹ Alguém está "diretamente" afetado por meio de uma lei quando, sem a intercalação de outro ato do poder público, deve observá-la e cumpri-la.¹¹⁰ Está "indiretamente" afetado quando a lei apresenta, primeiro, uma autorização a agir ao poder público, da qual, por sua vez, resultará a intervenção nos direitos fundamentais do afetado.¹¹¹ A violação "indireta" envolve atos de execução, havendo, em decorrência, antes, a necessidade do esgotamento das vias judiciais.¹¹²

B. Esgotamento das vias judiciais

Segundo o § 90, alínea 2, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, e o art. 94, alínea 2, frase 2, da Lei Fundamental, o esgotamento prévio das vias judiciais é um dos mais importantes pressupostos processuais do recurso constitucional.¹¹³

1. Posição do art. 19, alínea 4, da Lei Fundamental¹¹⁴

¹⁰⁸ BVerfGE 60, 360 (371). Na doutrina, ver HENNING (nota 29), S. 54; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 226, S. 136.

¹⁰⁹ Ver SCHLAICH (nota 29), RdNr. 230, S. 137. Comparar com HENNING (nota 28), S. 92 ff.

¹¹⁰ GUSY (nota 29), RdNr. 121, S. 77. Comparar com BVerfGE 53, 1 (14); 53, 366 (389); 68, 319 (325). Ver também ZUCK (nota 22), RdNr. 576 ff., S. 271 ff. Em pormenores, SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 99-106, S. 88-96a.

¹¹¹ GUSY (nota 29), RdNr. 122, S. 77. Comparar com BVerfGE 3, 34 (36); 16, 147 (158 f.); 65, 1 (36 f.); 68, 287 (300); 74, 69 (74); 75, 246 (262).

¹¹² Comparar com BVerfGE 1, 97 (102 f.); 2, 292 (295); 68, 143 (150); 72, 39 (44). SCHLAICH (nota 29), RdNr. 230, S. 138) vê esse argumento jurisprudencial como uma dedução do princípio da subsidiariedade do recurso constitucional (ver, inf., B., 2). Excepcionalmente o Tribunal Constitucional Federal tem desconsiderado a exigência da execução do ato, admitindo imediatamente o recurso constitucional contra a lei: "... se a lei obriga os destinatários da norma já no presente a decisões que não permitem correção posterior, ou se já atualmente leva-os a disposições que eles não poderão reparar após a execução ulterior da lei." (BVerfGE 60, 360 (372).) Ver também BVerfGE 65, 1 (37); 68, 287 (300); 72, 39 (44); 74, 69 (76 f) e inf. C.

¹¹³ PFEIFFER (nota 29), S. 28; Ver também PESTALOZZA (nota 40), RdNr. 46, S. 185; GUSY (nota 29), RdNr. 133, S. 84 f; ZUCK (nota 22), RdNr. 615 f, S. 278 f.

¹¹⁴ "Se alguém é violado em seus direitos por meio

O recurso constitucional, consoante com o art. 93, alínea 1, n.º 4a, da Lei Fundamental, ultrapassa a garantia da via judicial oferecida pelo art. 19, alínea 4, da Lei Fundamental.¹¹⁵ Os atos do poder público deste não abarcam aqueles do Poder Judiciário¹¹⁶ e aqueles do Poder Legislativo.¹¹⁷ Sobrevém, em consequência, a questão de se saber quais são as vias judiciais a serem esgotadas. Em relação às medidas do Poder Executivo, há o art. 19, alínea 4, da Lei Fundamental, além delas estarem submetidas, em grandes dimensões, ao controle judicial-administrativo.¹¹⁸ No que toca às decisões judiciais, existem a apelação e o recurso de cassação.¹¹⁹ Em pertinência às leis em sentido formal, carece o ordenamento jurídico de vias judiciais.¹²⁰

2. Princípio da subsidiariedade

Esse princípio, considerado atualmente como o desenvolvimento judicial mais importante do Direito Processual Constitucional,¹²¹ foi resumido pelo Tribunal Constitucional Federal em duas considerações que o fundamentam nesta decisão:

"O princípio da subsidiariedade, que encontrou a sua expressão no § 90, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, ancorado no art. 94, alínea 2, frase 2, da Lei Fundamental (BVerfGE 42, 243 (249)), tem por base

do poder público, então, está-lhe aberta a via judicial. Na medida em que outra competência não está estabelecida, é oferecida a via judicial ordinária. O art. 10, alínea 2, frase 2, fica intacto."

¹¹⁵ ZACHFER, H.F. Die Selektion der Verfassungsbeschwerde, in: Starck (nota 15), S. 400. Ver também SCHLAICH (nota 29), S. 290 ff.

¹¹⁶ BVerfGE 15, 275 (280); 25, 352 (365); 49, 329 (340).

¹¹⁷ BVerfGE 24, 33 (49); 24, 367 (401); 31, 364 (367 f.); 45, 297 (334). De forma contrária, MÖTZER, S. Der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nach § 90 BVerfGG, Jur. Diss., Münster, 1978, S. 105, 109.

¹¹⁸ § 40 da Lei de Organização da Jurisdição Administrativa, de 19 de março de 1991 (texto impresso in: BGBl. I, S. 686 ff. - Bekanntmachung der Neufassung der Verwaltungsgerichtsordnung).

¹¹⁹ SCHLAICH (nota 29), RdNr. 236, S. 141.

¹²⁰ GUSY (nota 29), RdNr. 138, S. 87.

¹²¹ BENDER, M. Rügepflicht für Verfassungsverstöße vor den Fachgerichten? Zu einer angenommenen Vorwirkung des Verfassungsprozessrechts?, in: AÖR, 112 Band, 1987, S. 173; cf. do mesmo autor, Vortrag von den Gerichten und Verfassungsbeschwerden, in: NJW, 1988, S. 809.

duas ponderações: o próprio promovente deve, em primeiro lugar, empenhar-se para remover, na prossecução de instâncias, uma possível violação dos direitos fundamentais. Ele está obrigado, por princípio, à esgotadura recursal; somente então pode recorrer ao Tribunal Constitucional Federal. Por outro lado, o esgotamento das vias judiciais não é apenas um pressupostoprocessual; o princípio da subsidiariedade contém, ao mesmo tempo, um fundamental enunciado sobre a relação dos tribunais especializados com o Tribunal Constitucional Federal. Segundo a distribuição de competências da Lei Fundamental, incumbe aos tribunais, em primeiro lugar, a tarefa de defender e de realizar os direitos fundamentais. (...) Ao preceito do esgotamento das vias judiciais corresponde o dever dos tribunais de, eles próprios, removerem, na prossecução de instâncias, uma possível infração de direitos fundamentais.¹²²

Em decisões posteriores o Tribunal Constitucional Federal continuou ratificando a segunda ponderação.¹²³ A primeira, entretanto, foi precisada: o princípio da subsidiariedade exige que o promovente, ultrapassando a regra do esgotamento das vias judiciais no sentido estrito, aproveite as possibilidades processuais à sua disposição para obter uma correção da violação alegada de direitos fundamentais ou im-

pedir uma violação de direitos fundamentais.¹²⁴ Essa precisão foi circunscrita dentro dos limites do exigível.¹²⁵

C. Exceção à exigência do esgotamento das vias judiciais

O § 90, alínea 2, frase 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, admite ao Tribunal Constitucional Federal desconsiderar essa exigência quando o recurso constitucional é de significado geral ou suceder ao promovente um prejuízo grave e inevitável, caso ele for remetido primeiro à via judicial.¹²⁶

VIII. Legitimados à propositura do recurso constitucional

A expressão “qualquer pessoa”, do § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, refere-se aos titulares de direitos fundamentais.¹²⁷

A. Pessoas naturais

Essa categoria abrange os nacionais¹²⁸ e os estrangeiros.¹²⁹

B. Pessoas jurídicas

No pertinente às pessoas jurídicas de Direito Privado não há objeções. Existem, sim, no referente às pessoas jurídicas de Direito Público. Na medida em que as pessoas jurídicas de Direito Público desempenham tarefas públicas, não dispõem do recurso constitucional.¹³⁰ Situação diversa existe quando se deve agregar diretamente às pessoas jurídicas de Direito Público o âmbito vital protegido pelos direitos fundamentais. Nesse caso, o Tribunal Constitucional Federal tem considerado como legitimados

¹²² BVerfGE 49, 252 (258). Ver, a esse respeito, MOTZER (nota 117), S. 102 ff; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 236 ff, S. 141 ff; PESTALLOZZA (nota 40), RdNr. 10-12, S. 165-167; ZUCK (nota 22), RdNr. 29 ff, S. 9 ff; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 18, S. 33a-34; LECHNER, P. Aspekte verfassungsgerichtlichen Subsidiarität in Deutschland und Österreich, in: *FS zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, 1984, S. 369 ff. A objeção de S. Dettlerbeck (Der allgemeine Grundsatz der Subsidiarität der Rechtsatzverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, in: *DOI*, 1990, S. 562), segundo a qual o princípio geral da subsidiariedade do recurso constitucional configura-se como uma criação processual-constitucional supérflua do Tribunal Constitucional Federal, parece-me insustentável em confronto com a segunda ponderação. Por meio dela ZUCK (nota 87, S. 388; cf. do mesmo autor, Das Bundesverfassungsgericht zwischen Macht und Ohnmacht, in: *MDR*, 1984, S. 801; nota 22, RdNr. 263, S. 97) argumenta pela eliminação do recurso constitucional relativo às decisões judiciais.

¹²³ Ver BVerfGE 69, 122 (125); 74, 69 (74).

¹²⁴ Ver BVerfGE 68, 384 (388 ff); 74, 102 (113). PESTALLOZZA (nota 40, RdNr. 46, S. 185) observa que a Constituição e a lei nada sabem sobre isso.

¹²⁵ Ver BVerfGE 77, 275 (282); 79, 275 (178 ff); 85, 80 (86); 86, 15 (22).

¹²⁶ BVerfGE 86, 15 (22 ff). Acerca disso, ver, com pormenores, GUSY (nota 29), RdNr. 149 ff, S. 94 ff; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 204 ff, S. 160 ff.

¹²⁷ SCHLAICH (nota 29), RdNr. 198, S. 122; PESTALLOZZA (nota 40), RdNr. 18, S. 171; GUSY (nota 29), RdNr. 43, S. 31; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 20, S. 35a; STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 414, S. 171.

¹²⁸ SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 21, S. 36; Comparar com GUSY (nota 29), RdNr. 45, S. 32.

¹²⁹ SCHLAICH (nota 29), RdNr. 198, S. 122; SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 22, S. 360.

¹³⁰ BVerfGE 21, 362 (369 ff).

à propositura do recurso constitucional as uni-versidades, as faculdades e as emissoras de radiodifusão.¹³¹

C. Associações carentes de personalidade jurídica

Aqui entram em questão, v.g., as sociedades civis e comerciais e os partidos políticos, aos quais se reconheceu a legitimação à propositura do recurso constitucional.¹³²

IX. Prazo

A propositura do recurso constitucional cinge-se, em princípio, ao prazo de 1 (um) mês, dentro do qual o recurso também deve ser fundamentado.¹³³

Se a não-observância desse prazo mensal decorre porque o promovente estava, sem culpa, impedido, deve-lhe ser concedido, então, o restabelecimento.¹³⁴

Quando o recurso constitucional tem por objeto uma lei ou um outro ato de poder público, o prazo para a propositura é de 1 (um) ano, a partir da entrada em vigor da lei ou da promulgação do ato de poder público.¹³⁵ Nesse caso, o restabelecimento não é mais possível.¹³⁶

No caso de omissão legislativa, não há prazo durante a sua permanência.¹³⁷ A partir da sua cessação, aplicar-se-á a alínea 1 ou 3 do § 93 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, em consonância com a situação concreta.¹³⁸

¹³¹ Comparar, por ex., BVerfGE 61, 82 (102); 74, 297 (317 ff); 78, 101 (102). Na doutrina, ver SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 31 f, S. 41-43a; STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 439-458, S. 180-186; GUSY (nota 29), RdNr. 54-58, S. 36-40.

¹³² Ver SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 26 f, S. 38-39a; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 199, S. 122.

¹³³ § 93, alínea 1, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Ver também BVerfGE 5, 1 (1); 18, 85 (89).

¹³⁴ § 93, alínea 2, frase, 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Essa alínea foi introduzida por meio da sexta lei modificadora da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Ver, a esse respeito, *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 13; KLEIN (nota 31), S. 2076; ZUCK (nota 31), S. 2642.

¹³⁵ § 93, alínea 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹³⁶ Ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 13.

¹³⁷ Ver BVerfGE 6, 257 (266); 10, 302 (308); 16, 119 (121).

¹³⁸ Ver BVerfGE 58, 208 (218). Comparar com BVerfGE 13, 248 (253); 53, 1 (15); GUSY (nota 29), RdNr. 214, S. 134.

X. Pressupostos da admissão (§ 93a da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal)

O recurso constitucional requer, para a decisão, admissão.¹³⁹ Na alínea 2 do § 93a, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, encontram-se os critérios que, presentes, obrigam a admissão do recurso constitucional.¹⁴⁰

¹³⁹ § 93a, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁴⁰ O *Leitmotiv* da sexta lei modificadora da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, de 2.8.1993 (texto impresso, in: *BGBI*, I, S. 142 ff; a sexta lei modificadora da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal está numerada com o n.º 5, provavelmente porque a quinta lei modificadora, de 12.12.1985 (texto impresso, in: *BGBI*, I, S. 2226 ff), não foi numerada, uma vez que a sua publicação deu-se junto com a lei modificadora do Estatuto da Magistratura Alemã), é o mesmo da primeira, de 21.7.1956 (texto impresso, in: *BGBI*, I, S. 662 ff), e da terceira, de 3.8.1963 (texto impresso, in: *BGBI*, I, S. 589 f), ou seja, proporcionar uma desopressão do Tribunal Constitucional Federal no referente ao recurso constitucional (ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 7). Para tanto, considerou-se não somente o aumento do número de recursos constitucionais propostos (ver, supra, nota 3), mas também uma possível intensificação por meio dos pedidos provenientes dos 5 (cinco) novos estados componentes da Federação e de Berlin (ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 8; HERZOG, Presidente do Tribunal Constitucional Federal, in: *Protokoll* (nota 25), S. 62), os quais ainda não alcançaram o Tribunal Constitucional Federal em virtude do esgotamento prévio das vias judiciais (HERZOG, Presidente do Tribunal Constitucional Federal, in: *Protokoll* (nota 25), S. 62). Assim, é importante assinalar os dois pontos pelos quais a sexta lei modificadora da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, por meio de simplificação procedimental, pretende atingir o escopo mencionado: a) fixação de critérios vinculantes, tanto para a Câmara como para o Senado, no referente à decisão sobre o recurso constitucional (§ 93a até o § 93d, sobretudo no § 93a, alínea 2, letras a e b, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal), e b) a desnecessidade de, doravante, fundamentar o indeferimento da admissão (§ 93d, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). A relevância do aspecto da letra b) surge do fato de aproximadamente 97 % dos recursos constitucionais serem manifestamente infundados ou im procedentes (KLEIN (nota 31), S. 2073; comparar com *Protokoll* (nota 25), S. 18, 49). Em números: de 9.9.1951 até 31.12.1980 foram propostos 44.773 recursos constitucionais, dos quais 3.185 foram despachados por meio de decisão senatorial e 32.713 por meio de resolução de não-admissão (esses números não englobam os recursos constitucionais decididos em conexão com outros procedimentos); de 1.1.1981 até 30.6.1993 foram propostos 44.214 re-

A. *Significado fundamental jurídico-constitucional* (§ 93a, alínea 2, letra a, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal)

Na medida em que ao recurso constitucional corresponde o mencionado significado, ele deve ser admitido. A prescrição citada da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal vincula-se à função objetiva do recurso constitucional.¹⁴¹ Por meio dessa prescrição evidencia-se a função essencial da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, não só para a administração e jurisprudência, como também para o legislador, i.e. a interpretação vinculatória da Lei Fundamental e o destaque de linhas diretas para os futuros modos de proceder.¹⁴² A citada significação também traduz a possibilidade de o Tribunal Constitucional Federal rever a sua jurisprudência, contra a qual houverem sido levantadas objeções qualificadas.¹⁴³

B. *Indicação da realização dos direitos mencionados no § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal* (§ 93a, alínea 2, letra b, primeira parte da frase, dessa lei)

A verificação dos pressupostos da admissão é alternativa,¹⁴⁴ ou seja, se ao recurso constitucional não corresponde significado fundamental jurídico-constitucional, analisa-se, então, se há a indicação da realização dos direitos citados no § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal (direitos fundamentais ou direitos inscritos no art. 20, alínea 4, arts. 33, 38, 101, 103 e 104, da Lei Fundamental).¹⁴⁵ O fundamento da indicação é, aqui, objetivo¹⁴⁶

curios constitucionais, dos quais 875 foram despachados por meio de decisão senatorial, 1.378 por meio de resolução cameral, a qual deu o deferimento, e 37.840 por meio de resolução de não-admissão (esses números compreendem as decisões dos recursos constitucionais em conexão com outros procedimentos). (Conforme a estatística que me foi gentilmente oferecida pelo Diretor do Tribunal Constitucional Federal, Dr. Zierlein.)

¹⁴¹ Ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 13; ZUCK (nota 31), S. 2643; KLEIN (nota 31), S. 2074.

¹⁴² Ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 13.

¹⁴³ HERZOG, Presidente do Tribunal Constitucional Federal, in: Protokoll (nota 25), S. 19. Comparar com KLEIN (nota 31), S. 2074.

¹⁴⁴ ZUCK (nota 31), S. 2643. A existência dos pressupostos para a admissão também pode ser cumulativa (KLEIN (nota 31), S. 2074).

¹⁴⁵ Ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 13; ZUCK (nota 31), S. 2643; KLEIN (nota 31), S. 2074.

¹⁴⁶ ZUCK (nota 31), S. 2643.

(importância objetiva).¹⁴⁷

O verbo *indicar* (anzeigen) gerou polêmicas na Comissão Jurídica, sobretudo porque não é usual na linguagem legal comum, uma vez que está restrito às leis pertinentes à medicina. O Ministro da Justiça Federal, todavia, após haver exposto as leis nas quais esse verbo está aplicado, frisou que o seu emprego ocorre justamente onde se deseja conceder um “espaço livre”,¹⁴⁸ desiderato¹⁴⁹ da sexta lei modificadora da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

Pela fundamentação do governo, os casos nesse âmbito são os seguintes:

a) prática de direitos fundamentais ilegal dos tribunais especializados;

b) extrema negligência judicial/atitude judicial incompatível, e

c) experiência falha dos tribunais no trato com os direitos fundamentais e garantias equívocas.¹⁵⁰

C. *Indicação de um especial prejuízo grave* (§ 93a, alínea 2, letra b, segunda parte da frase, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal)

No exame dos pressupostos da admissão, a indicação também pode configurar-se por meio de um especial prejuízo grave ao promovente.¹⁵¹ O fundamento da indicação é, aqui, subjetivo¹⁵² (importância subjetiva).¹⁵³ No § 93a, alínea 2, letra b, segunda parte da frase, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, situa-se a função subjetiva do recurso constitucional.¹⁵⁴

Embora o “prejuízo grave” já exista como

¹⁴⁷ KLEIN (nota 31), S. 2074; *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 13. ZUCK (nota 31, S. 2644) vê no enunciado do § 93a, alínea 2, letra b, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, uma expressão da função objetiva do recurso constitucional.

¹⁴⁸ Ver Protokoll (nota 25), S. 51 f. Comparar com KLEIN (nota 31), S. 2074.

¹⁴⁹ Ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 13, onde se menciona um “espaço à decisão”.

¹⁵⁰ *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 14.

¹⁵¹ Se não existe a indicação da realização dos direitos mencionados no § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, passa-se, então, à verificação da indicação em pauta.

¹⁵² ZUCK (nota 31), S. 2643.

¹⁵³ KLEIN (nota 31), S. 2074; *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 13.

¹⁵⁴ ZUCK (nota 31), S. 2644; KLEIN (nota 31), S. 2074; *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 13.

critério desde a primeira lei modificadora da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal,¹⁵⁵ a expressão encontrou objeções na Comissão Jurídica devido à adição do adjetivo “especial”.¹⁵⁶ A expressão “especial prejuízo grave” amplia a esfera de aplicação do § 93a, alínea 2, letra b, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.¹⁵⁷ Não é possível, porém, fixar um limite geral porque 20.000,00 (vinte mil) Marcos nada representam para uma grande multinacional, não assim para um socorrido da Assistência Social. Além disso, a avaliação dos direitos destinados à proteção da personalidade humana apresenta enormes dificuldades.¹⁵⁸

O governo circunscreveu, na fundamentação, o “especial prejuízo grave” como um caso de significação existencial para o promovente.¹⁵⁹

D. Competência da Câmara e do Senado - e procedimento (§ 93b e § 93c da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal)

No § 93b da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal encontram-se os critérios decisórios, tanto da Câmara como do Senado, que decorrem do conteúdo do § 93a da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.¹⁶⁰

Se os pressupostos do § 93a, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal estão ausentes, a Câmara pode indeferir a admissão do recurso constitucional.¹⁶¹ Para a sua admissão, por meio da Câmara, à decisão, precisam estar presentes os pressupostos do § 93c, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.¹⁶²

No § 93b, frase 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, está prescrita a competência subsidiária do Senado no referente à decisão sobre a admissão do recurso constitucional. Com essa regra explicita-se, por um lado, o

¹⁵⁵ GRASSHOF, juiz constitucional, in: Protokoll (nota 25), S. 42.

¹⁵⁶ Ver Protokoll (nota 25), S. 24, 27 f, 31 f, 38 f, 44, 46 f.

¹⁵⁷ ZUCK (nota 31), S. 2644.

¹⁵⁸ Ver HERZOG, Presidente do Tribunal Constitucional Federal, in: Protokoll (nota 25), S. 38 f; ZUCK (nota 31), S. 2644; KLEIN (nota 31), S. 2074. Comparar com GEIS, N. u. WITH, H.v. Bericht, in: *Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 12. Wahlperiode*, Bonn, 1993, Drucksache 12-4842, S. 12.

¹⁵⁹ *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 14.

¹⁶⁰ *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 14.

¹⁶¹ KLEIN (nota 31), S. 2075.

¹⁶² KLEIN (nota 31), S. 2075.

critério da admissão do recurso constitucional por meio da Câmara e, por outro, pretende-se evitar que o Senado seja prejudicado por meio de uma decisão cameral sobre a admissão do recurso constitucional.¹⁶³

Por meio do § 93c, alínea 1, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, a Câmara pode, havendo os pressupostos exigidos (do § 93a, alínea 2, letra b, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal) e se o Tribunal Constitucional Federal já decidiu, para a apreciação do recurso constitucional, da questão jurídico-constitucional determinante, deferir o recurso constitucional se ele está manifestamente fundamentado.¹⁶⁴

Quanto ao procedimento, a resolução da Câmara equivale a uma decisão do Senado.¹⁶⁵ Uma decisão que declara a incompatibilidade de uma lei com a Lei Fundamental ou com outro direito federal, ou a sua nulidade, com força de lei, consoante ao § 31, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, está reservada ao Senado.¹⁶⁶

E. Decisão (§ 93d da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal)

A decisão do § 93b e do § 93c, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, ocorre sem procedimento oral.¹⁶⁷ Ela não é passível de impugnação.¹⁶⁸ O indeferimento da admissão do recurso constitucional não precisa ser fundamentado.¹⁶⁹

¹⁶³ Ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 14. Comparar com KLEIN (nota 31), S. 2075.

¹⁶⁴ Ver também KLEIN (nota 31), S. 2075. Por meio da quinta lei modificadora da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, foi conferido às Câmaras o poder de deferimento do recurso constitucional. Até então, somente o Senado podia deferir-lo. Acerca disso, ver ULSAMER, G. *Neue Gesetzliche Regelungen zur Entlastung und Sicherung der Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts*, in: *EuGRZ*, 1986, S. 115.

¹⁶⁵ § 93c, alínea 1, frase 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁶⁶ § 93c, alínea 1, frase 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁶⁷ § 93d, alínea 1, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁶⁸ § 93d, alínea 1, frase 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁶⁹ § 93d, alínea 1, frase 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Essa não-necessidade, entretanto, não exclui uma fundamentação em casos particulares especialmente apoiados ou quando necessário em decorrência de outras razões (ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 14). O

As decisões da Câmara sucedem por meio de resolução unânime.¹⁷⁰ A admissão por meio do Senado está decidida se pelo menos três juízes a aprovam.¹⁷¹

No § 93d, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, foi estabelecida a competência das Câmaras no tocante às medidas cautelares.¹⁷² Ao Senado, entretanto, está reservado: tomar uma medida cautelar por meio da qual a aplicação de uma lei é total ou parcialmente suspensa¹⁷³ e a decisão, nos casos do § 32, alínea 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.¹⁷⁴

XI. *Decisão sobre o recurso constitucional (§ 95, alíneas 2 e 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal)*

A. *Deferimento do recurso constitucional dirigido contra uma decisão*

A decisão do § 95, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, abarca qualquer medida do poder público, que pode ser objeto do recurso constitucional, em consonância com o § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.¹⁷⁵ Assim, decisão não é apenas a sentença judicial, mas também o ato administrativo.¹⁷⁶ A sentença é infirmada,¹⁷⁷ total¹⁷⁸ ou parcialmente,¹⁷⁹ e remetida a um tribunal competente. O ato administrativo também é infirmado.¹⁸⁰

dever da fundamentação permanece para a admissão do recurso constitucional (KLEIN (nota 31), S. 2075). Ver também nota 140. supra.

¹⁷⁰ § 93d, alínea 3, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁷¹ § 93d, alínea 3, frase 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁷² Também por meio dessa competência cameral procurou-se aliviar o Senado. Ver *Verhandlungen des Deutschen Bundestages* (nota 28), S. 14.

¹⁷³ § 93d, alínea 2, frase 2, primeira parte, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁷⁴ § 93d, alínea 2, frase 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁷⁵ Comparar com SCHLAICH (nota 29), RdNr. 340, S. 198. Ver também SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 95, RdNr. 23, S. 16, RdNr. 26, S. 17.

¹⁷⁶ BVerfGE 6, 386 (388); 84, 1 (3). SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8, RdNr. 23, S. 16) adita ainda o despacho e as disposições gerais.

¹⁷⁷ § 95, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

¹⁷⁸ Ver, v. g., BVerfGE 15, 46 (48); 40, 65 (66, 87); 52, 369 (370, 379); 63, 80 (89); 87, 48 (49); 87, 399.

¹⁷⁹ Ver, v. g., BVerfGE 54, 224 (225); 86, 122 (122 f).

¹⁸⁰ § 95, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Ver também SCHMIDT-BLEIB-

B. *Deferimento do recurso constitucional dirigido contra uma lei*

Consoante ao § 95, alínea 3, frase 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, quando o recurso constitucional, que foi dirigido contra uma lei, for deferido, o Tribunal Constitucional Federal deve declarar essa lei nula. A respectiva decisão tem caráter declaratório,¹⁸¹ com efeito *ex tunc*.¹⁸² A lei da qual se decidiu não mais pode ser aplicada pelos tribunais e pela administração¹⁸³ e o cidadão não precisa cumpri-la.¹⁸⁴

O Tribunal Constitucional Federal tem, todavia, elaborado outras fórmulas decisórias, que são, também nesse caso, aplicadas.

a) Nulidade parcial

aa) Nulidade parcial quantitativa¹⁸⁵

Dela se trata quando a declaração de nulidade recai sobre um parágrafo, alínea,¹⁸⁶ frase, parte da frase, palavra ou parte da palavra.¹⁸⁷

b) Nulidade parcial qualitativa

Essa ocorre quando o âmbito de aplicação da lei inferior, que viola a lei superior, é restrin-

TREU (nota 8), § 95, RdNr. 26, S. 17.

¹⁸¹ HEIN, P. E. *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht. Grundlagen, Anwendungsbereich, Rechtsfolgen*, Baden-Baden, 1988, S. 93; STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 271, S. 125; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 345, S. 202.

¹⁸² SCHLAICH (nota 29), RdNr. 344, S. 201; STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 276, S. 127; PESTALOZZA, C. "Noch Verfassungsmässig" und "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen, in: Starck (nota 15), S. 522. Ver também BVerfGE 1, 14 (37).

¹⁸³ Ver, v. g., BVerfGE 55, 100 (110).

¹⁸⁴ MAURER, H. Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in: *FS für Werner Weber*, Berlin, 1974, S. 347.

¹⁸⁵ Ela também é denominada de "nulidade parcial por meio de redução do texto" (SKOURIS, W. *Teilnichtigkeit von Gesetzen*, Berlin, 1973, S. 91). No tocante à aplicação da nulidade parcial quantitativa na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, ver v. g., BVerfGE 4, 219 (220); 17, 38 (39); 27, 220; 38, 187 (188); 63, 181; 65, 1 (3); 68, 384 (384 f); 73, 119 (119 f); 85, 134 (134 f); 86, 90 (90 f). Mais indicações encontram-se em SACHS, M. *Teilnichtigereklärung: von der Kassation zur Gesetzesneugestaltung durch das Bundesverfassungsgericht*, in: *DI* 1979, S. 390, Anm. 14.

¹⁸⁶ SACHS (nota 185), S. 389.

¹⁸⁷ ULSAMER (nota 8), § 78, RdNr. 23, S. 13. Ver também IPSEN, J. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, S. 99 f.

gido ou ampliado, sem haver redução do texto normativo.¹⁸⁸ Ela incide sobre constelações de casos, ou seja, parte da lei é nula em relação a determinados casos de aplicação.¹⁸⁹

bb) Declaração de incompatibilidade

Quando o Tribunal Constitucional Federal chega à convicção de que uma lei (ou parte da lei) viola a Lei Fundamental, ele a declara incompatível com a Lei Fundamental, sem, todavia, afirmar a sua nulidade.¹⁹⁰

A declaração de incompatibilidade justifica-se quando, por meio de uma declaração de nulidade seria configurado um estado que situar-se-ia ainda mais distante da ordem constitucional do que a regulação inconstitucional.¹⁹¹ Ela também é admissível quando ao legislador estão dadas várias possibilidades de afastar a violação constitucional¹⁹² e a declaração de

nulidade for uma intervenção na liberdade de conformar do legislador.¹⁹³

Em regra, a declaração de incompatibilidade tem o efeito segundo o qual os tribunais e a administração estão impedidos de aplicar a lei objetada, devendo aguardar, com o procedimento pendente, a nova regulação do legislador.¹⁹⁴ Excepcionalmente, porém, o Tribunal Constitucional Federal admite valha a lei declarada incompatível com a Lei Fundamental durante um período transitório, i.e. até haver a feitura de uma nova pelo legislador.¹⁹⁵

Outro consectário da declaração de incompatibilidade de uma lei com a Lei Fundamental está no dever do legislador, que é expressado, em modificar a lei assim declarada, a fim de conciliá-la com a Lei Fundamental.¹⁹⁶ Por meio dessa consequência, a declaração de incompatibilidade diferencia-se da declaração de nulidade: nesta, o próprio Tribunal Constitucional Federal remove a violação constitucional e, naquela,

¹⁸⁸ SKOURIS (nota 185), S. 92. Comparar com SACHS (nota 185), S. 390. Ver também VOGEL, K. *Das Bundesverfassungsgericht und die übrigen Verfassungsorgane: Bundesverfassungsgerichtliche Argumentationsfiguren zu den Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Frankfurt a.M., 1988, S. 217 ff; IPSEN (nota 187), S. 100. Para o seu emprego na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, ver v. g., BVerfGE 8, 51 (52); 13, 31; 19, 330 (331); 26, 338 (339); 34, 165 (166); 43, 291 (294); 62, 117 (118 ff); 67, 290 (291); 87, 68 (69); 87, 95. Mais informes acham-se em SACHS (nota 185), S. 390, Anm. 18.

¹⁸⁹ Ver SCHLAICH (nota 29), RdNr. 351, S. 204 f.

¹⁹⁰ Ver VOGEL (nota 188), S. 223. Comparar com SCHLAICH (nota 29), RdNr. 360, S. 209; PESTALOZZA (nota 182), S. 523. Para o seu uso pelo Tribunal Constitucional Federal, ver IPSEN (nota 187), S. 107, Anm. 1, na qual se encontra uma ordenação das decisões pertinentes. Um confronto entre a terminologia do Tribunal Constitucional Federal e da doutrina encontra-se em SCHLAICH (nota 29), RdNr. 363-365, S. 210.

¹⁹¹ BVerfGE 87, 153 (177 ff). Ver também, v. g., BVerfGE 33, 303 (347 ff); 83, 130 (154); 84, 9 (20). Na doutrina, ver VOGEL (nota 188), S. 226 ff, 229 ff; POHLE, A. P. *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetzestechmisch mögliche Nichtigerklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, Frankfurt a.M., 1979, S. 70; MOENCH, C. *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle. Die Problematik der verfassungsgerichtlichen Sanktion, dargestellt anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Jur. Diss., Freiburg Baden-Baden, 1977, S. 39. Os dois últimos autores designam essa justificativa do Tribunal Constitucional Federal como "teoria do caos".

¹⁹² BVerfGE 87, 153 (178). Ver também, v. g., BVerfGE 28, 227 (242 ff); 52, 369 (379); 55, 100 (110); 61, 43 (68); 73, 40 (101); 78, 350 (363); 82, 60 (97).

¹⁹³ BVerfGE 84, 168 (187). Ver também, v. g., BVerfGE 28, 344 (362 ff); 39, 316 (332 ff); 77, 308 (337). Esse topos argumentativo jurisprudencial-constitucional relaciona-se, na maior parte dos casos, com o princípio isonômico, sito no art. 3.º da Lei Fundamental. Comparar, quanto a isso, com POHLE (nota 191), S. 78 ff; HEIN (nota 181), S. 114 ff; IPSEN (nota 187), S. 111 ff; MOENCH (nota 191), S. 47 ff. De forma duvidosa, SACHS, M. *Blosse Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen?*, in: *NJW*, 1982, S. 660.

¹⁹⁴ BVerfGE 87, 114 (136); 87, 153 (178). Ver também, v. g., BVerfGE 37, 217 (261), 55, 100 (110); 61, 319 (356); 81, 363 (383 ff); 84, 9 (21). Na doutrina, ver MAURER (nota 184), S. 361 f; SCHLAICH (nota 29), RdNr. 378 ff, S. 218 ff.

¹⁹⁵ Ver, a esse respeito, HEIN (nota 181), S. 123 ff; POHLE (nota 191), S. 110 ff; HOFFMANN-RIEM, W. *Die Beseitigung verfassungswidriger Rechtslagen im Zweitaktverfahren*, in: *DI/Bi*, 1971, S. 843 ff. A razão da continuidade da vigência da lei declarada incompatível com a Lei Fundamental está em evitar um "vácuo jurídico" (BVerfGE 37, 217 (261) e ser um meio com o qual se preserva a "certeza jurídica" (BVerfGE 61, 319 (356)).

¹⁹⁶ BVerfGE 87, 153 (154, 178); 55, 100 (110). Ver também, v. g., BVerfGE 6, 257 (265 ff); 18, 288 (302); 32, 199 (221); 34, 9 (44); 37, 217 (263); 41, 399 (425 ff); 46, 97 (112 ff); 57, 361 (388); 61, 319 (356 ff); 84, 168 (187). No setor doutrinário, ver HEYDE, W. *Gesetzgeberische Konsequenzen aus der verfassungswidrig-Erklärung von Normen*, in: *FS Hans Joachim Fallert*, München, 1984, S. 53 ff; HEIN (nota 181), S. 168 ff; HEUSSNER, H. *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung*, in: *NJW*, 1982, S. 257 f.

a remoção da violação constitucional é dever do legislador.¹⁹⁷

c) A lei “ainda constitucional” e o assim denominado “apelo ao legislador”¹⁹⁸

Uma “decisão-apelo” configura-se quando o Tribunal Constitucional Federal, no exame de uma lei, constata defeitos jurídico-constitucionais mas, em razão de interesses e pontos de vista prioritários, jurídico-constitucionais relevantes, (ainda) não declara a lei incompatível com a Lei Fundamental, senão notifica o legislador, nos fundamentos da decisão, a, em breve, remover o defeito jurídico-constitucional reconhecido.¹⁹⁹ O prazo para o cumprimento do dever legislativo é nuançado: ora vai até o final da legislatura,²⁰⁰ ora não tem uma data-limite determinada.²⁰¹

Na base das “decisões-apelo” estão considerações pragmáticas,²⁰² em resposta ao “tornar-se inconstitucional” de uma lei,²⁰³ cuja sucessão está vinculada às mudanças das relações fáticas havidas no tempo da sua entrada em vigor.²⁰⁴

¹⁹⁷ IPSEN (nota 187), S. 213. Comparar com VOGEL (nota 185), S. 223.

¹⁹⁸ Essa expressão remonta a *Wiltraut Rupp-v. Brünneck*, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber Appellieren?, in: *FS für Gebhard Müller*, Tübingen, 1970, S. 355. Exemplos de decisões da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal a respeito encontram-se nesse trabalho. Mais recentemente, em SCHULTE, M. Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: *DVBl*, 1988, S. 1200 ff.

¹⁹⁹ MAURER (nota 184), S. 346. Comparar com SCHLAICH (nota 29), RdNr. 396, S. 226. A expressão “decisão-apelo” não tem, na doutrina, entendimento uniforme, uma vez que uma parcela doutrinária também a identifica com a declaração de incompatibilidade conjugada com um apelo. Ver SCHULTE (nota 198), S. 1201; MAURER (nota 184), S. 346, Anm. 4.

²⁰⁰ Ver. v. g., BVerfGE 15, 337 (352); 16, 130

(142); 36, 146 (172).

²⁰¹ Ver. v. g., BVerfGE 43, 291 (321); 45, 187

(252); 53, 257 (312 f).

²⁰² Comparar com RUPP-V. BRÜNNECK (nota 198), S. 372, 377. De forma duvidosa, GUSY, C. *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 1985, S. 210 ff.

²⁰³ Acerca disso, ver KRAUSE-PALFNER, T. *Das Verfassungswidrigwerden von Gesetzen*, Jur. Diss., Frankfurt a. M., 1973, S. 28 ff. PESTALOZZA (nota 182, S. 548) menciona “as normas a caminho da inconstitucionalidade”. Comparar com MAUNZ, T. *Das Verfassungswidrige Gesetz*, in: *BayfBl*, 1980, S. 518.

²⁰⁴ Comparar com IPSEN (nota 187), S. 133.

d) Interpretação conforme a Constituição

A interpretação conforme a Constituição não é apenas uma regra de interpretação, uma vez que ela concretiza, ao mesmo tempo, um princípio de Direito Processual Constitucional,²⁰⁵ segundo o qual uma lei não deve ser declarada nula se é possível interpretá-la de acordo com a Constituição.²⁰⁶ Esse “acordo” não só existe quando a lei admite uma interpretação sem a atração de pontos de vista constitucionais, como, também, pode ser estabelecido por meio da determinação de um conteúdo ambíguo ou indeterminado da lei por via de conteúdos constitucionais.²⁰⁷

Sob o aspecto diferenciador, enquanto na nulidade parcial qualitativa declaram-se determinados “casos de aplicação” como incompatíveis, na interpretação conforme a Constituição declaram-se determinadas “possibilidades de interpretação” como incompatíveis.²⁰⁸

Como tarefa, a interpretação conforme a Constituição cabe não somente ao Tribunal Constitucional Federal, mas a todos os tribunais,²⁰⁹ máxime no controle normativo.²¹⁰

A sua justificação encontra-se, sobretudo, na unidade do ordenamento jurídico.²¹¹ O outro argumento justificador situa-se na presunção da validade da lei²¹² (o *favor legis*).²¹³

e) Interpretação orientada pela Constitui-

²⁰⁵ BOGS, H. *Die Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Stuttgart, 1966, S. 15.

²⁰⁶ BVerfGE 2, 266 (282). Ver também BVerfGE 59, 360 (386); 64, 229 (242). Como se vê, o Tribunal Constitucional Federal valeu-se cedo dessa fórmula decisória.

²⁰⁷ HESSE (nota 98), RdNr. 80, S. 30.

²⁰⁸ SCHLAICH (nota 29), RdNr. 352, S. 205.

²⁰⁹ BVerfGE 68, 337 (344). Ver também SIMON, H. “Die verfassungskonforme Gesetzauslegung” in: *EuGRZ*, 1974, S. 87 f.

²¹⁰ Comparar com SCHLAICH (nota 29), RdNr. 406, S. 229.

²¹¹ Ver MÜLLER, N. *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der verfassungskonforme Auslegung*, Bern, 1980, S. 93 ff.

²¹² Ver BOGS (nota 205), S. 21 f.

²¹³ ZIPPELIUS, R. *Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, in: Starck, C. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Band 2, Tübingen, 1976, S. 110. Andreas Auer (*Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit*, Basel, 1984, S. 87) menciona ainda como postulados embaixadores, a supremacia da constituição e a pirâmide normativa.

ção - diferença

Essa expressão²¹⁴ significa: no procedimento de aplicação de uma norma, cuja constitucionalidade não está questionada,²¹⁵ que permite possibilidades de interpretação, deve-se escolher aquela interpretação que está mais próxima da Constituição.²¹⁶ Ela serve para otimizar os postulados constitucionais na decisão do caso concreto e tem contribuído para o desenvolvimento do direito vigente em direção à realização dos direitos fundamentais e à efetivação de exigências referentes ao Estado de Direito.²¹⁷

C. *Deferimento do recurso constitucional dirigido contra uma omissão legislativa*

1. *Omissão legislativa absoluta*

Na medida em que uma norma inexistente não pode ser declarada nula,²¹⁸ resta a alternativa da declaração de incompatibilidade da omissão.²¹⁹ Na prática, entretanto, isso não tem ocorrido.

O Tribunal Constitucional Federal tratou, por meio do procedimento do recurso constitucional, da omissão legislativa absoluta, referente ao art. 6.º, alínea 5, da Lei Fundamental,²²⁰ na BVerfGE 25, 167. O objeto do recurso constitucional, todavia, não foi a omissão legislativa, senão uma sentença a ela vinculada, cuja pronúncia fora feita pelo Tribunal Estadual de primeira instância, sito em Kiel. Nessa decisão, o Tribunal Constitucional Federal frisou, primeiro, que essa prescrição de direito fundamental contém um encargo (obrigatório) ao legislador, cuja execução não está ao seu livre alvedrio. Ele está, antes, obrigado a cumprir a promessa declara-

²¹⁴ O Tribunal Constitucional Federal não a emprega. Ver, acerca disso, SCHLAICH (nota 29), RdNr. 413, S. 233.

²¹⁵ Nesse aspecto reside a diferença em relação à interpretação conforme à Constituição.

²¹⁶ Comparar com WANK, R. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzgebung und Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte, in: *JUS*, 1980, S. 547 f. Ver também STERN (nota 6), Art. 93, RdNr. 693, S. 254.

²¹⁷ SIMON (nota 209), S. 87.

²¹⁸ SCHMIDT-BLEIBTREU (nota 8), § 90, RdNr. 107, S. 97.

²¹⁹ Ver PESTALOZZA (nota 182), S. 526, 529. Comparar com MEDER, G. Verfassungsbeschwerde gegen gesetzgeberisches Unterlassen, in: *DVBl*, 1971, S. 851.

²²⁰ "Aos filhos ilegítimos devem ser estabelecidas, por meio da legislação, as mesmas condições para o seu desenvolvimento físico e espiritual e para a sua situação na sociedade como para os filhos legítimos."

da na citada norma fundamental e viola a Constituição, se omite, dentro de um prazo razoável, a execução do mandado constitucional ou promulga leis que não correspondem ao mandamento constitucional.²²¹

Depois o Tribunal Constitucional Federal ocupou-se com um problema, decisivo para o caso: se, tendo em vista o ainda não cumprimento desse mandado constitucional pelo legislador,²²² essa prescrição constitucional ganha, então, validade imediata no sentido de derrogar aquelas determinações consagradas do direito ordinário que são incompatíveis com a decisão valorativa constitucional, e, se a lacuna daí advinda pode ser coberta pelo juiz por meio de interpretação jurídica criadora, com fundamento no art. 6.º, alínea 5, da Lei Fundamental, enquanto o legislador não age.²²³ Ambas as questões receberam resposta positiva: seria incompatível com o caráter de direito fundamental da prescrição e com a sua estreita relação referente a valores centrais da ordem constitucional, acreditar que a Constituição quis contentar-se fosse o referido artigo, em sua significação perante as prescrições consagradas contrárias do direito ordinário, apenas um mero princípio programático. Antes, há de se partir do fato de que, nesse caso, a vontade da Constituição, se e desde que isso seja possível, deve ser realizada pelo Poder Judiciário no âmbito a ele acessível.²²⁴

Em referência, o Tribunal Constitucional Federal observou ainda que isso não viola o Princípio da Separação dos Poderes, porque a dilatação funcional do Poder Judiciário, decorrente da inatividade do legislador, tem apenas uma natureza subsidiária: ao legislador está disponível, em qualquer tempo, chamar novamente a si o cumprimento do mandado constitucional, que está, em primeiro lugar, a ele endereçado, e concretizá-lo em consonância com as suas concepções.²²⁵

²²¹ BVerfGE 25, 167 (173).

²²² O termo final desse prazo foi associado com o término da legislatura então corrente (BVerfGE 25, 167 (188)).

²²³ BVerfGE 25, 167 (173). Sobre o perfeição do Direito na omissão legislativa absoluta, ver JÜLICHER, F. *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen. Zum Rechtsschutz bei gesetzgeberischem Unterlassen und willkürlichem gesetzlichen Begünstigungsausschuss*, Berlin, 1972, S. 33 ff.

²²⁴ BVerfGE 25, 167 (180 f. 188).

²²⁵ BVerfGE 25, 167 (181).

As considerações dos dois últimos parágrafos, o Tribunal Constitucional Federal já as fizera quando cuidou da omissão legislativa absoluta pertinente ao art. 117, alínea 1,²²⁶ conectado com o art. 3.º, alínea 2,²²⁷ ambos da Lei Fundamental, na BVerfGE 3, 225.²²⁸

2. Omissão legislativa relativa

Assim como na omissão legislativa absoluta, também aqui a declaração de nulidade da omissão legislativa relativa está excluída. Permanecem, então, como modalidades a declaração de nulidade, a declaração de incompatibilidade da lei (ou parte da lei) e a declaração de incompatibilidade da omissão.²²⁹ Esta, também nesse âmbito, não tem sucedido.

Em decorrência de a omissão legislativa relativa possuir a sua relevância em confronto com o princípio isonômico,²³⁰ cuja violação, por sua vez, pode ser diretamente questionada por meio do recurso constitucional, é importante

assinalar como o Tribunal Constitucional Federal tem avaliado, no procedimento relativo ao referido recurso, expressamente, na parte dispositiva da decisão, a lei infratora do princípio isômico. As fórmulas decisórias seguintes foram aplicadas: declaração de nulidade quantitativa,²³¹ declaração de nulidade qualitativa²³² e declaração de incompatibilidade.²³³

XII. Custas-taxas

O procedimento do Tribunal Constitucional Federal é gratuito.²³⁴

Uma taxa de até 5.000,00 (cinco mil) Marcos pode, todavia, ser imposta pelo Tribunal Constitucional Federal se a propositura do recurso constitucional ou do recurso consoante ao art. 41, alínea 2, da Lei Fundamental, apresenta um abuso, ou quando um pedido para a decretação de uma medida cautelar (§ 32) está proposta de modo abusivo.²³⁵

²³¹ BVerfGE 1, 208 (211); 6, 273 (274); 10, 59 (60); 11, 266; 11, 351 (352); 12, 10 (11); 13, 1; 23, 327; 34, 81 (82); 38, 187 (188); 68, 384 (385); 71, 364 (366).

²³² BVerfGE 17, 122 (123); 53, 336; 60, 123 (124); 62, 117 (118 f); 67, 290 (291).

²³³ Declaração de incompatibilidade total: BVerfGE 30, 292; 43, 242 (244); 56, 353 (354).

²³⁴ Declaração de incompatibilidade parcial: BVerfGE 6, 246; 6, 282 (282 f); 32, 365 (366); 38, 1 (2); 38, 61 (62); 39, 316 (317); 43, 58; 45, 104 (105); 46, 97 (98); 47, 1 (2); 48, 64 (65); 51, 1 (1 f); 52, 369 (370); 56, 146 (147); 56, 175 (176); 59, 302 (302 f); 61, 319 (320); 75, 108 (109); 75, 166; 75, 284; 78, 350; 85, 191 (192).

²³⁵ § 34, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Ver também acerca disso GUSY (nota 29), RdNr. 236, S. 149 f.

²³⁵ § 34, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Essa taxa é denominada de *taxa de abuso*. Ver, a seu respeito, GUSY (nota 29), RdNr. 247-252, S. 155-157; MAHRENHOLZ, E. G. Kammerbeschlüsse -Nichtannahmegebühren. Neue Institute im Verfassungsbeschwerdeverfahren, in: *FS für Wolfgang Zeidler*, Band 2, Berlin New York, 1987, S. 1375. Sobre a continuação de sua vigência, de forma duvidosa, ZUCK (nota 31), S. 2645.

²²⁶ "O direito contrário ao art. 3.º, alínea 2, permanece em vigor até a sua adaptação a essa prescrição, todavia, não além do dia 1 de março de 1953."

²²⁷ "Homens e mulheres gozam dos mesmos direitos."

²²⁸ Nesse caso, tratou-se de um procedimento de controle normativo.

²²⁹ Comparar com PESTALOZZA (nota 182), S. 529.

²³⁰ Ver, supra, VI., A., 1., b) (1).

Direito de propriedade e direito de construir

MÁRCIA WALQUIRIA BATISTA DOS SANTOS

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Urbanística e urbanização: noções 3. Origem e evolução da propriedade e do direito de propriedade. 4. Relações entre o direito de propriedade e o direito de construir. 5. Conclusão

1. Introdução

O tema que ora colocamos em debate é de veras polêmico, não tanto por sua previsão na órbita dos ordenamentos, mas, sobretudo, pela posição daqueles que com ele se preocuparam.

Na verdade, sentiu-se uma notória evolução da propriedade e dos direitos a ela inerentes frente ao direito de construir, passando nossas digressões pela sempre propícia evolução histórica mundial.

Desde a antigüidade até os dias atuais, as glórias, certamente, devem recair mais contemporaneamente na socialização do direito da propriedade, com o ingresso nas legislações, da figura da função social da propriedade.

É este instituto responsável pela invocação da responsabilidade do poder estatal, com toda convicção, para cumprir o seu papel de garantir e regulador das questões sociais.

Avocamos o ordenamento comparado como forma de justificar e enriquecer nossa análise, possibilitando-nos, sobretudo, concluir pela grande dificuldade existente não só no nosso país, mas também nos outros países que aqui estudamos, em separar o direito de construir do direito de propriedade.

Aquele que detém o domínio, quer ter uma margem grande de garantia, de que poderá usar todos os poderes inerentes à sua propriedade -- inclusive o de construir.

Enfim, esta é uma questão muito mais do

Márcia Walquiria Batista dos Santos é Procuradora do Município de Florianópolis – Doutoranda na USP – SP.

que individualista ou sociológica; é cultural. Faz parte do ser humano a vontade de *ter como seu*. Intimamente, sem sombra de dúvida, é um direito absoluto do homem, é fundamental; apesar de, ao ser colocado em prática, encontrar limitações.

2. Urbanística e urbanização: noções

A palavra *urbanística* vem do latim *urbs*, representando um conceito estritamente ligado à cidade e ao assentamento humano que esta vem sofrendo.

Deste ponto de partida inicia-se um longo caminho, onde uma série de fatos resguarda diferentes atividades humanas, que se traduzem em esferas de interesse científico. Estas vão da sociologia à economia, da geografia à demografia, ligada esta última às técnicas da planificação urbanística e das construções.

Algumas destas disciplinas – juntas no mesmo complexo – colocaram limites, não-somente às atividades dos cidadãos, mas à própria comunidade a que estes pertenciam, estabelecendo uma normatização jurídica e regulando a esfera de atuação de todos. Deste processo nasceu o direito urbanístico.

A necessidade primordial da ordem surgiu com a primeira afirmação da vida associada e da necessidade de uma disciplina organizativa da sociedade, trazendo exigências sempre mais imperiosas, à medida que a civilização foi avançando.

A existência de uma comunidade tornou-se imprescindível; cresceu, passo a passo, com o aumento das dimensões do espaço, no qual a mesma vivia e operava e, nessa medida mesma, o Estado tomou forma e consistência.

Na base dos conceitos de ordem e de disciplina estão as idéias dos homens dedicados a estes problemas – em especial, daqueles que, vivem numa época muito remota para tendências pré-concebidas e, ao mesmo tempo, numa época de civilidade suficiente para uma formação cultural.

Em todos os tempos, todavia, as idéias são influenciadas pelas condições de vida da coletividade, procurando-se remediar as deficiências da vida coletiva, no sentido mais completo da sociabilidade: familiar, religiosa, econômica e cultural.

Nesse passo, conclui-se que o sentido de construção (arquitetura) não se confunde com o de organização e disciplina das construções (urbanística).

A arquitetura tem por objetivo erigir casas, monumentos, templos, que atestam nos séculos todo seu potencial.

A urbanística, por seu turno, não é, de fato, somente a soma dos monumentos e das casas (produto arquitetônico), mas é a visão unitária e bisonha da vida da comunidade, que não é feita somente de construções, mas também de implantação de espaços úteis, de conceitos organicamente harmônicos, coadunando-se com as exigências dos particulares, em concordância com a comunidade inteira.

A expansão da atividade estatal no mundo moderno é, de fato, típica da época contemporânea e, somente nesta expansão, é possível encontrar a força necessária para vencer a resistência individual – que deve subtrair-se aos limites e aos vínculos impostos pela vida social.

A evolução da urbanística é, sem sombra de dúvida, em termos científicos, um fenômeno moderno, ligado à época histórica contemporânea, porque tem origens diretamente ligadas ao tipo de civilização em que vivemos.

Os fatores econômicos, e com esses os sociais, que são a premissa da urbanística, e os fatores técnicos, que são o momento de atuação, devem encontrar em uma disciplina jurídica o guia e os limites da respectiva esfera de ação.

A esta exigência sobrevêm um complexo de normas legislativas que, nos vários setores conhecidos pela disciplina da urbanística, tomaram forma, a princípio, de modo incerto e fragmentado, e depois, de forma mais imponente.

Surge, assim, com origens na urbanística, o direito urbanístico, com seu arcabouço legislativo, amparando relações que, até então, eram reguladas somente pelas necessidades sociais em prol das necessidades individuais.

A *urbanização*, todavia, é um fenômeno social que afeta todos os países por razões diferentes, tanto as sociedades industriais como os países em vias de desenvolvimento.

Para o mestre José Afonso da Silva “emprega-se o termo *urbanização* para designar o processo pelo qual a população urbana cresce em proporção superior à população rural. Não se trata de mero crescimento das cidades, mas de um fenômeno de concentração urbana”.¹

Os fatores que podem ocasionar uma crescente urbanização são vários, indo dos fenô-

¹ In “Direito Urbanístico Brasileiro”, São Paulo, RT, 1991, p. 9.

menos demográficos decorrentes de calamidades públicas, destruição de cidades em decorrência de guerras, até fatores econômicos: abandono de zonas rurais em busca de crescimento econômico, modificação nos hábitos de conforto e mudança em comportamentos sociais.

O que se nota é uma dispersão da urbanização com a ocupação de zonas urbanas periféricas e zonas sensíveis das encostas dos morros e próximas a mananciais (fenômeno das residências secundárias).

A crescente urbanização provoca a necessidade de se encontrar terrenos e espaços úteis para a construção de equipamentos coletivos indispensáveis (como áreas verdes e áreas de lazer). Desta forma, a intervenção estatal é vista como imprescindível para a ordenação dos espaços potencialmente habitáveis e urbanizáveis.

3. Origem e evolução da propriedade e do direito de propriedade

A noção de propriedade nasceu do sentimento e da necessidade humana de se apropriar, materialmente, dos bens indispensáveis à satisfação de suas necessidades vitais e de outros interesses.

Pode-se dizer que, a princípio, a propriedade surgiu dentro de um contexto coletivo, transformando-se em individual (privada), e, por fim, voltando a assumir contornos de coletiva.

Entre os povos nômades a propriedade era de todos; dividida entre os que, juntos a habitavam. Após, caracterizou-se por pertencer às famílias, representada esta pelo chefe (patriarca).

A propriedade de feudal passou a individual, conservando por muito tempo a noção de ser livre.

Contudo, segundo Planiol, foi na Roma antiga – no começo de sua História e no fim do Império e, mais tarde, a partir da Revolução de 1789² – que a propriedade plena e única existiu.

O direito de propriedade é, por seu turno, imemorial, remontando aos primórdios da história humana. Os mais antigos códigos legislativos da humanidade – Código de Hamurábi, Código de Manu, Decálogo, Lei das XII Tábuas – já previam regras de proteção à propriedade.

Na Idade Média, o feudalismo ocasionou o desmembramento das prerrogativas inerentes à propriedade e era o poder de alguns que ditava as regras válidas para os proprietários. Os

direitos, tão defendidos pelos romanos, existiam mas não eram colocados em prática.

A especulação da propriedade voltou a ser necessária, no final da Idade Média, principalmente pelo ressurgimento das trocas e do comércio. O capital floresceu e as atividades comerciais se intensificaram.

O primeiro grande passo em matéria de garantia da propriedade, foi a sua previsão no art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – documento proveniente da Revolução Francesa. É o texto do citado artigo, *in litteris*:

“Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização.”

Diante do texto acima transcrito, importante frisar que, nem mesmo os defensores do liberalismo acreditavam em direitos ilimitados sobre a propriedade.

Na verdade, o poder estatal de intervenção – desapropriando em casos de evidente necessidade e com prévia indenização – não chegou a ser negado nem afastado.

Sob a vigência do Estado liberal a propriedade era considerada, de um lado, um instituto jurídico unitário, não influenciado por caracteres de situações externas ou da sua função econômico-social; de outro lado, era um direito absoluto.

O próprio art. 2.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão arrolava a propriedade entre os direitos *inatos e imprescritíveis* do homem, ao lado da liberdade, da segurança e da resistência à opressão.

A propriedade assim, no Estado liberal, era prevista nas constituições entre os direitos da pessoa.

A reconstrução do direito e do instituto da propriedade entrou em crise, nos seus fundamentos ideológicos, com a consolidação do Estado social. Deixou ela de ser mencionada entre os direitos do homem.

Fundada na ordem econômica individualizada, a propriedade passou a ser vista sob um sentido social. A relação que antes existia entre o *homem* e o homem é modificada. Entre a vontade do particular e os bens se interpõe a vontade do legislador e da administração pública.

Para determinar a destinação econômica de

² Cf. José Caeciro da Matta, *O Direito de Propriedade e a Utilidade Pública*, J. Ribeiro dos Santos, ed. RJ. 1906, pp. 12-20.

um bem, não é mais decisiva a vontade *privada*, passando esta a se condicionar pela vontade *pública*, manifestada pelos poderes públicos.

Estas ponderações aplicam-se à grande maioria dos países europeus. Desta forma, nos deteremos, neste estudo, ao sistema italiano e esprehol por guardarem grande proximidade com o nosso ordenamento.

Em relação à Itália, nos socorremos de um autor chamado Nicola Assini. Diz ele que “basta comparar o art. 29 do Estatuto Albertino – que reza: “toda propriedade, sem nenhuma exceção, é inviolável”, com a regra do art. 42 da Constituição italiana “A propriedade é pública ou privada. Os bens económicos pertencem ao Estado, a entidades ou a particulares (...). A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, a qual prescreve os respectivos modos de aquisição e de gozo e os limites a que está sujeita, a fim de se realizar a sua função social e de se tornar acessível a todos” – para aprendermos a profunda evolução que o direito de propriedade enfrentou, do Estado liberal ao Estado social”³.

Percebe-se que o art. 42 da Constituição italiana de 1947 remete à lei o reconhecimento e a garantia da propriedade privada, excluindo que tal direito pudesse ser mudado.

A tendência de definir-se na lei os direitos era típica das codificações da Europa Continental, o que diferia, neste ponto, da tradição dos ordenamentos da *Common Law*, que apresentavam um conceito genérico de propriedade.

A evolução legislativa na Itália, em matéria urbanística, foi fortemente sentida. Da lei sobre expropriação de 1865, passou-se às leis especiais para aprovação dos planos reguladores, às normas do Código Civil de 1942 e à Lei Urbanística do mesmo ano (n.º 1.150, de 17.8.1942), se somando a Lei Ponte n.º 765, de 6.8.1967, que deveria ser o prelúdio de uma nova disciplina orgânica da matéria.

Junto às leis acima citadas, foram sendo consideradas aquelas que passaram a dar disciplina jurídica a setores particulares, os quais apresentavam notáveis conexões com a urbanística. Citamos a lei de proteção aos bens de interesse histórico, artístico e cultural (Lei n.º 1.089, de 1.º.6.1939), a lei que tutela as belezas naturais (Lei n.º 1.497, de 17.6.1939) e as leis que visam resguardar os centros históricos (Lei

n.º 765, de 6.8.1967 e Lei n.º 1.157, de 19.11.1968).

Merecem ser mencionados, também: a lei que previu a reconstrução das habitações destruídas pela guerra: os planos para reconstrução das habitações populares; os procedimentos para salvaguarda da higiene pública e para o desenvolvimento das zonas economicamente deficientes do território nacional; e, por fim, leis para transferência de habitações e para a retomada de zonas atingidas pelas calamidades naturais.

Estas normas, ditadas de exigências contingentes e de fatos particulares, emanadas em épocas diversas e distantes entre si, sem um aparente nexo de ligação, representam, na Itália, a evolução do direito de propriedade e do próprio direito urbanístico.

Contemporaneamente, foi aprovada no ordenamento italiano a Lei n.º 10, de 28.1.1977, que previu a *concessão* como pré-requisito para todas as transformações edilícias e urbanísticas; concessão essa, deferida pelo *sindaco* mediante pagamento de tributo, assumindo a natureza de *licença*.

Para Giuseppe Spadaccini tal concessão possui regime jurídico de uma *autorização administrativa*. Diz ele que “autorização administrativa é o ato pelo qual o ente público remove o obstáculo ao exercício de um poder jurídico inerente a um direito subjetivo já preexistente no patrimônio do requerente. Trata-se, assim, essencialmente, de um ato permissivo”⁴.

Conclui Spadaccini que a nova Lei n.º 10/77 fala, expressamente, em *concessão*, mas ele considera a expressão insuficiente para demonstrar a nova qualificação jurídica de tal provimento (ob. cit., p. 406).

Na Espanha, a matéria relativa à propriedade e ao direito de propriedade é bem menos polémica; haja vista que as limitações à atuação do poder público são conferidas pela própria ordem constitucional e pelas leis internas.

Dispõe o art. 33 da Constituição espanhola de 1978, *in verbis*:

“São reconhecidos o direito à propriedade privada e o direito à herança. A função social destes direitos delimitará seu conteúdo, nos termos da lei. Ninguém poderá ser privado de seus bens e direitos a não ser por causa justificada de uti-

³ In *Manuale di Diritto Urbanistico*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, p. 12.

⁴ In *Urbanistica e Edilizia Espropriazioni negli ordinamenti Statale e Regionale*, Roma, Casa Editrice Stamparia Nazionale, 1980, pp. 405-406.

lidade pública ou interesse social, mediante a correspondente indenização e em conformidade com o disposto nas leis.”

Este artigo veda a simples apropriação do solo particular pelo Estado, porém, abre possibilidade a este de delimitar o conteúdo da propriedade, afastando-a de qualquer intenção especulativa, e criando um solo mais voltado ao interesse público.

O artigo 33 da Constituição da Espanha deve ser analisado, todavia, concomitantemente, com o artigo 47, cujo texto é o que segue:

“Todos os espanhóis têm direito de desfrutar de uma habitação digna e adequada. Os poderes públicos promoverão as condições necessárias e estabelecerão as normas destinadas a tornar efetivo este direito, regulando a utilização do solo de acordo com o interesse geral, a fim de impedir a especulação.”

É o fenômeno da socialização do solo, mais marcante entre os espanhóis do que na Itália.

Por outro lado, na Espanha, como no Brasil, a competência outorgada à administração é praticamente ilimitada em matéria urbanística, condicionando-se somente a seu próprio poder (*potestade*) público.

A administração exerce funções de poder de polícia e, como tal, delimita regras e parâmetros de atuação aos particulares. Contudo, a estes, a própria lei garante possibilidades de atuação, desde que não se afastem do legítimo interesse público.

O interesse público em matéria de propriedade foi, marcadamente, defendido na Lei do Solo e Ordenação Urbana, de 12 de maio de 1956. Pela primeira vez, foi conferido aos poderes públicos espanhóis a inteira responsabilidade da ordenação urbanística de todo o território nacional, tanto no que diz respeito ao regime jurídico do solo e planejamento como quanto à possibilidade de o Estado intervir na propriedade.

Para Eduardo García de Enterría e Luciano Parejo Alfonso, na obra intitulada *Lecciones de Derecho Urbanístico* (Madrid, Editorial Civitas, 1981, pp. 425 e ss.) “... a Lei do Solo de 1956 configurou a ordenação urbanística como função pública; configuração que supunha a *publicatio* do âmbito delimitado pela transformação, aproveitamento e utilização do solo, além do que decorre diretamente de sua natureza própria, deixando reduzido o direito de pro-

priedade a seu conteúdo nuclear de uso e desfrute do bem conforme a sua natureza intrínseca”.

Em suma, para os renomados autores, a Lei de Solo de 1956, configurando a ordenação urbanística como uma *função pública*, estabeleceu uma dissociação entre direito de propriedade e direito de construir. Desta feita, a ordenação urbanística estabeleceu os *limites* das faculdades do direito de propriedade, o que é muito natural, dizem eles, posto que não existem direitos ilimitados (ob. cit., p. 433).

Posteriormente, aprovou-se a Lei de Reforma da Lei do Solo, em 2 de maio de 1975, que veio muito mais ratificar a Lei de 1956 do que alterá-la.

No direito brasileiro, foi o Código Civil o ordenamento precursor da disciplina da propriedade, estabelecendo prerrogativas e limites nos artigos 524, 525 e 527. A propriedade se caracteriza, contudo, nestes artigos, com contornos extremamente individualistas.

Seguindo um movimento mundial, principalmente da idéia de socialização do direito, amparada nas Constituições do México e da Alemanha de Weimar, a Carta brasileira de 1934 cristalizou a função social da propriedade.

Estava criada a polêmica entre civilistas e urbanistas. Tinha-se que conviver com um princípio, profundamente individualista, da propriedade, e outro social – extratificado na Constituição de 1934 e nas posteriores.

Temos de aceitar, todavia, que a noção de individualismo absoluto da propriedade, existente à época de elaboração do Código Civil, já não mais persiste. Diante da crescente intervenção estatal, amparada na premissa da função social da propriedade, garantida constitucionalmente (art. 5.º, XXIII e 182, § 2.º, CF/88), o direito de propriedade encontra-se condicionado e limitado.

4. *Relações entre o direito de propriedade e o direito de construir*

Notoriamente, o direito de propriedade compreende o uso, o gozo e a disposição do bem sobre o qual incide. Este uso conforma-se com determinadas regras, que delineiam a fisionomia destes direitos, tornando-os limitados.

Não há, desta forma, direitos ilimitados, sendo compreensível que dispositivos legais estabeleçam condicionamentos ao direito de propriedade.

A própria propriedade, à vista disto, pode

assumir vários conceitos, até porque não há um conteúdo único da propriedade. Assim, o tratamento jurídico dado a ela varia ao sabor das mudanças estruturais.

A propriedade, dada a sua importância cultural e histórica, está prevista na Carta Federal de 1988, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5.º, XXII).

Como já dissemos, associada à propriedade está arrolada na Constituição (arts. 5.º, XXIII e 182, § 2.º) a função social da propriedade – trazendo esta, limitação ao individualismo típico da órbita civilista.

Com esta conotação social, a propriedade imóvel urbana não é mais exclusividade do direito civil. Tratam da matéria o direito administrativo e o direito urbanístico.

Neste patamar, são as palavras do ilustre autor José Afonso da Silva:

“a destinação urbanística dos terrenos é uma utilidade acrescida a eles pelos planos e leis de caráter urbanístico. Utilidade que se especifica em várias modalidades, conforme o aproveitamento concreto definido para cada terreno. A utilização, portanto, do solo urbano pelos proprietários depende da determinação dada pelo legislador e plano urbanístico” (ob. cit., p. 102).

Segundo os urbanistas, a disciplina do direito de propriedade é aquela em que mais se leva em conta a função social da propriedade. Esta procura harmonizar os interesses sociais e os particulares, através da ordenação e conteúdo do direito de propriedade.

Para a maioria dos doutrinadores a função social faz parte do conteúdo do direito de propriedade, sendo que José Afonso da Silva, citando Pedro Escribano Collado, acrescenta: “Constitui o fundamento do regime jurídico da propriedade, não de limitações, obrigações e ônus que podem apoiar-se em outros títulos de intervenção, como a ordem pública ou a atividade de polícia” (ob. cit., p. 95 e nota 21).

Assim, a nova Ordem Constitucional brasileira imprimiu uma maior intervenção do poder público, a partir do momento em que permitiu que a municipalidade construísse, sem restrições aparentes, todo o complexo de deveres que formarão a função social da propriedade (art. 182, § 2.º). Por meio de regulamentos administrativos o Município poderá limitar o exercício das faculdades do direito de propriedade (art. 572, CC), mas jamais inviabilizá-lo.

Estas nuances em nossa legislação foram trazidas do direito comparado. Na Itália, a Lei n.º 10 de 1977, separou o *jus aedificandi* da propriedade do solo, atribuindo uma maior disponibilidade à autoridade pública. A partir desta Lei de 1977, a faculdade de construir deixou de ser ínsita ao direito de propriedade.

Segundo o autor italiano Giulio Correale o que se praticou na época da elaboração da Lei n.º 10/77 foi uma *expropriação* generalizada, sem qualquer tipo de indenização aos proprietários – por estarem sendo furtados do seu direito de construir.⁵

Diz ainda Correale que, na verdade, uma lei não poderia passar para as mãos do poder público uma faculdade inerente ao direito de propriedade sem que fosse alterada a Constituição, ou sem que, aos proprietários, fosse conferida a devida indenização (ob. cit., pp. 2 e 3).

Contudo, segundo este autor, a Corte Constitucional italiana, em decisão posterior à Lei n.º 10/77, já em 1980, entendeu que “o direito de edificar continua inerente à propriedade, assim como as outras situações que compreendem a legitimação de construir” (ob. cit., p. 104).

Vê-se, pois, que a tentativa de apartar o direito de propriedade e o direito de construir, não vingou na Itália.

No Ordenamento espanhol, com a Lei do Solo de 1956, nasceu uma forte limitação ao direito de edificar, ao *jus aedificandi*, passando a se observar interesses públicos predominantes, como imposição do plano urbanístico.

Como já foi dito, os confrontos entre os particulares e o poder público, na Espanha, não são tão acirrados quanto na Itália, tendo em vista que as limitações urbanísticas são muito bem delimitadas na Constituição (arts. 33 e 47).

A maioria dos doutrinadores espanhóis não enfrenta a questão da garantia do direito de propriedade e as limitações administrativas impostas a este direito.

Destarte, aqui já falamos, García de Enterría e Alfonso defendem a posição de que a Lei do Solo de 1956, ao configurar a ordenação urbanística como uma *função pública*, estabeleceu um mecanismo de separação do direito de propriedade e do direito de construir.

Apesar das inovações vanguardistas do direito italiano – com a Lei n.º 10/77, e do pensa-

⁵ In *Urbanistica, Iniziativa Economica, Proprietà Privada e Poteri Dell'autorità*, Padova, Cedam, 1984, pp. 1 e 2.

mento dos espanhóis acima referidos, que defendem a dissociação do direito de construir e do direito de propriedade, na legislação brasileira, estes direitos estão intimamente ligados.

Diante dos arts. 524 e 572 do Código Civil brasileiro, o direito de construir é *inerente* ao direito de propriedade.

5. Conclusão

Conclui-se, pois, diante de nossas ponderações, que no Ordenamento pátrio, o direito de construir não é absoluto, já que está condicionado ao interesse coletivo, à função social da propriedade e à ordenação urbanística do uso do solo.

O direito de edificar encontra limitações, tanto de ordem privada (no direito civil – direitos de vizinhança) quanto de ordem pública (direito administrativo).

Evidentemente, não é possível encarar a propriedade e o seu direito sob a ótica individualista, deveras aceita até as primeiras décadas deste século. Os apelos sociais trataram de incluir mecanismos em nossa ordem constitucional, limitando e socializando um direito até então absoluto.

Afirma-se, por fim, com segurança, que mesmo o direito de construir sendo inerente ao direito de propriedade, assim o é, com reservas, na medida em que o Estado assumiu uma postura, não mais indiferente, ao seu papel de ordenador e garantidor (pelo menos, nas questões urbanísticas).

ASSINI, Nicola. *Manuale di Diritto Urbanistico*, Milano, Giuffré Editore, 1991, pp. 173-191.

BITTAR, Carlos Alberto. *A Propriedade e os Direitos Reais na Constituição de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 1-9.

CORREALE, Giulio. *Urbanistica, Iniziativa Economica, Proprietà Privada e Poteri Dell'autorità*, Padova, Cedam, 1984, pp. 1-9; 101-107.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia et ALFONSO, Luciano Parejo. *Lecciones de Derecho Urbanistico*, Madrid, Editorial Civitas, 1981, pp. 425-488.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *A Propriedade Urbana na Constituição de 1988* (coord. de Carlos Alberto Bittar), São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 15-47.

SALVIA, Felippo et TERESI, Francisco. *Diritto Urbanistico*, 4.ª ed., Pádova, Cedam, 1986, pp. 13-25.

SILVA, José Afonso da. "Direito Urbanístico Brasileiro", São Paulo, *RT*, 1981, pp. 88-10.

SPADACCINI, Giuseppe. *Urbanistica, Edilizia Espropriazino negli ordenamenti Statale e Regionale*. Roma, Casa Editrice Stamperia Nazionale, 1980, pp. 405-467.

TÁCITO, Caio. "O Direito de Propriedade e o Desenvolvimento Urbano", in *Carta Mensal*, v. 38, RJ, Confederação Nacional do Comércio, agosto, 1992, pp. 51-58.

A organização sindical na Constituição Federal de 1988

JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO

SUMÁRIO

I. Introdução. II. Organização sindical. II.a. Autonomia sindical. II.b. Liberdade coletiva. II.c. Liberdade individual. III. Conclusões.

I. Introdução

As relações coletivas de trabalho no Brasil sempre estiveram marcadas pelo intervencionismo estatal, em maior ou menor intensidade, notadamente a regulamentação da organização sindical.

O Brasil agroindustrial da década de 40 mudou-se, sob os ventos provenientes da Europa, de uma legislação detalhista, de inspiração fascista, atrelando o sindicato ao Estado e destinando-lhe uma atividade assistencialista.

Mecanismos como a unicidade sindical, imposta por lei, o conceito rígido de categoria profissional ou econômica, o sistema de enquadramento sindical, a contribuição sindical determinada por lei, o reconhecimento do sindicato pelo Estado mediante o preenchimento de certos requisitos, as limitações ao exercício do direito de greve, a pouca importância dada à negociação coletiva, o poder normativo e a representação classista na Justiça do Trabalho caracterizam, em linhas gerais, o modelo brasileiro. Este modelo resistiu intacto desde os fins da década de 30 até a Constituição de 1988 e serviu, de igual forma, aos regimes políticos de diferentes matizes que atuaram nesse mesmo período.

Ao lado do feito mussoliniano do modelo sindical, coexiste a tradição brasileira do direito legislado. A lei sempre esteve em um plano de destaque entre todas as demais fontes de produção do direito. Aliás, uma rápida análise comparativa dos textos constitucionais leva a essa

João de Lima Teixeira Filho é advogado trabalhista, membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Presidiu a Comissão de Modernização da Legislação do Trabalho. Foi Secretário Nacional do Trabalho do MTPS e Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho e da Administração. Participou da criação do Subgrupo n.º 11 do MERCOSUL (Relações de Trabalho, Emprego e Previdência Social), sendo o seu primeiro Coordenador Nacional. Professor de Direito do Trabalho no Curso de Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá, RJ.

inevitável conclusão.

Desde a convocação da Assembléia Nacional Constituinte, em 1985, o propósito dos parlamentares, independentemente da corrente partidária a que pertencessem, parecia convergir para a elaboração de um Texto Constitucional sintético, enunciador de princípios básicos e regras essenciais de conduta em sociedade, o que o faria longo. Nesse contexto, abundavam as invocações da Magna Carta inglesa e da Constituição norte-americana.

Ocorre que esses bons propósitos depararam-se com entraves de diferentes ordens, variando desde a estrutura peculiar do direito anglo-saxônico, em contraposição ao sistema intervencionista do direito romano, que adotamos, até o desejo de inserir no corpo do Diploma Maior da Nação interesses concretos ao influxo da realidade nacional do momento ou a elevação ao patamar constitucional de normas preexistentes e detalhistas, de distinta hierarquia legal.

Dentro dessa concepção regulamentarista, a Constituição Federal promulgada em 1988 apresenta o seguinte perfil das relações coletivas de trabalho:

a) proclamou o princípio da liberdade sindical (art. 8.º, *caput*), embora, a seguir, imponha o regime de unicidade representativa não resultante da vontade dos representados, assim como o conceito de categoria e, ainda assim, dentro de bases territoriais;

b) assegurou a plena autonomia sindical ao obstar qualquer interferência ou intervenção do Estado na criação e na gestão do órgão de classe;

c) estimulou, fortemente, a negociação coletiva, realçando-a como o mecanismo mais eficaz de composição de conflitos laboriais;

d) garantiu o exercício amplo, porém não ilimitado, do direito de greve, tornando incompatíveis com a nova ordem constitucional todos os condicionamentos que a legislação anterior impunha à paralisação coletiva;

e) conferiu poder tributário ao sindicato, condicionando seu exercício à deliberação da assembléia, e contraditoriamente manteve a contribuição sindical obrigatória, preexistente na Consolidação das Leis do Trabalho;

f) reafirmou a instituição da representação classista em todas as instâncias da Justiça do Trabalho, guardando simetria entre as instâncias desta e os graus de entidades integrantes da organização sindical;

g) manteve o poder normativo da Justiça do Trabalho para solucionar institucionalmente os conflitos coletivos de trabalho, através de sentença que substitui os instrumentos normativos de autocomposição, e previu a possibilidade de as partes, como alternativa ao dissídio coletivo, recorrerem à arbitragem privada (art. 114 da CF);

h) muniu o sindicato de instrumentos processuais que antes não possuía, como a legitimidade ativa para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo perante o Supremo Tribunal Federal (art. 103 da CF), assim como de impetrar mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX), criado nessa Constituição.

Portanto, a fonte primária de regulamentação do direito sindical brasileiro é a Constituição. Esta Lei Fundamental busca estabelecer os contornos necessários à convivência entre os regimes jurídicos autônomo e heterônomo, dando a esta regulamentação características particulares e de razoável complexidade, onde os espaços abertos ao regramento pelos interlocutores sociais mesclam-se ainda com algumas invasões estatais na área da organização sindical.

Por razões de delimitação do tema, não será possível examinarmos como opera esse sistema constitucional no campo das relações coletivas de trabalho, que se compõe de três grandes áreas: a organização sindical, a negociação coletiva e o direito de greve. Ficaremos circunscritos à organização sindical, nada mais nada menos que o componente deflagrador das relações coletivas de trabalho. Duas regras singelas podem mostrar a importância da organização sindical no êxito da negociação coletiva, de cujo desdobramento depende, por sua vez, o direito de greve.

A primeira regra pode ser assim anunciada: *quão mais rígida é a organização sindical, mais tormentosa é a negociação coletiva.*

A estrutura sindical brasileira é bastante inflexível, na medida em que a lei secciona os

sindicatos por *base territorial* e, dentro destas, por *categorias* preponderantes, diferenciadas e profissionais de nível superior.

Neste *atomizado* cenário de representação, não decorrente da vontade dos interessados, raramente os empregados de uma empresa estão representados por um único sindicato. A regra é que as empresas tenham em seus quadros motoristas, ascensoristas, advogados, engenheiros, entre outros, os quais possuem representação legalmente diferenciada, qualquer que seja a atividade preponderante da empresa. Isso dificulta o afinamento de posições pelo lado dos trabalhadores, tão mais dispares quanto maior seja o número de sindicatos e categorias, e também pelo lado do empregador, que se defronta com interesses que não são homogêneos.

E se a negociação coletiva tem lugar sem a presença de todos os sindicatos representativos daquelas três categorias de trabalhadores, as condições de trabalho não se aplicam uniformemente a todos os empregados, eis que o efeito normativo do instrumento que as substancia exaure-se no âmbito da categoria acordante. Caso o empregador voluntariamente estenda as condições de trabalho avançadas às categorias cujo sindicato não participou da negociação, tal extensão implica a contratualização dessas concessões para os trabalhadores não representados por sindicato na negociação coletiva. Estas indesejáveis conseqüências, em termos de proliferação de sindicatos na negociação e em termos de tratamento jurídico diferenciado para o produto da negociação, constituem decorrência da rigidez do modelo sindical imposto por lei aos interlocutores sociais.

A segunda regra está em que *quão mais fortes e representativos são os sindicatos, menor é a necessidade de intervenção legislativa*.

À medida que o sindicato robustece sua representatividade, como decorrência de seu desempenho nas negociações coletivas, atendendo às reais necessidades dos trabalhadores que representa, progressivamente a lei passa a desempenhar um papel secundário na satisfação daqueles anseios. Inverte-se, desse modo, a forma de ativar a fonte de produção de direitos: de *heterônoma* para *autônoma*. Vale dizer, cada vez mais os direitos sociais resultam do assentimento direto dos interlocutores sociais e proporcionalmente menos de imposição legislativa. Com isso, cria-se o campo propício ao desenvolvimento da negociação coletiva, pois a

proliferação de normas legais, regulamentando o processo negocial ou concedendo o que seria o seu objeto, acaba por esvaziar a autonomia coletiva ou por atrofiá-la, na medida em que confina o seu raio de ação.

A negociação coletiva pressupõe, portanto, a participação insubstituível e mediadora dos corpos intermediários, baseada no princípio da subsidiariedade. Segundo este princípio o Estado tem apenas função supletiva e só deve centralizar e desempenhar aqueles papéis que não possam ser assumidos diretamente pelos cidadãos ou pelos corpos sociais intermédios: as empresas, os sindicatos e outras instituições que se interpõem entre os cidadãos e o Estado.

As razões para isto são óbvias: é para que haja uma ampla e saudável descentralização capaz de dar respostas e soluções mais justas e mais racionais às demandas; para que se estimule o senso de responsabilidade e de participação de cada cidadão, que, assim, assumirá o papel de artífice de seu próprio destino e não ficará esperando as soluções padronizadas do Estado; e para evitar que os cidadãos tenham de enfrentar-se sempre diretamente com o próprio Estado, sem os amortecedores dos corpos mediadores.

E a negociação coletiva constitui o processo mais adequado para se estruturar uma verdadeira rede de regras privadas, revistas e aprimoradas a cada exercício da autonomia coletiva, sempre objetivando reduzir a folga, o espaço faltante que existe na área do trabalho em relação à área do capital, distância essa que nem mesmo a mera intervenção legislativa se mostrou capaz de corrigir.

Isso não significa menosprezar a função reguladora que o Estado efetivamente tem a desempenhar. Significa, isto sim, reconhecer a existência de uma vertente autônoma voltada para a busca – cada vez mais ostensiva e mais autêntica – da realização da justiça social.

Dessa forma, é possível conjugar e sincronizar a intensidade da intervenção estatal com os avanços sociais indicadores da suficiência da ação sindical, visando tentar, de alguma forma, corrigir o desnível existente entre trabalhadores e empresários.

Essa pujança e maturidade sindicais representam um divisor de águas no sentido de que a presença do Estado no campo das relações de trabalho já não é exigida, como o foi no advento da Revolução Industrial, com a mesma intensidade e com os mesmos objetivos. O afas-

tamento total do Estado, numa atitude omissiva, também não é a posição correta, já que a Constituição Brasileira reconhece as desigualdades sociais e regionais (arts. 3.º, III, e 170, VII) e imputa ao Estado, basicamente, o dever de reduzi-las.

Na busca desse objetivo, cumpre ao Estado, sem prejuízo de valer-se do intervencionismo básico sempre que se fizer necessário, adotar a posição de estímulo e de sustento a que os sindicatos assumam o papel de protagonista da regulação do trabalho, deixando o de pálido coadjuvante ou de complacente espectador do cenário de desigualdades.

Desde que efetivamente atuem os corpos intermediários situados entre o cidadão e o Estado, a este último incumbe apenas lançar o núcleo das relações de trabalho, editando as normas de ordem pública, em resguardo do interesse coletivo. Isso porque a intervenção estatal em dose excessiva reduz desejavelmente, de um lado, a autonomia individual, porém, por outro lado, ocupa indesejavelmente espaços dentro dos quais a negociação coletiva deveria estar evoluindo e se desenvolvendo.

O sistema jurídico brasileiro está, em tese, armado dentro desse molde de níveis diferentes de interesses: o público, o coletivo e o individual.

O interesse público encontra-se resguardado com a cláusula de irrenunciabilidade e com a cominação de nulidade dos atos que contra ele atentem (arts. 9.º e 444 da CLT). É ainda previsto que, mesmo na hipótese de lacuna legislativa, as autoridades judiciárias ou administrativas recorrerão aos meios usuais de supri-la, mas decidirão sempre de modo que "nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público" (art. 8.º da CLT).

O interesse coletivo, de categorias profissionais (empregados) e econômicos (empregadores), é revelado através das negociações coletivas, de onde resultam condições de trabalho de eficácia restrita ao âmbito das respectivas representações, ajustadas no vazio ou por cima do mínimo da lei, embora seja constitucionalmente permitida a flexibilização de direitos, sempre sob tutela sindical (art. 7.º, incisos VI, XII e XIV da Constituição Federal). E contra a pactuação coletiva não cabe o acordo individual (art. 444 da CLT).

O interesse individual, exatamente por ser o

mais frágil, quando isoladamente considerado, submete-se aos demais níveis de interesse e só produz eficácia jurídica se presentes aos requisitos da bilateralidade da avença e, ainda assim, da ausência de prejuízos diretos ou indiretos para o trabalhador (art. 468 da CLT).

A proliferação de normas estatais que até poucos anos atrás se verificava no Brasil, ultrapassando o campo do interesse público, conquanto não comprometa a estrutura do modelo acima referido, leva-nos a crer que o sindicato ainda não vinha cumprindo, na intensidade e na medida do desejável, sua função distributiva, apesar do significativo e permanente robustecimento de sua ação, nos últimos quinze anos. Aliás, este revigoramento do sindicato explica por que o legislador constituinte de 1988 introduziu na Lei Maior a figura da flexibilização de direitos, sob estrito controle sindical.

II. A organização sindical

A liberdade sindical tem na Convenção n.º 87 da OIT o seu documento básico. Ali estão consagradas as três dimensões dessa liberdade: a *coletiva ou de grupo*, a *individual* e a *autonomia sindical*.

II.a. Autonomia sindical

Autonomia sindical é o atributo fundamental da liberdade associativa. É o direito do próprio sindicato de, como pessoa jurídica, autoorganizar-se e funcionar sem a intervenção e a interferência do Estado. Esta dimensão da liberdade sindical somente veio a se configurar no Brasil após a Constituição Federal de 1988.

Antes disso, a criação e gestão dos sindicatos, bem assim o processo de reconhecimento para que pudessem praticar atos da vida sindical, encontrava-se regulado em aparatosa malha legal, verdadeira peneira de microscópica granulometria, para ser administrada pelo Estado ao sabor de seus interesses de momento. Desde o estabelecimento de *quorum* para a constituição de sindicatos (art. 515 da CLT), passando pela padronização de estatutos sociais (art. 518 da CLT), a composição da administração (art. 522 da CLT), a forma de deliberação (art. 524), o processo eleitoral (art. 529), até à gestão financeira do sindicato, nada passou alheio à pena do legislador da década de 40.

Ultrapassado o exame destas exigências formais, submetia-se o sindicato à Comissão de Enquadramento Sindical (arts. 570 a 577 da CLT).

cuja atribuição era a de velar pela integridade do princípio da unicidade sindical. Para tanto, dispunha de um completo mapeamento sindical, fundamentado em um detalhado “quadro de atividades e profissões” (art. 577 da CLT).

Não existindo mais de um sindicato de igual categoria na mesma base territorial (art. 516) e restando satisfeitas aquelas formalidades, com todas as minúcias inerentes a cada qual, competia ao Ministro do Trabalho reconhecer o sindicato, outorgando-lhe a “carta sindical” (art. 529 da CLT), com o que adquiria, finalmente, o monopólio da representação sindical, passava a desempenhar atividades assistenciais e de colaboração mesmo com o Poder Público (arts. 513, d e 514 da CLT), e vinculava-se ao Estado por mecanismos de suprimento financeiro, como a contribuição sindical obrigatória (arts. 578 a 593 da CLT), ou de cooptação de dirigentes sindicais, através de nomeação para integrarem a Justiça do Trabalho, em todas as instâncias, na condição de Juizes Classistas (arts. 647, 660 a 667, 670, §§ 4.º e 5.º, 684 a 689, 693, b e §§ 2.º e 3.º da CLT).

A tal ponto esse papel de “controle” agigantou e projetou o Ministério do Trabalho perante a sociedade que uma curiosa situação se verifica: a própria sociedade festeja as novas prerrogativas sindicais asseguradas pela Constituição de 1988 e, ao mesmo tempo, critica o Ministério do Trabalho de omissivo no campo das relações coletivas de trabalho, como se a antiga engrenagem de controle não tivesse sido, em grande parte, desmontada pela Constituição...

O preceito da Constituição que assegura a autonomia sindical é de extrema singeleza mas de grande eficácia em relação aos entraves até então vigentes:

“a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical” (art. 8.º, I).

A frondosa árvore de ingerências estatais na autonomia sindical, cujo objetivo não era outro senão o atrelamento do sindicato ao Estado, foi ceifada, a um só golpe, pelo dispositivo constitucional supratranscrito. Isto provocou um imenso vazio no Título V da Consolidação das Leis do Trabalho, diante da contrarie-

dade à letra e sobretudo aos princípios que decorrem da nova ordem constitucional. Assegurada completa autonomia na formação e na consequente aquisição da personalidade jurídica do sindicato, não mais se concebe a presença do Ministério do Trabalho impondo-lhe um estatuto-padrão, determinando-lhe o número de dirigentes, controlando seu processo eleitoral, posicionando-o em determinado “escaninho” do plano de enquadramento sindical etc. . .

Contudo, uma única ingerência estatal é admitida pela Carta Magna: o registro do sindicato no “órgão competente”. E qual seria este órgão competente?

Curioso notar que tal questionamento normalmente parte de interlocutores interessados na arrecadação do nefasto *contributo sindical* fascista ou de entidades incapazes de pôr em prática o discurso de valorização da negociação coletiva. Em ambos os casos, o argumento do registro sindical é utilizado como *escudo* para justificar a atitude de abstenção à prática negocial ou a manutenção de uma representatividade meramente formal, fundada numa receita financeira que não resulta da vontade dos representados.

Sempre entendemos que o Ministério do Trabalho havia decaído dessa competência a partir da promulgação da Constituição de 1988. Isto porque o registro estava, como visto, indissolúvelmente ligado a um conjunto de intromissões que o Ministério praticava para, ao final, “reconhecer” ou legitimar o sindicato. O registro era um *ato complexo*, cujas etapas, inicial e subsequentes, estavam contaminadas pela vontade estatal. Logo, não há como se seccionar deste ato uma parte supostamente sã para produzir efeitos, isoladamente, no novo cenário constitucional de respeito à autonomia sindical. O Título V da CLT passou a representar – finalmente! – peça de arqueologia jurídica.

Mas há um outro aspecto fundamental que conduz àquela mesma conclusão. O registro no Ministério do Trabalho está umbilicalmente ligado ao plano de enquadramento sindical. Um não existe sem o outro. Este é pressuposto necessário daquele! A doutrina parece não disprezar quanto à extinção desse verdadeiro mapeamento de sindicatos pelo Estado e da Comissão de Enquadramento Sindical, que o gerenciava, assim como quanto à revogação do art. 577 da CLT por inextrincável incompatibilidade com a Lei Maior.

Salienta Eduardo Gabriel Saad que “o en-

quadramento sindical era elaborado pelo Poder Público. O pré-requisito da constituição de um sindicato, patronal ou de empregados, era existir a correspondente categoria naquele enquadramento (...). O art. 8.º da Constituição Federal deitou por terra esse intervencionismo da Pasta do Trabalho na estrutura e na dinâmica do sindicalismo pátrio”.¹

Inexistindo o plano de enquadramento sindical, o resguardo da unicidade ficou inviabilizado. Se o Estado não mais dispõe de mecanismos de controle sobre a geografia sindical, a possibilidade de superposição de entidades de classe e, pois, de controvérsia sobre a representação de ambas é quase inevitável. E a respeito dessas controvérsias, já enfatizava Octávio Bueno Magano: “Antes do advento da Constituição de 1988, inscreviam-se elas nas atribuições da Comissão do Enquadramento Sindical, com recurso para o Ministro do Trabalho (art. 576, § 6.º, da CLT). Agora, porém, já não há mais como sustentar a validade de tal solução porque o art. 8.º, I, da Constituição proíbe qualquer interferência do Poder Público na organização sindical”.²

Em síntese, o Ministério do Trabalho não é o órgão competente para efetivar o registro de sindicatos porque:

a) o registro concessivo da carta sindical não sobrevive se escoimado do feixe de atos imanentes e impregnados de intromissões estatais;

b) a insubsistência dos escaninhos do vetusto enquadramento sindical retira o suporte e cria uma impossibilidade fática para o registro; e

c) o Ministério não pode arbitrar qualquer conflito de representatividade entre sindicatos.

Diante da inexistência da regra especial da CLT, derogada que foi pela nova Constituição, prevalece a regra geral de registro dos atos constitutivos das demais pessoas jurídicas, isto é, a Lei n.º 6.015, de 31.12.73, que instituiu o registro civil das pessoas jurídicas.

J. Cretella Jr. é enfático ao afirmar que “o legislador constituinte quer “o registro do sindicato no órgão competente”, mas não indica qual seja esse órgão. Não há a menor dúvida de que se trata do Cartório de Registro das Pessoas Jurídicas, tão-só, e em nenhum outro mais,

sendo, assim, inócuo e inoperante, mesmo ilegal o registro em Delegacias do Trabalho e no Ministério do Trabalho”.³

Não foi por outra razão que o Ministério do Trabalho, através de sucessivos atos, sendo o mais recente a Instrução Normativa n.º 01, de 27.8.91, deixou claro que o órgão de classe poderia compor o “Arquivo das Entidades Sindicais Brasileiras”, após o registro constitutivo do sindicato em Cartório. Este arquivo representa mero *cadastro* dos sindicatos existentes, que em hipótese alguma pode ser confundido com procedimento tendente a conferir personalidade jurídica à entidade para a prática de atos da vida sindical. Esta personalidade exsurge como decorrência lógica e direta do registro do sindicato em cartório.

Aliás, o Decreto n.º 509, de 24.4.92, foi de meridiana clareza ao delinear o papel do Ministério do Trabalho e da Administração na hipótese de criação de sindicatos. *verbis*:

“organizar e manter atualizado o cadastro das entidades sindicais representativas de trabalhadores e empregadores, vedada a prática de qualquer ato que implique concessão ou retirada da personalidade jurídica dessas entidades” (art. 13, inciso I – grifamos).

Além de constituir um cadastro, permanentemente atualizado, o Arquivo no Ministério do Trabalho tem por objetivo dar, em âmbito nacional, *publicidade* à possível superposição de sindicatos, por categorias e bases territoriais, para que eles próprios, querendo, busquem diretamente o consenso quanto às suas representações ou, permanecendo inconciliáveis, recorram ao Judiciário para que este dirima a controvérsia.

Dessa forma, está rigorosamente ajustada à Constituição a política ministerial, prevista no referido Decreto n.º 509/92, de *não interferência na autonomia sindical, notadamente em questões de representatividade* (art. 11, I).

Considerando que o Ministério do Trabalho não mais realiza o controle da unicidade, reconhecendo sindicatos, a Confederação Nacional do Comércio (patronal) assumiu essa atribuição em relação a seu âmbito de representatividade, ao publicar a Resolução n.º 02, de 18.11.91, que “Regulamenta o Registro e o Enquadramento Sindical no Sistema Confederati-

¹ in *CLT Comentada*, Ltr. 25a. ed., 1992, p. 359.

² in *Política do Trabalho*, LTr. 1992, p. 184.

³ in *Comentários à Constituição de 1988*, v. II, Forense, 2a. ed., p. 1046.

vo da Representação Sindical do Comércio – SICOMÉRCIO”. Sem entrar no mérito dos critérios para tanto estabelecidos por aquela Confederação, temos que este passo inovador constitui importante sinal no sentido de que o sindicato começa a sair da cômoda inércia que a tutela estatal provocou e a caminhar rumo à auto-regulamentação.

Mas aqui cumpre indagar: tendo em vista que o registro em cartório pode conferir personalidade jurídica a mais de um sindicato de igual categoria, qual, então, o sentido da unicidade sindical constitucionalmente prevista?

Em nosso entender, ocorre aqui o fenômeno do *deslizamento*: o instituto concebido para atingir determinado fim tem redirecionada sua trajetória pela realidade social para alcançar novo destino, tudo coerentemente com o cenário remodelado.

Ora, é cediço que a Constituição de 1988 valorizou sobremaneira a negociação coletiva de trabalho, sabidamente o método democrático mais eficaz de composição dos conflitos trabalhistas. De outra parte, os sindicatos têm a sua existência explicada pelo exercício da negociação coletiva.

A conjugação desses dois fatores dá ao intérprete o conteúdo lógico e consentâneo com a realidade que conforma aquela diretriz constitucional: a unicidade passou a ter em mira a *finalidade* do sindicato, não mais sua existência jurídica. Logo, a unicidade só pode ser invocada para o e quando do exercício da negociação coletiva. Temos, pois, que a representação dos trabalhadores na negociação coletiva será enfeixada em um único sindicato da categoria – o mais representativo –, nada impedindo que outras entidades existam e que busquem, conquistando o respaldo da categoria, a posição de novo protagonista na próxima negociação coletiva.

II.b. Liberdade coletiva

No que concerne à liberdade coletiva, seus lineamentos estão assim postos na Constituição, apesar de o *caput* do artigo dizer que “é livre a associação profissional ou a sindical”:

“é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à de um Município” (art. 8.º, II, da CF).

Observa-se que a Constituição internalizou contradições de difícil manejo. A primeira delas é a de conjugar o princípio da liberdade sindical, que enseja tanto a organização plural quanto a unitária, desde que volitiva, com o sindicato único por força de lei, inadmitindo, por consequência, a pluralidade como uma das expressões da liberdade associativa.

Além de a liberdade sindical implicar, para a coletividade de trabalhadores, o direito de organizar sindicatos, e na quantidade que o desejarem, o modelo brasileiro evidencia a segunda contradição ao estabelecer o corte organizativo por “categoria” e a divisão desta por “base territorial”.

Entendemos que a primeira contradição só pode ser resolvida através de uma interpretação sistemática da Constituição, abandonando-se a interpretação literal, sabidamente o método exegético de maior falibilidade. Esta compatibilização há que se dar tanto internamente no próprio art. 8.º da CF quanto externamente, entre os diversos dispositivos constitucionais.

Internamente, não se pode tratar do princípio da unicidade dissociado da autonomia sindical, dada interpenetração dos dispositivos constitucionais que os regulam, e conformam o sistema sindical.

Já está visto que o registro de sindicatos não pode ocorrer no Ministério do Trabalho. Está ele impedido de praticar o ato complexo, prenhe de interferências, que redundava na outorga da Carta Sindical. E mais. Sem o Plano de Enquadramento Sindical, flagrantemente incompatível com a Lei Maior, há mesmo a impossibilidade material de realizar o controle sindical para que apenas um seja o “donatário” da categoria. Logo, a restrição que a unicidade acarreta não pode ser considerada sobre a existência em si do sindicato e sim sobre a sua finalidade. Vale dizer, pode haver vários sindicatos que representem o mesmo universo de trabalhadores na mesma base territorial. Todos são sindicatos com existência jurídica válida. Todavia, como a representação da categoria é unitária, por disposição constitucional, no ato da negociação coletiva só um deles poderá vocalizar os anseios daquele mesmo universo de trabalhadores.

Externamente, a interpretação sistemática da Constituição não pode esvaziar de sentido a liberdade sindical realçada no *caput* do art. 8.º ante o princípio do *pluralismo*, consagrado no preâmbulo da própria Carta Magna e em seu

art. 1.º, inciso V. As normas introdutórias da Lei Maior, verdadeiras palavras de ordem constitucionais, têm a missão essencial de lançar alicerces, diretrizes, bens e valores da organização nacional. Servem também para iluminar o intérprete sobre a aplicação mais próxima da almejada para as disposições específicas, subsequentes, quando dúvidas assaltem-lhe o espírito, turvando sua exata compreensão. A opção do legislador constituinte pelo sistema pluralista, em oposição ao monista, é de incomodativa clareza. De modo que a dúvida decorrente do alcance do monismo inserto no art. 8.º, inciso II, da CF, se pertinente à existência do sindicato ou ao desempenho de sua função, há que ser solvida pela forma que prestigie a concepção mais aberta. E esta é a que admite possível a existência de mais de um sindicato de classe e atribui a apenas um deles, já que a norma o exige, a representatividade concentrada dos trabalhadores tão-só no ato da negociação coletiva. Como acertadamente destaca Celso Ribeiro Bastos, ao comentar o art. 1.º, V, da CF:

“Por pluralismo político não se deve entender tão-somente a multiplicidade de partidos políticos. Há de se entender também o pluralismo dos sindicatos, das igrejas, das escolas e das universidades, das empresas, das organizações culturais e, enfim, de todas aquelas organizações que podem ser sempre de interesses específicos dentro do Estado e consequentemente servir para opor-se-lhe e controlá-lo”.⁴

Reforça esta posição o fato de a própria Constituição já admitir a possibilidade do pluralismo sindical ao assegurar, para o servidor da administração direta, autárquica e fundacional, a plena liberdade associativa (art. 37, inciso VI).

Por fim, a referida interpretação sistemática não pode ficar insensível à ênfase dispensada pela Lei Fundamental à negociação coletiva, por variadas referências, nem pode olvidar a inegável ampliação do direito de greve, instrumento de inegável importância no estabelecimento da adequada correlação de forças para que a negociação coletiva produza condições de trabalho mais consentâneas com as necessidades dos trabalhadores e com a capacidade operacional da empresa.

⁴ in *Comentários à Constituição do Brasil*, ed. Saraiva, 1988, v. I, p. 426.

Essas mudanças profundas nas principais peças do cenário das relações coletivas de trabalho têm um significado que o operador do direito não pode deixar de captar. E repercutem também fortemente sobre a organização sindical que não permanecerá inerte, como se nada houvesse mudado.

Há que se romper com a noção sociológica de *resistência à mudança*, sepultando, definitivamente, concepções e práticas cartoriais de antanho. Só então teremos içado velas rumo à modernidade também na organização sindical, que ora passa por nítido momento de transição, pugnando contra formalismos que não encontram guarida nem na nova perspectiva constitucional nem entre os autênticos interlocutores sociais.

Relativamente à segunda contradição, temos que a liberdade sindical consagrada na Convenção n.º 87 da OIT só estará internamente assimilada conforme a legislação infraconstitucional conceitue o que seja “categoria profissional ou econômica”. Esta alocação genérica não implica, por si só, restrição ao direito de trabalhadores e empregadores de “como” se organizarem. A expressão não obsta, por exemplo, a que os trabalhadores se associem por empresa, por profissão, por ideologia etc. Esta restrição poderá revelar-se dependendo do conteúdo com que a lei vier a preenchê-la.

A Consolidação das Leis do Trabalho, cujo art. 511 foi recepcionado pela Constituição de 1988, fixa o seguinte conceito de categoria econômica, constituída por empregadores, e de categoria profissional, integrada por empregados:

“§ 1.º – A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica.

§ 2.º – A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional”.

E para delimitar as fronteiras das diversas categorias, as quais compunham o minudente “quadro de atividades e profissões” – já derrogado –, esclarece a CLT que:

“Os limites de identidade, similaridade

de ou conexidade fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural” (art. 511, § 4.º).

Como tivemos oportunidade de ressaltar, “dentro da organização sindical brasileira, para cada categoria econômica (patronal) corresponde uma categoria profissional (trabalhadores), ambas elencadas por geminação em quadro anexo à CLT (art. 577). Em face dessa paridade, dispõe a lei que a categoria econômica a que pertence a empresa é o indicador para que se proceda ao enquadramento do empregado no sindicato da respectiva categoria profissional (art. 511, § 2.º, da CLT)”⁵.

Dentro da categoria profissional, a CLT previu uma forma especial de grupamento, chamada de categoria profissional diferenciada. Compõem-na profissionais com formação superior e os trabalhadores cujo ofício lhes imprima uma característica uniforme, não modificável em qualquer das atividades econômicas. É o caso, por exemplo, do motorista. Suas necessidades, em relação ao trabalho desenvolvido, são as mesmas quer trabalhe numa indústria, quer trabalhe num banco ou no comércio. Na elocução da CLT,

“categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exercem profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares” (art. 511, § 3.º).

O enquadramento dos trabalhadores integrantes dessa categoria diferenciada, como já o dissemos, é “independente do campo de atuação econômico do empregador, mas pressupõe que o empregado efetivamente desempenhe na empresa atividade pertinente às citadas categorias”⁶.

Diante do exposto, indúvidosa é a conclusão de que não há liberdade sindical para os trabalhadores e empregadores se organizarem da forma que melhor consulte a seus interesses, eis que o conceito de categoria, com o delineamento que ainda vige, impõe-lhes inegável restrição. Categoria é somente aquilo que a lei diz que é. Logo, não há espaço para que a vontade coletiva molde e dê conteúdo à categoria.

⁵ in *Estabilidade Provisória do Dirigente Sindical*, no Suplemento Trabalhista n.º 28/83, ed. LTr, pp. 313 e 314.

⁶ idem nota 6.

As categorias econômicas e profissionais submetem-se também ao princípio geográfico da “base territorial”. Ao prevê-la, a Constituição especifica que ela

“...será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à de um Município” (art. 8.º, II).

Dois são os momentos do dispositivo constitucional em relação à vontade dos atores sociais: um de respeito, ao delegar-lhe a definição do âmbito, e outro de restrição, consistente em que o âmbito de ação do sindicato não poderá ser inferior à área do Município. Com isso, fica inviabilizado o sindicato por empresa, caso os trabalhadores desejassem criá-lo. Há, no caso, uma limitação, ainda que parcial à liberdade coletiva ou de grupo.

Em recente seminário interno, realizado no Ministério do Trabalho e da Previdência Social, intitulado “Rumos do Sindicalismo”, questionamos o conteúdo da chamada unicidade sindical, levantando os seguintes dados, *verbis*:

“Recebi um número e fiquei realmente espantado com a tal “unicidade sindical” (obs. aspas do orador). Temos, ao todo, 10.180 sindicatos registrados antes da Constituição Federal – até 4 de outubro de 1988 –, envolvendo trabalhadores urbanos e rurais.

A partir da nova Constituição, quando se instituiu o Arquivo das Entidades Sindicais Brasileiras, temos, em números redondos, mais dois mil pedidos de registros de entidades sindicais!

Então, a unidade sindical de que estamos falando possui, hoje, 12 mil sindicatos! É espantoso e contraditório terminologicamente... Seria essa realmente a unidade sindical que se pretendeu?

Seria essa a unidade sindical que nós pretendemos numa visão prospectiva, já que o tema deste seminário é *Rumos do Sindicalismo*?”⁷.

Verifica-se que, sob o rótulo da unicidade, o que existe é uma autêntica pluralidade, a qual, por sua vez, não resulta da vontade dos trabalhadores, mas de imposição legislativa. Logo, o banimento da unicidade ditada por lei não deverá acarretar maior pulverização sindical do que a já existente. Em tese, até pode ocorrer. Só que o panorama sindical está de tal forma matizado

⁷ in *Seminários MTPs n.º 3 - Rumos do Sindicalismo*, 1991, ed. MTPs, pp. 45/47.

que será muito difícil sua maior atomização. A tendência é, portanto, de enxugamento de entidades, processo que tende a ser tão mais rápido quanto mais representativos os sindicatos se tornarem, sobretudo com a extinção da contribuição sindical obrigatória.

Sobre esse panorama sindical horizontal, seccionado pelo conceito rígido de categoria e pela delimitação geográfica da base territorial, a lei constrói verticalmente uma estrutura que tem no sindicato o seu órgão de base. Segue-se a federação, como a entidade de grau intermediário, culminando com a confederação, na cúpula.

Ocorre que essa hierarquização não conduz a um ápice, a um só vértice, ou à possibilidade de que tal pudesse existir. A CLT, no seu art. 535, estabelece, nominando taxativamente, as várias cumeeiras para o prédio da organização sindical. E sendo a confederação a entidade de maior hierarquia do sistema — “sistema confederativo da representação sindical”, conforme o inciso IV, do art. 8.º da CF —, as centrais não encontram espaço jurídico para, formalmente, desempenharem a representatividade nesse *lay out* sindical.

Contudo, mesmo diante desse rígido sistema, as 5 centrais sindicais existentes souberam abrir, de fato, seu próprio espaço, consolidando-o e impondo-se à organização formal, à sociedade e aos poderes constituídos. Exemplo disso é a Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que prevê a composição tripartite do seu Conselho Curador. Os três representantes dos trabalhadores são “indicados pelas respectivas centrais sindicais e confederações nacionais e nomeados pelo Ministro do Trabalho e da Previdência Social” (art. 3.º, § 3.º, da Lei n.º 8.036/90).

O mesmo se passa com o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador, que gere os recursos do seguro-desemprego (Lei n.º 7.998, de 11.1.90, art. 18), com o Conselho Nacional de Previdência Social (Lei n.º 8.213, de 24.7.91, art. 3.º, § 2.º), com o Conselho Nacional de Seguridade Social (Lei n.º 8.212, de 24.7.91, art. 6.º, § 4.º), e com o Conselho Gestor do Cadastro Nacional do Trabalhador (Lei n.º 8.212, art. 65).

É de se notar que as lideranças sindicais tradicionais, que hoje se encontram na administração das confederações, basicamente, começam a mesclar-se com os chamados dirigentes de vanguarda das centrais, exercendo também cargos diretivos nestas. Trata-se, claramen-

te, de um credenciamento implícito, de um reconhecimento da representatividade das centrais sindicais por via oblíqua, mas autônoma. E esse fato não pode passar despercebido, pois facilita o processo de assimilação das centrais pela estrutura sindical formal, dando consequência a uma sinalização, favorável às centrais, oriunda da sociedade e dos poderes constituídos.

Dessa forma, a organização sindical brasileira passa por um momento de transição, possibilitado pela Constituição de 1988, ao estabelecer um modelo sindical com componentes contraditórios.

O princípio da unicidade oriundo da *Carta del Lavoro*, absorvida pela CLT, evidencia fraturas provocadas pela existência das centrais no ápice e pela pluralidade de sindicatos na base, devido à controvérsia sobre o seu registro constitutivo, como examinado.

Encontramo-nos, pois, nos umbrais de uma nova organização sindical. O art. 8.º, inciso II, da Constituição agoniza e choca-se com a realidade atual. Melhor seria, sem dúvida, revogá-lo integralmente. Enquanto isto não ocorre, está visto que sua leitura não comporta apenas a assimilação daquele modelo corporativista e autoritário, cuja matriz está exaurida. É possível interpretá-lo de forma que não afaste a organização sindical do ideal de liberdade sindical. Qualquer destas duas vias nos permitirá assistir a um verdadeiro enxugamento nas entidades de base, pois os sindicatos cuja existência se explica apenas pela arrecadação da contribuição sindical compulsória sucumbirão definitivamente frente a quem desempenha, de forma efetiva, a representação dos trabalhadores. Essa verdadeira oxigenação sindical, aliada a uma eficaz ação coordenadora das centrais, fará com que o sistema se harmonize com sua própria dimensão e importância.

II.c. Liberdade individual

A liberdade sindical individual consiste no direito de escolha a ser exercitado pelo trabalhador de filiar-se, permanecer filiado e desfiliar-se do sindicato de sua predileção.

Ainda aqui continuamos trilhando o caminho interpretativo de que a unicidade não resulta na proibição de constituição de mais de um sindicato, mas sim de que haja mais de um sindicato representando o mesmo universo de trabalhadores, hoje contidos dentro do conceito de categoria.

Dito isto e tendo em vista as características próprias da legislação vigente, impõe-se fazer

um traço distintivo entre o direito de filiação do trabalhador ao sindicato e o direito de ser representado pelo sindicato, uma vez que importantes conseqüências jurídicas resultam de cada qual.

Estabelece a Constituição que a entidade de classe desempenha atribuição "representativa de categoria profissional ou econômica" (art. 8.º, II), dentro de certos limites geográficos (base territorial). Exatamente porque o sistema sindical vigente é o da unicidade obrigatória, basta o empregado integrar uma categoria profissional - ou o empregador integrar uma categoria econômica - para que o sindicato respectivo, detentor da maior representatividade, automaticamente atue em seu nome na negociação coletiva, ainda que filiado a sindicato de menor representatividade da mesma categoria - isso considerando o atual sistema de categorias.

Por outras palavras, dentro da nossa linha de entendimento, a faculdade do trabalhador de escolher o sindicato a que se filiara, frente ao pluralismo sindical de fato, não determina que sua representação se fará, no ato da negociação coletiva, pelo sindicato a que se filiou, mas sim por aquele que detiver a maior representatividade da categoria profissional na qual vier a ser enquadrado.

O monopólio da representação do trabalhador, com o conceito atualmente em vigor, nada tem a ver com a sua livre deliberação. Aquela não resulta desta. Resulta, isto sim, de reserva legal que atribui titularidade a um sindicato para exercer representação sobre toda uma categoria, individualizada, que o trabalhador passa a compor, ainda que dentro dela exista mais de um sindicato.

A filiação de trabalhadores ao sindicato será, assim, o ato determinante do grau de representatividade daquele órgão de classe, que o habilitará a disputar a representatividade da categoria quando da próxima negociação coletiva.

Desta forma, a garantia constitucional de que

"ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato" (art. 8.º, V),

há de ser entendida de forma restritiva, posto que indissociável do princípio da unicidade sindical, ainda que tomado apenas com o sentido que sustentamos, isto é, não inibidor da existência de mais de um sindicato dentro da mesma categoria e base territorial.

A liberdade sindical negativa, isto é, o direi-

to de não-filiação ou de desfiliação, encontra-se limitado pelos mesmos condicionamentos acima examinados.

Não reduzimos, pois, o conteúdo do direito individual de sindicalização ao mero associativismo com o objetivo de habilitar o filiado à prática de atos internamente ao sindicato. Externamente, conseqüência alguma teria esse ato, já que supostamente a unicidade obstará a possibilidade da existência jurídica de outro sindicato. Para os que assim entendem, a representação decorre de mandamento legal que submete o trabalhador automaticamente a uma única e exclusiva guarda sindical, deseje-a ou não.

Reconhecemos que são muito limitados os efeitos do ato de filiação mesmo na linha de entendimento que adotamos. Isto porque à filiação não se seguiria a aplicação das condições de trabalho avençadas pelo sindicato perante o qual a filiação ocorreu. A unicidade negocial, resultante do ordenamento em vigor, tolhe esta possibilidade. Só um sindicato pode negociar pela categoria. Mas isto não impede que o espírito de sindicalização seja reforçado e, através dele, mantida saudável concorrência entre dois ou mais sindicatos na representação do trabalhador na negociação coletiva.

Mesmo assim, temos que a dimensão individual da liberdade sindical não se compatibiliza com o ordenamento jurídico vigente.

Resta, contudo, dois aspectos a contemplar no plano da liberdade individual: a contribuição sindical compulsória e a questão da igualdade ou não de tratamento entre o filiado e o não-filiado ao sindicato.

A contribuição sindical obrigatória, verdadeiro cancro da estrutura classista brasileira, é uma violação frontal à liberdade sindical. O exercício pelo trabalhador do direito de escolha de uma entidade sindical para representá-lo implica adesão à contribuição fixada em seu estatuto ou em deliberação assemblear, mas sempre resulta de manifestação da vontade, ainda que tácita.

Relativamente aos efeitos da representação legal, não pode haver tratamento diferenciado entre ambos, na medida em que o produto dessa representação aplica-se uniformemente à categoria e esta, por sua vez, compõe-se de associados e não-associados dentro de uma mesma esfera ocupacional (profissão ou ofício).

No que concerne à ação sindical, com vistas ao adensamento dos quadros associativos,

tem sido prática freqüente, em negociações coletivas, o estabelecimento de taxa assistencial diferenciada, mais onerosa para o trabalhador não-filiado.

Tal procedimento contraria a liberdade sindical negativa ao pretender sancionar, através de pena de natureza pecuniária, o trabalhador que não quer exercer o direito de filiação ao sindicato que, no momento, detém a representação da categoria. Não se trata de isentar o trabalhador não-associado de qualquer contribuição para o sindicato, pois que usufrui, como integrante da categoria, das conquistas por este obtidas na negociação coletiva. Trata-se, isto sim, de impedir a prática de discriminação contra quem não deseja participar da vida associativa daquele sindicato, por já participar ou não de outro, embora esteja vinculado aos atos que este realiza em nome da categoria.

Galba José dos Santos comunga desse mesmo entendimento ao ressaltar que

“não poderá a assembléia do sindicato decidir por um percentual diferenciado para os trabalhadores não-associados da categoria. Tal conduta violaria o princípio da liberdade de sindicalização, expressamente inscrito no art. 8.º, inciso V, da Constituição Federal, particularizando uma garantia que é geral e pertinente a qualquer tipo de associação (art. 5.º, inciso XX/CF). Assim, é direito individual inalienável o de coligar-se, ou não, com outras pessoas para fins associativos. E, uma vez associado, pode o indivíduo, sem restrição de qualquer natureza, retirar-se da entidade. É ilícita, portanto, qualquer atitude que vise a restringir ou constringer a liberdade do trabalhador, por ser este sindicalizado, ou por não ser, inviabilizando-se qualquer forma de discriminação quanto à contribuição sindical decidida na assembléia do sindicato.”⁸

III. Conclusões

Destas considerações podemos extrair, em síntese, as seguintes conclusões:

a) a Constituição Federal de 1988 é a principal fonte de regulamentação das relações cole-

tivas de trabalho. Nela residem obstáculos à plena consagração do princípio da liberdade sindical, notadamente nas esferas da liberdade coletiva e individual de sindicalização;

b) a adoção plena do princípio da liberdade sindical pressupõe a revogação integral do inciso II do art. 8.º, da Constituição Federal, assim como da parte final de seu inciso IV e acarreta, necessariamente, a supressão da representação classista da Justiça do Trabalho;

c) a liberdade sindical se faz presente na Carta em vigor apenas na parte em que consagra o regime da autonomia sindical (art. 8.º, I, da CF);

d) a única ingerência estatal admitida na autonomia sindical é o registro do sindicato no “órgão competente”, o qual não mais pode ser considerado o Ministério do Trabalho, seja porque o registro anterior era um ato complexo recheado de interferências do Estado, seja porque a ausência do plano de enquadramento sindical gera uma impossibilidade real de controle da unicidade em relação à criação de sindicatos;

e) a regulamentação das atividades sindicais no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, associa os regimes autônomo e heterônomo, tendente a priorizar aquele, notadamente no campo da negociação coletiva e do direito de greve. Antes deste marco constitucional, a intervenção estatal na atuação dos protagonistas sociais era intensa, de feição nitidamente limitativa e com a finalidade específica de fracionar ao máximo o movimento sindical (arts. 511, 512, 516, 518 e 570 da CLT);

f) as centrais sindicais, não obstante a rigidez da organização formal, conquistaram definitivamente seu espaço de legítimos interlocutores sociais perante a sociedade, os poderes constituídos e, em ritmo mais lento, a própria estrutura formal, embora esta última conquista ainda não esteja consolidada totalmente. Este fato, aliado à verdadeira pluralidade sindical de base, que ocorre de fato, nos dão a certeza de que o momento presente é de transição para uma nova organização sindical, mais ventilada e representativa.

⁸ in *Contribuições Sindicais Obreiras na Constituição Federal*, no Livro em homenagem a Arnaldo Sussekind, “Relações Coletivas de Trabalho”, LTr, 1989, p. 352.

Solução de divergências no Mercosul

LUIZ OLAVO BAPTISTA

SUMÁRIO

Introdução. I - Para que um sistema de solução de divergência no Mercosul? A) Alcance do sistema; 1) Rationae personae; 2) Rationae Materiae; B) Função do sistema; 1) Superação de impasses; 2) Apoio à implementação do tratado; II - Como se deveria organizar o sistema de solução de divergências no Mercosul?; A) O sistema que temos; 1) O procedimento por iniciativa de particulares – características especiais; a) Sujeito, procedimento e objeto da reclamação do particular; b) Discricionariedade ou obrigatoriedade; 2) O procedimento por iniciativa dos Estados; a) A fase diplomática; b) A fase arbitral; i) Escolha dos árbitros; ii) O processo arbitral; B) O que poderemos vir a ter; 1) Manutenção do status quo; 2) Tribunal do Mercosul; 3) Corte arbitral permanente; 4) Tribunais especializados ou instâncias administrativas.

Introdução

É tradicional a abordagem que, no âmbito internacional, distingue as divergências pelo regime jurídico a que se submetem os litigantes. Assim, as divergências entre Estados colocam-se numa categoria, aquelas que opõe um Estado a um particular ou pessoas privadas entre si, noutra.

Essa divisão liga-se à noção de soberania: como lembra antigo brocardo, *pars inter parem non habet imperium*. Por ser soberano, o Estado não pode nem quer se submeter a qualquer outra jurisdição que não seja a sua. Daí os grandes percalços opostos à implantação de órgãos jurisdicionais de caráter internacional e o alcance limitado da atuação destes – em geral dependente de uma aceitação *ad hoc* por parte dos Estados. Mas nem só aí repousa a repulsa à submissão a um juiz extra-Estado. Ela está também baseada no fato de que esse juiz estará

aplicando um direito supranacional. Ai, não um, mas dois aspectos fundamentais da soberania serão afetados.

Entretanto, justamente no processo de integração, vemos-nos diante de uma nova perspectiva da soberania: a do seu compartilhamento. Esse se faz por dupla via: a da criação de normas supranacionais, no caso chamadas de comunitárias, e a da submissão automática a uma autoridade judicial, também comunitária.

A recordação do modo como se formou o Estado norte-americano nos apresenta de modo claro o dilema da soberania nessa situação. É Nicola Matteucci quem lembra,

“[o] Estado federativo norte-americano, fruto de um compromisso político entre os defensores de uma confederação de Estados e os que sustentavam o Estado unitário, e não resultado de modelos teóricos, torna-se incompreensível se tomarmos como ponto de partida o conceito de soberania, que nos obrigaria a escolher, como sede do soberano poder, ou o Estado federativo ou os Estados-Membros. Na realidade, ele se caracteriza, ao mesmo tempo, como uma confederação e como uma união ou, mais corretamente, como uma combinação de ambas fundada numa combinação engenhosa que dividem num complexo equilíbrio, poderes pertencentes à soberania entre os Estados-Membros e o Estado Federativo”.

E, logo a seguir, nos dá a sua resposta para esse problema:

“Os defensores da nova constituição, no *Federalist* não usam argumentações jurídicas, próprias dos adversários, fechados na ótica e na lógica da soberania, e sim nas argumentações políticas, precisamente as do constitucionalismo, que pretende dividir o poder para limitá-lo e buscar os meios aptos para este objetivo”.¹

Por isso mesmo é que já se acentuou o fato de que a base para o Estado federal reside, não na soberania, mas na lei e em sua supremacia.

O processo integracionista reside justamente num exercer em comum a soberania, que pode evoluir até a integração das soberanias compartilhadas numa só. Com efeito, o poder tributário passa a ser exercido em comum, por exem-

plo, na fixação de uma tarifa externa comum, ou no interior de cada Estado, de modo concertado na adoção de medidas para evitar a dupla imposição, os impostos em cascata ou as deformações resultantes sobre os preços de difíceis tratamentos tributários. Mas a integração não pára aí, pois o poder de emitir moeda também começaria a se limitar até chegar na moeda única, hipótese almejada pela Comunidade Européia. A criação de cortes de justiça como a do Benelux ou a Européia são outro passo no sentido da maior integração das nações e, conseqüentemente, da erosão da soberania de cada uma delas.

O problema então passa a ser visto, tal como ocorreu com a federação norte-americana, sob o seu ângulo político, de estabelecer os pesos e contrapesos necessários para assegurar a continuidade dos princípios democráticos e a identidade cultural dos partícipes. Nesse sentido caberia antes falar em confederação do que federação. Mas é o ângulo político que permitiu, por exemplo, à Itália lidar com os movimentos separatistas criando zonas ou regiões dotadas de certas “formas e condições particulares de autonomia”, como diz a Constituição republicana (Tit. V). Será portanto sob o ângulo político do constitucionalismo que deveremos buscar as respostas no seio do Mercosul.

Sob esse prisma, duas perguntas devem ser feitas: para que servirá o sistema de solução de divergências e como se deveria organizar esse sistema?

I – Para que um sistema de solução de divergências no Mercosul?

A opção pela montagem de um sistema de solução de divergências implica numa prévia escolha em dois aspectos: o do alcance do sistema e o de sua função. Estes dependem, evidentemente, do grau de integração desejado.

Como se sabe, os sistemas políticos vêem-se forçados a criar um subsistema que satisfaça a necessidade – essencial para sua continuação em existência – de adjudicar as controvérsias inevitáveis, pela aplicação concreta das normas que esse mesmo sistema político adotou como suas, exprimindo um consenso social ou impondo-as à sociedade.

O subsistema judiciário – a quem incumbe a adjudicação das divergências nas sociedades modernas – é um complexo de regras, estruturas, procedimentos e funções, cuja *Pierre de Clefé*, sem dúvida, colocar nas mãos de um terceiro, alheio à disputa, imparcial e neutro, o

¹ V. Soberania, no *Dicionário de Política*, de Norberto Bobbio et. al., Ed. Univ. de Brasília, Brasília, 1986, p. 1186.

poder de adjudicá-la, e conseqüentemente de usar o poder do Estado para impor o cumprimento de sua decisão. Entretanto, há sistemas políticos, sofisticados embora, que, como os mais primitivos não prevêm que os conflitos entre seus membros sejam adjudicados por terceiros, preferindo dirigir a sua atuação para a mediação ou conciliação, ou remeter as partes para a negociação. O sucesso do sistema político japonês que recorre a esses mecanismos preferentemente, e a evidente incapacidade de se obter resposta rápida e econômica no âmbito judicial levou muitos Estados a procurar revalorizar esses métodos algo olvidados mas muito úteis. Porém, o que nos interessa a este passo, e precisamos ressaltar, é o que distingue a atuação das partes da dos terceiros que intervem nesses processos é que a função das partes ora é passiva, de sujeito da decisão, ora é ativa, de solucionador da pendenga. Mas a ação de submeter ao terceiro a adjudicação da disputa implica reconhecer-lhe um poder superior ao das partes – caso estas não possam escapar à sua jurisdição –, o que é o caso de um sistema judicial – ou a dar-lhe o caráter de emanação do poder dos litigantes, no caso de elegerem ou nomearem o terceiro para decidir aquela questão –, o que é o caso de um sistema arbitral, ou de conciliação ou mediação. Essa distinção se faz presente, também, na órbita do direito interno, em que o Estado submete-se aos “seus” juízes, muitas vezes especializados.

Essa distinção, hierárquica, é que faz com que no sistema de relações internacionais, em que os Estados são iguais entre si e pretendem preservar, na medida do possível, sua soberania, se privilegie, primeiro a negociação, depois a conciliação e a mediação, depois, ainda, a arbitragem, e como último recurso, e raramente utilizado, se for, a fórmula judicial.

Estas duas últimas maneiras de resolver divergências só aparecem pela adesão voluntária a um tratado, em que a submissão não é sempre obrigatória, como no caso das CIJ e CPIJ, ou do CIRDI, ou quando o processo de integração econômica avançou tanto no constituir um sistema político estruturado que impõe para seu sucesso a existência de um subsistema judicial que lhe é próprio.

Dessa forma, temos que indagar: – qual o alcance do Tratado de Assunção enquanto mecanismo político-institucional, quem é afetado por suas disposições, quais as matérias que abrange e, a seguir, precisamos indagar a função que aí terá um sistema de adjudicação de

divergências – se será meramente funcional ou se terá, como o europeu, um caráter institucional, de partícipe ativo na integração.

A) *Alcance do sistema*

Um verdadeiro sistema judicial sói surgir nas organizações políticas, entre outros fatores, quando há uma nítida diferenciação de papéis sociais, e quando a sociedade tem recursos próprios para manter essa função que não é produtora de riquezas. O sistema se organiza, historicamente, a partir de duas pautas: a das pessoas e a das matérias que abrange.

1) *Rationae personae*

Do ponto de vista das pessoas, um sistema de adjudicação de divergências, ou mais amplamente, de solução de divergências, visa resolver divergências que envolvem, ou pessoas da ordem privada – e a importância para o Estado na resolução residindo na afirmação da paz social, sendo-lhe inerente o dever de garantir aos cidadãos a segurança pessoal – ou envolve diretamente os interesses do Estado nas suas relações com os seus cidadãos ou súditos, ou com os de outros Estados, ou ainda com estes. São matérias que relevam, as primeiras da competência interna do Estado, e as derradeiras da sua jurisdição internacional.

No âmbito de uma estrutura como a do Mercosul, ambos os tipos de divergências podem existir. Mas cada um dos Estados-parte dispõe de meios próprios para solução das pendências entre as pessoas da ordem privada. Os meios para resolver as divergências entre os Estados, como aquelas que envolvam seus súditos (sob a capa da proteção diplomática) são os clássicos do Direito Internacional Público. Mas não bastam, nem são, usualmente, eficazes.

É que, quando pela aplicação e interpretação das regras comunitárias surgir alguma divergência, aparecerá o interesse de criar um subsistema de resolução ou adjudicação de divergências no Mercosul, que se revista de maior eficácia e especificidade do que aquele sistema do Direito Internacional Público tradicional.

Assim podemos constatar, desde logo, que a solução de divergências no seio do Mercosul se poderá obter, tanto no plano dos mecanismos do direito internacional público, quanto nos do direito internacional privado.

Com efeito, as pendências entre pessoas privadas, por negócios privados, serão resolvidas tais como quaisquer outras pelos tribunais dos Estados envolvidos. Já aquelas questões

que envolvam uma pessoa privada e um Estado terão dois caminhos: o da submissão da disputa aos tribunais daquele Estado envolvido, e o do recurso à CIJ, se para isso contar com a proteção diplomática de seu país que será, para a Corte, o litigante. Além desses, haverá – o que nos interessa mais de perto –, o uso do instrumental do Tratado de Assunção e do Protocolo de Brasília.

Ocorrendo a divergência entre Estados, só as últimas duas alternativas são adequadas, pois, como é da tradição do Direito Internacional Público, não há jurisdição de um Estado sobre outro². O Brasil tem longa tradição de resolução pacífica de divergências. Aderiu à “Convenção para solução pacífica dos conflitos internacionais” – de 29 de julho de 1899 da Haia³. Esse antigo tratado trata dos mecanismos para solução de divergências internacionais, apontando os bons ofícios e a mediação (Título II) as comissões internacionais de inquérito (Título III), e a Arbitragem internacional (Título IV), criando um Tribunal Arbitral Permanente “acessível a qualquer tempo e que funcione, a menos que existam estipulações contrárias das partes, de conformidade com as regras estabelecidas na presente Convenção” (art. 20). Dessa forma, como se vê, os mecanismos adotados no Mercosul têm antecedentes.

Vejamos, então, como a matéria é tratada no âmbito do Tratado de Assunção e do Protocolo de Brasília.

O Tratado, no seu anexo III, dispõe que as controvérsias entre os Estados serão enfrentadas: primeiro por negociações diretas entre os litigantes, depois, em etapas sucessivas pela atuação do Grupo Mercado Comum ou do Conselho do Mercado Comum.

Nada se fala aí das controvérsias que porventura surjam entre pessoas privadas e um dos Estados. Estas são objeto da regulamentação do Anexo III do Tratado de Assunção, que é, justamente, a origem do Protocolo de Brasília. Este, como se sabe, deriva de uma determinação expressa do referido Anexo, parágrafo 2, dirigida às Partes contratantes, a quem assinava um prazo de 120 dias para estabelecer um “Sistema de Solução de Controvérsias, que vi-

² V., a propósito, a decisão do STF no caso do Egito contra Síria.

³ A adesão do Brasil foi autorizada pela resolução de 29 de dezembro de 1906, do Congresso Nacional, sancionada pelo Decreto n.º 1.633, de 3 de janeiro de 1907. Argentina e Paraguai também dela participaram e a ratificaram.

gerá durante o período de transição”, estabelecendo mais, que

“até 31 de dezembro de 1994, os Estados-partes adotarão um Sistema Permanente de solução de Controvérsias para o Mercado Comum”.

São submetidos ao sistema de solução de controvérsias, então, os Estados-partes do Tratado de Assunção, na qualidade de partes litigantes, reconhecendo, expressamente, pelo artigo 8.º do Protocolo de Brasília:

“como obrigatória, *ipso facto* e sem necessidade de acordo especial, a jurisdição do Tribunal Arbitral que em cada caso se constitua para conhecer e resolver todas as controvérsias a que se refere” o referido Protocolo.

Entretanto, embora o artigo 1.º do Protocolo de Brasília diga que as controvérsias serão as que surgirem entre os Estados-partes, na verdade as pessoas privadas também são acolhidas sob o pálio desse sistema, mercê do disposto no Capítulo V, que trata das reclamações efetuadas por particulares. Nesse caso, como a reclamação dos particulares é encaminhada pela Seção Nacional, fica subentendido que é o Estado-parte envolvido quem se apresenta como litigante, se ela for acolhida.

2) *Rationae materiae*

O âmbito de aplicação de um sistema de solução de controvérsias durante a fase de implantação do Mercosul é limitado justamente pelo caráter transitório que terá. Poder-se-ia imaginar que fosse crescente a competência a ele atribuída, pois à medida em que o processo de integração se desenvolvesse, igualmente aumentariam os casos em que o recurso a esse sistema se fizesse necessário.

Entretanto, a curta duração, prevista no Tratado de Assunção para que o Mercosul seja implantado faz com que

“as controvérsias que possam surgir entre os Estados-partes como consequência da aplicação do Tratado...”

sejam a competência original do sistema de solução de controvérsias. Assim, do ponto de vista da matéria, a competência seria interpretativa da letra do Tratado, pois de sua leitura dependeria a aplicação do mesmo.

Mas o Protocolo de Brasília, no seu artigo 1.º, amplia essa competência, ao determinar que será atinente à

“interpretação, à aplicação ou o não cum-

primimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como das decisões do Conselho do Mercado Comum e das Resoluções do Grupo Mercado Comum”.

B) *Função do sistema*

A sistemática adotada pelos Estados-partes no Tratado de Assunção tem duas características que parecem dignas de nota e que influenciaram a criação dos seus mecanismos institucionais.

Uma é que a origem do Tratado foi um acordo bilateral Brasil – Argentina, que se modificou para admitir os dois outros parceiros. A admissão de Uruguai e Paraguai, dadas as assimetrias entre esses países e os parceiros originais, não teve o condão de modificar o esquema inicial. Destarte desde logo se teve a regra do consenso como ponto de partida, pois não havia como impor a regra do voto ponderado num acordo bilateral, ao qual ocorrem os novos parceiros.

A outra característica é a da transitoriedade: visou-se estabelecer as regras para a travessia que levaria à situação de se ter uma zona aduaneira instalada, a qual seria a plataforma do Mercado Comum a ser instaurado ao fim dos 5 anos prefixados.

Nessa fase transitória, as funções primordiais do sistema de solução de controvérsias adotado foram duas: a da superação de impasses em determinadas situações que, pela regra do consenso, pudessem vir a ser empecilhos ao prosseguimento do plano integracionista, e, de outro lado, apoiar a implementação do Tratado, dando a interpretação correta aos seus termos, impondo a sua aplicação em caso de omissão, balizando a aplicação das medidas preconizadas pelo Tratado, tanto pelas Partes como pelo Conselho e pelo Grupo Mercado Comum.

1) *Superação de impasses*

Cumprir lembrar a característica do Tratado que nos parece mais relevante e que é o seu caráter transitório, no sentido próprio e etimológico do termo.

Com efeito ele demarca o trânsito do regime atual para o do mercado comum, e por isso deve ser substituído pelos atos constitutivos deste último, ao se cumprirem os objetivos estabelecidos pelos signatários do acordo. Essa precariedade, ou caráter transitório, é marcada pela expressão de tratado “para a constituição” e não de constituição “de um Mercado Comum”,

e pelo fato de que ao se cumprirem as etapas do Programa de Liberação Comercial este se esgota⁴; é, também, ressaltada pela característica de que as instituições que cria são provisórias (art. 9.º) e serão substituídas por outras, ainda por definir, como se vê do artigo 18 que dispõe:

“[até] 31 de dezembro de 1994, os Estados-partes convocarão uma reunião extraordinária com o objetivo de determinar a estrutura institucional definitiva dos órgãos de administração do Mercado Comum, assim como as atribuições específicas de cada um deles e seu sistema de tomada de decisões.”

A transitoriedade é sublinhada em várias cláusulas, inclusive nas relativas ao relacionamento com outros Estados (art. 8.º) que tem prazo de vigência, tal como, de nosso particular interesse agora, no sistema de solução de controvérsias (anexo III) conforme determinado pelo art. 3.º do Tratado. Esses mecanismos, assim como o Programa de Liberação Comercial (anexo I) e a criação dos Subgrupos (anexo V) são limitados em sua vigência ao período de transição.

Um dos autores do Tratado⁵, em conferência feita em Santiago do Chile, para destacar a transitoriedade, lembrava que os anexos e o preâmbulo fazem parte do Tratado, (conforme, aliás, dispõe expressamente a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (art. 31.2). E dizia, apontando para o 31 de dezembro de 1994, que:

“[Es] evidente que en este momento se evaluará, en función de la experiencia cumplida y de los resultados obtenidos, toda la estructura y el funcionamiento del Tratado de Assunción y se adoptarán los nuevos instrumentos internacionales necesarios.”

Concluía por afirmar que, nesse sentido limitado e preciso, o Tratado de Assunção é provisório, ou como preferimos dizer, transitório.

A essa transitoriedade associa-se, dialeticamente, a decisão, de efeitos praticamente irreversíveis, que é a da redução automática das tarifas, conduzindo à criação do Mercado Comum. Realmente, os efeitos práticos – econô-

⁴ Segundo a opinião de vários autores, entre eles Suzana Czar de Zalduendo, na Argentina.

⁵ GROSS SPIELL, Hector. *Hacia nuevas formas de cooperación económica en el cono sur de América Latina: análisis del tratado constitutivo de Mercosur*. Conferência proferida no Consejo Chileno para las Relaciones Internacionales em 5 de junho de 1991. Série de Conferências, 1991, p. 7.

micos e políticos – da aplicação do Tratado criarão vínculos de várias naturezas e equilíbrios comerciais e econômicos, que dificilmente poderão ser desfeitos sem conseqüências importantes. É evidente que esse percurso não se fará sem dúvidas, percalços, e por que não dizer, situações conflituosas.

Foi justamente para permitir aplainar essas dificuldades de percurso que se constituiu o mecanismo de solução de divergências do Protocolo de Brasília.

E, justamente, ao inovar admitindo o acesso dos particulares (conforme sua terminologia) a um procedimento tradicionalmente reservado aos Estados (ainda que as pessoas privadas atuem a coberto do seu Estado de origem), a função apontada se torna mais ampla e perfeita, ao permitir que mesmo os impasses surgidos politicamente possam ser contornados pela busca da solução dos interesses econômicos e jurídicos afetados. Nesse sentido a construção do mecanismo é predominantemente política, tal como aquelas do federalismo norte-americano a que há pouco aludimos.

Mas não basta superar os impasses, é preciso dar um apoio mais efetivo à implantação dos objetivos do Tratado de Assunção.

2) Apoio à implementação do Tratado

A idéia da redução linear e constante das tarifas, estabelecendo uma marcha temporal inexorável para a implantação da zona de livre comércio, assim como os liames que se vão construindo a partir dos interesses econômicos conjugados – e eventualmente pacificados pela via dos mecanismos de solução de divergências – representam um elemento de permanência que contrasta com o caráter transitório do Tratado e que reflete a decisão política dos participantes de verem o Mercosul instaurado.

A combinação entre essas duas facetas, a da permanência e da decisão, de um lado, e a da transitoriedade e do provisório de outro, são típicos da concepção dos autores do Tratado que, com essa fórmula dialética, não desejaram obrigar-se em mais que o necessário para atingir seus objetivos. Quiseram, ademais, e ao que tudo indica, só construir as estruturas administrativas do mercado comum a partir da experiência concreta e da prática. Para isso seria preciso ir construindo uma interpretação do Tratado e das medidas tomadas pela Comissão e pelo GMC, de forma a reforçar a idéia do Mercosul.

Por isso é que o sistema de solução de con-

trovérsias assenta muito mais na atuação diplomática que na jurídica.

A implantação do Mercado Comum Europeu, freqüentemente lembrado como exemplo, subdividiu-se em duas fases: a de cooperação – que implicava ações coordenadas porém com a manutenção de todos os aspectos da soberania – e a da integração – que redundava em reformulação de aspectos da soberania –, de maneira supranacional e integrada. Isso implicou, não em uma renúncia a certos aspectos da soberania, mas, sim, em um novo contrato social.

Nele certos aspectos da legislação – aqueles de caráter básico, diria eu, constitucional – com conteúdo político maior, seriam objeto de acordos internacionais, utilizando-se para matérias de conteúdo mais administrativo ou econômico, das decisões e resoluções comunitárias, que quanto à natureza, hierarquia jurídica e efeitos práticos, embora normas diferentes, inclusive quanto à origem, eram a fonte comum das regras destinadas à implantação da integração e, depois, da comunidade.

Mas o peso da construção, apesar de tudo, assentou na Corte⁶.

Foi esta quem, na Europa, desempenhou o papel capital de cimentar as regras comunitárias e as nacionais num arcabouço único, ampliando competências através de uma interpretação cuja bússola era a vontade de construir uma Europa unida. É bem verdade que o papel da Corte não teria sido esse se não houvesse uma atividade normativa própria. Não é o caso, entretanto, de nos alongarmos em argumento por demais conhecido e estudado.

Ao proceder à ampliação da competência do sistema de solução de controvérsias, assim como ao acentuar o predomínio do caráter político do mesmo, os Estados-partes do Tratado de Assunção quiseram assinalar que a segunda função antevista para esse sistema é a de apoio à implantação do Mercado Comum. Com efeito, uma leitura adequada das competências do Sistema do Tratado de Brasília nos mostra que se pretende obter – ainda que em escala mais modesta e adequada às ambições dos signatários – uma ação com certos pontos semelhantes à desempenhada ao longo de mais de quarenta anos pela Corte de Luxemburgo.

⁶ Cf. Hjalte Rassmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff, 1986, *passim*.

Esse enfoque deve orientar nossa reflexão sobre o que deverá ser um futuro sistema de solução de controvérsias.

II – *Como se deveria organizar o sistema de solução de divergências no Mercosul?*

Já na fase definitiva, os principais problemas da implantação devem estar equacionados ou resolvidos, e o processo de integração se consolidará, através da implantação de estruturas definitivas. Esta fase depende, como se imagina, de reformas legislativas em cada um dos Estados-partes e, muito provavelmente, de algumas reformas constitucionais.

Será, forçosamente, a partir da definição do sistema atual que se construirá aquele futuro. Assim, a especulação do que se fará, parte do que se tem.

A) *O sistema que temos*

Hoje, como vimos, o sistema de solução de controvérsias do Mercosul se fundamenta no Anexo III do Tratado de Assunção e principalmente, no Protocolo de Brasília. Este previu mecanismo predominantemente diplomático, ao dividir o processo resolutório das divergências em duas categorias e cada uma destas em fases das quais apenas a última é a da solução arbitral.

1) *O procedimento por iniciativa de particulares – características especiais*

O encaminhamento da solução das divergências no sistema do Protocolo de Brasília pode partir, como se disse, da iniciativa dos Estados ou daquela das pessoas de direito privado. Quando a iniciativa é destas há determinadas questões a encarar.

A primeira delas é saber a quem e como dirigir a reclamação, se basta o disposto no Protocolo de Brasília ou há outros aspectos a serem regulamentados.

A segunda versa a indagação sobre o objeto da reclamação: o que nela se pode, ou não, incluir?

A terceira questão é saber se a atuação do Estado, provocado por seu cidadão, é discricionária. Em outras palavras: estamos em presença da figura tradicional da proteção diplomática?

Por último devemos assinalar as diferenças existentes entre esta hipótese e a da iniciativa do Estado.

a) *Sujeito, procedimento e objeto da reclamação do particular*

Estabelece o Protocolo de Brasília, no seu art. 26, que:

“1. Os particulares afetados formaliz-

arão as reclamações ante a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado-parte onde tenham sua residência habitual ou a sede de seus negócios;

2. Os particulares deverão fornecer elementos que permitam à referida seção nacional determinar a veracidade da violação e a existência ou ameaça de um prejuízo.”

Essa norma determina quem pode reclamar: as pessoas de direito privado, que o Tratado chama de “particular”, assim como o destinatário da reclamação, que é a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum.

As pessoas de direito privado terão residência ou a “sede dos seus negócios” no Estado-parte onde a reclamação será introduzida. Não quiseram os autores do Tratado recorrer ao conceito de domicílio⁷ preferindo-lhe, talvez para simplificar a noção de residência; assim também não falam em sede social, mas sim em sede dos seus negócios, utilizando conceito semelhante ao do direito francês⁸.

O destinatário da reclamação é a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum de seu país de residência.

Interessante notar o uso da expressão “seção nacional” em maiúsculas, que já denota uma certa vontade institucionalizante. Com efeito, o Tratado de Assunção define a composição do Grupo de modo bastante vago indicando os seus componentes, que representarão três órgãos da administração do respectivo país: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Economia (ou equivalente) e Banco Central. Tratam-se de mandatários da administração, e substituíveis *ad nutum*, podendo ademais mudar a cada reunião do GMC. Não se vislumbra no Tratado qualquer aceno à institucionalização ou constituição formal de uma seção nacional.

O queixoso apresentará petição fundamen-

⁷ V., a propósito, L. O. Baptista, *A vida dos Contratos Internacionais*, sobre a noção de residência, domicílio e sede social, e também, a propósito da sede das empresas nos países do Mercosul, Ana Maria M. de Aguinis, *Empresas e Inversiones en el Mercosur*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p.282 (Argentina), 330 (Brasil), 372 (Paraguai), e 397 (Uruguai).

⁸ A idéia de *siège social sérieux* é a utilizada pelo direito francês em matéria de conflito de leis como elementos de conexão. V., a propósito, Pierre Mayer, *Droit International Privé*, Paris Monchrestien, 4e. ed., 1991, p.609 e ss., especialmente p. 613, n. 1027, e Henri Batiffol e Paul Lagarde, *Droit International Privé*, Paris, LGDJ, 1970, T.I, p. 238 e ss., n. 193.

tada a que anexe elementos de prova da veracidade das alegações que fizer, os quais comprovarão tanto o prejuízo sofrido ou a ameaça de prejuízo, quanto à violação de regra de direito. O art. 26, 2, fala em "veracidade da violação", mas quer dizer violação de uma das regras de direito aplicáveis ao Mercosul. Com efeito, o artigo 25 estabelece que:

"O procedimento estabelecido no presente capítulo aplicar-se-á às reclamações efetuadas por particulares (pessoas físicas ou jurídicas) em razão da sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados-partes, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, em violação do Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, das decisões do Conselho do Mercado Comum ou das Resoluções do Grupo Mercado Comum."

O objeto, entretanto, é mais amplo pois não se limita à implementação ou violação das normas do Mercosul, no âmbito administrativo mas também no das medidas tomadas no campo legislativo (chamadas de "legais" pelo Protocolo) para introdução de tais normas no direito interno de cada país.

Uma outra expressão merece mais cuidado: a referência à "sanção ou aplicação ... de medidas legais (sic) ou administrativas". Ora, sanção é, entre outros significados, também a

"Pena ou recompensa com que se procura assegurar a execução de uma lei"⁹

e poderia indicar a possibilidade de se ter querido incluir decisões administrativas e quiçá, mesmo judiciais, que implementassem enganadamente as regras do Tratado, dos acordos celebrados no bojo deste, ou as decisões dos organismos do Mercosul. Entretanto tudo indica que a este passo esta interpretação é ousada e de difícil uso, já que há obstáculos constitucionais nos quatro países.

b) *Discricionariedade ou obrigatoriedade*

Outro aspecto importante é o de saber se o recurso ao mecanismo de solução de disputas do Mercosul segue os usos tradicionais em matéria de proteção diplomática ou se é atividade vinculada da administração. Esta última alternativa parece ser a correta.

O juízo político de conveniência ficou afastado por dois fatores.

⁹ Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa, Laudelino Freire, Rio de Janeiro, A Noite, V. V, p. 4563.

O primeiro é o fato de que em havendo o instituto da proteção diplomática seria inútil a inclusão no Tratado das regras dos arts. 25 a 27, pois a prática concernente a essa seria bastante. Ora, um princípio de interpretação é que o legislador não usa expressões ociosas.

O segundo argumento é que o art. 26, 2, exige dos reclamantes elementos que permitam à Seção Nacional determinar a veracidade, e o art. 27, fala que a Seção Nacional do GMC "que tenha admitido a reclamação *na forma do art. 26*" - ou seja determinando que a mesma é veraz, e por isso a tenha acolhido. O art. 26, 2 citado, ao exigir provas, menciona que essas serão as que "permitam à Seção Nacional determinar a veracidade da violação e a existência ou ameaça de um prejuízo".

Logo, parece claro que havendo tais provas a reclamação terá prosseguimento, ou, em não as havendo, não o terá.

As provas, dessa forma devem ser de natureza incontestável. O limite da discricionariedade da Seção Nacional, acreditamos, reside na apreciação da confiabilidade e eficácia das provas. Cabe indagar se as provas são daquelas que demonstram por si sós a existência de um direito líquido e certo (e por isso mesmo serão documentais) tal como ocorre nos mandados de segurança, ou, se haverá um procedimento administrativo para a colheita delas. Parece que se não forem incontestes e evidentes, no Brasil, caberá o procedimento administrativo. Com efeito tratando-se de ato da administração, acha-se sujeito ao princípio da legalidade, sem prejuízo do direito à defesa (CF, art. 5.º, LV).

A recusa ao acolhimento da reclamação pois, só pode decorrer da inveridicidade ou inadequação das provas.

2) *O procedimento por iniciativa dos Estados*

As controvérsias que surgirem entre Estados, partes do Tratado de Assunção, relativas à interpretação ou aplicação das normas desse, ou de acordos celebrados em seu âmbito serão resolvidas por via diplomática ou arbitral. Esta, se a primeira não tiver resultado.

a) *A fase diplomática*

A fase diplomática tem início por negociações diretas, devendo as partes informar ao GMC, por intermédio da Secretaria Administrativa, do andamento das negociações e de seu resultado (art. 3.1). O prazo previsto para essas é de 15 dias, podendo ser prorrogado por acor-

do das partes (art. 3.2).

Não se obtendo um acordo nessa fase, ou se o acordo for parcial, qualquer dos Estados pode submetê-la à consideração do GMC, que ouvirá as partes, recorrendo – se for o caso – a especialistas escolhidos na forma do art. 30 do Protocolo de Brasília (art. 4.2). Após ouvidas as partes, tendo consultado – se o julgar necessário – os especialistas, o GMC formulará recomendações aos Estados litigantes (art. 5).

O procedimento perante o GMC deve durar no máximo 30 dias, a partir da data da introdução da questão perante a Secretaria Administrativa (art. 6). Se os Estados não atenderem a essas recomendações, passa-se à fase arbitral.

b) A fase arbitral

É interessante notar que, a despeito de não se ter encontrado referências ao exame do mecanismo, o Colégio Arbitral do Tratado Benelux apresenta muitos aspectos similares com aquele que foi criado no Mercosul.

Com efeito, a missão desse Colégio Arbitral era de

régler les différends qui pourront s'élever entre les Hautes Parties contractantes en ce qui concerne l'application dudit Traité et des dispositions conventionnelles relatives a son objet.¹⁰

Competia a essa instância arbitral estabelecer a interpretação do Tratado, enquanto regras comuns a todas as partes, e avaliar a legalidade da aplicação dessas regras no interior de cada país, tal como ocorre com o sistema arbitral estabelecido no Mercosul.

É bem verdade que neste caso o mecanismo é mais flexível e menos estruturado, e situa-se como o último degrau numa séria de tentativas de encontrar soluções negociadas ou consensuais. Nisso há não só uma tradição diplomática latino-americana, de predomínio da solução racional e consensual, como um traço sociológico de procurar evitar as demandas – como traduz o mote popular de que “mais vale um mau acordo que uma boa demanda” – existente nos quatro países.

O procedimento arbitral previsto no Protocolo de Brasília tem início com a comunicação, feita por qualquer das partes à Secretaria Administrativa do Grupo Mercado Comum da “sua intenção de recorrer ao procedimento arbitral que se estabelece no presente Protocolo” (art. 7, 1).

¹⁰ DUMON, F. *La Cour de Justice Benelux*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 31.

A Secretaria Administrativa comunica à outra ou outras partes da divergência e ao Grupo Mercado Comum, e passa a se ocupar da tramitação do procedimento (art. 7, 2).

A submissão à arbitragem é obrigatória, sem necessidade de acordo especial, conforme prevê o Protocolo (art. 8), o tribunal arbitral sendo *ad hoc*.

i) Escolha dos árbitros

Os árbitros serão escolhidos pelas partes dentre os que compõem uma lista de árbitros nacionais que se acha depositada na Secretaria Administrativa, e serão dois, devendo o terceiro, natural de algum país que não seja parte, ser designado de comum acordo pelos Estados-partes. Se isso não ocorrer, será sorteado pela Secretaria Administrativa dentre os participantes de uma lista que o Grupo Mercado Comum organizará, na forma do art. 12.

As listas de árbitros, então, serão duas: uma composta de 10 árbitros indicados por cada país (art. 10), e outra de 16 árbitros que serão metade oriundos dos Países do Mercosul e metade de outros países, lista esta a ser elaborada pelo Grupo Mercado Comum (art. 12).

ii) O processo arbitral

Compete ao tribunal arbitral fixar sua sede, num dos Estados-partes, e adotar suas próprias regras de processo. As regras procedimentais devem, forçosamente, garantir a manifestação das partes, assim como o seu direito de apresentar provas e argumentos. Finalmente devem assegurar a rapidez do procedimento.

Inicia-se o processo pelo oferecimento, pelas partes de informações sobre as fases anteriores juntamente com uma “breve exposição dos fundamentos de fato e de direito de suas respectivas posições” (art. 16).

As partes podem designar representantes (advogados) e assessores para atuar perante o Tribunal Arbitral, requerer medidas provisórias, estando obrigados a cumpri-las até que se profira o laudo (art. 18).

O fundamento das decisões deve ser o Tratado de Assunção, acordos celebrados no seio deste, decisões do Conselho do Mercado Comum ou Resoluções do Grupo Mercado Comum, assim como as disposições de direito internacional aplicáveis à matéria. A solução *ex equo et bono* só cabe se previamente aceita pelas partes, como é usual nas arbitragens.

O prazo para a decisão do Tribunal Arbitral é de sessenta dias contados da designação de seu Presidente, prorrogáveis por mais trinta dias

por uma única vez.

As decisões não comportam voto vencido (ou dissidente), sendo confidencial o voto de cada árbitro, (art. 20) medidas essas tomadas visando assegurar-lhes maior independência.

Não cabe recurso das decisões do Tribunal Arbitral, devendo os Estados-partes cumpri-las no prazo de 15 dias a partir do recebimento da respectiva notificação, salvo se o Tribunal fixar outro prazo (art. 21). Porém nos quinze dias seguintes ao proferimento do laudo as partes podem pedir esclarecimentos quanto a omissões ou dúvidas no seu teor ou quanto à forma como deverá cumprir-se.

Se um dos Estados-partes na controvérsia não cumprir o laudo no prazo de 30 dias é facultado aos demais impor medidas compensatórias temporárias, visando obter o cumprimento da decisão. Essa disposição é de valor duvidoso dada a disparidade das dimensões das economias dos países do Mercosul, padecendo, assim, do mesmo defeito das sanções autorizadas pelo GATT.

B) *O que poderemos vir a ter*

Diante do exposto, cabe indagar se devemos proceder à criação de um tribunal nos moldes da Corte Européia. Parece que não, pelo menos a esta altura essa solução não é conveniente. Pode-se também imaginar a transformação do atual sistema de arbitragem *ad hoc* numa corte arbitral permanente, criar tribunais administrativos de competência setorial, ou manter o *status quo*. Vejamos as vantagens e desvantagens de cada situação.

1) *Manutenção do status quo*

A manutenção do atual sistema de solução de divergências apresenta em seu favor o melhor dos argumentos: a funcionalidade do sistema, que até agora tem apresentado bons resultados, não tendo ocorrido queixas a respeito.

Por outro lado, salta à vista que é um sistema complexo e pouco adequado a um Mercado Comum, ou mesmo a uma zona aduaneira. As exigências em termos de integração impõem um sistema de solução de divergências que seja mais acessível e envolva menos os Estados em termos políticos, o que ocorre com o sistema em vigor.

Ademais, parece claro que a vontade dos Estados é de substituir o sistema atual por outro, como se pode constatar pela leitura do Tratado de Assunção, onde se fala em instituições permanentes.

Por essa razão a maioria dos estudiosos, al-

guns de grande prestígio¹¹ tem sugerido a adoção de um sistema semelhante ao europeu.

2) *Tribunal do Mercosul*

Na Comunidade Européia, e desde a CECA, existe um Tribunal – a Corte Européia de Justiça – que vem sendo o órgão responsável pela solução de divergências e que assumiu importante função política.

Com efeito, o art. 31 do Tratado da CECA, como o art. 136 do EURATOM, já atribuíam à Corte de Justiça o dever de assegurar o respeito do direito na interpretação e aplicação dos tratados que deram causa a essas comunidades. Os Tratados de Roma que se sucederam repetiram essa fórmula, sublinhando uma das características básicas da Comunidade Européia, desde suas origens: o ser um Estado de direito.

A Corte tanto exerce sua competência no tocante às questões que envolvam a aplicação dos tratados pelos Estados-Membros, como no que se refere às demais instituições comunitárias. Num discurso proferido quando da Assembléia constitutiva da Corte, em 7 de outubro de 1958, Robert Schumann dizia que ela é a garante da constitucionalidade de toda atividade no seio da Comunidade.

Atuando a partir das três comunidades que deram origem à atual UE, a Corte pôde desenvolver um papel que se estendeu além do que imaginavam os autores dos Tratados de Roma, passando a ser tanto um elemento de estabilidade como de expansão da União Européia.

Esse papel político ativo é que tem atraído os integracionistas deste lado do Atlântico, levando-os, na ânsia de promover a integração no seio do Mercosul, a desejar uma corte nos moldes da Européia.

A maior parte dos comentadores, certamente pela pressa com que os fatos vêm ocorrendo, e alguns poucos, por falta de conhecimento histórico do que ocorreu nas demais experiências de integração, ou simplesmente por puro espírito de imitação, propõe que o Mercosul comece desde logo com a criação do seu Tribunal.

Apontam como exemplo a Corte Européia. Mas aqueles que conhecem a história da hoje União Européia, a partir de suas origens, sabem que a Corte Européia demorou a surgir.

Não foi fruto de um impulso ou de uma imposição, mas foi o fruto natural de uma evolução. A nossa tese é de que o Tribunal do Mer-

¹¹ Cf. Guido S. SII.VA “.....” e Vicente Marotta Rangel “....”.

cosul venha também a ser o fruto de uma evolução, que venha a se implantar, pouco a pouco, como resposta àquilo que deve ser feito dentro do nosso sistema jurídico.

Justamente a possibilidade de um tribunal vir a assumir papel semelhante ao que foi desenvolvido pela Corte Européia é que me leva a acreditar que esse modelo é hoje inconveniente para nós.

O desenho do Tratado de Assunção, embora mencione como objetivo um Mercado Comum, na verdade mira apenas a união aduaneira, após a implantação da zona de livre comércio. Para esses graus de integração, uma Corte como a Européia é demasiado e pode conduzir a um grau de integração politicamente indesejável nos próximos anos.

Por outro lado também se pode argumentar que a tradição dos juízes nos sistemas ibéricos e nos países por estes colonizados é formalista e conformada, com escassa criatividade e quase nenhuma atividade política. Não se vislumbra na atividade judicial de qualquer dos quatro países do Mercosul qualquer dos traços de criatividade e de ativismo político que marcam a atuação dos membros da Corte Suprema dos E.U.A., ou da Corte Européia. Muito provavelmente um tribunal com ampla competência, agindo segundo nossa tradição poderia vir a ser muito mais um obstáculo que um motor de integração.

Por último, ainda nos juízos de conveniência, é preciso lembrar, com toda a humildade, que o número dos internacionalistas nos nossos países é escasso, o que poderia criar dificuldades na composição e atuação de um tribunal comunitário.

Do ponto de vista jurídico, parece haver obstáculos, ao menos do ponto de vista da Constituição Brasileira, como apontou o Ministro Moreira Alves¹².

A criação do Tribunal do Mercosul implicará na modificação das Constituições dos quatro países. Será preciso que eles admitam a existência de um órgão judicial supranacional, que predomine sobre a estrutura dos respectivos Poderes Judiciários.

Nós não podemos de modo algum ignorar a nossa realidade sociológica. E nesta, o corporativismo impera. Na medida em que se disser que sobre as Cortes Supremas dos quatro paí-

ses se erguerá uma outra Corte, que terá o poder de revogar as decisões dessas, imediatamente veremos o corporativismo judicial pôr-se em ação e reagir ante a ameaça de um poder mais alto. Será preciso, então, que o processo de educação que nascerá através da prática da Corte Arbitral, da existência de Tribunais e Instâncias Administrativas Setoriais Especializados, do Tribunal de Conflitos, e dos mecanismos de integração em geral, venha a demonstrar a necessidade e a utilidade de vir a se constituir a Justiça do Mercosul, que não será superior à Justiça de cada um dos países, se não naquelas matérias da sua exclusiva competência, isto é, verificar a interpretação e a atuação que se dá às normas comunitárias.

Não nos esqueçamos de que na experiência européia a Corte de Luxemburgo foi, historicamente, um Tribunal de natureza político-constitucional, em que se colocavam os problemas relativos à aplicação dos tratados que constituíram as Comunidades Européias ao longo de sua trajetória, em termos constitucionais e de harmonização. Entretanto, cada juiz singular de cada país era também um juiz comunitário, porque também aplicava o direito comunitário. Assim, a aplicação do direito comunitário e a sua construção partiam da prática do dia-a-dia de todo o Poder Judiciário.

O processo de unificação iniciar-se-ia, a nosso ver, no momento em que se criasse a Corte Permanente de Arbitragem, dando-se a esta o poder de responder às consultas formuladas pelo Poder Judiciário de qualquer um dos países sobre a interpretação única que se deva dar aos tratados, a interpretação única que se deva dar como válida para todos os países em relação aos tratados, decisões e resoluções.

Na medida em que esta corte estabelecesse qual a interpretação (única) que se deve dar, teríamos a possibilidade de que o Poder Judiciário de cada um dos países continuasse a tarefa de unificação e construção de um Direito comum e harmônico dentro do Mercosul.

Tudo indica, então, que é preciso estabelecer uma etapa entre o atual sistema de solução de divergências e uma eventual Corte de Justiça do Mercosul, e que esta deveria ser um aprendizado, visando verificar qual das tendências acima apontadas e encaradas com olhos críticos, por gregos e troianos, predominaria. Feita essa constatação se passaria à etapa definitiva.

3) Corte arbitral permanente

A transição natural entre um sistema arbi-

¹² Conferência, no seminário promovido pelos cursos de Pós-Graduação em Direito da UGF, 1993, Rio, VDR/Editoria Central, p. 107.

tral *ad hoc* e uma Corte de Justiça passa pela existência de uma Corte Permanente de Arbitragem.

A noção de Corte Arbitral Permanente assumiu especial relevância no Direito Internacional com a sua criação pela Convenção para a Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais de Haia, de 1899, e adoção posterior pela Sociedade das Nações. O organismo subsistiu até os nossos dias. Apresenta sobre uma estrutura judicial permanente, no plano do Direito Internacional Público, a vantagem inegável de que não acarreta a criação de uma burocracia pesada nem despesas permanentes de vulto.

Se observarmos a prática do Mercosul desde a fundação, desde a ratificação do Protocolo de Brasília até o fim do ano de 1993, verificamos que sequer um caso chegou à arbitragem. Se tivéssemos um Tribunal, uma Corte de Justiça, esta teria ocasionado despesas inúteis. Morelo e Otciza lembram também a vantagem da economia e da inexistência da burocracia.

A Corte Arbitral Permanente, além desta vantagem, também apresenta as mesmas qualidades que teria um Tribunal Permanente. Será constituída de especialistas de Direito Internacional. Constituirá a sua própria jurisprudência, que servirá de orientação no futuro. As suas decisões, por decorrerem de compromisso assumido pelos países em tratado internacional, têm força obrigatória no âmbito do Direito Internacional. Assim, tudo indica que serão aplicadas sem qualquer dificuldade. Entretanto, se esta ocorresse, já teríamos as sanções previstas no próprio Protocolo de Brasília.

Na medida em que a Corte Arbitral Permanente começasse a ter um volume de serviço que superasse aquele desejável, poderíamos transformá-la numa Corte de Justiça. Seria um passo natural, decorrente de uma exigência e que uma aproximação funcionalista da formação do Mercado Comum do Cone Sul justifica perfeitamente.

Não podemos esquecer o fato de que os nossos países estão enfrentando o problema de repensar o Estado, e neste repensar do Estado, avulta o problema da redução das despesas, das burocracias, dos constrangimentos. Quanto à aceitação pelo Poder Judiciário da existência de uma Corte Arbitral, pode-se lembrar, por exemplo, o recente exemplo dos juizes dinamarqueses que, tendo que decidir uma questão relativa aos seus próprios interesses, propuseram ao Poder Executivo a instauração

de um Tribunal Arbitral que decidisse se eles ou o Executivo teriam razão, preservando assim a sua independência e não decidindo num caso em que seriam suspeitos. O reconhecimento, que por essa forma se faz da utilidade da arbitragem, é mais um argumento a se ponderar.

Entretanto, parece inegável que, em determinados setores, haverá a necessidade de resolver administrativamente problemas que são puramente setoriais.

4) *Tribunais Especializados ou Instâncias Administrativas*

Na medida em que a estrutura administrativa do Mercosul o leve à criação de organismos setoriais, de caráter supranacional, será necessário criar ao longo desse mecanismo, Tribunais ou Instâncias Administrativas que resolvam os problemas daí decorrentes.

Um exemplo é aquele que se refere aos abusos de poder econômico. Hoje, cada um dos países tem um regime diferente. Será preciso aproximar os regimes, já que a existência de um único mercado faz com que a prática do crime de abuso econômico repercuta não só no país de origem da empresa, mas nos demais países. Entretanto, a aplicação das sanções pela prática do abuso de poder econômico depende de um inquérito para a verificação da existência deste abuso e este inquérito, tradicionalmente, tem sido conduzido por autoridades administrativas com revisão judicial.

Naqueles atos em que o alcance é transnacional, não será mais possível manter o sistema em que o exame se faz a nível local. Será preciso, e isto é inarredável, criar uma comissão de defesa contra os abusos do poder econômico, de caráter transnacional, no seio do Mercosul. E essa comissão deve ser submetida a um Tribunal Administrativo Especializado.

A primeira idéia que nos ocorre e, aqui, um *approach* funcionalista determinaria, guardando sempre a meta da modéstia do Estado e de não onerar excessivamente, estabelecer que a Instância Administrativa será formada por representantes das Administrações dos quatro países que integram o Mercosul. Estes representantes formariam uma câmara especializada dentro do Mercosul que julgaria os abusos de poder econômico que repercutam no seio desse mercado.

Esta fórmula fará com que se obtenha desde logo uma atuação junto a funcionários especializados, que já têm uma tradição no setor, e que ademais, não representarão despesas ex-

traordinárias senão as de seu transporte e alojamento. Não será, para isso, preciso criar secretarias especializadas, pois aquelas dos diferentes países poderão servir e, em cada um dos países, onde estiver a sede da empresa que pratica o abuso de poder econômico, se sediará o processo e servirá a secretaria, funcionando a sua repartição especializada como secretaria dessa Instância Administrativa.

Acresce outra vantagem, a de que com o trabalho conjunto, pouco a pouco se iriam harmonizando os modos de pensar, as regras e sua interpretação, de modo que com o tempo o direito nesses setores estaria unificado sem grandes esforços e segundo uma evolução racional.

Fórmula semelhante pode ser estudada, mediante um tratado, para criar um tribunal de conflitos judiciais. Estabelecer-se-ia, por exemplo, que o Poder Judiciário de cada país designará um certo número de juizes dos respectivos Tribunais Superiores que se reuniriam para decidir, em conjunto, conflitos de competência que surgissem. Esses juizes, para o efeito do regimento interno das respectivas cortes, teriam competência para esse efeito e, assim, sem necessidade de se alterar a composição e a organização dos tribunais nacionais, poder-se-ia ter um mecanismo transnacional atuando.

Para a revisão e julgamento dos casos decididos pela imaginada Instância Administrativa do Mercosul se poderia adotar fórmula semelhante. A rigor bastaria que do ponto de vista constitucional, se verificasse terem sido asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa. Com isso, não haverá obstáculos em nenhum dos quatro países, sendo dispensada a reforma constitucional, numa fórmula que permitirá, sem sombra de dúvida, a criação deste órgão judicante administrativo e o controle judicial de seus atos.

Como se sabe, se não houver a harmonização do direito em nível decisório, a tentativa de harmonizá-lo ou unificá-lo pela via do tratado ou da lei uniforme é tendente à frustração. Ocor-

rerá aí um novo fenômeno da Torre de Babel, em que a leitura da lei se fará por formas diferentes de tal modo que, depois de algum tempo, nenhum dos interlocutores poderá se entender. Ao contrário, com a formação desta rede de Tribunais Especializados e Instâncias Administrativas, faremos com que aqueles que tomam as decisões na prática e os advogados que se apresentam diante desses Tribunais aprendam a conversar uma linguagem comum que levará à existência da unificação e harmonização do Direito no Mercosul.

Será, sem dúvida, um processo não só de elaboração jurídica como também de educação dos formadores do direito e dos seus utilizadores.

Na medida em que este processo possa evoluir, eventualmente se poderá chegar a uma fase final em que se implantará o Tribunal do Mercosul.

Muitas das idéias expostas neste texto parecerão, à primeira vista, assustadoras para o leitor. É que a realidade nos impõe refletir sobre aquilo que é fundamental e que é importante e buscar a resposta para isso, dentro do bom senso e dentro dos parâmetros da nossa história e das nossas possibilidades. Não será olhando aquilo que o vizinho faz, que vamos poder repetir seu sucesso.

Com certeza, ao lançar a Campanha da Fome, Betinho não tentava imitar a Campanha Eleitoral de Bill Clinton, ou os atos de governo de Margareth Thatcher, ou as ações do Mahatma Gandhi; ele respondeu a uma realidade que a pobreza do Brasil impunha. Ele estava atendendo a uma necessidade histórica de um momento determinado, por isso não foi preciso para ele buscar nenhum exemplo mas bastava-lhe conhecer o suficiente da história, para saber aquilo que poderia funcionar e que não poderia funcionar. É de dessa mesma forma que devemos nos colocar diante da construção do sistema jurídico do Mercosul, com imaginação, criatividade e coragem.

Para uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: a aceitação do controle preventivo

ANDERSON CAVALCANTE LOBATO

SUMÁRIO

I. O sistema misto de controle de constitucionalidade. A. O sistema difuso e o sistema concentrado. B. O controle jurisdicional e o controle político. C. A nova compreensão do sistema misto: a conjugação do sistema difuso com o sistema concentrado. II. A questão do controle preventivo. A. A experiência do controle preventivo na França e em Portugal. 1. O direito de iniciativa no controle preventivo francês e português. 2. O processo jurisdicional do controle preventivo francês e português. 2.1. A celeridade do processo. 2.2. A garantia de um mínimo de debate contraditório em controle preventivo. 3. Os efeitos da decisão no controle preventivo francês e português. 3.1. A fixação do objeto. 3.2. O âmbito da decisão. 3.2.1. A decisão de não-inconstitucionalidade. 3.2.2. A decisão de inconstitucionalidade. B. O controle preventivo e a realidade constitucional brasileira. 1. O controle preventivo não-jurisdicional no Brasil. 2. A solução preconizada pela ação declaratória de constitucionalidade.

I. O sistema misto de controle de constitucionalidade

A função essencial de uma Constituição é a de impor limites ao poder político do Estado. As constituições contemporâneas buscam o estabelecimento das "regras do jogo político", com o fito de garantir o bom funcionamento das instituições democráticas. Deste modo, nenhuma autoridade, nenhum poder do Estado, pode deixar de respeitar as regras e os princípios fixados pela Constituição.

Desta afirmação, decorre o princípio da supremacia da Constituição. De fato, a Constituição deve beneficiar-se de uma autoridade jurídica superior às outras normas no interior de um Estado. Este princípio é garantido, por um lado, pela rigidez constitucional, ou seja, pela adoção de um processo de reforma constitucio-

Anderson Cavalcante Lobato é Doutor em Direito Público pela Universidade de Ciências Sociais de Toulouse – França, Pesquisador do CNPq junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná

nal mais complexo do que aquele utilizado para a elaboração das leis ordinárias. Por outro lado, a supremacia constitucional exige o estabelecimento de mecanismos jurídicos visando impedir a promulgação e sobretudo a aplicação de normas jurídicas que estejam em desacordo com os seus princípios. A este conjunto de mecanismos jurisdicionais e/ou políticos, denominamos controle de constitucionalidade.

A. O sistema difuso e o sistema concentrado

A primeira manifestação concreta do controle de constitucionalidade ocorreu nos Estados Unidos por via jurisprudencial. No caso *Marbury v. Madison*, em 1803, o Chefe de Justiça Marshall teve a oportunidade de afirmar a supremacia da Constituição pelo reconhecimento do direito-dever do Poder Judiciário de verificar, no curso da atividade jurisdicional, a conformidade de uma norma à Constituição. Em havendo contradição entre a lei e a Constituição, o juiz deve então aplicar a norma constitucional, ignorando a lei inconstitucional na solução do caso concreto. A validade de uma norma jurídica fica assim condicionada à sua conformidade ao texto constitucional. Este sistema de controle de constitucionalidade foi denominado *judicial review* ou sistema difuso.

É sabido que o sistema difuso de controle de constitucionalidade foi adotado no Brasil já com a primeira Constituição republicana de 1891.

No período entre as duas grandes guerras o eminente jurista austriaco Hans Kelsen idealizou um novo sistema de garantia da supremacia da Constituição. Este sistema de controle de constitucionalidade exigia então a criação de um órgão especial com a função de verificar a conformidade das leis aos princípios estabelecidos pela Constituição. A primeira Constituição a utilizar este sistema de controle foi a da Tchecoslováquia, de 29 de fevereiro de 1920, seguida pela Constituição da Áustria, de 1.º de outubro de 1920 e da Constituição da Espanha, de 9 de dezembro de 1931¹.

A supremacia da Constituição era então garantida exclusivamente pelo Tribunal Constitucional, que teria a última palavra em matéria de inconstitucionalidade das leis. Trata-se do sistema concentrado de controle de constitucionalidade.

Os sistemas difuso e concentrado de con-

trole de constitucionalidade assumem técnicas jurisdicionais muito diferentes.

O sistema difuso de controle de constitucionalidade é exercido pela via de exceção. No decorrer de um processo judicial, uma das partes pode suscitar a questão de inconstitucionalidade. Esta toma a forma de uma questão preliminar a ser decidida pelo juiz da causa, levando-se em conta a solução do caso concreto. A decisão de inconstitucionalidade determina a não-aplicação da norma ao caso concreto, de forma que só produz efeitos *inter partes*.

No sistema concentrado de controle de constitucionalidade, somente o Tribunal Constitucional está autorizado a conhecer e decidir uma questão de inconstitucionalidade. Assim o Tribunal verifica a conformidade de uma norma à Constituição de forma autônoma, independentemente de toda e qualquer questão individual. A decisão do Tribunal Constitucional assume as características de uma verdadeira declaração de inconstitucionalidade, adquirindo efeitos *erga omnes*.

Prima facie, pode-se pensar em uma total incompatibilidade entre os dois sistemas de controle de constitucionalidade. De fato, nos países que adotam o sistema difuso, toda concentração da questão de inconstitucionalidade é vista com desconfiança. Outrossim, nos países que adotam o sistema concentrado, o aumento do poder dos juizes em verificar a conformidade das leis à Constituição faz ressurgir o mito do "governo dos juizes"².

B. O controle jurisdicional e o controle político

Todavia, os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade guardam uma característica comum, qual seja a de exercerem um controle jurisdicional. Utilizam um procedimento jurisdicional de controle que é sem dúvida adaptado às particularidades de cada sistema. Da mesma forma, os membros do órgão responsável pelo controle estão investidos das prerrogativas inerentes à função de julgar.

É fato que em certos países o controle de constitucionalidade assumiu um caráter eminentemente político. Isto se dá em razão da natureza política do órgão de controle e pela adoção de critérios políticos de seu exercício. O fundamento do controle político está ligado ao prin-

¹ VILLALÓN, Pedro Cruz, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

² EMERÍ, Claude, "Gouvernement des juges ou veto des sages?", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, LGDJ, Paris, 1990, pp. 335-358.

cípio rousseauiano da "lei enquanto expressão da vontade geral". De modo que, na aplicação do princípio da separação dos poderes não se poderia autorizar o Poder Judiciário, ou qualquer outro órgão especial, a discutir a legitimidade e a constitucionalidade das leis aprovadas pelo Poder Legislativo.

O sistema político de controle de constitucionalidade teve sua primeira sistematização no período da Revolução Francesa com a proposta de Siéyès da *jurie constitutionnaire*. Mais tarde este sistema de controle político foi adotado e exercido pelo Senado do Império francês³. No entanto, foi nos países socialistas do Leste Europeu que o controle político teve plena aplicação.

Num primeiro momento se denominou sistema misto de controle de constitucionalidade a conjugação do sistema jurisdicional com o sistema político. O maior exemplo deste sistema misto é sem dúvida o modelo de controle implementado em Portugal com a Constituição de 1976 e que perdurou até a primeira revisão constitucional de 1982.

No sistema misto português da primeira fase da Constituição de 1976, o controle de constitucionalidade era exercido pelo Conselho da Revolução, órgão político-militar, cuja função primordial consistia em manter vivos os ideais da Revolução de 1974⁴. Em determinados casos o Conselho da Revolução era secundado pela Comissão Constitucional, composta por juristas de profissão. Existia, pois, uma duplicidade de órgãos, um de natureza política e outro de natureza jurisdicional. No entanto, prevalecia a vontade do órgão político.

Outro exemplo do sistema misto, enquanto conjugação entre um controle jurisdicional e um controle político, é o modelo brasileiro inaugurado com a Constituição de 1934 e que se manteve nas Constituições seguintes (1946, 1967/69), inclusive na atual Constituição de 1988.

Este sistema misto consiste na possibilidade de se atribuir eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal. O Supremo, no exer-

cício do controle concreto pela via de exceção, declara a inconstitucionalidade de uma lei, que adquire tão-somente efeitos *inter partes*. Compete então ao Senado Federal decidir sobre a extensão dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal, através do ato de suspensão da executoriedade da lei ou decreto, atribuindo assim efeitos gerais à declaração de inconstitucionalidade.

C. *A nova compreensão do sistema misto: a conjugação do sistema difuso com o sistema concentrado*

Busca-se agora oferecer uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição de 1988. Trata-se da conjugação, no âmbito do controle jurisdicional, das técnicas do sistema difuso e do sistema concentrado. Neste sentido, percebemos que o Supremo Tribunal Federal exerce dois tipos de controle: o controle abstrato e o controle concreto.

A admissão pelo direito brasileiro de dois modos de exercício do controle de constitucionalidade pressupõe a aceitação de dois tipos diferentes de inconstitucionalidade: a) a inconstitucionalidade em tese, quando a norma é por si só não conforme à Constituição, independentemente do modo de sua aplicação; e b) a inconstitucionalidade em concreto, quando na aplicação da norma a um caso concreto se observa a sua inconstitucionalidade. No primeiro caso, a norma é considerada inconstitucional devendo ser expurgada do mundo jurídico. Já no segundo caso, somente um determinado modo de aplicação concreta da norma é que pode ser considerado inconstitucional, não havendo, pois, necessidade de se eliminar a norma do mundo jurídico.

O controle abstrato e o controle concreto buscam de fato duas soluções muito diferentes, necessitando cada qual de mecanismos jurisdicionais distintos.

O controle abstrato das normas é típico do sistema concentrado de controle de constitucionalidade. Neste caso, o Tribunal constitucional, ou, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, se limita à discussão sobre a constitucionalidade ou não da norma, sem considerar qualquer outro conflito ou interesse particular. Trata-se da análise da constitucionalidade da lei em tese, independentemente de sua aplicação a um caso concreto.

Dentro desta perspectiva podemos constatar que a inconstitucionalidade de uma lei pode ser detectada em dois momentos bem distintos. O primeiro momento seria antes da entrada em

³ ASHWORTH, Antoinette, "Le contrôle de constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, LGDJ, Paris, 1994 (1), pp. 45-102.

⁴ MENDES, Armindo Ribeiro, "El Consejo de la Revolución y la Comisión constitucional. El control de constitucionalidad de las leyes (1976-1983)", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1988 (60/61), p. 846.

vigor da norma, ou seja, antes da promulgação da lei pelo Chefe de Estado. Este modo de controle denominamos de controle preventivo ou *a priori*, posto que ocorre durante o processo de elaboração da norma.

O segundo momento seria após a entrada em vigor da lei, o qual denominamos controle repressivo ou *a posteriori*.

II. A questão do controle preventivo

Sobretudo em função das experiências do passado, o controle preventivo é seguidamente vinculado ao controle político. Nós já tivemos a oportunidade de afirmar que as duas características essenciais do controle político são: a) órgão de controle de natureza política; e b) método político de discussão e tomada de decisão no interior do órgão de controle. Citamos como exemplo o controle exercido pelo Conselho da Revolução da primeira fase da Constituição portuguesa de 1976; o controle do Senado, na experiência francesa do século XIX; ou ainda, o controle do Soviète Supremo, na experiência dos países socialistas do Leste Europeu.

O controle preventivo pode assim ser exercido de dois modos distintos: a) controle preventivo político; e b) controle preventivo jurisdicional. O controle preventivo político pode ser interno ou externo. Ele será interno quando exercido pelas comissões parlamentares, como por exemplo, no Brasil, o controle exercido pela Comissão de Constituição e Justiça. O controle preventivo político externo é exercido por um órgão político externo ao Parlamento, como ocorre no exemplo português do controle exercido pelo Conselho da Revolução.

O controle preventivo jurisdicional deve ser exercido por um órgão jurisdicional que pode não estar diretamente vinculado ao Poder Judiciário. No caso da criação de um órgão especial para o exercício do controle de constitucionalidade é necessário que este possa gozar de todas as garantias jurídicas e jurisdicionais de independência e imparcialidade inerentes à função de julgar. Trata-se, neste caso, dos Tribunais ou Cortes Constitucionais da Europa, e neste rol incluímos também o Conselho Constitucional francês, cuja única diferença dos seus homólogos europeus é o exercício do controle de constitucionalidade exclusivamente preventivo ou *a priori*⁵.

Nós destacaremos algumas características

⁵ LUCHAIRE, François "Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction?", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, LGDJ, Paris, 1979 (1), pp. 27-52.

do controle preventivo jurisdicional a partir da experiência de dois países europeus que adotam este mecanismo de controle: França e Portugal. Em seguida, poderemos então observar a experiência do controle preventivo no contexto do sistema misto de controle de constitucionalidade adotado no Brasil.

A. A experiência do controle preventivo na França e em Portugal

O primeiro grande problema do controle jurisdicional preventivo é sem dúvida a determinação do momento de sua intervenção. Duas hipóteses são consideradas: a primeira, consistiria em autorizar o controle preventivo jurisdicional no lapso de tempo entre a votação definitiva do projeto de lei pelo Poder Legislativo e a sua promulgação ou sanção pelo Poder Executivo e a segunda solução possível, seria autorizar o controle preventivo no prazo entre a promulgação da lei e a sua efetiva publicação no jornal oficial.

A segunda hipótese foi adotada pelo Tribunal Federal Constitucional alemão⁶. No entanto, esta solução permanece isolada dentro do modelo de controle de constitucionalidade europeu. A solução mais corrente continua sendo a hipótese da intervenção do controle jurisdicional no prazo entre a votação e a promulgação ou sanção do projeto de lei pelo Chefe do Poder Executivo⁷.

O controle preventivo adotado na França e em Portugal opta pela última solução, considerada mais prática e de menor vinculação ao processo de elaboração da norma.

É necessário distinguir desde logo o contexto do controle preventivo nestes dois países. Na França, o sistema de controle de constitucionalidade é exclusivamente preventivo. Isso implica que, após a entrada em vigor da norma, nenhum juiz ou tribunal, nem mesmo o Conselho Constitucional, pode aceitar a discussão sobre a constitucionalidade de uma lei. A adoção do sistema misto de controle de constitucionalidade em Portugal permitiu a aceitação do controle preventivo, que é considerado complementar ao controle repressivo, que, por sua vez, pode ser exercido pela via de ação ou pela via de exceção.

⁶ FAVOREU, Louis. *Les Cours constitutionnelles*, PUF, Paris, 1986, p. 60.

⁷ LOBATO, Anderson Cavalcante. *Le système mixte de controle de constitutionnalité. Le cas du Brésil et du Portugal*. Tese de Doutorado, Universidade de Ciências Sociais de Toulouse, fevereiro de 1994, pp. 51-2.

Nós buscaremos compreender o controle preventivo francês e português através do estudo dos seguintes pontos fundamentais: o direito de iniciativa, o desenvolvimento do processo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade preventiva.

1. O direito de iniciativa no controle preventivo francês e português

Uma das principais características do controle abstrato é a restrição do direito de iniciativa a certas autoridades. Assim é no caso do sistema de controle abstrato preventivo francês e português, cujo direito de iniciativa se encontra, por um lado, restrito às autoridades políticas e, por outro, vinculado a determinados atos legislativos.

No caso das leis ordinárias e dos tratados e acordos internacionais, a Constituição francesa de 1958 concede o direito de iniciativa do controle preventivo ao Presidente da República, ao Primeiro-Ministro e aos Presidentes da Assembléia Nacional e do Senado, e a partir da reforma constitucional de 1974, a 60 Deputados e 60 Senadores⁸. No sistema português, nos termos do artigo 278-1 da Constituição, somente o Presidente da República pode suscitar a verificação da constitucionalidade preventiva da lei, de decreto-lei, tratado ou acordo internacional.

No sistema francês, as leis orgânicas, bem como os regulamentos das assembléias parlamentares, ainda segundo o artigo 61 da Constituição, devem ter obrigatoriamente a sua constitucionalidade verificada pelo Conselho Constitucional.

Em Portugal, no caso das leis orgânicas, além do Presidente da República, nos termos do artigo 278-4 da Constituição, podem ainda suscitar o controle preventivo, o Primeiro-Ministro ou um quinto dos Deputados da Assembléia da República efetivamente em função.

Ainda no sistema português, os Ministros da República das regiões autônomas podem suscitar a verificação da constitucionalidade preventiva de um decreto legislativo regional ou de um decreto regulamentar de lei geral da República "que lhes tenham sido enviados para assinatura"⁹.

2. O processo jurisdicional do controle preventivo francês e português

São duas as preocupações do processo em

controle preventivo: a celeridade e a garantia de um mínimo de debate contraditório sobre a questão de inconstitucionalidade em causa.

2.1. A celeridade do processo

A eficácia do controle preventivo está intimamente ligada à rapidez do processo de decisão do Tribunal Constitucional. Assim, alguns prazos foram estabelecidos para garantir a celeridade no tratamento do processo em controle preventivo.

A Constituição portuguesa, no seu artigo 278-3, estabelece que "a apreciação preventiva da constitucionalidade deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da data da recepção do diploma". No sistema português a autoridade de iniciativa do controle preventivo é a mesma que deve concluir o processo legislativo através da promulgação, assinatura ou ratificação. A única exceção seria a da iniciativa parlamentar no caso do controle preventivo de uma lei orgânica, nos termos do artigo 278-4 da Constituição. Neste caso, a própria Constituição prevê que o Presidente da República não pode promulgar o projeto de lei orgânica antes de decorrido o prazo de oito dias previsto para a iniciativa parlamentar do controle preventivo (art. 278-7, CRP).

É de se notar que no sistema francês, o direito de iniciativa do controle preventivo da constitucionalidade das leis deve ser exercido no prazo máximo de 15 dias previsto para a promulgação do projeto de lei pelo Presidente da República (art. 10, CRP). Porém, existiria a dificuldade da hipótese de uma promulgação imediata do projeto de lei pelo Presidente, impedindo assim o exercício do controle preventivo por outras autoridades legitimadas a exercê-lo.

O artigo 61 da Constituição francesa prevê que o Conselho Constitucional deve pronunciar-se sobre a conformidade do projeto de lei à Constituição no prazo máximo de 20 dias. Este prazo pode ainda ser restringido a 8 dias, quando o governo solicita regime de urgência.

Da mesma forma no sistema português, a Constituição fixa o prazo de 25 dias, dentro do qual o Tribunal Constitucional deve pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade do projeto de lei em exame. Este prazo pode ser encurtado por motivo de urgência, no caso de requerimento do Presidente da República (art. 278-8, CRP).

O curto prazo para o julgamento do controle preventivo da constitucionalidade de um projeto de lei é de fato a única garantia de que o controle jurisdicional preventivo não será utilizado com o intuito de retardar a entrada em vi-

⁸ Artigo 61, no que se refere às leis ordinárias e artigo 54, no que diz respeito aos acordos e tratados internacionais, Constituição da República Francesa de 1958.

⁹ Artigo 278-2, Constituição da República Portuguesa de 1976.

gor de uma lei considerada indesejável por este ou aquele grupo político.

2.2. A garantia de um mínimo de debate contraditório em controle preventivo

Não se pode esquecer que o controle preventivo da constitucionalidade se insere no quadro do controle abstrato das normas que segue uma lógica diferente de outros processos jurisdicionais. De fato, o controle abstrato é um processo objetivo, sem partes, cujo fim é a proteção da Constituição. Foi a partir desta compreensão que Kelsen idealizou o sistema concentrado de controle de constitucionalidade, posto que "o interesse de se ter uma lei conforme à Constituição é, no entanto, um interesse público, que não coincide necessariamente com o interesse privado das partes implicadas no processo"¹⁰.

Assim, não há que se falar no respeito ao princípio do contraditório em controle abstrato preventivo. Não obstante, tanto o sistema francês quanto o sistema português procuram, ou ao menos deixam em aberto, a possibilidade de um mínimo de debate contraditório sobre a questão de inconstitucionalidade em causa.

Desta forma, a Lei de Organização do Conselho Constitucional francês determina a notificação imediata de todas as autoridades legitimadas a suscitar o controle de constitucionalidade, a saber: o Presidente da República, o Primeiro-Ministro e os Presidentes da Assembléia e do Senado, que devem comunicar aos parlamentares¹¹.

Do mesmo modo em Portugal, o Tribunal Constitucional, uma vez recebida a demanda de controle abstrato preventivo, deve notificar o órgão responsável pela norma em questão, para que, querendo, possa se pronunciar sobre o pedido de inconstitucionalidade no prazo de três dias¹².

É necessário esclarecer desde logo que tanto no sistema francês, como no sistema português, ainda que obrigatória a comunicação acima descrita, a falta de manifestação destas autoridades não obsta o andamento normal do processo, posto que o objetivo não é a garantia

¹⁰ KELSSEN, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution. La justice constitutionnelle", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, LGDJ, Paris, 1928, p. 25.

¹¹ Artigo 18 da *Ordonnance* n.º 58-1067, de 7 de novembro de 1958.

¹² Artigo 54, Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, última alteração, Lei Orgânica n.º 85/89, de 7 de setembro (LOFPTC).

do princípio do contraditório, mas sim, a abertura de um mínimo de debate visando obter o máximo de informações sobre a questão de inconstitucionalidade suscitada¹³.

3. Os efeitos da decisão no controle preventivo francês e português

O objetivo do controle preventivo é o de evitar a entrada em vigor de uma lei não conforme à Constituição. Nesta perspectiva, a decisão do Tribunal Constitucional português ou do Conselho Constitucional francês não assume a forma de uma verdadeira declaração de inconstitucionalidade. No sistema francês, a decisão de inconstitucionalidade impede a promulgação do projeto de lei. No sistema português, a decisão obriga a autoridade que suscitou a intervenção do Tribunal a opor o veto constitucional, que difere do veto político por sua motivação, o qual está intimamente ligada à inconstitucionalidade do ato legislativo.

Procuraremos analisar dois pontos essenciais da decisão em controle preventivo francês e português, a saber, a fixação do objeto e sobretudo o âmbito da decisão.

3.1. A fixação do objeto

A primeira atitude do órgão de controle deve ser a fixação do objeto ou da questão sobre a qual existiria uma suspeita de inconstitucionalidade. No sistema francês, o Conselho Constitucional se considera no dever de analisar o projeto de lei como um todo, e não-somente a questão apresentada no requerimento da autoridade de iniciativa. Esta solução é coerente com o fato do sistema francês de controle de constitucionalidade permitir somente um controle preventivo, de forma que esta seria a única oportunidade para que o Conselho Constitucional se pronuncie sobre a conformidade da norma à Constituição.

Já no sistema português, o controle preventivo é complementar ao controle repressivo, que poderá ocorrer pela via de ação ou pela via de exceção. De forma que o Tribunal Constitucional deve se limitar à análise da questão de inconstitucionalidade apresentada pela autoridade de iniciativa (art. 51-5, LOFPTC). A questão pode englobar um ou vários artigos de um projeto de lei. No entanto, o Tribunal já pode se manifestar no sentido de não se considerar vinculado aos argumentos suscitados pelo autor da demanda. O Tribunal pode assim sustentar sua decisão pela inconstitucionalidade da norma em dispositivo diverso daquele apresenta-

¹³ LOBATO, Anderson Cavalcante, ob. cit., p. 160.

do no pedido¹⁴.

3.2. O âmbito da decisão

A amplitude da fixação do objeto no sistema francês permitiu uma classificação doutrinária da decisão. Assim, a decisão de inconstitucionalidade pronunciada pelo Conselho Constitucional francês pode ser total ou parcial. Ela será parcial quando o Conselho afirma a não-conformidade à Constituição somente de alguns dispositivos do ato legislativo em exame, sem que esta inconstitucionalidade venha a afetar o conjunto da norma. A inconstitucionalidade total, por sua vez, pode ser direta, quando o Conselho considera que a totalidade do texto contraria a Constituição, ou ainda, indireta, quando a inconstitucionalidade de apenas uma parte da norma venha a comprometer o seu conjunto, prejudicando a coerência do texto ou sua utilidade¹⁵.

3.2.1. A decisão de não-inconstitucionalidade

Na medida em que o controle preventivo impede a continuidade do processo legislativo, a decisão de não-inconstitucionalidade tem como consequência imediata a retomada do processo interrompido. De modo que, no sistema francês, o Presidente da República teria o prazo para promulgação da lei devolvido, podendo, neste prazo, solicitar ao Parlamento uma nova deliberação do projeto de lei, nos termos do artigo 10 da Constituição francesa de 1958.

Do mesmo modo, no sistema português, o Presidente da República ou o Ministro da República, segundo o caso, podem exercer o direito de veto no prazo de 20 e 15 dias, respectivamente (arts. 139-1 e 235-2, CRP). É importante insistir no fato de que no sistema português a decisão de não-inconstitucionalidade pronunciada em controle preventivo das normas não impede o exercício, *a posteriori*, do controle repressivo, seja pela via de ação, seja pela via de exceção.

3.2.2. A decisão de inconstitucionalidade

O artigo 62 da Constituição francesa afirma que uma disposição de lei declarada inconstitucional não pode ser promulgada e, em se tratando do regulamento das Assembléias, não

¹⁴ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II: "Constituição e Inconstitucionalidade", 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 460.

¹⁵ POUILLAIN, Bernard, *La pratique française de la justice constitutionnelle*, Economica/PUAM, Paris, 1990, p. 63. Artigos 22 e 23 da *Ordonnance* n.º 58-1067, de 7 de novembro de 1958.

pode ser aplicada. E continua ressaltando que "as decisões do Conselho Constitucional não são suscetíveis de nenhum recurso. Elas se impõem aos poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais".

Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no sistema de controle preventivo português são bem mais complexos. Assim, a única consequência prevista no artigo 279 da Constituição de 1976 é a obrigação para o Presidente da República ou para o Ministro da República, dependendo do caso, de opor o seu veto, devolvendo-se o projeto ao órgão que o tiver aprovado.

De forma que, no Direito constitucional português, o veto presidencial pode ser exercido de dois modos distintos. O veto político, que é motivado por argumentos políticos, de oportunidade ou de interesse público; e o veto jurídico ou constitucional, motivado pela não-conformidade do projeto de lei da Constituição.

É de se notar que no Brasil, o artigo 66, § 1.º, da Constituição de 1988 também faz uma clara distinção entre veto político e veto jurídico ou constitucional, sem prever, no entanto, qualquer diferença de tratamento entre um e outro, nem mesmo a possibilidade de intervenção do Supremo Tribunal Federal, guardião da ordem constitucional, nos casos de veto por inconstitucionalidade¹⁶.

Em Portugal, o veto constitucional é obrigatório e ocorre em consequência de uma decisão de inconstitucionalidade pronunciada pelo Tribunal Constitucional. O veto constitucional é suspensivo, posto que a Assembléia poderá confirmar o projeto de lei ou ainda modificá-lo, para eliminar o vício de inconstitucionalidade. Assim, a confirmação do projeto, ou seja, a rejeição do veto constitucional, depende de uma nova deliberação pela maioria qualificada de 2/3 dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados efetivamente em função (art. 279-2, CRP).

Ademais, se o Parlamento rejeita o veto constitucional, nada impede o Presidente ou o Ministro da República de utilizar o seu direito de veto político. Porém, este recurso teria apenas a função de atrasar a entrada em vigor da norma, pois o Parlamento poderia, uma vez mais, rejeitar o veto presidencial pela maioria absoluta de seus membros.

No caso do Parlamento modificar o projeto de lei para eliminar as disposições ofensivas à

¹⁶ LOBATO, Anderson Cavalcante, ob. cit., p. 45.

Constituição, o Presidente ou Ministro da República, segundo o caso, pode solicitar uma nova apreciação do Tribunal Constitucional (art. 279-3, CRP).

B. O controle preventivo e a realidade constitucional brasileira

Partindo de uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade adotado no Brasil com a Constituição de 1988 e tendo percebido a dinâmica do controle abstrato preventivo e jurisdicional a partir da experiência francesa e portuguesa, seria importante neste momento analisar a realidade constitucional brasileira sobre o controle preventivo.

1. *O controle preventivo não-jurisdicional no Brasil*

O controle preventivo da constitucionalidade das leis no Brasil é tradicionalmente não-jurisdicional. Conhecemos em verdade dois tipos de controle preventivo. Primeiro, o controle preventivo interno que seria aquele exercido pelas Comissões parlamentares, especialmente a Comissão de Constituição e Justiça. Sobre a eficácia desse tipo de controle preventivo, particularmente em se tratando da atividade legislativa do Poder Executivo, pode-se constatar que "o Congresso Nacional tem relegado para o segundo plano o exercício do controle jurídico das medidas provisórias editadas pelo Chefe do Executivo". Em consequência, "medidas provisórias flagrantemente inconstitucionais têm sido, tranquilamente, convertidas em lei"¹⁷.

A Constituição brasileira de 1988 prevê ainda um controle preventivo externo, a saber, o direito de veto do Presidente da República. O § 1.º do artigo 66 da Constituição estabelece duas situações autorizando o Presidente da República a exercer seu direito de veto, quais sejam: a inconstitucionalidade ou ainda, quando o projeto de lei contrarie o interesse público. No entanto, já salientamos que nenhuma particularidade no processo de rejeição do veto presidencial foi criada, permanecendo o procedimento único do § 4.º do artigo 66, ou seja, a discussão em sessão conjunta do Congresso Nacional, o prazo de 30 dias, e a exigência do voto pela maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.

O controle preventivo previsto pela Constituição brasileira de 1988 é de fato um controle político, vinculado ao jogo político. Somente

muito precariamente o controle preventivo político consegue impedir a entrada em vigor de uma norma inconstitucional. Não raro o Poder Executivo e o Poder Legislativo fecham os olhos às questões de ordem jurídica para fazer prevalecer a vontade política. No entanto, o sistema de proteção dos direitos fundamentais e o ideal do Estado de direito democrático encontram-se intimamente vinculados ao respeito da ordem jurídica constitucional. Deste modo, é de se notar que a falta de um controle preventivo jurisdicional no Brasil tem provocado o enfraquecimento do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, tendo como consequência o aumento constante dos processos em nossos tribunais.

2. *A solução preconizada pela ação declaratória de constitucionalidade*

A Emenda Constitucional n.º 3, de 1993, que introduziu mais um modo de exercício do controle abstrato repressivo no sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, qual seja a ação declaratória de constitucionalidade, terá tão-somente a função de combater os efeitos de um controle preventivo não-jurisdicional ineficaz. De fato, uma lei flagrantemente inconstitucional, ou melhor, que suscita sérias dúvidas sobre a sua conformidade à Constituição Federal, continua podendo entrar em vigor e produzir efeitos jurídicos não desejáveis. E, segundo orientação do próprio Supremo Tribunal Federal, a ação declaratória de constitucionalidade só seria admitida uma vez demonstrada a "controvérsia judicial que põe em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo sob exame"¹⁸.

De modo que não poderá a nova ação declaratória de constitucionalidade, em sede do controle abstrato repressivo, evitar a edição de lei não conforme à Constituição. O seu objetivo principal é o de evitar o grande número de processos que dificultam o bom andamento da justiça, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a se pronunciar definitivamente sobre a conformidade de uma lei ou ato normativo à Constituição. Ora, o que temos é uma solução mais ágil, pela via do controle abstrato repressivo, ao problema da instabilidade jurídica constitucional criada pelo controle concreto e difuso da constitucionalidade das leis.

¹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, p. 176.

¹⁸ Voto do Min. Moreira Alves, Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 1-1-DF, in *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, Coord. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, Saraiva, São Paulo, 1994, p. 202.

O sistema misto de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, pela conjugação do sistema concentrado e difuso de controle das normas, deve ter o controle concreto como excepcional. Assim, sua função é a de reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma no momento de sua aplicação a um determinado caso concreto. Se uma norma é flagrantemente inconstitucional, ela deve ser expurgada do mundo jurídico através do controle abstrato das normas.

No entanto, o que ocorre no Brasil é que muitas vezes uma lei já nasce com a suspeição de inconstitucionalidade, suscitada durante os debates parlamentares que precedem a sua edição ou ainda, no caso das medidas provisórias, durante o período de discussão para a sua aprovação como Lei. Ora, melhor seria que nesses casos se autorizasse a intervenção do Supremo Tribunal Federal, pela via do controle abstrato preventivo, para assim eliminar a dúvida sobre a constitucionalidade do projeto de lei já aprovado pelo Poder Legislativo ou da medida provisória em discussão no Congresso Nacional.

Outrossim, é de se notar que a decisão de não-inconstitucionalidade pronunciada no processo jurisdicional do controle preventivo, sem obstar ao exercício do controle repressivo, seja pela via de ação, seja pela via de exceção, teria a função primordial de impedir, ou ao menos dificultar, a concessão de medidas liminares — pela falta do *fumus boni iuris* —, posto que a possibilidade de intervenção do Supremo Tribunal Federal fortaleceria sobremaneira a presunção de constitucionalidade das leis.

Bibliografia

- ASHWORTH, Antoinette. "Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire". *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. LGDJ: Paris, 1994(1), pp. 45-102.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Forense: Rio de Janeiro, 1984, 408 p.
- CLEVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1993, 270 p.
- EMERI, Claude. "Gouvernement des juges ou veto des sages?". *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. LGDJ: Paris, 1990, pp. 335-358.
- FAVOREU, Louis. *Les Cours constitutionnelles*. Coll. Que sais-je ?. PUF: Paris, 1986, 128 p.
- KELSEN, Hans. "La garantie juridictionnelle de la Constitution. La Justice Constitutionnelle". *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. LGDJ: Paris, 1928, pp. 197-257.
- LOBATO, Anderson Cavalcante. *Les problèmes de la justice constitutionnelle au Brésil*. DEA (Mestrado) Direito Público, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1989, 80 p.
- LOBATO, Anderson Cavalcante. *Le système mixte de contrôle de constitutionnalité. Le cas du Brésil et du Portugal*. Tese de Doutorado, Université des Sciences Sociales de Toulouse, Toulouse, 1994, 441 p.
- LUCHAIRE, François. "Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction?". *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. LGDJ: Paris, 1979 (1), pp. 27-52.
- LUCHAIRE, François. *Le Conseil constitutionnel*. Economica: Paris, 1980, 435 p.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. "Da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal". *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1993(2), pp. 7-11.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Saraiva: São Paulo, 1994, 235 p.
- MENDES, Armindo Ribeiro. "El Consejo de la Revolución y la Comisión constitucional. El control de constitucionalidad de las leyes (1976-1983)". *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*. Madrid, 1988 (60/61), pp. 841-857.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II: "Constituição e Inconstitucionalidade", 3ª edição. Coimbra Editora: Coimbra, 1991, 546 p.
- PINTO FERREIRA. "A jurisdição constitucional", in *O Judiciário e a Constituição*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Saraiva: São Paulo, 1994, pp. 197-218.
- POULLAIN, Bernard. *La pratique française de la justice constitutionnelle*. Coll. Droit Public positif. Economica/PUAM: Paris, 1990, 309 p.
- SERRA, María Mercedes. *Procesos y Recursos Constitucionales*. Depalma: Buenos Aires, 1992, 631 p.
- SILVA, José Afonso da. "Tribunais constitucionais e jurisdição constitucional". *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 1985 (60/61), pp. 495-524.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. "O Supremo Tribunal Federal. Corte Constitucional (Uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição)". *Revista de Direito Administrativo*. Renovar: Rio de Janeiro, 1993 (192), pp. 1-28.

VILLALÓN, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Col. Estudios Constitucionales. Centro

de Estudios Constitucionales: Madrid, 1987, 474 p.

Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária

ANTONIO CARLOS WOLKMER

Não é possível pensar e estabelecer uma ordem política e jurídica exclusivamente na força material do poder. Por trás de todo e qualquer poder, seja ele político ou jurídico, subsiste uma condição de valores consensualmente aceito e que refletem os interesses, as aspirações e as necessidades de uma determinada comunidade. Esta adequação do poder, frente às práticas históricas da vida cotidiana marcada por processos de dominação social, aceitação e obediência coletiva, bem como a justificação de estruturas normativas, projeta a problematização da temática legitimidade e legalidade. Trata-se de uma questão clássica que, ainda que tenha seu ponto nuclear na filosofia política, avança, com larga implicação no âmbito da Teoria Geral do Direito. Tendo em vista a estreita relação entre Direito e Poder Político, torna-se essencial que a ordem legal, que organiza e justifica o exercício do poder de uma sociedade, venha a ser justa e moralmente compartilhada pelos membros da comunidade. Ora, enquanto os cientistas políticos discutem a legitimidade como representação de uma teoria dominante do poder e sua valorização no que se refere à autoridade, dominação, soberania e obediência, os juristas tendem tradicionalmente a identificar e apresentar como sinônimos as expressões legalidade e legitimidade, ou seja, ambas expressam genericamente uma conduta ou realidade combatível com a existência e a submissão a um corpo sistematizado de leis.

A análise convencional dos juristas de associar legitimidade e legalidade, ou mesmo privilegiar esta sobre aquela, leva-nos a discutir o problema da legitimidade no Direito, o que seja o Direito legítimo e redefinir seu aspecto conceitual, delineando os horizontes de uma teoria

Antonio Carlos Wolkmer é Professor Titular de História das Instituições Jurídicas dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da UFSC. Doutor em Filosofia do Direito e da Política. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ) e sócio efetivo do Instituto dos Advogados do RG. Autor do livro: "Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito" (São Paulo: Alfa-Omega, 1994).

crítica da legitimidade. Para se chegar a esta proposta impõe-se revisar o dualismo *legitimidade/legalidade* nos seus aspectos de conceituação, formação histórica, diferenças, evolução doutrinária e critérios para uma nova fundamentação da legitimidade

Primeiramente, cumpre assinalar que a legalidade reflete fundamentalmente o acatamento a uma estrutura normativa posta, vigente e positiva. Compreende a existência de leis, formal e tecnicamente impostas, que são obedecidas por condutas sociais presentes em determinada situação institucional. Como afirma Angel S. de la Torre, a legalidade projeta-se concretamente "como a esfera normativa contida em expressões ou signos expressivos dos deveres e direitos dos sujeitos da atividade social, subjetivamente como fidelidade dos sujeitos sociais ao cumprimento de suas atividades dentro da ordem estabelecida necessariamente no grupo humano a que pertencem."¹ De outra feita, Paulo Bonavides lembra que a legalidade refere-se ao "procedimento da autoridade em consonância estrita com o Direito estabelecido (...) movendo-se em consonância com os preceitos jurídicos vigentes ou respeitados rigorosamente a hierarquia das normas, que vão dos regulamentos, decretos e leis ordinárias até a lei máxima e superior, que é a Constituição. O poder legal representa por consequência o poder em harmonia com os princípios jurídicos, que servem de esteio à ordem estatal."²

Já a legalidade incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos. Acima de tudo, a concretização da legitimação supõe a transposição da simples detenção do poder e a conformidade com as acepções do justo advogadas pela coletividade. O fato é que, como assevera Eros R. Grau, a legitimidade é comprovada quando ocorrer a adequação "entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado."³ Certa-

mente, há sempre que ter em conta, como ensina J.J. Canotilho que a legitimidade, enquanto conceituação tradicional de um poder ou de uma organização política, pode tanto simbolizar a *legitimidade do título* quanto a *legitimidade intrínseca*. Em sua explicitação, a legitimidade por razões de *título* é quando "as pessoas ou órgãos do poder (soberano, governo, parlamento) dispunham de um, 'justo título', (sucessão, nomeação, eleição) baseado em costumes e princípios comumente aceitos." No que toca à *legitimidade intrínseca* está em questão "a natureza, 'justa', ou, 'injusta', do poder, não só ou nem sequer principalmente a respeito do título, mas quanto aos fins, aspirações ou valores prosseguidos pelos poderes."⁴

Parece claro até aqui que legitimar não deixa de ser uma justificação relacionada ao Direito e ao Estado que tem um forte apelo de teor ideológico e intenta produzir integração. Como decorrência da integração social, que envolve a aceitação ou não de uma legitimidade, projeta-se o chamado processo de legitimação, cuja manifestação aparece não por temor ou obediência, mas porque os atores sociais reconhecem tal condição como boa e justa.

Para Elías Díaz faz-se necessário escolher dentre as múltiplas manifestações que podem assumir a legitimidade, as legitimidades que são mais libertadoras ou mais opressoras, legitimidades, mais deformantes ou menos ideológicas, legitimidades que permitem uma maior ou menor integração, etc.⁵ Certamente, a legitimidade possibilita a coesão de uma organização social, criando, como assinala Elías Díaz, as reais condições de adesão e conformidade. Entretanto, essa "operação pode ser (...) mais ou menos negativa ou positiva, segundo sejam as condições de liberdade, igualdade, bem-estar e pleno desenvolvimento humano em que se realiza tal integração, ou seja, conforme sejam as condições que configuram e caracterizam tal coletividade."⁶

No que se refere à formação histórica, as expressões legitimidade e legalidade foram confundidas e poucas vezes distinguidas tanto no Direito romano quanto na esfera do Direito canônico. Somente no século XVIII, com as discussões políticas pós-revolucionárias, é que

¹ DE LA TORRE, Angel Sanches. "Legalidade", in Benedicto Silva (Coord.), *Dicionário de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: FVG, 1986, p. 673.

² BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.114.

³ GRAU, Eros Roberto. "Direito. Conceitos e Normas Jurídicas". São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1988, p. 38. Vide também: Carl J. Friedrich. *Tradição e Autoridade em Ciência Política*. Rio de Janeiro: Zahar, 1974, pp. 94-103.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim G. *Direito Constitucional*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 115-116.

⁵ Cf. DÍAZ, Elías. *De la Maldad Estatal y la Soberania Popular*. Madrid: Debate, 1984, p. 26.

⁶ Idem. *ibidem*.

ganhou importância e ficou clara a distinção entre legitimidade e legalidade. O impasse entre legitimidade de um governo representado pela monarquia constitucional e os liberais progressistas que, inspirados nos ideais da Revolução Francesa, sustentavam a importância da legalidade de um governo respaldado pelo Código Napoleônico. Uma vez que a legitimidade ficou associada ao poder monárquico, com a crise francesa, abriu-se caminho para o repúdio daquela e o predomínio dos adeptos da legalidade. A partir de então, substituiu-se a legitimidade, ou seja, toda legitimidade veio a repousar na legalidade e não mais, como anteriormente havia sido consagrado pela tradição, a legalidade fundada na legitimidade.⁷

Essa orientação inicial evoluiu, posteriormente, na teoria social contemporânea, para uma aproximação entre legitimidade e legalidade, representada pela chamada legitimidade legal racional. Certamente que este mérito coube a Max Weber que não só soube distinguir uma legitimidade apoiada na racionalidade da lei de outras legitimidades geradas por critérios de religião, tradição, carisma e emoção, como, sobretudo, tendo presente o papel do consenso, estabeleceu a conexão entre as noções de legitimidade e legalidade. De fato, a legalidade "seria uma legitimidade objetivamente garantida, idéia que, quando foi expressa, era original, multidisciplinarmente inovadora e decretava a obsolescência de todas as teorias que confundiam ou identificavam os dois conceitos, mormente a visão do positivismo jurídico (...)"⁸ É preciso reconhecer, como adverte Elías Díaz, que Weber, ainda que sob uma perspectiva liberal, reabilitou e atribuiu um caráter de validade universal à noção de legitimidade, categoria que durante quase todo o século XIX havia sido utilizada num sentido muito particular pela filosofia conservadora.⁹

No que se refere à uma diferenciação simplificada entre as idéias de legalidade e legitimidade é mister assinalar que:

a) Legalidade: compreende uma "qualidade do exercício de poder." Trata-se de uma conceituação exclusivamente jurídica, cuja condi-

ção técnico-formal é essencial para a existência do próprio Direito, revelando-se estruturalmente dogmática, porquanto a autoridade de suas disposições estão em conformidade com um texto legal positivo. A legalidade enquanto possibilidade para um Estado de Direito assenta-se numa suposta neutralidade axiológica e na universalidade de princípios adequados à ordem e à segurança, sendo alimentado, em grande parte, pelo ideário liberal-burguês. Assim, a legalidade é o exercício de certa ação em sintonia com certos limites das leis preestabelecidas.¹⁰

b) Legitimidade: entende-se como uma "qualidade do título de poder." Implica numa noção substantiva e ético-política, cuja existencialidade move-se no espaço de crenças, convicções e princípios valorativos. Sua força não repousa nas normas e nos integrantes majoritários de uma dada organização social. Enquanto conceituação material, legitimidade conduz uma situação, atitude, decisão ou comportamento inerente ou não ao poder, cuja especificidade é marcada, pelo equilíbrio entre a ação dos indivíduos e os valores sociais, ou seja, a prática da obediência transformada em adesão é assegurada por um consenso valorativo livremente manifestado sem que se faça obrigatório o uso da força. Na tradição política ocidental, dependendo do tipo de Poder Estatal, sempre houve a necessidade de uma legitimidade, que estivesse sujeita a critérios de consensualidade, jamais funcionando na absoluta liberdade, pois, em grande parte, foi e tem sido um fenômeno forçado, deformado e manipulado.¹¹

Com isto, pode-se afirmar que a concepção legitimidade, como escreve Lúcio Lévi, expressa "uma situação de um valor de convivência social. A situação a que o termo se refere é a aceitação do Estado por um segmento relevante da população; o valor é o consenso livremente manifestado por uma comunidade de homens autônomos e conscientes. O sentido da palavra legitimidade não é estático, e sim dinâmico; é uma unidade aberta, cuja concretização é considerada possível num futuro indefinido (...). Em cada manifestação histórica da legitimidade vislumbra-se a promessa, até ago-

⁷ Cf. SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*. Madrid: Aguilar, 1971, p. XXIV-XXV; BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pp. 116-117; GRAU, Eros R. Op. cit., p. 39.

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de F. *Legitimidade e Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 4.

⁹ Cf. DÍAZ, Elías. Op. cit., pp. 51-52.

¹⁰ Cf. GRAU, Eros R. Op. cit., pp. 42-45; BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 123; BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Edición de Afonso R. Miguel. Valencia: Fernando Tores, 1980, pp. 308-309.

¹¹ Cf. LÉVI, Lúcio. "Legitimidade", in Norberto Bobbio et al. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, p. 678.

ra sempre incompleta na sua manifestação, de uma sociedade justa, onde o consenso, que dela é a essência, possa se manifestar livremente sem interferência do poder ou da manipulação e sem mistificações ideológicas.¹²

No avanço histórico-evolutivo da categoria legitimidade, não se pode deixar de revisar alguns estudos teóricos importantes associados a cientistas sociais e juristas. Se certos autores realçaram a identificação entre legalidade e legitimidade, muitos privilegiaram ora uma, ora outra acepção.

O primeiro significativo tratamento da legitimidade, que acabou tornando-se um marco de referência na Filosofia política contemporânea, foi aquele efetivado por Max Weber. Os critérios e as categorias weberianas tornaram-se o ponto de partida para um discussão sistemática do tipo de legitimidade das sociedades democráticas ocidentais. De fato, Weber, ao tratar da questão do poder, identificou como elemento essencial da dominação a noção de legitimidade. A dominação não se apoiaria tão-somente na força, na violência e na coação, mas sobretudo, no consenso acerca da crença nos valores que embasam as imposições e as determinações advindas dos governantes. Weber montou uma tipologia de legitimidade que acabou se tornando clássica: a legitimidade racional, a tradicional e a carismática. A legitimidade tradicional é aquela que descansa nas crenças cotidianas e na santidade das tradições representada pelo comando daquelas pessoas que exercem a autoridade. A legitimidade carismática apoia-se nas qualidades pessoais, na mistificação, no heroísmo e na exemplaridade de um indivíduo (príncipe, guerreiro, santo ou chefe político), bem como nas ordenações ou instituições por ele criadas ou reveladas. A legitimidade racional repousa na crença da "validez de um estatuto legal e na competência objetiva, disposição de obediência no cumprimento de deveres conforme (...)" as prescrições impessoais e objetivos ditados por autoridade legalmente instituída.¹³

Ainda que não se possa afirmar peremptoriamente que Weber tenha assumido uma postura positivista de submeter a legitimidade à legalidade, mas contribuições e ênfases sobre a legalidade racional-legal abriram caminho para inúmeras interpretações que vieram identificar e confundir legitimidade com legalidade. princi-

palmente por parte dos publicistas ou juristas em geral.

No rol de uma perspectiva jurisdicista importa situar a postura rigorosamente formalista de Hans Kelsen que, além de ter dado uma ínfima consideração ao tema de legitimidade, restringiu-a à mera consequência da ordem jurídica posta. Assim, a legitimidade "está intimamente ligada ao princípio da eficácia. Para ele, a validade da nova ordem jurídica (...) está em sua eficácia, ou seja, em termos estritamente jurídicos, a norma jurídica, para ser válida, deve produzir efeitos. (...) a eficácia de uma ordem jurídica é apenas uma das condições de sua validade, e não o seu fundamento (...). O fundamento último de validade de um ordem jurídica, (...) segundo Kelsen, reside na 'norma fundamental' pressuposta."¹⁴

Já Carl Schmitt procurou conceber a legitimidade como manifestação da vontade de uma comunidade política soberana. Assim, ao priorizar a comunidade como fonte da existencialidade do Estado e do Direito, Schmitt reforça a idéia do primado do político sobre o jurídico, situando a justificação do poder pelo critério da "vontade" ou da "decisão política". Naturalmente, o decisionismo do publicista alemão acentua que o político antecede e prevalece sobre o jurídico, ficando claro que a legitimidade resulta diretamente de uma decisão política concreta, soberana e reconhecida, seguindo-se que sua natureza não depende de uma base jurídica maior. Igualmente é a decisão política fixada pela comunidade política que se revelará como pressuposto determinante da legitimidade de de uma estrutura legal vigente.¹⁵

Por fim, distanciando-se de Kelsen e Schmitt, Hermann Heller merece ser lembrado por sua proposta dialética que integralizou os aspectos político e jurídico. Em seu ecletismo histórico-sociológico, Heller procurou não só distinguir legitimidade de legalidade sem subordinar a primeira à segunda, como ainda apregoou a necessária fundamentação da legitimidade de legalidade sem subordinar a primeira à segunda, como ainda apregoou a necessária fundamentação da legitimidade conforme certos princípios inerentes à ética e à justiça. A problematização da legitimidade em Heller passa a ser considerada sob dois níveis: o da existenciali-

¹⁴ CASTRO FARIAS, José F. de. *Crítica à Noção Tradicional de Poder Constituinte*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988. p.82-3.

¹⁵ Cf. CASTRO FARIAS, José F. de. Op. cit., p. 87.

¹² Idem, *ibidem*.

¹³ WEBER, Max. *Economia Y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p.707-16, 1057.

dade e o da normatividade. Isso quer dizer que para que exista a legitimidade do poder não é suficiente, para Heller, "que se verifique a consonância com os fatores reais que influenciam a estrutura de poder; é preciso haver um sistema de valores que justifiquem o poder."¹⁶

Além da breve revisão de algumas das mais expressivas interpretações, há de se consignar certos critérios que se pode assinalar como essenciais para a fundamentação da legitimidade. Tratando de desenvolver uma legitimidade distinta da legalidade e apoiada na valoração histórico-cultural, Eros R. Grau entende que a legitimidade é o elemento básico para estabelecer um Direito legítimo. Escreve ainda Eros R. Grau que determinados critérios como "paternidade" (o poder da família), "eficácia" (realismo social) e "procedimento" (obtenção de decisões satisfatórias) têm sido utilizados tradicionalmente como base da legitimidade mas sem contudo, presentemente, darem uma resposta plenamente satisfatória.¹⁷ Neste sentido, a legitimidade (principalmente quando referida ao Direito) encontra seu substrato numa autoridade decorrente de padrões e princípios histórico-culturais "que tenham sido adotados pelo todo ou pelo grupo social destinatário do Direito positivado."¹⁸

Mais recentemente, examinado os pressupostos de validade da constituição numa sociedade democrática e pluriclassista, José Joaquim G. Canotilho reconhece duas modalidades de fundamentação da legitimidade: a) fundamentação por *competência e procedimentos* e b) fundamentação por *consenso*.

A legitimidade por *competência e procedimentos* é aquela que se impõe não por critérios de valores, de verdades e de justiça, mas por ser originada de um "sistema regular e funcionalmente ordenado (...)", bastando "o procedimento ser regular (legal) para o resultado ser justo (...). A legitimidade derivada, hoje, da 'sistematicidade', tal como outrora derivava da legalidade. As conseqüências seriam, tendencialmente, as mesmas: a aceitação de decisões (...) 'em conformidade com o sistema', procurar-se-ia na capacidade funcional do mesmo sistema."¹⁹ De outro modo, a legitimidade por consenso está associada à idéia de autonomia e de

democracia, bem como se assenta "na justiça do contrato social". Seja como for, o pacto dos cidadãos "é a única possibilidade de se superar a subjetividade individual e chegar a uma consensualidade informada pelos princípios de justiça." Ora, como assinala J.J.G. Canotilho, do processo de autodeterminação ética do sujeito alcança-se a autodeterminação da política democrática.²⁰

De outra parte, aqui também, deve ser incluídas as constatações de Elías Díaz que parte de uma preocupação de que a validade e a eficácia (processos de legitimação) de um ordenado jurídico dependem de um determinado sistema de interesses e valores diretamente imbricado com a relação participação-adesão dos cidadãos. Portanto, é inevitável para a efetiva legitimidade do Direito que este seja criado através da prévia participação dos cidadãos (geral, livre e democrática) e que a legislação seja produto das reais necessidades comuns e orientada para o interesse geral.²¹ Assim sendo, para a edificação da legitimidade (consecução de fins justos e legítimos) que sustentará uma legalidade do Estado democrático socialista é, segundo Elías Díaz, imprescindível admitir alguns critérios de fundamentação, tais como: a) a necessidade de se adotar o critério das maiorias; b) o total respeito à liberdade crítica individual e das minorias; c) a efetiva conexão entre liberdade e igualdade; d) a realização da liberdade, da segurança e da igualdade nos postulados ético-políticos dos direitos humanos mediante um verdadeiro controle coletivo do mercado e da propriedade dos meios de produção; e) finalmente, o estabelecimento de um socialismo democrático não dogmático e sujeito à constante revisão crítica.²²

Concebidos tais critérios de fundamentação como ponto de partida, cabe avançar na formulação crítica de uma nova legitimidade capaz de superar as limitações e as incongruências da tradição jurídico-formalista que reduz e confunde sempre a legitimidade com o princípio da legalidade. Trata-se de romper com a lógica dominante de que o processo de legitimação do poder estatal se identifica necessariamente com o processo de legalização do exercício do poder.²³ É

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim G. Op. cit., p.117.

²¹ DÍAZ, Elías. *Sociología y Filosofía del Derecho*. 2 ed. Madrid: Taurus, 1980. p. 25.

²² Cf. DÍAZ, Elías. *Legalidad-Legitimidad en el Socialismo Democrático*. Madrid: Civitas, 1979.

²³ Cf. PARRAGUEZ, Manuel Jacques. "Legati-

¹⁶ CASTRO FARIAS, José F. de. Op. cit., p.83-4.

¹⁷ Cf. GRAU, Eros R. Op. cit., pp.49-50.

¹⁸ GRAU, Eros R. Op. cit., p.51.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim G. Op. cit., p.117.

uma nova legitimidade enquanto expressão da vontade e do justo reconhecimento da comunidade, que determina e fundamenta em definitivo os horizontes de uma nova legalidade institucionalizada.

Enfim, a construção crítica de uma legitimidade democrática²⁴ que venha fundamentar o Poder político e o Direito justo tem seu ponto de referência deslocado da antiga lógica de legitimação, calcada na legalidade tecno-formal para uma legitimidade “instituinte”, formada no justo consenso da comunidade e num

sistema de valores aceitos e compartilhados por todos. Não se trata mais de identificar e reduzir o conceito de legitimidade ao aspecto simplesmente jurídico, ou seja, a estrita vinculação com a validade e a eficácia enquanto produção de efeitos normativos. Numa cultura jurídica pluralista, democrática e participativa, a legitimidade não se funda na legalidade positiva, mas resulta da consensualidade das práticas sociais instituintes e das necessidades reconhecidas como “reais”, “justas” e “éticas”.²⁵

lismo y Derechos Humanos. Un desafío para el uso alternativo del Derecho”. In: Oscar Correas (Ed.). *Sociologia Jurídica en America Latina*. Oñati: IISL, 1991, pp. 227-9.

²⁴ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova Cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1993, cap. V.

²⁵ Idem, *ibidem*.

Fac-símile (fax) – utilização para a prática de atos processuais

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

SALOMÃO ALMEIDA BARBOSA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Etimologia. 2.1. Fac-símile ou fax? 2.2. Definições. 2.3. Regulamentações. 3. Os atos processuais via fax. 3.1. Utilidade no moderno Judiciário. 3.2. Situações relevantes. 4. A posição majoritária no Supremo Tribunal Federal: necessidade de ratificação em tempo oportuno. A apresentação dos originais. 5. Conclusão.

1. Introdução

A utilização do fac-símile na transmissão e recepção de textos, gráficos, desenhos, fotografias e outros impressos indubitavelmente propagou-se no Brasil. Com inúmeras vantagens sobre o telégrafo e o telex, o fax populariza-se no cenário brasileiro, o que é bastante salutar. Os documentos são "...transmitidos em sua forma original, sem precisar de manuseio ou gravação anterior (...) Acoplado ao telefone, o Fax (como também é chamado) pode ser operado por qualquer pessoa, sem que isso exija maiores conhecimentos."¹ Ademais, a surpreendente velocidade na transmissão é outro fator preponderante. "Formulários impressos com letra normal transmitem-se em dois minutos. A velocidade opcional de três minutos é para aqueles pouco legíveis."²

No Poder Judiciário brasileiro a difusão do fax também é inegável, chegando em boa hora, inclusive. Tornou-se freqüente a prática de atos processuais "via fax". Decisões são proferidas sobre a matéria, criando-se, inclusive, jurisprudência na Suprema Corte.

¹ ALMEIDA, Tucka, Fac-símile: cópia à longa distância. *Informática & Administração*, v.1 n.º 1 pp.19-22 ago.1993.

² *Ibidem*, p.19.

2. Etimologia

O vocábulo "fac" origina-se do latim *fac* e *facito*, imperativo do verbo *facere*, no sentido de fazer, produzir, obter, não se confundindo, pois, com a palavra latina *fax*, que significa tocha, facho, archote. "Símile" provém do latim *simile*, vale dizer, semelhança, parelência.³

2.1. *Fac-símile* ou *fax*?

Por que, então, o uso do vocábulo "fax"? Ora, porque assim ficou conhecido nos meios internacionais, popularizando-se, inclusive. Em face de inúmeras línguas, não podemos negar a conveniência semântica da utilização da palavra "fax". Os aparelhos são conhecidos apenas por "fax". A língua inglesa adotou a expressão sem restrições. Até no francês já é dito *faxer*. Adotemos, aqui, pois, simplesmente a palavra fax.

2.2. Definições

Nos meios técnicos, entretanto, a necessária rigidez das definições, insere o fax no contexto do fac-símile, assim definido: "sistema de comunicação em que são transmitidas imagens para serem reproduzidas na recepção"⁴, ou ainda, "proceso de cualquier tipo de material gráfico fijo, de modo que la imagen se traduce en señales eléctricas, las cuales pueden ser utilizadas localmente o a distancia para reproducir la imagen original."⁵

2.3. Regulamentações

Os equipamentos de fax são definidos e normalizados pelo Comitê Consultivo Internacional de Telefonia e Telegrafia (CCITT). Estudos, também, são realizados pela União Internacional de Telecomunicações (UIT), bem como pela União Postal Universal (UPU).

No Brasil, a forma de telefonia empregada nos serviços de telecomunicações, no qual o fax está inserido, encontra-se regulamentada no Anexo ao Decreto n.º 97.057, de 10 de novembro de 1988 (Regulamento Geral da Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962, que institui o Código Brasileiro de Telecomunicações). No que toca especificamente ao fax, temos as Portarias n.ºs

³ SARAIVA, Francisco Rodrigues dos Santos. *Novíssimo dicionário latino português*. 10.ª ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1993, pp. 468-470.

⁴ COOKE, Nelson Magor; MARKUS, John. *Dicionário de rádio, televisão e eletrônica [Electronics dictionary]* Tradução de Carlos Auto de Andrade e José Gurjão Neto. Porto Alegre: Globo, 1966, p.175.

⁵ MATAIX, Mariano. *Diccionario de electrónica y energía nuclear inglés-español*. Barcelona: Danae, 1969, p. 229.

151, de 21 de agosto de 1981, e 125, de 22 de julho de 1983, do Ministro das Comunicações.⁶

No âmbito do Poder Judiciário brasileiro, a 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal já decidiu que "a disciplina normativa da utilização do 'fax', quando destinado a veicular a prática de atos processuais, constitui matéria sujeita ao princípio constitucional da reserva absoluta de lei."⁷

3. Os atos processuais via fax

Assim como ocorreu com o telex, a utilização do fax para a prática de atos processuais tornou-se comum. Inúmeras vantagens surgem. A recepção quase que instantânea e a possibilidade de envio de qualquer aparelho transmissor, situado em qualquer ponto do país, ou mesmo do exterior, utilizando-se, para tanto, de um simples telefonema, são fatores destacáveis. Neste ponto, coaduna-se o fax com o inarredável princípio da celeridade constante no nosso direito processual civil. Não podemos olvidar, entretanto, algumas desvantagens que, em princípio, não teriam o condão de ofuscar a utilização do fax como meio de transmissão de atos processuais. O esmaecimento da cor contida no documento transmitido via fax, com o passar do tempo, é inegável. Por isso, a recomendação dos utilitários no sentido da reprodução imediata do documento recebido. Ademais, a dependência dos aparelhos de fax, para o envio e recepção dos documentos é outro ponto negativo. Entretanto, multiplicam-se, em nosso país, os possuidores de fax, mormente nos escritórios de advocacia, onde aquele é hoje um aparelho imprescindível. O mesmo ocorre, a passos menores, nos órgãos do Poder Judiciário. Finalmente, a verificação, a tempo e modo, da autenticidade do ato processual praticado via fax é outro fator relevante, o que tem exigido do Poder Judiciário pronunciamentos sobre a matéria.

3.1. Utilidade no moderno Judiciário

No dizer do Ministro Carlos Mário Velloso, do Supremo Tribunal Federal, "fortalecer o Poder Judiciário e dar-lhe condição de funcionalidade são metas que devem ser perseguidas pelo povo que quer ser livre ..."⁸ No que tange

⁶ DO., Seção I, de 26.8.81 e 28.7.83, respectivamente.

⁷ Agravo de Instrumento n.º 143.783 (AgRg) – AM, Relator Ministro Celso de Mello, RTJ, pp. 143/329.

⁸ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 27.

ao fax, o Ministro da Corte Suprema acentuou:

“Penso que o Judiciário deve ajustar-se aos novos tempos, adotando essas máquinas modernas de comunicação que tornarão a atividade das partes e dos advogados mais fácil e menos trabalhosa.”⁹

Assim, sobreleva-se a indispensável modernização do Judiciário, que deve buscar nas inovações tecnológicas soluções para seus problemas. A diversidade dos atos processuais conjugada com a necessária celeridade da prestação jurisdicional encontra na inovação tecnológica do fax um instrumento relevantíssimo. Nem sempre o advogado pode estar presente diante do protocolo de um órgão jurisdicional, com o fito de apresentar seu recurso ou petição. Tampouco a premência da prática do ato processual concede-lhe tempo para substabelecer a outros causídicos que possam estar presentes nos locais estabelecidos em nossas leis processuais. Outrossim, para os magistrados, a celeridade na comunicação das decisões – pressuposto inafastável de eficácia dessas – encontra no fax um instrumento de extrema utilidade.

3.2. Situações relevantes

A utilização do fax, para a prática de atos processuais, cria situações de relevante interesse, as quais o ordenamento jurídico, por razões óbvias, ainda não as previu.

É sabido que o fax é utilizado principalmente na interposição de recursos cujos prazos – preempatórios e preclusivos – estão na iminência de seus termos finais. Daí a urgência da transmissão e, principalmente, da necessária aposição da data e hora, o que, conforme os aparelhos de fax, é automaticamente registrado no envio e recepção do documento. Entretanto, estes dados são facilmente alteráveis, ou, às vezes, inexistentes nas transmissões, o que dificultaria, sobremaneira, uma possível justificação da tempestividade do ato processual. Urge, pois, que os órgãos do Judiciário efetuem um controle eficaz na recepção dos documentos, certificando a seção protocolar competente, de imediato, a data e hora do recebimento. Tornar-se-ia necessário, se possível, a existência de um aparelho de fax no protocolo geral do órgão judiciário, sendo apenas aquele aceito na transmissão de peças ou petições, o que elidiria a utilização dos aparelhos contidos nos gabinetes ou secretarias. Isto seria salutar, pois sempre haveria a intermediação da seção proto-

lar, com a respectiva certidão possuidora de fé pública.

Outra situação relevante que pode ocorrer é aquela da transmissão, via fax, de determinado ato processual diretamente ao aparelho receptor situado, por exemplo, na residência do magistrado. Jamais negariamos a inarredável fé pública que possui o juiz, no que toca à afirmação do momento de recepção do documento. Todavia, a situação é delicada, mormente se o envio da peça ocorrer após o horário normal de funcionamento do foro. Parece-nos, em princípio, um caso esdrúxulo, porém, possível de ocorrer, principalmente quando é sabido que o magistrado possui um aparelho de fax. Aqui, dificilmente seria aceitável a instrumentalização do ato processual, via fax, recebido diretamente na residência do magistrado. Ora, no caso, inexistiria o necessário e imediato registro protocolar. Além disso, por ser o fax, também, um aparelho doméstico, de uso privado, sua utilização por terceiros, demandaria, ao menos, expressa autorização de seu proprietário. Assim, a apresentação tempestiva dos originais, ou em prazo fixado por lei, ou pelo juiz, seria uma solução. Contudo, a intermediação do protocolo seria imprescindível. Isto não impediria, entretanto, em situações de urgência, tendo o protocolo do órgão jurisdicional recebido determinada peça processual, poderia aquele transmiti-la, via fax, à residência do magistrado.

Registre-se, finalmente, que o Tribunal Superior Eleitoral recentemente entendeu pela admissão de “(...) petições e recursos via fax, desde que o remetente faça chegar o original, ao Juízo ou Tribunal em até cinco dias após a expedição.”¹⁰

4. *A posição majoritária no Supremo Tribunal Federal: necessidade de ratificação em tempo oportuno. A apresentação dos originais*

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, entendeu pela impossibilidade de interposição de recurso por meio de fax, em face da ausência de autenticidade exigida pela norma processual (CPC, art. 374)¹¹. Em um segundo momento, a Suprema Corte firmou entendimento no sentido de que é válida a utilização do fax, para a prática de atos processu-

¹⁰ Processo n.º 12.348 – Classe 10.ª – DF, Relator Ministro Torquato Jardim, DJ de 15.7.94.

¹¹ Mandado de Segurança n.º 21.230 (AgRg) – DF, Relator Ministro Paulo Brossard, DJ de 24.10.91.

⁹ Voto (Preliminar) no Mandado de Injunção n.º 372 (AgRg) – SP, RTJ, pp. 139/48.

ais, desde que, tratando-se de prazos preclusivos e peremptórios sejam aqueles ratificados em tempo oportuno, vale dizer, dentro do prazo recursal¹². A exigência da superveniente ratificação teve por objetivo atender a dupla finalidade:

“(a) assegurar a autenticidade do ato processual praticado e (b) garantir, em face da precariedade ou instabilidade da reprodução fac-similar – que tende a esmaecer e a desaparecer – a integridade da manifestação processual realizada.”¹³

No que toca à necessária ratificação em tempo oportuno esta ocorre mediante a apresentação dos originais no prazo recursal. Vejamos:

“O recurso pode ser interposto, no Supremo Tribunal Federal, mediante ‘fax’, mas a petição original deve ser apresentada à Secretaria do Tribunal, no prazo legal, sob pena de ser considerado intempestivo.”¹⁴

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera válida a utilização do sistema fac-simile para a prática de atos processuais, mas condiciona a sua aceitação à ratificação em tempo oportuno, para garantir a integridade da manifestação recursal.”¹⁵

Entretanto, registre-se que a necessidade de ratificação, mediante a apresentação tempestiva dos originais não é pacífica na Corte Suprema. Vejamos, pois, importantes decisões da lavra dos eminentes Ministros Marco Aurélio e Carlos Mário Velloso:

“RECURSO – VIA ‘FAX’ – VALIDADE – O simples fato de o original do recurso haver sido protocolado após o prazo referente à interposição não o prejudica, no que utilizado o moderno meio de transmissão que é o ‘fax’. Implica relegá-lo à inutilidade o empréstimo de valia condicionada à entrada do original, no protocolo, dentro do prazo pertinente ao recurso.”¹⁶

¹² Mandado de Injunção n.º 372 (AgRg) – SP, Relator Ministro Celso de Mello, RTJ, pp. 139/48.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Agravo de Instrumento n.º 153.872 (AgRg) – SP, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 3.12.93.

¹⁵ Recurso Extraordinário n.º 140.184 – RS, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 29.4.94.

¹⁶ Agravo de Instrumento n.º 152.115 (AgRg) – RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 20.8.93.

“RECURSO – TRANSMISSÃO VIA FAX – JUNTADA DO ORIGINAL. A juntada do original do recurso transmitido via ‘fac-simile’ há de se fazer em tempo hábil, ou seja, tendo como limite a data de aposição do visto pelo relator.”¹⁷

“... o Supremo Tribunal Federal, num rol de casos, decidiu que é válido o uso de reprodução fac-similar, em sede recursal, desde que, em tempo oportuno, seja ratificado o ato processual, mediante, por exemplo, a apresentação do original. O meu entendimento a respeito do tema é mais liberal: num primeiro momento, entendi desnecessária a ratificação; depois, admiti a necessidade da ratificação, num prazo maior, entretanto, do que o do recurso. Restei vencido.

Devo ajustar-me, pois, com a ressalva do meu ponto de vista pessoal, ao decidido pelo Tribunal, o que ocorreu nos seguintes casos: MS n.º 21.230 (AgRg), Ag 140.347 (AgRg), Ag 142.522 (AgRg), MI 372 (AgRg), ERE 116.694 (AgRg).”¹⁸

5. Conclusão

A inovação tecnológica do fax repercutiu, no Brasil, de forma surpreendente. A velocidade da transmissão dos documentos aliada à facilidade de utilização são os fatores preponderantes. Até pouco tempo não poderíamos imaginar a possibilidade de, com um simples telefonema, transmitirmos, quaisquer documentos, para quaisquer lugares, simplesmente mediante a intermediação do aparelho que hoje conhecemos por “fax”.

Deste cenário o Poder Judiciário brasileiro não pode se afastar, ao contrário, dele deve tomar de empréstimo os avanços tecnológicos, aperfeiçoando-os às suas reais necessidades e vicissitudes. Assim, a Suprema Corte, no que concerne à utilização do fax para a prática de atos processuais, criou jurisprudência. A exigência de ratificação do recurso, no prazo deste, como é sabido, cria entraves. Talvez, a intermediação de um órgão público, na retransmissão do documento, seria uma solução. Neste caso, utilizando-se do fax, o usuário enviaria o documento ao órgão público e este, de imedia-

¹⁷ Agravo de Instrumento n.º 152.110 (AgRg) – RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 4.2.94.

¹⁸ Agravo de Instrumento n.º 159.300 – SP, Relator Ministro Carlos Mário Velloso, DJ de 29.3.94.

to, certificando o momento da recepção, retransmitiria, também via fax, a peça recursal ao órgão jurisdicional, exarando, inclusive, certidão de recebimento ao usuário. Por segurança, somente seria admitido o envio de documentos com firma reconhecida dos subscritores. Aquêle procedimento ocorre, hoje, de forma semelhante, nos telegramas fonados.

É inegável, pois, que a utilização do fax, em sede judicial, deve ser expandida, facilitando a atividade das partes, dos advogados e dos juízes, dado que a busca incansável de uma Justiça célere requer um Judiciário moderno, bem aparelhado e suscetível aos avanços tecnológicos.

O processo cautelar no Direito Internacional Privado

(Convenção Interamericana sobre cumprimento de Medidas Cautelares - Montevideu - 1979)

NEGI CALIXTO

SUMÁRIO

1. O processo cautelar. 2. Convenção Interamericana. 3. Medidas cautelares da Convenção de Montevideu. 4. A finalidade da Convenção de Montevideu. 5. A lei aplicável. 6. O procedimento. Pedido. Embargos. 7. O procedimento. Execução e cumprimento. 8. Medidas cautelares de urgência ou conservatórias. 9. Custódia de menores. 10. Estados do Mercosul ou limitrofes.

1. O processo cautelar

Comentando o processo cautelar, o jurista Pontes de Miranda disse que é aquele que se satisfaz “a pretensão à segurança da pretensão”¹, insistido por Tullio Liebman, para quem a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do proficuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição².

A sua existência é proclamada como necessária e eficaz e, como ressalta em obra extremamente didática Humberto Theodoro Júnior, “se os órgãos jurisdicionais não contassem com um meio pronto e eficaz para assegurar a permanência ou a conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estágio último da prestação jurisdicional, esta correria o risco de cair no vazio, ou de transformar-se em providência inócua”³.

O processo cautelar reina, no direito positivo moderno, como jurisdição do *tertium genus*,

¹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC*, ed. 1949, v. IV, p.11

² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale de Diritto Processuale Civile*, 1968, v. I, n.º 36, p. 91.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*, 15.ª Ed., 1994, p. 41.

trazendo para si as medidas cautelares, que o direito brasileiro conhecia como medidas preventivas, contendo “a um tempo as funções de conhecimento e de execução com “a prevenção” como elemento específico”, na explicação de Alfredo Buzaid⁴.

O excelente processualista Ovidio A. Baptista da Silva conceitua o processo cautelar como “forma especial de proteção estatal de mera segurança, equivalente a uma forma de tutela preventiva e não-satisfativa da pressuposta e provável situação de direito material ou processual a que se presta auxílio jurisdicional”, e para quem o direito positivo brasileiro fez inserir três classes bem distintas de “medidas cautelares”: as formas (satisfativas) sumárias de medida provisória; as simples medidas provisionais, tomadas no curso do processo principal; e as verdadeiras ações cautelares⁵.

Servindo a um processo principal ou esgotando-se como ação cautelar, a medida cautelar evita um dano jurídico, prevenindo-se da instabilidade de situações que envolvem o interesse em litígio.

A sustentação da medida cautelar escorase em requisitos já fincados na doutrina moderna como: o dano potencial e a plausibilidade do direito substancial.

Theodoro Júnior, seguindo a orientação prática de Ramiro Podetti, classificou as medidas cautelares em: 1.º grupo - Poder Geral de Cautela - Medidas Inominadas, e 2.º grupo - Medidas Específicas - Nominadas, subdivididas em: a) Medidas sobre Bens; b) Medidas sobre Provas; c) Medidas sobre Pessoas e d) Medidas Conservativas e outras não Cautelares, e apenas submetidas ao procedimento cautelar (ob.cit.).

Procura, portanto, o processo cautelar, pelo seu instrumento de medida cautelar, assegurar o equilíbrio das partes, evitando qualquer alteração durante o processo, na clássica lição de Carnelutti⁶.

2. Convenção Interamericana

Os Governos dos Estados-Membros da OEA, Organização dos Estados Americanos, desejosos de concluir uma convenção sobre

⁴ BUZAIID, Alfredo. *Exposição de Motivos ao CPC*, 1972.

⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A. *Comentários ao Código de Processo Civil - Do Processo Cautelar*, 2.ª ed. 1986, Letras Jurídicas Editoras, pp. 4 e 18.

⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Direito e Processo*, ed. 1958, n.º 234, p. 356.

cumprimento de medidas cautelares, reunidos em Montevidéu, em 1979, convieram firmar um documento expressando a imposição de processo cautelar no interesse dos Estados envolvidos⁷.

Não há notícia que o Brasil tenha aderido e, conseqüentemente, ratificada esta Convenção.

A Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, adotada em 23 de maio de 1969 pela Conferência das Nações Unidas, tentou conceituar a palavra *tratado* distinguindo da *convenção*, sendo a primeira expressão *tratado*, abrangente de qualquer tipo de acordo internacional firmado entre Estados, e a segunda *convenção*, tratados multilaterais abertos (tratados-*leis* ou tratados com normas gerais) adotados em conferências realizadas no âmbito dos organismos internacionais de direito público.

Hoje, a Constituição brasileira de 1988, ao tratar da competência exclusiva do Congresso Nacional na resolução desses atos, aponta “tratados, acordos ou atos internacionais” (art. 49, I), e na competência privativa do Presidente da República, quanto à celebração, disse em “tratados, convenções e atos internacionais” (art. 84, VIII), o que não deixa dúvida de que os tratados e as convenções, estas resultantes de acordo ou atos, persistem na sua dicotomia.

No entanto, em notável obra *Direito dos Tratados*, o Ministro Francisco Rezek alerta “que o uso constante a que se entregou o legislador brasileiro – a começar pelo constituinte –, da fórmula “tratados e convenções”, “induz o leitor desavisado à idéia de que os dois termos se prestem a designar coisas diversas”, entretanto, “a implícita insinuação de que os dois termos se apliquem a figuras substancialmente diversas é algo que já não faz sentido há pelo menos cem anos”, e a idéia errônea que vincula o “tratado” ao cenário político, e a “convenção” aos assuntos de feitio precipuamente técnico, é facilmente afastada, desde que uma visão global dos acordos interamericanos é bastante para desprestigiar tal idéia. Nesta comunidade regional já se celebraram “tratados” sobre temas tão pouco politizados quanto patentes de invenção industrial e proteção de móveis de valor histórico, enquanto que se firmavam “convenções” em área tão pouco técnica quanto ao asilo político - territorial ou diplomático -, a da manutenção e garantia da paz, e a da administração provisória de colônias e pos-

⁷ DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. *Vade-mecum de Direito Internacional Privado*, ed. Renovar, Rio, 1994, p. 632.

sessões européias na América”⁸.

Concluímos, então, que a Convenção Interamericana ora em apreciação também pode ser chamada de “tratado”, sem que fira qualquer conceito ou natureza jurídica do termo, pelo uso flexível que se constatou no histórico das reuniões dos Estados-Membros, das expressões “tratados e convenções”.

3. Medidas cautelares da Convenção de Montevideu

Para os fins da Convenção são consideradas equivalentes as expressões “medidas cautelares”, ou “medidas de segurança”, ou “medidas de garantia”, desde que empregadas para indicar todo procedimento (processo cautelar) ou meio que tenda a garantir as conclusões ou efeitos de um processo atual ou futuro (processo de conhecimento ou de execução) quanto à segurança das pessoas, dos bens ou das obrigações de dar, fazer, ou não fazer, uma coisa específica, em processo de natureza civil, comercial, trabalhista e, em processos penais, quanto à reparação civil.

Resaltou a Convenção que qualquer Estado-Membro participante poderá declarar que se limitam a uma ou algumas das medidas cautelares previstas.

4. A finalidade da Convenção de Montevideu

As decisões proferidas por juizes ou tribunais dos Estados-Membros da OEA, participantes da Convenção, desde que originárias de órgão judiciário competente, serão cumpridas pelas autoridades judiciárias dos Estados-Partes aonde a cautelar deverá ser executada, e terão, por objeto:

a) o cumprimento de medidas necessárias para garantir a segurança das pessoas, tais como custódia de filhos menores ou alimentos provisionais;

b) o cumprimento de medidas necessárias para garantir a segurança dos bens, tais como arrestos e seqüestros preventivos de bens imóveis e móveis, registros de causa e administração de empresas ou intervenção nelas.

No Brasil, além de ter sido, a decisão, proferida por juiz ou tribunal competente, exigem-se outros requisitos, como os delineados nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil (aquisição de eficácia), combinados com os artigos 215 e seguintes do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

⁸ REZEK, Francisco. *Direito dos Tratados*, Forense, 1984, n.ºs 73 e 74.

5. A lei aplicável

A procedência da medida cautelar será declarada em conformidade com as leis e pelos juizes do lugar do processo. Sua execução, porém, bem como os pedidos contrários a ela ou a garantia, serão resolvidos pelos juizes do lugar onde se solicitar seu cumprimento, em conformidade com as leis deste último lugar.

A garantia que o solicitante deve prestar, bem como a que a pessoa afetada se prontifica a prestar no lugar onde a medida se efetivar, reger-se-ão pela lei do lugar do cumprimento da medida.

6. O Procedimento. Pedido. Embargos

A modificação da medida cautelar, bem como as sanções por petições maliciosas ou temerárias, reger-se-ão pela lei do lugar do cumprimento da medida.

Quando se houver decretado arresto ou qualquer outra medida cautelar em matéria de bens, a pessoa prejudicada por essa medida poderá opor perante o juiz ao qual se tenha expedido a carta rogatória, os embargos pertinentes, com o único objetivo de que sejam remetidos ao juiz de origem, quando lhe for devolvida a carta rogatória. Informado o juiz requerente da oposição dos embargos, suspenderá ele a tramitação do processo principal por prazo não superior a sessenta dias, a fim de que a pessoa prejudicada faça valer seus direitos.

Os embargos serão processados pelo juiz do processo principal, em conformidade com suas leis. O embargante que comparecer, vencido o prazo indicado, receberá a causa no estado em que se encontrar.

Se os embargos forem excludentes de domínio ou de direitos reais sobre o bem arrestado, ou se basearem na posse ou domínio do bem seqüestrado, serão devolvidos pelos juizes de acordo com as leis do país da situação do referido bem.

7. O procedimento. Execução e cumprimento

O cumprimento de medidas cautelares pelo órgão jurisdicional requerido não implicará o compromisso de reconhecer e cumprir a sentença estrangeira que for proferida no mesmo processo.

O cumprimento das medidas cautelares de que trata esta Convenção será levado a efeito mediante cartas rogatórias que poderão ser transmitidas ao órgão requerido pelas próprias partes interessadas por via judicial, por intermédio de funcionários consulares ou agentes diplomáticos ou pela autoridade central do Es-

tado requerente ou requerido conforme o caso.

Cada Estado-Parte informará à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos sobre qual é a autoridade central competente para receber e distribuir cartas rogatórias.

As cartas rogatórias serão cumpridas nos Estados-Partes desde que reúnam os seguintes requisitos:

a) a que a carta rogatória se encontre legalizada. Presumir-se-á que carta rogatória se acha devidamente legalizada no Estado requerente quando o houver sido por um funcionário consular ou agente diplomático competente;

b) que a carta rogatória e a documentação anexa se encontrem devidamente traduzidas para o idioma oficial do Estado requerido, podendo as autoridades exigir que sejam traduzidas conforme as suas próprias leis.

As cartas rogatórias deverão ser acompanhadas dos documentos que serão entregues à autoridade central ou órgão jurisdicional requerido e que serão os seguintes:

a) cópia autenticada da petição inicial ou da petição da medida cautelar, bem como da documentação anexa e das providências que a houverem decretado;

b) informação sobre as normas processuais que estabeleçam algum procedimento especial que o órgão jurisdicional requerente solicite que seja observado pelo órgão jurisdicional requerido; e

c) se cabível, informação sobre a existência e domicílio do defensor de ofício ou de sociedades de assistência judiciária competentes no Estado requerente.

Na tramitação e cumprimento de cartas rogatórias referentes as medidas cautelares, as custas e demais despesas correrão por conta dos interessados.

Será facultativo ao Estado requerido da tramitação à carta rogatória que careça de indicação quanto à parte que deva atender às despesas e custas quando ocorrerem, salvo se se tratar de alimentos provisionais, caso em que o tribunal requerido o diligenciará de ofício. O juiz ou tribunal requerente deverá precisar o conteúdo e alcance da medida respectiva. Nas cartas rogatórias ou por ocasião da sua tramitação, poderá ser indicada a identidade do procurador do interessado para os fins legais. O benefício de justiça gratuita concedido no Estado requerente será mantido no Estado requerido.

Se o órgão jurisdicional requerido se declarar incompetente para proceder à tramitação da carta rogatória, transmitirá de ofício os docu-

mentos e antecedentes do caso à autoridade judiciária competente do seu Estado.

O Estado requerido poderá denegar o cumprimento de uma carta rogatória referente a medidas cautelares, quando estas forem manifestamente contrárias à sua ordem pública (art. 17 da Lei de Introdução do Código Civil brasileiro).

Somente no caso em que a pessoa afetada justifique a absoluta improcedência da medida, ou quando a petição fundamentar na redução da garantia constituída, o juiz do Estado do cumprimento poderá levantar a referida medida de acordo com sua própria lei.

8. Medidas cautelares de urgência ou conservatórias

O órgão jurisdicional a quem se solicitar o cumprimento de uma sentença estrangeira poderá, sem mais tramitação e mediante pedido de parte, tomar as medidas cautelares necessárias, de acordo com o disposto na sua própria lei.

As autoridades jurisdicionais dos Estados-Partes nesta Convenção ordenarão e executarão, mediante pedido fundamentado de parte, todas as medidas conservatórias ou de urgência, que tenham caráter territorial e cuja finalidade seja assegurar o resultado de um litígio pendente ou eventual. Isso se aplicará qualquer que seja a jurisdição internacionalmente competente de algum dos Estados-Partes para conhecer do fundo da questão e desde que o bem ou direito objeto da referida medida se encontre no território sujeito à jurisdição da autoridade a quem se solicitar a medida. Se o processo estiver pendente, o tribunal que houver decretado a medida deverá comunicá-la imediatamente ao juiz ou tribunal que conhecer do processo principal.

Se o processo não tiver sido iniciado a autoridade jurisdicional que houver ordenado a medida fixará um prazo dentro do qual o peticionário deverá fazer valer os seus direitos em juízo, atendo-se ao que, finalmente, sobre eles resolver o juiz internacionalmente competente de qualquer dos Estados-Partes.

Sem prejuízo dos direitos de terceiros, as autoridades consulares de um Estado-Parte poderão receber os bens pessoais de um nacional desse Estado quando, em virtude de falecimento, tiverem tais bens sido postos à disposição de pessoas de sua família ou de seus herdeiros presuntivos e não existirem tais pessoas ou herdeiros, salvo o previsto a tal respeito nas convenções internacionais. O mesmo procedimento será aplicado também quando a pessoa estiver impossibilitada de administrar seus bens

em consequência de processo penal.

9. Custódia de menores

Quando a medida cautelar se referir a custódia de menores, o juiz ou tribunal do Estado requerido poderá limitar, com alcance estritamente territorial, os efeitos da medida à espera do que resolver em caráter definitivo o juiz do processo principal.

10. Estados do Mercosul ou limitrofes

Os Estados-Partes que pertençam a sistemas de integração econômica ou que sejam li-

mitrofes poderão acordar diretamente entre si procedimentos e trâmites especiais mais expeditos do que os previstos nesta Convenção. Tais acordos poderão ser estendidos a terceiros Estados na forma que as partes resolverem.

A Convenção, ainda, aceita qualquer disposição de outras convenções sobre medidas cautelares que tenham sido assinadas ou que venham a ser assinadas no futuro em caráter bilateral ou multilateral pelos Estados-Partes.

A recente evolução do mercado francês

JEAN THIBAUD

No ano passado, o recém-eleito Parlamento conservador francês modernizou as leis societárias e bancárias, indicando uma nova atitude pró-empresarial na França.

Pela lei de 31 de dezembro de 1993, introduziu-se um certo número de mudanças que afetaram o Banco de França e os mercados financeiros e de crédito. Foram tomadas medidas para adequar a lei francesa ao sistema de compensação de produtos derivados, tais como *swaps* e *options* já regulamentados pelas leis do Reino Unido e dos Estados Unidos.

No seu nível mais simples, o sistema prevê a compensação de transações, uma em relação à outra. Quando funciona efetivamente, a compensação é aceita pelas partes envolvidas numa transação e é planejada para diminuir riscos de insolvência; ela permite que os pré-requisitos para operações de capital sejam substancialmente reduzidos, na medida em que são também restritos os riscos de crédito e liquidez dos participantes.

A Inglaterra aceitou recentemente o sistema de compensação como princípio básico do direito da insolvência e os Estados Unidos também adotaram uma lei que permite a compensação, podendo, desta forma, conformar suas regras de adequação capital/riscos (capital adequacy rules) às recomendações do Comitê de Basilea do "Bank of International Settlements" (BIS).

A França agora seguiu esse rumo. A lei de 31 de dezembro de 1993 dispõe que, em caso de falência de uma parte francesa, o direito francês reconhece plenamente, e dá efeito para a liquidação às estipulações de compensação previstas nas normas aplicáveis aos mercados oficiais ou em modelos contratuais publicados pela

Jean Thibaud é advogado em Paris.

"International Swaps and Derivatives Association" ou pela Associação Bancária Francesa (AFB) para transações "over-the-counter" (operações de balcão).

As conseqüências práticas desta nova lei são, primeiro, que à parte francesa numa transação de produtos derivados não será cobrada uma taxa suplementar pelo risco da outra parte; e, segundo, os bancos poderão exibir sua posição líquida numa relação com uma parte francesa, diminuindo desta forma seus custos de capital.

As mudanças trazidas pela lei de 31 de dezembro também esclarecem a lei sobre contratos de recompra, instrumentos de venda de valores mobiliários com promessa de recompra a curto prazo. Até que a lei fosse aprovada, havia dúvidas, na comunidade jurídica, quanto à executoriedade perante uma corte francesa de uma "pension livrée" (contrato de recompra).

Isso porque as bases jurídicas deste instrumento eram fracas: a primeira era um acordo (accord de place) aprovado pelo Banco de França de acordo com a "Association of Banking Treasurers" e a segunda, com intuito puramente fiscal, uma simples carta do Ministério da Fazenda encaminhada à AFB.

A contribuição inestimável da nova lei consiste em oferecer um quadro legal seguro para tais transações e definir um grande número de instrumentos que podem ser objeto de contrato de recompra (repos) e as instituições que são autorizadas a concluir essas transações: bancos, corretoras de valores mobiliários, agentes financeiros, fundos cooperativos, fundos comuns, instituições financeiras, investidores institucionais, companhias de seguros, entidades sem fins lucrativos e entidades fiduciárias.

A lei também regulamentou o tratamento tributário e contábil do "repos", criando as condições necessárias para o desenvolvimento internacional do mercado de "repos" em Paris, como já existe em Londres e em Nova York.

A lei de 31 de dezembro de 1993 aboliu, por outro lado, as taxas de selo sobre as transações relativas a valores mobiliários concluídas por um residente que não seja francês (para fins tributários) na Bolsa de Paris. Essa medida, espera-se, irá suprimir uns dos maiores incentivos para os grandes portadores franceses de valores de vender pacotes de ações na Bolsa de Valores de Londres via Sistema eletrônico automático de quotação (Seaq ou "electronic automatic quotation system").

Essa medida, em sinergia com o sucesso do atual programa de privatizações, irá, segundo as previsões, aumentar o volume e a liquidez do mercado da Bolsa de Valores de Paris.

No aspecto do direito societário, as mudanças têm o intuito principal de fornecer uma lei sobre as sociedades que seja mais flexível e mais moderna, e restabelecer alguns dos direitos dos bancos e de outros credores privilegiados, em caso de falência de uma empresa francesa.

A lei de 3 de janeiro de 1994 criou uma nova forma de sociedade por ações chamada "sociedade por ações simplificada" (ou SAS na sigla francesa), que permite uma maior flexibilidade, entre outros aspectos, no processo de tomada de decisões, na administração e na exclusão de acionistas em relação ao que era outrora permitido pelo direito societário.

A diferença essencial é que os acionistas podem organizar a sociedade como bem entenderem, salvo em alguns casos limitados. Esse tipo de sociedade é particularmente bem adaptável para "joint-ventures" nacionais ou transnacionais constituídas entre empresas de médio e grande porte.

Pela primeira vez na história do direito societário francês, a lei de 31 de dezembro de 1993 permitiu expressamente que se exerça pressão sobre os acionistas minoritários numa sociedade anônima de capital aberto.

O tema foi acaloradamente discutido no Parlamento francês, pois as medidas impostas à minoria são sujeitas ao respeito de condições estritas. Primeiro, a maioria dos acionistas não pode deter menos que 95% do capital e das ações com direito a voto da sociedade.

Segundo, a desconsideração da posição da minoria pode ocorrer unicamente após uma oferta de compra das ações ou um pedido de cessação destas na forma imposta pela CBV, órgão regulador da Bolsa de Valores francesa.

Finalmente, a minoria dos acionistas deveria receber uma justa compensação, ou seja "uma combinação adequada para cada caso do valor dos bens da sociedade, do seu lucro, da capitalização de mercado de suas ações, da existência de subsidiárias e das perspectivas financeiras para as atividades futuras".

A Câmara francesa dos deputados adotou, igualmente, em 10 de janeiro deste ano, um projeto de lei sobre falência que irá emendar a lei de 1985 sobre o assunto. Se for aprovado o projeto pelo Senado, modificaria substancialmente

os direitos dos bancos e dos credores preferenciais da sociedade sob administração judiciária ou em falência.

A lei de 1985 favorecia os empregados e tinha como intuito principal o de manter a empresa em vida para salvar empregos impedindo os bancos e outros credores privilegiados de conseguir a execução de seus créditos e a venda, para tanto, dos bens da empresa.

As principais conseqüências do projeto de lei para os bancos e outros credores privilegiados seriam:

- a melhor posição desses em relação a credores que teriam concedido novos créditos depois da declaração de falência ou concordata (redressement judiciaire);
- o fisco e o sistema de seguro social não terão nenhum privilégio em relação aos outros credores;

- em caso de falência, os credores privilegiados poderiam obter a execução de seus títulos de crédito pela venda dos bens da empresa.

Por razões políticas e históricas, o movimento francês de desregulamentação teve lugar mais tarde e não foi tão brutal quanto em outros países ocidentais, tais como nos Estados Unidos ou no Reino Unido.

Ainda que essas mudanças não pareçam tão espetaculares na perspectiva desses países, elas demonstram, na França, um afastamento claro do "ancien régime". Demonstram também uma vontade política nítida de integrar determinadamente a França na economia mundial e de oferecer aos participantes do mercado francês os mesmos tipos de instrumentos jurídicos disponíveis nos países industrializados.

Exigência de concurso público para provimento de vagas nos serviços notariais e de registro: um enfoque constitucional

MANOEL ADAM LACAYO VALENTE

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A "ratio legis" da matéria normativa. 3. Conclusão.

1. Introdução

Estabelece a Constituição Federal de 1988 quanto aos serviços notariais e de registro, o seguinte:

“Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público.

§ 1.º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2.º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3.º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

À primeira vista, afigura-se que o legislador constituinte teria idealizado dispositivos contraditórios entre suas partes normativas. O *caput* do art. 236 dispõe que “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público”. Por sua feita, o § 3.º do mesmo artigo prescreve que o “ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia

Manoel Adam Lacayo Valente é bacharel em Direito e em Comunicação Social e Assessor Legislativo da Câmara dos Deputados.

fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses”.

Assim, é de se indagar sobre a natureza dos serviços notariais e de registro. Seriam estes encargos de caráter estritamente privado ou, pelo contrário, representariam, em sua essência serviços públicos em sentido estrito.

2. A “ratio legis” da matéria normativa

“A razão da lei permite-nos determinar as razões sociais determinantes da norma interpretada, seus elementos históricos circunstanciais, a relação existente entre a norma e a vida social, enfim” (Marcus Cláudio Acquaviva, *Dicionário Jurídico Brasileiro*, São Paulo, Jurídica Brasileira, 1993, página 489).

A Constituição Federal de 1967, com a alteração introduzida pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, já havia tratado da matéria referente aos serviços notariais e de registro em seus artigos 207 e 208:

“Art. 207. As serventias extrajudiciais, respeitada a ressalva prevista no artigo anterior, serão providas na forma da legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, observado o critério da nomeação segundo a ordem de classificação obtida em concurso público de provas e títulos.

Art. 208. Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983.”

José Celso de Mello Filho, em sua obra *Constituição Federal Anotada*, editora Saraiva, São Paulo, 1986, página 557, comentou a redação do art. 207 transcrito, da seguinte forma:

“As serventias do foro judicial e do foro extrajudicial são órgãos administrativos, instituídos pelo Estado, que, dotados de poder certificante, exercem como auxiliares do Judiciário, função caracteristicamente pública. *Os titulares das serventias - os serventuários - são agentes públicos.* O STF assim se pronunciou sobre o tema: “...Os ofícios de justiça e de notas são órgãos da fé pública instituídos pelo Estado. Quer no foro judicial, seja no chamado foro extrajudicial, desempenham função eminentemente pública. Os seus titulares situam-se como

servidores públicos” (RTJ 68:283). Às serventias do foro judicial, também denominadas Ofícios de Justiça, competem os serviços auxiliares das Varas. Às serventias do foro extrajudicial, também denominadas Cartórios, compete a execução dos serviços correspondentes: a) ao Registro Civil das Pessoas Naturais; b) ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas; c) ao Registro de Títulos e Documentos; d) ao Registro de Imóveis; e e) aos Tabelionatos de Notas, que exercem funções notariais”.

Sobre o mesmo tema, assim se pronunciou o constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“Isto, como é evidente, não agradou aos titulares de serventias do foro extrajudicial, cujos cartórios são tão rendosos que equivalem – querem alguns – às baronias que outorgavam os monarcas feudais aos seus mais fiéis servidores. E o *simile* não é absurdo porque, neste Brasil, tempo houve em que os bons serviços políticos eram retribuídos com cartórios ...

Impede, todavia, a Constituição que as serventias sejam providas por critério outro que o do concurso de provas e títulos. Veda, pois, a antiga prática, acima aludida, de premiar com cartórios os amigos políticos” (*Comentários à Constituição Brasileira*, Editora Saraiva, São Paulo, 1993, página 740).

Dessa forma, pode-se inferir que, desde a Constituição Federal de 1967, o fundamento do preceito constitucional, que formula a exigência do concurso público de provas e títulos para ingresso na atividade notarial e de registro, se inspira no princípio administrativo da moralidade pública.

Por sua vez, o legislador constituinte de 1988 preservou a *ratio legis* que orientou as disposições constitucionais de 1967 e 1969 sobre a atividade notarial e de registro.

Com a palavra o constituinte Gasthone Righi:

“Sr. Presidente, Srs. Constituintes, desde que esta Comissão, acompanhando o substitutivo do Relator, confere aos cartórios notariais e registrais a privatização, é preciso também que se lhes dê um tratamento de seriedade quanto à ocupação de titularidade, à promoção e à carreira que neles se desenvolvem. Tem-

se por hábito que os titulares, serventuários ou oficiais dos cartórios, ao se licenciarem, nomeiem como substitutos seus filhos, noras ou parentes. E depois, a situação se perpetua a dano da carreira dos serventuários de cartório, impedindo que haja concurso e acesso a essas serventias. A situação não pode perdurar. Minha emenda visa a dar término a essa situação, de tal sorte que nenhuma serventia poderá ficar vaga, com substituto por mais de seis meses. Até o final desse período terá que ser aberto concurso para preenchimento efetivo e definitivo do titular da serventia.

Minha emenda, portanto, estabelece que nenhum dos cartórios terá o cargo de titular vago por mais de seis meses sem o competente, necessário e idôneo preenchimento através de concurso. Esta é a emenda que espero ver acolhida por esta Comissão" (*Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, janeiro de 1988, 27, C, pp. 1788 e 1789).

Em 27 de novembro de 1990, em julgamento do Conflito da Competência n.º 1398 – DF, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua 1.ª Seção, assim se manifestou sobre o tema dos serviços notariais e de registro:

“Ementa: conflito de competência. Constitucional, Serviços notariais e de registro. Caráter privado, por delegação. Ingresso. Provimento das serventias vagas. Concurso Público. Princípio da recepção. Aplicação da legislação dos Estados. Ausência de interesse da União nas causas ajuizadas. Competência da Justiça Estadual.

Segundo disposição expressa da Constituição Federal os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público.

Dependem da lei o exercício das ati-

vidades, a disciplina da responsabilidade civil e criminal dos serventuários, a fiscalização dos seus atos pelo Poder Judiciário e a fixação dos emolumentos.

O ingresso na atividade é procedido de concurso público e as serventias não podem permanecer vagas por período superior a seis meses.

Pelo princípio da recepção, as leis anteriores à nova ordem constitucional que não conflitam com o direito vigente são recepcionadas, estabelecendo a convivência entre o direito anterior e o atual.

Até que nova lei disponha de forma diferente, regulamentando a matéria, o provimento das serventias será feito mediante concurso público de provas e títulos, realizado nos moldes da legislação estadual, sempre respeitados, evidentemente, os princípios consubstanciados na Lei Maior.”

Verifica-se assim, com clareza, a sintonia do entendimento doutrinário e judicial sobre a natureza das atividades notariais e de registro e também no tocante à exigência do requisito do concurso público de provas e títulos para ingresso nestes serviços.

3. Conclusão

Os serviços notariais e de registros constituem serviços públicos, exercidos em caráter privado, por delegação do poder público. O ingresso na atividade depende de habilitação em concurso público de provas e títulos. Essas disposições, longe de serem conflitantes, harmonizam-se entre si e com os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A Constituição não contempla dispositivos vazios de sentido jurídico ou antagônicos em seus enunciados. As dimensões histórica, sociológica e teleológicas contribuem para o entendimento sistemático do Texto Constitucional, revelando o significado e o alcance de suas prescrições*.

* O art. 236 da Constituição Federal foi regulamentado pela Lei n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994.

Pesquisas eleitorais: impacto e regulamentação

RICARDO RODRIGUES

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Limitações metodológicas. 3. A questão da influência. 4. Regulamentação das pesquisas eleitorais em países selecionados. 4.1. Estados Unidos. 4.2. Inglaterra. 4.3. Portugal. 4.4. Bélgica. 4.5. França. 4.6. Alemanha. 4.7. Espanha. 5. Experiência brasileira na regulamentação de pesquisas eleitorais. 6. Conclusões.

1. Introdução

O processo eleitoral brasileiro pós-regime militar tem-se caracterizado pelo largo uso de avançadas técnicas de execução e acompanhamento de campanhas. Entre essas técnicas, o emprego de pesquisas prévias eleitorais tem sido uma constante, tanto por parte de candidatos, sobretudo os majoritários, como por parte dos meios de comunicação de massa do país. Os candidatos encontram nesses recursos as ferramentas essenciais ao gerenciamento de suas respectivas campanhas, monitorando as preferências do eleitorado no transcorrer das mesmas campanhas.

Por sua vez, os meios de comunicação de massa, sejam eles impressos ou eletrônicos, utilizam-se das pesquisas de opinião para oferecer aos seus públicos as estimativas mais apuradas do andamento dos pleitos, consolidando e ampliando, dessa forma, a audiência de suas respectivas coberturas jornalísticas das eleições.

No mundo democrático, contudo, o uso de pesquisas de opinião pública para averiguar intenção de voto não é um fenômeno recente. Nos Estados Unidos, por exemplo, os registros de emprego de pesquisas de opinião para obter informação prévia de eleições presidenciais datam de 1824. Naquele ano, os jornais *Harris-*

Ricardo Rodrigues é Assessor Legislativo da Câmara dos Deputados. Jornalista graduado pela California State University Northridge, é mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco e foi professor no Departamento de Comunicação da Universidade Católica de Pernambuco.

burg *Pennsylvanian* e *Raleigh Star*, dos Estados da Pennsylvania e de North Carolina, respectivamente, realizaram sondagens de opinião, perguntando a seus leitores como votariam nas eleições presidenciais. Naturalmente, este método nada tinha de científico, e o resultado foi que as previsões ficaram muito aquém da constatação das urnas¹.

A pesquisa de opinião pública utilizando métodos de amostragem fundamentados na teoria matemática da probabilidade só começou a ser realizada nos anos trinta, tendo sido introduzida, a princípio, pela indústria de radiodifusão e pelo *marketing* comercial nos Estados Unidos. Logo em seguida, candidatos e governantes deram-se conta do grande potencial que essas sondagens representavam no sentido de prever com boa margem de acerto as intenções de voto do eleitorado ou suas reações à propostas governamentais.

Já a partir dos anos quarenta, as pesquisas de opinião passaram a ter uso corrente na política nos Estados Unidos. Para Michael Margolis, "o advento da pesquisa de opinião pública cientificamente realizada deu à forma de governo democrático uma nova dimensão. A partir de amostragens e perguntas apropriadas, tornou-se possível, pela primeira vez na história, discernir a opinião do povo sobre virtualmente qualquer questão pública, dentro de um período de tempo relativamente curto, a um custo eminentemente baixo"². Atualmente, raro é o governante ou candidato a cargo eletivo nas principais democracias que dispense a pesquisa de opinião pública como ferramenta básica de sua atuação política, seja à frente da administração pública ou de uma campanha eleitoral.

Os veículos de comunicação de massa também descobriram nas pesquisas eleitorais um filão a ser explorado em época de eleição. Os índices de intenção de votos do eleitorado passou a ocupar as principais manchetes das emissoras de televisão e jornais, sobretudo por gerarem dividendos substanciais, na forma de melhores índices de audiência. Em alguns casos, a importância que o veículo de comunica-

ção dá às pesquisas é tanta que, não satisfeitos em depender de terceiros para adquirir tal informação, seus dirigentes decidem-se pela criação de seus próprios institutos. O *Datafolha*, ligado ao jornal *Folha de São Paulo*, é o melhor exemplo brasileiro desse fenômeno.

Não resta dúvida de que a inserção das pesquisas de opinião no jogo político alterou de forma substancial o embate eleitoral. A pronta disponibilidade dessas sondagens para os candidatos e a imediata divulgação dos índices de intenção de voto através dos meios de comunicação passaram a ditar o próprio ritmo das campanhas. Mas, será que tais modificações foram benéficas para o eleitorado e para o sistema democrático? Até que ponto as pesquisas não influenciam o comportamento do eleitor, distorcendo, desta forma, a dita soberania das urnas? Não seriam os resultados das pesquisas manipuláveis, ficando elas, portanto, à mercê do poder econômico?

Desde a retomada do processo democrático, as eleições brasileiras sempre registram acusações de manipulação das pesquisas eleitorais. Um estudo recente da *Toledo & Associados* realizada no Estado de São Paulo concluiu, inclusive, que a maioria dos eleitores desconfiam da veracidade das pesquisas eleitorais. Segundo o estudo, 52,8% dos eleitores paulistas não acreditam nas pesquisas de opinião pública e 64,4% acreditam que os resultados das pesquisas são manipulados³.

O presente trabalho tem por finalidade precisamente aprofundar estas questões, analisando, a partir da literatura especializada, a influência das pesquisas sobre o comportamento do eleitorado e seu impacto sobre a política eleitoral. O trabalho focalizará, ainda, a experiência internacional na regulamentação das pesquisas eleitorais e analisará as tentativas brasileiras voltadas para normatizar o universo das pesquisas e prévias eleitorais no país. O objetivo principal é oferecer subsídios para uma ação parlamentar com vistas ao aperfeiçoamento das regras eleitorais no país.

2. Limitações metodológicas

Basicamente, a pesquisa prévia eleitoral é um levantamento de opiniões por meio de entrevistas e de um processamento estatístico que permite a descrição das preferências do eleito-

¹ MARTIN, L. John. "Survey Research and Opinion Polls". In: *National Science Foundation*. Only One Science, 12th Board Report of the National Science Board (Washington, D.C.: National Science Foundation, 1981), pp. 83-86.

² MARGOLIS, Michael. "Public Opinion, Polling, and Political Behavior", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 472, March 1984, p. 63.

³ "Maioria Acha que Pesquisas são Manipuladas". *Correio Braziliense*, 20 de setembro de 1994, p. 8

rado num dado momento de uma campanha política. Esse tipo de pesquisa baseia-se numa metodologia clássica, consolidada e amplamente usada, que se sustenta em duas teorias: a da amostragem e a da estimação estatística. Segundo Marcos Figueiredo, “a primeira foi inventada para dar conta das dificuldades de realizar repetidos censos em curto espaço de tempo, e logo foi adotada pela sociologia”. A teoria da amostragem dita regras e métodos de seleção daqueles que respondem aos questionários e que comporão a amostra. “Está na aplicação adequada dessas regras e métodos a possibilidade do uso da teoria científica da estimação estatística, cuja finalidade última é tornar as amostras tão representativas da população estudada quanto possível”⁴.

No caso específico das pesquisas eleitorais, Figueiredo afirma que “a seleção da amostra da população (de uma região) a ser estudada tem por objetivo selecionar um número *n* de indivíduos que representem as opiniões do conjunto de seus habitantes”. Pela teoria da amostragem; entrevistando-se o conjunto *n* de indivíduos, conhece-se como se distribui a opinião de todos os moradores daquela região⁵.

Embora reconhecida cientificamente, esta metodologia está longe de ser infalível. De fato, a literatura especializada está repleta de exemplos de pesquisas eleitorais que prenunciaram situações divergentes da realidade posteriormente constatada. O exemplo mais dramático refere-se à eleição presidencial dos Estados Unidos em 1948. Naquele ano, os três maiores institutos de pesquisa previram a vitória, amplamente divulgada, de Thomas Dewey. Ao final da apuração, entretanto, Harry Truman havia sido o eleito.

No Brasil, as eleições municipais de 1985 surpreenderam a muitos em São Paulo, Fortaleza e Goiânia, locais onde houve grande discrepância entre as previsões das pesquisas e o resultado final das urnas.

A maioria dos dirigentes de institutos de pesquisas compartilham da opinião de Figueiredo acerca do baixo poder preditivo das pesquisas pré-eleitorais. “Para responder a seus clientes com a velocidade exigida pela dinâmica das campanhas, as empresas são obrigadas a

fazer questionários curtos e extremamente ágeis, para computação imediata. O poder preditivo de *surveys* eleitorais relaciona-se diretamente com o escopo e a profundidade dos questionários usados e com a habilidade de quem os analisa”⁶.

Para a pesquisadora Regina Sadownik, porém, o problema das pesquisas eleitorais de abordagem clássica reside em sua própria metodologia. Segundo ela, o método adotado pelas instituições brasileiras de pesquisa é de fácil utilização, pois sua projeção de valores baseia-se numa linha reta. “No caso de enquetes eleitorais, o resultado de cada rodada independente das anteriores, e o único problema relevante é compor a amostra”⁷. Adepta do modelo *bayesiano* de pesquisa de opinião, onde valores extraídos de pesquisas anteriores ajudam a formar os dados de entrada de cada nova rodada, Sadownik lembra o resultado do pleito presidencial de 1989 como exemplo das limitações do enfoque tradicional. “Usando a estatística clássica, nossas instituições de pesquisa chegaram a atribuir a Fernando Collor índice de 40% a 45% dos votos. Mas o candidato chegou ao primeiro turno com apenas 28%, como se tivesse experimentado grande queda na reta final. A estatística *bayesiana* mostra que isso não ocorreu e que tanto a subida quanto a queda de Collor foram exageradas pelo uso de uma metodologia linear”⁸.

Independente de seu enfoque metodológico, no entanto, é inegável o fato de que essas pesquisas prévias eleitorais são levadas a cabo num contexto diverso daquele do tradicional laboratório de pesquisa científica. A pressa e as amostragens de tamanho reduzido, com margem de erro de até 3%, que abundam nas pesquisas eleitorais, praticamente inexistem nas pesquisas de cunho acadêmico realizadas por cientistas sociais com dedicação exclusiva à universidade ou a centros de pesquisas sociais. Por essa razão, a credibilidade do produto final das primeiras não pode ser confundida com a credibilidade dos resultados das últimas. Por mais científica que seja a abordagem, as pesquisas prévias eleitorais não existem para fazer ciência. Seu propósito pragmático é atender interesses e demandas específicas por informação eleitoral.

⁴ FIGUEIREDO, Marcos Faria. “As Eleições Municipais de 85; As Pesquisas Pré-eleitorais e as ‘Surpresas’ Políticas”. *Ciência Hoje*, v. 4, n.º 22, p. 82.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, p. 83.

⁷ SADOWNIK, Regina. “Nada está decidido”, *Bahia Hoje*, 1994, s/d, s/p.

⁸ *Ibid.*

3. A questão da influência

O Governador Hélio Garcia afirmou certa vez que as pesquisas pré-eleitorais são como “bússolas para orientar a campanha”⁹. De fato, as pesquisas representam um forte aliado do candidato, que pode, através delas, obter uma verdadeira radiografia das intenções de voto do eleitorado em determinado momento da campanha. Como diz Antonio Mendes, as “pesquisas indicam erros e acertos nas táticas de campanha; redirecionam estratégias, incentivam desistências, forçam alianças, fornecem elementos para programas de governo e alteram a agenda dos candidatos”¹⁰. Hoje, é quase inconcebível que um candidato a cargo eletivo majoritário em qualquer nível no país não faça uso de pesquisa eleitoral para monitorar desempenho e dirigir os rumos de sua campanha.

Mas, se as pesquisas são tão benéficas para os candidatos, será que poderíamos dizer o mesmo em relação ao benefício que essas sondagens, quando divulgadas através dos meios de comunicação de massa, possam repassar ao eleitorado? Essa pergunta não é facilmente respondida. Enquanto há muitos especialistas que afirmam ser a divulgação das pesquisas nociva para o processo eleitoral, pelo menos número igual de acadêmicos afirma o contrário, reconhecendo o impacto das pesquisas nas eleições, mas assegurando que os benefícios superam os danos.

Para os especialistas que crêem na nocividade da influência das pesquisas eleitorais, o problema não reside no seu aspecto técnico-metodológico intrínseco. Está sim, no uso que se faz delas na esfera da comunicação de massa, e em especial, da televisão. No que se refere à comunicação política de massa, qualquer apresentação de resultados de pesquisa eleitoral, mesmo os mais objetivos possíveis, adquire uma dimensão política inevitável. O “clima”, como afirma o sociólogo Michel Thiolent, não é de constatação e descrição, não sendo comparável ao espírito de imparcialidade que permeia o trabalho nos laboratórios de pesquisa científica¹¹. Segundo Leôncio Martins Rodrigues, “esse instrumento de mensuração de opi-

nião acabou por se tornar um ator político... A influência das pesquisas existe, é inegável, embora não deva ser exagerada”¹².

Já os analistas que descartam a nocividade da influência das pesquisas eleitorais fundamentam seu argumento na importância de se preservar a liberdade de expressão e o acesso à informação. Para eles, a sociedade teria muito mais a perder ao restringir a liberdade de se divulgarem os resultados de pesquisa, do que proibir que tal informação sobre o andamento de determinada campanha eleitoral seja veiculada. Antonio Mendes admite que “algum impacto sempre existe, até porque as pesquisas tornaram-se parte construtiva do processo eleitoral. Mas a suposta influência é uma das muitas que se cruzam numa campanha”¹³.

As análises acerca da influência das pesquisas pré-eleitorais no comportamento do eleitorado têm-se concentrado basicamente em três casos típicos de influência. São eles o efeito *Bandwagon*, o efeito *Underdog*, e o impacto do chamado “voto útil”.

O *Dicionário Americano de Governo e Política* define o efeito *Bandwagon* como um fenômeno que transfere ao candidato que aparenta estar na frente da disputa eleitoral suporte adicional do eleitorado pelo simples fato de estar na frente¹⁴. É o que poderíamos chamar de efeito “Maria-vai-com-as-outras”, com o qual qualquer informação que previsse o candidato vitorioso no pleito influenciaria certos eleitores, sobretudo os indecisos, a votarem com a maioria.

Na literatura especializada, há argumentos que evidenciam e há argumentos que refutam a existência do efeito *Bandwagon*. Em um livro de 1948, Lazarsfeld e outros concluíram, a partir de um estudo pioneiro sobre o assunto, que o efeito de fato se faz presente nas eleições. Segundo a conclusão do autor, “pesquisas eleitorais como fonte de mudança da expectativa do eleitorado foram especificamente mencionadas por 42% de nossos entrevistados”¹⁵. Num es-

¹² Citado por THIOLENT, Michel. *Ibid.*, p. 13.

¹³ MENDES, Antonio M. T. *Ibid.*, p. 31.

¹⁴ SHAFRITZ, Jay M. *The Dorsey Dictionary of American Government and Politics*. (Chicago: Dorsey Press, 1988), p. 45.

¹⁵ LAZARSELD, Paul F., BERELSON, Bernard & GAUDET, Hazel. *The People's Choice: How the Voter Makes Up His Mind in a Presidential Campaign* (New York: Columbia University Press, 1948), pp. 108-109.

⁹ FIGUEIREDO, Marcos Faria. *Ibid.*, p. 85.

¹⁰ MENDES, Antonio Manuel Teixeira. “O Papel das Pesquisas Eleitorais”, *Novos Estudos Cebrap*, n.º 29, março 1991, p. 28.

¹¹ THIOLENT, Michel. *As Pesquisas Eleitorais em Debate na Imprensa*. (São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1989), p. 87.

tudo sobre as eleições inglesas de 1983, o pesquisador I. Crewe verificou "que as intenções de voto dos eleitores foram influenciadas pelos resultados das pesquisas, encorajando votos adicionais para a aliança SDP/Partido Liberal, divulgada como líder nas sondagens"¹⁶. De Bock, numa análise de 1976, concluiu que a divulgação de resultados declinantes de um candidato enfraqueceu ainda mais sua base de apoio e reduziu a motivação de ir às urnas entre os eleitores que preferiam o candidato em questão¹⁷. Este argumento é ainda reforçado por outro estudo que concluiu que o "efeito *Bandwagon* pode operar no sentido negativo, iniciando o curso normal do processo de decisão democrática"¹⁸.

Para os críticos da existência de um efeito *Bandwagon*, há pouca evidência que este efeito, se é que existe, tenha algum impacto no resultado das eleições. Numa pesquisa de 1979, a firma *Roper Organization* entrevistou uma amostra da população americana durante a campanha presidencial de Carter e Reagan. Todos receberam a mesma pergunta-padrão: "Você apóia ou é um crítico de Carter?" Mas metade dos entrevistados recebeu, antes da pergunta, a seguinte informação: "Como você sabe, todas as pesquisas mostram que o apoio para o presidente Carter está declinando. Gostaríamos de ter sua opinião". Segundo o estudo, a diferença nas respostas das duas versões tomou a direção esperada, mas esse desvio foi tão pequeno - um ponto percentual - que chegou a ser estatisticamente irrelevante¹⁹. Já o professor Charles Atkin, da Universidade de Michigan, EUA, realizou dois estudos voltados exclusivamente para testar o impacto que o acesso prévio a um resultado de pesquisa eleitoral teria na intenção de voto e na percepção de

imagens políticas em uma dada população. Um estudo dizia respeito a uma eleição para diretório universitário. Um segundo estudo, entretanto, foi realizado sob condições realísticas de campanha, e tratava da eleição de vereadores na cidade de East Lansing, no estado do Michigan. Em nenhum dos casos, Atkin encontrou evidência de que os eleitores fossem motivados por um desejo de acompanhar a vontade da maioria, como sugere a teoria do efeito *Bandwagon*²⁰. A conclusão a que esses críticos do efeito *Bandwagon* chegaram é que raramente uma única mensagem fará com que pessoas com convicções sólidas e idéias claras abandonem suas preferências.

Por sua vez, a teoria por trás do efeito *Underdog* propõe que algumas pessoas podem estar predispostas a se identificar ou se solidarizar com o candidato que parece estar em desvantagem. Entretanto, evidência que suporte esta teoria praticamente inexistente nos círculos acadêmicos. Os poucos estudos que investigaram a existência desse efeito simplesmente concluíram que a divulgação do resultado de pesquisas eleitorais não parece motivar o eleitorado para esse tipo de comportamento²¹.

O fenômeno do "voto útil" tende a acontecer em eleições polarizadas, onde dois candidatos se destacam mais que os outros na corrida eleitoral. Com o acesso à informação proveniente da divulgação dos resultados das pesquisas eleitorais, o eleitor fica ciente de que as condições de um terceiro candidato de sua preferência suplantam um dos dois líderes são mínimas, e, nesse caso, opta por votar em um dos dois líderes, para não "perder" o seu voto.

Muito embora não tenhamos identificado nenhum registro de pesquisa, na literatura especializada, sobre a influência da pesquisa eleitoral no estímulo ao "voto útil", poucos analistas a refutam.

Além desses tipos de influência, a divulgação dos resultados de pesquisas eleitorais pode

¹⁶ CREWE, I. "Saturation Polling, the Media and the 1983 Election", in: CREWE, I. & HARROP, M. (eds.) *Political Communications: The General Election Campaign of 1983* (London: Mcmillan, 1986) pp. 245-249.

¹⁷ DE BOCK, Harold. "Influence of In-State Election Poll Reports on Candidate Preference in 1972". *Journalism Quarterly*, autumn 1976, pp. 457-462.

¹⁸ DIZNEY, Henry & ROSKENS, Ronald. "An Investigation of the 'Bandwagon Effect' in a College Straw Election", *Journal of Educational Sociology*, v. 36 (1962), p. 108.

¹⁹ LANG, Kurt & LANG Gladys Engel. "The Impact of Polls on Public Opinion". *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 4572, march 1984, p. 134.

²⁰ ATKIN, Charles. Pronunciamento. In: *Estados Unidos. Congress. House Committee on House Administration. Subcommittee on Library and Memorials. Public Opinion Polls (hearings)*. Washington, D.C.: US Government Printing Office, 1973, pp. 37-42.

²¹ Um desses poucos estudos é o de FLEITAS, Daniel. *The Underdog Effect: An Experimental Study of Voting Behavior in a Minimal-Information Election*. (tese de doutorado não publicada, Florida State University, 1970).

apresentar um impacto indireto, embora significativo, sobre os eleitores. É que o desempenho dos candidatos nas pesquisas pode determinar o tipo de cobertura que receberá da imprensa, bem como o volume de financiamento que sua campanha desfrutará. Mendes exemplifica bem o primeiro caso com o desempenho de Guilherme Afif no primeiro turno da corrida presidencial de 1989. "À medida que os resultados das pesquisas indicavam a subida de Afif na preferência do eleitorado, mais espaço ele ganhava no noticiário de jornais e televisão. Sem a presença de outros fatores, esse aumento de visibilidade do candidato certamente influenciaria os eleitores. No caso de Afif, porém, outros fatores vieram à baila. Ele tornou-se o alvo preferencial de Fernando Collor de Mello e de Mário Covas, além de surgirem inúmeras denúncias sobre sua atuação na Constituinte. O bombardeio de críticas só cessou quando as pesquisas mostraram que o "efeito Afif" já não existia"²²

Em relação ao segundo caso, os Estados Unidos nos oferecem o melhor exemplo. Segundo Herbert Asher, a maioria dos candidatos a cargo eletivo naquele país usa resultados positivos nas pesquisas para gerar contribuições financeiras à campanha ou para reduzir o volume de contribuições endereçadas aos seus oponentes. "Se uma campanha não é levada a sério, terá dificuldades para levantar fundos". Para o doador, "a seriedade de uma campanha é medida através de seu desempenho nas pesquisas"²³.

No cômputo geral, podemos afirmar que, apesar de não determinar o resultado de uma eleição, a divulgação das pesquisas eleitorais exerce alguma influência, por menor que seja, sobre o eleitorado. Essa influência se eleva quando, uma vez divulgados pelos meios de comunicação, ganham destaque nas próprias campanhas dos candidatos. Nesse contexto, os resultados das pesquisas são transformados pelos candidatos em elementos adicionais do esforço de propaganda eleitoral. Ali, ganham outra dimensão, passando de mera descrição e informação essencialmente imparcial para ato de discurso. Quando ali inseridos, não visam outra coisa senão persuadir os eleitores ainda indecisos.

²² MENDES, Antonio. *Ibid.*

²³ ASHER, Herbert. *Polling and the Public: What Every Citizen Should Know*. (Washington, D.C.: Congressional Quarterly Inc, 1988), p. 104.

4. Regulamentação das pesquisas eleitorais em países selecionados

A discussão sobre a influência, algumas vezes adversa, da divulgação das pesquisas eleitorais no comportamento do eleitorado não se tem restringido ao meio acadêmico. Do tema têm-se ocupado também legisladores e juristas de todo o mundo, inclusive do Brasil. A preocupação por parte de legisladores com o caráter influenciador das pesquisas eleitorais tem resultado na apresentação de projetos de lei e na promulgação de legislação visando normatizar o uso das pesquisas de opinião em época de eleição, bem como reduzir os possíveis efeitos nocivos de sua inserção no processo eleitoral. Em alguns países, as pesquisas de opinião foram alvo de legislação exclusiva, em outros, a regulamentação das enquetes eleitorais foi incluída em códigos ou leis que normatizam as eleições como um todo.

Abaixo, apresentamos uma síntese da experiência legislativa de sete países democráticos na regulamentação do universo das pesquisas prévias eleitorais.

4.1. Estados Unidos

Os Estados Unidos são um dos poucos países incluídos no presente trabalho que não dispõem de uma legislação que regulamente a inserção das pesquisas de opinião no cenário eleitoral. Isto não significa, contudo, que os legisladores norte-americanos não demonstrassem preocupação com o impacto das pesquisas eleitorais tanto no eleitorado quanto no próprio sistema eleitoral do país.

O Congresso dos Estados Unidos registra propostas federais e estaduais para investigar e regulamentar as pesquisas de opinião pública de natureza eleitoral desde 1936²⁴. Tais propostas almejavam os mais variados objetivos, como, por exemplo, licenciar entrevistadores, requerer de serviços de pesquisas de emissoras de rádio e televisão a revelação da identidade de seus entrevistados, proibir entrevistas de porta em porta, etc.

O ano de 1968 registra o maior volume de atividades legislativas no Congresso americano voltadas para a regulamentação das pesquisas eleitorais. O agregado dessas atividades culminou no projeto de lei H.R. 5003, de 25 de

²⁴ Ver PAULS, Frederick. *Proposals in Congress to Investigate or Regulate Public Opinion Polling (1936-1966)* (Washington, D.C.: Government and General Research Division. Legislative Reference Service, Library of Congress, December 16, 1966).

fevereiro de 1971, de iniciativa do Deputado Lucien N. Nedzi. Este projeto de lei, com o título de *Truth-in-Polling Act* (Lei da Verdade nas Pesquisas Eleitorais), tinha como objetivo tornar compulsória "a divulgação de certas informações relacionadas a certas pesquisas de opinião pública". O projeto requeria de todos aqueles "que realizassem pesquisas de opinião pública relacionadas à eleição para quaisquer cargos federais ou a qualquer assunto político, cujo resultado viesse a ser disseminado ao público por intermédio dos correios ou através do comércio interestadual, o registro com o bibliotecário da Biblioteca do Congresso, no prazo máximo de setenta e duas horas após a primeira divulgação dos resultados de tal pesquisa, da seguinte informação: nome do contratante da pesquisa; método empregado para realizar a amostragem; tamanho da amostragem; período em que a pesquisa foi realizada; perguntas constantes do questionário; método empregado para a realização da pesquisa; número de pessoas na amostragem que foram contatadas e não responderam ao questionário e número de pessoas na amostragem que não foram contatadas; e, finalmente, os resultados da pesquisa"²⁵.

Proposta similar foi também apresentada em 1970 pelo ex-Senador Charles Goodell. Trata-se da *Polls Procedure Disclosure Act*, que tornaria obrigatória a publicação dos procedimentos empregados na realização de pesquisas eleitorais, "de forma que os membros do eleitorado e dos meios de comunicação pudessem ter acesso a informação detalhada sobre as pesquisas em questão, para poderem melhor avaliar o significado de seus resultados"²⁶.

Nenhuma dessas propostas, entretanto, chegou a se transformar em lei. Após longas discussões, envolvendo especialistas em pesquisas de universidades, empresas jornalísticas e institutos de pesquisas, o Congresso americano optou por deixar a cargo das associações de institutos e pesquisadores autônomos o estabelecimento de padrões mínimos de qualidade, sua verificação, bem como seu *enforcement*. Segundo o próprio Goodell, "o Congresso entendeu como sendo da responsabilidade dos membros e das organizações da... profissão, estabelecer rapidamente os padrões de

qualidade mínimos para procedimentos de pesquisa de opinião pública, e estabelecer e empregar sanções e mecanismos que assegurassem que seus membros aderissem a tais padrões"²⁷.

O Congresso americano também chegou a discutir a possibilidade de proibir a divulgação dos resultados de pesquisas eleitorais durante um período, "talvez duas semanas", anterior ao dia de votação. Mas seus membros concordaram que tal proibição entraria em conflito com os princípios de liberdade de expressão e liberdade de imprensa contidos na Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos. "Com base naquele argumento constitucional, e concluindo-se que o cidadão tem o direito de votar como quiser, até, se assim escolher, sendo influenciado pelos resultados das pesquisas, a proposta de uma proibição limitada foi rejeitada"²⁸.

4.2. Inglaterra

A presença de pesquisas eleitorais na Inglaterra é quase tão antiga quanto nos Estados Unidos. A filial britânica do *Instituto Gallup* foi fundada no ano de 1937, apenas dois anos depois do estabelecimento da matriz norte-americana. Já em 1939, o *Gallup* realizava a primeira pesquisa de intenção de voto daquele país.

A exemplo dos Estados Unidos, a Inglaterra tampouco adota normas que restrinjam a realização e a divulgação de pesquisas de opinião pública em tempos de eleição, muito embora o Parlamento britânico registre diversas propostas de proibir tais enquetes. Em 1968, uma conferência parlamentar (*Speaker's Conference*) sobre direito eleitoral inglês recomendou a proibição de pesquisas eleitorais no período imediatamente anterior ao dia de votação. Segundo esta recomendação, "não deveria haver difusão (por rádio e televisão), nem a publicação em jornal ou outro periódico, do resultado de qualquer pesquisa de opinião pública acerca dos resultados prováveis de qualquer eleição parlamentar durante um período de setenta e duas horas anterior ao fechamento das urnas"²⁹. Em meados da década de setenta, o esforço foi renovado sob a forma de um projeto de lei apresentado por um membro do Parlamento³⁰.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid., p. 25.

²⁹ Cmnd. 3550, parágrafo 31. Citado em RAWLINGS, H. F. *Law and the Electoral Process* (Londres: Sweet & Maxwell, 1988), p. 166.

³⁰ WORCESTER, Robert M. "Pollsters, the Press, and Political Polling in Britain". *Public Opinion Quarterly*, v. 44, p.559.

²⁵ Estados Unidos. Congress. House Committee on House Administration. Subcommittee on Library and Memorials. Public Opinion Polls (hearings). Ibid., pp. 2-3.

²⁶ Ibid., p. 26.

Todas as propostas destinadas a proibir a realização e divulgação de pesquisas eleitorais na Inglaterra foram rejeitadas pelo Parlamento. O especialista em direito eleitoral inglês H. F. Rawlings crê, além disso, “que tais propostas seriam incompatíveis com o Artigo 10 da Convenção Européia de Direitos Humanos, como uma restrição imprópria ao direito individual de receber informação”³¹.

4.3. Portugal

Em 20 de julho de 1991, a República de Portugal promulgou a Lei n.º 31/91, regulamentando a realização e a divulgação de pesquisas eleitorais. Trata-se de uma lei abrangente que em seus 16 artigos normatiza desde os procedimentos na elaboração da amostragem até as penas por infrações.

O artigo 1.º deixa claro que o objeto da lei não é qualquer pesquisa de opinião pública, mas toda pesquisa de opinião “destinado a publicação ou difusão em órgãos de comunicação social, cujo objecto se relacione direta ou indirectamente com a realização de qualquer acto eleitoral”. A lei também abrange “a publicação ou difusão de previsões ou simulações de voto que se baseiem em sondagens relativas a qualquer acto eleitoral”³². Ou seja, a preocupação dos legisladores portugueses foi com aquelas pesquisas que viessem a ter um impacto público e não as pesquisas de foro reservado, encomendada pelos próprios candidatos.

Nos artigos 2.º a 5.º, a lei estabelece uma série de pré-requisitos à realização de pesquisas eleitorais. Primeiro, há a obrigatoriedade da inscrição dos institutos, ou entidades realizadoras, junto à “Alta Autoridade para a Comunicação Social” (art. 2.º). Em segundo lugar, as pesquisas devem obedecer a uma série de regras gerais referentes ao processo de amostragem, ao questionário e aos entrevistados (art. 3.º). Em terceiro lugar, a entidade responsável pela divulgação da pesquisa “deve proceder ao seu depósito junto à Alta Autoridade para a Comunicação Social até o dia da sua publicação ou difusão”, devidamente acompanhado de uma ficha técnica, identificando cliente, amostra, metodologia, técnica de recolha de dados, taxas de resposta, margem de erro e texto integral das questões, entre outros itens (arts. 4.º e

5.º). A lei também prevê que esta ficha técnica deverá acompanhar a primeira publicação ou difusão de uma pesquisa eleitoral (art. 6.º).

Em relação à primeira divulgação de resultados de qualquer pesquisa de opinião, a lei estabelece prazo de “até 10 dias a contar da data do recebimento do depósito obrigatório junto à entidade fiscalizadora” (art. 7.º). A lei também proíbe a divulgação das pesquisas eleitorais entre os “sete dias que antecedem ao dia da eleição ou de votação para referendo, até o encerramento das urnas” (art. 8.º). Esta proibição inclui, ainda, comentários ou análise dos resultados de pesquisas eleitorais.

Por fim, a lei portuguesa dá à Alta Autoridade para a Comunicação Social poderes de verificação da conformidade das sondagens eleitorais com o texto da lei (art. 12.º) e, mais importante, estabelece multas e penalidades para os infratores (art. 14.º).

4.4. Bélgica

A lei sobre publicação de pesquisas de opinião da Bélgica, promulgada em 18 de julho de 1985, era muito semelhante à lei portuguesa. Elaborada a partir de um projeto de iniciativa do Senado Federal, a lei belga apresentava como características principais a obrigatoriedade de um depósito de ficha técnica que, igualmente, deveria acompanhar a divulgação da pesquisa, e a proibição de divulgação num período anterior ao dia da votação³³. Alguns desses dispositivos, entretanto, foram revogados, no texto revisado da lei, que foi efetivado no dia 21 de junho de 1991³⁴.

Em seu artigo 2.º, a lei original requeria dos institutos de pesquisas a elaboração de uma ficha técnica contendo: finalidade da sondagem, dimensão da amostra, método de amostragem, composição detalhada da amostra, distribuição percentual das respostas dadas a todas as perguntas do questionário, margem de confiança, etc., além dos dados identificativos da entidade responsável pela pesquisa. A lei também criava uma Comissão de Pesquisas de Opinião (art. 4.º), com o propósito de elaborar “normas de qualidade e regras de conduta que deverão ser observadas pelos institutos e as pessoas físicas ao realizarem pesquisas de opinião, as-

³¹ RAWLINGS, H. F. *Ibid.*

³² Para esta e outras referências à lei portuguesa que regulamenta as pesquisas de opinião, ver Ley n.º 31/91, de 20 de julio. *Boletín de Legislación Extranjera*, n.º 139-140, 1993, pp. 43-47.

³³ Ley sobre publicación de sondeos de opinión, Bélgica. *Boletín de Legislación Extranjera*, vv. 50-51, 1985, pp. 1225-1228.

³⁴ Ver *Boletín de Legislación Extranjera*, vv. 139-140, 1993, pp. 3-5.

sim como executar o controle da observância a essas normas”(art. 3.º).

O artigo 5.º, por sua vez, estabelecia que, “a partir do trigésimo dia anterior à data das eleições, que se regem pelos Códigos eleitorais ou das eleições ao Parlamento Europeu, será proibido difundir, divulgar ou comentar por qualquer meio os resultados de pesquisas relativas às ditas eleições”. Já o artigo 6.º previa o pagamento de multas para as infrações da lei.

Vale ressaltar, porém, que, embora fazendo apenas pequenas alterações em todos, menos um artigo do texto original, o texto revisado de 1991 modifica substancialmente a essência da lei. É que o novo texto revoga a totalidade do artigo 5.º. Assim, não há mais na Bélgica nenhum dispositivo legal que suste a divulgação dos resultados das pesquisas, por determinado período anterior ao dia de votação.

4.5. França

Na França, a publicação e difusão das pesquisas eleitorais são regulamentadas pela Lei n.º 77-808, de 19 de julho de 1977³⁵. A exemplo das legislações portuguesa e belga, a lei francesa regulamenta o conteúdo das pesquisas que se “reportem direta ou indiretamente a referendo, eleição presidencial, ou quaisquer das eleições regulamentadas pelo Código Eleitoral, assim como a eleição de representantes à Assembléia das Comunidades Européias”. A lei requer a publicação e o depósito prévio de ficha técnica a mais detalhada possível (arts. 2.º e 3.º). Tal ficha técnica deve conter a identificação do organismo responsável pela pesquisa, nomes das pessoas interrogadas, data de execução, método de pesquisa, composição da amostra, texto integral do questionário, percentagem dos entrevistados que se negaram a participar da enquete, margem de erro, etc.

A lei cria, em seu artigo 5.º, uma comissão de pesquisas de opinião pública³⁶, com poderes semelhantes aos da comissão belga. Cabe a ela “propor regras para assegurar a qualidade e a objetividade das sondagens publicadas ou difundidas”³⁷. É à comissão que devem ser encaminhados os depósitos prévios das pesqui-

sas, não podendo “os resultados de uma pesquisa eleitoral serem divulgados sem que tal depósito tenha sido realizado”.

Nas disposições especiais aplicáveis ao período eleitoral, seção IV, a lei proíbe a “publicação, a difusão e os comentários de resultados de todas as sondagens eleitorais” na semana que precede o escrutínio, assim como no próprio dia de votação. A lei posterior, de n.º 85-692, de julho de 1985, aprimorou estes termos, prevendo que, “nos casos de eleições parciais, legislativas, senatoriais regionais, municipais, ocorrendo no intervalo entre duas renovações da Assembléia Nacional, do Senado, dos conselhos gerais ou dos conselhos municipais, esta proibição somente se aplica àquelas sondagens direta ou indiretamente relacionadas com essas eleições parciais”. Isto é, não seria proibido divulgar intenções de voto para um cargo específico que não conste do pleito em andamento. Tampouco se aplica tal proibição às pesquisas “efetuadas entre o fechamento da última urna de votação e a proclamação dos resultados, na França metropolitana”³⁸.

Por fim, o artigo 12.º estabelece que as violações à lei serão punidas segundo o artigo L. 90-I do Código Eleitoral francês.

4.6. Alemanha

Embora Goodell e outros mencionem a Alemanha como exemplo de país com regulamentação restritiva quanto à divulgação de pesquisas eleitorais³⁹, nossa investigação somente evidenciou a existência de alguma regra dirigida às pesquisas de opinião na própria lei federal de regime eleitoral do país. No segundo parágrafo do artigo 31 da lei que trata da publicação ilícita de enquetes eleitorais, “a divulgação dos resultados de pesquisas eleitorais após a emissão do sufrágio, relativas ao caráter deste, não será permitida antes da expiração do tempo legal de votação”⁴⁰. Com este texto, pois, apenas a divulgação das chamadas pesquisas de “boca de urna” estaria proibida naquele curto período entre a abertura e o fechamento das

³⁵ *Journal Officiel*, 11 juillet 1985.

³⁹ Ver *Estados Unidos Congress. House committee on house Administration. Subcommittee on Library and Memorials. Public Opinion Polls* (hearings). *Ibid.*

⁴⁰ Ley Federal de Régimen Electoral de 7 de mayo de 1956, texto revisado de 1 de septiembre de 1975”. *Boletín de Legislación Extranjera*, vv.108-111, 1990, p. 277.

³⁵ *Journal Officiel*, 20 juillet 1977.

³⁶ A composição e o funcionamento da comissão foram posteriormente regulamentados através do Decreto n.º 78-79, de 25 de janeiro de 1978. Ver *Journal Officiel*, 26 janvier 1978.

³⁷ As primeiras propostas da Comissão estão contidas no Decreto n.º 80-351, de 16 de maio de 1980. Ver *Journal Officiel*, 17 mai 1980.

urnas. Não excluímos, contudo, a possibilidade de que exista legislação mais restritiva, à qual não tivemos acesso.

4.7. Espanha

Também na Espanha, a legislação referente às pesquisas eleitorais se encontra inserida no texto do Código Eleitoral, a Lei Orgânica do Regime Eleitoral Geral. Trata-se da Seção VII, dedicada exclusivamente à questão das enquetes eleitorais⁴¹. Nela, entretanto, os legisladores espanhóis incorporaram a maioria das normas de cunho restritivo que encontramos nas leis de outros países, dedicadas exclusivamente às pesquisas de opinião pública.

Em primeiro lugar, o artigo 69 estabelece o período “entre o dia da convocação e o da celebração de qualquer tipo de eleição” o prazo ao qual se aplica o “regime especial de publicação de pesquisas eleitorais”. O parágrafo primeiro desse artigo determina que uma ficha técnica especificada na lei acompanhe a publicação (ou difusão) das pesquisas, incluindo-se nessa ficha “o texto integral do questionário e o número de pessoas que se recusaram a respondê-lo”.

O parágrafo segundo, por sua vez, nomeia a Junta Eleitoral Central como responsável pela observância do disposto no artigo, “velando para que os dados e informações das sondagens eleitorais publicados não contenham falsificações, omissões ou modificações deliberadas”. Cabe à Junta Eleitoral Central obrigar os meios de comunicação que tenham divulgado pesquisas eleitorais em violação aos dispositivos da lei a publicar retificações “no prazo de três dias... no mesmo espaço ou páginas ocupadas pela informação original”.

Por fim, o parágrafo sétimo do artigo proíbe a publicação e difusão de pesquisas eleitorais por qualquer meio de comunicação “durante os cinco dias imediatamente anteriores ao dia da votação”. A legislação espanhola não falta sequer a previsão de penalidades no caso de infrações a seus comandos. Embora não encontrada na seção específica sobre pesquisas eleitorais, a Seção 69, a cláusula que diz respeito à violação do disposto na lei acerca das sondagens encontra-se no artigo 145, no Capítulo VIII, que trata dos delitos e infrações eleitorais. Segundo este artigo, “serão castigados com pena de detenção, multa de 500 mil a 5 milhões de pesetas e perda de habilitação para o exercício

⁴¹ España: *Ley Orgánica del Régimen Electoral General*. *Boletín de Legislación Extranjera*, vv. 108-111, 1990, pp. 16-17.

da profissão todos aqueles que dolosamente infringirem as normas vigentes em matéria de pesquisas eleitorais”⁴².

5. Experiência brasileira na regulamentação de pesquisas eleitorais

A preocupação do Legislativo brasileiro com a influência das pesquisas eleitorais sobre o eleitor no país não é um fenômeno recente. A Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), é a maior prova disso. Embora não se dirija especificamente à pesquisa de opinião pública, até porque na época este tipo de enquete não era comum em períodos eleitorais, o seu artigo 255 estabelecia que “nos 15 dias anteriores ao pleito é proibida a divulgação, por qualquer forma, de resultados de prévias ou testes pré-eleitorais”.

Esse dispositivo permaneceu em vigor como uma restrição à divulgação de pesquisas eleitorais, até 1988, quando a promulgação da nova Constituição tornou-o incompatível com o artigo 220 desta última, que trata da liberdade de informação e proibição de censura.

Vale ressaltar, contudo, que, à medida que o país realizava sua transição do regime autoritário para o regime de governo plenamente democrático e retomava a normalidade do processo eleitoral, mais atenção parlamentar era voltada para o fenômeno da emergência das pesquisas eleitorais como novo ator político e para o crescimento do número de institutos dedicados à sua realização. Várias propostas tramitaram no Parlamento brasileiro, tendo como objetivo atenuar o impacto adverso das pesquisas eleitorais no transcorrer das campanhas eleitorais.

Em 1983, por exemplo, o Deputado Pedro Germano, do Rio Grande do Sul, iniciava a luta parlamentar brasileira contra as pesquisas eleitorais com um projeto de lei de sua autoria. Tratava-se do Projeto de Lei n.º 00106, que proibia a realização e a divulgação de pesquisas eleitorais nos trinta dias anteriores à data das eleições. Almejava o Deputado, com este projeto, ampliar o prazo de proibição estabelecido pelo Código Eleitoral de 1965. Em 1984, esse projeto era arquivado definitivamente, ao receber parecer contrário quanto ao mérito.

Em 1985, três outros projetos de lei dispostos sobre pesquisas eleitorais tramitaram na Câmara dos Deputados. O Projeto de Lei n.º 06560, de autoria do Deputado França Teixeira, da Bahia, proibia a divulgação ou publicação

⁴² *Ibid.*, p. 28.

de pesquisas eleitorais nos 120 dias anteriores a qualquer pleito. O Projeto de Lei n.º 06930, de autoria do Deputado Sebastião Nery, do Rio de Janeiro, reduzia esse prazo, fixando em 90 dias o prazo para encerramento da divulgação das prévias e pesquisas eleitorais. Já o Projeto de Lei n.º 07005, de autoria do Deputado Jorge Leite, embora fixando prazo menor ainda para o encerramento da divulgação, tinha, em essência, o mesmo objetivo dos dois projetos anteriores. Todos, porém, foram arquivados definitivamente em 1987, por ainda se encontrarem em tramitação ao final da legislatura.

Em 1987, o assunto é tratado no Projeto de Lei n.º 00201 de autoria do Deputado Genebaldo Correia. O projeto estabelecia normas para as eleições municipais de 15 de novembro de 1988 e foi transformado na Lei n.º 7.664, de 29 de junho de 1988. O artigo 26 desta lei tornava obrigatória a inclusão de uma ficha técnica na divulgação de pesquisas eleitorais e ampliava o prazo de proibição da divulgação de tais pesquisas.

Em seu *caput*, o referido artigo estabelecia que “na divulgação por qualquer forma de resultado de prévias, pesquisas ou testes pré-eleitorais, devem ser incluídas, obrigatoriamente, as seguintes informações: a) período de realização do trabalho; b) nomes de bairros ou localidades pesquisadas; c) número de pessoas ouvidas em cada bairro ou localidade; e d) nome do patrocinador do trabalho”. O parágrafo primeiro, por seu turno, fixava que “quaisquer prévias, pesquisas ou testes pré-eleitorais somente poderão ser divulgados até o dia 14 de outubro de 1988”. Ou seja, ampliava para um mês o prazo de quinze dias de embargo da divulgação das pesquisas, fixado pela Lei n.º 4.737, de 1965. Por fim, o parágrafo segundo impunha penas para os responsáveis pelo órgão de divulgação no caso de violação do disposto pelo artigo⁴³.

Após mandado de segurança impetrado pela empresa *Folha da Manhã*, de São Paulo, o Tribunal Superior Eleitoral, em acórdão relatado pelo Ministro Francisco Rezek, reconheceu que este artigo 26 da Lei n.º 7.664, de 1988, bem como o § 1.º do artigo 5.º da Resolução do TSE n.º 14.466/88 (Instruções sobre Propaganda), nele baseado, é atacável com mandado de seguran-

⁴³ Brasil. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas. *Legislação Eleitoral e Partidária*. v. 1, 6.ª ed. (Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988), p. 293.

ça. “Cerceando a liberdade de informação pura e simples, a referida norma padece de incompatibilidade com o artigo 220 e o § 1.º da Constituição de 1988, e há de entender-se ab-rogado desde quando vigente a nova Lei Fundamental”⁴⁴.

Em 1988, o Deputado Geovani Borges apresenta o Projeto de Lei n.º 0965, proibindo a divulgação em caráter prévio de pesquisas eleitorais antes da homologação, em convenção partidária, de candidatura de pretendente a cargo eletivo. O projeto, contudo, foi arquivado definitivamente em abril de 1989 nos termos da Resolução n.º 6, da Câmara dos Deputados, que determinou o arquivamento de proposições que se encontravam em tramitação no dia 4 de outubro de 1988, isto é, na véspera da promulgação da nova Constituição.

Em 1989, três novas propostas legislativas tratando da normatização das pesquisas eleitorais no Brasil foram apresentadas à Câmara dos Deputados. Em junho, o Deputado Prisco Vianna apresentou o Projeto de Lei n.º 02620, dispondo sobre as pesquisas eleitorais em suas relações com os candidatos a cargo eletivo. O projeto visava uniformizar o questionário e regulamentar a metodologia empregada pelos institutos.

Em outubro, dois projetos de lei foram apresentados. O Projeto de Lei n.º 03909, de autoria do Deputado Doutel de Andrade, dispunha sobre as pesquisas eleitorais durante as eleições presidenciais marcadas para 1990. Por sua vez, o Projeto de Lei n.º 03773, de autoria do Deputado Antonio Carlos Mendes Thame, que estabelecia normas para a realização das eleições de 1990, tratava, em um de seus artigos, da questão das pesquisas eleitorais. Os três projetos, entretanto, foram arquivados definitivamente. O primeiro e o segundo, ao fim da legislatura, e o terceiro, pelo fato de a matéria ter sido prejudicada em razão da Lei Complementar n.º 64/90.

Ainda em 1989, o Deputado Vivaldo Barbosa apresentou proposta de emenda à Constituição visando alterar a redação do artigo 220, ressaltando a legislação eleitoral do disposto originalmente no seu § 1.º. A Proposta de Emenda à Constituição n.º 29-A, endossada por 170 parlamentares, foi transformada em proposta revisional, mas não chegou a ser votada, face à

⁴⁴ Tribunal Superior Eleitoral. “Acórdão n.º 10.305”, de 27 de outubro de 1988. *Diário da Justiça*, 21 de novembro de 1990, p. 13.459.

conclusão dos trabalhos revisionais. Duas outras propostas revisionais sobre as pesquisas eleitorais tramitaram no Congresso até 1994: a PRE 8444-6, de autoria do Senador Nelson Wedekin, e a PRE 0132-7, de autoria do Deputado Genebaldo Correia. Nenhuma chegou a ser votada.

Dois outros projetos de lei que regulamentam as pesquisas eleitorais ainda tramitam na Câmara dos Deputados. O primeiro é o Projeto de Lei n.º 3.264, de 1992, de autoria do Deputado Jackson Pereira, que altera o disposto no artigo 323 do Código Eleitoral vigente, fixando pena para quem fraudar pesquisa eleitoral ou a utilizar indevidamente.

O segundo é o Projeto de Lei n.º 4.558, de 1994, de autoria do Deputado Marcelino Romano Machado. Este projeto propõe a criação do Centro Nacional de Controle de Pesquisas Eleitorais.

Avanço concreto na regulamentação das pesquisas eleitorais no país, desde 1965, só veio a ser alcançado com a Lei n.º 8.713, de 30 de setembro de 1993. Destinada a regulamentar o pleito geral de 1994, essa lei, em seus artigos 31 e 32, torna compulsório o depósito de uma ficha técnica completa das pesquisas eleitorais e aprimora a fiscalização da integridade de sua metodologia.

No *caput* do artigo 31, a lei torna obrigatório o registro, junto à Justiça Federal, de todas as entidades que realizarem pesquisas de opinião pública relativas às eleições ou aos candidatos, pesquisas essas que serão levadas ao conhecimento público. Este registro deverá ser feito até cinco dias antes da divulgação das pesquisas e conterá as seguintes informações: 1) quem contratou a realização da pesquisa; 2) valor e origem dos recursos despendidos no trabalho; 3) metodologia e período de realização da pesquisa; 4) plano amostral e ponderação no que se refere a sexo, idade, grau de instrução, nível econômico e área física de realização do trabalho; 5) nome de quem pagou pela realização do trabalho; 6) sistema interno de controle e verificação, conferência e fiscalização da coleta de dados e do trabalho de campo.

O parágrafo terceiro deste artigo ainda requer das entidades responsáveis pelas pesquisas eleitorais que coloquem à disposição dos partidos e coligações, imediatamente após a divulgação das pesquisas, “todas as informações, resultados obtidos e demais elementos atinentes a cada um dos trabalhos efetuados”.

A legislação inova, inclusive, neste ponto, pois o ônus da verificação e fiscalização da integridade das pesquisas eleitorais passa a recair sobre os maiores interessados: os partidos e as coligações. São os partidos que ficarão responsáveis por acionar a Justiça Eleitoral, no caso de diligência. São eles que “terão acesso ao sistema interno de controle, verificação e fiscalização da coleta de dados das entidades que derem ao conhecimento público pesquisas de opinião relativas à eleição, e poderão, através da escolha livre e aleatória de planilhas individuais..., confrontar e conferir dados publicados”.

Essa legislação também impõe penalidades para aqueles que infringirem as disposições desses dois artigos. As entidades que divulgarem pesquisas sem o registro prévio estarão, de acordo com o § 4.º do artigo 31, “sujeitas à pena cominada no artigo 323 do Código Eleitoral e à multa de valor igual ao contratado pela realização da pesquisa”. A recusa ao cumprimento da verificação e fiscalização por parte dos partidos ou “qualquer ato que vise retardar, impedir ou dificultar a ação fiscalizadora dos partidos” implicará, segundo o § 1.º do artigo 32, “pena de detenção de seis meses a um ano mais multa de valor igual ao recebido pela realização da pesquisa”. No caso de “comprovação de irregularidade ou dessemelhança entre os dados publicados e aqueles aferidos pela diligência do partido político”, os responsáveis por institutos de pesquisa e os responsáveis por órgão divulgador estarão sujeitos a penalidades semelhantes, “sem prejuízo da obrigatoriedade de publicação dos dados corretos”.

Não há dúvida de que estes dois artigos da Lei n.º 8.713, de 1993, representaram um aperfeiçoamento considerável na regulamentação das pesquisas eleitorais no Brasil. Juntos, esses dispositivos introduziram no país a obrigatoriedade para os institutos de pesquisas da elaboração e depósito de ficha técnica. Trata-se de um avanço que já se fazia presente desde meados da década de 70 na legislação referente à pesquisa de opinião em vários países europeus. Os dois artigos, porém, vão além dos limites traçados pela legislação estrangeira que analisamos, ao dar aos próprios partidos e coligações envolvidas nas eleições a oportunidade de verificar e fiscalizar os institutos de pesquisa. Assim fazendo, aumentam a eficiência do processo de fiscalização, uma vez que é do interesse direto dos partidos fiscalizar a maneira como os seus opositores são retratados pe-

las pesquisas de opinião, e, ao mesmo tempo, reduzem o fardo de responsabilidade dos tribunais eleitorais, já sobrecarregados em todo o país.

6. Conclusões

Não foi à toa que a maioria das pessoas entrevistadas pela *Toledo & Associados* em São Paulo afirmaram acreditar que as pesquisas de opinião pública são manipuladas. Pela própria ausência de neutralidade da parte dos pesquisadores no momento de sua realização, esse tipo de pesquisa apresenta um forte potencial de manipulação.

Dada a proeminência dos resultados de pesquisa no processo eleitoral e no discurso político em época de eleição, é óbvio que exista um incentivo para que os menos escrupulosos usem de artifícios para que tais resultados os beneficiem de algum modo no pleito. Esse é um dos motivos pelos quais, em todo o mundo, a questão da influência das pesquisas eleitorais tem preocupado parlamentares e homens públicos.

Os responsáveis por entidades que realizam as pesquisas eleitorais são taxativos quando dizem que, no mundo competitivo das pesquisas de opinião pública de hoje, não há espaço para manipulação. Mendes afirma que “o instituto *A* não pode atribuir a maioria das intenções de voto ao candidato *X*, se outras instituições reconhecidas no mercado o apontam com um apoio francamente minoritário. A avaliação do público e o confronto com os resultados finais tornam a manipulação acintosa de informações um ato de suicídio mercadológico”⁴⁵.

Esse argumento, entretanto, por si só, não basta. Em questão de política, o mercado pode não ser, necessariamente, o melhor indutor de conduta ética.

Como vimos neste trabalho, parlamentares em diferentes países do mundo enxergam a questão da manipulação das pesquisas eleitorais sob diferentes óticas. Enquanto nos Estados Unidos e na Inglaterra os legisladores assumem uma posição de *laissez-faire*, optando por fortalecer o direito à informação, noutros países, como França e Portugal, os parlamentares optam por garantir a igualdade jurídica dos partidos e candidatos, mesmo que para isso tenham que restringir o acesso generalizado à informação.

O Parlamento brasileiro ainda não tomou uma posição formal neste debate sobre as pesquisas eleitorais. Como a nossa Constituição

de 1988, não-revisionada, garante, sem ressalvas, o direito à informação, não tomar posição equivale a assumir a opção do *laissez-faire* dos legisladores norte-americanos e ingleses. Se essa for realmente a vontade da sociedade brasileira, que assim seja.

Se, no entanto, a opção brasileira for semelhante à da França, Portugal e Espanha, temos um longo caminho a percorrer. Em primeiro lugar, há que se reformar o ponto politicamente nevrálgico da Constituição, que é o artigo 220, nele ressaltando a legislação eleitoral, ou legislação específica sobre as pesquisas eleitorais, se for o caso.

Uma vez decidida a reforma deste artigo, caberá aos parlamentares uma outra decisão: optar pelo modelo francês/português de uma lei específica para regulamentar exclusivamente as pesquisas de opinião pública relativas às eleições, ou optar pelo modelo espanhol, que inclui toda a disciplina das pesquisas eleitorais no próprio Código Eleitoral.

Nos dois casos, a ação parlamentar deverá produzir uma legislação infraconstitucional que, no mínimo, reduza o potencial de fraude e assegure a igualdade jurídica dos candidatos. Para isso, tal legislação deverá conter dispositivos comuns à disciplina legal em vigor em muitos outros países, tais como: obrigatoriedade de registro do instituto perante organismo fiscalizador, publicação e depósito de ficha técnica da pesquisa, proibição da divulgação de resultados por um período mínimo anterior ao dia da votação e imputação de penalidades realísticas para as violações à lei.

Como o Brasil já registrou avanços significativos na regulamentação das pesquisas eleitorais, apesar dos entraves constitucionais, não faz sentido ignorá-los. A incorporação desses avanços a qualquer nova legislação sobre o assunto faz-se, pois, imprescindível.

A democracia brasileira passou, neste início da década de noventa, por momentos críticos. O *impeachment* do Presidente Fernando Collor e a CPI do orçamento foram os mais graves episódios desse período. Entretanto, as instituições democráticas brasileiras saíram-se destes episódios inegavelmente fortalecidas.

O aperfeiçoamento de nossa legislação referente às pesquisas eleitorais viria, certamente, somar-se aos muitos progressos do nosso sistema de governo. Representaria, sem dúvida, uma sólida contribuição para o fortalecimento da construção diária de nossa democracia.

⁴⁵ MENDES, Manuel Teixeira. *Ibid.*, p. 30.

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

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 (no valor de cada publicação já estarão incluídos os acréscimos referentes à remessa pela ECT). Para solicitar informação sobre preços, escreva para

Praça dos Três Poderes, Via N-2 Unidade de Apoio III – ao lado do CEGRAF (pelo estacionamento à esquerda)

70165-900 BRASÍLIA/DF

Telefones: (061) 311-3576, 4755, 3578 e 3579

Fax: (061) 311- 4258 4 321-73333

Telex: (061) 1357

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA N.º 1, 10, 12, 17, 22 e 23, 28, 82 a 84, 87 a 124

– Publicação trimestral de trabalhos e pesquisa jurídica, com circulação ininterrupta desde 1964.

ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA N.º 1 a 110

– Índice temático dos artigos publicados; índice onomástico dos autores e colaboradores; sumários.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988)

– Edição atualizada em 1994, contendo as Emendas Constitucionais e as Emendas Constitucionais de Revisão

ELABORANDO A CONSTITUIÇÃO NACIONAL

– Edição fac-similar da obra Elaborando a constituição Nacional, de José Affonso Mendonça de Azevedo: atas da Subcomissão elaboradora do Anteprojeto Constitucional de 1932/1933.

FONTES DE INFORMAÇÕES SOBRE A ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE

– Descrição dos acervos da Assembléia Nacional Constituinte de 1987.

– Coletânea de textos jurídicos e legislação correlata relativos aos direitos indígenas.

CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS. Série com 6 volumes; edição de 1987

– *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

– Edição anterior à Constituição Federal de 1988.;

LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO. N.º 59/88 a 70/91

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N.º 11, DE 1984: QUADRO COMPARATIVO

CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA. Comentários por João Barbalho Uchoa Cavalcanti

– Edição fac-similar dos comentários à Constituição Federal de 19891.

LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA. Suplemento à 7.ª edição, 1990

LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA. 10.ª edição

– Código Eleitoral.

– Lei de Inelegibilidade.

– Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

– Eleições de 1994.

– Calendário Eleitoral e Legislação Correlata.

CÓDIGO CIVIL: ANTEPROJETOS. 6 volumes; edição de 1989

– *Volume 1:* Anteprojeto de Código das 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 Crédito (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 comparativo (volumes 1 a 5).

DECRETOS-LEIS. Série: volumes 13 e 15

– Volumes 13 (1972) e 15 (1973).

REGIMENTO INTERNO: SENADO FEDERAL

– Resolução n.º 93, de 1970: texto consolidado, com as alterações adotadas pelas Resoluções n.ºs 51, 58 e 63, de 1989, e 1, 9, 17 e 52, de 1990.

LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS. 3 volumes; 2.ª edição, 1987

– Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados; índice comparativo. Edição anterior à Constituição de 1988.

ANAIS DO SEMINÁRIO SOBRE MODERNIZAÇÃO LEGISLATIVA E DESENVOLVIMENTO POLÍTICO. Edição de 1976

VULTOS DA REPÚBLICA. Homenagem a Afonso Arinos de Melo Franco

– Ciclo de estudos comemorativo do Centenário da República, organizado pelo Instituto de Ciência política da Fundação Getúlio Vargas.

DADOS BIOGRÁFICOS DOS PRESIDENTES DO SENADO: 1826 A 1994

OS INCONFIDENTES JOSÉ DE RESENDE COSTA (PAI E FILHO) E O ARRAIAL DA LAJE. Rosalvo Gonçalves Pinto

– Homenagem ao sesquicentenário da morte de José de Resende Costa, Filho (17/6/1841-17/6/1991), e ao bicentenário da morte de Tiradentes e da condenação de José de Resende Costa, Pai, e José de Resende Costa Filho.

ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO

– 1.º volume: Defesa da Concorrência no Mercosul.

– 2.º volume: A Defesa contra as Práticas Desleais na Europa: um Exemplo a Seguir?

– 3.º volume: O Regime Comum de Origem no Mercosul.

– 4.º volume: ZPEs Brasileiras: A Necessidade de Mudanças no Contexto do Mercosul.

– 5.º volume: Disciplina da Concorrência e Controle das Concentrações de Empresas no Mercosul.

– 6.º volume: Os Efeitos do Art. 98 do Código Tributário Nacional e o Processo de Integração do Mercosul.

– 7.º volume: O Estabelecimento de uma Política Comum de Proteção do Meio-Ambiente – Sua Necessidade num Mercado Comum.

MANUAL DE PADRONIZAÇÃO DE TEXTOS DO CEGRAF. 2.ª edição

– Normas básicas de editoração para a elaboração de originais, composição e revisão.

GUIA DAS ELEIÇÕES DE 94

– Comentários à Lei n.º 8.713/93 e informações complementares.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL E LEGISLAÇÃO CORRELATA. 2.ª edição

– Lei n.º 7.210, de 1984 e legislação correlata.

– Código Penal e de Processo Penal; Leis das Contravenções Penais; de Prevenção e Repressão ao Tráfico Ilícito de Entorpecentes e sobre Crimes Hediondos.

COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO NO SENADO FEDERAL

– Sua história e desempenho no período de

1946 a 1989. Edição de 1990 de autoria de Mauro Márcio Oliveira.

– Pareceres produzidos (histórico), Brasília 1994, 3 volumes

CANUDOS E OUTROS TEMAS – Euclides da Cunha – 3.ª edição 1994

REGIMENTO COMUM DO CONGRESSO NACIONAL

CPI da Evasão Fiscal

– Relatório parcial, editado em 1992

Obras no prelo

OBRAS SOCIAL E POLÍTICA DE ALBERTO PASQUALINI – 4 volumes, edição 1994

– Textos Políticos da História do Brasil – volumes em processo de revisão final

REFORMA DO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO – volume III, editado em 1987

Estatuto da Criança e do Adolescente – 2.ª edição – em fase final de impressão

REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS E LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. Edição 1984

Constitution of the Federative Republic of Brazil – 2.ª edição em inglês – fase final de impressão

– Constitution de la République Fédérative du Brésil – edição em francês – fase final de impressão

RELATORIA DA REVISÃO CONSTITUCIONAL

Assinatura da

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

(n.º 125 a 128, jan./mar. a out./dez. 1995)

Os interessados deverão escrever ou telefonar para a Subsecretaria de Edições Técnicas solicitando o Catálogo de Publicações com os preços das obras. 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.

Nome:

Endereço:

CEP: Cidade: UF:

Telefone: Fax: Telex:

Data:/...../.....

Assinatura:

