

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

ISSN 0303-9838

ISSN 0303-9838

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**

VOLUME 91

1996

REV. DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, v. 91, 1996

"REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO"
(UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Em seu nonagésimo primeiro volume

Fundada em 1893, é publicada anualmente em um ou mais fascículos. À venda na Secretaria da Revista da Faculdade, Sala 101-I, Chefia Técnica de Imprensa.

© Todos os Direitos Reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita da Chefia Técnica de Imprensa e/ou do Presidente da Comissão de Publicações.

- 1 - Solicita-se permuta.
- 2 - On demande l'échange.
- 3 - We ask for exchange.
- 4 - Si richiede lo scambio.
- 5 - Pidese canje.
- 6 - Wir bitten um Austausch.

Revista da Faculdade de Direito / Universidade de São Paulo,
Serviço Técnico de Imprensa

Ano 1, n. 1 (nov. 1893) -
Edições Técnicas, 1893 -
v.

Anual

1. Direito - Periódico. I. São Paulo (Brasil). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Serviço Técnico de Imprensa.

CDD 340.05

CDU 34(05)

"REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO"

Endereço para venda e permuta:

CEP: 01005-010 - Largo de São Francisco, 95, Sala 101-I

Fone: 239-3077, ramais 2000 e 2021 (fax)

São Paulo - SP

REV DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, v. 91, 1996

EXPEDIENTE DA REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO

COMISSÃO DE PUBLICAÇÃO

Professores: Walter Barbosa Corrêa (presidente), Antonio Junqueira de Azevedo, Fábio Maria De-Mattia e Enrique Ricardo Lewandowski

CONSELHO EDITORIAL

Professores: Sílvio Rodrigues, do Departamento de Direito Civil; José Carlos Moreira Alves, do Departamento de Direito Civil; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, do Departamento de Direito do Estado; Fábio Konder Comparato, do Departamento de Direito Comercial; Tércio Sampaio Ferraz Júnior, do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito; Ada Pellegrini Grinover, do Departamento de Direito Processual; Miguel Reale Júnior, do Departamento de Direito Penal; Celso Lafer, do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito; Alcides Jorge Costa, do Departamento de Direito Econômico e Financeiro; Ivette Senise Ferreira, do Departamento de Direito Penal; José Eduardo Campos de Oliveira Faria, do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito; José Rogério Cruz e Tucci, do Departamento de Direito Processual; Antonio Scarance Fernandes, do Departamento de Direito Processual.

SERVIÇO TÉCNICO DE IMPRENSA

Chefe do Serviço Técnico de Imprensa:
Antonio Augusto Machado de Campos Neto
Marli Conceição Mathias (assessora)

Seção de Edição da Revista e Outros Periódicos:
Andréa Maria Lopes de Oliveira

Seção de Informática:
Leonidas Jean Balabakis

Editada pelo Serviço Técnico de Imprensa da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo.



CREDENCIAMENTO E APOIO FINANCEIRO DO:
PROGRAMA DE APOIO ÀS PUBLICAÇÕES CIENTÍFICAS PERIÓDICAS DA USP
COMISSÃO DE CREDENCIAMENTO

REVISTA

DA

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Reitor: Flávio Fava de Moraes

Vice-Reitora: Myriam Krasilchik

Pró-Reitor de Graduação: Carlos Alberto Barbosa Dantas

Pró-Reitor de Pós-Graduação: Adolpho José Melfi

Pró-Reitor de Pesquisa: Hugo Aguirre Armelin

Pró-Reitor de Cultura e Extensão Universitária: Jacques Marcovitch

Secretária Geral: Lor Cury

FACULDADE DE DIREITO

Diretor: Álvaro Villaça Azevedo

Vice-Diretora: Odete Medauar

PROFESSORES HONORÁRIOS

Ruy Barbosa (1849 - 1923)

Clóvis Bevilacqua (1859 - 1944)

Francisco Mendes Pimentel (1869 - 1957)

José Xavier Carvalho de Mendonça (1861 - 1930)

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda

Miguel Seabra Fagundes

PROFESSORES EMÉRITOS

João Braz de Oliveira Arruda (1861 - 1942)

Cândido Nazianzeno Nogueira da Mota (1870 - 1942)

José Manoel de Azevedo Marques (1864 - 1945)

Francisco Antonio de Almeida Morato (1868 - 1948)

José Upiano Pinto de Souza (1869 - 1957)

Reinaldo Porchat (1868 - 1957)

Antonio de Sampaio Dória (1883 - 1964)

José Joaquim Cardoso de Mello Neto (1883 - 1965)

Waldemar Martins Ferreira (1885 - 1965)

Lino de Moraes Leme (1888 - 1969)

Jorge Americano (1891 - 1969)

Honório Fernandes Monteiro (1894
1969)
Antonio Ferreira de Almeida Júnior
(1892 - 1971)
Noé Azevedo (1896 - 1972)
Nicolau Nazo (1895 - 1974)
Alvino Ferreira Lima (1888 - 1975)
Cândido Motta Filho (1897 - 1977)
Vicente Rão (1892 - 1978)
Sylvio Mutsuhito Marcondes
Machado (1906 - 1980)
Luís Eulálio de Bueno Vidigal (1911
1995)
José Carlos de Ataliba Nogueira
(1901 - 1983)
Moacyr Amaral Santos (1902 - 1983)
Alexandre Correia (1890 - 1984)
Ernesto de Moraes Leme (1896
1986)
Mario Masagão (1899 - 1979)
Basileu Garcia (1905 - 1986)
Joaquim Canuto Mendes de Almeida
(1906 - 1990)
Antonio Ferreira Cesarino Júnior
(1906 - 1993)
Philomeno Joaquim da Costa (1904 -
1995)
Washington de Barros Monteiro
João Baptista de Oliveira e Costa
Júnior
Miguel Reale
Celso Neves

PROFESSORES APOSENTADOS

Nair Lemos Gonçalves
João Bernardino Garcia Gonzaga
Antonio Chaves
Goffredo da Silva Telles Júnior
Sylvio Rodrigues
Geraldo de Camargo Vidigal

Ruy Barbosa Nogueira
José Cretella Júnior
Paulo José da Costa Júnior
Odon Ramos Maranhão (1924 - 1995)
Irineu Strenger
Vicente Marotta Rangel
Alexandre Augusto de Castro Corrêa
Rubens Limongi França
José Afonso da Silva
Alcides Jorge Costa

PROFESSORES CATEDRÁTICOS E TITULARES

José Carlos Moreira Alves
Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Dalmo de Abreu Dallari
José Ignácio Botelho de Mesquita
Fábio Konder Comparato
Amauri Mascaro Nascimento
Tércio Sampaio Ferraz Júnior
Ada Pellegrini Grinover
Octávio Bueno Magano
Yussef Said Cahali
Geraldo Ataliba (1936 - 1995)
Luiz Gastão Paes de Barros Leães
Cândido Rangel Dinamarco
Antonio Carlos de Araújo Cintra
Antonio Junqueira de Azevedo
Miguel Reale Júnior
Celso Lafer
Waldírio Bulgarelli
Eros Roberto Grau
José Maria Marlet Pareta
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Luiz Olavo Baptista
Fábio Maria De-Mattia
Álvaro Villaça Azevedo
Odete Medauar
Cássio de Mesquita Barros Júnior
Carlos Alberto Bittar

Rogério Lauria Tucci
Fábio Nusdeo
Vicente Greco Filho
Ivette Senise Ferreira
Régis Fernandes de Oliveira
João Grandino Rodas
Guido Fernando Silva Soares
Eduardo César Silveira Vita Marchi

PROFESSORES ASSOCIADOS

José Roberto Franco da Fonseca
Walter Barbosa Corrêa
José Eduardo Campos de Oliveira
Faria
Rui Geraldo Camargo Viana
Eduardo Lobo Botelho Gualazzi
Newton De Lucca
José Rogério Cruz e Tucci
Edmir Netto de Araújo
Maria Celeste Cordeiro Leite dos
Santos
Rodolfo de Camargo Mancuso
Carlos Alberto Dabus Maluf
Antonio Luis Chaves Camargo
Rachel Sztajn
Yonne Dolácio de Oliveira
Antonio Carlos de Campos Pedroso
José Carlos de Magalhães
Hermes Marcelo Huck
Enrique Ricardo Lewandowski
Luiz Carlos de Azevedo
Anna Cândida da Cunha Ferraz
Mônica Herman Salem Caggiano
Paulo Borba Casella
Antonio Scarance Fernandes
Mauro Rodrigues Penteado
Antonio Magalhães Gomes Filho
Sérgio Carlos Covello
Alaor Caffé Alves

PROFESSORES DOUTORES

Otávio Leitão da Silveira
Georgette Nacarato Nazo
Sergio Marcos de Moraes Pitombo
Paulo Salvador Frontini
Gerd Willi Rothmann
Teresa Ancona Lopez
Paulo Roberto Cabral Nogueira
Araminta de Azevedo Mercadante
Vera Helena de Mello Franco
Newton Silveira
Alcides Tomasetti Júnior
Kazuo Watanabe
Silmara Juny de Abreu Chinelato e
Almeida
Masato Ninomiya
Daisy Gogliano
Alvino Augusto de Sá
Priscila Maria Pereira Corrêa da
Fonseca
José Tadeu de Chiara
Custódio da Piedade Ubaldino Miranda
Antonio Martin
Giselda Maria Fernandes Novaes
Hironaka
José Alexandre Tavares Guerreiro
Antonio Carlos Marcato
Walter Piva Rodrigues
Nelson Ferreira de Carvalho
José Antonio de Andrade Martins
Paulo Guilherme de Almeida
Roberto João Elias
Roque Komatsu
Olavo Acyr de Lima Rocha
Wilson Hilário Borges
Fernanda Dias Menezes de Almeida
Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa
Paulo Celso Bergstrom Bonilha
José Reinaldo de Lima Lopes
Carlos Alberto Carmona
Ari Marcelo Solon

Sebastião Botto de Barros Tojal
Walküre Lopes Ribeiro da Silva
Anníbal Fernandes
Nestor Duarte
Estevão Horvath
Maria Helena Fonseca de Souza
Rolim
José Lopes Zarzuela
José Roberto dos Santos Bedaque
Carlos Borges de Castro
Maria Tereza Leopardi Mello
Nelson Mannrich
Irene Batista Muakad
Pedro Luiz Ricardo Gagliardi
José Luiz Gavião de Almeida
Sérgio Rezende de Barros
Marcelo Fortes Barbosa
Alberto do Amaral Júnior
Maristela Basso
Ignácio Maria Poveda Velasco
Eunice Aparecida de Jesus Prudente

ASSISTENTES

André Luiz de Mesquita
Eduardo Domingos Botallo
Humberto Marques Filgueiras
Lídia Reis de Almeida Prado
Anna Maria Martins
João Carlos Casella
Carlos Alberto Senatore
José Raul Gavião de Almeida
Elizabeth de Almeida Meirelles
Antonio Cláudio da Costa Machado
David Teixeira de Azevedo
Pedro Luiz Ricardo Gagliardi
Antonio Carlos Mendes
José Maurício Conti

AUXILIARES DE ENSINO

Octávio Pinto e Silva
Sonia Aparecida Costa Nascimento

ADMINISTRAÇÃO

Assistente Técnico Acadêmico: Gabriela Giannella Samelli
Assistente Técnico Administrativo: Vanderlei Ribeiro
Chefia Técnica de Imprensa: Antonio Augusto Machado de Campos Neto
Diretora do Serviço de Biblioteca e Documentação: Giacomina Del Valle de Paz Faldini

SUMÁRIO

HISTÓRIA DO DIREITO

- Origens do Direito da Concorrência3
Luiz Olavo Baptista
- O casamento e o dever de coabitação no Código de Hammurabi, no Pentateuco e na Lei de Manu27
Antonio Cláudio da Costa Machado

DIREITO ROMANO

- Observações sobre a sanção ("sanctio") das leis em Direito Romano.....37
Aracy Augusta Leme Klabin
- Algumas considerações à respeito do *beneficium competentiae*45
Ignácio Maria Poveda Velasco

DIREITO COMERCIAL

- Estrutura normativa da Lei n. 6.729 sobre concessões comerciais entre produtores e distribuidores de veículos automotivos terrestres63
Miguel Reale

DIREITO CIVIL

- Adoção. Indispensabilidade do exame de todos os elementos em favor do futuro e da felicidade da criança 107
Antonio Chaves
- A interpretação no Direito Agrário 127
Fábio Maria De-Mattia
- As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade 141
Fernando Campos Scaff
- Lo individual y lo colectivo en la realidad brasileña 161
Carlos Alberto Bittar Filho

DIREITO DO ESTADO

- O Estado Federado brasileiro, as relações entre os poderes, o direito de participação popular e as regiões metropolitanas..... 181
Eunice Aparecida de Jesus Prudente/Paulo José Villela Lomar
- O tribunal constitucional da Costa Rica..... 201
Marvin Carvajal Pérez
- Corporativismo estatal e societal: Estatuto do Ministério Público e proposta de Defensoria-Geral da Justiça 221
Alfredo Attié Júnior

DIREITO DO CONSUMIDOR

- A arbitragem e o Direito do Consumidor..... 265
Antonio Junqueira de Azevedo
- O Código de Defesa do Consumidor no sistema sócio-econômico brasileiro 277
Ada Pellegrini Grinover

DIREITO INTERNACIONAL

- Conflito de leis marítimas: questões prévias291
Vicente Marotta Rangel
- Geopolítica e Direito Internacional.....315
José Roberto Franco da Fonseca

DIREITO MUNICIPAL

- Eleições Municipais de 1996, com ênfase para o quadro de São Paulo.....333
Monica Herman Salem Caggiano

TRABALHOS ACADÊMICOS

- Saggio sulla filosofia estetica: appuntamenti semiotici sulla realtà estetica.....365
Eduardo Carlos Bianca Bittar

Aspectos penais da alienação fiduciária em garantia.....	379
<i>Guilherme Guimarães Feliciano</i>	
A inexistência de um sistema eleitoral misto e suas conseqüências na adoção do sistema alemão no Brasil.....	403
<i>Luís Virgílio Afonso da Silva</i>	
- Graciano e o processo medieval	413
<i>Acácio Vaz de Lima Filho</i>	

DISCURSOS E CONFERÊNCIAS

O sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	461
<i>Celso Lafer</i>	

Discurso da Posse da 94ª Diretoria do Centro Acadêmico XI de Agosto.....	489
<i>Gustavo Ungaro</i>	

RESENHAS

Gaetano Sciascia	495
<i>Alexandre Augusto de Castro Corrêa</i>	
Duas teses recentes de Direito Civil	499
<i>Alexandre Augusto de Castro Corrêa</i>	
Dano estético.....	503
<i>Alexandre Augusto de Castro Corrêa</i>	

<i>ARGÜIÇÕES E TESES DEFENDIDAS EM 1996.....</i>	<i>507</i>
--	------------

CONTENTS

HISTORY OF LAW

- Origins of Competition Law 3
Luiz Olavo Baptista
- Marriage and the duty of living together in the Code of Hammurabi, in the Pentateuco and in the Manu's Law.....27
Antonio Cláudio da Costa Machado

ROMAN LAW

- Remarks on statute sanction ('sanction') in Roman Law 37
Aracy Augusta Leme Klabin
- About considerations in the respect of the *beneficium competentiae*45
Ignácio Maria Poveda Veslasco

COMERCIAL LAW

- Norm structure of the Law number 6.729 about commercials concessions between producers and distributor's vehicles automotives terrestrials63
Miguel Reale

CIVIL LAW

- Adoption. The must for checking all of the elements for the benefit and the happiness of the child..... 107
Antonio Chaves
- Interpretation in Agrarian Law..... 127
Fábio Maria De-Mattia
- The new contracts and the contracting free will..... 141
Fernando Campos Scaff
- Individualism and collectivism in Brazilian reality..... 161
Carlos Alberto Bittar Filho

STATE LAW

- Brazilian Federal State, the relationships among its powers,
the right of popular participation and the metropolitan regions..181
Eunice Aparecida de Jesus Prudente/Paulo José Villela Lomar
- The Constitutional Court of Costa Rica.....201
Marvin Carvajal Pérez
- Social and state corporatism: Attorney General Statute and
a proposal for the Republic Attorney General221
Alfredo Attié Júnior

CONSUMER LAW

- Arbitration and the Consumer's Rights265
Antonio Junqueira de Azevedo
- Consumer Protection Code in the social and economic
context of Brazil 277
Ada Pellegrini Grinover

INTERNATIONAL LAW

- Conflict of maritime laws: previous matters 291
Vicente Marotta Rangel
- Geopolitics and International Law..... 315
José Roberto Franco da Fonseca

CITY LAW

- 1996 City Elections, with an emphasis in São Paulo reality333
Monica Herman Salem Caggiano

ACADEMIC WORKS

- Essay on aesthetic philosophy: semiotic remarks on aesthetic
reality 365
Eduardo Carlos Bianca Bittar

- Criminal aspects of trust	379
<i>Guilherme Guimarães Feliciano</i>	
The non-existence of a district electoral system and the consequences of the adoption of the German electoral system in Brazil.....	403
<i>Luís Virgílio Afonso da Silva</i>	
Gratianus and the medieval process of law	413
<i>Acácio Vaz de Lima Filho</i>	

SPEECHES AND CONFERENCES

The case resolution system adopted by the Trade World Organization	461
<i>Celso Lafer</i>	
Inauguration speech of the 94 ^a Administration of C.A. XI de Agosto	489
<i>Gustavo Ungaro</i>	

SUMMARY

- Gaetano Sciascia	495
<i>Alexandre Augusto de Castro Corrêa</i>	
Two recent theses on Civil Law	499
<i>Alexandre Augusto de Castro Corrêa</i>	
- Aesthetic Damage	503
<i>Alexandre Augusto de Castro Corrêa</i>	

<i>THESES SUSTAINED IN 1996</i>	507
---------------------------------------	-----

HISTÓRIA DO DIREITO

ORIGENS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Luiz Olavo Baptista

Professor Titular do Departamento de Direito Internacional da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

A expressão inglesa "fair play" resume, em primeiro plano, os fundamentos e a origem da legislação da concorrência - que visa assegurar um caráter de lealdade à competição no mercado.

Em segundo plano, o porquê da existência do direito da concorrência é justificado pela necessidade de regulamentação das imperfeições do mercado que pela suas limitações (como custos que, em tese, não seriam pagos por ninguém e a possibilidade de formação de monopólios) - não consegue regular-se somente pelo equilíbrio entre ofertas e demandas.

Atualmente, a concorrência desleal ao revés de outrora - é vista sob o prisma da defesa dos interesses da sociedade, em especial do consumidor, e, neste contexto, destaca-se o CADE (órgão instituído pela Lei n. 4.137/62) que vem impedindo que se estabeleçam monopólios ou outras formas de concorrência desleal em nossa economia.

Abstract:

The english expression "fair play" summarizes, foreground, the basis and the origin of the antitrust legislation. This expression intends to safeguard the loyalty towards market competition.

Secondly, the existence of antitrust legislation can be justified by the regulation necessity of the market's imperfections, since the market's limitations (as costs that, in thesis, wouldn't be payed, and the possibility of the monopoly formation) can't adjust itself, only by supply and demand equilibrium.

Nowadays, the unfair competition, differently from before, is focused under the society interests' defense and specially consumer's interests, in this context, a rises CADE, a body that exercises its activity fighting against the establishment of monopolies and other forms of antitrust in our economy.

Unitermos: legislação da concorrência concorrência desleal

O curso das políticas na História da Humanidade não é linear, mas, sim, senoidal, como que refletindo os movimentos de um pêndulo ao longo da evolução. Às idéias descentralizadoras, como o feudalismo, seguem-se as centralizadoras, como o absolutismo, às estatizantes, sucedem-se as liberais e vice-versa. Nesse incessante vai-e-vem, as distâncias entre um e outro extremo ficam menores, pois sempre algo da ideologia anterior ficou integrado à realidade política.

O Brasil não foge à regra. Do excessivo estatismo que a visão militar impôs ao Estado nos anos em que predominou, e em que, apesar do discurso contrário, o liberalismo praticamente desapareceu, substituído por uma política neo-mercantilista e centralizadora, incentivadora de monopólios, chega-se agora à maré desestatizante, liberal, inimiga dos monopólios.

Mas é fato que o monopólio é consequência do capitalismo sem peias, como a ditadura soviética o foi da visão leninista do socialismo, ambos tendentes a sufocar as liberdades humanas.

Assim, o ideal da preservação da liberdade de competição, pela repressão dos monopólios, gerou, nos EUA, no fim do século passado, mais precisamente em 2 de julho de 1890, a edição do Sherman Act, norma que criou o modelo do chamado direito *anti-trust*.

Ao mesmo tempo, subsistem mecanismos de controle da economia pelo Estado, consistentes na repressão a certas condutas que configuram o abuso ao direito de agir na economia, à liberdade de iniciativa, tais como as restrições decorrentes do poder de polícia.

Estas regras, por sua vez, haviam sucedido ao direito das corporações, conforme veremos mais adiante, neste apanhado histórico.

Todas têm em comum o fato de que abordaram o fenômeno econômico da concorrência, da competição econômica pelo mercado, e sobretudo no dizer de Menendez

"de algo aún más concreto, la significación jurídica de uno de los males que puede padecer esa competencia, una situación patológica que para seguir manteniendo la terminología clásica clasificaríamos como la enfermedad de la deslealdad"¹

1. *La competencia desleal*, Madrid, 1988, Sividas S/A, p. 21.

Para recordar essa trajetória começaremos pelo que ocorreu em outros países, cujo desenvolvimento econômico induziu o pioneirismo na legislação concorrencial, para depois chegar à evolução em direito brasileiro. Este roteiro permitirá, também, alcançar uma visão comparativa.

I Origem e fundamentos da legislação concorrencial

Um grande comercialista espanhol, o Professor Garriguez, lembrava em sua obra sobre a matéria² que a competição extravasa a economia e permeia o esporte, a ciência, e até mesmo o amor, acrescentando, com certa ironia que esta última

"es quizá la más dramática y aguda de todas las competencias, pues se trata de la lucha por una sola mujer, que no es fungible o sustituible por otra, como ocurre con los clientes en la lucha de los competidores mercantiles"

O fato é que presente em várias facetas da vida humana, o direito tem se preocupado, neste século, em regular esse fenômeno de natureza complexa e pluridimensional, a competição, para assegurar-lhe um caráter de lealdade, ou na expressão inglesa, *fair play* o que levou a diversos enfoques e enquadramentos jurídicos.

Entretanto, no campo da atividade econômica temos visto uma coerência evolutiva, e a tônica colocada na idéia de liberdade de concorrência.

Uma precisão se faz necessária, do ponto de vista histórico: o direito da concorrência tal como o conhecemos hoje não é o mesmo de suas origens.

Ele tem sofrido mutações qualitativas importantes, ligadas às dos meios de produção, e tão-relevantes, que nos podem levar, até mesmo, a supor que se trata de novos ramos do direito que foram criados. É bem verdade que esse fenômeno das mutações ocorre em muitos outros ramos do direito, e sua característica é a criação de novos modelos, muitas vezes sobrepostos aos antigos, que ampliam e modificam, como os templos dos astecas, construídos sobre os dos toltecas e os destes sobre os dos seus antecessores. Outras vezes, ocorre das

2. *La defensa de la competencia mercantil*, Madrid, 1964, p. 11 e ss.

instituições e regras antigas permanecerem atrofiadas, pela diminuição da importância relativa dos fenômenos econômicos a que se referiam, enquanto ao lado vicejam as novas, que respondem a realidades mais vigorosas e atuais. Vamos encontrar ambos os caminhos na regulamentação da concorrência.

O liberalismo cuja influência continua presente em nossos dias - sustentava uma visão utópica, a da liberdade de competição, que nunca passou de um modelo teórico econômico-filosófico. A realidade como a teoria econômica apontou é a da concorrência imperfeita, limitada pelas próprias deficiências dos mecanismos do mercado, tais como a heterogeneidade ou falta de homogeneidade dos bens, pela existência de interferências dos que podem afetar o mercado (atores mais poderosos, inclusive o Estado), e pelo próprio ordenamento jurídico. Não é o caso de examinar os fatores de ordem econômica, ou os aspectos da teoria econômica, que serão contemplados em outro lugar.

O fato é que, há limites para a liberdade de mercado, e na ordem jurídica, estes contêm os que a legislação impõe, visando preservar, na área que não toca, a concorrência. Ora, isto quer dizer simplesmente que determinadas práticas são reprimidas, pois se julgam serem danosas para a concorrência - por exemplo proíbem-se os acordos anticoncorrenciais, as colusões, as práticas abusivas fundadas numa posição dominante.

Ao fazer o exame arqueológico do direito da concorrência encontramos, na camada superior o que se chama usualmente de direito antitruste, e abaixo, nas fundações deste, a repressão à concorrência desleal. Esta visa o fenômeno da deslealdade sob o prisma individual, aquele sob a óptica social. Uma refere-se ao dano que a conduta ilícita acarreta diretamente à vítima, a outra endereça-se - em geral sem ignorar a sorte do concorrente atingido - às práticas que tendem ou alcançam a idéia de concorrência mesma e a estrutura do mercado.

O que une estas abordagens é a idéia de que a noção de competição é uma só, e que ela só se justifica economicamente com base no *princípio da eficiência*, e que do ponto de vista jurídico os interesses tutelados são os mesmos, porém em círculos concêntricos cada vez maiores: a proteção do competidor direto, e a de todos os participantes do mercado, - competidores (produtores, comerciantes, prestadores de serviços etc.) e consumidores, - do interesse coletivo, na conservação do mercado.

Como se sabe, o liberalismo econômico nunca chegou a ser a teoria dominante no Brasil, apesar dos discursos abundantes contra e a favor do mesmo,

nem chegou a seguir aqui o curso de sua evolução completa, tendo sempre predominado, isso sim, e ainda que travestido de liberalismo, o mercantilismo ibérico e o neo-mercantilismo. Este deitou raízes durante a época colonial, reviveu sob o protecionismo do fim do século 19 e primeiro quartel deste, e sobreviveu desde os tempos coloniais.

Por isso, o direito antitruste nunca atingiu seu pleno desenvolvimento entre nós. É na Espanha como Portugal uma das pátrias dessa versão patrimonialista e burocrática do mercantilismo que vamos encontrar um paralelismo histórico, na evolução econômica e jurídica nesse campo.

No Brasil, como na Espanha, até há pouco, a legislação concorrencial era dispersa, lacunosa, fazendo-lhe falta uma sistemática processual adequada, além de ter sido menosprezada pela doutrina.³ Lá o direito da concorrência chegou tardio, como o capitalismo liberal; aqui, o mesmo acontece, com a diferença de que o capitalismo liberal chega em determinadas partes do país, enquanto em outras ainda subsiste a estrutura mais arcaica com as formas menos desenvolvidas da economia. Isso leva a que certas normas de efeitos hoje marginais na Espanha, aqui, ainda se revistam de importância maior.

À regulamentação corporativa - e portanto regulamentação da concorrência - passou-se à repressão à concorrência desleal - como mecanismo de proteção do direito de propriedade para, depois, pela generalização das regras, chegar-se, finalmente, ao direito *anti-trust*.

A concorrência desleal

Os modelos de regulamentação da competição desleal são vinculados ao chamado sistema econômico liberal.⁴

Até o advento deste, na época em que imperava o mercantilismo, as corporações mantinham um importante papel, e por essa razão falar em direito da competição não tinha cabimento. Na realidade, existiam regras de concorrência, mas não sobre a concorrência, pois as atividades econômicas eram regulamentadas pelas

3. A este propósito, basta ver como é pobre a bibliografia na matéria, no Brasil.

4. Conferir Franceschelli, *Trattato di diritto industriale*, Milano, 1960, I, p. 393 e ss; Ghidini, G. *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978, p. 14 e ss.

corporações que delas detinham o monopólio, e, depois, pelo estado absolutista.

Sob certo ângulo, pode-se, ainda, imaginar coincidências parciais entre a disciplina da competição desleal que se desenvolve e as regras anteriores. Entretanto, encarando o fenômeno de modo global, verifica-se que tanto no plano funcional quanto no qualitativo, elas são diversas. Os dois fenômenos normativos, a regulamentação da atividade profissional na época das corporações e na do mercantilismo, e o direito da concorrência, correspondem a atividades econômicas situadas cada qual em um plano histórico diferente, e num plano econômico diverso.

Assim, nos convém ignorar, aqui, a regulamentação de natureza corporativa ainda que no sistema brasileiro a mesma persista, como no caso de advogados, médicos, engenheiros, contadores, secretárias, bibliotecárias e muitas outras profissões para tratarmos do direito da competência, que é a disciplina moderna e que impera no mundo.

Esta se vincula de início à idéia de que a economia deveria reger-se pelo princípio da liberdade de indústria e comércio. É, entretanto, evidente que esse princípio, da liberdade de indústria e comércio, colocado em termos extremos no início do liberalismo, sofre uma transformação que acompanha as mudanças econômica, política e constitucional do mundo ocidental. Ocorre também o reconhecimento por parte da doutrina da inexistência da concorrência perfeita, e a necessidade de regulamentar as conseqüências dessa imperfeição. De qualquer modo, temos uma evolução histórica marcada pela diferença no interesse econômico tutelado.

Um autor, Aurélio Menendez,⁵ propõe três modelos, a que chama o primeiro, de *paleo liberal*, o qual era o imperante no início do século XIX, o segundo de *profissional*, o qual começa no início deste século, e o último, o denomina de *modelo social*, com início no término da Segunda Guerra Mundial, e que representa uma mudança qualitativa em relação aos modelos anteriores.

O modelo *paleo liberal* caracteriza-se pela falta de uma normativa geral. A disciplina da competência nele, resulta, segundo esse autor, muito fragmentada e contempla somente determinadas violações dos direitos da propriedade industrial.

5. *La competencia desleal*, Madrid, 1988, Sivas S/A, p. 28.

Entretanto, face ao impulso econômico, pouco a pouco vão se acrescentando novas regras e estas vão formando um novo corpo, que vem a ser o modelo *profissional*.

Este tem um caráter privado na sua normatização, embora o seu alcance seja geral.

Quer-se tutelar, de acordo com padrões de valorização profissional da classe empresarial, as posições que uma empresa adquiriu no mercado. Trata-se de um modelo que tem caráter monopolista. Aliás, tanto o modelo *paleo liberal* quanto este, por se fundarem na idéia de que a competição estava vinculada à propriedade industrial, tem este caráter monopolista.

É com o Sherman Act nos Estados Unidos, e depois, com normas parecidas, em outros países ao fim da Segunda Guerra Mundial, por influência norte-americana, que ocorre a mudança de rumo. Ou melhor, que há o marco dessa mudança.

Esta se caracteriza, como a anterior, fundamentalmente, pela troca de óptica e de valor protegido. Deixa-se de encarar a proteção do interesse da empresa, meta do modelo profissional, para encarar a proteção do interesse da sociedade, e, através dela, do consumidor. É a tutela do interesse dos consumidores, do interesse público genérico na manutenção de uma ordem concorrencial adequada, que vem caracterizar esta nova situação.

Vejamos a caracterização destes modelos um por um.

O modelo *paleo liberal*

O modelo *paleo liberal* de competição desleal está vinculado ao início da era industrial, e a sua característica, é a visão liberal clássica, isto é, a liberdade absoluta de indústria e comércio. Sucede aos regulamentos de atividades econômicas do mercantilismo, cujo fito era o de proteger os atores limitando ou impedindo a concorrência, interna ou internacional.

No modelo *paleo liberal*, admite-se que qualquer iniciativa seria legítima desde que ela não implicasse na violação de um direito da propriedade de alguém, ou não se violassem as normas penais, repressivas das fraudes mais graves.⁶ A expressão fundamental aí é fraude, a palavra-chave é dolo.

6. Veja-se a propósito Galgano, *Trattato di Diritto Commerciale e de Diritto Pubblico dell'Economia*, v. 3, Padova, 1979, p. 374 e ss.

É de se lembrar, para bem entender essas regras, o pensamento de Jean Baptiste Say.⁷ Este autor dizia que a intervenção do Estado nos processos concorrenciais só poderia justificar-se com o fim de evitar o engano no mercado (portanto as condutas dolosas), mas que, mesmo assim, não era desejável, pois, ao termo e ao fim, acabaria por prejudicar o tráfico econômico na sua generalidade.

Tratando-se de uma exceção à liberdade, as regras de concorrência tinham caráter proibitivo e se tratavam, por isso, de leis especiais. Pode-se dizer que a proteção era feita predominantemente pela via penal, e portanto só alcançava aqueles tipos que estavam descritos na lei penal, e era essa a única via.

Era normal, por isso, que a proteção se construísse de maneira fragmentária, isto é, a prática de um fato nocivo, (que depois iria ser definido como delito) é que gerava a necessidade de uma regra de proteção. Não se via, como hoje, o caráter genérico das condutas concorrenciais. Deve-se ver que na maioria dos países, em consequência disso, a disciplina da competição desleal se desenvolveu, então, sobre esta tutela da propriedade dos bens imateriais ou de monopólios legais, ou seja, na proteção sobretudo das marcas e depois também das patentes. Esta proteção das marcas e das patentes, num contexto penal e de alta tipicidade constituem aquilo que o autor já citado (Menendez) dizia ser "*um precipitado necessário dessa concepção inicial do ato de competição desleal, como uma lesão de direito de propriedade industrial*".⁸

Em consequência dessas teorias, a disciplina da concorrência é vista como proteção da propriedade, portanto o objeto aí é a propriedade, a tutela dos direitos sobre os bens imateriais ou de monopólio, em especial a marca.⁹

Também seria conveniente, para entender o modelo *paleo liberal*, levar em conta as necessidades da indústria, que então estava no seu nascedouro. Esta precisava de um certo campo livre para proceder a imitações e modalidades enganosas, como apontou Ramella.¹⁰

7. *Traité de économie, politique*, v. I, Bruxelas, 1827, p. 186 e ss.

8. Ob. cit., p. 33.

9. Cf. Pouillet, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*, Paris, 1898, p. VIII. V. também Jaeger "Valutazione comparativa degli interessi e concorrenza sleale", *Riv. Dir. Ind.*, 1970, p. 37; Le Moal, *Droit de Concurrence*, Paris, 1979, p. 163 e ss.; Callman, *The Law of Unfair Competition, Trademarks and Monopolies*, I, Mundelein, Illinois, 1967, p. 108 e ss.

10. *Tratado de la Propiedad Industrial*, Madrid, 1913, trad., p. 301.

A ausência de freios estatais, era vista como uma condição para a decolagem econômica e de existência do próximo sistema.¹¹

Uma vez consolidada a indústria, o suficiente para que não temesse a intervenção estatal em defesa de posições adquiridas no mercado, os próprios grupos empresariais mais fortes começaram a pressionar pela criação de uma disciplina da competição, que teve origem, em primeiro lugar, pela ação da jurisprudência. Aí, as empresas recorriam a autotutela defendendo-se das iniciativas desleais dos seus competidores.

Nesse caso, a criação de trustes e cartéis e acordos defensivos surgiu como uma consequência natural da economia competitiva, vista então sob uma óptica spengleriana de sobrevivência do mais forte ou apto. É este o modelo da maioria dos ordenamentos europeus durante o século XIX, e também daquele dos Estados Unidos.

O primeiro exemplo significativo de normas contra a concorrência desleal, que invocamos, é a experiência da Alemanha.

Em 1869, o tribunal (o *Reichsgericht*) dizia que todo o comportamento concorrencial que não fosse expressamente proibido pela lei, era admissível, proclamando o *Gewerbefreiheit*, ou seja, o princípio da liberdade de indústria e comércio.

Assim, era ilícita apenas a atividade como tal prevista: por exemplo na *Markenschutzgesetz* de 30.11.1874, que proibia, no âmbito penal e de modo muito restrito, determinadas práticas, como as falsas denominações de origem, ou a violação do uso de sinais distintivos.

A primeira ordenação específica da competição desleal da Alemanha aparece numa lei chamada *Gesetz zum Schutz der Warenzeichnung*, de 1894, que regulou penalmente certos atos de confusão, por exemplo a imitação de marcas e embalagens e a falsa utilização de denominação de origens. Mais tarde, uma outra lei, a *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerber* de 24.05.1896, proíbe o anúncio enganoso nos arts. 1º a 4º; os atos de depreciação da mercadoria de outrem, nos arts. 6º e 7º; os atos de confusão, no art. 8º; a violação dos segredos das indústrias dos arts. 9º e 10.

Na Áustria, seguiu-se um curso semelhante.

11. Esta postura sobrevive no pensamento de alguns economistas modernos, ainda que com modificações e tem sido apontada como um neo-mercantilismo; nesta visão moderna a proteção deveria ter alcance apenas local, negada aos estrangeiros.

Na França, buscaram-se os mesmos objetivos por outros meios. Toda a defesa da competência desleal se desenvolveu com base na jurisprudência e esta foi elaborada sobre o princípio da responsabilidade civil, contemplado no art. 1.382 do Código Civil.

Até meados do século XIX, o direito de marca era protegido por este caminho. Os tribunais, como dizia Krasser, no volume sobre a França,¹² pretendiam compatibilizar a proteção da propriedade, com a extensão da liberdade de comércio e indústria.

Assim, era muito limitado o âmbito objetivo da regulamentação sobre a competência desleal. Depois, sempre a partir deste mesmo art. 1.382 do Código Napoleão, desenvolveu-se uma doutrina geral da concorrência desleal, que evoluiu até o segundo modelo de regulamentação.

Nessa evolução, verifica-se já na segunda metade do século XIX que o acento é colocado pelos tribunais não tanto na violação de um direito de propriedade industrial, quanto no aspecto doloso resultante do engano ou confusão que este contém.

Assim, o objeto da valoração deixa de ser o direito violado, para ser a conduta que causou o dano, no que coincide com a solução adotada na Alemanha.

Por aí, a jurisprudência foi se emancipando pouco a pouco da contemplação do direito violado e se encaminhou para um âmbito de discricionariedade maior, unindo sempre a repressão à deslealdade, portanto, sempre tentando julgar uma conduta.

Daí, chegou à construção de um sistema normativo sobre a competição desleal, baseado numa cláusula geral de responsabilidade extra-contratual.

Todo o tipo de confusão era punido, ainda que não tivesse por objeto a propriedade industrial, os elementos da empresa de valor competitivo, como seus ornamentos, segredos industriais, crédito industrial, reputação, marcas, denominações de origem, os quais passaram, então a ser protegidos.

Na Itália, a doutrina da competição desleal teve início, como na França, no seio da responsabilidade civil (art. 1.151 do Código Civil de 1865) porém, a evolução italiana, mais tardia, não deu lugar a uma disciplina geral da

12. France, in Ulmer et. al. *La répression de la concurrence déloyale dans les états membres de la CEE*, Paris, 1972, p. 147 e ss.

competição desleal, mas apenas a um caminho que protegia determinadas condutas típicas.

Os critérios valorativos da antijurisdicidade eram extraídos sempre do Direito Penal. De qualquer modo, é só em 1928, ao se dar eficácia interna ao art. 10 bis da União de Paris, que a Itália começa a ter uma disciplina geral relativa a competição desleal.

Vejamos agora o nosso paradigma, a Espanha.

O direito espanhol baseava-se em artigos do Código Penal espanhol de 1848, (art. 457); essa regra vedava e punia a violação de direitos sobre sinais distintivos. A longa série de códigos penais que se sucederam, (1850, 1870, 1928, 1932, 1944, e 1973) mantém a proteção para as marcas criadas ao abrigo do Real Decreto de 20 de dezembro de 1850, e depois da Lei da Propriedade Industrial de 1902.

Quando essa Lei foi editada não havia na Espanha uma legislação específica de repressão à concorrência desleal de caráter privado, mas apenas as leis mencionadas, de caráter rigorosamente penal.

Aliás o mesmo ocorria com a lei portuguesa, e no Brasil. Nestes países, como na Alemanha e na Áustria, a matéria é vista sob a óptica penal, ao contrário do que ocorreu na França e na Itália, onde era encarada a partir de uma plataforma civil. Esta permitia uma regra genérica de aplicação casuística, enquanto o primeiro enfoque exigia a definição precisa do tipo incriminado - *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

É bem verdade que o ilícito penal pode servir de base para uma indenização. Mas o fato é que a proteção da marca - e a repressão da concorrência desleal - se faz pela via penal. A limitação da indenização aos fatos incriminados, nessa fase, era o divisor de águas entre uma cláusula geral e a proteção fragmentária e específica. E ao lermos os textos dos autores nacionais como os dos ibéricos vemos esse panorama, em que a idéia liberal de liberdade de concorrência ainda não havia alcançado o seu zenite, antes encontrava-se num alvorecer cinzento.

De todas as maneiras, o modelo *paleo liberal* evolui seguindo os passos da consolidação do liberalismo na economia internacionalmente. Ele muda, em razão da pressão de um empresariado nascente, que pedia uma proteção das posições que havia adquirido no mercado. É a origem do novo modelo que examinaremos.

O modelo *profissional*

Desde o final do século XIX, e nos princípios do atual, a demanda por uma legislação que sob o prisma profissional - protegesse as posições que cada um havia conquistado no mercado. É a comunidade empresarial que passa assim a determinar as regras¹³ de conduta correta, e a pedir a incriminação das que vêm como desleais. É nesta fase que se pode falar corretamente de uma disciplina da concorrência desleal.

É então que surge a técnica da chamada *cláusula geral*. Essa passa a ser a regra dominante na disciplina da matéria, pois serviria para proteger a empresa mais além do que o permitia a sistemática do modelo profissional.

O interesse jurídico tutelado deixa de ser a propriedade, para ser o conjunto dos interesses da empresa em relação a outras, dentro do mercado. A introdução da noção de mercado é a grande novidade nesta mutação. Lendo a exposição de motivos da lei alemã de 1909 que serviu de paradigma para o modelo profissional vemos que para o legislador de então:

"a tutela do público consumidor não constitui o objeto de uma lei contra os atos de concorrência desleal, muito embora as regras que se destinam a reforçar a confiança recíproca nas relações entre empresários vão, indiretamente, coincidir com os interesses dos consumidores"

Os empresários então usaram sua influência para obter que a legislação concorrencial submetesse o julgamento da deslealdade a um padrão da classe (como ocorre nos processos disciplinares nas corporações profissionais do Brasil) e conseqüentemente passam a estabelecer os parâmetros que separam da concorrência lícita a ilícita.

Em suma, o ato de concorrência desleal era um ilícito profissional, uma violação às regras da deontologia, e o direito da concorrência um direito profissional.

Eis porque a tônica passa do penal para o cível, e as sanções encontram-se no âmbito do direito privado: perdas e danos, interditos proibitórios,

13. Veja-se, para um estudo mais profundo deste aspecto, a obra citada de G. Ghidini, *Slealtà della concorrenza*, p. 28 e ss.

etc. A finalidade das sanções é fazer cessar a prática do ato assim como de compor os prejuízos.

Na Alemanha, que como vimos foi o paradigma para este modelo, a *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerber* a lei de concorrência de 1909 a que nos referimos atrás contém a mãe das cláusulas gerais:

"Quem no tráfico econômico desenvolva comportamentos competitivos que sejam contrários aos bons costumes pode ser demandado para que cesse os mesmos e indenize os danos causados"

A lei legitima as corporações profissionais a agirem, e tipifica algumas hipóteses de concorrência desleal.

A lei austríaca de 23 de setembro de 1923 a *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerber* segue esse mesmo modelo, e ainda é inspirada nele - apesar de mais evoluída - a lei suíça de 29 de setembro de 1943.

Na Itália, segue-se outro caminho, paralelo. Depois de vários fracassos legislativos, um Decreto Real de 10 de janeiro de 1926 manda aplicar o art. 10 da Convenção da União de Paris. E, depois, os arts. 2.598 e 2.599 do Código Civil de 1942 vem consolidar a idéia da cláusula geral, contida no primeiro, utilizando-se do critério da *correttezza professionale*, a qual é certamente medida segundo o padrão profissional. O segundo legitima as associações profissionais a agirem.

Na França, a evolução prossegue pela via jurisprudência, pois os tribunais desenvolvem a noção de *concurrence déloyale*, sempre no quadro da responsabilidade civil e ao abrigo do art. 1.382 do Código Civil.

Por isso, a legitimidade para agir era sempre do prejudicado direto, porém uma lei de 21 de março de 1894, modificada por outra de 5 de março de 1908, legitima as ações de associações profissionais.

É a partir dessa experiência que na Europa continental se desenvolve a doutrina da concorrência desleal, firmada em alguns pontos basilares tais como a determinação do bem jurídico protegido, a identificação dos critérios identificadores da deslealdade, e o estabelecimento dos pressupostos de aplicação desse direito.

É preciso sublinhar que apesar da generalização, o fundamento continua a ser individualista, razão pela qual a doutrina segue a trilha do direito subjetivo que é lesado pelo ato de concorrência desleal.

Essa raiz individualista faz com que a ação do Estado se deva revestir de um caráter de neutralidade passiva, isto é como mero instrumento de composição de conflitos entre empresários.

É importante ressaltar que esta postura conduz à proteção de posições conquistadas no mercado, e por conseguinte fortalece os mais fortes, levando ao monopólio (que, aliás não condena).

A cláusula geral também atua como um endereçador a parâmetros profissionais. Assim se constata ao ver que na lei alemã, fala-se de *bons costumes*, na italiana, de *correção profissional*, na lei suíça, em *boa-fé objetiva*, e no art. 10 da União de Paris, em *usos honestos em matéria industrial e comercial*. A interpretação destas expressões se faz segundo duas vertentes principais - uma baseia-se nos usos e costumes do comércio, isto é, numa visão sociológica, e outra, numa interpretação moral, pelo que foi chamada de corrente deontológica.

Por esta razão na primeira corrente predomina um enfoque mais objetivo é a conduta que interessa, a despeito das intenções e na segunda um modo de ver subjetivo onde a conduta é valorada, exigindo-se um intuito fraudulento, a má-fé, a consciência de agir deslealmente, etc.

As duas correntes têm em comum o fato de que a integração se faz com elementos estranhos à norma, e que a conduta só é ilícita quando se realize numa relação de concorrência. Esta é com efeito o pressuposto da aplicação da norma, o que leva a que vítima e delinqüente devam ser empresários, dedicados a atividades análogas.

Na Espanha, nosso paradigma, como no Brasil é pela porta da União de Paris, e de seu art. 10 que penetra a idéia de concorrência desleal e a sua repressão. Mas, lá como aqui essa norma foi de aplicação rara, e conhecimento escasso. Permaneceram vigorosas aquelas do modelo anterior.

Esse panorama segue em todo o continente europeu e na América Latina até os anos seguintes ao término da Segunda Guerra Mundial, quando sob o impacto da hegemonia dos Estados Unidos e do advento da bipolaridade, faz-se sentir a ideologia do Sherman Act.

É o advento do modelo social.

O modelo *social*

É o rompimento da ligação até então existente entre o interesse do empresariado concorrente (da lealdade profissional, ou da conduta profissionalmente correta) e o interesse social, predominando este sobre aquele. Pouco a pouco, a sociedade faz sentir o seu interesse na existência da concorrência e não do resguardo de posições de mercado.

O objetivo da proteção passa a ser a tutela dos direitos dos consumidores a um mercado livre e competitivo, o que representa o interesse público.

A atuação do estado deixa de ser a da neutralidade passiva para ser a da intervenção ativa. Para isso deixa-se de medir as ações do empresário sob o prisma da incorreção da conduta face a padrões da classe empresarial, para valorá-la face aos resultados que pode produzir do ponto de vista do direito dos consumidores a um mercado competitivo e de livre acesso. Práticas que nunca tinham sido condenadas, como os preços predatórios, os cartéis, certos acordos de distribuição, vendas vinculadas etc., passam a ser incriminadas.

Nasce aí o direito antitruste. Ele tem o condão de fazer passar a livre concorrência de um "estado natural" como o via o liberalismo do século passado - para uma exigência legal.

Está aí o embrião das normas de proteção ao consumidor individual, que antecederam as normas de proteção em massa do consumidor¹⁴ e as regras de defesa da concorrência (e não dos concorrentes) que ocupam o espaço antes ocupado pela lei da sobrevivência do mais forte no mercado. É o nascimento do direito antitruste.

O Direito Antitruste

O capitalismo como o "*conjunto de comportamentos individuais e coletivos, atinentes à produção, distribuição e consumo dos bens*"¹⁵ é o objeto da atuação do ramo do Direito regulador desses comportamentos.

14. Cf. Baptista, L. O., *O código de defesa do consumidor ...*

15. Rusconi, G. E. vo. Capitalismo, in *Dicionário de Política*, N. Bobbio e os., p. 141.

Com efeito, o que distingue o capitalismo de outros meios de produção conhecidos historicamente é a propriedade privada dos meios de produção *"para cuja ativação é necessária a presença do trabalho assalariado formalmente livre, um sistema de mercado baseado na empresa e na iniciativa privada, individual ou coletiva, e, finalmente, processos de racionalização dos meios e métodos para a exploração das oportunidades de mercado visando o lucro e o desfrute do capital, distribuídos por toda a sociedade"*. É esta característica, da distribuição das oportunidades, conjugada com a da liberdade econômica que fizeram com que a idéia de capitalismo se associasse com a de liberalismo ou de sistema político liberal, de modo que, na sua formulação clássica, um não se realiza sem o outro.

Na medida em que se falou de racionalização da economia e em assegurar a todos a possibilidade de exercer uma atividade econômica, logo surgiu a necessidade de regular os abusos. Estes decorrem da posição dominante, da vontade de viciar o mercado por práticas ditas anticoncorrenciais, como também da utilização de artifícios e fraudes na venda de mercadorias.

É, portanto, dentro da óptica do controle dos abusos à liberdade de iniciativa que toda a legislação econômica repressiva moderna veio a ser criada, interpretada e aplicada.

Entretanto mesmo nessa óptica, o percurso da regulamentação da matéria foi longo.

II - Origem da legislação de repressão dos abusos de poder econômico no Brasil

É à Constituição de 1934 que se costuma atribuir a primazia do emprego da expressão "economia popular" no Direito brasileiro. O art. 117 da chamada "Polaca" dispunha:

"A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e nacionalização das companhias de seguros, em todas as modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País".

Podemos tomar essa como o marco inicial desta retrospectiva histórica que pode ser repartida em dois períodos: o de Vargas, e o que sucedeu à Constituição de 1946.

A) Repressão dos abusos de poder econômico no Período Vargas

A Carta de 1934, inaugurava a expressão "economia popular" sob a inspiração de Francisco Campos, homem fascinado por Mussolini e pelas doutrinas do fascismo.

Este como se sabe, na órbita econômica, era a resultante da mescla de doutrinas socialistas maldigeridas, com uma visão autoritária do Estado, o que resultava num capitalismo de Estado.

Mas essa norma constitucional não chegou a produzir mais efeitos sobre a ordem jurídica brasileira e a estrutura do mercado, além da criação de mais um cartório, o das seguradoras.

Logo essa Carta é revogada, e a que lhe sucede, em 1937, dispunha o art. 141,

"A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequados à sua pronta e segura punição"

Campos logo regulou o dispositivo, também de sua inspiração, usando dos poderes que o cargo de Ministro da Justiça lhe dava. Foi o Decreto-lei n. 869, de 18 de novembro de 1938, conhecido depois como "lei dos crimes contra a economia popular", e a seu propósito, disse¹⁶ o Ministro signatário:

"O segundo fim da lei é evitar o bloqueio da concorrência por meio de arranjos, combinações ou organizações destinadas a estabelecer o monopólio em certos ramos da economia pública ou a restringem a

16. 76, RF, pp. 588, 589, 590, 1938.

livre competição, indispensável ao desenvolvimento industrial e comercial do País.

A economia de criação se desenvolve no mercado livre, em que o preço é determinado pelos fatores econômicos, reais, como juros ao capital invertido, mão-de-obra, matéria-prima, impostos, transportes, enfim, o que se abrange com a denominação geral de custo da produção. A concorrência determina cada dia maior baixa de preço de custo e, conseqüentemente, maior expansão do consumo, do que resulta um elevamento do nível geral de bem estar do povo.

No momento, porém, em que determinado número de empresas fortes se aliam para tomar conta do mercado, surgem as combinações, os trustes e os cartéis. Os preços passam a ser decretados por uma minoria de especuladores, cujo âmbito de ação se irradia de acordo com os lucros obtidos artificialmente, resultando daí a sujeição da imensa maioria aos seus desígnios que, dentro de pouco, ultrapassam o simples terreno econômico"

O Decreto-lei n. 869 era, porém, mais que uma lei antitruste, como se as conhecia na época. A seu propósito, doutrinava Nelson Hungria,¹⁷ autor do projeto:

"Pode dizer-se de modo geral, que o decreto lei n. 869 considera crime contra a economia popular todo fato que represente um dano efetivo ou potencial ao patrimônio de um indefinido número de pessoas. As entidades criminais que ele define podem ser assim classificadas:

- a) monopólios;*
- b) artifícios, fraudes e abusos contra a economia popular;*

17. *Dos crimes contra a economia popular*, Rio de Janeiro, 1939, p. 16.

c) usura (pecuniária e real).

As ávidas concentrações capitalistas, o arbítrio dos interesses individuais coligados, a opressão econômica, a artificial desnormalização dos preços, os lucros onzenários, o indevido enriquecimento de alguns em prejuízo do maior número, as 'arapucas' para captação do dinheiro do povo, as cláusulas leoninas nas vendas a prestações, o viciamento dos pesos e medidas e, em geral, as burlas empregadas em detrimento da bolsa popular já não poderão vingar impunemente"

Mas os tempos ainda não eram maduros para a aplicação do direito antitruste - mal havia se iniciado o processo de industrialização - e por isso num só caso, ao que consta, foram os dispositivos concernentes à matéria aplicados. Foi numa consulta feita a propósito de contratos passados entre a Standard Oil Company do Brasil com proprietários de postos de gasolina, respondida por Anibal Freire, então Consultor Geral da República e aprovada por Vargas.¹⁸

Entretanto, na parte concernente ao controle de preços, supressão de fraudes e artifícios na venda de mercadorias, o decreto teve aplicação mais ampla.

Atribuiu-se à falta de um organismo especializado, nos moldes do norte-americano, a não-aplicação da norma em matéria de antitruste.¹⁹ Não creio que essa explicação seja convincente, ou pelo menos seja no todo verdadeira - a verdade é que a implantação de uma economia em moldes capitalistas modernos é mais tardia, e não havia fatos a serem regulados naquela fase da história econômica.

É, em 1945, que as coisas começam a mudar, e Agamenon Magalhães, Ministro da Justiça, faz editar o Decreto-lei n. 7.666, de 22 de junho de 1945, precursor da que viria a ser a lei antitruste, fruto do projeto que o mesmo Agamenon Magalhães veio, depois, a apresentar à Câmara dos Deputados, após a Constituição de 1946.

O Decreto-lei n. 7.666-45 apresentava como inovação considerável sobre o anterior a criação do organismo de controle - chamado já de CADE, e introduzia um esboço da lei que veio depois a ser editada.

18. *Diário Oficial da União*, 20 de março de 1939, I, p. 6276-7.

19. Shieber, Benjamin M., *Abusos do Poder Econômico*, São Paulo, 1966, p. 6.

B) Da Constituição de 1946 a nossos dias

A lei antitruste, na vida de Agamenon Magalhães, desempenhou o mesmo papel da lei do divórcio, para a de Nelson Carneiro. Essa bandeira, desfraldada em 1945, com o Decreto-lei n. 7.666, é seu estandarte na Constituinte de 46, em cuja 7ª subcomissão foi o relator da matéria sobre a ordem econômica e social. Aí teve a oportunidade de inscrever o art. 148, justificando-o:²⁰

"A característica da economia liberal é a livre disposição dos meios de produção. Todos os indivíduos participam desses meios, tendo liberdade de iniciativa ou de empresa. A livre concorrência é, portanto, a base da economia liberal.

...

Que é, então, o poder econômico? O poder econômico é o que resulta da posse dos meios de produção. Quando esses meios de produção, em certos setores da atividade, são dominados por um indivíduo ou um grupo de indivíduos, são dominados por uma empresa ou por um grupo de empresas, evitando que outros deles também possam dispor, há abuso do poder econômico.

Que deve, nessa emergência, fazer o Estado, que é liberal, que tem por fundamento econômico a livre concorrência? Intervir para evitar ou suprimir o abuso.

Eis aqui a razão do art. 148 da Constituição de 18 de setembro de 1946.

...

Eis aqui a razão do nosso projeto que regula a repressão ao abuso do poder econômico em obediência àquele dispositivo constitucional"

Aprovada a norma constitucional, Agamenon Magalhães quis regulamentá-la, e para isso apresentou o projeto de lei 122-1948, que continha a

20. Magalhães, Agamenon. *Abuso do Poder Econômico*, 124, RF, 1949, p. 601.

mente da Lei n. 4.137, aprovada e sancionada, mais de quinze anos depois, após tumultuado curso no Congresso, que não é o caso de aqui recordar.

O Decreto-lei n. 7.666 foi revogado pelo Golpe de Estado de 29 de outubro (queda de Vargas), tendo ficado a matéria do antitruste e dos crimes contra a economia popular sem regulamentação até 1951, quando foram editadas as leis ns. 1.521 e 1.522 que estabeleciam um sistema administrativo de controle de preços, restabelecendo em matéria de antitruste o que constava no Decreto-lei n. 869 de 1938. Foram essas leis que criaram a famigerada COFAP, da qual a maioria de nós se recorda e que foi a antecessora da SUNAB e do CIP.

Com o advento da Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, passou o País a ter não só uma legislação antitruste, como também o órgão destinado a dar-lhe aplicação, o CADE. A lei teve o seu primeiro regulamento no Decreto n. 52.025, de 20 de maio de 1963.

Cabe uma palavra sobre essa norma e suas finalidades. E é sobre a matéria de sua constitucionalidade. O art. 148 da Constituição Federal de 1946 determinava que:

"A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de 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".

O problema, que nunca foi posto ao S.T.F., era o do alcance do art. 148: alguns intérpretes realçavam a expressão *"toda e qualquer forma de abuso de poder econômico"*. aumentando a esfera do poder repressivo do Estado. A questão suscitada pelo Deputado Ulisses Guimarães,²¹ já quando do exame do projeto de que resultaria a Lei n. 4.137 pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, nos seguintes termos:

"O poder econômico pode ser usado e abusado. O uso não pode se degenerar em abuso. Bem como a contenção do abuso não pode se extremar na supressão

21. Parecer do Relator designado Ulisses Guimarães, da Comissão de Constituição e Justiça, de 29 de abril de 1961, Suplemento A, p. 37, D.O.

ou limitação do uso. Seria como o remédio que a um tempo matasse a doença e o doente. Em estilo compacto, é isso o que diz o art. 148 da Constituição Federal. A linha limítrofe separando o uso do poder econômico, como um direito do seu abuso, como um crime, é o primeiro dever e a maior dificuldade do legislador incumbido de traçá-la. Esse pesado e perigoso dever, o Congresso Nacional está emprazado a cumprir neste momento.

Como se leu, o art. 148 não se circunscreveu a cuidar do abuso econômico in genere, deferindo a lei ordinária, posterior, de teor jurídico complementar, em termos casuísticos ou de análise descrever e enumerar as espécies desses abusos. O art. 148 definiu uma das espécies do abuso do poder econômico, dando-lhe categoria constitucional pela sua gravidade e pela envergadura regional, senão nacional, do dano que causa. Nomeou os trustes, fazendo-o pela forma abrangente ou analítica das uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

No art. 154, explicita outra modalidade de abuso do poder econômico ao ordenar que a lei puna a usura em todas as modalidades".

No mesmo sentido opinou Themistocles Brandão Cavalcanti nos seus comentários à Carta de 46²² a quem ecoou Agamenon Magalhães, elaborando o seu projeto nos limites mais amplos da interpretação daquele artigo.

O Deputado Jacob Frantz exprimia a posição contrária, que resultou, em parte, vencida na Comissão de Constituição e Justiça:

22. A Constituição Federal Comentada, 3ª ed., v. 30, 1958, p. 265.

"Dentro do entendimento inflexível do texto do art. 148, pergunto: deve a lei exigir a constatação do domínio do mercado, da eliminação da concorrência ou do aumento de lucros, para caracterizar o ato ou fato punível, ou deve a lei fazer essa mesma exigência também para todas as outras formas genéricas de abuso a que se reporta o art. 148?"

As minhas dúvidas fundavam-se, com razão, na circunstância de se encontrarem inseridos em todas as proposições, projeto inicial, substantivos, disposições que jamais terão por efeito o domínio dos mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros, arroladas, no entanto, como formas de abuso do poder econômico.

Depois de muita meditação, cheguei à convicção de que em boa lógica e para os objetivos da lei em elaboração, não se pode desvincular aquelas três conseqüências de que fala o art. 148. Em outras palavras: os atos ou fatos dos quais não resulte o domínio dos mercados, ou a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros, não podem ser arrolados como sendo abuso do poder econômico nem podem ser passíveis de punição dentro da lei que irá regular a repressão dos atos legitimamente abusivos.

... (omissis) ... Assim, aceito como certo o critério de que as uniões ou os agrupamentos de empresas, ou quaisquer outros atos ou fatos somente passam a ser infringentes da lei quando deles resulte, inquestionavelmente, o domínio dos mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros".²³

23. Suplemento A, D.O. de 20 de abril de 1961, p. 45.

e Pontes de Miranda exprimiu posição idêntica no seu comentário àquela Constituição.²⁴

Com efeito, a Lei n. 4.137 enquadra-se nos limites daquela Constituição salvo quanto ao art. 5º, que pune "*a empresa que, operando em condições monopolísticas, interromper ou reduzir em grande escala sua produção sem justa causa ... para provocar ... a paralisação de indústrias que dela dependam*". Realmente parecia difícil encontrar a conexão entre este dispositivo e os bens jurídicos tutelados, referidos no art. 148 da Carta de 46. A abusividade do ato sob o ponto de vista econômico parece evidente, mas, sob a óptica constitucional ficou duvidosa a conexão.

O exemplo serve para mostrar a dificuldade de que se reveste a matéria e o fato de que a constitucionalidade da Lei n. 4.137, embora não extreme de dúvidas nunca foi argüida de modo sério e consistente. Esse fato, por si só, serve para demonstrar que o CADE foi inócuo ou inoperante.

Hoje, a realidade é outra. Após uma série de medidas legislativas, temos uma nova lei.

São Paulo, março de 1996.

24. *Comentários à Constituição de 1946*, 3ª ed., t. V, 1960, p. 501.

O CASAMENTO E O DEVER DE COABITAÇÃO NO CÓDIGO DE HAMMURABI, NO PENTATEUCO E NA LEI DE MANU

Antonio Cláudio da Costa Machado

Professor Assistente do Departamento de Direito Processual da FDUSP

Resumo:

Textos legais que integram as antigas legislações babilônica, judaica e hindu revelam as possíveis origens de alguns comportamentos concernentes ao dever de coabitação e de fidelidade incorporados na disciplina do casamento romano.

Abstract:

Legal texts that make whole of the ancient babylonian, jewish and hindu legislation reveal the possible origin of some kinds of behavior concerning to the cohabitation and faithfulness duty incorporated in the roman marriage discipline.

Unitermos: Coabitação, fidelidade, divórcio.

1. O objeto deste pequeno trabalho é o estudo comparado do dever de coabitação e de fidelidade e suas conseqüências na legislação de três grandes civilizações da Antigüidade: a babilônica, a judaica e a hindu. O intuito específico é o de buscar possíveis origens de práticas incorporadas nos institutos do repúdio e divórcio romanos.

2. Dissertando a respeito do dever de coabitação, ensina Álvaro Villaça Azevedo que o casamento romano "*surgia sem necessidade de forma jurídica*" e que no seu bojo se incluía o dever coabitacional. Citando Charles Mayns, conclui o mestre que a lei romana encarava tal dever no plano ético "*muito embora tenha, em algumas disposições de caráter positivo, acolhido essas relações morais como na imposição do dever de fidelidade*" (*Dever de Coabitação Inadimplemento*, São Paulo, Bushatsky, 1976, capítulo II, p. 58).

Antes de enfrentarmos o dever em questão, uma palavra sobre a constituição do casamento no direito comparado.

Se, em Roma, o casamento nascia independentemente de forma jurídica,

na Babilônia, para a constituição do vínculo matrimonial, era necessária uma formalidade essencial, o contrato escrito, de acordo com o § 128 do Código de Hammurabi que remonta ao século XVII a.C. Os romanos, extremamente práticos em suas soluções, jamais se submetiam a formalidades que não tiveram aceitação anterior e que sempre se revelaram desnecessárias para a segurança do casamento. O Pentateuco surgido no século XV a.C. não previa qualquer forma, bastando o relacionamento sexual para a sua consumação. Nenhuma formalidade estrita, identicamente, era exigida pelas Leis de Manu, compiladas na Índia no século V a.C.; apenas a união das mãos dos esposos era parte essencial da cerimônia de casamento, chamado, por isso, *panigraha* (Leis de Manu, Santiago do Chile, Ercilla, 1941, nota 1, p. 40).

3. Especificamente no que concerne ao dever de fidelidade, expressão do dever de coabitação, observa o professor Álvaro Villaça Azevedo, apoiado agora por Max Kaser, que *"a fidelidade conjugal só foi obrigatória ao marido na era cristã, tendo sempre, obrigado exclusivamente a mulher"* concluindo, em seguida, que *"ante a quase nenhuma proteção à mulher, fica difícil, para não dizer impossível, a consideração das relações entre os cônjuges"*, cujos preceitos reguladores pertenciam à ordem ética (ob. cit., p. 59). Seja como for, embora não propriamente jurídico, mas ético, o dever de fidelidade existia pelo menos em relação à mulher, e seu descumprimento sempre gerou penalizações severas, de sorte que parece relevante traçar o paralelo entre as grandes legislações anteriores à romana no que concerne ao tema.

Na Babilônia, o sistema familiar era nitidamente patriarcal. Cabia ao pai, dentro do seu vasto poder, por exemplo: vender a esposa e os filhos em virtude de dívida, embora por quatro anos somente (§ 117); casar-se com mais de uma mulher (§§ 145 a 148), embora, em geral, o casamento fosse monogâmico, segundo observação de Emmanuel Bouzon (*O Código de Hammurabi*, Petrópolis, 4ª ed., Vozes, 1987, p. 36); repudiar sua mulher, apesar das restrições impostas (§§ 138 a 141) e; ver sua mulher morta por afogamento, caso esta praticasse adultério (§§ 129, 130 e 133). Todo este contexto jurídico mostra claramente que só da mulher se exigia fidelidade e não do marido (faremos referência às exceções mais à frente).

Também entre os judeus, segundo o Pentateuco, pelo menos no princípio, o marido possuía dentre outros: o poder de vida e morte sobre mulher e filhos; poder sexual sobre suas escravas; a faculdade de casar com quantas mulheres desejasse (Ex. 21:9 a 10; Dt. 21:15 a 17; Gn. 21 e 29; I Reis 11); o direito de repudiar sua esposa (Dt. 24: 1 a 4) e, identicamente, de assistir seu apedrejamento em caso de

adultério (Ex. 20: 10 e 18; Lv. 18:20; Dt. 5:21). Tal disciplina revela, também, que a fidelidade era dever imposto exclusivamente à mulher.

Já no que concerne à civilização hindu, dada a enorme consideração de que era merecedora a mulher ("*onde se honram as mulheres, estão satisfeitas as Divindades; mas quando não são honradas, são estéreis todos os atos piedosos*": v. 56, L. III), como consequência, o casamento criava para os dois cônjuges o dever de fidelidade ("*que a mútua fidelidade se mantenha até a morte, tal é, em suma, o principal dever da mulher e do marido*": v. 101, L. IX). Assim, embora no direito hindu o marido exercesse grande poder sobre a esposa (v. 148, L. V; 5 a 7, 10, 12 e 46, L. IX) e esta, por sua vez, devesse a ele respeito "*como a um deus*" (v. 151 e 154, L. V), a infidelidade do marido também era considerada extremamente grave sob o ponto de vista moral, espiritual e jurídico (v. 48 a 52, 102, L. IX; 170, 178, L. X; 60, L. XI) mesmo que em certas classes fosse admitida a poligamia (v. g., v. 149 e 183, L. IX) e o divórcio reconhecido (v. 77 a 82, L. IX).

Do exposto, o que fica claro é que em termos do dever de fidelidade a postura legal romana mais se aproximava da babilônia e da judaica do que da hindu, o que se explica pelo fato das duas primeiras culturas terem exercido bem maior influência sobre os povos na Antigüidade, uma vez que a Mesopotâmia e a Palestina se encontravam no centro do mundo civilizado da época. Osvaldo Flávio Degragia assevera que as Leis de Manu "*influíram quase que exclusivamente na Índia, sem a penetração do Código de Hammurabi que se infiltrou na Síria, Judéia e Grécia*", concluindo, com citação de Jaime Altavila, que a lei babilônica "*representou um legado comparado ao que Roma fez ao mundo moderno*" (*O Poder Judiciário através dos tempos*, Porto Alegre, Livr. Sulina, 1968, p. 20).

4. Após reiterar a conclusão de que o dever de coabitação existiu no Direito Romano, passa o professor Álvaro Villaça Azevedo a elencar várias causas de dissolução do matrimônio mencionadas por Paulo: o divórcio, a morte, o cativo, ou por outra eventual servidão de qualquer dos cônjuges.

A partir deste paradigma, vejamos como os eventos referidos foram enfocados no direito anterior ao romano.

5. Quanto à morte, não há dúvida de que tanto no direito babilônico como no judaico este fato gerava a dissolução do casamento, permitindo à mulher casar-se outra vez. Entre os judeus, contudo, se o marido morresse sem deixar filhos, o

casamento subsequente da viúva deveria ser com seu cunhado (o irmão do marido) para suscitar descendência ao morto: o levirato (Dt. 25: 5 a 10). Já no que concerne ao direito hindu é interessante observar que as Leis de Manu não autorizavam o casamento da viúva: o v. 156, L. V, afirma que "*uma mulher virtuosa ... não deve fazer nada que possa desagradá-lo (o marido), seja durante a vida, seja depois de sua morte*"; no v. 157 encontramos que "*... depois de ter perdido seu marido, não pronuncie (a mulher) sequer o nome de outro homem*"; e no v. 158 "*que até a morte se conserve paciente e resignada, entregue a práticas piedosas, casta e sóbria*", observando a "*conduta das mulheres que não têm senão um só esposo*"

6. No que diz respeito ao cativo - que no Direito Romano tinha a qualificação de *capitis diminutio* máxima, só desaparecendo com a *post liminium*, sem, contudo, restaurar o casamento - bastante curioso é o seu tratamento no Código de Hammurabi.

Na Babilônia, a consequência jurídica do cativo dependia de fundamentalmente uma circunstância, qual seja, a existência ou não de alimentos na casa do cativo: se houvesse o que comer em sua casa, a mulher do cativo não poderia entrar na casa de outro homem. "*Se essa mulher não cuidou de si e entrou na casa de um outro, comprovarão (isto) contra essa mulher e lançarão n' água*" (§ 133); se não houvesse o que comer, a mulher do cativo "*poderá entrar na casa de um outro. Essa mulher não tem culpa*" (§ 134); no caso de volta do cativo, este recuperaria a esposa, mas os filhos da segunda união "*seguirão o pai*" (§ 135). No Pentateuco, não havia disciplina para a hipótese do judeu que se tornasse cativo em mão de estrangeiro, mas apenas para a situação do judeu que se tornasse escravo de outro judeu (seria liberto no sétimo ano: Dt. 15:12) ou, ainda, para os escravos de outras nações (Ex. 21:3; L.V 25:44 a 46). Existe, no entanto, na Lei de Moisés, uma regra cujo conteúdo se assemelha à solução romana numa hipótese: se o homem era casado quando se tornou escravo, "com sua mulher" sairia (Ex. 21:3), o que faz supor que a escravidão também alcançava a mulher e no seu curso o casamento era mantido. No Direito Romano, "*se os esposos fossem feitos prisioneiros, ficando no mesmo cativo, de tal sorte que não se interrompesse a coabitação, voltando a Roma, pelo 'post liminium' seu casamento era considerado válido*" (Álvaro Villaça Azevedo, ob. cit., p. 63).

Ainda quanto ao cativo, observa Álvaro Villaça Azevedo que em Roma "*interrompida a vida em comum, não se podia falar em casamento, mesmo que existisse intenção de mantê-lo*" concluindo, então, pouco mais a frente que "o

inadimplemento do dever de coabitação é causa de rompimento do vínculo conjugal, sem que exista culpa por parte do inadimplente cativo" (ob. cit., p. 64). Como se vê pelo estudo comparado, na Babilônia já havia a idéia de rompimento do matrimônio pela só interrupção da vida em comum, mas esta dependia de um elemento objetivo adicional: a falta de provisão na casa do cativo.

7. Acerca do divórcio, que sempre foi admitido entre os romanos, duas figuras precisam ser separadas: o repúdio e o divórcio propriamente dito. Como afirmam Alexandre Correia-Gaetano Sciascia "*quando a dissolução deriva da vontade de um dos cônjuges, temos o 'repudium'; quando a vontade é bilateral, se dá o 'divortium'*" (*Manual de Direito Romano*, São Paulo, Saraiva, 1953, v. I, p. 127). Deixando de lado qualquer consideração sobre as espécies de casamento romano (*cum manu* e *sine manu*), cuja repercussão a nível do tema proposto, em princípio, é apenas formal (Correia-Sciascia, ob. cit., p. 127-8), examinemos as modalidades de divórcio, estas sim importantes para o nosso estudo. Ensinam Alexandre Correia-Gaetano Sciascia que "*Justiniano distinguia (a) 'divortium ex iusta causa', que é um repúdio em casos determinados pela lei, implicando graves sanções a cargo do culpado; (b) 'divortium sine causa', punido mas válido; (c) 'divortium bona gratia', que é determinado pelo voto de castidade de um dos cônjuges e não acarreta nenhuma sanção*" (ob. cit., p. 128).

7.1 Segundo lição de Álvaro Villaça Azevedo, o divórcio com justa causa (unilateral ou, simplesmente, repúdio), legítimo apenas quando se fundasse nas causas estabelecidas na Novela 117, capítulos VIII e IX, podia ser pedido pelo marido nas hipóteses que seguem: a) adultério; b) comportamento leviano da esposa pela freqüência "com estranhos, e sem autorização do marido" a "banquetes, banhos, espetáculos públicos"; c) "falar a mulher, fora do seu lar, com quem não fosse seu parente"; d) recusa da mulher de residir na habitação conjugal. Já a mulher podia pedir o divórcio se: e) o marido tentasse prostituí-la; f) "abandonasse o domicílio conjugal"; g) ou "mantivesse concubina dentro ou fora do mesmo" (ob. cit., p. 169). Vejamos tais situações no direito comparado.

7.1.1 Sobre o adultério (a), já dissemos no item 3 *retro* que este sempre foi motivo de severas penalidades impostas à mulher: afogamento entre os babilônicos e apedrejamento entre os judeus. Contudo, este fato também gerava comumente o simples repúdio pelo marido tanto perante o Código de Hammurabi (§§ 138 e 142),

onde era ainda previsto o perdão (§ 129), como perante a Lei de Moisés (Dt. 24:1).

7.1.2 O "comportamento leviano da esposa" (b) também era motivo para o repúdio antes do Direito Romano. O Código de Hammurabi, no § 143, prevê uma hipótese de pena de morte da mulher que certamente gerava em muitas circunstâncias o mero repúdio: "*Se ela não se guarda, mas é saidora, dilapida sua casa e despreza seu marido, lançarão essa mulher n' água*". A generalidade do "não se guarda" ou do "despreza seu marido" autorizam a inferência. Entre os judeus, a interpretação rabínica liberal de Deuteronômio 24:1 também incluía o "comportamento leviano da esposa", segundo Henry Daniel-Rops (*A vida diária nos tempos de Jesus*, São Paulo, Vida Nova, 1986, p. 92). Identicamente, no Direito da Índia, entre os hindus atos desta natureza são mencionados como o recebimento de flores e perfumes, o assentar-se num leito com um homem ou o toque do seus adornos e vestidos, fatos que a lei presumia como "amor adúltero" (v. 357, L. VIII).

7.1.3 O "falar fora do lar com quem não fosse seu parente" (c) é expressamente previsto nas Leis de Manu: genericamente (v. 354 e 355); especificamente na hipótese da conversa acontecer em local de peregrinação, bosque ou na confluência de rios quando era considerada adultério (v. 356, L. VIII). Esta situação autorizava o repúdio entre os judeus com base na mesma interpretação liberal de Deuteronômio 24:1 (Henry Daniel-Rops, ob. cit., p. 88).

7.1.4 Quanto à recusa de habitação no lar conjugal (d), é expreso o Código de Hammurabi: "*Se essa mulher não concordou em morar na casa de seu marido, ele lhe restituirá, integralmente, o dote que ela trouxe da casa de seu pai e ela irá embora*" (§ 149). Entre os judeus a mesma interpretação liberal já algumas vezes referida incluía a hipótese. O v. 149, L. V, das Leis de Manu, fala que a mulher não deve se separar de seu pai, de seu esposo e de seus filhos, posto que deles depende (v. 148).

7.1.5 Já quanto às hipóteses de repúdio pela mulher, temos a dizer o que segue. A tentativa de prostituição (e) não é prevista especificamente em nenhuma das três legislações examinadas como fato autorizador do divórcio. Em Israel se o fato acontecesse, a solução seria a mulher reclamar aos anciãos (juízes da comunidade) e estes provocariam o marido a repudiar, já que a mulher não era titular de tal direito. Na Babilônia talvez a hipótese pudesse ser enquadrada neste avançadíssimo dispositivo do Código de Hammurabi: "*Se uma mulher tomou aversão a seu esposo e disse-lhe: 'Tu*

não terás relações comigo', seu caso será examinado em seu distrito. Se ela se guarda e não tem falta e o seu marido é um saidor e a despreza muito, essa mulher não tem culpa, ela tomará seu dote e irá para a casa do seu pai" O termo "desprezamento" dada a sua largueza de significado, podia comportar, destarte, a tentativa de prostituição.

7.1.6 O "abandono do domicílio conjugal" pelo marido (f) não é mencionado em nenhum texto legislativo. A única solução em que se pode pensar, talvez seja a apontada para a situação "e" acima. E, finalmente, a "manutenção de concubina dentro ou fora do lar" (g) não é da mesma maneira objeto de qualquer prescrição, mesmo porque a poligamia era reconhecida e disciplinada tanto em Israel quanto na Babilônia.

7.2 O divórcio sem justa causa dos romanos, como vimos, era aquele que ocorria sem amparo dos motivos elencados expressamente pela lei e que, por isso, gerava severas penas para o repudiador.

É importante observar, nesse passo, que o Código de Hammurabi, muito antes, já restringia o abuso no exercício do direito marital de repudiar, como se vê exemplificativamente nos seguintes textos: "*§ 138. Se um awilum quer abandonar sua primeira esposa, que não lhe gerou filhos, dar-lhe-á prata correspondente à sua 'terhatum' e restituir-lhe-á o dote que trouxe da casa de seu pai; (então) poderá abandoná-la"* Grandes restrições eram impostas, outrossim, no caso de abandono de sacerdotisas como se percebe pela redação do § 137: *além da devolução do dote, a sacerdotisa tinha direito à "metade do campo, do pomar e dos bens móveis e ela educará os seus filhos, dar-lhe-ão a parte correspondente à de um herdeiro e o marido do seu coração poderá desposá-la"* No, direito hebraico, divórcio com penalidades não existia; o que havia era a proibição pura e simples em determinados casos.

7.3 Como bem nos lembra Álvaro Villaça Azevedo, o *divortium bona gratia*, bilateral ou unilateral, "*existia diante de situações que impossibilitavam a continuidade dos fins matrimoniais sem que qualquer dos cônjuges fosse culpado, como o voto de castidade, a impotência incurável, a esterilidade, e o cativoiro, sem que se tenha notícias do aprisionado, há mais de cinco anos, segundo a Novela 22, capítulos IV a VII"* (ob. cit., p. 69).

Sobre o cativoiro já falamos. Quanto à esterilidade, esta podia gerar entre babilônicos e judeus o repúdio puro e simples (Código de Hammurabi, § 138, v. g.) ou, entre estes últimos, a tomada de uma escrava ou serva ou, ainda, concubina que

pudesse gerar filhos ao marido. A impotência, por seu turno, não recebeu destas duas legislações qualquer atenção, mas o v. 79 das Leis de Manu fala da hipótese expressamente: "*Mas a que tem aversão por um marido insensato ou culpável de grandes crimes, ou eunuco, ou impotente, ou enfermo ... não deve ser abandonada nem privada de seus bens*" Quanto ao voto de castidade, sabe-se que este existiu entre os hebreus (celibato) e hindianos, mas nenhuma regra parecia disciplinar o rompimento do matrimônio por tal motivo.

7.4 Embora proibido à princípio por Justiniano, o *divortium communi consensu* foi reeditado por Justino II, seu sucessor, na Novela 140, observa Álvaro Villaça Azevedo (ob. cit., p. 69). Acerca desta modalidade de divórcio, nenhuma disposição expressa existe nem no Código de Hammurabi, nem no Pentateuco de Moisés, nem nas Leis de Manu.

7.5 Por fim, são de rigor algumas observações comparativas a respeito de duas características do divórcio romano:

- A primeira característica que queremos examinar é a relativa à total desnecessidade de decreto judicial para que se operasse o efeito de romper o vínculo pelo divórcio em Roma, já que se considerava a separação como negócio privado (F. Mackeldey, *apud* Álvaro Villaça Azevedo, ob. cit., p. 66). Nem sempre foi assim que o divórcio se aperfeiçoou no direito anterior. No Código de Hammurabi algumas passagens mostram que era necessária a comprovação judicial de determinados fatos para o decreto do divórcio: apropriação indevida de bens, desprezo pelo marido (§ 141); aversão pelo esposo e desprezo pela mulher (§§ 142 e 143). Talvez fosse sempre necessária a participação do magistrado. Não é possível afirmar.

- A segunda e última característica que merece realce é a concernente a medidas que foram tomadas no período final da República, início do Principado, tendentes a diminuir o número de divórcios, entre os quais são mencionadas a punição do adultério e a retenção do dote (Álvaro Villaça Azevedo, ob. cit., p. 68). A retenção do dote ou perda do dote era figura conhecida tanto dos hebreus quanto dos babilônicos, também como meio de restringir a prática indiscriminada do divórcio.

São Paulo, janeiro de 1996.

DIREITO ROMANO

OBSERVAÇÕES SOBRE A SANÇÃO (*SANCTIO*) DAS LEIS EM DIREITO ROMANO

Aracy Augusta Leme Klabin

Professora Doutora aposentada da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

Resumo:

O texto refere-se às *lex perfecta*, *lex minus quam perfecta* e *imperfecta*, tratando da sanção cominada em cada uma delas. Estabelece uma relação entre a possibilidade de anular ou não os atos praticados contra as disposições das leis, bem como analisa a pena cominada aos atos contra os preceitos legais tanto no Direito Romano quanto no Direito moderno.

Abstract:

The text refers to *lex perfecta*, *lex minus quam perfecta* and *imperfecta*, treating about the sanction applied in each one of them. It establishes a relation between the possibility of null or not the acts practiced against the law dispositions, as well analyses the sanction applied to the acts against the legal precepts both on Roman Law and modern Law.

Unitermos: *Leis perfectae*, *imperfectae*, *praescriptio*, *rogatio*, *sanctio*.

Propomo-nos neste trabalho a examinar a questão das leis *perfectae*, *minus quam perfectae* e *imperfectae*.

Contudo, para maior compreensão, devemos lembrar que a *lex romana* constava de três partes, a saber: 1. *praescriptio*, 2. *rogatio* e 3. *sanctio*.¹

A *praescriptio* constituía o preâmbulo da lei. Nela figuravam seus elementos de identificação: nome do magistrado proponente, dia e lugar da votação, menção do primeiro votante e da tribo ou centúria *praerrogativa*, isto é, que abria o sufrágio.

A *rogatio* era o elemento essencial contendo o texto da lei proposta pelo magistrado.

1. Sobre a etimologia da palavra sanção, veja-se Inst. 2,1,10.

A *sanctio* cominava penas contra a violação da lei. Essa sanção é frequentemente imperfeita.

Encontramos num texto de época tardia (Ulp. Reg. I, 1-2) a classificação das leis em *leges perfectae, minus quam perfectae e imperfectae*.

Regras de Ulpiano, Intr.

1 *Leges aut perfectae sunt aut imperfectae aut minus quam perfectae. Perfectae lex est...Imperfectae lex est, quae fiere aliquid vetat, nec tamen, si factum sit rescindit: qualis est lex Cincia, quae plus quam...donare prohibet, exceptis quibusdam cognatis et si plus donatum sit, non rescindit.*

2 *Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fiere, et si factum sit, non rescindit, sed poenam injungit ei qui contra legem fecit: qualis est lex Furia testamentaria, quae plus quam mille assium legatum mortisve causa prohibet capere praeter exceptas personas et adversus eum qui plus ceperit quadrupli poenam constituit.*

3 *Lex aut rogatur, id est fertur, aut abrogatur, id est prior lex tollitur, aut derogatur, id est pars primae legis tollitur, aut subrogatur id est adicitur aliquid primae legi, aut abrogatur, id est mutatur aliquid ex prima leg*".

Tradução

1 - "As leis são perfeitas ou imperfeitas ou menos que perfeitas. É perfeita a lei...É imperfeita a lei que proíbe se faça alguma coisa e entretanto se se fizer, não anula o ato: tal é a lei Cincia que proíbe doar a mais de...e se se doar mais, não anula.

2 - Menos que perfeita é a lei que proíbe se faça algo e se se fizer, não anula o ato, mas comina uma pena ao infrator: tal é a lei *Furia testamentaria* proibindo receber por legado ou *mortis causa* mais de mil asses, exceptuadas algumas pessoas, e àquele que tenha recebido mais, impõe a pena do quádruplo.

A respeito das metamorfoses da lei escreve o mesmo Ulpiano (1,3): A lei é *rogada* quando proposta; *abrogada* quando abole a lei anterior; *derogada* quando suprime parte da lei anterior; *subrogada* quando acrescenta algo à primeira lei; *obrogada* quando altera algo da primeira lei".

As *leges perfectae* recusam qualquer efeito ao ato praticado em contravenção a seu preceito. O termo técnico empregado para indicar essa ineficácia

é *rescindere*. Caberá, então, ao pretor tirar as conseqüências do princípio legal que no exercício de sua *jurisdictio* quer usando de seu *imperium*.

Em síntese as *leges perfectae* determinam a nulidade dos atos praticados contra as suas disposições. Exemplo dessa espécie é a *lex Falcidia, de donis et muneribus*, Lei rogada ou plebiscito do ano 40 a.C., proposta pelo tribuno P. Falcidio e regulando a liberdade de legar bem como determinando que a quarta parte do acervo hereditário pertencesse ao herdeiro. Caso o testador tivesse feito legados acima dos limites da lei, tais legados seriam reduzidos proporcionalmente, ou melhor, se o testador distribuísse mais de três quartos de seu patrimônio em legados, estes seriam nulos quanto à quantia excedente.

Esta lei, que na época imperial sofreu modificações, conclui a série de expedientes destinados a evitar que diante de herança excessivamente onerosas, o herdeiro se encontrasse na alternativa de renunciar ou de assumir encargos excessivos.

O caráter cogente da norma não parece ter sido observado no Direito Romano-Justinianeu.

Leges minus quam perfectae - são as que não declaram nulo o ato praticado contra seu preceito, mas impõem uma pena ao transgressor, freqüentemente de caráter pecuniário.

Exemplo da espécie é a *Lex Furia Testamentaria*, anterior a 169 a.C. Encontramos seu conteúdo em G. 2, 225; 4, 23, 24; Ulp. 28, 7; Inst. 2, 22, pr.

Foi um plebiscito (lei votada pela plebe) proposto pelo tribuno C. Furio, dispondo que ninguém pudesse receber por legado valor superior a 1.000 asses e concedendo ao herdeiro uma ação executiva (*manus injectio*) contra o contraventor para exigir-lhe o quádruplo do excesso proibido; são excluídos da proibição os parentes consangüíneos do testador até o sexto e sétimo grau.

A sanção desta lei visa indiretamente evitar a transgressão, que uma vez cometida, acarreta pena a cargo do transgressor, sem contudo anular o ato.

O legislador considerou, socialmente, mais útil aceitar a validade do ato contrário à lei.

Juntamente com a *Lex Furia* devemos mencionar a *Lex Voconia*, plebiscito proposto pelo tribuno Q. Voconio Saxa, anterior à *Lex Furia*, e, que proibia deixar ao herdeiro, valor menor que o legatário mais favorecido. Impedia, ainda os cidadãos da primeira categoria do censo (com capacidade econômica superior a 100 mil asses) de instituir herdeiras as mulheres.

Como outras leis (Voconia, Falcidia), a Lex Furia é uma inovação no sistema e na história do direito sucessório romano, com a intenção de impedir que o herdeiro sobre o qual recaísse todo o encargo da herança, ficasse reduzido à obrigação de somente distribuir os legados.

Até o aparecimento da Lex Furia não havia qualquer limitação legal à quantidade e ao número dos legados, ignorando-se qualquer exigência de relação proporcional entre os quinhões dos herdeiros e os dos legatários.

A Lex Furia revela o primeiro sinal de transformação nesta matéria, graças ao progresso da consciência social.

Em resumo, ela vetou os legados superiores a 1.000 asses, salvo quando fossem a favor do cônjuge sobrevivente, ou de outro parente até o 6º ou 7º graus.

É de se notar que essa *lex*, mesmo tendo representado a primeira expressão duma intervenção normativa na matéria, constituiu, todavia, remédio parcial porque deixou ao testador liberdade absoluta quanto à determinação do número de legados e porque não resolveu o problema teórico e prático de uma proporcionalidade entre o patrimônio e os legados. Assim, mesmo depois dela, subsistiu a situação iníqua do herdeiro.

No Direito moderno podemos encontrar exemplos de leis *minus quam perfectae* em nosso Código Civil, como no art. 183, ns. XIII a XVI, pois o casamento contraído com infração dele, não é nulo nem anulável, mas acarreta as penas dos arts. 225 e 226.

São em geral do mesmo tipo todas as disposições prevendo e punindo fatos materiais, pois *factum infectum fieri non potest* (D. 49,15,12,2); tome-se por exemplo o art. 395 do Código Civil.

Grande parte do Direito Penal compõe-se de leis menos que perfeitas, pois as conseqüências materiais do delito não podem ser eliminadas pela ordem jurídica. O mesmo de certo modo sucede no Direito das Obrigações em matéria de inadimplemento (arts. 1.056 e 1.518 do Código Civil). A responsabilidade por perdas e danos não-coincide com o adimplemento espontâneo; o fato do inadimplemento permanece.

Leges imperfectae são as leis que não cominam sanção alguma, isto é, nem declaram nulo o ato contrário a elas, nem impõem pena.

Exemplo típico de lei imperfeita é a *Lex Cincia de Donis et Muneribus*, plebiscito votado no ano 204 a.C. por proposta do tribuno M. Cincio

Alimento, limitando de modo geral a liberdade das doações e impedindo as liberalidades prejudiciais aos patrimônios dos parentes próximos (*heredes sui*).

Essa lei continha duas disposições:

a) impedia os advogados de aceitarem dádivas pelos seus serviços;²

b) limitava a faculdade de doar, estabelecendo uma quantia (*modus*), que não conhecemos, acima da qual a doação não era permitida.

São muito obscuras a origem e a função da Lei Cincia, que os intérpretes costumam relacionar com o direito sagrado (*fas*).

O pretor negava a ação (*denegatio actionis*) a quem em juízo quisesse fundar-se em um ato jurídico contrário à lei ou dava um meio de defesa (*exceptio*) a quem tivesse sido chamado a juízo para cumprir um ato proibido pela *lex imperfectae*.

Assim, recorrendo à *exceptio legis Cinciae* contra o donatário, o doador ou o herdeiro conseguiam indiretamente paralisar os efeitos do ato; pagavam só até o limite permitido na lei.

2. (Nos últimos tempos da República as exigências dos advogados tornaram-se ilimitadas e a defesa tornou-se objeto de verdadeiro tráfico. Augusto tentou remediar a situação, revigorando a Lei Cincia e decretando, por meio de senatusconsulto, que o advogado contra o qual se provasse ter recebido qualquer retribuição do cliente fosse condenado a restituir o quádruplo.

A medida era detestável, pois já fora erro não compreender que a instituição do patronato só existia de nome e que a assistência judiciária se tornara profissão, merecendo remuneração condigna.

Na República, pelo menos, as instituições permitiam ao *oratur* encontrar nos cargos conferidos pelo sufrágio de seus concidadãos a retribuição dos serviços prestados.

Mas, dois séculos mais tarde, quando a autoridade soberana achava-se concentrada nas mãos do príncipe, os advogados vendo-se sem qualquer perspectiva de remuneração recorriam à delação para viver. Houve uma reforma tentada sem discernimento, que se tornou nova causa de desmoralização.

Contida, porém um instante, a avidez dos advogados tornou-se ainda mais audaciosa. Sob Cláudio (41-54 d.C.) um cavaleiro de nome Samio tinha pago 400 mil sestércios ao advogado Suilio, encarregado de sua defesa. Corrompido por soma ainda maior Suilio tergiversou, conluindo-se com o acusador de seu cliente que, desesperado, suicidou-se. (Tácio, *Annales*, XI, 1 a 8).

Revoltado contra essa prevaricação odiosa, o Senado exigiu a aplicação da Lei Cincia contra o culpado.

Na presença do imperador Suilio sustentou que essa lei tinha caído em desuso, não se lhe podendo aplicá-la sem certa retroatividade. Combateu, depois, as disposições da lei, procurando demonstrar que toda profissão deve satisfazer as necessidades de quem a exerça; o advogado deve viver do próprio talento como soldado da guerra e o camponês da terra.

O fato de homens já ricos atuarem desinteressadamente no tribunal não deve fazer esquecer outros, menos favorecidos pela fortuna e que obtiveram elevados honorários por suas defesas.

Privar, finalmente, o talento e o trabalho da justa remuneração devida seria desencorajá-los e aniquilá-los.

Tocado por tais considerações Cláudio pôs de lado a Lei Cincia, limitando-se a decidir que no futuro, sob pena de concussão, os advogados nada pudessem receber acima de 10 mil sestércios.). *Apud* Grellet-Dumazeau, *Le Barreau Romain*, 1 v., Paris, 1858, pp. 122-3.

A *exceptio legis Cinciae* não-estendia sua eficácia a favor dos herdeiros do doador, quando este perseverasse em sua intenção até a morte. Tal exclusão da *exceptio* exprime-se na frase *morte Cincia removetur*.

Verificamos, então, que havia uma disposição especial proibindo os advogados de aceitarem doações de seus clientes em pagamento de serviços profissionais; a lei proibia sobretudo doações superiores a determinado limite, abrindo exceção em favor de parentes próximos e de certas pessoas privilegiadas (*personae exceptae*).

Permitia-se ao herdeiro exercer a *manus iniectio* contra o legatário titular dum legado superior àquela soma, bem como exigir como pena um múltiplo da importância excedente.

A Lei Cincia caiu em desuso na época pós-clássica.

No tempo de Justiniano as doações foram submetidas a novo regime, consistindo na feitura de um instrumento escrito e no registro público (*insinuatio apud acta*). O Direito Justinianeu declara nula a doação superior a 500 soldos.

A *Lex Cincia de Donationibus* foi revogada por Constantino (C. 8, 53, 25).

Depois da constituição de Teodosio II e Valentiniano III (C. 1, 14, 5, 439 d.C.) determinando em geral a nulidade dos atos praticados contra leis proibitivas, não há mais *leges imperfectae*, no tocante à validade daqueles.

No Direito Romano a categoria se justifica fundada na pluralidade dos ordenamentos jurídicos (sobretudo do *jus civile* e do *jus honorarium*).

No Direito moderno, as *leges imperfectae* se apresentam exatamente no Direito Internacional Público, cujas normas, embora segundo grocio se refiram a um direito das gentes já-existente, carecem afinal de sanção.

Parece surpreendente a existência de leis sem sanção.

Elas foram, entretanto, em Roma as mais numerosas, revelando certa timidez do legislador que ao formular um princípio não se julgava autorizado a sancioná-lo. Tal reserva, da qual há outros sinais, confirma a função modesta atribuída à lei durante o período republicano (510 - 27 a.C.).

Só no Baixo-Império será declarado nulo todo o ato contrário à lei (C. 1, 14, 5 ano 439) desaparecendo, então, completamente a classificação antiga das três categorias de *leges*. Quanto a este assunto no Direito moderno, podemos nos reportar aos seguintes artigos do nosso Código Civil: art. 1.287 (depositário infiel); arts. 1.780 e 1.781 (bens sonogados). Lembre-se, ainda, a Lei de Alimentos (n.

5.478, de 25.07.1968, arts. 18 e 19) citada na tese do Professor Álvaro Villaça de Azevedo, *Prisão Civil por Dívida* (São Paulo, 1992), pp. 141 e seguintes. E, mais, o art. 733 do Código de Processo Civil atual.

São Paulo, janeiro de 1996.

BIBLIOGRAFIA

Novíssimo Digesto Italiano, v. IX.

LISSNER, Ivar. *Assim viviam os nossos antepassados*. Belo Horizonte : Itatiaia Ltda.

CORREA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. São Paulo : Saraiva, 1949. vs. 1 e 2.

SHERWIM-WHITE, A. N. *The Roman Citizenship*. Oxford : Clarendon Press, 1939.

GUTIERREZ-ALVIZ, F. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid : Reus S.A., 1982.

PORCHAT, Reynaldo. *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo : Duprat & Cia., 1907. v. 1.

The Oxford history of the Roman World. Edited by John Boardman etc. Oxford University Press, 1986.

SMITH, Munroe. *The Development of European Law*. Columbia University Press, 1928.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. v. 1.

BERGER, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia, 1953. v. 1.

GAUDEMET J. *Institutions de l'Antiquité*. Paris, 1967. v. 1 p. 393.

GRELLET-DUMAZEAU. *Le Barreau Romain*. Paris, 1858. v. 1 pp. 122-3.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES À RESPEITO DO *BENEFICIUM COMPETENTIAE*

Ignácio Maria Poveda Velasco

Professor Doutor do Departamento de Direito Civil da FDUSP

Resumo:

As fontes romanas referem-nos diversos casos de devedores os quais, ao serem demandados, eram condenados *in id quod facere possunt*.

Este tratamento privilegiado denominado, a partir do século XVI, *beneficium competentiae* livrava o devedor das agruras da execução patrimonial forçada, e afastava o risco de eventual execução sobre sua pessoa.

Demandado por um credor em relação ao qual gozasse do benefício, o devedor seria condenado a pagar na medida de suas possibilidades patrimoniais, ficando, contudo, o réu obrigado ao pagamento do remanescente da dívida.

A condenação limitada, enquanto abrandamento do rigor do direito de crédito, insere-se num contexto de humanização do Direito Romano, atendendo, via de regra, a uma *ratio* que contempla certos aspectos - parentesco, gratidão, afinidade, etc. existentes nas relações entre o devedor beneficiado e seu credor.

Abstract:

The Roman sources refer in the several cases of debtors which, when demanded, were condemned *in id quod facere possunt*.

This privileged treatment - denominated, starting from the century XVI, *beneficium competentiae* had liberated the debtor of the acrities of the forced patrimonial execution, and it moved away the risk of eventual execution on its person.

Demanded by a creditor in relation to which enjoyed the benefit, the debtor would be condemned to pay in the measure of its patrimonial possibilities, being, however, the defendant forced to the payment of the remainder of the debt.

The limited condemnation, while softening the rigidity of the creditor's right, interferes in a context of humanization of the Roman Law, assisting, regularly, to a *ratio* that contemplates certain aspects - relationship, gratitude, likeness, etc. existent in the relationships between the debtor beneficiary and its creditor.

Unitermos: devedor, credor, patrimônio.

I - Introdução *

O presente trabalho visa efetuar uma revisão crítica do *beneficium competentiae* ou *condemnatio in id quod debitor facere potest*, condenação limitada, no âmbito do Direito Romano.

De acordo com as fontes romanas, sobretudo o Digesto, alguns devedores eram condenados, em determinadas circunstâncias, a pagar não a totalidade da dívida mas apenas aquilo que estivesse dentro de suas possibilidades patrimoniais. As conseqüências práticas deste favorecimento do devedor eram notáveis. Antes de tudo, ele afastava a possibilidade da execução pessoal (ao menos enquanto foi aplicada em Roma) que o devedor sofreria, caso seu patrimônio não bastasse para saldar seus débitos. E, em qualquer caso, evitava os indesejáveis desdobramentos do processo falimentar, que culminava na *bonorum venditio*, incluindo a pena de *infamia*.

O benefício¹ da condenação limitada pode inserir-se no processo de humanização do velho *Ius civile*, processo que se inicia sob a égide da filosofia grega - notadamente o Estoicismo,² com sua visão cosmopolita da fraternidade universal e seu apreço pela *humanitas*³ - e prossegue sob o influxo crescente do cristianismo a partir dos primeiros séculos da nossa era.⁴ Analisando a evolução dos casos de concessão deste favor, podemos observar, no terreno das obrigações, um processo paralelo ao ocorrido, no âmbito do Direito Romano, quanto ao tratamento

* Nas citações bibliográficas, a referência a uma obra já anteriormente citada de um autor virá sempre seguida da identificação da nota de rodapé onde ela pela primeira vez apareceu, trazendo suas indicações essenciais. Assim, v.g.: Guarino, *La condanna...*, cit. (nota 6, I) = obra já anteriormente citada, com seus dados completos, na nota 6 do capítulo I.

1. A respeito da utilização do termo *beneficium* e vocábulos afins (*favor*, *honor*, etc.) nos textos, vide *infra* cap. II, 1.

2. Ver, a propósito, Corrêa, *O estoicismo no direito romano*, São Paulo, 1950, pp. 7 - 119. Tese (Livres Docência). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Cf., também, Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, Sansoni, 1968, pp. 3 - 592 (particularmente, sobre o período helenístico, pp. 73 e ss., 110 e 119 e ss.; e sobre a filosofia estoica, pp. 120, 129, 157 e 534).

3. Cf. Schulz, *Principios del derecho romano*, trad. esp. de M. Abellán Velasco, Madrid, Civitas, 1990, pp. 23 - 274 (particularmente sobre *humanitas*, ver às pp. 103 e ss. e 180; e, especialmente, o capítulo destinado à *Humanidad* (Cap. X), pp. 211 - 242). Ainda, do mesmo autor, *Derecho romano clásico*, trad. da ed. inglesa por José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, Bosch, 1960, pp. 1 - 606 (sobre a *humanitas* romana, parágrafos 180, 182, 184 e ss, 240 e 258).

4. Ver, a respeito, Biondi, *Il diritto romano cristiano*, 3 v., Milano, Giuffrè, 1952; particularmente no v. 3, cap. XXIII, o parágrafo relativo ao *favor debitoris*, pp. 217 - 260.

dos direitos reais, especialmente o direito de propriedade, a saber: a progressiva atenuação de seu rigor.⁵

Conforme observam diversos autores,⁶ a condenação limitada não constitui propriamente um instituto unitário, ao menos quanto aos direitos pré-clássico e clássico. O que as fontes nos apresentam são diversos casos nos quais determinados devedores são beneficiados por uma condenação limitada às suas possibilidades econômicas. Esses casos de favorecimento apresentam, contudo, traços comuns que vão se tornando mais claros conforme avançamos pelo direito pós-clássico, até chegarmos à reforma justinianéia. Esta comprovação, aliada a certa conveniência pedagógica, permite-nos falar, uma ou outra vez, da condenação limitada como se de instituto se tratasse.

Quanto à terminologia, embora o assunto venha a ser examinado oportunamente, adiantamos que o nome *beneficium competentiae* não se encontra nas fontes, podendo, por isso, ser considerado, tecnicamente, incorreto. Tratando-se, contudo, de expressão consagrada pela doutrina,⁷ fornecendo-nos, além disso, mais uma opção terminológica tendo em vista evitar a excessiva repetição de vocábulos, será ela freqüentemente usada neste estudo.

A limitação da condenação ao *id quod debitor facere potest* tem despertado o interesse dos estudiosos ao longo dos tempos. Já Pothier⁸ a ela dedicou sua atenção. Também Lenel⁹ dela se ocupou. Curiosamente, no fim do século

5. Podemos pensar, a este respeito, na redução do caráter absoluto de que parece revestir-se o primitivo *dominium*, provocada pelo aparecimento dos direitos reais de vizinhança ou pelas limitações administrativas no tocante às construções, etc. Ver, a propósito, Rainer, *Bau und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, Leykam Verlag, 1987; e Simshäuser, *Die Sozialbindung des Eigentums im römischen Bauwesen der späteren Kaiserzeit* in: *Sodalitas IV* (1984), pp. 1.793 - 1.814.

6. Neste sentido, cf., por exemplo, Guarino, *La condanna nei limiti del possibile*, 2. ed., Napoli, Jovene, 1978, p. 85.

7. Ver, a este respeito, o índice remissivo da maior parte da bibliografia elencada no final do trabalho.

8. Cf. *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae, cum legibus codicis, et novellis*, Paris, Garnery, 1818, 5 v. *Tomus Secundus, Lib. XVII Pandectarum, Tit. II Pro socio, articulus III De beneficio quo gaudet socius, ut in hoc iudicio non ultra quod facere potest condemnetur*, n° XLVI a XLIX, pp. 140 - 141.

9. Cf. *Das Edictum perpetuum (ein Versuch zu seiner Wiederherstellung)*, 2ª reimpr. da 3. ed., Leipzig, 1927. Aalen, Scientia, 1974, p. 298, n. 3.

passado, encontramos na França um surto de teses a respeito: nada menos que sete trabalhos apurados em nosso levantamento bibliográfico.¹⁰

No início deste século, Pampaloni, romanista italiano, dedicou-se à revisão crítica do instituto, publicando diversos trabalhos.¹¹ Também Zanzucchi a ele se dedicou, publicando em 1918 o trabalho *Sul c.d. «beneficium competentiae»*.¹² Em 1927 Levet publica em Paris ampla monografia a respeito, *Le bénéfice de compétence*.¹³ Mais tarde, em 1931, Solazzi aborda o tema no cap. XIII da sua obra *L'estinzione della obbligazione*.¹⁴ Mais recentemente Guarino lançou-se à revisão crítica do instituto, publicando entre 1938 e 1947 uma série de estudos¹⁵ que culminam, anos mais tarde, na sua monografia *La condanna nei limiti del possibile*.¹⁶ Entre os primeiros escritos do romanista italiano e sua obra definitiva encontramos um ensaio do polonês Litewski¹⁷ e um trabalho de Marrone.¹⁸ Finalmente, o alemão

10. São estes os autores: Casteil, F., *Du bénéfice de compétence en droit romain* (tese, Paris, 1885, 101 p.); Dobriceanu, A., *De l'exception quod facere potest* (tese, Paris, 1881, 53 p.); Duhail, E., *De l'exception de eo quod facere potest* (tese, Paris, 1883, 87 p.); Fièrè, Z., *Du bénéfice de compétence ou exception quod facere potest* (tese, Paris, 1881, 75 p.); Gerard, O., *De l'exception de eo quod facere potest en droit romain* (tese, Paris, 1886, 60 p.); Pipi, A.T., *Du bénéfice de compétence* (tese, Paris, 1884, 63 p.); Saint Plancat, G., *De l'exception quod facere potest* (tese, Toulouse, 1893, 112 p.). *Apud* Caes - Henrion.

11. Cf. *Sul «beneficium competentiae» a riguardo dell'estraneo che «donationis causa» promette una dote, e sulla responsabilità del marito per la medesima* in *AG (Archivio Giuridico «Filippo Serafini»)*, 56 (1896), pp. 3 - 18; *Sulla teoria del «beneficium competentiae» nel diritto romano* in *Studi F. Schupfer* 1, (1898), reimpr. anast. da ed. 1898 - Roma, G. Bretschneider, 1975, pp. 57 - 69; *Sul calcolo della «competentia» nel così detto «beneficium competentiae» del diritto romano* in *SSE (Studi Senesi)* 15 (1898), pp. 293 - 300; *Il «beneficium competentiae» e il calcolo del suo oggetto* in *RISG (Rivista italiana per le scienze giuridiche)*, (1912), 52, pp. 198.

12. in *BIDR (Bulletino dell'Istituto di diritto romano «Vittorio Scialoja»)*, 1918, 29, pp. 61 e ss.

13. Cf. *Le bénéfice de compétence*, Paris, Recueil Sirey, 1927, pp. 3 - 277.

14. Cf. *L'estinzione della obbligazione*, Napoli, Jovene, 1931, pp. 190 - 232.

15. Cf. *Sul «beneficium competentiae» dei «milites»* in *RIL (Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere. Classe Lettere)*, 1938 - 39, 72 - 2, pp. 355 - 401; *Sul «beneficium competentiae» dell'«extraneus promissor dotis»* in *Festschr. Koschaker*, 2 (1939), pp. 49 - 79; *Il «beneficium competentiae» del «promissor dotis»* in *RISG (Rivista italiana per le scienze giuridiche)*, 1939, 14, pp. 153 e ss.; *Studi sulla «taxatio in id quod facere potest»* in *SHDI (Studia et documenta historiae et iuris)*, 1941, 7, pp. 5 - 34; *«Nihil facere posse»* in *Scritti Ferrini Univ. Cattolica Milano*, 1 (1947), pp. 299 - 304.

16. Cf. *La condanna...*, cit. (nota 6, I).

17. Cf. *Das «beneficium competentiae» im römischen Recht* in *Studi Volterra*, 4 (1971), pp. 469 - 572.

18. Cf. *Note di diritto romano sul c.d. «beneficium competentiae»* in *AUPA (Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo)*, 36 (1976), pp. 5 - 47.

Gildemeister publicou em 1986 trabalho intitulado *Das «beneficium competentiae» im klassischen römischen Recht*.¹⁹

Dentre esses estudos, os de Levet e Guarino têm-nos especialmente servido de orientação para nosso aprofundamento: o do romanista francês por ser a primeira análise ampla sobre o assunto, e o do segundo, por constituir, conforme nos parece, o mais importante trabalho de revisão do instituto, dentre os mais recentes. Os trabalhos restantes foram utilizados para complementação e aprofundamento do nosso, num ou noutro ponto.

Finalmente, duas palavras apenas relativas ao resultado final do trabalho. O tema que escolhemos nos parece constituir notável exemplo de como os estudos romanísticos podem sempre contribuir grandemente para estímulo dos juristas modernos. A condenação do devedor romano a pagar, em determinados casos, apenas até onde pudesse (*in id quod facere potest*), e, particularmente a introdução da *deductio ne eget*, da qual se falará no fim do trabalho, além de demonstrar o sentido profundamente humano e anti-individualista do ordenamento jurídico de Roma, superior, por vezes, ao do direito moderno,²⁰ pode ser vista como base analógica de inúmeros institutos do nosso direito, tais como a impenhorabilidade de bens e utensílios de trabalho, a constituição do bem de família,²¹ a proibição, constante do Código Civil, de doações que reduzam o doador à indigência²²... O mesmo espírito de equidade inspira por certo, desde a Idade Média, a cláusula «*rebus sic stantibus*» e os arts. 1.467 1.469, 1.664 e 1.815 do Código Civil italiano sobre "*onerosità eccessiva*" Pode-se pensar, finalmente, em certa orientação na política de renegociação da dívida externa dos países do terceiro mundo, reconhecendo a existência do débito, mas sustentando que a dívida não pode ser paga à custa da miséria do povo.

19. *Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht*, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1986, pp. 1 89. Ver recensão crítica de Marrone in *IURA (Rivista internazionale di diritto romano e antico)*, 37 (1986), pp. 137 147.

20. Cf., nesse sentido, De Martino, *Individualismo e diritto romano privato* in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, v. 16, 1941, p. 49 [= in *Diritto e società nell'antica Roma*, Roma, Editori Riuniti, 1979, p. 308].

21. Nesse sentido, ver Azevedo, *Da penhora*, São Paulo, co-edição Fieo e Resenha Tributária, 1994, pp. 137 e ss. Sobre a impenhorabilidade de bens, ver itens II e ss. do art. 649 do Código de Processo Civil brasileiro em vigor. A respeito do bem de família ver Lei n. 8.009/90, a qual, ao introduzir a instituição legal do mesmo, estende o alcance do art. 70 do Código Civil brasileiro em vigor, ampliando a proteção à família e, também, ao cabeça de família devedor.

22. Cf. Código Civil brasileiro, art.1.175.

II. *Beneficium Competentiae*

II. 1 Conceito. Terminologia

As fontes romanas apresentam-nos diversos casos de devedores obrigados a pagar não a totalidade da dívida mas apenas uma parte, mais precisamente aquilo que puderem fazer: *id quod facere possunt*.¹ Esta prática representa exceção à regra pela qual o devedor é compelido a oferecer por inteiro a prestação.²

Em condições normais, o devedor insolvente ver-se-ia sujeito aos rigores da execução patrimonial forçada³ e, não sendo os seus bens suficientes para a satisfação dos credores, tornar-se-ia objeto de execução pessoal.⁴ A vantagem

1. Assim, por exemplo, Ulp. 31 *ed.*, D. 17, 2, 63 pr.; Paul. 6 *Plaut.*, D. 42, 1, 19, 1; Ulp. 36 *Sab.*, D. 24, 3, 12. Cf., nesse sentido, entre outros, Volterra, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, Ricerche, 1961, p. 605; Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, U. T. E. T., 1964, p. 694; Iglesias, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 2.ed., Barcelona, Ariel, 1953, v. 2, p. 171; Kaser, *Derecho privado romano*, trad. esp. da 5.ed. alemã por José Santa Cruz Teijeiro, 2.ed., Madrid, Reus, 1982, p. 151; Cuq, *Les institutions juridiques des romains*, Paris, Plon-Nourrait et Cie., 1902, v. 2, p. 741; e Buckland, *A manual of roman private law*, 2.ed., Cambridge, University Press, 1953, p. 371.

2. Vide Ulp. 32 *ed.*, D. 19, 1, 13, 8 e Mod. 3 *resp.*, D. 22, 1, 41, 1. De acordo com Solazzi, *L'estinzione...*, *cit.* (nota 14, I), p. 179, dois são os institutos que constituem exceção a esta regra: a concordata e o chamado *beneficium competentiae*. Do primeiro, também designado com o nome de *pactum ut minus solvatur*, cuidam Ulp. 4 *ed.*, D. 2, 14, 7, 17 19; Pap. 10 *resp.*, D. 2, 14, 8; Paul. 62 *ed.*, D. 2, 14, 9; Ulp. 4 *ed.*, D. 2, 14, 10 pr. Na opinião de alguns, trata-se de precedente da moderna concordata. Nesse sentido ver Moreira Alves, *Direito romano*, v.2, 4.ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, pp. 42 e 47 e, recentemente, Marchi, *Do «pactum ut minus solvatur» - precedente romano da concordata moderna*, São Paulo, 1995. O *beneficium competentiae*, contudo, não constitui exceção ao princípio, lembrado por Gai. 3, 168, de que a obrigação se extingue pelo pagamento do débito pois, como se verá mais adiante, subsiste uma obrigação pelo restante da dívida, pela parte não-satisfeita pelo devedor.

3. A respeito deste assunto, ver *infra* cap. III, 2.

4. A execução pessoal existente no Direito Romano reflete a preocupação daquele ordenamento jurídico com a tutela do credor e de seu património. De acordo com Wenger, *Compendio de derecho procesal civil romano*, 2.ed. in Jörs - Kunkel, *Derecho privado romano*, trad. esp. da 2.ed. alemã por L. Pietro Castro, Barcelona, Labor, 1937, p. 533, os traços do primitivo direito de execução romano não deixam entrever qualquer concessão a sentimentos sociais. Mais tarde, porém, este rigor sofrerá sucessivas atenuações, sem contudo desaparecer por completo. A Lei das XII Tábuas (3, 1 6) regulamentou o processo de execução pessoal com riqueza de pormenores. Em face dela, o credor podia obter do magistrado a adjudicação a seu favor do devedor insolvente, submetendo-o a cárcere privado. Após apresentá-lo em público por três dias consecutivos, a fim de ver se alguém se oferecia para resgatar o insolvente, o credor podia matá-lo ou vendê-lo fora de Roma como escravo. Contudo, o bom senso, aliado ao sentido pragmático do credor romano, leva-nos a pensar que ele preferisse a segunda possibilidade, reavendo, assim, seu dinheiro. A Lei *Poetelia Papiria*, de 326 a.C., embora reduzindo os rigores da execução pessoal, não chegou, no entanto, a suprimi-la. A partir dessa data, o

prática do benefício da condenação limitada era, precisamente, livrar o devedor das agruras da execução patrimonial que incluía a nota infamante,⁵ e da eventual execução sobre sua pessoa.

Este abrandamento do rigor do direito de crédito insere-se, como referido acima, num contexto de humanização do Direito Romano, que passa a levar em consideração aspectos (de parentesco, gratidão, afinidade, matrimônio, sociedade, patronato, etc.) por ventura existentes na relação credor-devedor.⁶

No direito pós-clássico e, principalmente, na compilação justinianéia, o *beneficium competentiae* mudou seu perfil. Tendo a execução pessoal caído em desuso neste período, sua principal consequência prática passou a ser a exclusão de alguns bens da execução patrimonial, com a finalidade de garantir a subsistência do devedor e evitar que ficasse reduzido à indigência. É a *deductio ne egeat* da qual trataremos com mais detalhe *infra*, estendida por força da prescrição contida em Paul. 6 *Plaut*, D. 50, 17, 173 pr., a todos os devedores que gozavam da condenação limitada.

credor foi obrigado a tentar primeiramente a execução dos bens do devedor, e só no caso em que esta não bastasse para a plena satisfação de seu crédito é que poderia proceder à execução na pessoa do réu. Mesmo assim, este passaria a sofrer, por força da referida lei, apenas uma escravidão mitigada e temporária, destinada a satisfazer com seu trabalho forçado, o crédito do exequente, ficando excluídos a prisão, o acorrentamento, a morte e a venda do devedor. Com semelhante perfil, a execução pessoal perdura no Direito Romano por muito tempo, avançando por todo o período clássico e mesmo além. Alguns autores, assim D'ORS, *Derecho privado romano*, 5.ed., Pamplona, Eunsa, 1983, pp. 161-2, põem em dúvida, por razões de ordem prática, a sua efetiva aplicação. Contudo, a doutrina é unânime em reconhecê-la. Resquícios da responsabilidade pessoal do devedor sobrevivem até nossos dias no instituto da prisão civil, restrita modernamente aos casos do depositário infiel e do alimentante inadimplente. Ver, a respeito, Álvaro Villaça Azevedo, *Prisão civil por dívida*, São Paulo, RT, 1993, pp. 17 - 27.

5. O réu condenado na *actio iudicati* e submetido à *bonorum venditio*, sofria também a *infamia*. De acordo com Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1982, pp. 185-6, o infame incluía-se naquela categoria de pessoas (*ignominiosae*) que não podiam *postulare pro aliis*, ou seja, representar terceiros em juízo, nem ser representados por outros. Sofria, além disso, outras limitações instituídas por lei (concretamente, a relativa à validade de seu testemunho) ou pela prática dos tribunais (como, por exemplo, a vantagem que o filho deserdado pelo pai teria na *querela inofficiosi testamenti* se o estranho preferido pelo genitor fosse *infamia notatus*).

6. Por não constituir propriamente instituto unitário (cf. introdução, *supra*), não se pode pensar numa *ratio* única que servisse para justificar a concessão do benefício a determinados devedores e não a outros. Contudo, na maioria dos casos, observa-se a existência dessas circunstâncias qualificativas da relação credor-devedor, traduzíveis em motivos de gratidão, respeito, consideração, etc., e que tornam razoável o abrandamento do *rigor iuris*. Cf., nesse sentido, Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, v. 2. Firenze, G. Barbèra Editore, 1908, p. 325. Guarino, *La condanna...*, cit. (nota 6, I), p. 23, julga poder entrever, nas fontes disponíveis, alguma orientação ou motivação comum aos diversos casos de concessão do benefício.

Ao referir-se a nosso instituto as fontes utilizam por vezes os termos *beneficium*⁷ e *honor*.⁸ É natural que assim seja, considerando-se que a providência cria inegavelmente vantagem para o devedor.⁹

O emprego desses termos tem levado alguns autores¹⁰ a ver na condenação limitada manifestação do *ius singulare*. Segundo Bonfante,¹¹ os direitos singulares mais importantes são aqueles que estabelecem disposições de favor para oportunamente abrandar, em determinadas circunstâncias, a aplicação rigorosa dos princípios gerais. Essas exceções constituem, em sua opinião, vasta categoria que recebe o nome de *beneficia legis*, dentre os que destaca o *beneficium inventarii*, o *beneficium abstinendi* e o *beneficium competentiae*.¹²

Apesar de o benefício ser indiretamente apresentado por Paulo, *de iur. sing.*, D. 24, 3, 54, como se de *ius singulare* se tratasse, Guarino¹³ discorda dessa interpretação, oferecendo diversas razões. Em primeiro lugar, diz ele, a categoria do *ius singulare* não é clássica e sim criação pós-clássica. Em segundo lugar, o referido *Liber singularis de iure singulari* atribuído a Paulo, é apócrifo. Mas, principalmente, porque é certo que a *condemnatio in id quod facere potest* difundiu-se, em época clássica, por analogia, fora dos casos previstos pelo edito, interpretação esta não-admissível para um instituto do *ius singulare*.¹⁴

7. Cf. Ulp. 31 *ed.*, D. 17, 2, 63, 1; Paul. 7 *Sab.*, D. 24, 3, 13; Paul. 14 *quaest.*, D. 42, 1, 41, 2.

8. Cf. Paul. 7 *Sab.*, D. 24, 3, 15, 2 e 17 pr.

9. Outras denominações, de caráter processual (*condemnatio*, *taxatio*, *praescriptio*, etc.), serão examinadas adiante ao tratar da natureza processual do benefício.

10. Assim, entre outros, Arias-Ramos, *Derecho romano*, 5.ed., Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1951, v. 1, p. 34.

11. Cf. *Istituzioni di diritto romano*, 10.ed., Torino, Giappichelli, 1946, p. 16. Às pp. 420 e ss. volta a referir-se ao *beneficium competentiae* como instituto de *ius singulare*.

12. Do mesmo teor é a definição atribuída a Paulo, *de iur. sing.*, D. 1, 3, 16: *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.* [Direito singular é o introduzido pela autoridade dos que o constituem como exceção ao direito comum, por causa de alguma utilidade].

13. Cf. *La condanna...*, *cit.* (nota 6, I), p. 19. Vide, também, do mesmo autor, *Studi sulla «taxatio»...*, *cit.* (nota 15, I), pp. 20 e ss.

14. Nesse sentido, Paul. 54 *ed.*, D. 50, 17, 141 pr.; Iul. 27 *dig.*, D. 1, 3, 15. Cf. Garcia-Garrido, *Derecho privado romano*, 4.ed., Madrid, Dykinson, 1989, p. 138. Diferentemente, D'ORS, *Derecho privado...*, *cit.* (nota 4, II), p. 60, citando, como exemplo, a extensão em favor do Erário do direito singular do Fisco (Modest. 6 *excus.*, D. 19, 2, 49, 1). Seja como for, para Kaser, *Derecho privado...*, *cit.* (nota 1, II), p. 32, a contraposição entre *ius commune* e *ius singulare* (entendido este como

A condenação limitada era, na verdade, *beneficium* no sentido estrito da palavra: disposição estabelecida a favor de determinadas situações jurídicas para atenuar a aplicação de um princípio do *ius commune*. Trata-se de direito, o qual podia solicitar qualquer pessoa que se encontrasse nas circunstâncias objetivas previstas, mas cuja concessão somente se dava quando previamente solicitada ao magistrado ou ao imperador.¹⁵

A expressão *beneficium competentiae*, contudo, é estranha às fontes. Encontramo-la na literatura romanística, pela primeira vez, no séc. XVI, vulgarizando-se a partir do século seguinte.¹⁶ No latim medieval, o termo *competentia* designava aquele mínimo de bens imprescindíveis para se enfrentar as necessidades elementares da existência ou, ainda, "suficiência de meios para viver"¹⁷ Esse conceito identifica-se com a *deductio ne egeat* que, no Direito Justiniano, passa a ser o elemento preponderante da condenação limitada, em virtude da qual excluía-se da execução do devedor beneficiado alguns bens, para se evitar que ele ficasse reduzido à indigência. De acordo com Arangio-Ruiz,¹⁸ esta aproximação entre a condenação limitada e a *deductio ne egeat*, transformando aquela num simples benefício alimentar, provavelmente acabou favorecendo a consagração da expressão *beneficium competentiae*.¹⁹

exceção ao primeiro) não tem grande importância: ambos são conceitos teóricos, desenvolvidos pela doutrina do Direito comum, cuja paternidade não pode ser atribuída aos juristas clássicos.

15. Paul., *de adsig. libert.*, D. 50, 17, 69. Cf. Garcia-Garrido, *Derecho privado...* cit. (nota 14, II), p. 139. Vide, também, Iglesias, *Derecho romano...*, cit. (nota 1, II), v.1, p. 26.

16. Cf. Guarino, *La condanna...*, cit. (nota 6, I), p. 19. Vide, também, minuciosa exposição sobre o assunto em Levet, *Le bénéfice...*, cit. (nota 13, I), pp. XV e ss.

17. Cf. Schulz, *Derecho romano...*, cit. (nota 3, I), p. 440. Daí também, de acordo com o autor, a palavra inglesa *competence* ou *competency*.

18. Cf. *La società...*, cit. (nota 5, II), p. 183, nota 1.

19. Guarino, *La condanna...*, cit. (nota 6, I), p. 22, usa a expressão *beneficium condemnationis*, ao que parece como sinônimo de *beneficium competentiae*. À p. 25 da mesma obra, volta a empregá-la em contraposição à expressão *beneficium executionis* com a qual, segundo ele, alguns pandectistas designavam a *deductio ne egeat*. Contudo, anteriormente, ele recusara a utilização dessa nomenclatura: cf. Guarino, *Studi sulla «taxatio»...*, cit. (nota 15, I), p.8.

II. 2 Características

O *beneficium competentiae* apresentava algumas características que vale a pena ressaltar. A primeira é seu caráter pessoal que o tornava intransferível (aos fiadores, por exemplo) e intransmissível *causa mortis*.²⁰ Além disso, era ele irrenunciável.²¹

Por outro lado, já vimos como o benefício reduzia a condenação do réu, que ficava obrigado a pagar apenas na medida de suas possibilidades patrimoniais. Contudo, a *condemnatio* limitada não reduzia o valor da dívida, razão pela qual o réu ficava obrigado a pagar o restante assim que sua situação econômica melhorasse.²² Com tal finalidade, o juiz, no processo formular, antes de condenar o réu, obrigava-o a prometer ao credor, através de contrato verbal, que pagaria o remanescente caso viesse a se restabelecer economicamente. Essa promessa tinha por objeto o *id quod rei iudicatae tempore facere non potuit* e assumia a forma de uma *cautio* pela qual o devedor prometia *restituere quod minus persolvit, si ad meliorem fortunam pervenerit*.²³ A obrigação assim surgida não era meramente natural mas civil, e garantia o credor contra a eficácia extintiva da *litis contestatio*.²⁴

20. Cf. Paul. 60 *ed.*, D. 42, 1, 25 ; Paul. 3 *ad Plaut.*, D. 44, 1, 7 pr. Nesse sentido, Volterra, *Istituzioni...*, *cit.* (nota 1, II), p. 702; D'ORS, *Derecho privado...*, *cit.* (nota 4, II), p. 120; e Cuq, *Les institutions...*, *cit.* (nota 1, II), p. 741, nota 1.

21. Cf. Ulp. 36 *Sab.*, D. 24, 3, 14, 1. Para Perozzi, *Istituzioni...*, *cit.* (nota 6, II), v. 2, p. 325, essa é a orientação do Direito Justinianeu. D'ORS, *Derecho privado...*, *cit.* (nota 4, II), p. 120, admitindo que o texto dos comentários de Ulpiano a Sabino é interpolado entende, contudo, que a alteração justinianéia restringe-se ao período final do fragmento, que trata da motivação apresentada para a rejeição da renúncia, mas não atinge a orientação em si. Para ele, a razão da proibição da renúncia não seria a de ordem moral estabelecida pelos compiladores (a de que o pacto de renúncia feriria o respeito tradicionalmente devido ao marido), e sim o fato do acordo agravar a situação do beneficiário, o que era inadmissível.

22. Cf., entre muitos outros, Bonfante, *Istituzioni...*, *cit.* (nota 11, II), p. 440 e ss.; e Moreira Alves, *Direito romano...*, *cit.* (nota 2, II), v. 2, p. 42, nota 765.

23. Cf. Levet, *Le bénéfice...*, *cit.* (nota 13, I), p.178. Ver, também, Solazzi, *L'estinzione...*, *cit.* (nota 14, I), p. 198.

24. Cf. Ulp. 31 *ed.*, D. 17, 2, 63, 4 e *Iust.*, C. 5, 13, 1, 7 (de 530 d.C.). Ver, nesse sentido, Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8.ed., Paris, Arthur Rousseau, 1929, p. 683, nota 5 e p. 1.098, nota 1; cf., também, Cuq, *Les institutions...*, *cit.* (nota 1, II), p. 741. Alguns autores, como Pampaloni, *Il «beneficium competentiae» e il calcolo...*, *cit.* (nota 11, I), pp. 198 e ss., consideram que a obrigação de prestar uma *cautio* era imposta apenas ao sócio, enquanto os demais beneficiários da condenação limitada viam-se livres do *quod debitor facere non potuit* como decorrência do efeito extintivo da *litis contestatio*. Contudo, de acordo com Levet, *Le bénéfice...*, *cit.* (nota 13, I), p. 180, a grande maioria da doutrina refuta essa opinião. Cf., nesse sentido também, Zanzucchi, *Sul c. d. «beneficium competentiae»...*, *cit.* (nota 12, I), p. 80.

O benefício, além de pessoal, apresentava certa "relatividade". ou seja, era exercido pelo devedor só contra determinados credores.²⁵

Finalmente, ele não se aplicava às ações penais,²⁶ nem às ações civis quando, nestas últimas, ficasse provado o dolo por parte do devedor.²⁷

II. 3 Natureza Processual

Na expressão de Guarino,²⁸ a *condemnatio in id quod reus facere potest* é "modalidade" do processo formular de composição de litígios, cujas primeiras manifestações remontam ao séc. II a.C.

Na perspectiva do processo civil romano, o *beneficium competentiae* nasce no âmbito do processo *per formulas*, com uma natureza cujo perfil, não muito preciso, merece estudo mais atento. Além disso, continua sendo concedido também na *extraordinaria cognitio* a qual, concorrendo com o processo formular desde o séc. II d.C., impera sozinha no período pós-clássico e justinianeu do Direito Romano.

As fontes nos falam de uma '*condemnatio*' *in id quod debitor* (ou *reus facere potest*),²⁹ ou *quatenus facultates (debitoris) patiuntur*, ou *non ultra facultates (debitoris)*.³⁰ Como observa Guarino, "nestas expressões, nem sempre o termo '*condemnatio*' indica com certeza a *condemnatio* como cláusula do *iudicium* (aquela que convida o juiz a condenar *si paret*, ou, *si non paret*, a absolver), mas por vezes significa (ou parece significar) a sentença de efetiva condenação que o juiz profere,

25. Assim, o sócio goza do benefício contra os demais sócios, os *parentes* e os *patroni* contra os filhos e o liberto, o *bonorum cessor* contra seus credores, etc. A única exceção é a do *miles* que goza do benefício *erga omnes*.

26. Cf., nesse sentido, Buckland, *A manual of roman...*, cit. (nota 1, II), p. 371.

27. Cf., entre outros, Cuq, *Les institutions...*, cit. (nota 1, II), p. 741, nota 4. De acordo com o autor, a regra «*quodve dolo malo fecerint quo minus possint*» (Ulp. 31 *ed.*, D. 17, 2, 63 pr. e 7), introduzida primeiro em matéria de sociedade, generalizou-se.

28. Cf. *La condanna...*, cit. (nota 6, I), p. 8

29. Cf. Ulp. 31 *ed.*, D. 17, 2, 63 pr., 1 e 7; Ulp. 36 *Sab.*, D. 24, 3, 12 e 14; Paul. 7 *Sab.*, D. 24, 3, 15; Pomp. 16 *Sab.*, D. 24, 3, 18; Ulp. 63 *ed.*, D. 42, 1, 16; Ulp. 10 *ed.*, D. 42, 1, 17; Ulp. 66 *ed.*, D. 42, 1, 18; Paul. 6 *Plaut.*, D. 42, 1, 19; Mod. 2 *diff.*, D. 42, 1, 20; Paul. 6 *Plaut.*, D. 42, 1, 21; Pomp. 21 *ad Q. Muc.*, D. 42, 1, 22; Paul. 6 *Plaut.*, D. 42, 1, 23; Pomp. 4 *Plaut.*, D. 42, 1, 24; Paul. 60 *ed.*, D. 42, 1, 25; Paul. 6 *Plaut.*, D. 50, 17, 173 pr., etc.

30. Cf. Ulp. 36 *Sab.*, D. 2, 14, 49; Pomp. 7 *var. lect.*, D. 42, 1, 30; Inst. 4, 6, 37.

seja com base em *iudicium* formular, seja, eventualmente, no âmbito da *cognitio extra ordinem*.³¹

No processo formular, a condenação do réu reduzida sempre a uma soma em dinheiro -, podia ser certa ou incerta.³² Incerta quando o montante da condenação não fosse exatamente fixado pelo autor na *intentio*, mas precisasse ser determinado pelo juiz depois de examinadas certas circunstâncias do caso. Na hipótese, a avaliação ficava sujeita não ao arbítrio do juiz, mas a algum critério estabelecido pelo pretor, e ao qual aquele era obrigado a ater-se.³³

Visando evitar condenação excessiva, era freqüente o magistrado judiciário, geralmente solicitado pelo réu, inserir no *iudicium* uma cláusula limitativa denominada *taxatio*, termo este que, em rigor, as fontes em nenhum momento empregam. Na verdade, como o próprio Gaio esclarece,³⁴ trata-se de expressão não-técnica utilizada para significar o estabelecimento de um limite ao valor da condenação. Na exposição gaiana essa limitação constituía um máximo, expresso pelo termo *dumtaxat*, que o juiz não podia ultrapassar.³⁵

31. Cf. *La condanna...*, cit. (nota 6, I), p. 16

32. Cf., sobre isto, Gai. 4, 39 e ss., que oferece apanhado, embora incompleto, do processo no período clássico.

33. Dentre os vários critérios que as fontes nos apresentam, o mais amplo exprimia-se pelas palavras «*quantum iudici aequum (et bonum) videbitur, tantae pecuniae condemnato*»; nesse caso, o juiz era convidado a seguir a estimativa corrente no ambiente social, segundo o conceito do *aequum et bonum*. Contudo, o critério mais comum exprimia-se nas palavras «*quanta ea res est (ou erit, ou fuit) tantam pecuniam condemnato*», que levava em consideração o valor objetivo, de mercado podemos dizer, da coisa litigiosa no momento da *litis contestatio* ou da prolação da sentença, conforme o caso. Um pouco mais amplas eram as palavras « *quanti actoris interest (ou intererit, ou interfuit), tantam pecuniam condemnato*», que convidavam o juiz a considerar, além de seu valor objetivo, também o *quid* o mais representado pelo interesse do autor em obter a prestação mesma. Ver, a este respeito, Tafaro, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Jovene, 1980, pp.5-218. Cf., também, Guarino, *La condanna...*, cit. (nota 6, I), pp. 13-14.

34. Gai. 4, 51: *est enim una cum aliqua praefinitione, quae vulgo dicitur cum taxatione...* Além disso, Gaio não menciona a «*taxatio in id quod reus facere potest*». De acordo com Guarino, *La condanna...*, cit. (nota 6, I), p. 15, a explicação deste silêncio das Institutas não é o esquecimento de seu autor mas, sim, o fato do conceito de *taxatio* apresentado por Gaio -limitado ao âmbito da *condemnatio incerta*-, ser muito restrito e rígido para alcançar a *taxatio in id quod reus facere potest*, já que esta, freqüentemente, figurava em ações que visavam obter uma *condemnatio certa*. Guarino, porém, declara ignorar qual seria nesses casos a redação do *iudicium*. Ver, também, Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 312, para quem a *condemnatio*, tanto *certa* quanto *incerta*, podia ser limitada por uma *taxatio*.

35. Cf. Gai. 4, 51-52. No caso de máximo hipotético de dez mil sestércios, a limitação apresentaria a seguinte redação: «*iudex N^m N^m A^o A^o dumtaxat sestertium X milia condemna: si non parat, absolve*».

Muitos autores interpretam a condenação limitada, em termos processuais, como uma *taxatio*,³⁶ cujo teor seria «*dumtaxat quod N^SN^S facere potest*» ou «*dumtaxat de eo quod N^SN^S facere potest*». ³⁷ Em quanto cláusula da fórmula, a *taxatio* era inserida pelo pretor na *condemnatio*, obrigando o juiz a condenar o réu apenas naquilo que ele pudesse fazer, ou seja, no limite de seus recursos patrimoniais.

Há quem sustente que, em certos casos, os efeitos do benefício fossem alcançados através não de *taxatio* mas de uma *praescriptio pro actore* inerente à *intentio* da fórmula.³⁸ É o que parecem sugerir alguns textos nos quais se lê que o réu é chamado a juízo (*convenitur*) pelo autor *in id quod facere potest*, e não que é condenado (*codemnatur*) *in id quod facere potest*.³⁹ Nesse caso, a condenação seria limitada mas na medida em que já o pedido do autor era limitado ao *id quod reus facere potest*.⁴⁰

O interesse do autor em limitar ele próprio a demanda ao *id quod reus facere potest* seria evitar o efeito extintivo da *litis contestatio*. Com efeito, desde o momento em que o réu aceitava do autor a fórmula redigida pelo magistrado, o direito pleiteado consumava-se: a *litis contestatio* o extinguiu, tanto *ipso iure* quanto *exceptionis ope*. A *litis contestatio* produzia um efeito novatório pelo qual o direito original desaparecia, surgindo em seu lugar um outro direito, de natureza processual, cujo objeto era a condenação, se houvesse, determinada pelo juiz particular.

De acordo com Levet,⁴¹ o credor, a quem se lhe opusesse o benefício, poderia ou reconhecer a relação que o unia ao devedor, ou negar os títulos deste à

36. *Taxatio 'in id quod (reus) facere potest'*. Cf., entre muitos outros, VOGLI, *Istituzioni di diritto romano*, 3.ed., Milano, Giuffrè, 1954, p. 360; Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1946, p. 310; Arias-Ramos, *Derecho romano...*, cit. (nota 10, II), v. 1, p. 157; Buckland, *A manual of roman...*, cit. (nota 1, II), p. 371; Schulz, *Derecho romano...*, cit. (nota 3, I), p. 440; Talamanca, *Istituzioni...*, cit. (nota 34, II), p. 312; e Burdese, *Manuale...*, cit. (nota 1, II), p. 694.

37. Cf. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, 2.ed., Torino, Giappichelli, 1990, p. 293, que cita Pomp. 7 var. *lect.*, D. 42, 1, 30; Iglesias, *Derecho romano...*, cit. (nota 1, II), v. 2, p. 171; e Girard, *Manuel élémentaire...*, cit. (nota 24, II), p. 1.098, nota 1, que oferece a redação «*dumtaxat in id quod facere potest condemna*».

38. Assim Levet, *Le bénéfice...*, cit. (nota 13, I), p. 171 e ss.

39. Ver Ulp. 36 *Sab.*, D. 2, 14, 49; Ulp. 11 *ed.*, D. 4, 4, 3, 4; Pomp. 15 *Sab.*, D. 11, 7, 28; Ulp. 29 *ed.*, D. 14, 5, 4 pr., etc.

40. Cf. Guarino, *La condanna...*, cit. (nota 6, I), p. 17. Nesse sentido, Ulp. 63 *ed.*, D. 42, 1, 16 e Ulp. 59 *ed.*, D. 42, 3, 4, falariam de réus 'condenados' *in id quod facere possunt*, por já terem sido demandados limitadamente pelo autor.

41. Cf. *Le bénéfice...*, cit. (nota 13, I), p. 165.

condenação limitada. No primeiro caso, não se oporia à inserção na fórmula da cláusula «*condemna in id quod facere potest*», a qual, como é sabido, modificava tão-somente a condenação. A *intentio* teria por objeto o crédito inteiro e sobre ele se faria sentir o efeito extintivo da *litis contestatio*. No segundo caso, o crédito também seria integralmente deduzido em juízo, cabendo ao *iudex* avaliar a procedência do benefício impetrado pelo réu, além da existência do direito invocado pelo autor.

Em ambos os casos, o exame do *iudex* abrangeria a demanda toda e a condenação levaria à exoneração parcial do réu, se seu ativo fosse inferior à dívida, ou mesmo completa se seu *facere posse* fosse nulo. E tudo isto, sempre de acordo com Levet, pela estrita lógica da *litis contestatio*.

A inserção de uma *praescriptio pro actore* objetivaria limitar o pedido apenas às possibilidades patrimoniais do devedor, ficando o restante a salvo do efeito extintivo da *litis contestatio*.⁴² Por esse remanescente, o credor poderia voltar a acionar novamente o devedor, se e quando a situação econômica deste alcançasse substancial melhora.

Contudo, pode-se objetar que tal procedimento seria desnecessário. Com efeito, tendo em vista que, no momento da redação do *iudicium*, a avaliação do *iudex* sobre as possibilidades do réu ainda não tinha ocorrido, o montante da nova relação obrigacional que nascia com a *litis contestatio* seria o valor total da dívida, tal como apresentado na *intentio*. No momento do julgamento, o *iudex*, depois de efetuar o cálculo do *facere posse*, condenaria o réu nesse valor, obrigando-o ao mesmo tempo como referido *supra* - a se comprometer formalmente pelo que faltasse.⁴³

Finalmente, alguns textos referem-se ao nosso instituto como se de *exceptio* se tratasse.⁴⁴ A maioria dos autores entende⁴⁵ que a *exceptio*, pelo menos

42. Cf., nesse sentido, também, Guarino, *Diritto privato romano*, 8.ed., Napoli, Jovene, 1988, p. 212, nota 18.5.3.

43. Talvez, o interesse e a vantagem da inserção da *praescriptio* com relação àquele contrato formal realizado na presença do *iudex* fosse subtrair, do efeito extintivo da *litis contestatio*, a parte da relação jurídica original correspondente ao *facere non posse* do réu, com o que se conseguiria, por exemplo, a manutenção das garantias inerentes àquele direito.

44. Cf. Ulp. 31 ed., D. 17, 2, 63, 2; Paul. 7 Sab., D. 24, 3, 17, 1; Paul. 14 quaest., D. 42, 1, 41 pr.; Paul. 3 ad Plaut., D. 44, 1, 7 pr.; Tryph. 7 disput., D. 46, 2, 33.

45. Assim, Solazzi, *L'estinzione...*, cit. (nota 14, I), p.191; Betti, *Istituzioni di diritto romano*, 2.ed., Padova, Cedam, 1947, p. 299, nota 73; Perozzi, *Istituzioni...*, cit. (nota 6, II), p. 325; e Girard, *Manuel élémentaire...*, cit. (nota 24, II), p. 1.098, nota 1.

em termos da lógica formular, era uma cláusula inserida no *iudicium* para, se comprovada, obter-se a absolvição *in totum* do réu, mas não a limitação da *condemnatio*, não sendo, por esta razão, o meio adequado para dar eficácia ao *beneficium competentiae*.

Contudo, como salienta Guarino,⁴⁶ daí não se deve concluir peremptoriamente que os textos referidos sejam todos, e por essa única razão da lógica formular, interpolados. Afinal, diz ele, é bem provável que os juristas, particularmente os do fim do período clássico, tenham sido influenciados pelo uso menos rigoroso que do termo *exceptio* se fazia no processo *extra ordinem*, e no qual adquiriria o sentido amplo de defesa do réu.⁴⁷

São Paulo, março de 1996.

46. Cf. *La condanna...*, cit. (nota 6, I), pp. 17-8.

47. Guarino, *La condanna...*, cit. (nota 6, I), p. 18, acrescenta outro argumento: a hipótese de Ulp. 36 *Sab.*, D. 2, 14, 49, pela qual, através de pacto, credor e devedor combinassem que o primeiro executaria o segundo nos limites do *facere posse* (entende-se: fora dos casos em que a condenação limitada já era prevista em lei, no edito, em rescripto imperial, etc.). Nesse caso, se o credor não delimitasse seu pedido na *intentio* mediante uma *praescriptio pro actore*, o devedor poderia lhe opor uma *exceptio pacti conventi*, em virtude da qual, provada a existência do pacto, o réu seria absolvido. Este argumento, porém, não nos parece convincente, pois em tal caso não haveria, em rigor, condenação limitada.

DIREITO COMERCIAL

ESTRUTURA NORMATIVA DA LEI N. 6.729 SOBRE CONCESSÕES COMERCIAIS ENTRE PRODUTORES E DISTRIBUIDORES DE VEÍCULOS AUTOMOTIVOS TERRESTRES

Miguel Reale

Professor emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Ex-Reitor da Universidade de São Paulo

Resumo:

O contrato de concessão comercial já adquiriu, no Direito brasileiro, uma configuração jurídica distinta, graças à doutrina e à jurisprudência. Dentre eles se destaca o contrato de concessão que rege as relações entre fabricantes e distribuidores de veículos automotivos terrestres, conforme as leis ns. 6.729/79 e 8.132/90. O que distingue essas leis é o fato de serem completadas mediante "convenções de marca" e "convenções de categoria", cuja natureza e atribuições são examinadas pelo autor. Na parte final do trabalho, o professor Reale defende a tese de que devem ser aplicadas as normas gerais do Código Civil e leis complementares, no caso de ser omissa a legislação especial, sendo invocada nesse sentido importante decisão de nossos tribunais.

Abstract:

The commercial concession agreement has already acquired, in the context of Brazilian Law, a different legal configuration, thanks to doctrine and jurisprudence. Among them, it is worth mentioning the concession agreement which governs relations between industrial companies and their distributors of ground automotive vehicles, pursuant to laws nrs. 6.729/79 and 8.132/90. The fact which distinguishes these laws is that they are complemented by "trademark conventions" and by "class conventions" whose nature and duties are studied by the author. At the end of his paper, professor Reale supports the thesis that the general rules of the Civil Code and its remainder complementary laws should be applied in the case of a legal gap on the part of the special legislation, having been invoked, in this sense, na important decision of our courts.

Unitermos: Convenções de marca e de categoria.

I

Princípios norteadores

1. Além do Projeto de Código Civil que, depois de aprovado com emendas pela Câmara dos Deputados, se encontra há vários anos no Senado Federal, sem tempo para cuidar de matéria de tão-alta relevância, tenho tido a oportunidade de participar da elaboração de vários textos de constituições e de leis básicas do País, mas o estudo dos atos preparatórios da Lei n. 6.729, de 28 de novembro de 1979, bem como a colaboração na feitura de seu projeto inicial e em sua fundamentação jurídica, revestiram-se de características deveras singulares.

O problema da formação dos diplomas legais tem sido objeto de análise percucientes no plano da Ciência Política, da Teoria do Estado e do Direito Constitucional, surgindo eles sob os mais variados espectros. Leis há que surgem em virtude de momentâneos impactos emocionais, para atender a episódicos reclamos da opinião pública, sem prévias indagações de ordem racional, nos planos científico e técnico, existindo até mesmo normas legais que constituem mero fruto de combinações parlamentares de duvidosa legitimidade ética. Ao lado, todavia, desses e outros exemplos negativos, podemos, felizmente, lembrar grande número de casos em que a lei é o resultado de cuidadosas pesquisas anteriores, com base em dados objetivos da experiência social, visando a atender a altos interesses da coletividade. Nessas hipóteses, que preservam e consolidam a dignidade do Poder Legislativo, podemos afirmar, recordando aspirações de Jean Domat e de Jean-Jacques Rousseau, que *"a lei é a razão escrita"*

O pior é que qualquer que seja a gênese das leis, e por mais contrastantes que sejam seus motivos, legítimos ou espúrios, uma vez promulgadas, elas obrigam (*lex prima facie valet*) salvo se em conflito com os mandamentos constitucionais. Daí o dever do intérprete de inferir das leis boas todas as suas conseqüências benéficas e, em contrapartida, através de justificáveis processos hermenêuticos, atenuar os resultados maléficos das leis imperfeitas ou nocivas ao bem público.

Ora, a Lei que veio disciplinar a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, inclui-se entre os exemplos de atos normativos dotados dos três requisitos que devem assinalar a legitimidade

legal cabível na espécie, a saber: os relevantes objetivos visados sob o ponto de vista dos interesses individuais e coletivos; os altos valores de justiça ou de equidade a que se procurou atender; o prudente equilíbrio entre os direitos e interesses de ambos os grupos participantes da relação econômica regulada.

Esses princípios, que nortearam a elaboração da Lei n. 6.729, não foram aplicados, porém, de maneira abstrata, mas em direto contato com a experiência brasileira, atendendo-se às suas peculiares circunstâncias.

Longe de mim a idéia de que, no preparo do mencionado Anteprojeto de Lei, Renato Ferrari e eu tenhamos desprezado os exemplos da legislação alienígena, pois o Parecer que redigi, não após a elaboração do Projeto inicial apresentado pelo ilustre Deputado Salvador Julianelli, mas por ter participado de sua feitura, desde o início - demonstra o contrário.

Com efeito, no estudo por mim elaborado em junho de 1976, lembro vários precedentes de disciplina legal do assunto tanto na Europa quanto nas duas Américas, referindo-me até mesmo a projetos de lei em discussão em vários Parlamentos. Nesse sentido, veja-se o meu Parecer, publicado pela Associação Brasileira dos Distribuidores de Veículos Automotores (Abrave), 1976, p. 7 *usque* 39, depois inserto em meu livro *Questões de Direito*, São Paulo, 1981, pp. 109-48.

Ocorre, no entanto, que, ao contrário de fazermos mera sistematização ou aplicação de exemplos normativos estrangeiros, preferimos proceder a cuidadoso levantamento da questão nos quadros da economia nacional, levando em conta:

a. os documentos que, na época, disciplinavam as relações existentes entre as "montadoras" e os "distribuidores" de veículos automotores, para empregar a terminologia então corrente;

b. as situações de fato criadas em virtude do relacionamento em vigor entre as partes, à margem de qualquer interferência ou proteção estatal, possibilitando abusos de poder econômico;

c. a solução jurídica mais adequada ao superamento das desigualdades ocorrentes no setor, sem prejuízo dos interesses das empresas fabricantes e dos usuários.

Foi à vista dessas diretrizes básicas que foi elaborado o Anteprojeto de 1976, composto de 94 artigos, o que contrasta com os 37 da Lei que estou ora analisando, fato este que comprova a diferença entre o que se esperava obter e o que, a final, se alcançou, após o intempestivo veto apostado pelo Presidente Ernesto Geisel

ao Projeto de Lei aprovado pelo Congresso Nacional, acolhendo, substancialmente, a proposta do Deputado Julianelli.

O certo é que não se compreenderá o real significado e alcance da Lei n. 6.729 - a que se deu o nome de "Lei Ferrari" - sem o devido estudo do mencionado Anteprojeto, não-somente por sua abrangência, com toda uma parte destinada à garantia dos direitos dos usuários (completamente suprimida) mas pela atenção que, na Hermenêutica Jurídica, deve ser dispensada aos *precedentes históricos*.

II

Razões da solução normativa aprovada

2. Atendo-me tão-somente ao texto da legislação em vigor, não há dúvida de que não havia caminho a ser seguido melhor do que a adoção da *concessão comercial* como figura jurídica destinada a reger as relações econômicas entre as montadoras e as distribuidoras de veículos automotivos terrestres.

Não estávamos, efetivamente, perante simples *contrato de distribuição*, que não é senão um caso complementar do *contrato de agência*, visto como, na estrutura econômica implantada na indústria automobilística brasileira, os chamados "distribuidores" na realidade, representavam empresários atuantes por conta e risco próprios, com direito de ver preservada a autonomia de sua empresa, no concernente à área de comercialização dos veículos livremente produzidos pelas montadoras, bem como de usufruir dos benefícios inerentes a essa produção com exclusividade, sempre com respeito a igual autonomia do fabricante no plano de sua iniciativa industrial e técnica.

O contrato de concessão comercial, em virtude de sua omniabrangência, combinando em unidade lógico-sistemática relações de *mandato, agência, distribuição, compra e venda e fornecimento*, na realidade altera cada uma dessas figuras jurídicas, na medida em que as correlaciona num modelo jurídico novo. Daí a dificuldade de defini-la, conceitualmente, prevalecendo noções de caráter mais operacional, nas quais a nota característica da "*exclusividade*" assume, geralmente, as formas mais diversas.

Não bastava, todavia, eleger a figura da concessão comercial como a mais adequada à regência das relações econômicas no setor da revenda de veículos automotores, visto como persistia sempre o risco das partes não chegarem a

entendimento sobre seus direitos e deveres recíprocos, dada a hegemonia natural das "montadoras"

A Lei n. 6.729 surgiu, assim, em razão de plena consciência de haver uma estrutura *oligopolística* (a das "montadoras" de veículos) perante a qual os "distribuidores" se colocavam em visível desvantagem, sem condições de *per si* obterem o reconhecimento de normas contratuais reconhecedoras de seu autônomo *status* empresarial, na conclusão do contrato e ao longo de sua execução.

Eis aí a razão pela qual, no mencionado Parecer datado de 24 de junho de 1976, entendi necessário dedicar sua primeira parte ao estudo do fenômeno, mostrando que o capitalismo contemporâneo se caracteriza menos pela formação de *monopólios* do que pela criação de uma "economia de gigantescas unidades" (oligopólios) as quais, muito embora façam concorrência entre si, operam com natural e mútua *entente*, isto é, com base em acordos ou condições de comum interesse, não-raro de caráter reservado, quer em relação aos empresários que entrem em relação econômica com elas, quer perante o público consumidor.

Os oligopólios, observava eu, desenvolvem-se como distintos sistemas planetários, cada um deles com um *centro de forças* (a empresa industrial básica, instauradora e coordenadora do sistema) em torno do qual giram planetas e satélites (empresas complementares de diversos tipos) tudo orientado no sentido de explorar o mercado consumidor, em disputa de clientela entre vários sistemas.¹

No caso particular da indústria automobilística é notável essa organização ganglionar de atividades econômicas, que abrange todo um universo de operações empresariais, descendo desde a *alma mater* do sistema, senhora por excelência da rede de veículos, até os usuários, através de elos intermédios representados, na área industrial, pelos "fabricantes de autopeças", e, no setor de comercialização, pelos "distribuidores ou revendedores" sem falar em numerosos satélites e minúsculos corpos acessórios, como as oficinas mecânicas não-oficializadas, os transportadores e fornecedores de combustível até os borracheiros urbanos ou de beira-de-estrada.

Inseridos nesse amplo contexto de interesses, os distribuidores dificilmente se liberariam dos processos que até então lhe haviam sido impostos e que consistiam, no mais das vezes, na aceitação, por adesão, de um contrato que estabelecia unilateralmente as condições a que deveria obedecer quem desejasse

1. Cf., outrossim, Miguel Reale - *Política de ontem e de hoje*, São Paulo, 1978, Ensaio I, p. 8 e ss.

comercializar com exclusividade determinada marca de veículos. Como salientei no referido parecer, e me dispense de repetir, tal *contrato de adesão*, em geral consubstanciado em mera carta-proposta do distribuidor, impunha a este inúmeros deveres, a talante da "montadora", sobretudo no que se refere à sua subordinação econômica, à obrigatoriedade de estoque, à aquisição compulsória de peças, participação em despesas de propaganda, e condições aleatórias de suspensão e cancelamento da avença.

3. Foram todas essas circunstâncias que encaminharam as pretensões das empresas revendedoras no sentido de obterem do Estado um diploma legal que instaurasse no País a obrigatoriedade do contrato de concessão comercial como base das relações entre "montadoras" e "revendedoras" de veículos automotivos terrestres.

Surgia, desse modo, uma notável experiência brasileira de *dirigismo contratual* que encontrava pleno apoio na Constituição de 1967/69, então em vigor, e que não conflita, como terei oportunidade de demonstrar, com a Carta Magna de 5 de outubro de 1988.

O dirigismo contratual assinala uma das grandes conquistas da chamada *socialização ou humanização do Direito*, tendo como razão de ser o propósito de estabelecer prévias e obrigatórias bases eqüitativas ou de equilíbrio econômico entre as prestações recíprocas concluídas entre contratantes que, em virtude de múltiplas conjunturas, seriam obrigados a aceitar cláusulas leoninas se deixados entregues a si mesmos, no exercício de ilusória *autonomia da vontade*.

A *autonomia da vontade* é, sem dúvida, uma das grandes conquistas da vida jurídica, sendo expressão no mundo negocial da liberdade legalmente reconhecida a todo indivíduo. Ora, na fase do chamado "capitalismo selvagem", como uma das faces da economia fundada exclusivamente no "*laissez faire, laissez passer*" a autonomia da vontade converteu-se em verdadeiro dogma da experiência jurídica, quaisquer que pudessem ser as suas conseqüências. Na realidade, chegou a se transformar em verdadeiro mito, em um princípio considerado intocável, regendo de maneira absoluta o mundo dos contratos, até que violentas transformações históricas, devidas sobretudo ao impacto tecnológico sobre a sociedade, vieram desmascarar acordos ilusoriamente realizados, sob pretensas bases de paridade, com falsa relação sinalagmática entre as partes contratantes.

Hoje em dia, há quem exageradamente condene a *autonomia da vontade*, pensando poder expungí-la do mundo do Direito. Trata-se, evidentemente,

de equívoco manifesto, pois ela constitui uma categoria jurídica essencial, como alma que é o Direito das Obrigações, o que não impede de subordiná-la, quando imprescindível, a determinados pressupostos legais.

O dirigismo contratual, que encontrou insignes defensores no Direito francês, como Ripert, Josserand e Bonnacase, com ampla acolhida no Brasil, baseia-se, tudo somado, no princípio de fonte pascaliana, assim expresso por Lacordaire: *"entre o forte e o fraco, é a liberdade que escraviza e é a lei que liberta"*

A bem ver, não se suprime a liberdade de contratar, mas se a subordina a determinadas normas impositivas de ordem pública. Não há dúvida, porém, que se impede a livre estruturação do conteúdo do contrato, a fim de salvaguardar o justo equilíbrio das prestações e contraprestações.

"Contudo, como pondera Orlando Gomes, reconheceu-se que, apesar da tendência para regulamentar o conteúdo do contrato, seu conceito não se modificou, dado que tem como elemento decisivo o consentimento livre. A essa conclusão chegou o próprio Josserand, esclarecendo que, se a lei não exige que o contrato decorra de uma discussão livre de suas cláusulas, contentando-se com o consentimento livre na sua conclusão, a regulamentação do contrato não o exclui, nem altera o seu conceito. No mesmo sentido, Carnelutti, justificando a persistência do conceito do contrato, distingue o concurso de vontades para a formação do vínculo da regulamentação das obrigações oriundas desse vínculo, para mostrar que o acordo de vontades basta para definir a natureza contratual do ato. A regulamentação bilateral das obrigações não é o elemento essencial à conceituação do contrato. Pouco importa que resulte da livre discussão entre as partes, da preponderância de uma sobre a outra, ou da necessidade de adesão ao esquema legal".²

2. Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro, 1959, p. 31 e ss. Cf., do mesmo autor, *Transformações gerais do direito das obrigações*, São Paulo, 1967.

Consoante oportuna ponderação de Santiago Dantas, foi por influência do pensamento solidarista, nascido das transformações do Estado democrático, inspiradas nas idéias socialistas - que o saudoso jurista não reduzia às diretrizes marxistas que vieram sendo corrigidas as conseqüências desumanas do antigo liberalismo jurídico.³

Não é demais advertir que o neoliberalismo ou o liberalismo social não contesta a inteira procedência dessas restrições à liberdade de contratar, resultante da natureza das coisas.

Além dos fatores ético-políticos, lembrados por Santiago Dantas, foram profundas alterações nos planos tecnológico e econômico que vieram alargar o campo do dirigismo contratual com a prefiguração de *contratos-tipo* ou a exigência de inclusão nos contratos de adesão de determinadas cláusulas sob pena de ficar a avença desprovida de validade e eficácia.

Embora sem situar o problema apenas no campo do Direito econômico, pois ele se expande por todos os domínios das relações obrigacionais, lembro aqui a seguinte observação de Eros Roberto Grau no verbete dedicado à matéria na *Enciclopédia Saraiva*:

*"com o advento das modernas técnicas de intervencionismo econômico, a teoria dos fundamentos do contrato é objeto de profunda reformulação, deixando de ser ele entendido como expressão da prerrogativa de criar o seu próprio direito, que o individualismo atribuía às partes contratantes. Sujeita-se a vontade dos contratantes, a todo instante, nos dias que correm, ao interesse público, demonstrando-o cabalmente a emergência de novas figuras contratuais, a necessidade de apreciar a validade dos contratos em presença de normas de direito público e o condicionamento de sua execução ao atendimento de disposições da mesma ordem"*⁴

3. Santiago Dantas, *Problemas do Direito Positivo*, Rio de Janeiro, 1953, p. 21.

4. Ob. cit., v. 18, p. 410.

4. No que se refere à Lei que estamos analisando, já lembrei as suas motivações econômicas que redundaram na consagração pelo legislador brasileiro de um contrato-tipo de concessão comercial, ao qual os produtores e revendedores de veículos automotores terrestres são obrigados a conformar as suas pretensões.

A análise do *contrato-tipo* configurado pela Lei n. 6.729 excede os objetivos que me proponho no presente trabalho, mas não será demais recordar alguns de seus elementos formadores, tais como:

a. predeterminação do que se deva entender por *objeto da concessão* (art. 3º);

b. duração da concessão normalmente por *prazo indeterminado*, ressalvado o direito de ser concluído o contrato social por tempo determinado, não inferior a cinco anos, automaticamente convertido em por tempo indeterminado, se não denunciado por qualquer das partes nos 180 dias anteriores a seu termo (art. 21);

c. proibição de atos que importem na subordinação econômica ou administrativa do concessionário ao concedente, o qual não pode interferir na gestão dos negócios daquele (art. 16);

d. especificação dos *direitos complementares* dos concessionários (art. 4º);

e. garantias dos concessionários no concernente a *área demarcada* e a *direito de exclusividade* na comercialização do produto, ressalvados os casos de venda direta dos concedentes a consumidores especiais (art. 15); bem como o de livre escolha do consumidor (art. 5º, conforme redação dada pela Lei n. 8.132, de 26.12.96);

f. direito dos concessionários instalados na área de concorrer, em igualdade de condições com os demais interessados, quanto às novas concessões permitidas pela lei de regência (art. 6º da Lei supracitada);

g. normas sobre direitos e deveres recíprocos de concedentes e concessionários quanto a fornecimento de quotas certas de mercadoria, manutenção e reajustes de estoques (arts. 7º, 9º e 10);

h. regras sobre pagamento do preço das mercadorias fornecidas (arts. 11 e 13, esta com nova redação);

i. disciplina das indenizações devidas nos casos de "resolução" (*lato sensu*) dos contratos por infração do concedente ou do concessionário (arts. 24, 25 e 26);

j. representatividade de concedentes e concessionários por entidades representativas das categorias econômicas e das redes das diversas marcas (arts. 17, 18, 19, e § 2º do art. 30);

k. força de lei conferida às convenções de categorias e de marcas.

Creio que bastam esses frisantes exemplos para ficar caracterizado o *contrato de concessão-tipo* delineado, em pontos essenciais, num amplo quadro discriminativo de direitos e deveres, para reger as relações dos produtores e revendedores de veículos automotivos terrestres na área específica de comercialização, sem interferência no plano técnico da produção, que é de iniciativa privativa do concedente.

As disposições legais pertinentes à matéria supradiscriminada, como acontece nos casos de *dirigismo contratual*, têm caráter imperativo ou cogente, determinando o art. 30 que serão consideradas nulas as cláusulas contratuais que as contrariarem.

Caberá ao intérprete verificar, em cada caso, quando as avenças constantes dos contratos colidirem com os preceitos da Lei de regência, sendo certo que elas só poderão ser consideradas desprovidas de eficácia quando colidirem claramente com as normas legais, visto como, *em se tratando de restrições à liberdade de contratar* - que continua sendo o pressuposto normal da vida obrigacional elas somente podem ser interpretadas e aplicadas em consonância e nos limites das disposições expressas, não podendo prevalecer a *interpretação extensiva*. Isto porque, consoante acertado magistério de Carlos Maximiliano, o maior de nossos hermeneutas, "*interpretam-se restritivamente as disposições derogatórias do direito comum*"⁵

5. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 10ª ed., Rio de Janeiro, 1988, §§ 286-288, p. 234 e ss.

III

Natureza jurídica das Convenções previstas na Lei n. 6.729

5. Quando o legislador se decide a promulgar normas legais condicionadoras das estipulações contratuais, dois caminhos se lhe antolham: ou ele se limita a enunciar os princípios e diretrizes gerais; ou, então, prefere desde logo detalhar o conteúdo dos futuros contratos.

Manifestos são os inconvenientes da segunda solução, não-somente porque os atos normativos casuísticos se revelam na prática insuficientes, como também porque freqüentemente surgirão contradições entre as disposições mesmas e entre estas e as imprevistas ocorrências da experiência concreta.

Na hipótese, que estamos analisando, optou-se pela primeira solução, não-obstante, vez por outra, se tenha cedido à tentação de particularizar a determinação legal, nem sempre com o devido rigor técnico.

Além dessa opção quanto ao tipo de norma legal, verificava-se que, preferida a via genérica, seriam inevitáveis as divergências quanto à aplicação dos preceitos, ganhando relevo o problema das *lacunas* normativas, visto como, por se tratar de disposições derogatórias do Direito comum, não podiam elas ser fruto de mero processo hermenêutico.

Punham-se, desse modo, quatro novas opções:

a. ou se deixava a questão em aberto, para solução das divergências na tela judicial, quando verificada a impossibilidade de composição amigável;

b. ou se preferia uma *solução estatizante*, confiando-se a um órgão do Ministério do Estado (como, por exemplo, o da Indústria e Comércio, ou outro de análoga competência) a que estivesse afeto a atribuição de resolver os conflitos emergentes na aplicação da Lei;

c. ou adotar uma solução mista, mediante convênios entre as partes interessadas, *com recurso à autoridade administrativa*, tal como previsto no Anteprojeto inicial;

d. ou, se cuidava de criar um sistema de solução dos conflitos "*interna corporis*" isto é, em virtude de órgãos representativos das próprias categorias econômicas interessadas.

Ao fazer-se opção por esta quarta via, posso afirmar que o Direito pátrio inovava criadoramente na matéria, dando original e eficaz desenvolvimento à idéia corporativa, já lembrada para outros fins, como um dos processos de superar as deficiências de um grupo econômico mais fraco perante outro mais dotado de poder decisório.

Orlando Gomes faz referência ao *processo corporativo*, quando os interessados mais frágeis resolvem compor e unir suas forças para, desse modo, poderem contratar de igual para igual. Vale a pena transcrever o tópico em que aquele saudoso civilista trata do assunto, nestes termos:

"O terceiro processo técnico é o mais interessante por importar regresso ao princípio da liberdade de contratar, mediante a restauração do equilíbrio de forças entre os contratantes. As pessoas que podem figurar numa relação jurídica como uma de suas partes organizam-se, fortalecendo-se, para que, na formação do contrato em que são interessadas, possam discutir as condições contratuais em pé de igualdade com a outra parte. Trava-se, então, a discussão corporativa, como ocorre, expressivamente, no contrato coletivo de trabalho. Esse processo técnico afasta a regulamentação autoritária, substituindo-a pela aquiescência livre dos interessados, no dizer de Henri De Page".⁶

Mesmo antes da Lei n. 6.729, a indústria automobilística brasileira já havia vencido essa etapa de *organização corporativa*, tendo as montadoras e distribuidoras constituído as respectivas associações nacionais representativas de cada categoria, mas, é claro, de conformidade com o Direito comum, sem que essa representatividade tivesse caráter compulsório em relação a cada associado, e sem que as entidades possuíssem qualquer poder de natureza normativa.

Foi, porém, em razão desse fato, que nos ocorreu a idéia de, através das entidades nacionais existentes, conceber-se um sistema normativo complementar de natureza consensual e corporativa, resultado de entendimentos entre as duas

6. Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 35. Cf., outrossim, H. De Page *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. II, p. 431.

categorias econômicas interessadas, a fim de particularizar ou especificar o texto legal genérico, assegurando-se a sua aplicação efetiva. Com o seu preparo jurídico e graças à sua longa experiência no setor automobilístico, Renato Ferrari, que se empenhara de corpo e alma na solução legal do problema, concebeu *dois graus de convenções, a das categorias econômicas e a de marcas*, cuja natureza jurídica cumpre elucidar.

Nunca será demais ressaltar a profunda alteração normativa operada com a promulgação da chamada Lei Renato Ferrari, denominação que representa justa homenagem em razão do obstinado empenho com que ele soube levar a bom termo uma não-fácil empreitada, afrontando sucessivos tropeços, e fazendo renascer das cinzas de um inesperado veto o texto, a final sancionado pelo Presidente João Figueiredo.

Normalmente, emanada uma Lei de natureza genérica, a praxe é a sua particularização, mediante Decreto regulamentar da competência privativa do presidente da República. Poder-se-ia ter seguido essa trilha habitual, mas desde logo se percebeu o risco de deixar a agentes burocráticos a elaboração de um regulamento eminentemente técnico, e, além do mais, sujeito a previsíveis adaptações que somente poderiam ser configuradas "*in concreto*" pelas próprias categorias econômicas interessadas, à luz e em função dos respectivos interesses.

Como era de esperar, a solução adotada não podia deixar de ser taxada de *retrógado corporativismo*, numa confusão lamentável com o corporativismo fascista que se inseria na estrutura de um Estado autoritário, deixando pouca margem de poder decisório às categorias econômicas, convertendo-as em "órgãos estatais"

Ao contrário, quando, no Estado de Direito, se transfere a entidades corporativas privadas o poder de dar execução ou aplicação à Lei que lhes disciplina as relações econômicas, o *resultado é a descentralização da competência normativa*, num pluralismo que se desenvolve à margem do poder estatal.

Nessa linha de pensamento, a corporação deve ser entendida quando dois ou mais segmentos econômicos se contrapõem em virtude de interesses distintos, mas, ao mesmo tempo, não podem deixar de ser solidários entre si em razão do empreendimento comum, sem cuja preservação e desenvolvimento não subsistiriam. Daí serem levados a delimitar democraticamente seus direitos e deveres recíprocos, dando origem a uma *corporação*, na qual se integram harmonicamente interesses associativos, visando à atualização da Lei que prevê a solução dos

conflitos mediante convênios ou convenções, o que, evidentemente, não exclui, quando necessário, o recurso à via judicial.

Ainda não se procedeu ao estudo teórico da estrutura normativa da Lei n. 6.729, nem tampouco até agora se cuidou de determinar qual a natureza jurídica das *convenções de categorias econômicas* e das *convenções de marcas*, previstas no mencionado diploma legal. É o que pretendo fazer, oferecendo algumas soluções ao deslinde da matéria.

6. Trata-se de questão que, pela novidade do tema e por seu alcance, os antigos mestres italianos do início do século consideravam *elegante*. A *elegantia iuris* surge toda vez que um assunto jurídico se reveste de interesse ao mesmo tempo prático e teórico, envolvendo a elaboração de novas categorias jurídicas capazes de qualificar, com o possível rigor técnico, as soluções normativas consagradas pelo legislador para atender a circunstâncias emergentes da vida social e econômica.

Note-se, preliminarmente, que, na realidade, há dois problemas jurídicos complementares a serem esclarecidos: o da representação legal conferida às entidades de caráter nacional e às vinculadas a cada rede formada para comercialização de determinada marca de veículos: e o caráter obrigatório das convenções nascidas consensualmente da apontada representação.

É óbvio que, normalmente, as entidades representativas de uma categoria profissional ou econômica somente podem decidir e atuar em razão dos fins e nos limites previstos nas respectivas disposições estatutárias, tudo se desenvolvendo no plano das obrigações de ordem privada, vinculando os seus associados tão-somente quando os estatutos o determinarem. Na Lei n. 6.729, ao contrário, estamos perante entidades às quais é conferido um poder decisório de caráter normativo vinculante de todas as empresas associadas, como resulta do art. 17 que não é demais transcrever na íntegra, a saber:

"Art. 17 As relações objeto desta Lei serão também reguladas por convenção que, mediante solicitação do produtor ou de qualquer uma das entidades adiante indicadas, deverão ser celebradas com força de lei, entre:

I - as categorias econômicas de produtores e distribuidores de veículos automotores, cada uma representada pela respectiva entidade civil ou, na falta desta, por outra entidade competente, qualquer delas

sempre de âmbito nacional, designadas convenções das categorias econômicas;

II cada produtor e a respectiva rede de distribuição, esta através da entidade civil de âmbito nacional que a represente, designadas convenções da marca.

§ 1º - Qualquer dos signatários dos atos referidos neste artigo poderá proceder ao seu registro no Cartório competente do Distrito Federal e à sua publicação no Diário Oficial da União, a fim de valerem também contra terceiros em todo território nacional.

§ 2º Independentemente de convenções, a entidade representativa da categoria econômica ou da rede de distribuição da respectiva marca poderá diligenciar a solução de dúvidas e controvérsias, no que tange às relações entre concedente e concessionário."

Duas são as hipóteses previstas. Para a elaboração de *convenções de categorias econômicas* defrontam-se associações civis nacionais de produtores e distribuidores, ambas armadas de poderes para resolver em nome de todas as empresas nelas respectivamente congregadas; para as *convenções de marcas*, os entendimentos, também dotados de *vis compulsiva*, se realizam entre a empresa produtora e a entidade nacional representativa dos distribuidores vinculados à sua rede e à sua marca.

Estamos, por conseguinte, perante um caso singular de *representação "erga omnes" conferida por lei*, de tal modo que, uma vez assinada pelos "representantes legais" qualquer dos dois tipos ou graus de convenções, nenhuma empresa produtora, assim como nenhuma entidade ou empresa distribuidora, poderá se insurgir contra o que foi convencionado, salvo nas hipóteses de conflito com norma constitucional, com lei complementar ou ordinária de ordem pública (desde que aplicável à espécie) ou com dispositivo da própria Lei de regência.

A respeito dessa *representatividade de ordem legal* poderíamos lembrar o símile do sindicato representativo da categoria profissional ou econômica (Constituição de 1988, art. 8º, II), cujas convenções coletivas de trabalho obrigam também aos não-sindicalizados (cf. *Consolidação das Leis do Trabalho*, arts. 611 e ss.).

Por esse exemplo se pode perceber como a *representatividade associativa*, de que trata a Lei Renato Ferrari, ultrapassa os lindes do mero Direito Privado, para produzir efeitos *erga omnes* próprios dos atos públicos. É, aliás, em virtude da força cogente genérica das convenções coletivas de trabalho que alguns juristas italianos chegam a dizer que, em tal caso, os sindicatos atuam como se fossem pessoas de Direito Público, o que não deve causar estranheza, tão tênue vai-se tornando cada vez mais a distinção entre o Direito Público e o Privado, válidas mais como termos práticos de referência e não como campos radicalmente estanques.

Esclarecido, embora *per summa capita*, a natureza jurídica da representação configurada *ex vi legis* para dar nascimento às convenções de categorias econômicas e às de marca, resta ver qual a natureza jurídica delas.

Evidentemente, *elas não têm caráter regulamentar*, pois tanto a Constituição de 1967/69 quanto na de 1988, o regulamento constitui um ato privativo do Presidente da República e destina-se à fiel execução das leis (Carta Magna, art. 84, IV).

Poder-se-ia afirmar, que tais convenções "*celebradas com força de lei*" (*caput* do art. 17, supratranscrito) constituem *atos normativos de natureza consensual corporativa dotados de imperatividade estabelecida com força de lei*, não podendo, por isso mesmo, ultrapassar os limites traçados por sua razão de ser, que consiste em possibilitar a execução da Lei que as disciplina.

Estamos, em suma, perante o que os atuais estudos de Epistemologia Jurídica qualificam de subsistemas normativos, cuja elaboração se acha prevista em Lei, para os fins nela determinados.

Como subsistemas normativos, as convenções em apreço subordinam-se aos ditames da Lei que lhes deu vida, não podendo inovar na Lei. Quanto a esse ponto, equiparam-se aos *regulamentos* que também não podem exceder os limites legais.

Não se trata, por conseguinte, de uma *legislação complementar*, constitucionalmente inadmissível, muito embora o art. 17 declare, com manifesta impropriedade técnica, que "*as relações objeto desta lei serão também (sic) reguladas por convenções*", o que poderia dar lugar ao entendimento de ser-lhes lícito acrescentar algo ao texto legal.

IV

Atribuições das convenções das categorias econômicas

7. Não há dúvida que a Lei n. 6.729, a convenção das categorias econômicas e a convenção de marca formam uma *gradação escalonada de normas*, de tal modo que elas se ordenam hierarquicamente, a segunda convenção se subordinando à primeira, e ambas à Lei. É o que determina expressamente o art. 1º do Capítulo XXIV da *Primeira Convenção das Categorias Econômicas*, de 16 de dezembro de 1983, publicado no *Diário Oficial da União* de 13 de janeiro de 1983, firmada pela Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores - Anfavea e a Associação Brasileira dos Distribuidores de Veículos - Abrave, nos seguintes termos:

"Art. 1º As normas e procedimentos estabelecidos pelas convenções de categorias econômicas prevalecem sobre as disposições das convenções de marca."

Todavia, como a Lei de regência delimita minuciosamente as esferas de competência das duas modalidades de convenções, o primado da convenção de categorias econômicas somente se dá quando a matéria é de ordem geral e não se enquadra expressamente entre as atribuições que o art. 19 confere às convenções de marca. Nesse campo, penso eu, devem ser seguidos os critérios em vigor na estrutura da República Federativa do Brasil, na qual as leis federais não prevalecem sobre as estaduais ou municipais quando a Constituição, como lei suprema, conferir a matéria à competência privativa dos Estados e Municípios.

Na Lei, que estamos analisando, não foram previstas *competências concorrentes* entre os dois tipos de convenções, mas outorga às convenções de categorias econômicas *atribuição supletiva* para estabelecer normas, até e enquanto estas não forem concluídas.

É o que se infere do § 2º do art. 1º do Capítulo XXIV da Primeira Convenção de Categorias Econômicas, supracitada, o qual dispõe:

"§ 2º Relativamente aos dispositivos de qualquer natureza das convenções das categorias econômicas,

quando abrangerem matéria incluída pela Lei na competência das convenções de marca, poderá esta estipular normas e procedimentos específicos distintos daqueles previstos nas sobreditas convenções que melhor estabeleceram ou atendam os direitos e interesses da respectiva rede de distribuição."

Aliás, também o inciso III do art. 3º declara que as convenções das categorias econômicas podem

"III - dispor sobre matéria que a convenção de marca não tenha decidido ou regulado."

É manifesto, pois, em tal caso, o *caráter supletivo* de várias de suas disposições.

Não é meu propósito, no presente trabalho, tecer comentários aos arts. 18 e 19 que disciplinam respectivamente, os dois apontados tipos de convenções, mas sim apontar para algumas questões que poderão dar lugar a antinomias, ou a perniciosa multiplicação de disposições convencionais, tornando cada vez mais exígua a margem sempre profícua dos entendimentos *in concreto*.

Com propriedade, o inciso I do art. 18 da Lei n. 6.729, reza que as convenções das categorias econômicas se destinam a "*explicitar princípios e normas de interesse dos produtores e distribuidores de veículos automotores*"

O emprego prudente do verbo *explicitar* denota o reconhecimento pelo legislador de que existem na Lei princípios e normas *implícitos*, de sorte que complementando meu pensamento anterior me parece que as convenções, além de *especificar* as normas legais, para torná-las cada vez mais adequadas aos interesses recíprocos dos produtores e distribuidores, têm a atribuição de determinar quais são os princípios ou regras legais implícitos, quando não devidamente expressos.

O problema da explicitação das normas legais é erigido de dificuldades, porque depende de uma série de pressupostos hermenêuticos. Como, porém, na hipótese estudada, a explicitação deve resultar do consenso de ambas as partes, tais dificuldades são superadas, desde que os preceitos exteriorizados não extrapolem dos ditames legais. Assim sendo, se uma convenção contiver disposições em conflito com a Lei, cada uma das partes poderá, a qualquer tempo, impugná-las,

corrigindo-se o erro jurídico praticado, sem o que se chegaria à conclusão absurda de poder a norma convencional predominar sobre a norma legal.

Por outro lado, o legislador teve plena ciência de que a estrutura normativa por ele instaurada poderia ter não-somente lacunas, mas também albergar contradições, quando de sua aplicação, motivo pelo qual previu, nos incisos III e IV do art. 18 duas instâncias de solução de conflitos: a "*decisão arbitral*" e o *juízo declaratório* de caráter judicial.

Dessa matéria, a Primeira Convenção das Categorias Econômicas trata no mesmo Capítulo XXIV, não o fazendo, *data vênia*, de modo plenamente satisfatório. Cabia-lhe, com efeito, disciplinar melhor o procedimento a ser seguido pelas associações nacionais representativas dos produtores e distribuidores, a Anfavea e a Abreve ora Fenabreve, para chegarem a uma "*decisão arbitral*" Esta parece-me prevista como procedimento corporativo ou interassociativo, o que pressuporia a fixação prévia de normas disciplinadoras da escolha dos árbitros por aquelas entidades, suas atribuições, etc., *ad instar* do que ocorre no Código de Processo Civil com o *juízo arbitral*, ao qual as partes deverão recorrer "em caso de impasse" ou de descumprimento dos prazos previstos na convenção, quando se pretender alterar a convenção (§ 2º do art. 9º do referido capítulo).

Como a Lei se refere, pura e simplesmente, a "*decisão arbitral*" para resolver as questões suscitadas pelos distribuidores e produtores, cumpria à Convenção das Categorias Econômicas *explicitar* esse dispositivo, inclusive esclarecendo que as questões controvertidas devem ser "*resolvidas*" mediante nova convenção, e não "*submetidas*" a ela, como, por evidente lapso, se declara no item III do art. 18. A bem ver, quem deve instaurar o *procedimento arbitral corporativo* são a Anfavea e a Fenabreve, a cada uma das quais caberia a eleição de seu árbitro, o que pressupõe a existência de um desempatador, ao qual é feita referência, mas, a meu ver, sem a desejável precisão técnica.

A propósito desse assunto, cabe ainda uma relevante observação. No mencionado Capítulo XXIV, é previsto o procedimento arbitral não apenas para resolver divergências entre as partes, em qualquer caso de interpretação das cláusulas em vigor, mas também na *hipótese de uma das partes pretender alterar a convenção e a outra a ela se opuser*. Nesse caso, é dito que, persistindo a divergência dos árbitros, caberá a decisão final a um *desempatador*, cujo pronunciamento obrigará a todos, passando a ser incorporado à Convenção das Categorias Econômicas (art. 7º, § 1º).

Tal incorporação, contudo, não se opera automaticamente, dependendo de celebração de novo ato, dentro de 15 (quinze) dias (§ 2º, c), o que, evidentemente, não exclui que a parte, não-conformada com a decisão arbitral corporativa, prefira solucionar a questão em Juízo mediante a ação que julgar adequada, que poderá ser ou não o juízo arbitral, - ao qual se refere o § 2º do art. 9º do mencionado capítulo - pois é evidente que uma convenção de caráter privado não pode delimitar o direito de ação na tela judicial, inclusive porque, nos termos da Constituição, nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário (Constituição, art. 5º, item XXXV).

De qualquer forma, essa possibilidade de revisão das convenções graças a "decisão arbitral" ou a "juízo arbitral" - com base em argumentos válidos de fato e de direito - vem lançar nova luz sobre a natureza jurídica das convenções, confirmando, creio eu, o entendimento anteriormente exposto, distinguindo-as claramente dos "regulamentos legais", por mais que se lhes queira dar "força de lei"

Trata-se, em suma, de *normas consensuais de natureza corporativa, obrigatórias por força de lei*, mas suscetíveis de serem alteradas em virtude de novo consenso associativo, ou na falta deste, mediante "decisão arbitral" (corporativa) ou por via judicial.

Este ponto me parece de grande relevância, pois, enquanto um Regulamento tem eficácia até e enquanto não-revogado, ou revogada a Lei que ele explicita, as convenções, que estamos analisando, podem ser alteradas se uma das partes entender que há razões de fato e de direito supervenientes que exigem a sua mudança, o que pode determinar até mesmo uma demanda em Juízo, sendo visível a sua complexidade.

8. Sem proceder a meticoloso comentário da Primeira Convenção das Categorias Econômicas, pondero que ficou acertadamente estabelecido que a "decisão arbitral" e o "*juízo declaratório*" a que se referem o inciso III e IV do art. 18 da Lei de regência competem exclusivamente às Associações Cíveis de 2º Grau (Anfavea e Fenabreve) mesmo porque o mencionado inciso IV prevê que "*os assuntos pertinentes às convenções de marcas*" no que se refere a *juízo declaratório*, se situam no âmbito das convenções das categorias econômicas.

O que o legislador pretende, em suma, é evitar a multiplicação desnecessária de *decisões arbitrais* ou de *juízos declaratórios* à revelia das entidades máximas representativas, sem se verificar, preliminarmente, a possibilidade de um acordo superior entre elas, dirimindo as dúvidas surgidas, ou dando entendimento de

consenso às cláusulas convencionais. Desse modo, a empresa produtora e a respectiva Associação de marca não podem ingressar diretamente em Juízo para elucidar, mediante *juízo declaratório*, dúvidas suscitadas por convenção de marca, pois assim o determina o item IV do lembrado art. 18 da Lei. Caberá as entidades representativas das categorias econômicas apreciar a matéria, entendendo ou não necessário instaurar Juízo declaratório, por não terem encontrado uma solução de consenso.

Dessa posição eminente das Convenções das categorias econômicas, a Anfavea e a Abrave, ao assinarem a sua Primeira Convenção de 16.12.1983, inferiram que o produtor e a associação de marcas podem solicitar seu pronunciamento para, em conjunto,

"proferir decisão em grau de recurso." (art. 3º, item IV).

Lembre-se, outrossim, o art. 4º desse mesmo capítulo que assim dispõe:

"Art. 4º Entre as matérias que cabe à convenção das categorias econômicas decidir ou regular (sic) incluem-se:

I - os assuntos ou questões, dúvidas ou controvérsias que sejam apresentados pela entidade representativa da categoria econômica dos produtores, pela entidade representativa da categoria econômica dos distribuidores, por produtor ou por associação de marca.

....."

A ambigüidade desses textos não poderá deixar de dar lugar a divergências e perplexidades. Em primeiro lugar, não se recorre a uma "convenção", mas sim ao órgão ou órgãos que as editam. Por outro lado, parece-me sem sentido que, para solução de qualquer dúvida ou controvérsia, se deva lançar mão de uma "convenção de categoria econômica", com toda a complexidade que esta nova figura jurídica comporta.

Parece-me, pois, necessário, interpretar os lembrados dispositivos aceitando-se o *poder recursal* das entidades inferiores às superiores, às quais caberá resolver de comum acordo, devendo essa sua decisão ser incluída no texto da

Convenção de Categorias Econômicas. Como o art. 18, I, da Lei de referência confere a estas também a finalidade de "*explicitar princípios e normas*", creio que se pode construir sobre esse preceito o poder recursal para as entidades de grau superior. Não excludo, todavia, que a questão possa dar lugar a controvérsias.

9. Examinando o texto da Primeira Convenção das Categorias Econômicas, verifico que os seus emanadores usaram amplamente de sua competência para "*explicitar princípios e normas*", fazendo-o, às vezes, com competência originária privativa e, outras, supletivamente, na ausência de convenções de marcas.

Entre os princípios explicitados figura o de conceito de consumidor, efetivamente essencial, pois estamos perante uma concessão comercial, cujo último elo é representado pelo *usuário* dos veículos ou de seus componentes, não raro confundido com o mero *adquirente*.

Parece-me feliz a noção de consumidor fixada pelo art. 6º do capítulo I da mencionada convenção que reza:

"Art. 6º Considera-se consumidor todo e qualquer adquirente dos bens relacionados na Lei, em seu art. 2º, destinando-os ao seu próprio uso e todo e qualquer contratante ou usuário da assistência técnica ou serviços concernentes aos mesmos bens.

Parágrafo único Quanto aos bens referidos naquele artigo:

a. - inciso III, considerar-se-á consumidor também o adquirente pessoa jurídica ou pessoa física a esta equiparada, cuja atividade ou objeto social relativos àqueles bens não estabeleçam ou caracterizem o comércio ou revenda dos mesmos;

....."

Por aí se vê que a Lei n. 6.729 não interfere na esfera técnica da produção industrial, nem priva o produtor do poder de iniciativa no que tange à fabricação de componentes destinados a outros produtores, que não se destinem ao seu próprio uso, ou à revenda tais como foram fabricados, mas sim a integrar veículos ou equipamentos estranhos à rede que comercializa determinada marca.

Esse entendimento é confirmado pelo art. 11 do mesmo capítulo I, quando dispõe:

"Art. 11 - Entende-se por produtos conflitantes aqueles de marcas diversas que, identificados por iguais características técnicas e finalidade, sejam concorrentes na mesma faixa de mercado.

....."

Como se vê, as questões são claramente situadas no plano da *comercialização*, sem privar o concedente de sua posição eminente no que se refere ao plano industrial, conforme esta justa ponderação de Jean Guyénot, quando afirma:

"A supremacia técnica do produtor. Ela está implícita em sua função. Não se manifesta apenas no estágio da fabricação, mas igualmente no estágio da distribuição. O interesse do produtor é o de zelar pela formação técnica dos concessionários, de tal modo que nenhuma característica ou inovação de fabricação não lhes escape, nas suas relações com a clientela. O domínio técnico do produtor sobre as firmas concessionárias é tanto mais forte quanto mais elevada a tecnicidade do produto (...). Esses dois fatores conjugados, um de ordem econômica, outro de ordem técnica, asseguram a hegemonia do produtor na direção da rede. Ele é o único em condições de exercê-la." (Les contrats de concession commerciale, Paris, 1968, p. 342 - Sublinhei).

Lembro esse ponto para delimitar o âmbito da comissão comercial, prevenindo contra a tentação de ilícitas interferências na esfera técnica da produção que a Lei n. 6.729 claramente reserva ao produtor que pode alterar *ad libitum* a fabricação dos tipos de veículos, bem como oferecer novos ao mercado: o que a Lei assegura é o direito que tem o distribuidor de estender aos produtos novos ou modificados o seu direito de comercialização exclusiva, ressalvados os casos legais previstos, e sempre que a mercadoria se destine efetivamente a *consumidor*, tal como conceituado no texto da Convenção supratranscrito.

Dei esse exemplo de explicitação de princípio, constante da Primeira Convenção das Categorias Econômicas, mas poderia aduzir outros, como às noções de "área demarcada", entendida, no art. 8º do capítulo 1º, como simples "circunscrição geográfica", quando, na realidade, é uma "circunscrição geoeconômica", dada a possibilidade de mais de um concessionário desenvolver nela suas atividades; de "capacidade de mercado" conceitos que auxiliarão a melhor interpretação da Lei, assim como os relativos a "assistência técnica" ou a "contratação de novas concessões" etc.

Aliás, mesmo quando a Convenção das Categorias Econômicas dispõe sobre matéria pertinente às Convenções de Marca, elas têm a função, ou de suprir a falta destas ou de fornecer contribuição de inegável alcance hermenêutico.

Como já adverti, não é meu escopo comentar qualquer das convenções em vigor, limitando-me a externar meu ponto de vista sobre sua posição na estrutura normativa da Lei n. 6.729.

V

As Convenções de Marca

10. As Convenções de Marca, nos termos do art. 19 da Lei de Regência, cuidam de problemas mais concretamente vinculados à concretude das relações entre concedentes e concessionários.

Analisando os 18 itens do mencionado artigo, verifico que a Primeira Convenção das Categorias Econômicas antecipou-se a discipliná-los, não-apenas firmando conceitos gerais, mas prevendo normas de procedimento.

Isto, contudo, não prejudica a competência das empresas e das associações de marcas, porquanto, ou aquelas disposições têm sentido genérico, ou valem como normas supletivas, sem falar, repito, em seu valor hermenêutico.

O objeto das convenções de marca é o mais amplo possível, até o ponto que o seu maior risco é descambar para o casuísmo, o qual, longe de facilitar os entendimentos e operações, não raro os dificulta.

Pelo estudo dos diversos incisos do art. 19 fácil é constatar que o seu objetivo fundamental é assegurar o equilíbrio econômico da concessão, garantindo ao distribuidor imediato acesso às fontes produtivas na proporção de sua capacidade

de comercialização, evitando alterações que possam subverter as expectativas do mercado.

Uma concessão para distribuição de veículos automotores pressupõe sempre uma série de garantias, a primeira das quais é a duração do empreendimento, de tal modo que possa o capital investido receber a justa e esperada retribuição, o que somente é possível se o contrato não estiver exposto a experiência que venham privá-lo de normal exequibilidade.

Compreende-se, desse modo, a prudência com que se deve prever a quota de veículos a serem fornecidos, seus reajustes anuais, podendo-se dizer que a *garantia de quota firme*, como fornecimento mínimo, é a alma da concessão.

Não há dúvida que o distribuidor deve fazer tudo que estiver a seu alcance para atingir os índices máximos de comercialização, em benefício próprio e da respectiva rede, mas seria absurdo que o produtor pudesse lhe impor o recebimento de veículos ou componentes a seu bel talante, transferindo-lhe praticamente os riscos do mercado, uma vez que, pelo sistema predominante, as vendas se realizam à vista, em virtude do processo de financiamento vigente no setor, ponto este a que dei realce no Parecer de 1976.

É natural, por conseguinte, o cuidado com que as convenções de marca procuram cercar os problemas de formação e alteração de estoques, e os critérios que devem presidir a formulação dos pedidos de fornecimento de mercadorias e seu pronto atendimento, na medida das possibilidades técnico-econômicas do produtor, conforme as conjunturas do mercado.

Nesse, como nos demais casos, o *princípio de bilateralidade* deve reger as relações entre produtor e distribuidor, podendo-se afirmar que àquele princípio agrega-se o de *proporcionalidade*, uma vez que as distintas capacidades de comercialização das empresas legitimam fornecimentos desiguais.

O certo é que, graças às várias cautelas enumeradas no art. 19, e que as convenções de marcas particularizam, é possível estabelecer-se um sistema de relacionamento entre concedente e concessionário marcado por justo equilíbrio.

Nesse relacionamento está afastado, por incompatível com a lei, toda forma de subordinação econômico-administrativa do distribuidor ao produtor, mas não é dito que aquele não deva obedecer a determinados requisitos, sobretudo de ordem técnica, estabelecidos pelo concedente, bem como que ele esteja desobrigado de requisitos de natureza empresarial ou administrativas ditadas pelo interesse

comum da fábrica e de sua própria rede. *Princípio de responsabilidade empresarial*, eis outra diretriz ético-econômica que deve presidir o contrato de concessão.

VI

A Lei n. 6.729 e a legislação comum

11. Na aplicação da Lei n. 6.729 surgiam dois problemas correlatos de grande relevância, implicando a discussão de temas sobre responsabilidade civil do produtor e do distribuidor quanto à indenização cabível resultante de culposa denúncia da concessão.

A primeira dessas questões diz respeito à interpretação a ser dada ao inciso IV do art. 24, o qual, após enumerar várias reparações, a que o concessionário tem direito quando rescindido o contrato indevidamente pelo concedente, acrescenta que este deva pagar o previsto nos itens I a III,

"satisfazendo-lhe (ao distribuidor) outras reparações que forem eventualmente ajustadas entre o produtor e sua rede de distribuição."

O segundo problema é de maior amplitude, referindo-se à possibilidade de se recorrer ao Direito Civil para reparação de danos comprovados, mas não-enquadrados nos quatro incisos do mencionado art. 24.

Ambos os assuntos já foram objeto de pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais, inclusive a nível do Supremo Tribunal Federal, merecendo destaque o caso de que participei, na qualidade de parecerista, envolvendo a concedente Volvo do Brasil Motores e Veículos S.A., do Paraná, e a concessionária Fercoi Diesel S.A., antes sediada em São Paulo.

A hipótese é deveras elucidativa, pois versou, ao mesmo tempo, sobre a existência de praxe vigente na rede Volvo no sentido de dever o distribuidor construir o prédio destinado à concessão com base em projeto de arquiteto de exclusiva confiança do concedente e sob sua direta fiscalização; e sobre o delicado problema de, em havendo *Lei especial*, ser lícito recorrer ao *Direito comum* a fim de configurar-se a reparação de dano não-contemplado pela legislação de especial regência.

A tese defendida pela Fercoi foi a de que, inopinadamente e *sine causa*, antes mesmo de ser assinado o contrato de concessão, esta lhe fora cassada, sem tempo para cobrir-se do altíssimo investimento realizado na construção do prédio. Entre os elementos componentes da indenização devida a Fercoi inclui o valor da diferença entre a área construída, conforme projeto elaborado pelo arquiteto da Volvo, e aquela que corresponderia ao seu *ius aedificandi*, isto é, ao seu direito de construir, dando ao terreno outra destinação, de acordo com o potencial de edificação assegurado pelo Código de Obras da Capital de São Paulo.

Nenhuma dúvida houve sobre a reparação fundada nos incisos I a III do já lembrado art. 24, mas a Volvo se insurgiu contra a pretensão da Fercoi relativa ao aproveitamento deficitário do terreno, alegando, em síntese, que:

- a. nenhuma indenização poderia ser exigida além das previstas na Lei especial;
- b. conforme antiga parêmia, *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*;
- c. era incabível invocar o inciso IV, por inexistir "ajuste" na rede sobre o assunto.

Convidado a manifestar-me sobre a matéria, elaborei um parecer, datado de 3 de maio de 1984, no qual analiso sobretudo o sentido do item IV; e, em 29 de maio de 1988, um parecer complementar destinado especialmente ao estudo das *leis especiais* perante o *Direito comum*, na tela da responsabilidade civil.

Adiante, desde logo, que a tese sustentada pela Fercoi foi vencedora, da 1ª à última instância, e até mesmo em ação rescisória de acórdão da Suprema Corte, como se verá a seu tempo.

Lembro, por ora, o tópico da sentença prolatada pelo então titular da 13ª Vara Cível da Comarca de Curitiba, a 13 de junho de 1984, nos seguintes termos:

"Para a concessão, a A. teve que adquirir o terreno, fazer a construção nos termos do projeto e orientação da Volvo conforme esclarece o Sr. Perito, às fls. 418 da Medida Cautelar.

Foi deixada parte do terreno, não edificado, para servir de pátio de estacionamento e manobra de veículos.

Na época em que foi realizada a perícia, não havia aproveitamento da construção e esta, na forma em que se encontrava servia para outra atividade comercial, requerendo, entretanto, adaptações vez que a construção foi feita visando uma atividade específica, com características muito especiais.

Por tudo que dos autos consta, com a rescisão do contrato, houve prejuízo à A., face o valor da diferença da área construída para o fim específico, com a capacidade de imóvel para fins comerciais.

A demolição, construção, ou reforma para readaptá-la ou reformá-la para nova atividade comercial também é prejuízo para a A., este causado pela rescisão do contrato existente entre ela e a R.

A reparação de danos deve cobrir todo o prejuízo causado pela R. à A., pelo que, defiro tal pedido, que deve ser objeto de execução de sentença."

Contra essa sentença foi interposta Apelação para o E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Apelação Cível n. 1.555/84 de Curitiba) tendo os Desembargadores da 3ª Câmara Cível prolatado, a 1º de outubro de 1985, o Acórdão n. 3.435, de que foi Relator o Des. Plínio Cachuba, negando provimento ao recurso de conformidade com a seguinte expressiva ementa:

"Apelação Cível. Ação Ordinária. Aplicação dos artigos 159, 1.056, 1.059 e seguintes do Código Civil, 24 e incisos da Lei 6.729, de 26 de dezembro de 1979, 274 e seguintes do Código de Processo Civil. Procedência em Primeiro Grau.

Irrecusável, no caso concreto, que a indenização deva ultrapassar os limites da legislação própria, pois, em caso contrário, resultaria em indenização insuficiente, injusta e a recorrida não ficaria inteiramente ressarcida dos prejuízos sofridos. Recurso Desprovido."

Não conformada com essa decisão, a Volvo recorreu extraordinariamente ao V. Supremo Tribunal Federal, onde a sua Primeira Turma, com base no voto do Relator, o eminente Ministro Oscar Dias Corrêa, houve por bem confirmar a decisão de 2ª instância, por entender que a referência a "outras reparações", feita no inciso IV da Lei n. 6.729, abria campo ao exame da matéria *in concreto* à luz do *Direito Civil*, com a afirmação, para fim lisonjeira, de que o acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná se situara na linha do Parecer de minha autoria (Recurso Extraordinário n. 110.607-7 - RTJ 119/460).

Do referido acórdão destaco o seguinte trecho, após demonstrar que não cabia a arguição de negativa de vigência do inciso III do art. 24, que fora bem aplicado pelo acórdão recorrido:

"É inegável, nessa linha de raciocínio, que, ao contrário do que sustenta a petição de recurso, ao ignorar o inciso IV do artigo 24, prevê ele outras reparações, além das do inciso III. E foi no exame da hipótese, do caso concreto, que o acórdão ampliou o estatuído no inciso III, com o que não lhe negou vigência, antes o aplicou, estendendo-lhe o efeito a outras reparações, que teve por devidas." (Ação Rescisória n. 1.273-9-PR, do Supremo Tribunal Federal - Serviço de Jurisprudência, D.J. 18.08.89 Ementário n. 1.551-2).

12. Assim sendo, parece-me de toda conveniência transcrever, no presente trabalho, os tópicos essenciais do mencionado Parecer, do seguinte teor:

"É irrecusável, pois, o ajuste concluído entre a Volvo e a Fercoi no tocante à exigência de construção de determinado edifício, tendo aquela levado a bom tempo a obrigação assumida, como limpidamente resulta dos laudos do Perito do Juízo e do Assistente da Autora. Reconhecido foi, outrossim, pelos vistorres, que o terreno de 10.000 m² não teve a utilização que as leis municipais de São Paulo possibilitavam, dada a sua específica e dirigida destinação, com o obrigatoriedade

de deixar livre grande área "para servir como pátio de estacionamento e manobra de veículos" (fls. 418).

"Mas há mais. Tudo o que acabo de expor não resultou de mero ajuste entre a Volvo e a Fercoi, pela simples razão de que a exigência de "construção dirigida pela concedente, à custa da concessionária" constituía conditio sine qua non da outorga de qualquer concessão.

"Tratava-se, em suma, de praxe vigente na rede Volvo, ou seja, de obrigação acertada e imposta pela Volvo, como produtora, a toda a sua rede de distribuição.

*"Alegar-se-á, todavia, que o inciso IV do art. 24 da Lei de regência não prevê expressamente **reparações decorrentes** da abrupta denúncia do contrato de concessão, antes que o tempo decorrido permita ao distribuidor cobrir as despesas relativas à construção imperativamente ajustada, ou seja, sem ter tido tempo para proceder a amortização do "quantum" por ele investido.*

*"Isto seria, no entanto, interpretar o inciso IV ao pé da letra, sem levar em conta o seu espírito, ou as razões ético-econômicas que o determinaram, quando entra pelos olhos que a **ilícita e inopinada denúncia de uma concessão essencialmente vinculada à construção de obras de fim específico e próprio** importa necessariamente reparação.*

"Não é necessário, em matéria de dano ocorrido, que o legislador lhe explicitar as causas e as conseqüências: estas resultam da natureza das coisas, isto é, da estrutura e da conformação daquilo que foi convenionado e que implica determinados efeitos de iure.

"O mal é que as grandes empresas, sobretudo as inseridas em grandes oligopólios, pensam ser-lhes lícito

impor condições *ad libitum*, pouco se importando se os onerosos encargos, constituídos em seu benefício, redundem em dano para aqueles que com elas contratam.

"Assim sendo, penso eu que o caso da Consulta se integra plenamente no item IV do art. 24 da Lei de regência, surgindo a obrigação de reparar o dano resultante do não-uso da edificação imposta, como decorrência natural da comprovada rescisão de uma concessão comercial, por culpa do concessionário.

"Nem se repita, por ser equívoco há muito tempo superado, que as leis especiais são de interpretação estrita, repetindo-se o antigo brocado: *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*.

"Eduardo Espínola, no seu Sistema de Direito Civil Brasileiro, invocando ensinamentos de Pescatore, Windsheid, Chironi, De Ruggiero, insurge-se contra essa visão estreita, afirmando que

'ao *jus singulare* não deve se referir a proibição de uma aplicação extensiva ou por analogia. Os conceitos contidos nas leis singulares devem produzir efeito em tudo e por tudo. Assim procederam sempre em todos os casos os próprios romanos." (Ob. cit., 4ª ed., Rio, 1960, v. I, p. 107, nota 48).

"A propósito, lembra Espínola a lição de De Ruggiero de que

'o direito singular é, como o direito normal, plenamente capaz de extensão, porque onde a *ratio especial*, que é seu fundamento, se apresenta, deve valer o mesmo preceito do direito, e não poderia receber aplicação o direito normal." (loc. cit.).

"É a luz dessas diretrizes hermenêuticas que deve ser interpretado o inciso IV do art. 24, inclusive, como já assinalai, pelo seu caráter complementar em relação aos modos de reparação discriminados no item anterior.

"Admitindo-se, porém, ad argumentandum, que a espécie não se enquadrasse no mencionado inciso IV o que me parece desarrazoado nem por isso deixaria de haver razão bastante para a reparação do dano.

"A afirmação de que a Lei especial exclui a aplicação da Lei geral não se subordina à hermenêutica estrita que lhe quer atribuir a Volvo, invocando ensinamentos aplicáveis tão-somente na hipótese de regular ou normal aplicação do Direito.

"Quando, ao contrário, nos defrontamos com a ocorrência de culpa, e de culpa grave, tal como se dá no caso da presente Consulta - onde a carência de fatos legitimadores da intempestiva denúncia se soma a um revide ou represália moralmente condenável -, abre-se o campo dos princípios reguladores da indenização, ou seja, sob pena de haver dano sem reparação, o que é inadmissível em Direito.

"As leis especiais não surgem para substituir draconianamente a legislação comum, mas sim para atender a peculiares configurações de dado campo de relações jurídicas: toda vez que se transcende esse domínio específico, pela verificação da ilicitude de um ato eivado de vício, do qual resulta dano para uma parte, em detrimento de outra, cujos direitos são sacrificados, com o locupletamento sine causa do causador do dano, dá-se a incidência dos princípios e das normas gerais: no caso, há que recorrer às normas gerais do Direito Civil e do Comercial, que não permitem haja dano sem reparação."

13. É no já mencionado parecer complementar que trato mais amplamente do problema do complemento da *Lei especial* pelo *Direito comum*, na hipótese de haver dano comprovado, mas não previsto naquela. Eis o que então escrevi:

"Ao contrário do que se sustenta, o ius singulare não é incompatível com a interpretação extensiva, nem com

a aplicação da analogia, nos casos em que esteja comprovado um dano e a lei especial seja omissa. Como penso ter demonstrado, os quatro incisos do art. 24 da Lei 6.729/79 não podem ser interpretados restritivamente, como "cláusulas penais" (tal como se chegou a dizer...) visto como expressam todas formas compensatórias do dano sofrido, ainda que "eventualmente", como se acha implícito no item IV.

"Todo o equívoco em que, data vênua, labora a Recorrente resulta da confusão entre direito excepcional e direito especial ou particular, para, desse modo, considerar a Lei de referência insuscetível de ser completada graças à aplicação extensiva ou analógica do Direito comum, onde e quando necessário resultar da natureza das coisas.

Não devemos, com efeito, olvidar a sábia distinção que, nessa matéria, é feita pelo mestre Carlos Maximiliano, a saber:

'O recurso à analogia tem cabimento quanto a prescrições de Direito comum; não do excepcional, nem do penal. No campo destes dois a lei só se aplica aos casos que especifica.

O fundamento da primeira restrição é o seguinte: o processo analógico transporta a disposição formulada para uma espécie jurídica a outra hipótese não-contemplada no texto; ora, quando este só encerra exceções, os casos não-incluídos entre elas consideram-se como sujeitos à regra geral.

Não se confunde, entretanto, o Direito excepcional como o especial ou particular; neste cabem a analogia e a exegese extensiva. (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 9ª ed., 1979, p. 213).

"Como se vê, não é admissível confundir lex specialis com lex exceptionalis, pois é apenas e tão-somente nos

"casos excepcionais" que se poderia falar em "maximum" de reparação, prefixado em lei.

"Adriano de Cupis não discrepa, aliás, desse entendimento, pois, antes de se referir, à p. 381 de sua clássica monografia, à limitação do "dano indenizável mediante um maximum constituído por uma cifra determinada por lei" advertira, no início do capítulo, à p. 182 que iria analisar os Casos Excepcionais em que não são aplicáveis "os critérios normais de ressarcimento" ou textualmente:

'Dobbiamo procedere all'esame dei casi, eccezionali (sic), in cui esso (il danno) é determinato o misurato com criteri diversi da quelli normali.

"E, linhas abaixo, volta a insistir:

'il diritto può ritenere equo e conveniente che in certi casi, l'entità del danno da reprimersi giuridicamente si determini, ovvero si misuri, secondo criteri d'eccezione. (Il danno, 2ª ed., Milão, 1966, loc. cit. Meus grifos).

"Não é o que se dá com o disposto no art. 24 da *lex specialis* 6.729/79, a qual, em quatro incisos, e não apenas em três, estabelece, nos de ns. I a III, critérios de indenização, e, no de n. IV, prevê Outras Reparações, conforme as características dos "ajustes eventuais".

"Assim sendo, uma lei especial não constitui um "campo cerrado", infenso à penetração dos ditames do jurídico e do justo, máxime em se tratando de matéria de responsabilidade civil, onde resplende o pressuposto ético de que 'onde há dano deve haver reparação'

"Não pode, em suma, a Lei n. 6.729/79 ser convertida em escudo para que aquele, que impôs à outra parte uma obrigação gravosa, não se sinta vinculada às conseqüências dela decorrentes.

"No fundo, o que a Recorrente postula é que satisfeito o maximum previsto nos incisos I usque III adquire um 'bill' de indenidade, ficando isenta de

reparar os prejuízos causal e logicamente decorrentes de sua já agora indiscutível infração contratual!"

14. Pois bem, foi quando do julgamento da já lembrada *Ação Rescisória* que houve oportunidade de ficar ainda mais esclarecido o problema dos limites da *Lei especial* perante o *Direito comum*, graças ao brilhante voto do ilustre Ministro Otávio Gallotti, conforme o seguinte tópico fundamental:

"Peço vênia, portanto, para insistir na tese que venho sustentando desde o julgamento da preliminar: o acórdão rescindendo não apreciou a alegação de negativa de vigência do inciso IV, porque, segundo disse, não fora ele objeto do recurso extraordinário. Afirmou mais: que ainda quando houvesse sido atacado tal dispositivo, não seria possível considerá-lo, uma vez que não fora com arrimo nele, mas no Direito comum, que a combatida indenização fora imposta.

Quanto ao artigo 23 é bom acautelar-se o julgador: a hipótese contemplada no seu caput não é a dos autos rescisão unilateral pelo concedente mas sim, a de não-prorrogação de concessão que se extinguiu ao advento do seu tempo.

Adentrando a tese que, na ação rescisória, quer a autora ver sufragada pelo colendo Plenário, segundo a qual,

as indenizações admitidas em lei especial excluem as de direito comum,

peço vênia, ainda uma vez, aos seus ilustríssimos patronos para a ela não-aderir.

Em todas as espécies de relações entre sujeitos de direito é possível dar disciplina normativa àquilo que lhes é específico. Assim, as relações de marido e mulher, de pais e filhos, de locador e locatário, de vendedor e comprador, de comitente e comissário, de fabricante ou montador de automóveis e revendedor, ou dealer, desse produto, são submetidas, pelo legislador a um sistema

especial de normas que não se pode arrogar a pretensão de prever, exaustivamente, eventos futuros e incertos.

Larenz, falando a respeito dos tipos contratuais regulados pela lei, adverte que

'a situação na qual o legislador, normalmente enquadra certos interesses, pode não se encontrar no caso particular de um contrato determinado que pode conter, adicionalmente, elementos que não são típicos (em tal contrato) e que tornam necessária uma apreciação diferente precisamente dessa questão.

Os tipos contratuais legais não são fixos, mas capazes de sofrer modificações diversas e, nesse sentido são tipos abertos. (Cf. Karl Larenz, Derecho Civil, Parte General, Editoriales de Derecho Reunidas, p. 752).

No caso dos autos, uma certa situação não-típica, qual seja a de exigir um contratante, de outro, a realização de obras extensas e onerosas em imóvel de propriedade deste último, como condição de conclusão do negócio típico não sendo tal condição prevista na lei aplicável pode dar ensejo à operação que Larenz denomina interpretação complementar do contrato.

A possibilidade de introdução de outras cláusulas e condições no negócio jurídico de concessão comercial de distribuição de veículos é, aliás, expressamente prevista no art. 1º, da Lei n. 6.729/79:

'A distribuição de veículos automotores, de via terrestre, efetivar-se-á através de concessão comercial entre produtores e distribuidores disciplinada por esta Lei e, no que não a contrariem, pelas convenções nela previstas e disposições contratuais.

Vê-se, pois, que o negócio jurídico de concessão comercial de distribuição de veículos automotores está aberto à pactuação, pelos interessados, de outros direitos e obrigações não-contemplados na Lei n. 6.729/79.

Se uma das partes é, assim, onerada sem que o contrato de concessão comercial preveja como disse indenizá-la na hipótese de rescisão unilateral, é indubitoso que a lesão patrimonial decorrente deve ser reparada, na conformidade do direito comum (art. 159, Código Civil).

O silêncio da lei, no entender da autora, armá-la-ia de exceção ao dever de indenizar que é de ordem geral, de todos exigível, até mesmo do Estado; em hipótese em que o silêncio da mesma lei não impedia o concedente de exigir do concessionário a assunção de ônus nela não-previsto.

*Tal exceção não existe senão - perdoem-me a tautologia nas leis de exceção, naquelas que singularizam um sujeito de direito em face da sociedade e dos demais sujeitos de direito. Exemplo conspícuo encontra-se na máxima **Legibus solutus rex est** a qual por certo não se aplica aos concedentes comerciais de distribuição de veículos.*

Subjaz à argumentação da autora, nem sempre com a necessária clareza, a pretensão de ver tratado o contrato de concessão comercial como instrumento cerrado a qualquer influxo ou inspiração do direito comum ao qual seria impermeável - tal como se estivéssemos em regime de organização corporativa da economia e da sociedade.

A autonomia da vontade individual, de um lado, e, de outro, o monopólio legislativo da União, dos Estados e dos Municípios, têm levado o Supremo Tribunal a não-reconhecer em convenções coletivas, ainda quando referidas na Constituição, tais as de natureza trabalhista, força derogatória de princípios jurídicos e de normas legisladas.

Assim, se o contrato impôs ao concessionário comercial de distribuição de veículos um ônus

particular, certo e determinado, não-previsto na lei especial, há de ser ele incluído na indenização devida à parte onerada, em caso de rescisão unilateral de contrato de concessão, segundo, as regras do direito comum aplicáveis às violações de contrato e ao dever jurídico de indenizar." (Ação Rescisória n. 1.273-9-PR, cit.).

VII

A Lei n. 6.729 e a Constituição de 1988

15. É pacífico que o advento de uma nova Constituição não subverte a ordem jurídica *ab imis fundamentis*, mas tão-somente priva de eficácia todos os textos legais que colidam com seus princípios e disposições. Quando as leis anteriores se harmonizam com a nova Carta Magna, diz-se que se opera a sua *recepção* por ela, sem solução de continuidade em sua vigência e efetividade.

É o que, segundo me parece, ocorre com a Lei n. 6.729, não obstante algumas dúvidas surgidas sobre este ou aquele outro ponto.

Em primeiro lugar, poder-se-ia alegar que, sendo o *dirigismo contratual* de certa forma uma planificação obrigatória do direito de contratar, estaria ele em conflito com o Estatuto de 1988 que, logo no art. 1º, de manifesto caráter preambular, consagra a *livre iniciativa* como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, para, depois, no art. 170, elevar a *livre concorrência* à categoria de um dos princípios da ordem econômica.

Além disso, temos o art. 174 que, de maneira peremptória, declara que o *planejamento* será *determinante* para o setor público e apenas *indicativo* para o setor privado. Não há, todavia, como confundir o planejamento exercido pelo Estado como *agente econômico* com a sua interferência a fim de pretraçar normas ao exercício do direito de contratar, estabelecendo limites à autonomia da vontade para preservar o justo equilíbrio nas relações entre grupos econômicos expostos ao predomínio de um deles. Nesse caso, a ação do Estado se baseia no preceito constitucional que prevê a repressão do abuso do poder econômico (art. 173, § 4º).

Com o *dirigismo contratual*, em suma, ao invés de se reprimir *a posteriori* um previsível abuso, em razão da estrutura oligopolística de dado setor da economia, previne-se *a priori* a ocorrência desse abuso mediante um sistema de normas que, sem suprimir a livre convenção, condiciona-a a certos parâmetros de natureza eqüitativa. Tal contrato, no entanto, é sempre consensual.

É claro que o dirigismo contratual implica certa planificação normativa, mas não pode esta ser confundida com o planejamento econômico de que trata o já lembrado art. 174 da Constituição atual.

Assim sendo, penso que a Lei, objeto de nossa análise, se concilia plenamente com as normas constitucionais supervenientes, sem ser afetada em sua vigência e eficácia.

Outra restrição invocada diz respeito ao art. 13, que conflitaria com a Carta Magna ao declarar que as mercadorias, objeto da concessão, deverão ser vendidas pelo concessionário *ao preço fixado pelo concedente*.

Pretende-se, a meu ver erroneamente, que, dado o primado da livre iniciativa e a excepcionalidade do controle de preços, nos termos da nova Carta, o concessionário teria adquirido o direito de fixar livremente o preço das mercadorias, objeto do contrato de concessão comercial.

Tal entendimento subverte a noção mesma de concessão comercial, a qual, como as próprias palavras estão dizendo, está adstrita à esfera da comercialização, sem invadir a área de produção atribuída ao concedente. Não creio, pois, que a lei não possa conferir ao concedente o direito de fixar os preços das mercadorias a serem praticados uniformemente por todos os concessionários integrantes de sua rede. A concorrência entre os concessionários viria subverter um dos valores que a Lei de regência visou alcançar, que é a igualdade dos concessionários entre si e perante o concedente no que se refere ao preço dos produtos, sem falar em outros casos de análoga paridade.

Aliás, o sistema de preços que, no meu entender, passou a vigor nos domínios da indústria automobilística, é o dos *preços programados*, o qual implica certa fiscalização por parte do Poder Público, tal como se acha previsto no próprio Decreto que criou o *Conselho Interministerial de Preços - CIP*, em virtude de existência de oligopólio superada, porém, a inadmissível *política de preços controlados "a priori"*, de que tanto se abusou à sombra da Carta de 1967/67, da qual não desencarnaram os mentores da chamada República Nova, tão-prematuramente envelhecida...

Em conclusão, a posição do concedente e do concessionário, tal como prevista na Lei n. 6.729, foi igualmente preservada, sem sofrer modificação em qualquer de seus preceitos, a não ser as que resultaram do disposto na já citada Lei n. 8.132, de 26 de dezembro de 1990, que alterou a redação dos primitivos artigos, revogando o art. 14, o que não conflita com as teses desenvolvidas no presente estudo.

São Paulo, dezembro de 1996.



Prof. Dr. Miguel Reale

DIREITO CIVIL

ADOÇÃO. INDISPENSABILIDADE DO EXAME DE TODOS OS ELEMENTOS EM FAVOR DO FUTURO E DA FELICIDADE DA CRIANÇA

Antonio Chaves

Professor Catedrático aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

A adoção posiciona no centro das atenções a criança em situação de abandono, na procura do direito da criança a possuir uma família, caducando a idéia do passado que tinha como fulcro principal o interesse do adulto em ter um filho. A matéria versa, ainda, os dilemas éticos cada vez mais confusos, como os de quem tem mais direito: os pais adotivos ou os naturais.

Abstract:

The adoption makes salient the bereaved children, when searching their right for a family, declining the old idea which had as main support the interest of the adult in giving birth to children. The subject also treats of ethical dilemmas more and more confused, for example, who should be entitled to the child's guard: the foster or the biological parents.

Unitermos: adoção; guarda provisória; pais adotivos e naturais.

Os distintos colegas, advogados Drs. Bertolino Luiz da Silva e Ângela Cecília César Zamberlan, ela também engenheira, casados e residentes em Mairiporã, SP, viram-se, em seu trabalhoso pedido de adoção número 24/95, promovido pela Comarca de José Bonifácio, aos 22 de fevereiro do corrente ano de 1995, da criança então recém-nascida, Luis Roberto Batista, após terem obtido sua guarda provisória, declarados por sentença de 20 de junho, do Juiz de Direito José Walter Chacon Cardoso "carecedores da ação" e "extinto, sem julgamento de mérito e com fulcro no art. 267, inciso IV. do Código de Processo Civil" o pedido, revogada a guarda provisória, determinando a entrega do mesmo ao pai biológico, Levi Teodoro do Prado.

Tomados de surpresa, ante esse sumário e inopinado desfecho do processo, sem que tivesse sido sequer iniciada a instrução, e em verdadeiro estado de choque, devido à afeição que nutrem pela inocente criatura, solicitam-me parecer,

formulando quatro quesitos que passo a reproduzir, para acompanhá-los das considerações pertinentes e respectivas respostas:

1. O destino de um recém-nascido entregue em adoção não pode ser sopesado e decidido a não ser depois de uma avaliação completa de todos os elementos e provas possíveis.

Primeiro quesito: sem embargo das boas intenções, não foi precipitado o M. Juiz ao estancar tão sumariamente o curso do processo, impedindo não só os consulentes, como o Ministério Público e também a parte adversa que havia solicitado a fl. 125 v. prova oral, depoimento de Elisete Batista Rodrigues e testemunhas a serem arroladas oportunamente?

Seja-nos permitido iniciar estas considerações abrigando-as sob o conceito fundamental de Vieira: "*O filho por natureza ama-se porque é filho; o filho por adoção é filho porque se ama*".

É a idéia que deveria servir como ponto de partida para qualquer consideração em toda matéria que envolve, de um lado, o pai ou a mãe pelo sangue, que entregou uma criança recém-nascida a outrem: este ato comprova ou não ter existido este amor por ter dado origem ao filho, ou, se existiu, deixou-se sobrepujar pela acomodação ou pelo reconhecimento, aliás nobilitante, de não se encontrarem em condições de criá-la convenientemente.

Em nosso *Adoção*, Belo Horizonte, Del Rey, 5ª ed., 1995, esclarecemos, à p. 28, que o antigo "*preconceito daqueles que insistem em que a adoção não passaria de um meio concedido ao adotante para inserir um elemento estranho a fim de continuar a série familiar*" passou para segundo plano, atendendo-se hoje em dia à *conveniência* não apenas do adotante, mas, *principalmente, do adotado*.

Percebeu-o claramente, Osvaldo Leite de Moraes: a finalidade mais importante da adoção em nossos dias é a proteção dos menores.

Não é outro o resultado de uma minuciosa investigação a que procedeu Marc Ancel, que, contando com a colaboração de 52 especialistas internacionais, pôde afirmar que "*L'adoption moderne, au contraire*" da adoção tradicional, "*est conçue désormais dans l'intérêt de l'adopté, objet principal et*

bénéficiaire de la réglementation nouvelle" (L' adoption dans les législations modernes).

Aditamos à p. 29 afinarem-se pelo mesmo diapasão as idéias de Levi Carneiro, mostrando que a adoção vai perdendo o feitio meramente afetivo e sentimental, caracterizando-se como *medida de assistência*, sob a fiscalização da autoridade pública.

E concluímos com o Desembargador José Benício de Paiva: "*houve uma inversão de conceitos. Não se funda mais no interesse privado, recobra um altíssimo fim político-social. Despiu-se dos seus caracteres clássicos, daqueles que lhe deram vida na legislação romana (...) A situação social da vida contemporânea faz a adoção ressurgir do passado com outras finalidades que lhe propiciam larga projeção na legislação do futuro.*"

Será uma solução acomodatória, mas nem social, nem jurídica, ceder ao apelo fácil da "voz do sangue", tantas vezes em tal surdina que nem o mais aguçado ouvido é capaz de distinguir.

Por isso mesmo, longe de acolher o primeiro requisito do revogado Código de Menores, que no art. 27 colocava o infante para que pudesse ser adotado sob a condição de encontrar-se em situação irregular, partindo para princípio oposto *não formula tal exigência* o Estatuto da Criança e do Adolescente, admitindo seja adotado independentemente de sua situação jurídica, como deixa claro o art. 28, que, com os arts. 29 a 32, regulam a colocação em família substituta.

A mesma solução fria, formalista, da sentença do M. Juiz de Direito de José Bonifácio deu seu colega da comarca de Coxim, do Estado de Mato Grosso do Sul, ao pedido de Eulice Jacinta Xavier Guimarães, que havia recebido o menor Mário Márcio da Silva, que pretendia adotar, do pai dele, quando o menor tinha três meses de idade e pouco depois da morte de sua mãe.

Deu razão a ela, no entanto, o Tribunal de Justiça, pela sua Turma Cível, por votação unânime em 8 de maio de 1986. Ressaltou o relator, Des. Leão Neto do Carmo que, no caso, tudo aconselhava a adoção pela requerente. Verbera o julgador *a quo*, que, opondo-se à advertência do nosso codificador civil, que se exprime nas palavras citadas por Antônio Chaves, em *Adoção e Legitimação Adotiva*, (RT, 1966, pp. 5 e 6), esqueceu-se que a família, o conforto, estímulo e consideração já foram dados ao menor, cujo futuro a requerente quer, com a adoção, em mais um gesto de nobilitante despreendimento, assegurar ou facilitar, *negou o pedido apegando-se a formalismo que não se ampara na lei.*

Pertinentes, pois, *data venia*, as observações do juiz paulista Milton Gordo, transcritas no Informativo Semanal ADV. n. 24, de 16 de junho do corrente ano de 1995: em sua antecipação do julgamento, sem ter dado oportunidade ao casal adotante de produzir as provas indispensáveis e sem ter sequer ouvido a assistente social, que iria verificar em que lar a criança estaria melhor situada:

"A isenção, a imparcialidade no julgamento, é atributo do julgador, do qual não se pode despojar, a pretexto de reajustar desequilíbrios sociais. Isso não quer dizer que não seja sensível aos reclamos dos menos favorecidos. Como homem do povo, essa sensibilidade deve estar sempre presente no julgador, mas não ao ponto de ignorar a norma legal e utilizar uma própria, porque assim estará, na sua óptica, melhor realizando a justiça. Daí porque cuidará sempre de observar a lei e dela extrair a interpretação que traduza esse sentido de justiça social."

2. A melhor solução é a determinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente: romperem-se, com a adoção, os no caso, muito precários vínculos com a mãe e com o não bem definido pai do adotando.

Segundo quesito. Deferir, tão-sumariamente, displicente pedido, em três linhas, sem fundamentação, de entrega "desde já do menor ao pai", não atenta contra a elementar cautela de possibilitar mais concreta fundamentação, o fato de não ter proporcionado uma oportunidade de minucioso exame, por meio de assistentes sociais, das condições em que ficaria a criança junto a uns e outros pretendentes?

"Quem continua encarando o instituto da adoção apenas sob o ponto de vista do interesse do adotante ou dos pais do adotando"- consignamos à p. 353 de nosso *Adoção*, "admitirá a invalidade do ato pelo ulterior reconhecimento."

Quem, todavia, atentar para as superiores vantagens do adotando, não deixará de convir em que o reconhecimento tardio, quando o menor já se encontra abrigado e protegido, ambientado e cercado de afeto em seu novo lar, jamais poderá

ter o alcance de retirá-lo dessa situação confortadora, para colocá-lo à mercê de pais retardatários no cumprimento, já agora suspeito, do mais elementar dos seus deveres.

A autoridade Judiciária deverá" note-se bem a força dessa expressão, que é uma exigência, não um simples aconselhamento "determinar a realização de diligências especiais, através de equipe interdisciplinar prevista nos arts. 150 e 151 da Lei n. 8.069/90" teve a oportunidade de encarecer Tânia da Silva Pereira. A adoção no Brasil, após a Constituição Federal de 1988 e as novas perspectivas legais para a adoção internacional, na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, n. 2, 1994, p. 421 "a qual confirmará a situação social e idoneidade moral do adotante, além de sua saúde física, psíquica e sua educação. A situação econômica se provará com o comprovante dos ganhos, com a declaração de renda, onde constarão os bens."

"Com a adoção"- acrescenta linhas adiante "são rompidos os vínculos com os pais e parentes da família biológica, com exceção dos impedimentos matrimoniais (art. 41, 1º, ECA); não se restabelece o Pátrio Poder dos pais biológicos nem mesmo com a morte dos adotantes (art. 49, ECA)."

Ocupamos às pp. 378 *usque* 383, que pedimos venia para considerar aqui incorporadas, do referido "Adoção", encarecendo a indispensabilidade de diligências e sindicâncias, objetivando a comprovação da conveniência do menor, o seu futuro e bem-estar, transcrevendo a pregação do grande especialista francês, Raphael Velionski, *La Légitimation Adoptive, Enseignement et Perfectionnement Techniques*, nos idos de 1954, considerando necessário, mediante textos apropriados, ou, ao menos, por um inquérito seriamente conduzido por pessoas competentes, esclarecer os adotantes e, *principalmente, elucidar o juiz. A lei deveria prever e impor este exame: evitaria muitas frustrações e infortúnios, que fazem tantas vezes a infelicidade da criança.*

Transcrevemos o disposto no art. 57 do Código de Família soviético:

"A adoção só é permitida com relação às crianças e menores, e exclusivamente no interesse das crianças"

E do art. 343 do Código Civil francês:

"A adoção não pode ter lugar a não ser que haja justos motivos e que apresente vantagens para o adotado"

À p. 381 reproduzimos o texto do art. 5º, § 1º da revogada Lei n. 4.655 ordenando ao juiz, tendo em vista as conveniências do menor, o seu futuro e bem-estar, *proceda* de ofício ou a requerimento do Ministério Público *as diligências e sindicâncias que julgar necessárias*.

E o Provimento n. LI, de 04 de fevereiro de 1957 do Conselho da Magistratura do Estado de São Paulo, recomendando que o menor, quando possível, seja *"encaminhado à respectiva equipe médico-social, composta de médico, psicologista e assistente social, no mínimo. Onde não houver dessas equipes, será o menor submetido a exame médico e de escolaridade, procedendo-se ainda à coleta de dados sobre sua situação social, moral e econômica, bem como a de sua família, em ordem a poder o juiz, com segurança, orientar-se a respeito do destino provisório a ser-lhe dado, bem como das providências cautelares que o caso esteja a exigir..."*

E em nosso *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, S.Paulo, LTR, 1994, transcrevemos o preceito do art. 227 da Constituição Federal, assegurando-lhes os *direitos primordiais, com absoluta prioridade*, entre os quais à profissionalização, à cultura, etc., colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, etc.

Bem como acórdão unânime do TJSP, por sua Câmara Especial, de 08 de agosto de 1991, verdadeiro farol a iluminar casos de duvidosa solução, como ocorreu:

"Desta norma áurea há que concluir, em primeiro lugar, que no conflito entre direitos, têm primazia os direitos da criança e do adolescente. Em seguida, que a Constituição, sem estar desatenta às necessidades materiais da vida, valoriza devidamente os seus aspectos espirituais, como a educação, a cultura, a dignidade, o respeito. E que procura defendê-los de qualquer forma de manipulação desumana, intencional ou não."

No trato de matéria de tão alto interesse humano e social, no estabelecimento de precedentes que fatalmente hão de ter repetições, não é possível deixar de lado a admoestação de George Ripert, *Revolta dos fatos contra a Lei*:

... "as regras gerais têm caráter eminente se se puder demonstrar que elas são exigidas pela razão humana.

Seu valor será, então, tal que se tornará impossível admitir que uma lei possa desprezitar um princípio, porque isso seria o mesmo que dizer que ela é contrária à razão.

Ela seria, por outro lado, inaplicável, porque o espírito humano jamais poderia aceitar as conseqüências extravagantes que dela resultariam.

Chega-se, assim, à noção dos princípios racionais, que constituem um obstáculo ao poder do legislador."

(Les Forces Créatives du Droit, Lib. Gen. de Droit, Paris, 1955, p. 332)

Existe, todavia, mais um fundamento relevante que anima os requerentes em sua pretensão, o que faz parte dos procedimentos de Jurisdição Voluntária, também chamada de Administração Pública de Interesses Privados. Embora não arrolados no Cap. I do Título II do Código de Processo Civil, é poder conferido pelo Estado ao magistrado para intervir na seara privada em assuntos considerados da mais alta relevância relativos a interesses particulares em que não existem conflitos.

É justamente circunstância posta em relevo na monografia do saudoso Professor e Ministro Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, 5ª ed., primeiro v., p. 57

... "não há pedido de uma parte contra ou em relação a outra, isto é, não há duas partes, autor e réu, mas apenas interessados."

Assim, teve oportunidade de encarecer em magnífica sentença de 47 laudas, datada de 21 de fevereiro de 1991 (não divulgada), o Juiz de Direito de Mangaratiba, RJ, Marco Antonio Ibrahim, Proc. n. 3.684/90:

"... nestes procedimentos, a apreciação dos pedidos não fica vinculada, rigidamente à Lei. Quis o legislador (como a minorar os efeitos da intervenção estatal na vida do cidadão) que em tais procedimentos pudesse o juiz julgar consoante lhe parecesse mais justo, porque não é novidade que nem sempre aquilo que é legal, é justo. Com efeito reza o art. 1.109 do C.P.C., inspirado no art. 1.410 do CPC de Portugal:

" O Juiz decidirá o pedido no prazo de dez dias; não é porém obrigado a observar o critério da legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna"

Transcreve, entre outras considerações, o magistério de José Alberto dos Reis, comentando o referido Código Português, em obra póstuma:

"Um julgamento pode inspirar-se em duas orientações ou dois critérios diferentes: critério de legalidade, critério da equidade. No primeiro caso, o Juiz tem de aplicar aos fatos da causa o direito constituído; tem de julgar segundo as normas jurídicas que se ajustam à espécie respectiva, ainda que, em sua consciência, entenda que a verdadeira justiça exigiria outra solução.

No segundo caso, o julgador não está vinculado à observância rigorosa do direito aplicável à espécie vertente; tem a liberdade de se subtrair a esse enquadramento rígido e de proferir a decisão que lhe pareça mais equitativa.

Quer dizer, o Juiz funciona como árbitro, ao qual fosse conferido o poder de julgar ex aequo et bono" (Processos Especiais, v. II, 1956, p. 400 - apud José Olympio C. Filho).

No mesmo sentido Manoel A. Domingues de Andrade, também citado pelo referido autor indica no seu *Noções Elementares de Processo Civil* (1963, p. 72) que um dos princípios fundamentais a ser aplicado aos procedimentos de Jurisdição Voluntária é o "Predomínio da Equidade sobre a Legalidade".

3. Razões da imprescindibilidade da oitiva de assistentes sociais

"Terre des Hommes" entidade sediada em Lausanne, Suíça, fundada em 1960 e autorizada a desenvolver suas atividades no Brasil pelo Decreto n. 95.960, de 25 de abril de 1988, publicada já há oito anos, graças à diligência do seu representante no Brasil, Dr. Fernando Freire, um boletim mensal, que, em reiterados números de exemplares, tem insistido em que "é muito recomendável"- como diz trecho extraído do *Manual de Procedimentos para a Formação da Família Adotiva*, Francisco J. Pilotti, Instituto Interamericano da Criança, Montevidéu, no de n. 29, de setembro de 1991 "que na formação da família adotiva intervenha uma equipe interdisciplinar qualificada, realizando suas atividades em um limite institucional devidamente reconhecido e regulamentado.

No exemplar de n. 31, de novembro desse mesmo ano de 1991, a Assistente Social Elena Allegri, escrevendo sobre *O Papel do Serviço Social na Adoção* encarece a necessidade de "*observar como se desenvolve o trabalho social, que deve reconhecer e recolher dados da realidade da criança, informações, fatos, descrições de circunstâncias concretas, com base nas quais o juiz será chamado a decidir. Se trata de fornecer dados objetivos sobre a escolaridade, sobre a habitação, sobre o trabalho, para fornecer uma imagem do ambiente social e familiar. É necessário refletir sobre o conceito de objetividade.*"

Em um relatório social, são relacionados fatos objetivos, e eles não são, e não podem ser separados do pensamento e da opinião, da interpretação dos fatos.

(...)

No nosso trabalho, o tempo efetivo da criança se encontra com o tempo administrativo e o tempo da máquina judiciária por vezes úteis para decisões muito delicadas, por vezes motivo de futuros sofrimentos.

Existem algumas condições indispensáveis para evitar perigosos mecanismos perversos que podem nascer quando existe a confusão. Quem se dirige aos

nossos serviços é portador de um sofrimento, e tem direito de ser respeitado em seu sofrimento. Tem direito de encontrar um técnico formado, atento, competente e sensível.

(...)

A sistematização das relações entre a comunidade e autoridade judiciária é um outro ponto crucial. É necessário superar o relacionamento exclusivo entre o técnico e o juiz, e encontrar um terreno fértil de entendimento.

Exemplar n. 32, dezembro de 1991, a mesma Elena Allegri:

"A revolução no campo da adoção coloca no centro das atenções a criança em situação de abandono. Fica privilegiado então o direito da criança a ter uma família, e não mais, como no passado, o interesse do adulto em ter um filho. Além disso, fica evidenciada a relação afetiva como base segura da ligação que se estabelece entre os pais e filhos, além dos laços de sangue.

É preciso reafirmar a necessidade de verificar as relações existentes entre os vários sujeitos do universo da adoção. É preciso superar o consumismo emotivo e liberar a opinião pública da cultura da indiferença. Hoje falta uma coordenação dos esforços e das intenções. Na adoção, cada um tem a sua 'verdade', e cada um é, forçosamente, levado a ler a realidade segundo os próprios parâmetros de avaliação, o que não favorece a integração com outras experiências. É como se, numa orquestra, cada músico tivesse uma partitura diferente."

No n. 59, de abril de 1994 o psicólogo João Seabra Diniz, *O Afeto, a Lei e a Realidade Social. A Intervenção da Autoridade Judicial*, ocupa quatro páginas para demonstrar que um trabalho a realizar no campo da adoção tem que ser

feito de uma forma pluridisciplinar, já que importa ter igualmente presentes considerações de ordem jurídica, social e psicológica. A solução concreta resultará da compatibilidade destes três tipos de exigências, às quais se juntarão, em certos casos também como decisivos, considerações de ordem médica.

Descreve, pois a adoção como a inserção num ambiente familiar, de forma definitiva e com aquisição de vínculo jurídico próprio da filiação, segundo as normas legais em vigor, de uma criança cujos pais morreram ou são desconhecidos, ou, não sendo este o caso, não querem ou não podem assumir o desempenho de suas funções parentais, ou são pela autoridade competente considerados indignos para tal.

Importa, pois, para que uma situação de adoção possa ser devidamente entendida e trabalhada, distingui-la bem dos outros recursos de proteção à infância, em especial da colocação familiar, com que tantas vezes aparece confundida, mesmo por técnicos que trabalham nesses setores.

(...)

Na área das relações interpessoais diretas, além de seus aspectos exteriores observáveis, há uma dimensão da realidade que é de fundamental importância. É a dimensão interior, a realidade psíquica, onde as relações se vivem a partir dos afetos, que podem ser de qualidades várias, por vezes pouco claro, tumultuoso ou mesmo violento, que determina decisivamente como vão decorrer as relações entre pessoas e portanto, dizem de outro modo, o que se pode esperar dessas mesmas relações.

Estamos aqui perante uma situação quase contraditória, que é preciso clarificar bem. Por um lado, é o Direito que vai regular externamente as relações entre as pessoas. A sentença do juiz pode mesmo impor certas soluções dentro das relações familiares. Por outro lado, é do mundo interno dos afetos que vai depender, essencialmente, a qualidade e a evolução dessas mesmas relações.

A tal contradição estaria em que, embora seja o juiz quem "decide" ele não tem, de fato, poder sobre os afetos que, em última análise, são o que vai "decidir" o que realmente irá acontecer. Porque não há nenhuma autoridade neste mundo, nem nenhum argumento lógico, por mais bem construído que seja, que possa impor a uma pessoa que ame outra, embora ela eventualmente possa "ter direito" a esse amor. E isto quer se trate de cônjuges, de filhos ou de pais. Nem mesmo nós próprios podemos decidir se vamos amar uma pessoa ou se vamos deixar de a amar.

E, para não alongar mais citações, no exemplar n. 72, de junho deste ano de 1995 Laura Maria Ferreira Bueno, Promotora de Justiça e Coordenadora do Centro de Apoio Operacional da Infância e da Juventude, em Goiânia, *Os Desafios da Adoção no Brasil* demonstra que ali " a preparação se dá através da equipe técnica do Juizado da Infância e da Juventude com a realização de entrevistas individuais e sindicâncias na residência daqueles que pretendem adotar"

Essa análise que a doutrina, a lei, a jurisprudência, o simples bom senso exige, levada a efeito por uma equipe multiprofissional outra coisa não faria senão confirmar as comoventes fotos de fls. 90 e seguintes exibem à evidência: como o bebê está instalado com todo o conforto em seu lar, os cuidados com que é alimentado, tratado, assistido, a acolhida que recebeu dos irmãos, dos tios, dos padrinhos, da própria netinha do adotante.

Que termo de comparação poderia proporcionar a habitação que Levi Teodoro, que se diz técnico em contabilidade, profissão que nunca exerceu e que confessa explicitamente, vive do produto de uma precária pesca que ele mesmo leva aos restaurantes da cidade?

Da manifestação de Levi Teodoro do Prado não resulta explicitamente não ter ele prestado a assistência à gravidez de Elisete, porquanto depois que romperam o relacionamento amoroso, esta já grávida amasiou com outra pessoa por nome de Juliano, sendo que este não aceitava a presença daquele?

Não está declarado que "tem como atividade principal, a de pescador, vendendo sua pesca em bares e mercados desta cidade?"

Seu reconhecimento de que "não resta dúvida que as condições dos adotantes são magníficas, pois está claro, que são privilegiados intelectualmente e economicamente"; de que ele não é rico, sendo que apenas cursou o segundo grau, contudo a diferença intelectual e econômica, que se espelha entre o pai natural e os adotantes, de que "com certeza, Luis Roberto, não terá babás, quarto de luxo, convênio médico, chácara de recreio, automóvel importado, e nem irá residir em condomínio fechado, porquanto as condições de vida do pai natural não permitirá oferecer tantas regalias," não poderiam servir de melhor fundamento para o reconhecimento da necessidade de se abstrair toda decisão relativa a tão-delicada questão da disputa entre os pais de sangue e os pais de devoção, para centralizá-la exclusivamente no interesse do menor.

Revelaria ainda que essa investigação de assistentes sociais e psicólogas que a mãe tem personalidade das mais volúveis, como prova não-só o

fato de pretender a revogação de ato que consentiu, como o fato de ter convivido durante três meses com o referido Levi, admitido por escrito ter mantido relações sexuais com outros homens no mesmo período e agora estar morando com outro: Juliano.

Revelaria ainda o perigo de entregar uma criança a quem recusou assumir a paternidade quando nasceu, que nunca a viu, e cuja irmã Sonia arrolada como testemunha, nada sabe sobre os fatos, mas foi quem o induziu a proceder por essa forma tão-contrária aos interesses do menor.

4. É o bem-estar, mais que material, espiritual, sua educação, seu futuro da criança que deve prevalecer sobre qualquer outra consideração.

Terceiro quesito "Não é o interesse da criança, seu bem-estar, sua vantagem, a possibilidade de ter acalentada sua infância e formação espiritual num lar bem constituído, que a doutrina moderna e a melhor jurisprudência levam em conta na solução dos casos, de preferência à atenção ao interesse e às pretensões dos pais?"

Tudo se resume em verificar qual será a maior vantagem para a criança: um lar mal-estruturado, visivelmente insuficiente, precário, o do que se inculca sem poder comprovar, ser pai de sangue tão-retardatário no despertar de seu alegado imaginário, fantasioso afeto, ou dos pretendentes à adoção, firme, estável economicamente e socialmente, formado por dois profissionais em carreira superior.

"Vantagem" até lexicamente é lucro, benefício, proveito, ganho.

A intenção será como consignou a Promotora de Justiça Ana Lúcia Mutti de Oliveira Sanseverino, *O Estatuto da Criança e do Adolescente. A adoção na nova lei*, Justitia, jan/mar. 1991, v. 153, pp. 61-71 - a de que a nova relação familiar venha *"a beneficiar o menor com melhores condições de vida, quer no aspecto emocional, quer no aspecto social. Quanto ao aspecto psicológico, é evidente, a criança ou adolescente, necessariamente, deverão estar melhor amparados, e, no tocante ao aspecto social, entendendo que se for possível deverá trazer para eles melhor proveito; no entanto, não será este o fator que impedirá a adoção.*

Vale dizer, aquele que não dispuser de situação econômica privilegiada não será afastado da viabilidade de realizar sua vontade de adotar".

Externa surpresa no tocante o requisito de fundar-se a adoção em "motivos legítimos"

Considera evidente que ninguém se dispõe a acolher um filho em seu lar, senão por justo motivo, que é procriar. "Procriar pela via indireta, já que a natureza negou a possibilidade da maternidade ou da paternidade, ou ainda, procriar porque percebe ser portador de razoável dose de disponibilidade afetiva que lhe permitirá distribuir e doar amor a mais um filho, encaminhando ao novo lar de maneira diversa. É, portanto, óbvio que tal norma não traduz qualquer facilidade palpável para aquele que pretende adotar, ficando este último exposto a indagações, a respeito, por conta do subjetivismo do serviço social, do serviço de psicologia e do próprio Juiz de Direito que poderá entender, por exemplo, que uma promessa para algum Santo não espelha um motivo legítimo.

A intenção terá sido evitar finalidades especulativas, principalmente o "comércio de crianças para o exterior"

Não impõe a Convenção sobre os Direitos da Criança, subscrita em Nova York, em data de 26 de janeiro de 1990, na sede da ONU, que entrou em vigor internacional em 2 de setembro de 1990, ratificada pelo Governo brasileiro aos 24 do mesmo mês e baixada por Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990, com força, portanto, de lei interna, transcrita às pp. 33-36, em seus tópicos essenciais, em nosso Estatuto da Criança e do Adolescente: art. 3º, inciso I:

"Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente, o interesse maior da criança?"

Não determina, por sua vez, o referido Estatuto, nessa mesma linha, art. 43, que a adoção somente seja deferida "*quando apresentar reais vantagens para o adotando...*" Todas essas proposições apontam não escapou a Osvaldo Palotti Junior, Juiz de Direito e Dircéia Moreira, advogada e professora de Direito do Menor da Universidade Estadual de Ponta Grossa, PR.

O Estágio de Convivência e a Preparação de Casais para Adoção
(Tribuna da Magistratura, São Paulo, março de 1993, p. 04):

*"para a necessidade de a autoridade judiciária
buscar sempre a melhor família que puder encontrar
para a criança em condições de adoção."*

Bem que merecia ser aqui transcrita longa reportagem da edição de 25 de agosto de 1993 da revista *Veja*: "*O direito de escolher. Menina americana trocada na maternidade é autorizada a romper todos os laços com os pais verdadeiros*", relatando o que aconteceu com Kimberly Mays: "*um dos mais sombrios pesadelos que atormentam a mente das crianças, fazem a festa dos autores de novelas e deixam o resto do público diante do tipo de situação que se vê no programa 'Você Decide'.*"

Refere outra "novela" que, de todo em todo semelhante ao caso da consulta, começou em fevereiro de 1991, quando a operária Cara Clausen, 28 anos, deu à luz uma menina, fruto de um romance passageiro com o caminhoneiro Dan Schimidt. Solteira e pobre, Cara entregou a criança para adoção, logo depois do parto. Roberta DeBoer, uma dona de casa estéril que tentava há dois anos adotar uma criança, soube do bebê e viajou de Michigan, onde morava com o marido, Jan, para o Estado de Iowa, ao encontro de Cara. O casal acertou a adoção, assinou os papéis todos e levou a menina para casa. Acontece que Cara se arrependeu. Logo ao sair do hospital, procurou o ex-namorado (que nem sabia que era pai) e pediu a criança de volta. Como havia registrado o bebê em nome de outro namorado, Cara tinha em suas mãos um forte argumento para anular a adoção: o pai verdadeiro, Dan, não havia assinado os papéis dando o consentimento.

O casal DeBoer resolveu lutar com todas as forças pela posse da menina. Enquanto o caso rolava de tribunal em tribunal, passaram-se mais de dois anos. Cara e o caminhoneiro Dan Schimidt se casaram, Jessica foi crescendo e os laços entre a criança e os pais adotivos se estreitaram. Jan e Roberta DeBoer levaram o caso à imprensa e conquistaram a opinião pública americana. Às vésperas da decisão final, uma pesquisa mostrou que 78% dos entrevistados achavam que Jessica deveria ficar com os pais adotivos, que tinham situação financeira confortável.

Mas a Justiça lhes negou a custódia. No dia 2 de agosto passado, Jessica foi entregue ao casal Schimidt. A mãe adotiva estava em prantos. A menina

também chorava. "*Quero meu pai, onde está meu pai?*", balbuciava Jessica, que nem mesmo continuará a se chamar assim. Seu novo nome é Anna Clausem Schimidt.

(...)

Os dilemas éticos são cada vez mais cabeludos. Quem tem mais direito, os pais adotivos ou os naturais? Pai é quem gera ou quem cria?

Deve-se pensar no bem-estar da criança ou ceder ao direito de sangue, tão-poderoso, dos pais biológicos? *O drama de Jéssica espalhou pânico entre os casais que adotaram crianças nos Estados Unidos.* "Os pais adotivos estão apavorados, telefonam perguntando se fizeram tudo certo na hora da adoção", observa Susan Freivalds, diretora do Grupo Famílias Adotivas da América.

Num outro caso, que não transcreveríamos se não forçados pela necessidade de insistir na indispensabilidade dos exames minuciosos que só as assistentes sociais terão lugar, tempo, paciência e diga-se mesmo, competência para conduzir, deixa patente que o veredito da Justiça nem sempre se revela tão-acertado como a sentença de Salomão no *Velho Testamento*. Joseph Wallace, um menino de três anos, passou boa parte de sua vida em orfanatos enquanto a mãe, Amanda, vivia internada em hospitais psiquiátricos. Numa das vezes em que teve alta, Amanda foi a um tribunal para pedir a guarda do garoto.

"*Quero dar-lhe amor, afeto, tudo o que não tive*", implorou.

Os juízes se condoeram e entregaram-lhe a criança em fevereiro daquele ano. Passados dois meses, Amanda foi presa. Tinha enforcado o próprio filho com um fio elétrico.

E para encerrar, o caso de Maya, relatado por Marcos Sá Corrêa, à p. 29, que vinha de Santa Catarina "embrulhada em documentos falsificados por contrabandistas de bebês e iria para Israel com a mãe adotiva Sapirit Friedmann.

Salva pela polícia, Maya passou a ser ameaçada pela lei. Seu futuro está espetado num processo que decidirá se ela deve crescer numa família com renda anual de 200 mil dólares ou numa sociedade que lhe oferece, em média, 100 vezes menos. Num caso, terá 8,5 milhões de quilômetros quadrados de amplidão e o aperto de serviço público superpovoados - uma cama de hospital para 313 brasileiros, por exemplo. No outro, viverá entre 22 mil quilômetros quadrados de horizontes, mas com o dobro de folga para internação.

Maya fez um mês, mas já aposta numa disputa judicial com onze anos de vida. Em Israel, a expectativa de longevidade para a mulher chega a 79 anos. Aqui, a 68. E pode acabar na orfanidade por excesso de pais: o biológico, que sumiu,

o ginecologista israelense David Friedmann, que contratou dois advogados para brigar pela adoção, e o delegado Eleotério Parracho, que se candidatou à vaga pela imprensa. O país em que Maya nasceu às vezes parece doido por crianças.

Tem para elas um estatuto ciumento, que regula a adoção por estrangeiros como se fosse reserva de mercado. E conta com juízes de menores nacionalistas, como o carioca Liborni Siqueira, que esticou as restrições legais até o limite do desencorajamento. Antes de levar legalmente um aprendiz de brasileiro para o exterior, em sua jurisdição, o pretendente deve conviver com ele no mínimo por sessenta dias. No estatuto, o prazo é de quinze dias.

Pior para Sapirit, a mãe adotiva. *Ela viajou para um Brasil exportador de crianças e desembarcou em outro onde infância é assunto sério.* Sapirit permaneceu por semanas num cárcere feminino em Niterói, apesar do atestado de boas intenções que lhe passou a polícia: seus documentos "sobre a habilitação legal para adoção em país estrangeiro, elaborados em Israel" anexados ao inquérito. Sapirit é uma ex-modelo famosa em Israel. Não podendo ter filhos, cria um menino de três anos e quer outra criança.

Teve oportunidade a vibrante jornalista Eunice Nunes, entre muitos outros escritos, de encarecer, em artigo publicado na *Folha de S. Paulo*, de 26 de fevereiro último, p. 4-2, *Processos de Adoção devem ser considerados fatores humanos*, de encarecer que o desfecho de um pedido de adoção, como de qualquer outro processo judicial, depende de como o juiz interpreta a lei e analisa os fatos que são submetidos à sua apreciação. É por isso que casos aparentemente semelhantes podem ter finais muito diferentes, dependendo de quem julga o caso.

Para o juiz do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, Ademir de Carvalho Benedito, no campo da adoção, o Estado na figura do juiz tem muito poder. Por causa disso e por se tratar de uma questão com forte componente humano, *Benedito defende um tratamento psicológico para os juízes que atuam na área.*

A adoção é irrevogável. Ela confere a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres dos filhos naturais, inclusive sucessórios, desvinculando-o dos pais biológicos.

Para uma adoção bem-sucedida, em primeiro lugar, os pais biológicos da criança devem ser destituídos do pátrio poder. "*Depois, deve levar-se em conta a vinculação afetiva entre adotantes e adotados, assim como a integração deste na nova família*" afirma a psicanalista Eliane Marracini, do Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família (IEIDF).

(...)

Antes da adoção, o juiz estabelece um estágio de convivência que, em média, dura um ano. O estágio pode ser dispensado se a criança tiver menos de um ano ou se já tiver com a adotante há tempo suficiente para se poder avaliar a constituição do vínculo.

"O vínculo afetivo com os pais psicológicos, o mais importante, deve ser preservado", diz a psicanalista Maria Antonieta Motta.

5 - Da sentença (na verdade, despacho) que denega adoção, cabe recursos de embargos. Seus efeitos para que não sejam desastrosos - têm que ser não-só translativos, mas também suspensivos.

Quarto quesito. "Qual o recurso cabível da sentença? Quais os efeitos do recurso?"

A resposta nô-la dá o art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 198, ao adotar o sistema recursal do Código de Processo Civil aprovado pela Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973 e suas alterações, com as adaptações que o aludido dispositivo discrimina em oito itens.

Lembra Tânia da Silva Pereira, *A adoção no Brasil*, já invocada, p. 421:

"A sentença de Adoção é constituída e dá nascimento a um novo estado civil do adotado. Desta sentença cabe Apelação a qual deverá ser interposta no prazo de 10 dias independentemente de preparo (art. 198, I e II)".

Apenas do despacho denegatório de apelação é que cabe o agravo de instrumento, configurado erro inescusável a interposição de correição parcial, impedindo a incidência do princípio da fungibilidade recursal, demonstramos às pp. 620-621 de nosso referido *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente* - p. 620, invocando acórdão da Câmara Especial do TJSP, de 08 de agosto de 1991, Correição Parcial n. 13.224, RT 671/83, rel. Des. Marino Falcão.

Diagnosticamos, à p. 36 o vício histórico das nossas Constituições anteriores: não consagrar um direito da criança independente do pai e da mãe, e sim incorporado de tal forma que só possa ser exercido através deles. E transcrevemos considerar *espantoso* o deputado Nelson Aguiar, em discurso que citamos que em

nenhuma delas preocupou-se o legislador constituinte *em estabelecer os princípios do direito da criança* no texto das mesmas, como já fizeram todas as nações do mundo.

O Brasil nisso negligenciou, mesmo após o advento da Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, de que somos também signatários.

Liborni Siqueira, conhecido juiz e respeitado sociólogo incluíra em seu "Anteprojeto de Adoção", um

Art. 7. "Efetivada a adoção, com observância das formalidades legais, não é permitida a investigação de paternidade ou a reclamação dos pais ou responsáveis que tenham praticado o abandono do menor, ou contribuído para sua situação irregular"

Os efeitos devem ser não-só translativo, como também suspensivo, sob pena de tornar-se irremediável uma iniquidade eventualmente perpetrada com boa-intenção.

É tempo de encerrarmos.

E não poderíamos encontrar melhor fecho do que transcrever memorável acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, registrado em 26 de agosto de 1994 de que foi relator o Des. Decio Xavier, Adv. n. 69.139 considerando inaceitável o entendimento de que a adoção é instituto supérfluo, fruto de desconhecimento da verdadeira finalidade da adoção. Muito menos tem a adoção o sentido de proteger criaturas desvalidas e abandonadas. *A adoção advém da busca de fazer uma criança integrar uma família e de se completar a família com uma criança. Difícil é saber quem recebe e quem mais se doa no dia em que se realiza a adoção, tal é o mútuo benefício que sobressai dessa transformação maravilhosa, elevada e cheia de amor, que se opera na vida dos adotantes e adotado.*

São Paulo, julho de 1995.

A INTERPRETAÇÃO NO DIREITO AGRÁRIO

Fábio Maria De-Mattia

Professor Titular de Direito Agrário da Faculdade de Direito da USP

Resumo:

Uma vez reconhecida a existência da especialidade do Direito Agrário, o autor visa estudo das interpretações aplicadas a este novo ramo do Direito, além de outros aspectos pertinentes ao tema, como o Direito Agrário Positivo brasileiro.

Abstract:

Once more admitted the existence in the speciality of the Agrarian Law, like a new ramification of the Civil Law, the author speaks about interpretations puts in practice of this recently branch of the Law, included another aspects to the theme: the brazilian Agrarian Law Positive.

Unitermos: interpretação usual e analógica, *ratio-legis*.

Sumário:

Introdução

- 1 A interpretação usual como fonte de Direito.
- 2 A interpretação analógica e os princípios gerais de Direito Agrário.
- 3 - A *ratio-legis* e a interpretação evolutiva.
- 4 - Os limites e conteúdo da *ratio-legis*.
- 5 - Caracteres da *ratio-legis*:
 - a) normalidade dos acontecimentos;
 - b) diligência do bom pai de família;
 - c) o princípio da confiança.
- 6 - Outros aspectos pertinentes ao tema e o Direito Agrário Positivo brasileiro.

Introdução

Com o reconhecimento da existência da especialidade do Direito Agrário impõe-se o estudo da interpretação aplicada a este ramo do Direito.

Este capítulo sob o ponto de vista sistemático deve ser desenvolvido após o estudo das noções de institutos, princípios gerais, e especialidade do Direito Agrário, porém, reconhecida a centralidade da empresa, didaticamente, melhor será inseri-lo após estudar a empresa e o estabelecimento agrários.

Paolo Vitucci noticia que os próprios estudiosos da teoria geral do Direito asseveram que as diferenças entre os vários setores da experiência jurídica não são privadas de relevância também em sede de interpretação da lei; as sondagens e aprofundamentos circunscritos a cada disciplina devem ser considerados profícuos.¹

Juan José Sanz Jarque, ilustre representante da escola agrarista espanhola, ao estudar as formas de expressão do Direito Agrário, concorda apresentarem elas efetivamente peculiaridades quanto à sua hierarquia e interpretação, ainda que derivadas e dependentes do tronco principal representado pelo Direito Privado.

Sustenta, além disso e com razão, que o direito comum ordinário, derivado do Código Civil, tem valor de fonte principal, vigente sempre que a matéria não é regulada pelas leis agrárias e pelos usos agrícolas.²

Giovanni Galloni, autor de monografia sobre a interpretação das leis, estuda a matéria tendo em vista o Direito Agrário e o faz sob vários ângulos: 1. A interpretação usual como fonte do direito; 2. A interpretação analógica e os princípios gerais do Direito Agrário; 3. A *ratio-legis* e a interpretação evolutiva; 4. Limites e o conteúdo da *ratio-legis*; 5. Caracteres da *ratio-legis*: a. normalidade dos acontecimentos (*id quod plerumque accidit*); 6. b. Diligência do *bonus pater familias*; 7. c. o princípio da confiança (*bona fides*).³

Passemos, pois, à avaliação destas perspectivas.

1. Vitucci, Paolo, Sull'applicazione analogica delle leggi agrarie, in *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, v. 62, n. 1, 1983, p. 5.

2. Sanz Jarque, Juan José, Actualidad y fuentes del moderno Derecho Agrario, Milano, in *Rivista di Diritto Agrario*, v. 57, n. 1, 1978, p. 20 e 21.

3. Galloni, Giovanni, *Lezioni sul diritto dell'impresa agraria*, 2ª ed., Milano, Liguori Editrice, 1984, p. 122.

1 A interpretação usual como fonte do Direito.

A interpretação usual consiste na aplicação da norma na atividade de relação comum, quotidiana no interior do corpo social. O sujeito, na vida concreta de relação, entende intuitivamente o dever ser do comportamento sem se aperceber se a fonte do preceito jurídico reside numa norma escrita ou em norma não-escrita.⁴

A interpretação tende a ser evolutiva, respeitando as mutações em curso no corpo social. Esta noção se expressa, no campo do Direito Agrário, ao se afirmar que, na agricultura, o direito nasce da *natureza dos fatos e das coisas*, ou seja, que as exigências de uma realidade em evolução criam problemas sempre novos que o agricultor deve ter presente e que o leva a adaptar seu comportamento. Como negar a *juridicidade* de tal comportamento? Ele é *secundum ius* ou típico desde que qualquer outro agricultor médio ter-se-ia conduzido do mesmo modo.

Conclui Giovanni Galloni que o juiz, então, deverá reconhecer, ao lado das normas escritas, também, a existência de normas não-escritas, quer as acolha sob o perfil de costume *praeter legem* quer sob o perfil de uma extensão ou restrição do significado das normas escritas.⁵

2 - A interpretação analógica e os princípios do Direito Agrário.

Giovanni Galloni ressalta a importância dos princípios gerais na interpretação da lei, quer sejam princípios gerais de uma matéria quer sejam os princípios gerais do ordenamento jurídico.

Define os princípios gerais de uma matéria como princípios não-escritos que penetram na *ratio* de qualquer norma escrita inspirando-lhes o conteúdo. No processo interpretativo é possível através do recurso à analogia *legis* encontrar em norma análoga a disciplina de um suporte fático não-regulada expressamente.

É comum, ademais, afirmar-se que na interpretação analógica aplica-se ao caso concreto não regulado uma norma escrita que disciplina suporte fático semelhante. Contudo, na realidade, o mecanismo que atua parece ser aquele através do qual aplica-se ao caso concreto uma norma não-escrita, cujo conteúdo se extrai

4. *Id.*, *ibid.*, p. 123.

5. *Id.*, *ibid.*, p. 122.

dos princípios gerais do ordenamento jurídico ou de princípios reguladores do assunto.⁶

Aponta o autor, por outro lado, que se costuma identificar para o Direito Agrário alguns de seus princípios gerais que orientam a interpretação analógica e auxiliam explicar a *ratio* das normas agrárias e com fundamento em tais princípios são elaboradas as normas legais sobre Direito Agrário e agricultura.

Neste sentido Giovanni Galloni, autor de obras fundamentais em nossa disciplina e que, com profundidade, estudou a questão da interpretação no Direito Agrário, parece admitir como válida a existência dos já referidos princípios gerais do Direito Agrário, tanto que enumera aqueles mesmos enunciados por Carlo Frassoldati que são: a) adequado cultivo da terra; b) fixação da extensão da empresa, leia-se propriedade agrícola, de acordo com os interesses da produção; c) não-cindibilidade dos resultados gerais da produção agrária; d) colaboração das partes na execução dos contratos agrários; e) a colaboração entre as propriedades, melhor dizendo empresas agrárias.⁷

Deduz-se que nem sempre trata-se de princípios jurídicos.

Os termos dos itens *b* e *c* se justificam em consequência do deslocamento do instituto da propriedade agrária para o instituto empresa agrária.⁸

Quanto à referência aos princípios gerais de Direito Agrário, conforme já afirmado anteriormente, devemos externar nossa posição de discordância quanto à existência real de tais princípios, seguindo a tendência majoritária da doutrina agrarista contemporânea.

A boa produção pode ser considerada como o critério fundamental e resumido de todo o ordenamento agrário produtivo.

Se considerarmos o Direito Agrário como direito da empresa agrária, boa produção é o fim último para o qual se dirige toda a atividade produtiva.

Daí o Direito Agrário poder ser interpretado e ordenado tendo como base o critério do cultivo adequado.

Em consequência, a obrigação de boa produção é imposta ao empresário - proprietário sob sanção de desapropriação por abandono de exploração

6. *Id.*, *ibid.*, p. 123.

7. *Id.*, *ibid.*, p. 123 e 124.

8. *Id.*, *ibid.*, p. 124.

da terra, também se esta estiver sendo insuficientemente aproveitada ou se for excessivamente cultivada desrespeitando padrões previamente fixados.⁹

O princípio do respeito às normas da boa técnica agrária, por exemplo, quando se tratar de execução de contratos agrários, surge as normas que determinam que o arrendatário ou parceiro-outorgado deva cultivar respeitando os padrões aplicáveis, eventualmente, observando a destinação agrária empreendida pelo concedente e até prescrevendo que o pequeno arrendatário ou parceiro outorgado possa ser assistido técnica e financeiramente pelo concedente.¹⁰

Quanto à dimensão da propriedade agrícola, temos a ressaltar os aspectos do limite mínimo da Unidade Produtiva, a disciplina criativa para a recomposição fundiária, critérios para a redução de dimensões de propriedades muito extensas.¹¹

A não-cindibilidade dos resultados obtidos no período de um ano leva à consideração do princípio da continuação da produção agrária, daí a preocupação legislativa com a fixação de prazo mínimo na duração dos contratos agrários.

3 A *ratio-legis* e a interpretação evolutiva

Giovanni Galloni ensina que a interpretação de toda lei e, também, das leis agrárias, consiste fundamentalmente na pesquisa da *ratio-legis*, que não insiste em indagar a vontade do legislador, mas sim o significado, isto é, o interesse ou escopo prático tutelado pela norma.

Esta pesquisa permite especificar o interesse típico do qual participam cada ato e os comportamentos diversos realizados conforme a lei.

A *ratio-legis* indica a atitude da norma escrita ao adaptar-se no seu verdadeiro significado, no seu alcance real, à natureza dos fatos e das coisas.¹²

Giovanni Galloni explica como a investigação da *ratio* de uma norma não é a procura da vontade psicológica do legislador (ou seja, o que o legislador quis dizer quando formulou a norma), mas sim a indagação do significado da norma no

9. *Id.*, *ibid.*, p. 124.

10. *Id.*, *ibid.*, p. 124, que exemplifica com os arts. 1.615 e 1.652 do Código Civil Italiano e com o art. 16 da Lei n. 203, de 13 de maio de 1982.

11. O instituto - unidade produtiva - é previsto na Lei italiana n. 203, de 1982.

12. *Id.*, *ibid.*, p. 125.

contexto do ordenamento jurídico e da sociedade em que vive (isto é, o que a norma deseja significar hoje, propondo-se à tutela do interesse típico examinado). A interpretação não pode ser mais uma avaliação subjetiva do intérprete, devendo esse estar, sempre, ligado à objetividade da norma, isto é, tal como a norma mostra-se evidente ao término de seu processo evolutivo no interior do ordenamento.¹³

Em outros termos, não é o intérprete quem modifica ou faz com que a norma progrida, mas é a norma que progride no contexto institucional, tendo em vista a própria modificação das relações, evolução esta que o intérprete não pode não ter presente. Daí, Giovanni Galloni concluir, que a função jurisprudencial, portanto, permanece, sempre, a de averiguação do direito existente no ordenamento e nunca a produção de novo direito.¹⁴

4 - Os limites e conteúdo da *ratio-legis*

Giovanni Galloni preleciona que adentrando no exame dos caracteres da tipicidade e da *ratio* da lei, com particular atenção às leis agrárias, impõe-se iniciar ressaltando que um limite fundamental e inderrogável da juridicidade localiza-se no *critério da possibilidade*. Não cabe, no âmbito do ordenamento jurídico e social, tudo aquilo que tem atuação impossível.

Acentua que o princípio *ad impossibilia nemo tenetur* ultrapassa o campo específico das obrigações e assume um alcance mais geral.

O direito está sempre conforme a natureza das coisas e do homem, participando de racionalidade intrínseca. O dever ser jurídico apresenta-se, portanto, sempre como um esquema de conduta possível de se realizar.¹⁵

O conceito de possibilidade, ensina o mestre italiano, define, pois, os limites da *ratio-legis*, no sentido que estabelece os limites além dos quais a norma que seja impossível de se realizar perderá os caracteres de juridicidade. Todavia, o conteúdo concreto da *ratio* pode ser indagado apenas em relação ao escopo prático assumido pela norma, ou seja, a *ratio* da norma e o significado causal devem ser interpretados em função do fim próprio que as normas alcançam dentro do ordenamento.

13 *Id.*, *ibid.*, p. 126.

14. *Id.*, *ibid.*, p. 126.

15. *Id.*, *ibid.*, p. 126.

Arrematando, Giovanni Galloni afirma que é por isso que as normas que estão em conexão entre si para a disciplina de um instituto devem ser interpretadas umas por meio das outras e todas em relação ao interesse prático para cuja tutela são dirigidas.¹⁶

Relacionando estas noções gerais com o Direito Agrário, Giovanni Galloni assevera, como se sustenta, que o Direito Agrário é sobretudo o *direito que disciplina a empresa agrária*, com o que o ponto de referência da *ratio* para a interpretação das normas agrárias não pode ser senão o *ordenamento da empresa*. Assim, o interesse da empresa, ou seja, a produção agrícola é, em outras palavras, a chave da interpretação do Direito Agrário. A norma agrária, portanto, é sempre instrumental com respeito aos fins da empresa agrária e, por conseqüência, deve ser interpretada em função destes fins.¹⁷

Giovanni Galloni ensina que a estrutura das diretrizes da interpretação no Direito Agrário é feita, portanto, a partir do momento em que se estabelece que a *ratio* da norma pode ser definida, em linhas gerais, através de três critérios interpretativos fundamentais: o princípio da normalidade dos acontecimentos (*o quod plerumque accidit*); o princípio da obrigatoriedade da conduta (*diligência do bonus pater familias*) e o princípio da confiança (*bona fides*).

Em conclusão, Giovanni Galloni estabelece que para a interpretação do Direito Agrário estes critérios são usados em função da empresa agrária e de seus fins produtivos.¹⁸

5 - Caracteres da *ratio-legis*

a) normalidade dos acontecimentos (*quod plerumque accidit*)

O *quod plerumque accidit* responde ao princípio, ínsito em toda norma, do interesse prevalecente e, em caso de conflito de interesses, do sacrifício do interesse atípico, isolado, anômalo, com relação àquele que melhor responde aos fins da organização social.

16. *Id.*, *ibid.*, p. 126 e 127.

17. *Id.*, *ibid.*, p. 126.

18. *Id.*, *ibid.*, p. 127.

Isto não quer dizer que o interesse prevalecente será determinado com base em critérios puramente quantitativos e de frequência, pois, se assim fosse, dever-se-ia igualmente dar o batismo de juridicidade ao comportamento que respondesse a interesses outros, fora de qualquer tutela de valores. O interesse prevalecente tutelado é sempre aquele que, além de responder aos fins individuais, responde, também, aos fins gerais da conservação e do crescimento do ordenamento.¹⁹

Em muitos casos, porém, frente a um conflito entre dois tipos de interesses, qualquer um dos quais seja por si merecedor de tutela, o ordenamento atribui ao intérprete tarefa de avaliar, frente a situação concreta e com base no princípio do *id quod plerumque accidit*, qual seja o interesse prevalecente.²⁰

Para exemplificar pode-se ter presente um *standard* jurídico, qual seja a *noção de exercício normal da agricultura*. Ela será o divisor para a fixação dos limites entre empresa agrícola e a empresa comercial.

Fixados tais limites, o próximo passo é o da determinação da disciplina a que devem ser submetidas certas atividades (de transformação e de alienação dos produtos agrícolas).²¹

Giovanni Galloni formula o parâmetro necessário ao assentar que é evidente que em tal caso o intérprete se deve referir, para a avaliação da *normalidade*, a um critério objetivo, e que este não pode ser fornecido apenas pela avaliação da frequência em sentido estatístico dos comportamentos (aquilo que a maioria dos agricultores faz ou tem feito ordinariamente), mas sim como instrumento daquilo que o agricultor normalmente faz para responder aos *princípios da boa produção conforme a evolução da técnica agrícola e da ciência econômica*.²²

Subsídios para uma avaliação prática do *standard* jurídico - *exercício normal da agricultura* - encontramos em Mario Ghidini, que se baseia na atuação de uma determinada categoria de agricultura.²³

19. *Id.*, *ibid.*, p. 127.

20. *Id.*, *ibid.*, p. 127.

21. *Id.*, *ibid.*, p. 127, informa que o Código Civil italiano, no art. 2.135 pede ao intérprete que este estabeleça quando estas atividades "se enquadrarão no exercício normal da agricultura."

22. *Id.*, *ibid.*, p. 127.

23. Ghidini, Mario, *Lineamenti del' Diritto dell'impresa*, 2ª ed. rev. e atual., Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1978, p. 36-8.

b) diligência do bom pai de família

Giovanni Galloni aponta tratar-se, na realidade, não da diligência em abstrato do *homem médio*, conforme uma média, por assim dizer, aritmética de comportamento, mas da diligência exigida para alcançar os fins lícitos e possíveis, colocados pelo ordenamento.

Acentua que cada ato produtivo de efeitos jurídicos deve ser avaliado pelo intérprete para o exame de sua correlação com o fim a que é dirigido, desde que este fim seja lícito e possível.

Quando tal ato for expresso no âmbito do exercício de um poder jurídico, responde pois a um critério de discricionariedade, pedindo-se ao intérprete que avalie caso a caso se aquele não exorbitou do próprio fim.²⁴

Esta avaliação não pode se verificar senão através do critério da *diligência do bom pai de família*, um critério elástico e que se adequa à evolução da realidade. Giovanni Galloni ressalta que se deve avaliar como se teria comportado, qual escolha teria feito (coincidente ou não com aquela efetuada) o homem dotado de diligência normal em idêntica situação.²⁵

Para o intérprete, assim, será sempre exigida a pesquisa da diligência do bom pai de família na avaliação do comportamento de quem administra ou tem a responsabilidade da direção da empresa.

Exemplo é aquele oferecido pelo concessionário no uso de propriedade agrária, que é obrigado a atuar de conformidade com sua destinação agrária, segundo a diligência do bom pai de família, fornecendo ao serviço do empreendimento os instrumentos para sua gestão e observando as regras técnicas de boa empreitada.²⁶

Em todos os suportes fáticos examinados, pondera Giovanni Galloni, *o critério de diligência do bom pai de família é sempre aplicado, pelo intérprete, no caso concreto à luz do interesse objetivo da empresa agrícola, isto é, de um interesse que vem avaliado em relação ao progresso da técnica e à observância das normas de boa técnica ou da ciência econômica.*²⁷

24. Galloni, Giovanni, ob. cit., p. 128.

25. *Id.*, *ibid.*, p. 128.

26. *Id.*, *ibid.*, p. 128.

27. *Id.*, *ibid.*, p. 128 e 129.

c) O princípio da confiança (*bona fides*)

A confiança reside na base de cada relação jurídica, seja *como confiança a uma aparência jurídica, seja como expectativa do comportamento alheio*.

Todos os sujeitos, com efeito, devem poder contar com isso: que outros sujeitos, os quais se relacionam com eles, comportar-se-ão conforme exige a boa-fé no adimplemento das obrigações impostas por lei. Se não existisse esta presunção, a vida da relação tornar-se-ia impossível.²⁸

O elemento fiduciário adquire um relevo autônomo apenas quando é atribuído ao intérprete a tarefa de determinar no caso concreto a existência da confiança; isto ocorre, justamente, quando existem dois grupos de interesses em conflito, ambos em abstrato mercedores de tutela.²⁹

*Trata-se, em geral, de casos onde surge do contrato ou do fato um dever específico ou qualificado de cooperação entre as partes e este dever não é disciplinado como tal por cláusulas contratuais ou pela lei, mas se origina como dever jurídico conforme o princípio fundamental da boa-fé.*³⁰

A *ratio* não pode, então, ser procurada na vontade das partes como aparece nas declarações negociais, mas *deve ser procurada nos princípios que regulam o ordenamento privado e nos fins em que esse se inspira*.

*Este problema interpretativo se coloca, no campo do Direito Agrário, de maneira específica com respeito aos contratos agrários que são constitutivos da empresa agrícola.*³¹

Giovanni Galloni exemplifica, asseverando que os problemas concernentes ao ordenamento interno da empresa, vistos em relação a fatos sobrevindos que alterem o equilíbrio originário entre as partes, freqüentemente não podem ser solucionados reportando-se apenas às cláusulas contratuais, *mas devem, ao invés, ser resolvidos com recurso à boa-fé, examinando os fins, a estrutura da*

28. *Id.*, *ibid.*, p. 129.

29. *Id.*, *ibid.*, p. 129.

30. *Id.*, *ibid.*, p. 129.

31. *Id.*, *ibid.*, p. 129.

empresa, de cujo seio nasce e se produz através dos órgãos exercentes - um poder discricionário (e normativo) - o direito dos particulares.³²

6 Outros aspectos pertinentes ao tema e o Direito Agrário Positivo brasileiro

Jean Megret lembra o fato de o Direito Agrário ser uma disciplina bastante jovem, em verdade uma matéria ainda sem seus inícios. Ao lado disso, ela não foi ainda favorecida pela elaboração de um verdadeiro e completo diploma legislativo, *dificuldade que se impõe talvez pelo fato de estar o Direito Agrário contemporâneo tão fortemente ligado à economia e às técnicas especiais de produção*, de tal forma que o jurista tradicional estaria mal-preparado para alcançar as finalidades maiores da cadeira.³³

Para Paolo Vitucci, por sua vez, estas dificuldades adviriam de duas razões fundamentais, próprias quando da interpretação de matérias baseadas em leis especiais: em primeiro lugar, trata-se o Direito Agrário de uma disciplina recém-introduzida ou, mais corretamente, *de uma disciplina reformada, onde a novidade representa uma dificuldade constante para o intérprete*, o qual se acha na obrigação de dever operar sem o subsídio que nas leis já sedimentadas vem oferecido pelo precedente.³⁴

Finalizando, *uma boa técnica legislativa*, acrescentada pelo autor *como a segunda razão, poderia aliviar as dificuldades do primeiro impacto hermenêutico*; mas os agraristas sabem, e esta é uma característica com a qual convivem também os agraristas brasileiros, *quão escassa é a confiança que se pode depositar na qualidade do produto legislativo*.

Neste sentido, o art. 103 *caput* do Estatuto da Terra *consubstancia diretriz para a interpretação das normas de Direito Agrário*, estatuinto que: "A aplicação da presente Lei deverá objetivar, antes e acima de tudo, a perfeita ordenação do sistema agrário do país, de acordo com os princípios da justiça social, consolidando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano."

32. *Id.*, *ibid.*, p. 130.

33. Megret, Jean, *Droit Agraire*, 1ª ed., Paris, Libraires Techniques, 1976, p. 154.

34. Vitucci, Paolo, *ob. cit.*, p. 8.

A integração da norma jurídica agrária permite, através da analogia, preencher lacunas do legislador. Para o entendimento da matéria, há a lição do jurista e professor renomado Rubens Limongi França.³⁵

São normas importantes os arts. 92, § 9º e 96, inciso VII e parágrafo único do Estatuto da Terra, art. 13 da Lei n. 4.947/66 e art. 88 do Decreto n. 59.566/66.

O art. 92, § 9º do Estatuto da Terra estatui: *"Para a solução dos casos omissos na presente Lei, prevalecerá o disposto no Código Civil"* Tal norma está inserida no Capítulo IV - Do Uso ou da Posse Temporária da Terra, seção I que regula "Das Normas Gerais"

O art. 96, inciso VII do Estatuto da Terra determina: *"- aplicam-se à parceria agrícola, agropecuária, agroindustrial ou extrativa as normas pertinentes ao arrendamento rural, no que couber, bem como as regras do contrato de sociedade, no que não estiver regulado pela presente Lei"*

O art. 13 *caput* da Lei n. 4.947/66 dispõe: *"Os contratos agrários regulam-se pelos princípios gerais que regem os contratos de Direito comum, no que concerne ao acordo de vontade e ao objeto..."*.

O art. 88 do Decreto n. 59.566/66 determina: *"No que forem omissas as Leis ns. 4.504/64, 4.947/66 e o presente Regulamento, aplicar-se-ão as disposições do Código Civil, no que couber"*.

O legislador previu que normas pertinentes ao arrendamento poderiam *"cabem nas avenças de parceria."*³⁶

Mas devemos reconhecer que o Direito Agrário não desfruta de técnicas particulares acerca da aplicação analógica das regras que o regulam, o que força o intérprete a se utilizar da experiência e de ensinamentos outros, provindos basicamente da elaboração dos civilistas e dos cultores da teoria geral.³⁷

Paolo Vitucci, após ressaltar as raízes civilísticas do Direito Agrário e a obviedade da referência ao Código Civil conclui: *a especialidade da disciplina volta prepotentemente ao primeiro plano e está sujeita ao interesse convergente do teórico da interpretação, quantas vezes o sistema traçado na lei especial ou nas leis*

35. França, Rubens Limongi, *Formas e aplicação do direito positivo*, 1ª ed., São Paulo, RT, 1969, p. 67 e s.

36. Laranjeira, Raymundo, *Propedêutica do Direito Agrário*, 2ª ed., São Paulo, LTR, 1981, p. 128.

37. Vitucci, Paolo, *ob. cit.*, p. 5.

*especiais mostrar-se capaz de se auto-integrar, isto é, de preencher as próprias lacunas sem recorrer ao Código Civil ou aos princípios expressos em sede diversa daquele do "microsistema".*³⁸

São Paulo, novembro de 1995.

38. *Id.*, *ibid.*, p. 13.

AS NOVAS FIGURAS CONTRATUAIS E A AUTONOMIA DA VONTADE

Fernando Campos Scaff
Advogado em São Paulo

Resumo:

As relações jurídicas emergentes da sociedade contemporânea ensejaram restrições impostas a completa autonomia da vontade, que culminaram com a objetivação dos contratos.

Neste contexto, ao lado do modelo clássico de contrato emergem novas formas contratuais, como os contratos tipos e os contratos de adesão, que prescindem da conceituação clássica da autonomia da vontade, mas que pelo sinalagma que apresentam e pela sua estrutura negocial traduzem uma nova perspectiva dessa mesma autonomia.

Abstract:

The jural relations coming from the modern society gave place to restrictions imposed to a complete will autonomy, that ends with the contracts objectivity.

In this context, besides the classic models contracts, new kinds of contracts appear, for instance the standart and adhesion contracts, that are excluded from the classic concept of will autonomy. Although this exclusion, these new contracts are seen as synallagmatic ones. In addition to this, their negocial structure reflect a new vision of that so-called autonomy.

Unitermos: Autonomia da vontade - nova perspectiva.

Sumário:

Introdução

I A evolução das concepções

II - A objetivação dos contratos

III - O contrato e sua função social

IV O contrato e o “contato social”

V A intervenção estatal e as restrições da autonomia individual

VI - Conclusão os novos papéis do contrato

Bibliografia

Introdução

Dentre as questões que ainda se colocam sob a perspectiva da teoria do negócio jurídico e dentre as categorias das fontes das obrigações, verifica-se que não se superaram as dúvidas e investigações relativas à própria idéia da importância do contrato, no âmbito das relações jurídicas, bem como de sua interpretação, no interior desta categoria.

Questiona-se, de um lado, a importância da vontade na composição dos tipos contratuais, seu condicionamento e sua limitação frente às categorias contratuais que integram, intensamente, a vida contemporânea, e que prescindem da visualização efetiva da clássica convergência de vontades, no sentido de condição necessária para a própria formação do contrato.

Por outro lado, pergunta-se até que ponto esta convergência de vontades deixou, efetivamente, de integrar a figura do contrato e se não é verdadeiro que tal instituto, variando de acordo com as necessidades de rapidez e homogeneização, próprias do atual estágio de desenvolvimento econômico, incitam os doutrinadores a, com base na revisão dos conceitos firmados, relativos a esta noção de contrato, buscar adaptações da idéia clássica, mantendo o instituto e adequando-o a tais necessidades do tráfego.

Talvez esta seja a melhor alternativa, e sobre ela possam se debruçar os estudiosos, no sentido de buscar adaptações no modo de conceber o instituto, as quais, sem dúvida, se fazem necessárias, bem como identificar, na categoria mesma dos contratos ou naquela de institutos diversos, outras figuras que surgem a todo o tempo, na rede de relações jurídicas que se formam, decorrentes do amplo contato social, e que devem merecer, igualmente, classificação no sistema.

Uma breve visão destas situações constitui, pois, o objeto do presente estudo.

I A evolução das concepções

A idéia clássica do contrato, baseada na liberdade individual dos contratantes, reflete, mais do que tudo, a concepção deste conceito como sendo um elemento fundamental de expressão do momento pelo qual então passava a civilização européia, buscando superar as estruturas vinculadas às monarquias absolutistas e assim criando instrumentos próprios à efetivação do poder da

ascendente burguesia, que buscava e impunha sua afirmação. Tal se procurou fazer através do desenvolvimento de institutos que, de alguma forma, pudessem privilegiar a idéia da ampla autonomia da vontade e de uma formulação que tivesse como pressuposto a rígida igualdade das partes que negociavam.

Neste contexto, como bem colocou Gilmore, analisando as imagens trazidas por Friedman, vislumbra-se que o *modelo* da teoria clássica do contrato era muito similar ao *modelo* daquela que define a teoria econômica liberal o credo do *laissez-faire*, considerando-se que, em ambos os modelos, “*as partes poderiam ser tratadas como unidade econômica individual, em teoria, capazes de gozar de uma completa liberdade de ação e decisão.*” A teoria econômica do *laissez-faire* se reduziria, pois, a qualquer coisa deste tipo: que se todos nós fizéssemos exatamente aquilo que mais nos agrada, tudo se resolveria certamente pelo melhor.¹

É a idéia da prevalência da vontade, tão mitigada na relação desproporcional existente entre o súdito e o soberano, e que, segundo as idéias libertárias que pretendiam garantir à burguesia a resposta à sua ascensão econômica, tornava-se valorizada, como verdadeira expressão da liberdade humana.

É o que foi exposto, igualmente, por Véronique Ranouil, notando que “*a doutrina clássica fazia da vontade o elemento essencial do contrato e o fundamento de sua força obrigatória. Também considerava-se que o contrato é justo, pois que qualquer homem razoável e livre não pode consentir a se comprometer para se prejudicar*”²

Não tardou para que se verificasse que tal pretensa igualdade entre os contratantes constituía-se numa interpretação muito mais formal do que material, considerando-se as distinções fáticas que atribuem vantagens ou melhores condições negociais a uma das partes, o que possibilita a imposição da vontade de um àquela do outro contratante, diminuindo ou, por vezes, simplesmente anulando a pretensa intenção deste em estabelecer os termos do contrato firmado ou até de optar pela não contratação.³

1. Grant Gilmore, *La Morte del Contrato*, tradução de Andrea Fusaro, 1ª ed., Milão, Giuffrè, 1988, p. 85.

2. Véronique Ranouil, *L'Autonomie de la Volonté*, 1ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1980, p. 133.

3. Como se verifica, por exemplo, nos contratos de adesão, com o controle monopolístico de uma das partes sobre determinado serviço ou produto, colocado no mercado.

Entende-se, pois, que *“a justiça não provém naturalmente do contrato, uma vez que os contratantes não são livres ou iguais: a sua igualdade nominal dissimula sua desigualdade real. Chega-se que as conclusões não são livremente consentidas, mas impostas pela parte mais forte àquela mais fraca”*⁴

Impôs-se, de tal modo, novamente a necessidade de intervenção do Estado, para garantir que um efetivo equilíbrio contratual pudesse ser propriamente alcançado, beneficiando-se aqueles que não se aproveitam, no ato negocial, desta igualdade classicamente imaginada, e meramente formal.

Neste contexto justificou-se tal nova intervenção, considerado o fato, por exemplo, que a *“preocupação quanto à moralização do contrato se manifesta no domínio dos contratos de adesão e mais geralmente naquele da interpretação dos atos jurídicos, assim como que a propósito da questão espinhosa do justo preço, do justo salário e do problema relativamente novo da redução das obrigações excessivas”*⁵

Além disso, alcançou-se a conclusão de que não só não são iguais as partes que contratam, colocando-se em planos distintos de possibilidades econômicas, dispondo de graus diversos de informações quanto àquilo sobre o que negociam, bem como se verificou que podem igualmente se alterar, no curso da própria contratação, as expectativas e as posições contratuais inicialmente previstas, pelo que o contrato não pode representar, como a princípio se pretendia, norma insuperável sob a qual, de toda maneira, deveriam se submeter as partes, impossibilitada toda e qualquer modificação.

Tais circunstâncias representaram forte razão para o repensamento da idéia da autonomia da vontade e de toda concepção clássica de contrato, considerando-se, sobretudo, que a vontade não tem este dom de referência absoluta e intensamente presente em todas as relações jurídicas existentes, mas que se altera em importância, dependendo de como se comportem as próprias circunstâncias, presentes e futuras, envolvidas na contratação. Assim, pois, que valem as lições de Menezes Cordeiro, reconhecendo que as condições da doutrina clássica para *“regular a alteração tais circunstâncias esgotou, com Larenz, as suas potencialidades. A sua ligação perene à teoria da vontade, clara em Windscheid, perceptível e assumida em Oertmann e presente, embora de modo tênue, nos*

4. Véronique Ranouil, ob. cit., p. 133.

5. Véronique Ranouil, ob. cit., p. 133.

*críticos da base negocial oertmanniana e em Larenz, dificultava a integração dogmática e paralisava a sua aplicação prática. A dimensão do jurídico, ainda quando querida, é qualitativamente diferente de qualquer vontade humana individual; a vontade das partes, naturalisticamente entendida, não pode facultar soluções que pressuporiam a presença de elementos estranhos, por definição, no momento necessário, ao conhecimento das pessoas implicadas”*⁶

Ora, evoluindo a sociedade de tal maneira, alterando-se a necessidade e o ritmo das contratações, configurando-se, ademais, circunstâncias que prescindem da declaração da vontade das partes, esta tal como reconhecida pela doutrina clássica, a alteração envolvendo as perspectivas de conceituação e interpretação dos contratos, verificada no âmbito doutrinário, passou a ser consequência absolutamente natural e previsível.

Sendo assim, e acompanhando o relato de Roppo, duas perspectivas se formaram: 1. acreditar que não houve, na realidade, tantas mudanças, acreditando que os contratos e o direito dos contratos são os mesmos que existiam no século dezenove; 2. acreditar que a vontade dos contratantes não conta, acreditando que, por tal fato, há de se entender que houve um declínio e mesmo uma “morte” dos contratos atuais.⁷

A verdade, contudo, parece não se encontrar com qualquer destas interpretações. De um lado, a idéia de contrato, como inocente fruto da convergência de vontades livres e iguais, que se unem na perspectiva de uma finalidade que sirva a ambas, não se traduz em grande parte das contratações existentes no momento atual. Por vezes, reduz-se mesmo esta vontade à mera determinação de contratar ou de não-contratar, e ainda, em muitas ocasiões, nem a isso, impondo-se peremptoriamente a contratação aos indivíduos, considerado o monopólio de fato existente, atribuído a uma das partes, e a absoluta necessidade daquele bem ou serviço “oferecido”

Por outro lado, não há por isso que se entender, em virtude desta relativização da vontade, que a mesma deixe de existir nos contratos formados, ou mesmo que tal instituto deixe de representar fenômeno presente e que se realiza

6. Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da Boa-Fé no Direito Civil*, v. 2, 1ª ed., Coimbra, Almedina, 1984, p. 1.051.

7. Enzo Roppo, *O Contrato*, 1ª ed., Coimbra, Almedina, 1988, pp. 297 e 298.

mesmo numa dimensão tal que multiplica ao infinito aquelas ocorrências havidas na época de formação clássica do instituto.

De fato, o contrato existe e, numa determinada perspectiva, está mais forte e pujante do que nunca. O que ocorre, na verdade, é a necessidade de compreensão de alguns dos fenômenos que acompanharam tal instituto, e que, de forma geral, objetivaram-no, como imposição da moderna economia de massas.

Inegável, pois, é a tendência, bem percebida por Roppo, *“para uma progressiva redução do papel e da importância da vontade dos contraentes, entendida como momento psicológico da iniciativa contratual: esta tendência, que podemos definir como “objetivação do contrato” leva a redimensionar, sensivelmente, a influência que o elemento voluntarista exerce, quer em relação à definição geral do próprio conceito de contrato, quer em relação ao tratamento jurídico concreto de cada relação”*⁸

II A objetivação dos contratos

Assim, considerava-se o contrato como expressão pura e direta da livre expressão da vontade de homens iguais e livres, que passaram a uma situação de igualdade formal, decorrência da queda do “Antigo Regime” Segundo Roppo, neste mesmo sentido, é necessário que se veja a *“vontade humana como a fonte primária de todo o efeito jurídico, a energia criadora dos direitos e das obrigações legais.”*⁹ Dela defluiu, pois, a assim denominada “Teoria da Vontade” como chave para entender, inicialmente, a disciplina das trocas contratuais, considerando-se que as conseqüências do contrato deveriam estar em perfeito acordo com as representações mentais das partes, e que o direito deveria reagir a qualquer imperfeição ou perturbação do processo de formação da vontade dos contraentes, cancelando a operação em que - por ausência ou defeito de seu pressuposto psíquico - faltasse este que é considerado o seu próprio fundamento.¹⁰

8. Ob. cit., p. 297.

9. Ob. cit., p. 297.

10. Conf. Roppo, ob. cit., pp. 297 e 298. Assim, igualmente, foi acolhido por nosso Código Civil, de acordo com a disposição expressa pelo seu art. 85: *“Nas declarações de vontade, se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”*.

Efetiva expressão da liberdade individual dos homens, representa a autonomia privada, no dizer de Aguila-Real, verdadeiro “*reconhecimento aos indivíduos de um poder para regular suas relações como lhes pareça conveniente se justifica porque é expressão do direito a autodeterminação da pessoa humana.*”¹¹

Conhecido o anterior período intervencionista, a elevação da idéia da autonomia da vontade como um princípio quase sagrado, imposto no período de formulação da teoria clássica do contrato, significou uma reação às restrições anteriores, explicável também, portanto, nesta perspectiva histórica. De fato, “*a autonomia privada se concebe como um espaço livre da ingerência estatal deixado ao jogo das forças dos indivíduos frente ao intervencionismo estatal que caracterizou o Antigo Regime.*”¹²

Especificamente, segundo delimita Orlando Gomes, “*o princípio da autonomia da vontade particulariza-se no direito contratual na liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica.*”¹³

Segundo a concepção clássica, tal conceito de liberdade contratual “*abrange os poderes de auto-regência dos interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob tríplice aspecto: a) liberdade de contratar propriamente dita; b) liberdade de estipular o contrato; c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato.*”¹⁴

Os problemas, contudo, com uma visão estrita de tais princípios, logo se fizeram presentes. De fato, a vontade pode ser maldeclarada, deixando de expor aquilo que efetivamente se pretendia ou atuando contra as legítimas expectativas do destinatário da mesma. Por outro, o destinatário poderia receber de forma inadequada tal manifestação, pelo que a imposição de regras de comportamento, que dissessem respeito ao que seria a interpretação correta, tornaram-se imposições colocadas à doutrina e aos legisladores.

11. Jesus Alfaro Aguila-Real, *Las Condiciones Generales de La Contratacion*, 1ªed., Madrid, Civitas, p. 53.

12. Aguila-Real, ob. cit., p. 59.

13. Orlando Gomes, *Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 25.

14. Cf. Orlando Gomes, ob. cit., pp. 26 e 27.

Neste sentido, Maria Costanza nos elucida que “*geralmente, a tese, segundo a qual objeto da operação hermenêutica é a vontade dos contratantes, é considerada pouco atendível e por vezes superada, considerada a fisionomia que o contrato assumiu na legislação atual. Os estudos desenvolvidos já no início do século na Alemanha e posteriormente retomados e continuados na Itália, levaram a considerar o negócio jurídico e sobretudo o contrato, seja a nível teórico ou sob o plano do direito positivo, como manifestação da vontade mais do que ato de vontade.*” Por outro lado, “*esta prevalência da declaração ou, mais genericamente, da manifestação da vontade interna influencia também a individualização do objeto da interpretação. O fato que no contrato, ou, mais em geral, no negócio jurídico assuma relevância, aos fins da determinação de suas conseqüências jurídicas, somente a vontade declarada e não também aquela que se mantém inexpressa não impede, porém, que a interpretação se realize também com indagações extracontratuais.*”¹⁵

De toda a forma, é necessário que se reafirme que tal liberdade de contratar, desde o primeiro momento de sua concepção, acomodou-se entre determinados limites, estabelecidos, fundamentalmente, pelos critérios vinculados à ordem pública. De fato, em concordância com as palavras de Bessone, “*sendo justo o contrato, segue-se que aos contratantes deve ser reconhecida ampla liberdade de contratar, só limitada por considerações de ordem pública e pelos bons costumes. Assim, enquanto forem observados estes limites, podem as partes convencionar aquilo que lhes aprouver, o que, de resto, constitui um aspecto da liberdade individual, consubstanciada no princípio de que é permitido tudo que não é proibido.*”¹⁶ Também para Orlando Gomes, “*a liberdade de contratar, propriamente dita, jamais foi ilimitada. Duas limitações de caráter geral sempre confinaram-na: a ordem pública e os bons costumes. Entendia-se, como ainda se pensa, que as pessoas podem auto-regular seus interesses pelo modo que lhes convenha, contanto que não transponham estes limites.*”¹⁷

Porém, não demorou muito para que se verificasse que o anterior desequilíbrio, que se atribuía à intervenção estatal própria do Antigo Regime, não

15. Maria Costanza, *Profili Dell'Interpretazione Del Contrato Secondo Buona Fede*; 1ª ed., Milão, Giuffrè, 1989, pp. 9 e 10.

16. Darcy Bessone, *Do Contrato - Teoria Geral*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 31.

17. Ob. cit., p. 27.

deixava de existir completamente, mesmo no âmbito das relações entre particulares que, numa condição de igualdade formal, contratam. As partes, com efeito, tendem mais às diferenças que às convergências. Os desequilíbrios entre as potencialidades, os meios de imposição da vontade de uma em detrimento da outra, bem como a possibilidade de formulação de condições que favoreçam a apenas uma das partes componentes de determinada relação jurídica, tudo isso leva a reflexões sobre esta função exponencial da autonomia da vontade, vinculada à idéia do ato de contratar.

Ainda segundo as lições de Aguila-Real, *“para que o contrato seja um ato de autonomia bilateral, é necessário que se dêem todos os pressupostos que permitem a ambas as partes autodeterminar-se porque, de outra forma, teríamos heterodeterminação unilateral, com o que desaparece a legitimidade para o reconhecimento estatal de ditos atos, realizados pelos particulares.”*¹⁸

De um lado, pois, é possível imaginar-se um contrato realizado por partes colocadas numa situação de equilíbrio, onde a perspectiva de ampla negociação e gestão dos próprios interesses, sem pressões causadas pela desconexão entre as partes, venha a ser conhecida. Esta equação própria ao modelo clássico de contrato, assim, subsiste. Porém, segundo Aguila-Real, este mesmo modelo *“se ‘corrompe’ quando se denomina de igual forma à articulação jurídica de intercâmbios cuja realização ou cujo conteúdo não foi remetida pelo ordenamento à livre determinação dos particulares, como ocorre nos casos de intervenções estatais substitutivas ou eliminadoras do mercado.”*¹⁹

De fato, dada a característica específica de alguns produtos ou bens, existentes no mercado, mas colocados à disposição dos indivíduos por um pequeno grupo de empresas, um requisito fundamental, garantidor da efetiva liberdade contratual dos indivíduos reconhecida esta como expressão da autonomia da vontade - deixa de existir, para dar lugar a uma verdadeira imposição unilateral de condições e termos contratuais, o que, naturalmente, desvirtua aquela idéia antes apresentada.

Elemento garantidor da autonomia da vontade é, pois, na sociedade contemporânea, a existência de competição entre as fontes informadoras do mercado, permitindo aos indivíduos verdadeira liberdade de escolha, entre este ou aquele produto, este ou aquele serviço. Deste modo, *“a existência de competição,*

18. Cf. Darcy Bessone, ob. cit., p. 60.

19. Ob. cit., p. 62.

pois, garante que a renúncia para contratar seja uma alternativa razoavelmente disponível, quer dizer, que se possa exigir ao que celebra o contrato que se atenha às conseqüências de tal celebração, optando entre várias alternativas."²⁰

O que se entende por liberdade contratual, portanto, sem dúvida mudou, como mudou a estrutura da sociedade moderna, o fluxo e a quantidade de negociações existentes, a racionalização dos métodos e das formas utilizadas.

Para que se identifique a autonomia da vontade, no mundo contemporâneo, não se pode pensar mais na exigência da completa e livre formulação das cláusulas contratuais, discutidas uma a uma pelas partes que negociam. Não é, portanto, uma ampla negociação o fundamental; fundamental é, na realidade, a competição entre as formas, permitindo a uma das partes, numa economia de escala e competitiva, escolher entre este ou aquele proponente, com liberdade de opção.

Deve-se descartar, conseqüentemente, segundo ensina o mesmo Aguila-Real, *"que para que exista consentimento livre seja necessário que ambas as partes participem da elaboração do conteúdo do contrato, quer dizer, é falso que a existência de liberdade contratual venha determinada, por seu turno, pela existência de negociação. Em outras palavras, o que garante a livre decisão dos clientes não é a negociação, senão entre opções alternativas e transparentes.*"²¹

Longe está, portanto, de se poder falar de uma verdadeira decadência ou mesmo eliminação da presença da autonomia da vontade, nas contratações. Ela existe, em sua forma clássica ou em seus moldes mais atualizados, consideradas, basicamente, o objeto e as partes envolvidas numa determinada contratação. Subsiste, pois é tal autonomia, segundo Ferri, *"não a expressão de uma mera licitude ou faculdade, mas manifestação de poder, e precisamente do poder de criar, dentre os limites postos pela lei, pela norma jurídica.*"²²

Direta é a correlação e, mais do que isso, a vinculação necessária entre tal autonomia e a própria gênese dos negócios jurídicos. De fato, *"se a autonomia privada é poder pertencente aos particulares de criar normas jurídicas, é*

20. Ob. cit., p. 64.

21. Ob. cit., pp. 67 e 68.

22. Gino Ferri, *L'Autonomia Privata*, 1ª ed., Milão, Dott. A. Giuffrè, 1959, p. 5.

*perfeitamente iluminada também a correlação entre os dois termos “autonomia privada” “negócio jurídico” o segundo como única expressão do primeiro.”*²³

O que se verifica, afinal, é que tal sistema da autonomia da vontade, necessariamente vinculado a uma discussão e formulação conjunta, pelas partes contratantes, de cada uma das cláusulas que compõem o contrato formado, não se coaduna com todas as necessidades da sociedade contemporânea. Poderia servir, como constata Roppo, a um sistema economicamente individualista e pouco dinâmico, mas não serve às exigências da “moderna economia de massa”

Para tal modelo econômico, onde as negociações jurídicas se fazem a partir do estabelecimento de uma homogeneização das relações, como própria imposição do fluxo do tráfego econômico existente, surgem, como imposições naturais, que o sistema possa, de um lado, garantir a celeridade das contratações, como reclamo da sociedade, mas, por outro, que tal celeridade seja feita sem que se perca de vista a garantia da segurança e estabilidade de tais relações.

Em resposta a esta necessidade, uma primeira resposta, dada pelo ordenamento, foi a passagem ocorrida da chamada “Teoria da Vontade” à “Teoria da Declaração” cujo ponto característico e fundamental é vincular o tratamento e a interpretação jurídica das relações aos elementos objetivos, exterior e socialmente reconhecíveis. É assim a tendência a fazer prevalecer aquilo que é socialmente transparente e que seja perceptível aos outros contratantes.²⁴

Derivou-se, com base nesta formulação, do pólo constituído pela vontade subjetiva do que pretende a realização de um determinado interesse, ao pólo daquele que, com base no que foi efetivamente externado, é o destinatário de formas e expressão da linguagem, objetivamente concretizada, e que reage, exatamente, ao que pode, objetiva e razoavelmente, apreender daquela manifestação de vontade declarada.

Com base nesta radical mudança na concepção da autonomia da vontade, já como fruto da evolução do sistema econômico social, pretendeu-se, desde então, que fossem fornecidos os instrumentos que possibilitassem tal facilitação das contratações, fruto e necessidade da própria economia de massas. Assim, contra um dos preceitos da formulação clássica, entendeu-se possível que o contrato fosse validamente formado, vinculando os sujeitos que participam daquela

23. Cf. Gino Ferri, ob. cit., p. 6.

24. Cf. Enzo Roppo, ob. cit., pp. 297 e ss.

relação jurídica, mesmo que, no momento em que se conclui, falte completamente a vontade a uma das partes, ou até exista uma sua vontade contrária.

III O contrato e sua função social

Não pararam, contudo, nas conseqüências derivadas da *Teoria da Declaração*, as idéias e formulações da doutrina, no sentido de acompanhar as necessidades da sociedade contemporânea.

De fato, a importância do contrato, ou melhor, do ato de qualquer de suas formas, é aquela de um fruto direto da liberdade pessoal dos indivíduos, na regência de seus próprios interesses. Trazendo as lições de Caio Mário da Silva Pereira, mostra-se claro que, *“paralelamente à função econômica, aponta-se no contrato uma outra civilizadora em si, e educativa. Aproxima ele os homens e abate as diferenças. Enquanto o indivíduo admitiu a possibilidade de obter o necessário pela violência, não pôde apurar o senso ético, que somente veio a ganhar maior amplitude quando o contrato convenceu das excelências de observar normas de comportamento na consecução do desejado. Dois indivíduos que contratam, mesmo que não se estimem, respeitam-se. E enquanto as cláusulas são guardadas, vivem em harmonia satisfatória, ainda que pessoalmente não se conheçam.”*²⁵

O contrato e a liberdade contratual sempre tiveram tal função, eminentemente social, de afirmação da individualidade de cada um, expressa nas relações que se formam a partir de tal manifestação da vontade. Assim também se coloca a função social do contrato, *“na afirmação de maior individualidade humana. Aquele que contrata projeta na avença algo de sua personalidade. O contratante tem a consciência do seu direito e do direito como concepção abstrata. Por isso, realiza dentro das suas relações privadas um pouco da ordem jurídica total. Como fonte criadora do direito, o contrato assemelha-se à lei, embora de âmbito mais restrito. Os que contratam assumem, por momento, toda a força jurígena social. Percebendo o poder obrigante do contrato, o contraente sente em si o impulso gerador da norma de comportamento social, e efetiva esse impulso.”*²⁶

25. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. III, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 9.

26. Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., p. 10.

Este é, portanto, o fim verdadeiro e claro desta idéia de função social do contrato, como expressão da própria liberdade dos indivíduos, em reger, livremente, seus interesses. Exaure-se, como afirma Gino Gorla, a função social do contrato, “*em manter a ordem e a paz social, obedecendo ao mesmo tempo as particulares exigências de certeza e de justiça entre os particulares.*”²⁷

Reconhecer tal função social do contrato, significa, em suma, reconhecer o aludido vínculo da liberdade individual com a possibilidade de realização de negócios jurídicos.

Contudo, não se cria com tal reconhecimento, como pretenderam alguns, fundamento para a criação de um novo requisito de eficácia do contrato, baseada, como se refere Gorla, numa “*limitação ao referido princípio do consenso, isto é, à sancionabilidade do contrato, um requisito que se distinguiria daquele da licitude do próprio contrato.*” Este requisito, segundo o autor, “*consistiria na função social ou econômico-social que um dado contrato (lícito) deveria ter para merecer sanção jurídica; de outra forma, o contrato, ainda que lícito, seria “indiferente” para o direito. Segundo tal teoria, esta função econômico-social do contrato seria a causa no sentido próprio do contrato, isto é o “quid” que, ao lado da promessa ou do valor da palavra dada, justifica a sanção jurídica: não uma causa ou justificação consistente na exigência de oferecer justiça entre particulares, mas uma justificação que concerne ao interesse público ao reconhecimento de um dado contrato, pela função econômico-social que possui.*”²⁸

Tais exacerbações dos conceitos nada têm de jurídicas ou de consentâneas com o ordenamento, e são rechaçadas, pela melhor doutrina, que concebe a função social do contrato não como critério revolucionário das estruturas, mas, coerente com a própria imagem do contrato, como resultado da liberdade individual.

Por outro lado, a própria idéia da função social do contrato, analisada com a devida ponderação, legitima um razoável grau de dirigismo contratual, incidente, em especial, àqueles modelos vinculados a estruturas padronizadas, que limitam a formulação bilateral das regras, próprias aos contratos de adesão, por exemplo. Assim, a razão está com Bessone, quando constata que, “*se a lei não exige que o contrato seja preparado por uma livre discussão de suas cláusulas e contenta*

27. Gino Gorla, *Il Contratto*, v. 1, 1ª ed., Milão, Giuffrè, 1954, p. 200.

28. Ob. cit., pp. 200 e 203.

com o consentimento livre na sua conclusão, a regulamentação não exclui o contrato, nem altera o seu conceito. Entendemos que, se o contrato é o acordo de vontades que cria, modifica ou extingue relações jurídicas, de natureza patrimonial, sempre que a sua conclusão depender do acordo de vontades, para um dos fins indicados, haverá contrato, ainda que suas condições sejam estabelecidas por regulamento ou hajam sido preparadas unilateralmente por uma das partes, como sucede nos contratos de adesão.”²⁹

IV - O contrato e o “contato social”

Verifica-se, afinal, que o consensualismo, a convergência de duas ou mais vontades - que se apresenta, em maior ou menor escala - como requisito para a formação dos contratos, aparece evidentemente mitigado, em algumas formas contratuais, deixando mesmo de existir em outras hipóteses, onde, se verifica a bilateralidade das obrigações, sem que se verifique, propriamente, a existência de um verdadeiro contrato.

Dentre tais expressões do contato social ou de verdadeiras relações contratuais de fato, Roppo faz menção às seguintes formas:³⁰

a) Os chamados “*Contratos automáticos*” pelos quais é realizada uma oferta ao público, constituída pela presença de máquinas distribuidoras de pequenos bens de consumo, como aquelas de refrigerantes ou de balas, através dos quais o produto é adquirido mediante o depósito de moedas em coletores. Parece, nestes casos, evidente exagero impor a ficção de existência de um consenso eventualmente existente entre o dono da máquina e, por exemplo, um menor, que pudesse fazer abranger tal fenômeno dentre aquelas da convergência de vontades.

b) A “*Contratação estandardizada*” como sendo aquela realizada através do emprego de determinadas condições gerais, módulos e formulários, predispostos antecipadamente, por uma parte, para uma massa homogênea e indiferenciada de contrapartes (contratos de massa), traduzindo-se, tanto nas figuras do contrato-tipo, quanto nas imagens próprias ao contrato de adesão. Nestas, existe contrato, mas tal “declaração contratual se traduz num comportamento socialmente

29. Ob. cit., p. 49.

30. Cf. ob. cit., pp. 301 e ss.

tipificado.” Representam exemplos desta forma de contratação os títulos de crédito, as negociações em Bolsa, os contratos de seguro, etc.

Deste modo, o que se verifica é a inexistência de um formal consensualismo, da convergência de duas declarações de vontade verdadeiras e equivalentes. Contudo, e ainda seguindo o magistério de Roppo, em todas estas hipóteses, a relação contratual nasce e produz seus efeitos, não já sobre a base de declarações de vontade válidas (as quais, em linha de princípio, seriam necessárias para que existisse um contrato), mas sim com base no “contato social” que se estabelece entre as partes dessa mesma declaração, contato social este que poderia ser caracterizado como o *“complexo de circunstâncias e de comportamentos valorados de modo socialmente típico através dos quais se realizam, de fato, operações econômicas e transferências de riqueza entre os sujeitos.”*³¹

Todas estas circunstâncias, na verdade, delimitam situações emergentes na vida contemporânea, em relação às quais, em benefício da praticidade, celeridade e confiança nas relações, prescindiu-se de uma reafirmação mais efetiva da existência de declarações de vontade perfeitas e acabadas, que pudessem levar à sua classificação como verdadeiros contratos, mas que, exatamente pelo sinalagma que apresentam, merecem ter, quanto aos seus efeitos, a mesma interpretação.

V A intervenção estatal e as restrições da autonomia individual

Manifesta-se uma nova perspectiva da intervenção do Poder Público, neste sistema, como necessidade imprescindível para uma ampla gama de situações, quando, pela experiência ou visibilidade do desequilíbrio existente entre as partes contratantes, fica demonstrada, desde logo, que as cláusulas contratuais serão impostas de uma maneira eminentemente unilateral, representando, desde o primeiro momento, a sujeição de uma das partes à outra, no regime das trocas negociais.

Reconhecendo tal possibilidade, o Estado legitimamente interfere, através da imposição de cláusulas obrigatórias ou da fiscalização permanente, no sentido de equilibrar tal situação e, na verdade, garantir às partes melhores condições para o exercício de sua autonomia da vontade.

31 . Enzo Roppo, ob. cit., p. 303.

Tal situação ocorre em várias relações contratuais, nas quais se verifica a interferência do legislador na imposição de limites ao poder de uma das partes. Vários exemplos ocorrem em nosso ordenamento, como daquelas cláusulas obrigatórias que instituem prazos mínimos na locação residencial urbana; as que determinam percentuais mínimos de rendas que devem ser atribuídos ao parceiro outorgado ou arrendatário, nos contratos agrários; as que se referem às garantias de indenização, de férias, horas extras e licenças remuneradas, previstas nos contratos de trabalho; bem como as que regulam os direitos dos consumidores frente aos fornecedores de bens ou de serviços, da forma como, por exemplo, é regulado em nosso *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*.

Em todas estas circunstâncias, mais do que limitar a autonomia da vontade das partes, a função do Estado é, propriamente, garantir condições semelhantes a ambas as partes que contratam para a expressão de sua liberdade contratual, e não apenas a uma delas que, em função de condições de favorecimento estrutural, possam, sem tal limite, fazer impor sua vontade à outra.

VI Conclusão - Os novos papéis do contrato

O que se conclui, portanto, é que, ao lado do modelo clássico do contrato, baseado na expressão da autonomia da vontade das partes contratantes e no equilíbrio existente entre estas mesmas partes, o que se verifica é a existência de novas formas contratuais e de novas relações derivadas da convivência social (que, ainda que não se constituam propriamente em contratos, se aproximam desta classificação, e devem ser como aqueles compreendidos, no tocante à produção de efeitos e na proteção das partes que destas relações participam).

Continua a existir, pois, o contrato tradicional, mas, por imposições do mercado e da necessidade de instrumentos ágeis que possibilitem a circulação da riqueza, legitimam-se, por exemplo, as figuras dos contratos-tipo e dos contratos de adesão, as quais, em verdade, tornam possível a própria contratação em massa, nas dimensões hoje existentes, o que seria mesmo inviável, tendo à vista o apego inafastável às formas tradicionais.

Por outro lado, considerando-se a existência das trocas existentes em sociedade e a ocorrência de transferências de bens e serviços, que se fazem comum e legitimamente entre os indivíduos, sendo instituídos efetivos vínculos sinalagmáticos mas sem que se verifique propriamente a formação de um contrato - baseadas que

são tais trocas apenas e tão-somente num assim denominado “contato social”. É de se admitir, também em nossa sociedade contemporânea, a necessidade do reconhecimento desta realidade pelo sistema, inclusive para garantir a segurança e confiança das partes que assim se relacionam, bem como para fazer valer, dentre outros, o princípio constante de nosso ordenamento que coíbe o enriquecimento sem causa.

Assim, de um lado, entende-se como consequência deste sistema, a necessidade de que seja, de fato, garantida a verdadeira e livre *concorrência*, compreendida esta como a existência de opções às partes que pretendem contratar. Este seria, no nosso modelo atual, o verdadeiro elemento caracterizador e garantidor da manutenção da autonomia da vontade, talvez preponderante, inclusive, em relação àquele da efetiva negociação de cada uma das cláusulas que compõem um contrato.

Além disso, considerando a fluidez e a contínua alteração deste sistema que envolve as trocas negociais, é de se entender a necessidade de complementação do ordenamento com um conjunto de regras que imponham às partes que contratam - ou simplesmente “contatam” - um modo de proceder que garanta às mesmas parâmetros de comportamento, os quais, segundo pretende a sociedade, devam ser genericamente respeitados.

Este é o princípio da boa-fé, que é reconhecido pelo ordenamento tanto através da criação de cláusulas gerais que definam o comportamento esperado das partes, ou que privilegiem a confiança nas relações, ou que imponham a assunção de riscos por alguma das partes que, por sua condição privilegiada, possa melhor carregar determinados ônus, em benefício daquela parte mais débil. O sistema, em verdade, deve estatuir regras com vistas à *“exigência de tutelar a confiança, dando prevalência, pois, aos elementos exteriores, ao significado objetivo e típico do comportamento.”*³²

O contrato, em suma, surge ainda como verdadeiro e próprio instrumento da liberdade de iniciativa econômica, e neste sentido está mais vivo e forte do que nunca.

Ocorre que, em virtude de sua própria evolução, impôs-se o desenvolvimento, além daquele seu modelo clássico e, por assim dizer, “subjetivo” baseado na declaração que exprima a autonomia da vontade das partes que contratam, um outro modelo, fruto das imposições contemporâneas que clamam pela

32. Maria Costanza, ob. cit., p. 10.

objetivação e homogeneização das formas e tipos. Este é, segundo afirma Roppo, “o ‘modelo objetivo’ de contrato - tal como um instrumento funcional necessário a uma economia capitalista, altamente desenvolvida, caracterizada por produções e consumos de massa e, portanto, por um elevado volume das trocas.”³³

Neste sentido, aproxima-se o instituto daquela definição de contrato do Direito Anglo-Americano, simplesmente como o “ato gerador de obrigações.”³⁴

Portanto, o que cumpre reafirmar é a necessidade de que se tenha claramente, como idéia fundamental ligada à noção de contrato, a imagem de sua função realmente precípua, como instrumento da liberdade de iniciativa econômica, da liberdade de agir segundo os ditames do mercado, fazendo circular a riqueza e assim expressando esta forma de expressão da liberdade dos indivíduos.

São Paulo, janeiro de 1996.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILA-REAL, Jesus Alfaro. *Las Condiciones Generales de La Contratacion*. 1ª ed. Madri : Civitas, 1991.
- BESSONE, Darcy. *Do Contrato - Teoria Geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987.
- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. 1ª ed. Coimbra : Almedina, 1984. v. 2.
- COSTANZA, Maria. *Profili Dell'Interpretazione Del Contrato Secondo Buona Fede*. 1ª ed. Milão : Giuffrè, 1989.
- DAVID, René. *Les Contrats en Droit Anglais*. 1ª ed. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973.
- FERRI, Luigi. *L'Autonomia Privata*. 1ª ed. Milão : Dott. A. Giuffrè, 1959.
- GILMORE, Grant. *La Morte Del Contrato*, tradução de Andrea Fusaro. 1ª ed. Milão : Giuffrè, 1988.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 12ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
- GORLA, Gino. *Il Contrato*. 1ª ed. Milão : Giuffrè, 1954. v. 1.

33. Ob. cit., p. 310.

34. René David, *Les Contrats en Droit Anglais*; 1ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973, p. 64.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1992. v. 3.
- RANOUIL, Véronique. *L'Autonomie De La Volontè*. 1ª ed. Paris : Presses Universitaires de France, 1980.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. 1ª ed. Coimbra : Almedina, 1988.

LO INDIVIDUAL Y LO COLECTIVO EN LA REALIDAD BRASILEÑA

Carlos Alberto Bittar Filho

Procurador do Estado de São Paulo

Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP

Resumo:

O Brasil atual, em suas profundas modificações sociais e jurídicas, está-se movendo rumo à predominância do coletivo sobre o individual, o que não significa que tal mudança esteja sendo pacífica. Pelo contrário, o que se vê é a forte resistência do individual, que tenta deter a marcha das conquistas de caráter coletivo. Mas, apesar da luta que há atualmente entre as duas tendências antagônicas e da típica lentidão das mudanças sociais e jurídicas, o individual, cada vez mais distante da realidade brasileira, será fatalmente vencido pelo coletivo, símbolo máximo de uma nova era.

Abstract:

Nowadays, Brazil has been faced with deep social and legal changes that will cause the predominance of collectivism over individualism, which does not mean that such a process has occurred in a pacific way. On the contrary, what is noticed is the strong resistance of individualism, which tries to avoid collectivism from progressing. However, in spite of the real fight going on these days between such opposite trends and the typical slowness of social and legal changes, individualism, more and more distant from Brazilian reality, will undoubtedly be overcome by collectivism, the major symbol of the new era.

Unitermos: Carácter coletivo, carácter individual.

Haciéndose una comparación entre el Brasil del final del siglo XIX y el Brasil del final del siglo XX, se llega fácilmente a la conclusión de que el país ha sido caracterizado por profundas modificaciones en muchos aspectos -- antes económicamente apoyado en la agricultura de exportación y socialmente basado en el patriarcalismo, es actualmente industrializado, democratizado y urbano. Todas las transformaciones por las cuales ha pasado el país reflejan la constante evolución habida en la sociedad brasileña, que está hoy superando, de manera definitiva, rasgos adquiridos en los cuatro primeros siglos de su historia.

Hay que afirmar que tal evolución ha sido extremadamente compleja; **sin embargo, es posible defender la tesis de que el pueblo brasileño, en su desarrollo, tiende más y más hacia lo colectivo, quedándose lejos, por tanto, de lo individual.** Eso significa que los brasileños están adquiriendo una siempre más fuerte conciencia colectiva, presupuesto fundamental para la consolidación de la nacionalidad y para la superación de los problemas de carácter general. Además, es visible la influencia de lo colectivo en el campo del derecho, por medio de importantísimas leyes sobre la protección, por ejemplo, del ambiente, del consumidor, del paisaje y del patrimonio histórico, estético y turístico.

Lo individual, herencia de los portugueses, siempre estuvo presente en la sociedad brasileña; fue uno de sus más importantes rasgos, representando y resumiendo toda la tradición de Brasil, conforme lo que expone Sérgio Buarque de Holanda:

*"Os privilégios hereditários, que, a bem dizer, jamais tiveram influência muito decisiva nos países de estirpe ibérica, pelo menos tão decisiva e intensa como nas terras onde criou fundas raízes o feudalismo, não precisaram ser abolidos neles para que se firmasse o princípio das competições individuais. À frouxidão da estrutura social, à falta de hierarquia organizada devem-se alguns dos episódios mais singulares da história das nações hispânicas, incluindo-se nelas Portugal e o Brasil. Os elementos anárquicos sempre frutificaram aqui facilmente, com a cumplicidade ou a indolência displicente das instituições e costumes. As iniciativas, mesmo quando se quiseram construtivas, foram continuamente no sentido de separar os homens, não de os unir. Os decretos dos governos nasceram em primeiro lugar da necessidade de se conterem e de se refrearem as paixões particulares momentâneas, só raras vezes da pretensão de se associarem permanentemente as forças ativas."*¹

1. *Raízes do Brasil*, Río, José Olympio, 1988, p. 5.

La tradición individualista portuguesa pudo crecer y fructificar en nuestro suelo por causa del hecho de que toda la estructura social, política y económica colonial dependía directamente del latifundio, es decir, de los terratenientes de la zona rural.² Sobre eso, escribió con precisión Oliveira Vianna:

"Essa sociedade em formação, dispersa, incoerente, revôlta, gira realmente em tórno do domínio rural. O domínio rural é o centro de gravitação do mundo colonial. Na disseminação geral da população, lembra um pequeno núcleo solar com as suas leis e a sua autonomia organizada. Dele é que parte a determinação dos valores sociais. Nele é que se traçam as esferas de influência. Da sociedade colonial -- abstraídos os aparelhos administrativos, que se lhe ajustam, estranhos e inassimiláveis -- resta apenas, como elemento celular, o domínio rural. Sôbre êle a figura do senhor de engenhos se alteia, prestigiosa, dominante, fascinadora.

2. La sociedad brasileña fue formada en el campo, de manera que la ciudad era solamente un apéndice de él (véase, sobre el asunto, Oliveira Vianna, *Evolução do Povo Brasileiro*, Río, José Olympio, 1956, p. 107 y 108). Eso es comprobado totalmente por Auguste De Saint-Hilaire, que estuvo en la provincia de San Pablo ya en el siglo XIX:

"... já é sabido que, entre o rio Grande e São Paulo, atravessei as localidades denominadas -- Franca, Casa Branca, Mogi-Guaçu, Mogi-Mirim, São Carlos e Jundiá; o que até Mogi, mais ou menos, num espaço de 50 a 55 léguas, os campos são pouco habitados, quase sem culturas, sendo que os habitantes, estabelecidos de distância em distância, às margens da estrada, são geralmente homens rudes, ignorantes e estúpidos." *Viagem à Província de São Paulo*, trad., San Pablo, Livraria Martins, 1945, p. 111 y 112.

"Os habitantes de Mogi são, em sua maior parte, agricultores, que só vêm à cidade aos domingos." *Ibidem*, p. 143.

"A maior parte dos habitantes dos arredores de Campinas era constituída por agricultores" *Ibidem*, p. 149.

"A vila de Jundiá é pouco extensa ... Os habitantes de Jundiá são, em sua maioria, agricultores, que só vêm à vila aos domingos. Permaneci todo um dia útil nessa localidade -- as casas estavam todas fechadas. A esse sucedeu um dia de festa religiosa -- todas se abriram e as ruas se encheram de gente. Ibidem, p. 154.

"Em Itu, de fato, como acontece em muitíssimas vilas e pequenas cidades de Goiás e de Minas Gerais: grande número de casas pertencentes a senhores de engenhos de açúcar, os quais só vêm à cidade aos domingos, a fim de ouvir missa, não se podendo mesmo, em rigor, computá-los como elementos constituintes da população." *Ibidem*, p. 232.

"A maior parte das casas de Pôrto Feliz pertencem a agricultores, e nessa localidade só vi um pequeno número de lojas e vendas. Ibidem, p. 244.

"Quase todos os agricultores, os habitantes de Itapetininga só ali aparecem aos domingos, o que explica porque, quando a essa localidade cheguei, encontrei-a quase deserta." *Ibidem*, p. 273.

Nenhuma desprende de si, em tórno, para as outras classes, fluidos mais intensos de sedução magnética e ascendência moral."³

El latifundio fue el producto de las condiciones peculiares de las tierras brasileñas, que no permitieron el desarrollo inicial de pequeñas propiedades:

"Tudo era aquí desequilíbrio. Grandes excessos e grandes deficiências, as da nova terra. O solo, excetuadas as manchas de terra preta ou roxa, de excepcional fertilidade, estava longe de ser o bom de se plantar nele tudo o que se quisesse, do entusiasmo do primeiro cronista. Em grande parte rebelde à disciplina agrícola. Áspero, intratável, impermeável. Os rios, outros inimigos da regularidade do esforço agrícola e da estabilidade da vida de família. Enchentes mortíferas e secas esterilizantes -- tal o regime de suas águas. E pelas terras e matagais de tão difícil cultura como pelos rios quase impossíveis de ser aproveitados economicamente na lavoura, na indústria ou no transporte regular de produtos agrícolas -- viveiros de larvas, multidões de insetos e de vermes nocivos ao homem.

(...)

O português vinha encontrar na América tropical uma terra de vida aparentemente fácil; na verdade difícil para quem quisesse aqui organizar qualquer forma permanente ou adiantada de economia e de sociedade. Se é certo que nos países de clima quente o homem pode viver sem esforço da abundância de produtos espontâneos, convém, por outro lado, não esquecer que igualmente exuberantes são, nesses países,

3. *Populações Meridionais do Brasil*, Rio, José Olympio, 1952, vol. I, p. 85. Según el mismo escritor: "o grande domínio agrícola se erige, na sociedade vicentista, como a causa e o fundamento do poder social. Nele descansa o seu prestígio a nobreza da terra. É o único vieiro da fortuna. É a condição principal da autoridade e do mando." *Ibidem*, p. 88.

as formas perniciosas de vida vegetal e animal, inimigas de toda cultura agrícola organizada e de todo trabalho sistemático e regular."⁴

Además de haber sido rural y basada en el latifundio, la organización colonial brasileña tuvo también dos características que no pueden ser olvidadas: la dispersión poblacional y la deficiencia de los medios de transporte y comunicación.

Respecto a la primera característica, se puede decir que fue una consecuencia lógica del régimen de distribución de tierras, conforme la opinión de Oliveira Vianna:

*"... eram as terras agricultáveis distribuídas em 'sesmarias', cuja grandeza orçava, em regra, três léguas em quadra -- e daí para cima."*⁵

En relación con la deficiencia de los medios de transporte y comunicación, escribió el mismo gran maestro:

"No centro-sul -- onde o rebanho equino sempre foi relativamente escasso -- o cavalo, justamente pelo fato da sua raridade, é um sinal de distinção e fortuna: o baixo povo rural não o possui. O pequeno sitiante, que adquire um 'piquira' marchador ou mesmo uma égua passista, ascende socialmente aos olhos dos seus companheiros de peonagem: está 'remediado'. Caminha talvez para a classe superior dos fazendeiros. Tão raro é entre eles o cavalo.

Esta raridade do cavalo e a conseqüente limitação do seu uso à classe superior ou média influem, entre as

4. Gilberto Freyre, *Casa-Grande e Senzala*, Río, José Olympio, 1954, vol. I, p. 112 y 113. Interesantes son también las observaciones de Oliveira Vianna:

"É que o lucro não é o único incentivo às explorações agrícolas nessa época. O que se procura antes de tudo é a situação social que da posse de um latifúndio decorre, as regalias que dele prevêm, a força, o prestígio, a respeitabilidade. Defrontada por uma burocracia limitada e obscura e um comercio mal cotado e rudimentar, a alta classe colonial volta-se naturalmente para a lavragem das terras. Outro campo mais condigno não se abre à sua atividade." Populações Meridionais..., cit., vol. I, p. 88.

5. *Instituições Políticas Brasileiras*, Río, José Olympio, 1955, vol. I, p. 140.

populações do centro-sul, poderosamente sôbre a extensão dos círculos da vicinagem: estes círculos, ali são incomparavelmente mais amplos na classe superior e média do que o das classes inferiores, que não possuem e não podem utilizar-se do cavalo.

Os círculos da vicinagem são determinados pela extensão máxima que a um indivíduo, peão ou cavaleiro, é dado atingir, de modo que possa estar, sem esforço e sem fadiga, de volta ainda com dia à sua casa de vivenda. Como no centro-sul o baixo povo dos campos não possui cavalo, o seu círculo de vicinagem é restritíssimo -- e não vai além de 4 ou 5 quilômetros de raio. Os fazendeiros, os negociantes dos vilarejos, os sitiantes 'remediados', estes podem, com o cavalo, dilatar este raio para mais de 2, 3 ou 4 léguas em derredor. Fora deste limite máximo, em nossas regiões do centro-sul e do norte, desaparece o sentimento do grupo vicinal."⁶

Caracterizado por la dispersión y por la rarefacción, o sea, por el aislamiento de la población, el ambiente colonial permitió la perpetuación del espíritu individualista en Brasil, como bien resume Oliveira Vianna:

"Esta a estruturação ecológica, sob a qual evoluiu a nossa população colonial. Caracterizada pela rarefação e adelgaçamento da massa povoadora, pela dispersão dos moradores por uma base territorial imensa e inculta, apenas percorrida calcante pede pelo povo-massa e carecente quase em absoluto de comunicações espirituais, tinha que acabar, como acabou, por enformar o homem, criando-lhe um tipo humano adequado a essa disposição dispersiva, individualista e atomística. E criou o homo colonialis, amante da solidão e do deserto, rústico e anti-urbano, fragueiro e

6. *Populações Meridionais...*, cit., vol. II, p. 320 y 321.

dendrófilo, que evita a cidade e tem o gôsto do campo e da floresta. Homem de que a expressão mais acabada e representativa é o paulista do bandeirismo -- telúrico, eruptivo, abrupto, tal como as rochas de gneiss e manganez do seu habitat formador."^{7 8}

Siendo el derecho un típico producto cultural de la sociedad, en Brasil él absorbió la fuerte tradición individualista, lo que puede ser comprobado a través de expresivos ejemplos.

El Código Civil brasileño es una ley típicamente individualista:

"Como dissemos, o CC apresentou-se como um diploma do seu tempo. I.e., um ordenamento para a época razoavelmente atualizado, informado que foi pelas luzes dos nossos melhores doutrinadores, cujo talento em nada desmerecia o padrão científico universal.

Sucedee, porém, que o seu tempo foi exatamente um tempo de transição do direito individualista para o direito de cunho social, conforme os padrões da célebre Constituição de Weimar, de 1919."⁹

7. *Instituições Políticas...*, cit., vol. I, p. 145. Véase también, del mismo autor, *Evolução...*, cit., p. 228 y siguientes.

8. Excepción en el pueblo brasileño fue el habitante de la región del extremo sur, cuya formación, en gran parte, determinada por el militarismo y por la guerra, garantizó allí la existencia de lo colectivo:

"... o ciclo das guerras platinas exerceu sôbre a aristocracia militar do extremo-sul uma ação poderosamente diferenciadora, criando-lhe uma psicologia ou mentalidade específica, que se distingue inteiramente da psicologia ou mentalidade das outras duas aristocracias regionais -- a das matas do centro-sul e a dos sertões nordestinos. Nos gaúchos, como vimos, os característicos dominantes da sua mentalidade regional são: o sentimento vivaz do interêsse social, primeiro; depois, a idéia clara e fecunda do poder público como órgão supremo de realização deste interêsse e como fator indispensável à própria existência coletiva." Oliveira Vianna, *Populações Meridionais...*, cit., vol. II, p. 257.

9. R. Limongi França, Código Civil (Histórico), in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, San Pablo, Saraiva, 1977, vol. 15, p. 393.

Dicho Código no representó una rotura en la tradición jurídica nuestra,¹⁰ lo que nos lleva a la conclusión de que el derecho privado en Brasil siempre tuvo un carácter individualista.

Lo individual también era visible en las instituciones del derecho público consuetudinario brasileño:

"-- Há uma outra instituição também principal, porque de grande 'repercussão' na nossa vida pública -- e por múltiplas manifestações. É a solidariedade da família senhorial (o clã parental). Embora, originariamente, uma instituição privada, teve, e tem, muitos reflexos e influências sobre a nossa estrutura política. No curso da nossa história, vem-se transformando sensivelmente; mas, a sua floração e generalização mais intensa deu-se, principalmente, no período colonial, nos seus primeiros séculos, todos eles trepidantes e cheios de espírito e dos feitos dessa solidariedade parental.

No Império, constituiu-se esta solidariedade como base de prestígio dos clãs eleitorais, consolidando o domínio político e partidário de determinadas famílias sobre municípios e regiões inteiras."¹¹

*"Os partidos locais, como se vê, surgiam por méros motivos pessoais: -- eram sempre as ambições, as vaidades e as preocupações de prestígio de família que decidiam da formação destas agremiações. Todos eles tinham um objetivo único: -- **procurar para si o apoio do Governador**. Êste era o centro de fôrça na Província e, conseqüentemente, nas localidades..."¹²*

"Êstes interêsses coletivos -- bem o provamos -- nunca tiveram, no ganglionarismo da nossa estrutura

10. Oliveira Vianna, *Instituições...*, cit., vol. II, p. 522 y 523.

11. *Idem, ibidem*, vol. I, p. 212. Véase también el mismo autor in *Populações...*, cit., p. 244.

12. *Idem, Instituições...*, cit., vol. I, p. 310.

colonial, ocasião de formar-se: -- e o princípio agremiativo, que levou êstes clãs a se unirem em agrupamentos chamados 'partidos', foi o puro interêsse pessoal dos chefes de clãs, objetivado e resumido exclusivamente na conquista do poder municipal. Poder que era disputado, -- não para que realizassem qualquer interêsse geral e público das localidades (municípios); mas, apenas como meio de prestígio, de orgulho, de realce pessoal -- ou de defesa contra os adversários locais."¹³

" (...) O tipo do 'Presidente-soldado de partido' não digo que seja criação nossa; mas, é próprio dos povos, como o nosso, dominados pela 'política alimentar' e pela 'política de clã', em que o Estado ou a Administração é, antes, meio de vida a serviço dos amigos."¹⁴

Durante el ciclo del caucho (1870 1910), en la región amazónica, lo individual estuvo visiblemente presente en los llamados "reglamentos de los cauchales" sobre los cuales escribió Euclides da Cunha:

" (...) Os 'Regulamentos dos seringaes são a este propozito dolorosamente expressivos. Lendo-os, vê-se o renacer de um feudalismo acalcanhado e bronco. O patrão inflexível decreta, num emperramento gramatical estupendo, couzas assombrosas.

Por exemplo: a pezada multa de 100\$000 comina-se a estes crimes abominaveis: a) 'fazer na arvore um córte inferior ao gume do machado'; b) 'levantar o tampo da madeira na ocasião de ser cortada'; c) 'sangrar com machadinhas de cabo maior de quatro palmos' Além disto o trabalhador só póde comprar no armazem do barracão, 'não podendo comprar a qualquer outro, sob

13. *Idem, ibidem*, p. 331.

14. *Idem, ibidem*, vol. II, p. 598 y 599.

*pena de passar pela multa de 50% sobre a importancia comprada.*¹⁵

Pero, como escribió José de Alencar, "tudo passa sobre a terra"¹⁶ Lo individual no podría haber seguido siendo la fuerza dominante en Brasil. Y la demostración de que una nueva realidad conquistaría el universo social y jurídico brasileño ocurrió en 1883, ya en el final del régimen monárquico:

*"El hecho de que se descuidó el aspecto humano del problema para realizar el económico lo demuestra la tentativa de los estadistas del imperio para llevar coolies chinos a las plantaciones brasileñas: sustituirían a los esclavos negros. Esta nueva forma de la esclavitud se hubiera introducido en la América portuguesa si en 1883, cuando el asunto se examinó tan seriamente que vino a Brasil un tal Tong Kin Sing para discutir los detalles, no se hubiera alzado el sentimiento público en Río y en otras ciudades contra los grandes plantadores, cuyos mezquinos hábitos feudales y cuyos intereses económicos les impedían ver los intereses más amplios del público y de la nación. El año de 1883 debe considerarse como histórico en la lucha por la democratización económica de Brasil porque los intereses feudales de los plantadores de café brasileños perdieron una de sus batallas más importantes para la conservación de un sistema que había sido creado en los comienzos de la agricultura y la sociedad brasileñas, pero que llegó a ser completamente parásito y malsano al desarrollarse nuevas necesidades y nuevas condiciones de vida."*¹⁷

15. *À Margem da História*, Porto, 1913, p. 31.

16. *Iracema*, San Pablo, Ática, 1990, p. 87.

17. Gilberto Freyre, *Interpretación del Brasil*, trad., México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 126 y 127.

La lectura de este texto de Gilberto Freyre muestra claramente dos hechos de fundamental importancia para la exacta comprensión de las transformaciones por las que pasó y está pasando Brasil: la consolidación del lenguaje urbano y su predominancia sobre el lenguaje rural. Tales hechos son consecuencias de un lento proceso evolutivo cuyas raíces se encuentran aún en el siglo XVIII, según la profunda encuesta científica del mismo sociólogo:

"O periodo antes sociológico que cronológico de formação social do Brasil que procuramos estudar nestas páginas, alongando o esforço de análise e de interpretação empreendido em ensaio já publicado," -- el autor se refiere al período que abarca el siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX -- "por um lado continuou um periodo de integração: durante ele é que se consolidou a sociedade brasileira, em torno de um Governo mais forte, de uma Justiça mais livre da pressão dos individuos poderosos, de uma Igreja que começou a falar mais alto e forte do que outrora pela voz dos seus bispos, até clamar, pela de Dom Vital, contra os excessos do proprio Governo de Sua Majestade e não apenas contra os de Irmandades e Confrarias: expressão do poder dos ricos, dos letrados, dos proprios mecânicos.

Por outro, foi um periodo de diferenciação profunda -- menos patriarcalismo, menos absorção do filho pelo pai, da mulher pelo homem, do individuo pela familia, da familia pelo chefe, do escravo pelo proprietario; e mais individualismo -- da mulher, do menino, do negro - ao mesmo tempo que mais prostituição, mais miseria, mais doença. Mais velhice desamparada. Periodo de transição. O patriarcalismo urbanizou-se.

Mauá e os ingleses modernizariam a técnica de transporte. Os serviços urbanos se aperfeiçoariam e com eles -- iluminação, calçamento, e, por fim, saneamento -- os estilos de vida nas cidades. A vida ficaria mais livre

da rotina doméstica. A rua -- outrora só de negros, mascates, muleques -- se aristocratizaria.

Dentro das cidades, fábricas fabricando o sabão, a vela, o pano que outrora só se fabricavam em casa, nos engenhos, vagarosa e patriarcalmente. Estrangeiros de procedencias e ofícios diversos -- marceneiros, cabeleireiros, químicos, funileiros, ferreiros, modistas, fabricantes de queijo -- estabelecendo-se com oficinas, fundições, lojas. As senhoras mais chiques penteando-se não mais à portuguesa, ou quase à oriental, mas à francesa, indo ao teatro ouvir óperas cantadas por italianas a quem os estudantes ofereciam bouquets, faziam discursos, dedicavam sonetos. Os meninos educando-se em colegios -- alguns de estrangeiros -- e em academias; e não apenas em casa, com o tio-padre ou o capelão. Nem simplesmente nas escolas de padres.

Periodo de equilibrio entre as duas tendencias -- a coletivista e a individualista --, nele se acentuaram alguns dos traços mais simpáticos da fisionomia moral do brasileiro. O talento político de contemporização. O jurídico, de harmonização. A capacidade de imitar o estrangeiro e de assimilar-lhe os traços de cultura mais finos e não apenas os superficiais. De modo geral, o brasileiro típico perdeu asperezas paulistas e pernambucanas para abaianar-se em político, em homem de cidade e até em cortesão.¹⁸

La urbanización, por consiguiente, ha sido un factor decisivo para la creación de una mentalidad diversa de la tradicional, o sea, ha participado, de manera excepcionalmente importante, de la generación de lo colectivo en Brasil; en efecto, en la ciudad se ha rompido la estructura rígida y patriarcal de la sociedad brasileña, en virtud de la exposición suya a la influencia de la cultura extranjera y de

18. *Sobrados e Mucambos*, Río, José Olympio, 1951, vol. I, p. 144 y 145.

la predominancia de las relaciones humanas secundarias, de carácter contractual, sobre las primarias, de carácter familiar.¹⁹

Otro factor de extraordinario relieve para el desarrollo de lo colectivo en Brasil ha sido la expansión de los medios de transporte y comunicación. Para ello, fue decisiva la implantación del régimen republicano en 1889, que trajo una filosofía de modernidad al país y generó condiciones materiales de ejecución de los proyectos de desarrollo de los transportes y de las comunicaciones:

*"Hasta que se hubo establecido la república, no empezaron a desarrollarse en Brasil una serie de atrevidos proyectos para la construcción de puertos y muelles, obras hidráulicas, planes de saneamiento, pavimentación de ciudades, drenaje y embellecimiento, conjuntamente con planes para conseguir una organización comercial más eficaz de la producción de café. Brasil se enamoró del progreso material. Y en la mayoría de esos planes puede descubrirse la impaciencia dinámica de los brasileños nacidos para la vida pública con la república de 1889: su impaciencia por hacer de Brasil un país moderno, progresista, diferente de Portugal, diferente de su estructura colonial o monárquica."*²⁰

"Realmente, o período republicano caracteriza-se, principalmente, pelo rápido desenvolvimento dos meios de comunicação material e espiritual. Se, no ponto de

19. Sobre el proceso de modificación de la familia, escribió Carlos Alberto Bittar:

"Com a Revolução Industrial, na segunda metade do século XIX, o trabalho da mulher em fábricas e, posteriormente, em outras atividades econômicas deflagrou o processo crescente de desagregação familiar, acelerado com o êxodo rural que se lhe seguiu. A Revolução Tecnológica de nosso século, os movimentos de igualização da mulher e, mais recentemente, a denominada Revolução etária, com a liberação dos jovens, acabaram por conferir à idéia de família a sua visão atual, de caráter nuclear, restrita a certo número de pessoas.

Assim, a família de nossos dias é integrada apenas pelas pessoas que, com os pais, formam o grupo submetido à comunhão de vida, de domicílio e de patrimônio (pais e filhos não casados), em especial nos grandes centros urbanos." Novos Rumos do Direito de Família, in *O Direito de Família e a Constituição de 1988*, San Pablo, Saraiva, 1989, p. 3.

20. Gilberto Freyre, *Interpretación...*, cit., p. 120.

*vista da estabilidade política e das garantias do cidadão, o Império não receia um confronto com a República, esta não pode temer com o Império um cotejo no tocante ao problema da circulação. Êste é atacado com grande vigor, tanto quanto tem sido possível, pelos dirigentes republicanos.*²¹

La importancia de los medios de transporte y comunicación no está solamente en el hecho de que ellos disminuyen la dispersión poblacional, sino también en el hecho de que son vehículos de irradiación de la filosofía urbana, esencialmente colectiva, y de la cultura extranjera (principalmente de la cultura europea y norteamericana).

El aumento poblacional es otro fenómeno que ha contribuido mucho para el desarrollo de lo colectivo en Brasil, como explica Oliveira Vianna:

"Nós temos uma população extremamente disseminada. O processo de povoamento inicial por meio de sesmarias, vastas superfícies de várias léguas de extensão, condenava-nos a esta dispersão: temos sido até agora um povo de latifundiários. Cada latifúndio, seja um núcleo pastoril, seja um centro agrícola, é um pequeno organismo social mais ou menos independente, separado dos outros por muitas léguas de distância.

Entre êsses nódulos sociais, que se difundem por todo o nosso interior, há, assim, enormes intervalos despovoados, verdadeiros trechos de deserto -- o que embaraça profundamente a regularidade da circulação geral.

21. Oliveira Vianna, *Evolução...*, cit., p. 296. Y prosigue el gran maestro:

"Geograficamente mal distribuída e insuficiente, a nossa rêde ferroviária, na sua expansão nestes três decênios republicanos, denuncia, entretanto, um pensamento superior, não tanto de circulação pròpriamente dita, como de articulação das diversas regiões do país. No seu rápido esgalhar para o norte e para o sul, na sua inflexível projeção para o âmago dos nossos sertões, sente-se que a idéia que a anima é, antes de tudo, a de prender nos seus tentáculos de aço as diversas porções dissociadas da nacionalidade. O pensamento da sua expansão é, pois, menos econômica do que política." Ibidem, p. 302.

Êsses trechos de deserto só poderão ser eliminados pela colonização: ou espontânea -- devido ao aumento natural da população; ou oficial -- pela fundação de núcleos coloniais.

*Ora, essa redução dos nossos espaços desérticos se está operando surda, mas eficazmente: o aumento da população nacional e o aumento do nosso coeficiente de densidade demográfica o demonstram.*²²

No puede ser olvidada la fuerza del fenómeno de industrialización, que cambió completamente la organización económica del país. Unido a la urbanización, tal fenómeno rompió el monopolio de la actividad agrícola de exportación y permitió el nacimiento de nuevas clases sociales. Un buen resumen de la industrialización brasileña fue hecho por Hamilton de Mattos Monteiro:

"Ao longo de todo o século XIX e mesmo por boa parte do século XX, expande-se a industrialização do Brasil.

No princípio, os interesses agrários não permitem que se adote uma política ostensivamente protecionista, com tarifas suficientemente elevadas para o desenvolvimento de uma indústria autônoma. O que se vê é a instalação de fábricas cujos artigos não sofrem a concorrência de produção estrangeira e que se beneficiam de um mercado consumidor restrito.

Todavia, à medida que os países industrializados vão qualitativamente reorientando sua produção, abre-se a possibilidade de expandir uma indústria nacional que se dedique à fabricação daqueles artigos "desprezados", ou cujo valor fosse pequeno e, portanto, de pouco interesse para o produtor estrangeiro. Foi o caso da fabricação de tecidos de algodão, da sacaria para embalagem de café, etc. Além do mais, o país vai pouco a pouco dispor de matérias-primas abundantes a

22. *Evolução...*, cit., p. 304 y 305.

preço baixo e de capitais oriundos da exportação de produtos agrícolas, notadamente o café, que precisavam ser reinvestidos.

Na primeira metade do século XX, conjugam-se fatores excepcionais para o processo: capital, mão-de-obra, mercado relativamente concentrado, matéria-prima disponível e barata, capacidade geradora de energia e um sistema de transportes ligado aos portos. Esta concentração de fatores tem no Sudeste -- São Paulo sobretudo -- sua melhor conjugação e, na medida em que cresce e melhor se integra, a região vai receber os maiores investimentos, liderando a corrida industrial frente às demais regiões do país."²³

Como se puede ver, la industrialización, la urbanización y la diversificación económica no más permiten la afirmación de que en Brasil el progreso es "gitano".²⁴

El gobierno de Getúlio Vargas también participó del proceso de fortalecimiento de lo colectivo, porque ha enflaquecido el sistema de dominación política de las oligarquías y ha desarrollado la industrialización del país.²⁵

Hay que mencionar la importante presencia, en las ciudades, de las clases medias, sobre las cuales escribió Francisco Carlos Teixeira da Silva:

"Tais transformações alteram, por fim, profundamente, a repartição da economia brasileira, conforme o esquema de Colin Clark: fenômeno evidenciado na análise do setor terciário, ampliado através da maior intervenção do Estado na economia e pelo desenvolvimento do setor administrativo das

23. O Aprofundamento do Regionalismo e a Crise do Modelo Liberal, in *História Geral do Brasil*, Río, Campus, 1990, p. 223. Sobre la formación de la clase proletaria en Río de Janeiro, véase, en nuestra literatura, Aluísio Azevedo, in *O Cortiço*.

24. La expresión "progreso de cigano" (progreso de gitano), de Monteiro Lobato (in *Cidades Mortas*, San Pablo, Brasiliense, 1955, p. 3), no es más aplicable a nuestra realidad.

25. Sobre el gobierno de Getúlio Vargas, véase Sônia Regina de Mendonça, Estado e Sociedade: a Consolidação da República Oligárquica, in *História Geral...*, cit., p. 237 usque 242.

empresas, do setor bancário e pela área de saúde e educação, que compensaria a sangria sofrida pela diminuição da pequena-burguesia urbana (artesãos e pequenos patrões).²⁶

Las pruebas de que lo colectivo está más y más fuerte en la sociedad brasileña pueden ser obtenidas en la observación de recientes y expresivas manifestaciones populares, como, por ejemplo, el *impeachment* del presidente Collor, el movimiento de los llamados *caras-pintadas* y el movimiento por la moralización política.

En el campo jurídico, la influencia de lo colectivo es progresiva y siempre más característica. Algunos ejemplos son muy significativos: la Ley Federal 6.938, de 31 de agosto de 1981, que contiene reglas sobre la "política nacional del medio ambiente"; la Ley Federal 7.347, de 24 de julio de 1985, sobre la "acción civil pública", que protege al consumidor y los bienes de valor estético, histórico, turístico y paisajístico; la Ley Federal 8.078, de 11 de septiembre de 1990, que regula las relaciones de consumo; la Constitución Federal, de 5 de octubre de 1988, que dispone sobre los derechos colectivos y sociales, la función social de la propiedad, el sistema nacional de seguridad social, la educación, la cultura, los medios de comunicación y el medio ambiente;²⁷ la Ley Federal 8.069, de 13 de julio de 1990, sobre la protección de los niños y de los adolescentes; la Ley Federal 4.717, de 29 de junio de 1965, sobre la "acción popular"; la Ley Federal 4.504, de 30 de noviembre de 1964, que es aplicable a las relaciones jurídicas agrarias, prohibiendo, por ejemplo, la obligación contractual de adquisición, por el trabajador, de bienes en el almacén del tierrateniente (art. 93, V).

En conclusión, se puede decir que el Brasil actual, en sus profundas modificaciones sociales y jurídicas, se está moviendo hacia la predominancia de lo colectivo sobre lo individual, lo que no significa que tal cambio esté siendo pacífico. Por el contrario, lo que se ve es la fuerte resistencia de lo individual, que intenta detener la marcha de las conquistas de carácter colectivo.²⁸ Pero, a pesar de la lucha

26. A Modernização Autoritária: do Golpe Militar à Redemocratização 1964/1984, in *História Geral*, cit., p. 275.

27. La Constitución de 1988 representó un paso decisivo para la consolidación del régimen democrático en Brasil; en virtud de ella, el país tiene hoy aproximadamente 100 millones de electores.

28. Un ejemplo muy significativo de la resistencia de lo individual es el problema crónico de la concentración de tierras, lo que puede ser constatado en Francisco Carlos Teixeira da Silva:

que hay actualmente entre las dos tendencias antagónicas y de la típica lentitud de los cambios sociales y jurídicos, lo individual, cada vez más lejos de la realidad brasileña, será fatalmente vencido por lo colectivo, símbolo máximo de una nueva era.

São Paulo, março de 1996.

"O Censo de 1960 fornece um amplo material para a análise da questão agrária no Brasil, destacando-se, desde logo, o fato de que, dos 8.510.000 km², apenas 31% encontravam-se ocupados e, nem sempre, de forma efetiva, com 3.350.000 propriedades, divididas em três grandes tipos básicos:

1) pequenas propriedades (menos de 100 hectares) ...

2) as médias propriedades (as fazendas comerciais) ...

3) o latifúndio: com mais de 1.000 hectares de área, variando, entretanto, de região para região, representando 0,9% das propriedades, ocupando, porém, 47,3% do total das terras, tendo em cultivo apenas 2,3% desta área, contribuindo apenas com 11,5% da produção e ocupando 7% da mão-de-obra rural ativa. A maior parte dos latifúndios encontrava-se improdutiva, com pastos naturais -- chegando a ocupar 60% das pastagens, embora respondendo com apenas 36,6% do rebanho bovino -- ou arrendando terras a terceiros, como nas áreas de triticultura e rizicultura no sul do país ou de algodão e amendoim em São Paulo." (A Modernização Autoritária..., in História Geral..., cit., p. 282 y 283).

DIREITO DO ESTADO

O ESTADO FEDERADO BRASILEIRO, AS RELAÇÕES ENTRE OS PODERES, O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR E AS REGIÕES METROPOLITANAS

*Eunice Aparecida de Jesus Prudente**

Assistente do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da USP

*Paulo José Villela Lomar***

Mestrando da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica

Resumo:

Análise da organização metropolitana na Constituição Federal Brasileira de 1988 e na Constituição Estadual de São Paulo de 1989. Estudo Comparativo das Leis Complementares instituidoras das regiões metropolitanas nos Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Pernambuco e São Paulo. Comentários à Lei Complementar n. 760, de 1º de agosto de 1994.

Abstract:

Analysis metropolitan areas organization in the 1988 Brazilian Federal Constitution and the 1989 São Paulo Constitution. Comparative study of the Law which established metropolitan areas in the following states: Rio de Janeiro, Minas Gerais, Pernambuco and São Paulo. Comments about the São Paulo State Law n. 760, dated August 1st., 1994.

Unitermos: Constituição Federal de 1988; Constituição Estadual de São Paulo de 1989.

* Advogada da Empresa Metropolitana de Planejamento da Grande São Paulo S.A. - Emplasa.

** Chefe da Assessoria Jurídica para Assuntos Institucionais da Empresa Metropolitana de Planejamento da Grande São Paulo S.A. - Emplasa.

I - A Gestão Metropolitana Compartilhada

1. Fundamentos Constitucionais Nacionais

A nova ordem constitucional vigente foi, pela primeira vez na história constitucional brasileira, precedida por significativo movimento constituinte.

Manifestação do poder constituinte originário prevê entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: *...erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*" (art. 3º) com vistas a constituir-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos, a soberania, a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º).

Saliente-se que o Estado Democrático de Direito, assim preconizado na Constituição Federal, revela um tipo de *Welfare State* quando acolhe uma ordem social asseguradora dos direitos relativos à saúde, à previdência social, à assistência social, responsabilizando-se pela educação e cultura, como direito fundamental a todos os cidadãos. Fundamenta a ordem econômica e financeira na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, a fim de *"assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social"* observados os princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte (arts. 170, 193 e ss.).

Tais disposições ensejaram concomitante alteração na forma de Estado, ou seja, o Brasil tem hoje um federalismo cooperativo, no qual os entes federados possuem competências comuns e concorrentes (arts. 23 e 24). União, Estados e Municípios preservam o meio ambiente, promovendo o município o ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII); aos Estados e estabelecimento de áreas de proteção ambiental e fiscalização de seu uso (art. 24, I) a partir de normas gerais criadas pela União.

2. Organização Regional: Rio de Janeiro, Minas Gerais, Pernambuco e São Paulo

A Constituição Federal de 1988 transferiu da União para o Estado Federado o poder discricionário de criar as regiões metropolitanas como unidades territoriais, abrangendo um conjunto de Municípios agrupados com base nos efeitos de polarização consubstanciada no fluxo de pessoas, mercadorias e outros aspectos de natureza geográfica, urbanística, econômica e ambiental.

O legislador constituinte atribuiu, portanto, ao Estado Federado a responsabilidade pela solução dos problemas metropolitanos, no âmbito de sua competência residual, mediante a integração do planejamento, da organização e da execução de funções públicas de interesse comum ao Estado Federado e aos Municípios agrupados nesta unidade territorial. Embora a responsabilidade seja estadual, a Constituição Federal estabeleceu, implicitamente, que o seu exercício deveria ser compartilhado com os Municípios da região metropolitana. De fato, a criação de unidades territoriais, como as regiões metropolitanas poderia ser efetuada pelo Estado Federado como instrumento de descentralização coordenada de suas ações independentemente da autorização constitucional expressa no § 3º do art. 25. Esta explicitação, para consubstanciar um significado jurídico distinto daquele que resultaria da omissão desta autorização no texto constitucional, conota exatamente o exercício dessa responsabilidade de modo compartilhado com os Municípios da região metropolitana, porque somente assim será possível *integrar* o planejamento, a organização e a execução de funções públicas de interesse *comum*.

A partir da aprovação de suas Constituições Estaduais, em 1989, alguns Estados Federados puseram-se a atualizar os antigos modelos de gestão até então vigentes nas regiões metropolitanas.

Dentre estes Estados, o do Rio de Janeiro foi o primeiro a fazê-lo mediante a Lei Complementar Estadual n. 64, de 21 de setembro de 1990. Por força deste diploma legal, a Região Metropolitana do Rio de Janeiro passou a ser gerida por órgão do Poder Executivo, incumbido da elaboração e supervisão da execução dos planos, programas e projetos relacionados às funções públicas e serviços de interesse comum, consubstanciadas no Plano Diretor Metropolitano e de outros encargos que lhe forem atribuídos pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (vide inciso I do art. 5º da referida Lei Complementar n. 64/90).

Este Conselho Deliberativo, nos termos do art. 4º da Lei Complementar n. 64/90, recebeu, dentre outras, as atribuições de:

- submeter à Assembléia Legislativa o Plano Diretor Metropolitano;
- exercer o poder normativo referente à integração do planejamento, da organização e da execução de funções públicas de interesse comum; e
- definir os parâmetros de compensação financeira aos Municípios.

A composição do mesmo Conselho, conforme o art. 3º da Lei Complementar n. 64/90, abrange como seus membros:

- os prefeitos dos Municípios da Região Metropolitana do Rio de Janeiro;

- um vereador indicado por cada uma das Câmaras Municipais da Região Metropolitana;

- cinco representantes da Assembléia Legislativa, por ela indicados;
- cinco representantes do Poder Executivo, indicados pelo Governador do Estado, escolhidos entre Secretários de Estado que dirijam órgãos relacionados com as funções públicas comuns;

- um representante de entidades comunitárias, indicado pelo Governador;

- um representante da sociedade civil, indicado pelo Governador.

A Presidência do Conselho será exercida pelo Governador do Estado, substituído, em seus impedimentos, pelo Secretário de Estado incumbido dos assuntos metropolitanos.

O art. 2º da Lei Complementar n. 64/90 considera de interesse comum as funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes ou confluentes de funções públicas e serviços supramunicipais, notadamente: planejamento integrado, saneamento básico e ambiental, transportes coletivos de âmbito metropolitano, a programação de rede viária, do tráfego e dos terminais de passageiros e carga, habitação, cartografia e informações básicas para o planejamento metropolitano.

Finalmente, entre outras disposições legais, o art. 10 ratificou o fundo metropolitano, dando-lhe nova denominação: Fundo de Desenvolvimento Metropolitano, constituído de recursos de natureza orçamentária e extra-orçamentária, produto de operações de crédito internas e externas.

Em 14 de janeiro de 1993, entrou em vigor a Lei Complementar n. 26, do Estado de Minas Gerais, que estabelece disposições relativas à política de regionalização das atividades administrativas do Estado no nível metropolitano, à Região Metropolitana de Belo Horizonte e seu modelo de gestão.

A ação dos órgãos de gestão da Região Metropolitana de Belo Horizonte abrange serviços e instrumentos que repercutem além do âmbito municipal e provocam impacto no ambiente metropolitano, notadamente: no transporte intermunicipal, conexões intermodais, terminais e estacionamentos; no sistema viário de âmbito metropolitano, o controle de trânsito, tráfego e infraestrutura da rede de vias arteriais e coletoras; nas funções relativas à segurança pública; no saneamento básico; no uso do solo metropolitano; no aproveitamento dos recursos hídricos; na distribuição de gás canalizado; na cartografia e informações básicas; na preservação e proteção do meio ambiente e no combate à poluição; na habitação, as diretrizes para a localização habitacional e programas de habitação; no planejamento integrado do desenvolvimento sócio-econômico, a definição dos objetivos, estratégias e programas contidos no Plano Diretor Metropolitano.

Fundamentalmente, a gestão da Região Metropolitana de Belo Horizonte pelo Governo do Estado realiza-se mediante, principalmente, os seguintes instrumentos:

- autarquia estadual de planejamento da Região Metropolitana de Belo Horizonte, denominada Plambel e reorganizada através da Lei Estadual n. 11.474, de 26 de maio de 1994;

- Assembléia Metropolitana da Região Metropolitana de Belo Horizonte, órgão colegiado com poderes normativo e de gestão financeira dos recursos do Fundo de Desenvolvimento Metropolitano de Belo Horizonte, criado, nos termos da Constituição do Estado de Minas Gerais, por força da Lei Complementar Estadual n. 26, de 14 de janeiro de 1993.

À Assembléia Metropolitana de Belo Horizonte compete:

- exercer o poder normativo regulamentar de integração do planejamento, da organização e da execução das funções públicas de interesse comum;

- zelar pela observância das normas, mediante mecanismos específicos de fiscalização e controle dos órgãos e entidades metropolitanas;

- elaborar e aprovar o Plano Diretor Metropolitano;

- aprovar as políticas de aplicação dos investimentos públicos na Região Metropolitana de Belo Horizonte;
 - promover as políticas de compatibilização de recursos de distintas fontes de financiamento destinados à implementação de projetos indicados no Plano Diretor Metropolitano;
 - administrar o Fundo de Desenvolvimento Metropolitano da Região Metropolitana de Belo Horizonte;
 - aprovar seu próprio orçamento anual no que se refere ao Fundo de Desenvolvimento Metropolitano;
 - acompanhar e avaliar a execução do Plano Diretor Metropolitano, bem como aprovar as modificações que se fizerem necessárias à sua correta implementação;
- aprovar os planos plurianuais de investimento e as diretrizes orçamentárias da Região Metropolitana de Belo Horizonte;
- estabelecer as diretrizes da política tarifária dos serviços comuns de interesse metropolitano;
- colaborar para o desenvolvimento institucional dos municípios que não disponham de capacidade de planejamento próprio;
- aprovar os balancetes mensais de desembolso e relatórios semestrais de desempenho do Fundo de Desenvolvimento Metropolitano;
- aprovar os relatórios semestrais de avaliação de execução do Plano Diretor Metropolitano e de seus respectivos programas e projetos.

A Assembléia Metropolitana da Região Metropolitana de Belo Horizonte é composta dos prefeitos de cada um dos Municípios da Região Metropolitana, de vereadores de cada um destes Municípios em quantidade fixada proporcionalmente à respectiva população, de um representante da Assembléia Legislativa Estadual, designado pela Comissão de Assuntos Municipais e Regionalização do representante do Poder Executivo Estadual designado pelo Governador do Estado.

Além disso, a Assembléia Metropolitana, ao lado de sua Mesa Diretora, contém um Comitê Executivo composto pelos Prefeitos da Região Metropolitana de Belo Horizonte, e pelo representante do Poder Executivo Estadual e Câmaras Técnicas Setoriais Permanentes e Temporárias.

O Plambel, autarquia estadual de planejamento metropolitano, tem por finalidade o assessoramento para o planejamento, a organização, a coordenação e o

controle das atividades setoriais a cargo do Estado relativas às funções públicas de interesse comum. Especificamente, dentre outras, tem a atribuição legal de coordenar a política estadual nos assuntos de interesse comum, de promover a implementação de planos, programas e projetos de investimento na Região Metropolitana de Belo Horizonte e de assessoramento à Assembléia Metropolitana na elaboração do Plano Urbanístico Metropolitano.

A Região Metropolitana de Recife RMR - teve seu modelo-gestão atualizado mediante a Lei Complementar Estadual n. 10, de 06 de janeiro de 1994. Esta lei complementar instituiu o modelo de gestão metropolitana integrado pelo:

- Conselho de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Recife - Conderm, órgão colegiado deliberativo vinculado à Secretaria de Planejamento do Estado;

- Fundação de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Recife, criada pela Lei n. 6.890, de 03 de junho de 1975;

- Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Recife, instituído pela Lei n. 7.003, de 02 de dezembro de 1975.

No Conderm participam os Prefeitos da Região Metropolitana do Recife e igual número de representantes do Poder Executivo Estadual. Como membros consultivos do Conderm participam também três deputados estaduais e um vereador representante de cada Câmara Municipal dos Municípios da Região Metropolitana do Recife. Câmaras Técnicas Setoriais apoiam o Conderm e suas deliberações e são compostas por 12 membros, sendo metade constituída por representantes do setor público, 2 do segmento empresarial e 2 do segmento acadêmico-profissional e 2 da comunidade.

Ao Presidente da Fundação de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Recife, dentre outras atribuições, a Lei Complementar n. 10, de 06 de janeiro de 1994, determinou a gestão do Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana do Recife, submetendo seus instrumentos e controle financeiro à deliberação do Conderm. Este Fundo, o Funderm, é constituído por receitas orçamentárias e outras oriundas de empréstimos e cobrança de taxas e contribuição de melhoria, as quais se destinam às atividades de planejamento do desenvolvimento da Região Metropolitana do Recife, à execução de funções públicas de interesse comum e à execução e operação de serviços urbanos de interesse metropolitano.

No Estado de São Paulo, foi aprovado, com alterações, o projeto de lei complementar n. 19/91, que se transformou na Lei Complementar Estadual n. 760, de 04 de agosto de 1994, que fixa diretrizes para a organização regional.

Todavia, como a Constituição do Estado de São Paulo de 1989 exige a aprovação de leis complementares tanto para a criação de regiões metropolitanas quanto para a instituição dos respectivos modelos de gestão (criação da entidade pública territorial e o respectivo conselho normativo e deliberativo), bem como para a regulação da participação dos municípios e da sociedade civil no processo de gestão (art. 154), permanece sempre aberta a possibilidade de modificação das diretrizes estabelecidas na Lei Complementar Estadual n. 760, de 1994.

A propósito, novos projetos de lei complementar foram recentemente apresentados por deputados estaduais, desconsiderando as referidas "diretrizes" as quais, por sinal, estão fixadas na própria Constituição Estadual de 1989. Alguns destes projetos propõem a criação das regiões metropolitanas de Campinas e da Baixada Santista ao lado da atualização do superado modelo de gestão metropolitana da Grande São Paulo, enquanto outros pretendem a criação de diversas outras "regiões metropolitanas", como, por exemplo, as de Taboão da Serra e Itapeva, dentre outras, cuja realidade não se enquadra no conceito constitucional de região metropolitana formulado no § 1º do art. 153, da Constituição Estadual.

Como consequência da instituição de autarquias metropolitanas poderá resultar uma descentralização do poder decisório, atualmente concentrado nas mãos do Governador do Estado, na medida em que os representantes dos municípios e da sociedade civil em cada região passam a ter peso efetivo nas decisões de interesse comum, deixando-se ao Chefe do Executivo Estadual as decisões estratégicas de maior relevância.

A titularidade do poder concedente em relação a funções públicas estaduais de interesse comum poderá ser delegada, mediante lei, para as entidades autárquicas metropolitanas, na qual os municípios e a sociedade civil disporão de melhores condições para interferir em sua gestão com vistas ao interesse coletivo. Esta delegação poderá efetuar-se sem prejuízo de que a execução dessas funções venha a ser desempenhada pela iniciativa privada, mediante concessão ou permissão.

Também o poder de polícia para aplicação de leis estaduais de ordenação e controle do uso do solo metropolitano poderá ser delegado às autarquias metropolitanas, mediante lei, avançando-se no processo de descentralização.

Além disto, percebe-se uma tendência no sentido da explicitação exemplificativa, em lei, das funções de interesse comum em cada região ao lado de suas principais características norteadoras: *"...consideram-se de interesse comum as funções e os serviços públicos que, ou atendam a mais de um município, ou, mesmo restritos ao território de um deles, provoquem impacto ou repercutam além do âmbito municipal..."*

No atual federalismo brasileiro, a gestão metropolitana situa-se no âmbito das atribuições constitucionais do Estado Federado, não sendo compatível com ele a criação de uma "federação de municípios" ou de uma entidade metropolitana inteiramente desvinculada do Estado Federado, como propugnam alguns urbanistas, ressalvada a hipótese de emenda à Constituição Federal. A formação de consórcios entre municípios é juridicamente possível, podendo conviver com a criação pelo Estado Federado de entidade pública metropolitana. Neste caso, esta última disporá de poderes e prerrogativas de direito público que se sobrepõem à atuação dos consórcios. Ademais, estes constituem meras associações de municípios para execução de serviços e atividades comuns, podendo cada município consorciado dele se retirar a qualquer tempo. Em conseqüência, esta forma de associação municipal (consórcio) padece de uma debilidade congênita que não a torna apta para satisfazer, com estabilidade institucional, interesses públicos supramunicipais, ainda mais, num contexto em que se sujeita, por força da Constituição brasileira, ao controle e à disciplina do respectivo Estado Federado.

Existem ainda aqueles que defendem a possibilidade de qualquer município metropolitano ingressar ou sair de sua região metropolitana mediante plebiscito. Esta tese não se coaduna com o federalismo brasileiro, que atribui ao Estado Federado a responsabilidade pela solução dos problemas coletivos supramunicipais, dentre os quais se incluem os metropolitanos, quer crie ou não regiões metropolitanas. Estas unidades territoriais estaduais constituem primeiramente fenômenos geográficos, econômicos, urbanísticos e sociais. Somente num segundo momento surge a questão do seu reconhecimento jurídico-institucional para o fim de descentralização administrativa e gestão estadual regionalizada.

II A organização regional na Constituição do Estado de São Paulo

A organização regional é imprescindível para tais objetivos e ao Estado-membro foi atribuída a competência para instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, *"constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum"* (art. 25, § 3º).

O Estado de São Paulo no exercício de sua autonomia constitucional dispôs sobre a ordenação de seu território (art. 153, da Constituição Estadual):

"Parágrafo 1º Considera-se região metropolitana o agrupamento de Municípios limítrofes que assuma destacada expressão nacional, em razão de elevada densidade demográfica, significativa conurbação e de funções urbanas e regionais com alto grau de diversidade, especialização e integração sócio-econômica, exigindo planejamento integrado e ação conjunta permanente dos entes públicos nela atuantes.

Parágrafo 2º Considera-se aglomeração urbana o agrupamento de Municípios limítrofes que apresente relação de integração funcional de natureza econômico-social e urbanização contínua entre dois ou mais Municípios ou manifesta tendência nesse sentido, que exija planejamento integrado e recomende ação coordenada dos entes públicos nela atuantes.

Parágrafo 3º Considera-se microrregião o agrupamento de Municípios limítrofes que apresente, entre si, relações de interação funcional de natureza físico-territorial, econômico-social e administrativa, exigindo planejamento integrado com vistas a criar condições adequadas para o desenvolvimento e integração regional."

Para o estabelecimento de entidades regionais e respectivas gestão dispõe o art. 154 da Constituição do Estado de São Paulo, que será criado em cada

"unidade regional, um conselho de caráter normativo deliberativo, bem como disporá sobre a organização, a articulação, a coordenação e, conforme o caso, a fusão de entidades ou órgãos públicos atuantes na região, assegurada nestes e naquele, a participação paritária do conjunto dos Municípios, com relação ao Estado" (grifos nossos)

No caso das regiões metropolitanas, o Conselho normativo e deliberativo (art. 154) *"integrará entidade pública de caráter territorial, vinculando-se a ele os respectivos órgãos de direção e execução, bem como as entidades regionais e setoriais executoras das funções públicas de interesse comum, no que respeita ao planejamento e às medidas para sua implementação"* (art. 154, § 1º).

A participação popular também é garantida desde o processo de planejamento até a tomada de decisões, incluindo a *"fiscalização da realização de serviços ou funções públicas em nível regional"* (art. 154, § 2º).

A eficácia das disposições constitucionais dependerá de leis complementares estaduais para a descentralização e a devida integração do planejamento e das funções públicas de interesse comum, regras que informarão a institucionalização e gestão das unidades regionais.

Todavia, a regionalização deve aquiescer aos princípios constitucionais e aos fins ali colimados, conforme se comentou. O federalismo cooperativo requer atuação conjunta e sobretudo respeitosa entre o Estado e os Municípios. Inexiste hierarquia entre as entidades federadas.

1. A Constituição Estadual e a Lei Complementar n. 760/94

Diante de tais disposições, algumas normas da Lei Complementar Estadual n. 760/94 permanecem conflitantes com os princípios e objetivos constitucionais, na medida em que extrapolam diretrizes e regram especificidades, comprometendo a autonomia dos Municípios com prejuízo à regionalização necessária.

O art. 6º desta lei complementar prevê a exigência de parecer prévio da Secretaria Estadual de Planejamento para tornar possível a apresentação de projeto de lei complementar com o objetivo de criação de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião. Este preceito restringe, portanto, o poder de

iniciativa legislativa dos deputados estaduais e dos cidadãos garantido pelo art. 24 da Constituição Estadual.

Seu art. 9º trata da composição dos conselhos de desenvolvimento, gestores das unidades regionais, determinando que sejam formados por um representante de cada Município e que as integre por "*representantes dos Estados nos campos funcionais de interesse comum*" "*assegurada a participação paritária do conjunto dos Municípios em relação ao Estado no Conselho de Desenvolvimento de cada região*"

Esses ditames regulamentam de forma restritiva a participação paritária na gestão dos entes regionais, pois se o princípio é a democratização participativa dos Municípios e do povo, nada obsta, mas claramente se entende que o constituinte estabeleceu a um "*minimum*" passível de ser aperfeiçoado, ampliado e diversificado quando da regionalização. Urge buscar democraticamente os objetivos constitucionais, tanto que, se conveniente for, podem ser aumentados os representantes dos Municípios e de segmentos organizados da sociedade civil. Ademais, o art. 294 da Constituição Estadual assegura a participação da sociedade civil nos conselhos nela previstos. Desse modo, poderão ocorrer avanços no sentido da concretização dos princípios constitucionais da democracia participativa semi-direta.

A análise dessas normas à luz dos objetivos e princípios constitucionais revela uma descentralização com transferência do poder decisório, com fundamental participação dos municípios no processo de tomada de decisões, sem prejuízo da coordenação constitucional prevista.

A paridade assegurada ao conjunto dos Municípios em relação ao Estado (art. 154, caput), não exclui a participação popular (art. 154, § 2º), pois a interpretação deve embasar-se nos princípios democráticos acolhidos pela Constituição. As Leis Complementares que instituírem as respectivas regiões deverão disciplinar a composição do Conselho de Desenvolvimento.

Saliente-se ainda o tratamento dado à participação popular nos Conselhos de Desenvolvimento pelo art. 14 da citada Lei Complementar Estadual n. 760/94. Estabeleceu quatro determinações, chamadas em lei por "princípios": divulgação dos planos, programas, projetos e propostas com antecedência mínima de trinta dias; acesso aos estudos de viabilidade técnica, econômica, financeira e ambiental; possibilidade de representação por discordância e de comparecimento à reunião do Conselho para sustentação e possibilidade de solicitação de audiência

pública para esclarecimentos. Como se deduz trata-se de verdadeiros procedimentos fiscalizatórios, e não princípios, ou seja, aquele que informa ou no qual se baseiam as ações.

Conforme o jus-administrativista Celso Antonio Bandeira de Mello, princípio jurídico é "*mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico*"¹ Nesse sentido entendem-se os princípios fundamentais da Constituição de 1988, conforme analisa o jus-constitucionalista José Afonso da Silva quanto aos princípios relativos ao regime político:² princípio da cidadania, princípio da dignidade da pessoa, princípio do pluralismo, princípio da soberania popular, princípio da representação política e princípio da participação popular direta (art. 1º, parágrafo único). Como princípios, dão coerência e integram as normas constitucionais. O regime político é democrático e como princípio constitucional fundamental informa todo o ordenamento jurídico.

O regime democrático vigente introduziu mecanismos de democracia semidireta, além da escolha de representantes políticos. O povo (conjunto dos cidadãos e titular da soberania do Estado) opinará sobre questões políticas mediante consulta plebiscitária; ou referendará propostas políticas; sendo-lhe facultada a iniciativa popular para apresentação de projeto de lei (art. 1º, parágrafo único, arts. 14 e 61, § 2º. todos da Constituição Federal). Tais normas vêm viabilizar o exercício do direito fundamental à participação política, ou seja, o direito de o cidadão organizar a vida em sociedade e gerir a coisa pública. Trata-se de direito implícito, decorrente dos princípios democráticos adotados na Constituição, como dispõe o art. 5º, § 2º:

"Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

1. Mello, Celso Antonio Bandeira, *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo, RT, 1980, p. 230. *Apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, RT, 1990, pp. 81-2.

2. Silva, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, RT, 1990, p. 84.

Também neste caso o constituinte foi melhor que o legislador, pois a Constituição Estadual *garante* a participação popular desde o processo de planejamento regional até a tomada de decisões, incluindo a fiscalização (art. 154, § 2º), enquanto o legislador restringe a fiscalização consentida (art. 14, Lei Complementar n. 760/94).

A participação popular na regionalização e na gestão das entidades regionais deve ocorrer a partir dos princípios constitucionais, ensejando interpretação a mais democrática das normas constitucionais. Nada impede, portanto, claramente insinua, venha integrar os Conselhos de Desenvolvimento a sociedade organizada, com suas diversificadas associações, ou, até mesmo, cidadãos eleitos diretamente pela população por sub-regiões de cada região metropolitana, dando assim eficácia a participação democrática garantida pela Constituição.

Outra questão relevante na composição dos Conselhos de Desenvolvimento diz respeito à participação dos membros do Legislativo como representantes do Estado (deputados) ou dos Municípios (vereadores).

A doutrina de separação dos poderes do Estado, criação magistral de pensadores políticos (Aristóteles, John Locke, Montesquieu) erigiu-se em doutrina a inspirar revolucionários liberais e constituintes. O enfrentamento ao poder abusivo, ilimitado, elevou a doutrina a princípio democrático. Pressupõe a tripartição das funções do Estado que teve função política vital para a afirmação do regime político democrático em oposição ao poder absoluto dos governantes. Desse modo, a separação, como distinção de funções exercidas por órgãos distintos, pressupõe a interferência de um poder sobre o outro de modo que cada um limite o poder dos demais num sistema de freios e contrapesos.

Todavia, é também da doutrina clássica (Jean Bodin) que extraímos o conceito e características do poder do Estado, a soberania; "*poder absoluto e perpétuo de uma República*". Trata-se do "*poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência*".³ Uno, indivisível, inalienável e imprescindível é o poder do Estado. O que se reconhece são funções públicas a serem desenvolvidas pelo Estado no exercício de sua soberania.

3. Bodin, Jean, *As Leis Livres da República* (1583) e Reale, Miguel, *Teoria do Direito e do Estado*, São Paulo, Martins, 1960, p. 127. *Apud* Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 1989.

São oportunas as observações do jus-constitucionalista, Manoel Gonçalves Filho:

"Em realidade, essa tripartição não tem o rigor necessário para ser acatada como científica. De fato, é fácil mostrar que as funções administrativa e jurisdicional têm no fundo a mesma essência, que é a aplicação da lei a casos particulares. A distinção entre ambas pode estar no modo, no acidental, portanto, já que substancialmente não existe. Por outro lado, a função legislativa não esgota a edição de regras gerais e impessoais. Tradicionalmente inclui-se na função administrativa o estabelecimento de regulamentos, cujo conteúdo são também regras gerais e impessoais".⁴

Na atualidade, observa-se verdadeira interpenetração no exercício dessas funções (cujo disciplinamento constitucional, revela exercício de função pública e não exercício de "poder"), devido às diversificadas tarefas assumidas pelo Estado. Na gênese do Estado democrático a contribuição de Montesquieu já previa e consta das Constituições, a participação conjunta do Legislativo e Executivo no processo legislativo, mediante o exercício do veto. Ou mesmo quando sanciona é o Executivo que transforma o projeto de lei, já aprovado pelo Legislativo, em lei e assim a promulga. Podendo essa interpenetração ocorrer entre órgãos públicos do mesmo nível de governo (Executivo e Legislativo Federal) ou entre outros níveis de governo (Executivo Estadual e Legislativo Municipal ou vice-versa).

A Constituição Federal de 1988, ainda se utiliza das nomenclaturas Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário por ação de forças conservadoras atuantes no período constituinte. Constituições contemporâneas, também precedidas de movimentos populares, pró-constituinte, como a de Portugal (1976, 1982) e Espanha (1974) não fazem uso dessas denominações. Assim, a Constituição brasileira prevê a interpenetração das funções ao permitir que deputados e senadores possam exercer os Ministérios (art. 54) ou Secretarias de Estado ou vereadores integrem o Secretariado nos Municípios. Atribui ao

4. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 118.

Legislativo (Câmara dos Deputados e Senado Federal, art. 50) a convocação de Ministros de Estado para prestação de informações sobre assuntos relevantes. E por fim temos o Presidente da República exercendo atos com força de lei, as medidas provisórias (art. 62) e o Judiciário, administrando suas secretarias e propondo projetos de lei (arts. 61, 93).

O próprio Executivo federal terá em seus órgãos superiores de consulta membros do Legislativo. Assim o Conselho da República (art. 89) terá entre seus membros deputados, senadores e cidadãos (Presidente do Senado Federal, Presidente da Câmara dos Deputados, os líderes da maioria e da minoria, de ambas as Casas do Legislativo e seis cidadãos brasileiros natos). O Conselho de Defesa Nacional (art. 91) também terá como membros obrigatórios os Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Muitos são os exemplos da atuação entre membros das funções públicas fundamentais.

O jurista português J.J. Gomes Canotilho ao comentar a Constituição portuguesa contemporânea à brasileira lembra que Constituição não é mero estatuto organizatório e sim instrumento de governo⁵ e portanto a todos vincula: não há poderes mas sim funções governamentais relevantes; trata-se de deveres, tarefas específicas com finalidades próprias.

Na vinculação constitucional as funções governamentais devem funcionar em cooperação, tendo em vista as prestações positivas atribuídas ao Estado.

Portanto, conforme princípios e objetivos constitucionais, já comentados, e às novas exegeses da interpenetração das funções públicas do Estado, membros do Legislativo podem integrar os Conselhos de Desenvolvimento na gestão das funções públicas regionais.

A Lei Complementar Estadual n. 760/94 estabeleceu as diretrizes para a organização regional, praticamente, repetindo a Constituição Estadual, porém, em muitas normas extrapolou suas funções restringindo princípios constitucionais democráticos, bem como a autonomia municipal.

Tal situação poderá ser enfrentada e corrigida por leis estaduais do mesmo nível, ou seja, pelas leis complementares estaduais que instituírem regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (art. 25, § 3º, Constituição

5. Canotilho, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, Coimbra, 1983.

Federal) ou adaptarem à nova ordem constitucional, regiões metropolitanas, já existentes. É o caso das futuras Regiões Metropolitanas de Santos e de Campinas e a adaptação da Região Metropolitana da Grande São Paulo, criada sob a égide da Constituição anterior.

Nada obsta a elaboração de novas disposições quanto à composição dos membros do Conselho de Desenvolvimento, proporcionando maior número de representantes aos Municípios participantes, ou quanto à participação popular, permitindo aos cidadãos ou associações integrarem o Conselho, atendendo aos princípios do federalismo cooperativo e do regime democrático. A atuação conjunta de membros do Executivo e do Legislativo nos Conselhos de Desenvolvimento, também revela entendimento atualizado e progressista das principais funções públicas do Estado. Portanto, os princípios da legalidade e da participação popular devem informar o legislador estadual ao criar ou adaptar os entes regionais.

2. A questão da compatibilização e articulação com outros Conselhos Estaduais

No Estado de São Paulo constata-se uma situação de fato em relação às bases territoriais dos sistemas estaduais de gestão de recursos hídricos, de saneamento, ambiental e de desenvolvimento urbano e sócio-econômico.

No caso dos primeiros (recursos hídricos, saneamento e meio ambiente) considera-se como unidade territorial a bacia hidrográfica, cujos limites, em regra, não-coincidem com os limites territoriais político-administrativos que distinguem os municípios uns dos outros. No caso do desenvolvimento regional e urbano as unidades territoriais são determinadas com base nos critérios estabelecidos no art. 153 da Constituição Estadual.

Os conselhos de articulação intergovernamental nas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões estão previstos no art. 154 da Constituição Estadual.

O Conselho Estadual do Meio Ambiente - Consema, órgão normativo e recursal está previsto no parágrafo único do art. 193 da Constituição Estadual. Por outro lado, os Comitês de Bacia Hidrográfica, integrantes do sistema estadual de gestão dos recursos hídricos estão previstos na Lei Estadual n. 7.663, de 30 de dezembro de 1991.

Neste contexto, torna-se extremamente difícil a perfeita coincidência destas bases territoriais para fins de planejamento e descentralização da ação do Governo estadual.

Em última instância, cabe ao Chefe do Poder Executivo Estadual o Governador - a compatibilização das deliberações desses órgãos colegiados regionais na medida em que, nos termos do inciso II do art. 47 da Constituição Estadual, lhe compete exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da Administração estadual.

Além disto, no âmbito metropolitano propriamente dito, o modelo de gestão deve ser suficientemente flexível para incorporar o tratamento diferenciado de temas que afetem apenas um grupo reduzido de municípios das regiões metropolitanas. Neste sentido, deve admitir a possibilidade de criação de órgãos colegiados temáticos ou setoriais e sub-regionais para o equacionamento de questões específicas de interesse comum em articulação com o conselho normativo e deliberativo metropolitano.

São Paulo, janeiro de 1996.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo : Atlas, 1991.
- BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1990.
- BOBBIO, Norberto. *A teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C.J. Santos. São Paulo : Pólis e UnB, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra : Coimbra, 1982.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo : Saraiva, 1990.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo : Ática, 1986.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. União, Estados e Municípios na Nova Constituição: enfoque jurídico-formal. In: *A Nova Constituição Paulista*. São Paulo : Fundação Faria Lima e Fundação de Desenvolvimento Administrativo, 1989.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1989.
- _____. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1978.
- LOMAR, Paulo José Villela; DI GIORGIO, Beatriz Maria G.; MATSCHINSKE, Maria Liliane e PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Legislação básica de interesse para o planejamento metropolitano do Estado de São Paulo*. São Paulo : Empresa Metropolitana de Planejamento da Grande São Paulo S.A. - Emplasa, 1994.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980.
- PIOVESAN, Flávia C. Constituição e Transformação Social: eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. In: *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*, 1993. v. 37.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981.

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA COSTA RICA *

Marvin Carvajal Pérez

Bacharel e Licenciado em Direito pela Universidad de Costa Rica
Doutorando em Direito do Estado na Universidade de São Paulo

Resumo:

A criação, em 1989, do Tribunal Constitucional da Costa Rica, tem significado para esse país centro-americano uma verdadeira revolução institucional, cuja dinâmica a partir daí aproximou-se da normatividade constitucional. O tribunal é formado por sete juízes especializados na matéria, e tem competência ampla para conhecer de recursos tendentes à proteção dos direitos fundamentais ("*amparo*" e "*habeas corpus*"), bem como para efetuar o controle da constitucionalidade dos atos normativos mediante as consultas judiciais e legislativas de constitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade. Seu funcionamento encontra-se regido pelos princípios de celeridade, gratuidade, consideração de defesa da constituição como um assunto de interesse público, amplitude do parâmetro de constitucionalidade até abranger as normas do direito internacional devidamente ratificadas pelo legislativo, os princípios e o costume constitucionais, etc.

Abstract:

The create, in 1989, of Costarrican Constitutional Court, represented in that central american country a really institutional revolution, nearing it to the constitutional normativity. The court is formed by seven especialized judges, with competence to know process about protection of human rights ("*amparo*" and "*habeas corpus*"); has a incumbence to control the constitutionality of law, using the process of judicial and legislative consult and the direct action of constitutionality. Its function is directed by the principles of celerity, not expensive costs, consideration of constitutional defense like an public interested point, amply of constitutional parameter including international norms ratified by legislative, costumes and principles consagrated by constitution.

Unitermos: Sistema jurídico costarricense - Tribunal Constitucional costarricense.

* Agradecimento especial pela colaboração prestada ao autor merecem os professores Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Sérgio Resende de Barros e Ernesto Lippmann.

Sumário:

Introdução.

Parte I: O sistema jurídico da Costa Rica:

A a Constituição Política de 1949:

- 1- a limitação do poder,
- 2- a distribuição do poder.

B - a estrutura do Poder Judiciário:

- 1- órgãos que o compõem,
- 2- a Corte Suprema de Justiça.

Parte II: O Tribunal Constitucional Costarricense:

A - princípios inspiradores de sua função;

B - competências em matéria constitucional:

1- jurisdição da liberdade:

- a. recurso de *habeas corpus*,
- b. recurso de amparo.

2- controle de constitucionalidade:

- a. consultas de constitucionalidade,
- b. ação de inconstitucionalidade.

3- outras competências.

Conclusão.

Bibliografia.

Introdução

Um dos mais marcantes traços da ciência jurídica brasileira e de outros aspectos de sua cultura é o fato dela estar voltada inteiramente para o estudo de seus problemas nacionais e dos que acontecem nos países centrais, principalmente na Europa ocidental e nas nações anglo-saxônicas. Porém, a experiência jurídica dos outros países latino-americanos, caracterizados por uma evolução histórica comum e por problemas sociais, econômicos e políticos muito similares aos brasileiros, geralmente não recebe suficiente atenção. Similar fenômeno acontece nos outros países da América Latina.

Este curto trabalho tem a intenção de mostrar a experiência no campo da defesa da normatividade constitucional da Costa Rica, pequeno país da América

Central. Em especial depois da criação, em 1989, de um Tribunal especial na matéria e que produziu uma verdadeira revolução institucional a nível interno, chegando a despertar a atenção dos estudiosos do tema no mundo inteiro, pelos particulares resultados obtidos desde que entrou em funcionamento. Não é propriamente um texto de direito comparado, pois o sistema empregado é apenas a simples descrição de uma instituição implementada em outro país, sem se aprofundar nas semelhanças ou diferenças que possam existir com relação a outros modelos.

A importação de estruturas burocráticas alheias, sem uma verdadeira base institucional que as respalde, não oferece maiores possibilidades de sucesso e não representa nenhuma vantagem importante; mas o estudo das respostas dadas por nações também periféricas a problemas similares pode pelo menos contribuir em alguma medida para a solução das dificuldades que ainda atravessam os países latino-americanos, no lento caminho que leva à consolidação de suas instituições democráticas.

Parte I: O sistema jurídico da Costa Rica¹

Costa Rica é um Estado da América Central, de 51,1 mil quilômetros quadrados e cerca de três milhões de habitantes, de população composta principalmente pelos descendentes das populações autóctones, dos colonos espanhóis e uma mistura de raças vindas de diversos fluxos migratórios acontecidos ao longo da história (chineses, europeus, jamaicanos e outros latino-americanos, principalmente).

Antes de sua independência em 1821, formou parte da Capitania Geral da Guatemala, junto com outros quatro atuais Estados centro-americanos: Guatemala, Honduras, El Salvador e Nicarágua. Depois, experimentou alternadamente a soberania e a autonomia federativa, até que em 1841 se converteu em República independente, não sendo nunca mais discutida, oficialmente, a possibilidade de voltar a ser uma província ou Estado-membro de uma federação.

1. Empregaremos o termo "sistema jurídico" num sentido restrito apenas à ordem hierarquizada e coerente, existente entre as diversas instituições estabelecidas ou reconhecidas pela Lei Fundamental, com o qual resulta como sinônimo a palavra "ordem constitucional", deixando de lado considerações de caráter sociológico ou político. Ver Kelsen, Hans, *Teoria General del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitária, México, 1949, Gutiérrez, Carlos José, *El Funcionamiento del Sistema Jurídico*, Editorial Juricentro, San José, 1979.

No total, ao longo de toda a sua vida jurídica, Costa Rica foi dirigida por quatorze constituições, sendo a primeira a Constituição de Cádiz de 1812, a que o país se submetia em razão de ser uma província espanhola. Com a ruptura dos laços coloniais com a Espanha, o país experimentou um período de ensaio constitucional, que vai de 1821, ano em que fora emitido o Pacto Social Interino de Costa Rica, até 1871, quando entrou em vigor uma Lei Fundamental de marcante influência liberal, que vigoraria durante setenta e oito anos, com uma única exceção: a Constituição de 1917, de curta vida.²

A Carta Política de 1871, de ordem liberal clássica, não conseguiu manter-se imune às novas idéias trazidas pela revolução bolchevique e pela doutrina social da Igreja. Por isso, foi emendada em 1940 para a introdução dos princípios trabalhistas de jornada de oito horas, descansos periódicos, previdência social etc., bem como para a criação da Universidade de Costa Rica, que produziria posteriormente as mentes que respaldaram ideologicamente a revolução de 1948, que veio a culminar com a promulgação, em novembro de 1949, da Constituição em vigor até hoje.

A a Constituição Política de 1949

A finais da década de 1940, o país encontrava-se envolvido em uma forte instabilidade nas diversas ordens do sistema social. O velho esquema da Carta de 1871 não resistia às demandas cada vez maiores dos agentes sociais, uns pela manutenção do *status quo* e os outros pela mudança das condições de vida. Aliás, quadros novos de intelectuais produzidos na universidade pública e uma nascente pequena burguesia industrial já começavam a lutar por uma participação cada vez maior no poder político, até então reduto da burguesia agrária surgida no século XIX.

Nesse contexto, em 1948, foram anuladas pelo Congresso as eleições presidenciais, das quais tinha saído vitorioso o setor liberal, apoiado pelas tendências de centro-esquerda (nova elite intelectual) contra os grupos conservadores, que, seguindo o exemplo da aliança EUA-URSS na Segunda Grande Guerra, estavam aliados aos comunistas, com a bênção da Igreja católica.

2. Saenz Carbonel, Jorge Francisco, *El Despertar Constitucional de Costa Rica*, Libro Libre, San José, 1985, pp. 238-427.

Aproveitando-se da conjuntura, os social-democratas iniciaram uma guerra civil que se manteria por alguns meses, para a qual tiveram o apoio financeiro de seus aliados nas eleições de 1948 e logístico da chamada "Legião do Caribe", grupo armado formado por forças de vários países, que alegavam lutar pela restauração da democracia na região.

A guerra foi perdida pelo governo e, em 1949, depois da instituição de uma junta provisória, foi convocada uma Assembléia Constituinte, tendo como resultado a elaboração da Constituição Política da República da Costa Rica, em 7 de novembro de 1949. Esta Carta reúne características tão-significativas, quão paradoxais, devido principalmente à composição da Constituinte.

Com efeito, a coalizão desses dois grupos vencedores da guerra civil formou a Assembléia Constituinte, sendo que a bancada liberal defendeu a manutenção da Carta de 1871, apenas modificando aspectos relativos ao sufrágio e sua fiscalização; por sua parte, os social-democratas levaram um novo projeto inspirado em ideais socialistas tendentes à instauração do Estado regulador e interventor.

Da delicada mistura de ambas as propostas é que surge a Lei Fundamental de 1949, cujos caracteres serão explicados nos dois itens que seguem, cada um deles dedicado ao estudo das duas partes que basicamente compõem uma constituição: a organização dos agentes públicos e a proteção do âmbito de direitos dos particulares.

1- a limitação do poder

A Carta Política de 1949 reconhece a existência de direitos pertencentes a cada habitante da República. Além de praticamente copiar o texto das principais declarações de direitos individuais, introduz o conceito dos direitos sociais, também chamados da "segunda geração" surgidos no cenário político mundial como consequência de dois importantes fatos: a crise financeira de 1929, que levou a adotar um sistema de comando da economia pelo do Estado; e o desgaste do capitalismo concorrencial desde o final do século XIX, somado à vitória dos bolcheviques na Revolução russa, que levou a uma proliferação das idéias de justiça social e igualdade real, que desencadearam um processo de reconhecimento de direitos de caráter social.³

3. Bobbio, Norberto, *Liberalismo y Democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p.

Assim, no campo dos direitos individuais (chamados de primeira geração), são reconhecidos expressamente os seguintes direitos: a liberdade individual, a inviolabilidade da vida, a liberdade de locomoção, a intimidade, o sigilo das comunicações privadas, a livre associação, a livre reunião, as liberdades de pensamento, expressão, autonomia da vontade, igualdade perante a lei, reparação dos danos sofridos, propriedade privada, além de uma série de direitos relativos às garantias do administrado perante os órgãos públicos e perante o *ius puniendi* estatal, as liberdades de comércio e indústria, etc.⁴

Já no campo dos direitos sociais (ou segunda geração), o art. 50 estabelece: "*O Estado procurará o maior bem-estar de todos os habitantes do país, organizando e estimulando a produção e a mais adequada repartição da riqueza.*" A partir daí, as normas que seguem consagram uma série de direitos sociais, de caráter familiar, trabalhista, educativo e cultural.

Também é reconhecida uma série de direitos políticos, tendo como centro o sufrágio universal, secreto, direto e livre.

É importante destacar que não são expressamente reconhecidos direitos da chamada "terceira geração" geralmente caracterizados como os que dizem respeito aos interesses difusos. Mas o art. 48 tem um dispositivo que remete, para efeitos de complementar o parâmetro das liberdades públicas, aos tratados internacionais sobre direitos humanos devidamente ratificados pelo Legislativo, incluindo assim direitos de proteção ao meio ambiente, econômicos, etc.

2- a distribuição do poder

O art. 1º da Constituição Política de 1949 estabelece que: "*Costa Rica é uma República democrática, livre e independente.*" Com este postulado, os constituintes quiseram destacar principalmente o aspecto da proteção à vontade popular expressa mediante o sufrágio, tentando prevenir o retorno às fraudes eleitorais, como as que levaram à guerra de 1948.

Para desenvolver tal princípio democrático, foi estabelecida a separação dos poderes públicos, destacando-se a instauração de um órgão eleitoral com independência e autonomia similares aos do Judiciário.⁵ Estabeleceram-se

4. Arts. 20 a 49.

5. Art. 9: "*O Governo da República é popular, representativo, alternativo e responsável. É exercido por três poderes diferentes e independentes entre si: Legislativo, Executivo e Judiciário. Nenhum dos poderes pode delegar o exercício de funções que lhe sejam próprias. Um Tribunal*

também órgãos de controle público, em matéria fiscal, administrativa e constitucional. A este último dedicaremos a segunda parte do presente trabalho.

Reconheceu-se também o princípio de legalidade e a responsabilidade administrativa. O Exército foi dissolvido como instituição permanente. A ordem pública foi deixada à polícia civil. Esta foi dividida de acordo com sua função e competência territorial: preventiva urbana na "Guarda Civil", preventiva rural na "Guarda Rural" e repressiva urbana e rural no "Organismo de Investigação Judiciária". As duas primeiras dependem de diferentes Ministérios do Poder Executivo e a terceira está vinculada ao Poder Judiciário, junto com o Ministério Público.⁶

O Poder Executivo fica com uma série de poderes públicos, destacando-se a possibilidade de nomear e remover os ministros do governo, de participar na formação das leis com a sanção ou o veto aos projetos de lei aprovados pela Câmara dos Deputados, a concessão do indulto, etc. Em contrapartida, o Legislativo fica com exclusividade quanto à aprovação dos orçamentos ordinário e extraordinário do Estado, aos atos com relevância de lei, bem como de autorizar ou não as saídas do país do presidente da República, etc.⁷

É outorgada autonomia administrativa, financeira e de gestão às autarquias, dentre as quais as universidades públicas, os municípios, as empresas públicas, etc.⁸

Concede-se aos tratados internacionais eficácia superior à das leis, sempre que devidamente ratificados pelo Congresso, mediante procedimento especialmente agravado⁹

Supremo de Eleições, com o caráter e independência dos poderes do Estado, tem a seu cargo em forma exclusiva e independente a organização, direção e vigilância dos atos relativos ao sufrágio, assim como as outras funções que lhe sejam atribuídas por esta Constituição e as leis."

6. V. art. 12.

7. V. arts. 105 a 151.

8. V. arts. 84 a 88, 168 a 175, 188 a 190.

9. O art. 7 da Constituição de 1949 é empregado para justificar a inclusão dos tratados internacionais devidamente ratificados pelo Legislativo dentro do parâmetro de constitucionalidade.

B a estrutura do Poder Judiciário

Seguindo o esquema da separação dos poderes públicos, a Constituição de 1949 estabelece a independência recíproca entre os diversos poderes da República. Reconhece apenas certos controles e cooperações inter-orgânicos, que permitem o funcionamento do sistema. Neste contexto, o Poder Judiciário tem o monopólio na função jurisdicional, desfrutando para isso de autonomia funcional e orçamentária, tendo o dever de ser imparcial em todas as suas atuações.

O art. 154 expressamente manifesta que: "*O Poder Judiciário somente está submetido à Constituição e à lei, e as resoluções que efetue nos assuntos de sua competência¹⁰ não lhe impõem outras responsabilidades que as expressamente estabelecidas pelas leis.*"

1- órgãos que compõem o Judiciário

Pertence à estrutura do Poder Judiciário uma série de órgãos encarregados de funções propriamente jurisdicionais ou de apoio técnico ou logístico às atividades de julgamento das causas submetidas a seu conhecimento.

Nesse sentido, a pirâmide da hierarquia judiciária tem sua cúspide num órgão colegiado: a Corte Suprema de Justiça, formado por vinte e dois magistrados de carreira, tema que será aprofundado no ponto dois seguinte.

Seguindo a direção inferior do organograma do Judiciário costarricense, encontram-se o Tribunal de Cassação Penal, os Tribunais Superiores (cada um deles composto por três juízes superiores), os Tribunais de Instrução, de Execução das Penas ou de Primeira Instância e as *Alcaldías*, encarregadas de conhecer dos assuntos de menor relevância social ou pecuniária.

Também fazem parte do Judiciário certos órgãos dependentes apenas da Corte Suprema, entre eles o Ministério Público,¹¹ o Organismo de Investigação Judiciária, e outros órgãos de apoio, tais como o Arquivo Judiciário, o Digesto de Jurisprudência, a Revista dos Tribunais, etc.

10. Quando fala em "assuntos de sua competência", o constituinte fez expressa referência à matéria jurisdicional, ou seja, somente aquela que tem como finalidade imediata a resolução de um conflito social através do pronunciamento com caráter de coisa julgada.

11. O Ministério Público, embora ubicado dentro da estrutura administrativa do Poder Judiciário, conta com independência para o desempenho de sua função e o dever de imparcialidade, próprio da junção jurisdicional, da qual é apenas um colaborador.

2- a Corte Suprema de Justiça

A Corte Suprema de Justiça, órgão de maior hierarquia dentro do Poder Judiciário, tem uma tripla função; ou pelo menos a têm seus membros. É composta por vinte e dois magistrados que, reunidos em plenário, decidem assuntos de caráter administrativo interno do órgão e questões propriamente jurisdicionais, como, por exemplo, o julgamento de autoridades que desfrutam do privilégio constitucional da imunidade e que estejam sendo questionadas em matéria criminal, depois de terem renunciado à sua imunidade ou de esta ter sido suspensa pelo órgão competente. Esta última função foi posteriormente declarada inconstitucional, por contradizer a norma constitucional que proíbe os privilégios no julgamento das diversas causas, por considerar que qualquer autoridade deveria, caso fosse cassada sua imunidade, ser julgada pelos tribunais ordinários destinados pela lei a tal finalidade.

A terceira função da Corte Suprema consiste no desempenho de cada magistrado em sua respectiva câmara. As câmaras são chamadas "salas" especializadas por competência em razão de matéria. Assim, a Corte encontra-se fragmentada em quatro salas especializadas: a Primeira, a Segunda e a Terceira, que conhecem de assuntos cíveis, trabalhistas e criminais, respectivamente. Cada uma é composta por um total de cinco magistrados. A Sala Constitucional, composta por sete juízes, é popularmente conhecida como "Sala Quarta" criada em 1989, para conhecer das questões de constitucionalidade em sentido bastante amplo, como se poderá ver e seguir.

Cabe reiterar que cada Sala tem sua composição e competências claramente delimitadas, ou seja, quem pertence à Sala Primeira atuará sempre e unicamente nessa Sala, sem ter competência para julgamento de outros assuntos. Somente atuará fora de sua matéria quando agir como membro da Corte Suprema, ou seja, em questões não propriamente jurisdicionais. Interessa-nos, em especial, destacar o papel da Sala Constitucional, motivo principal do presente trabalho.

Para ser magistrado da Corte Suprema, requer-se ser costarricense por nascimento ou por naturalização com mais de dez anos de residência no país, ser cidadão em exercício de seus direitos, pertencer ao estado secular, ter exercido a profissão durante pelo menos dez anos, haver desempenhado outros cargos jurisdicionais e ser maior de trinta e cinco anos de idade.

Parte II: O Tribunal Constitucional Costarricense

O julgamento sobre matérias de relevância constitucional não é novo na história da Costa Rica, que já ensaiou com quase nenhum sucesso outras formas de justiça constitucional, antes de ser criada, mediante Lei n. 7.135, de 11 de outubro de 1989, a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça.

A história anterior à criação da Sala Constitucional pode ser resumida em três períodos: 1812 a 1888, de 1888 até 1938, e o tempo compreendido entre este ano e o de 1989.¹²Esse resumo é apenas ilustrativo, já que não são bem exatos esses períodos.

O primeiro período caracterizou-se pela existência de um controle de tipo político da constitucionalidade, exercido por órgãos como o Congresso Nacional ou o Senado, mediante institutos como o veto. Não é necessário explicar as razões que levaram ao fracasso de tal sistema, pois, embora respeite ao extremo o esquema tradicional da separação dos poderes, o controle político da constitucionalidade das leis implica um certo grau de cultura jurídica e tradição democrática, que nem sempre existe nos países latino-americanos.

Num segundo espaço de tempo, a partir de 1888, e tendo como base o texto da Lei Orgânica dos Tribunais, adotou-se um sistema de tipo difuso, como o estabelecido nos Estados Unidos, no qual todos os órgãos encarregados de ministrar justiça deviam analisar e, no caso, não aplicar normas que considerassem contrárias ao texto da Constituição Política. O sistema quase não foi implementado. Quando o foi, verificou-se o problema das diferentes interpretações da Carta Fundamental, até que em 1938 foi concedido à Corte Suprema de Justiça, mediante emenda ao Código de Procedimentos Cíveis, o monopólio do controle da constitucionalidade das leis, deixando-se a proteção das liberdades públicas ao sistema difuso.

A adoção do sistema concentrado foi efetivada até o ano de 1949, quando a nova Constituição reconheceu expressamente o papel da Corte como intérprete e defensora da Lei Fundamental. Embora representasse um avanço significativo com relação aos sistemas anteriores, a verdade é que o controle por parte da Corte Suprema nunca conseguiu alcançar seus objetivos. Isso somente se obteve após a criação da Sala Constitucional.

12. Saenz Carbonel, Jorge Francisco, "Orígenes del control de Constitucionalidad de las Leyes en Costa Rica", in *Revista de Derecho Constitucional*, n. 1, janeiro-abril de 1991, San José. Corte Suprema de Justicia, pp. 29 e ss.

A - princípios inspiradores de sua função

O art. 1º da Lei da Jurisdição Constitucional estabelece que tal lei "*tem como fim regular a jurisdição constitucional, cujo objetivo é garantir a supremacia das normas e princípios constitucionais e os do direito internacional ou comunitário vigentes na República, a uniforme interpretação e aplicação dos mesmos e os direitos e liberdades fundamentais consagrados na Constituição ou nos instrumentos internacionais de direitos humanos vigentes na Costa Rica*"

Daí, assim como do texto da referida Lei n. 7.135, pode ser extraída uma série de princípios que informam a atuação da Sala Constitucional na defesa da supremacia do ordenamento da Carta Política da República.

O primeiro faz referência à amplitude do parâmetro de constitucionalidade. Este é formado não apenas pelo texto da Lei Fundamental, mas também pelas normas internacionais de direitos humanos e outras, ratificadas pelo Legislativo, mediante o procedimento respectivo, assim como pelos princípios constitucionais, como também é ampliado por disposição jurisprudencial para abranger a prática ou o costume constitucional.¹³

Também o âmbito de aplicação é muito amplo, não sendo passíveis de impugnação apenas as normas que contrariam a Constituição, mas também os atos de aplicação das mesmas, sua interpretação e os efeitos que possam produzir.¹⁴

O segundo grande princípio da justiça constitucional costarricense consiste em considerar a defesa da Constituição Política como assunto de interesse público. Assim, a atuação da Sala requer apenas provocação alheia. Mas, depois de instaurado um processo de constitucionalidade, sua atuação passa a ser realizada *ex officio*.

A gratuidade e a informalidade são parte do terceiro princípio. O amparo e o *habeas corpus* precisam apenas de um meio escrito qualquer para serem interpostos, desfrutando-se para isso até de franquia postal.¹⁵

Também a celeridade é destacada como fundamento da justiça constitucional, especialmente no tocante à proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, os prazos em matéria de amparo e *habeas corpus* são reduzidos e sua

13. V. art. 3 da Lei da Jurisdição Constitucional.

14. V. arts. 15, 29 e 73 *ibid.*

15. V. arts. 18 e 38 *ibid.*

tramitação é privilegiada em relação às de quaisquer outros processos. É dever da Sala manter sempre um magistrado de plantão e os meios necessários para que, vinte e quatro horas ao dia, possa atender às demandas dos particulares no menor prazo de tempo possível. Por razões de segurança, concede-se um prazo de prescrição para a interposição das demandas respectivas.¹⁶

As resoluções da Sala têm eficácia tanto para o passado quanto para o futuro, ficando a salvo apenas os direitos adquiridos de boa-fé. Este princípio é especialmente significativo no controle de constitucionalidade, que, em caso de sentença que declare a inconstitucionalidade, produz a anulação do ato questionado e seu conseqüente desaparecimento do ordenamento vigente.

A jurisprudência e os precedentes da Sala têm efeitos *erga omnes*, exceto para si própria, o que na prática permite uma dupla vantagem: por um lado, uniformiza a interpretação do ordenamento constitucional e é um fator de certeza jurídica. Por outro, permite que, caso se efetue uma mudança na composição da Sala, a jurisprudência possa mudar e se adaptar às novas circunstâncias e necessidades.¹⁷

Também tem a Sala capacidade discricionária ampla, podendo retificar, adicionar ou suprimir parte de suas decisões, quando de outra forma se atentasse contra os interesses públicos, de modo mais prejudicial que mediante a violação alegada. Ou seja, a Sala não se encontra obrigada a decidir contra o interesse público, ou a segurança nacional, por exemplo, para a simples satisfação de interesses particulares.

B competências em matéria constitucional

A Sala exerce sua jurisdição mediante três tipos de atuações: a defesa dos direitos fundamentais, chamada também de jurisdição da liberdade, no controle da constitucionalidade dos atos públicos, e noutras funções, o que detalharemos a seguir.

16. V. arts. 19, 23, 35, 43 e 44 da Lei da Jurisdição Constitucional.

17. V. arts. 13, 49 *ibid.*

1- jurisdição da liberdade¹⁸

Para a defesa dos direitos constitucionais, a Sala tem competência para conhecer dois tipos de processo: os recursos de amparo e de *habeas corpus*. Ambos se caracterizam por serem destinados a proteger os direitos consagrados na Constituição Política ou em tratados internacionais de direitos humanos, devidamente ratificados pelo país.

Eles têm em comum: o fato de serem considerados de prioritária e urgente tramitação, interpondo quaisquer outros assuntos que a Sala tivesse por decidir; bem como a existência de uma legitimação universal para iniciá-los (ou seja, qualquer pessoa pode interpor recurso de amparo ou *habeas corpus*, ainda que em benefício de um terceiro). Por fim, pela informalidade que os caracteriza, requer-se apenas de indicação do ato considerado lesivo e a autoridade responsável ou, ao menos, o órgão encarregado de aplicá-la.

a. recurso de *habeas corpus*

O *habeas corpus* é simultaneamente um direito subjetivo dos indivíduos e um processo constitucional.¹⁹ O aspecto substantivo é consagrado pelo art. 48 da Constituição e o aspecto processual estabelecido pelos arts. 15 e seguintes da Lei da Jurisdição Constitucional.

Com este tipo de recurso, tenta-se proteger a liberdade e a integridade pessoais, a liberdade de locomoção, contra atos realizados por autoridades públicas que indevidamente, ou seja, ilegitimamente, interrompam ou ponham em perigo tais direitos ou seu efetivo desfrute.

Existem quatro tipos de *habeas corpus*: o *reparador*, como no caso das detenções ilegais. Neste caso, o recurso tem a finalidade de fazer com que a pessoa recupere o uso de sua liberdade arbitrariamente perturbada. O *preventivo*, dado aos cidadãos para proteger-se contra a ameaça de eventuais detenções; aqui, o objetivo é obter uma sentença que restrinja a eventual atuação da autoridade, ou deixe sem efeito uma resolução ilegal que representara a ameaça da liberdade. No tipo *restritivo*, chamado assim porque sua finalidade é a de fazer cessar perturbações

18. O termo é empregado por Hernandes Valle, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, San José, Editorial Juricentro S.A., 1994, p. 38, entendida em sentido restrito como: "...constituída por uma série de instrumentos processuais dirigidos à tutela dos direitos fundamentais."

19. Hernandez Valle, Rubén, *El Derecho de la Constitución*, Editorial Juricentro S.A, San José, 1993.

e restrições à liberdade pessoal; o objetivo é que a Sala emita uma ordem de prevenção contra a autoridade, sendo similar à instituição anglo-saxônica do *warrant*. E o *habeas corpus corretivo*, dado com o objeto de fazer mudar o local onde esteja o detento, caso não seja o adequado para a qualificação legal deste.²⁰

Recebido um recurso deste tipo na Sala, ele é imediatamente transferido para um dos magistrados, chamado de "instrutor", que estudará a possibilidade de dar tramitação ao recurso, em cujo caso será emitida ordem à autoridade coatora, para que, no prazo máximo de três dias, restitua ao recorrente o desfrute de seus direitos ou apresente provas da legitimidade de seus atos. A apresentação de tal relatório é obrigatório e sua desatenção, assim como a inexatidão ou falsidade dele sujeitará o infrator às penas previstas pela lei. No caso, de prisão e interdição profissional.

Caso o recurso seja resolvido em favor do recorrente, a Sala ordenará que a este seja restabelecida a liberdade perturbada e condenará em abstrato o órgão ao pagamento dos danos e prejuízos causados, que será liquidado em processo de execução de sentença perante a jurisdição contenciosa administrativa.

b. o recurso de amparo

O modelo costarricense, inspirado inicialmente na legislação cubana dos anos quarenta, apresenta características próprias, porquanto se trata de um amparo inicial e não de um final, como é na maioria das legislações. Portanto, o amparo costarricense procede contra atuações administrativas do Estado, mas é incabível contra decisões judiciais.²¹

Diz o art. 29 da Lei da Jurisdição Constitucional que: "*o recurso de amparo garante os direitos e liberdades fundamentais a que se refere esta lei, salvo os protegidos pelo de habeas corpus*". Procede o recurso contra "*toda disposição, acordo ou resolução e, em geral, contra toda ação, omissão ou simples atuação material não fundada em ato administrativo eficaz, dos servidores e órgãos públicos, que tenha violado, viole, ou ameace violar quaisquer daqueles direitos... O amparo caberá não-só contra os atos arbitrários, mas também contra as*

20. Hernandez Valle, ob. cit., pp. 676 a 679.

21. Hernandez Valle, ob. cit., p. 686.

atuações ou omissões fundadas em normas erroneamente interpretadas ou indevidamente aplicadas."²²

São reconhecidas duas modalidades de amparo: o primeiro pode ser interposto contra autoridades públicas; o segundo contra sujeitos de direito privado que atuem ou devam atuar em exercício de funções ou poderes públicos, ou estejam, de fato ou de direito, numa posição de poder perante a qual os remédios jurisdicionais comuns resultem tardios ou insuficientes para garantir os direitos ou liberdades fundamentais tutelados pelo amparo contra servidores públicos.²³

A tramitação e conseqüências dadas a este tipo de recurso são similares aos do *habeas corpus*, apenas reiterando que o primeiro sempre tramitará com prevalência sobre qualquer outro, inclusive sobre o amparo.²⁴

Encontram-se fora do alcance do amparo as leis e outras fontes normativas, as resoluções do Poder Judiciário, os atos administrativos que executem tais resoluções, os atos que carreguem conseqüências meramente patrimoniais nos quais o administrado tenha dado validamente seu consentimento e os atos e disposições do Tribunal Supremo Eleitoral em matéria de sua competência exclusiva de interpretar a Constituição em questão eleitoral.

2- controle de constitucionalidade

Controle de constitucionalidade é a verificação de um ato lesivo (particularmente da lei) à Constituição.²⁵ A Constituição Política, em seu art. 10, amplia o âmbito de aplicação do controle aos outros atos com caráter normativo (regulamentos administrativos) e aos outros atos sujeitos ao direito público.

A Lei da Jurisdição Constitucional estabelece dois mecanismos principais de controle da constitucionalidade: as consultas judiciais e legislativas e a ação de inconstitucionalidade, a cada uma das quais nos referiremos a seguir.

Em todo caso, resulta importante salientar um aspecto que já foi mencionado: o parâmetro de constitucionalidade estabelecido pela lei compreende

22. Ver art. 29 da Lei da Jurisdição Constitucional.

23. Os arts. 29 a 56 falam do amparo contra autoridades públicas, no entanto os arts. 57 a 65 disciplinam o amparo contra sujeitos do direito privado.

24. V. art. 30 da citada Lei.

25. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 30.

não apenas as normas positivas, mas inclui os princípios constitucionais, o costume constitucional, o Regulamento Interno da Assembléia Legislativa, os tratados internacionais ratificados, seguindo as regras do art. 7 e a Constituição derogada de 1871 para os atos promulgados na época e que não forem contrários à atual Carta.

Sendo um controle realizado por um só órgão, pode-se dizer que é um controle concentrado. Pela natureza do órgão que decide sobre a constitucionalidade, é um controle judiciário. Pode tanto ser controle prévio, quanto posterior, tanto incidental, quanto principal, como veremos a seguir.

a. as consultas de constitucionalidade

Existem dois tipos de consultas: a *legislativa* e a *judiciária*.

A *consulta legislativa* de constitucionalidade é um encaminhamento de um projeto antes da consolidação de um procedimento legislativo, para que a Sala resolva se há ou-não incompatibilidades com a Lei Fundamental. A consulta pode ser preceptiva ou obrigatória, quando esteja sendo emendada a Constituição, ou sendo aprovado um tratado internacional, ou sendo feitas reservas ao mesmo. Também pode ser encaminhada a consulta sobre um projeto qualquer, apresentada por petição de pelo menos dez deputados; por provocação da Corte Suprema de Justiça, do Tribunal Supremo de Eleições ou do Tribunal de Contas da República, bem como do Defensor dos Habitantes (este último, quando o projeto envolver violação de direitos fundamentais). Nos casos de consulta não-obrigatória, a mesma deverá fundamentar as razões que levam à suspeita da existência de um vício de inconstitucionalidade no projeto.

Nestes casos, a decisão emitida pela Sala terá efeito vinculante somente quando estabelecer a existência de trâmites inconstitucionais no projeto consultado.

A *consulta judiciária* poderá ser levantada por qualquer juiz, que emitirá resolução a respeito e remeterá os autos pertinentes à Sala, para que esta resolva sobre a questão de constitucionalidade.

b. a ação de inconstitucionalidade

A ação de inconstitucionalidade é um processo de revisão da constitucionalidade dos atos públicos solicitado por um indivíduo, seja um particular, ou seja uma das autoridades expressamente autorizadas para tal função. Baseia-se na supremacia que têm as normas e princípios constitucionais sobre as

outras normas que componham o ordenamento de uma determinada sociedade, e do princípio de regularidade jurídica, segundo o qual os atos normativos devem sujeitar-se aos que sejam hierarquicamente superiores a eles. Assim, o controle visa decidir se existe ou não violação a estes princípios, e resolver em favor ou contra a validade a norma infraconstitucional analisada.

Pode ser pleiteada contra leis ou outros atos normativos, contra os atos subjetivos das autoridades públicas, contra as emendas constitucionais que violarem as normas de procedimento, contra o ato de ratificação de tratados internacionais ou contra estes, ou contra a inércia, as omissões e as abstenções das autoridades públicas.²⁶

Têm legitimação para acionar na via constitucional quem tenha um processo pendente de decisão perante os tribunais. Não será necessário haver processo em andamento quando, pela natureza do assunto, não exista lesão individual e direta, ou se pretenda a defesa de interesses difusos, ou que atinjam toda a coletividade. Também estão legitimados para acionar perante esta via o Presidente do Tribunal de Contas, o Procurador Geral da República e o Defensor dos Habitantes (*Ombudsman*)²⁷

Como resulta fácil apreciar, a Lei da Jurisdição Constitucional misturou uma série de formas de controle presentes na doutrina e na legislação comparadas. A consulta legislativa é um claro exemplo de controle preventivo, enquanto a ação e a consulta judiciária o são de controle posterior ou repressivo. Também, a legitimação para acionar a inconstitucionalidade de um ato pode ser do tipo incidental (ter um caso pendente) ou principal (nos outros casos).

Os efeitos em geral do funcionamento do controle de constitucionalidade têm sempre um traço comum: um ato declarado inconstitucional é um ato anulado, eliminado do ordenamento jurídico, sendo que apenas os direitos adquiridos de boa-fé podem subsistir.

3- outras competências

A Lei n. 7.135 ainda estabelece mais uma competência para a Sala Constitucional. Trata-se da função de resolver os conflitos de competência surgidos entre os poderes do Estado, incluído o Tribunal Supremo de Eleições, ou entre eles e

26. Ver art. 73 da Lei da Jurisdição Constitucional.

27. Ver art. 75 da citada Lei.

o Tribunal de Contas. Também resolve os conflitos de competências constitucionais entre quaisquer dos poderes e as entidades descentralizadas, municipalidades ou outras pessoas de direito público, ou aqueles surgidos entre esses entes e outros da Administração indireta.²⁸

Conclusão

Em todo caso, a resposta que as autoridades tiveram com relação à justiça constitucional demonstra que seu desempenho tem sido positivo. Pela primeira vez na história do país, a Constituição Política aproximou-se da tão-desejável normatividade com que Loewenstein qualificou às cartas dos países politicamente mais desenvolvidos.

A revolução institucional produzida na Costa Rica logo após a implementação da Sala Constitucional demonstrou dois aspectos de similar magnitude e relevância: por um lado, as violações à supremacia constitucional e aos direitos assim consagrados, que vinham sendo cometidas pelas autoridades eram largamente estimuladas por um sistema de controle inexistente ou estéril de constitucionalidade; por outro, a implementação da justiça constitucional nos termos citados provocou grandes críticas de parte dos membros de cúpula dos poderes Executivo e Legislativo, que observavam como a arbitrariedade de seu poder estava sendo consumida por uma onda de normatividade constitucional que contagiou a todos os extratos da sociedade costarricense.

A existência de um órgão independente e especializado para tratar de um assunto tão-delicado, quanto à interpretação da Constituição, poderia servir eventualmente para que em outros países da instável região latino-americana, se afastasse cada vez mais do uso arbitrário e desmedido do poder político e suas adversas conseqüências. A normatividade constitucional pode nascer ou da vivência popular não-institucionalizada ou de mecanismos que obriguem as autoridades públicas a respeitar as normas que subjassem dos textos positivados na Constituição Política.

São Paulo, janeiro de 1996.

28. Ver art. 109 da Lei da Jurisdição Constitucional.

BIBLIOGRAFIA

- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo y Democracia*. 2ª ed. em espanhol. México : Fondo de Cultura Económica, 1992.
- COSTA RICA, leis e decretos. *Constitución Política de la República de Costa Rica*. de 7 de novembro de 1949.
- Ley de la Jurisdicción Constitucional*, n. 7.135 de 11 de outubro de 1989.
- Ley General de la Administración Pública*, n. 6.227 de 1979.
- Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, n. 3.667 de 12 de março de 1976.
- CALDERÓN, Grover. *Constitución Política y Derechos Humanos*. 1ª ed. Lima : Instituto de Derechos y Ciencias Políticas, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo : Saraiva, 1994.
- GUTIERREZ, Carlos José. *El Funcionamiento del Sistema Jurídico*. San José : Editorial Juricentro S.A, 1979.
- HERNANDEZ VALLE, Rubén. *Derecho Procesal Constitucional*. 1ª ed. San José : Editorial Juricentro, 1994.
- _____. *El Derecho de la Constitución*. 1ª ed. San José : Editorial Juricentro, 1993. 2 vs.
- KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México : Imprenta Universitaria, 1949.
- SAENZ CARBONEL, Jorge. *El Despertar Constitucional*. 1ª ed. San José : Libro Libre, 1985.
- _____. Orígenes del control de constitucionalidad de las Leyes en Costa Rica in *Revista de Derecho Constitucional*, n. 1 Janeiro-abril de 1991. San José : Corte Suprema de Justicia.

CORPORATIVISMO ESTATAL E SOCIETAL: ESTATUTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E PROPOSTA DE DEFENSORIA-GERAL DA JUSTIÇA *

*Alfredo Attié Junior*¹

Juiz de Direito em São Paulo

Doutorando em Filosofia Política pela FFLCH USP

"Yea but I vilifie the present times, you say, whiles I expect a more flourishing state to succeed; be it so, yet this is not to vilifie modernitie, as you pretend".

Resumo:

O artigo procura recuperar as idéias da representação e da legitimidade ligadas ao tema do sufrágio universal e bem delimitar os contornos do conceito de legitimação para o fim de criticar o estatuto constitucional e legal do Ministério Público no Brasil e propor a conformação de um órgão mais compatível com a idéia de um corporativismo societal em contraposição àquele estatal, a Defensoria-Geral da Justiça. Discorre sobre as conseqüências do Princípio Democrático constitucionalmente conformado sobre a configuração dos instrumentos de garantia dos direitos fundamentais, propondo uma organização do poder judiciário ou judicial mais compatível com tais princípios e a institucionalização da ação civil pública e da ação direta de inconstitucionalidade (com as características de uma verdadeira ação) como instrumentos basilares, restaurados o princípio democrático, e a representação e a legitimidade atentas ao imperativo constitucional do sufrágio. Preocupa-se com a idéia de formação dos profissionais jurídicos, em face do conceito de civilização e da participação e controle da sociedade sobre tal formação. Propõe a ampliação da legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e a reconfiguração da legitimidade para a propositura da ação civil pública, restaurando a natureza e o regime jurídicos dos interesses sociais, coletivos e difusos, distinguindo-os do interesse público enquanto interesse estatal.

* No XIII Congresso Brasileiro de Magistrados, Vitória, Espírito Santo, Brasil, 1993.

1. Foi advogado e Procurador do Estado de São Paulo, tendo sido docente do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e do Departamento de Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP).

Abstract:

This paper intends to discuss the concepts of representation and legitimacy by reference to the Democratic Principle. It criticizes the Brazilian Public Attorney Statute and proposes the idea of an institution, called "Defensoria-Geral da Justiça" on developing the idea of a societal consciousness. By giving suggestions to increase the legal definition of the judicial power, it demonstrates the necessity to the society to be aware of the education of the legal professionals. Otherwise it demonstrates the need to modify the statute of some constitutional remedies and guarantees.

Unitermos: Ministério Público, Defensoria-Geral da Justiça, Corporativismo Societal.

1. A atual Constituição Federal brasileira é bastante explícita ao estipular o *princípio democrático* e a forma de sua expressão concreta: *"todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição"* (parágrafo único do artigo primeiro).

A *origem do poder* encontra-se no *povo*.

Seu *exercício*, contudo, pode ser *direto* - que a Constituição parece entender como excepcional - ou por meio de *representantes*.

Quando se estabelece a *representação* - a Constituição é clara sua *legitimidade* se afere pela *eleição*.

Em conclusão, nossa *Charta Magna* apenas admite a interposição do representante se *legitimado* pela *eleição*.

Tal forma de *democracia representativa*, qualificada pela necessidade do *sufrágio*, gera conseqüências de extrema relevância, às quais, talvez, a doutrina não tenha voltado suficiente atenção.²

2. Os comentários, a rigor, são lacônicos, no que diz respeito a retirar do princípio tais conseqüências. Para citar dois exemplos: *"a Constituição completa a caracterização da forma de governo do País com o enunciado do princípio democrático. Tem o cuidado de acrescentar que o poder democrático se manifesta tanto pelo seu exercício por representantes eleitos quanto, de modo direto, nos termos que a própria Constituição adiante prevê. Sim, a Constituição segue o modelo da chamada democracia semidireta, na qual o elemento representativo é contrabalançado pela tomada de certas decisões pelo povo de modo direto e imediato"* (Ferreira F.º, M.G., *Comentários à Constituição de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1990, v. 1) (aqui se grifou). *"De fato, o exercício moderno da democracia se dá em grande parte pela sua modalidade indireta, isto é: ao povo se reserva tão-somente o direito de escolher os seus representantes. É neste momento que o eleitor exerce seu ato político capital ... Não há qualquer viabilidade dentro da hora atual de o povo participar diretamente da decisão política ... É certo que, em pequena escala, esta manifestação*

Tratando-se, por exemplo, da questão da ação civil pública, portanto da concretização de um direito fundamental por meio de um remédio constitucional, a análise da questão mostra-se imprescindível porque, em geral, no evoluer do debate esquecem-se os contendores, ancorando seus argumentos em princípios pré-constitucionais ou na democracia como modelo, da lição bem lançada pelo ilustre constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho:³ "*como conceito-chave da Constituição, como princípio estruturante fundamental, o princípio democrático só pode compreender-se como princípio constitucionalmente conformado (Verfassungsgemäss) ... Uma compreensão metodológica e autônoma do princípio democrático constitucional tem de considerar como ponto de partida normativo a sua concreta conformação constitucional*", não se permitindo perder no emaranhado de - muitas vezes ignoradas - "*deduções apodíticas sobre uma pretensa ratio essendi do princípio democrático*".

Discorrendo sobre a *representação política*, malgrado circunscrevendo-a ao âmbito das *instituições legislativas*, Paolo Biscaretti di Ruffia⁴ lhe concede a natureza de *representação de interesses* em contraposição à *representação de vontades*, vista sob o ângulo do direito privado: "*la representación política tiene en cuenta... intereses generales de toda la colectividad popular tal como vienen a resultar de las fuerzas sociales y políticas que en ella se nueven, de las corrientes de pensamiento que en ellas se determinan y de las variadas propuestas de gobierno que se formulan y sostienen ... Y, por esto, es eminentemente representación de intereses generales o políticos ... Un sujeto actúa en nombre propio, pero en interés de outro*"⁵

direta torna-se possível, o que será visto mais adiante" (Bastos, C. & Martins, I.G. da S., *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1988, v. 1) - (aqui se grifou).

3. *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 4ª ed., 1986.

4. *Derecho Constitucional*, Trad. Verdú, P.L., Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1982.

5. Com relação à natureza diversa da representação no âmbito do direito privado, poder-se-á consultar Gomes, O., *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 6ª ed., 1979. Neste âmbito, cumpre salientar que a *representação legal* portanto independente de manifestação de vontade do representado, somente se admite em situações excepcionais, "*diante da impossibilidade jurídica das pessoas incapazes proverem seus próprios interesses*" De resto, a representação legal se circunscribe ao "*campo do direito de família, pessoal ou patrimonial*", ou na subordinação ao *interesse do grupo* (família, categoria profissional) caso em que, a rigor, a representação é dada à associação ou corporação profissional, perfazendo-se a manifestação de vontade na origem; escolha dos representantes pelos consociados - ou ao de *terceiros* (falência, concordata).

O fundamento jurídico de tal representação - prossegue o eminente catedrático de Pavia - qualifica-se, "*de ordinario, según el procedimiento electoral empleado para la formación de la Cámara*". Isto muito embora reconhecendo o caráter de *insuficiência* e de *prescindibilidade* da eleição, uma vez que, no concernente aos *requisitos de subsistência* de tal *representação legal e necessária*, "*es preciso reconocer que no se há encontrado hasta ahora un procedimiento eficaz distinto del electivo, realizado en un ambiente de verdadera libertad*".

É evidente que somente se pode assumir tais *insuficiência* e *prescindibilidade* de um ponto de vista *extraconstitucional*, pois, para empregarmos o raciocínio kelseniano⁶ - malgrado, neste ponto, evidentemente *tautológico*⁷ -, "*sob a condição de pressupormos a Grundnorm: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. A função desta Grundnorm é tornar racional a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humana, de uma ordem coercitiva globalmente eficaz, quer dizer, interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo*" Assim, da perspectiva normativo-constitucional, permite-se estabelecer o silogismo -razão de validade de uma norma positiva: "*a premissa maior é uma norma considerada como objetivamente válida por força da qual devemos obedecer aos comandos de uma determinada pessoa, quer dizer, nos devemos conduzir de harmonia com o sentido subjetivo destes atos de comando; a premissa menor é a afirmação do fato de que essa pessoa ordenou que nos devemos conduzir de determinada maneira; e a conclusão, a afirmação de validade da norma*". Eis, portanto, o círculo de pressuposição da *Grundnorm*.

O que cria, aqui, é um *critério normativo* a precisar convenientemente a *responsabilidade política* dos que se desejam *representantes* perante a *coletividade*: "*garantia muy eficiente para los fines del mantenimiento de la mencionada homogeneidad de interes. Y dada que el pueblo elige y envia a la Asamblea representativa a aquellas personas, en la convicción de que representan y tratan de realizar los intereses generales afirmados en las corrientes de pensamiento y en los programas políticos, de los cuales se han declarado*

6. Kelsen, H. *Teoria Pura do Direito*, trad. Machado, J.B., Coimbra, Arménio Amado, 5ª ed., 1979.

7. Attié Jr., A. "O direito constitucional como processo", in *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, abril/maio de 1993.

exponentes - entonces bien puede admitirse que, con tal significado más genérico, se hable de mandato político en las elecciones y que se califiquen diputados en el Parlamento a los elegidos".

A eleição, portanto, mostra-se saudável mecanismo a prevenir os já conhecidos malefícios da idéia tão-sedutora para os *Estados autoritários* - da chamada *representação orgânica* ou institucional, empregada, *"sin recurrir a procedimientos electorales ... con la mira de demostrar la posibilidad para algunos componentes calificados de los distintos grupos sociales (en los cuales apareceria espontaneamente organizado el pueblo...)* de interpretar com competência específica as necessidades particulares, aparte de cualquier elección directa por los consociados".

A Constituição Federal fixa a eleição como o direito político por excelência: *"todos aquellos que gozan de derecho electoral forman parte del cuerpo electoral, y la función de los mismos se realiza...se presenta como una manifestación de autogobierno reconocido a la correspondiente colectividad"*.

Implica, deste peculiar modo, a *democracia como princípio normativo* ao elemento representativo qualificado pelo sufrágio.

Vale a pena, neste aspecto, acompanhar a preleção do eminente professor de Coimbra: *"o princípio democrático, constitucionalmente assegurado, é mais do que um método ou técnica de os governantes escolherem os governados [sic]. Como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se impulso dirigente de uma sociedade ... Há um objectivo a realizar através da democracia ... Só encarando as várias dimensões do princípio democrático ... se conseguirá explicar a relevância dos vários elementos que as teorias clássicas procuravam unilateralmente transformar em ratio e ethos da democracia. Designadamente: {1} o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes; {2} o princípio democrático não ignorou ser hoje o problema fundamental da democracia o de estruturar processos que ofereçam aos cidadãos efectivas 'chances' de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos. É para este sentido participativo que aponta o exercício democrático do poder, a participação organizada do povo e o reconhecimento*

constitucional da participação directa e activa dos cidadãos como instrumento fundamental da consolidação do sistema democrático".

As considerações do professor Gomes Canotilho amoldam-se, sem necessidade de esforço de migração, ainda mais à estrutura de nossa Constituição, quando respeitantes à categoria da *representação*: "*a Constituição... não se baseia em princípios políticos formais ... A representação, como elemento constitutivo do princípio democrático é democrática neste sentido: ao pressupor um direito de voto geral e igual, ao assentar num sistema partidário democrático do poder, ao possibilitar a formação de governos com legitimidade democrática*" Para concluir, de forma lapidar: "*o elemento representativo, sem misticismo ou desgraça, é um instrumento funcional para legitimar órgãos de soberania de um Estado democrático*"⁸

O *princípio representativo*, bem assim, por determinação constitucional, exige o *direito de voto* o "*sufrágio geral, igual, directo, secreto e periódico*"

Para arrematar: *não se concebe representação no âmbito dos direitos políticos dissociada da eleição.*

"La Souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point: elle est la même, ou elle est autre; il n'y a point de milieu. Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses représentants ... L'idée des Représentants est moderne: elle nous vient du Gouvernement féodal, de cet inique et absurde Gouvernement dans lequel l'espece humaine est dégradée, et où le nom d'homme est dans deshonneur".

A distinção entre *direitos fundamentais* e *garantias* remonta a Rui Barbosa,⁹ ao separar as "*disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições*

8. Ob. cit.

9. *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1932, v. 1, 2 e 6; *República: Teoria e Prática*, Petrópolis/Brasília, Vozes/Câmara dos Deputados, 1978.

assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não-raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito".

Comportam as *garantias* uma acepção ampla e outra estrita.¹⁰ Entendidas de maneira extensa, seriam, ainda no verbo de Rui, "*acima de tudo as providências que, na Constituição, se destinam a manter os poderes no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalançado e simultâneo das suas prerrogativas. Dizemos, então, garantias constitucionais no mesmo sentido em que os ingleses falam nos freios e contrapesos da Constituição*" No sentido mais específico, apostilava o constitucionalista da República à Constituição de 1891, chamam-se, "*primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores da nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana*".

O ilustre professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, titular da Universidade de São Paulo, acrescenta à classificação barbosiana o fato de também se poderem chamar *garantias* os *remédios constitucionais*: "*ações que servem especialmente à proteção dos direitos fundamentais*"

A Constituição Federal de 1988 abriga, sob a rubrica "*Dos direitos e deveres individuais e coletivos*" direitos e garantias.

Dentre estas, as que nos interessam, aqui, mais de perto, são as que se constituem em *remédios constitucionais*.

O art. 5º refere o *habeas-corpus* (inciso LXVIII), o *mandado de segurança* (inciso LXIX), o *mandado de segurança coletivo* (inciso LXX), o *mandado de injunção* (inciso LXXI), o *habeas-data* (inciso LXXII) e a *ação popular* (inciso LXXIII).

De maneira bastante insólita, o constituinte optou por afastar do leitor da *Lei Fundamental*, do cidadão, portanto, a visão da *ação civil pública* ao lado dos demais *remédios constitucionais* muito embora como tal se caracterize -, deslocando sua regulação para o art. 129, inciso III, classificando-a como *função institucional* do Ministério Público.

10. Comentários cit.

Fê-lo malgrado o critério extenso de fixação da *legitimação* para a sua propositura, consagrado desde 1985, no art. 5º da Lei n. 7.347.

Ainda, o constituinte parece ter relegado a um plano secundário a *legitimação* da *União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas* e, sobretudo, das *fundações e associações* (art. 5º cit. da Lei que disciplina a ação civil pública cit.), ao explicitar tais sujeitos como "terceiros" não-impedidos pela *legitimação* que parece ter entendido como principal - do Ministério Público.

Ora, a originalidade de nossa atual *Constituição* consiste não apenas no afastamento de uma *garantia* de sua, por assim dizer, comunhão com as demais,¹¹ mas sobretudo em inverter a posição de *representantes* e *representados* na *legitimação* para a sua efetivação, valorizando aqueles em detrimento destes, ao suprimir ao contrário do critério para todos os demais *remédios* o rol dos legitimados, encobrindo-os sob a denominação "*de terceiros*"

A ação popular é concedida a "*qualquer cidadão*".

A qualidade subjetiva para agir é, também, ilimitada no que se refere ao *habeas-corporis*, ao *habeas-data* e ao *mandado de segurança*.

A mesma ilimitação deveria ser estendida ao *mandado de injunção*, uma vez que alude à inviabilidade do *exercício* de direitos, legitimando todo sujeito que se encontre em tal situação, pela ausência de regulamentação de disposição constitucional, sendo o espírito da *injunction* avesso a que o legislador destinatário ou sujeito passivo da determinação constitucional - restrinja o âmbito de proteção do cidadão.

11. O que gera equívocos na doutrina, onde se parece olvidar a natureza da ação civil pública, deixando de estudá-la em sua relação com os demais remédios constitucionais. Desloca-se sua análise ao instante em que se introduz as funções essenciais ao Poder Judiciário. Assim, em Ceneviva, W., *Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1989; Silva, J.A. da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2ª tiragem, 1990; Bastos, C.S.R., *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989. A questão se apresenta de gravidade intensa, uma vez que tais livros são empregados para a formação dos estudantes. A honrosa exceção, aqui, cabe ao professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que tratou, em seu *Curso de Direito Constitucional*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989, que não se deixou *seduzir* pela ordem de disposição escolhida pelo constituinte, vindo a tratar da ação civil pública no capítulo destinado aos remédios de direito constitucional: "*a ação civil pública, embora não-prevista no Título II da Constituição... alinha-se às demais garantias instrumentais dos direitos constitucionalmente deferidos ... Constitui, ao lado da ação popular, meio de defesa e proteção do interesse público*". Os malefícios da opção do constituinte se revelam, de maneira ainda mais a se lamentar, nos manuais dedicados à população, em geral, v.g.: Cotrim, G.V., *Acorda Brasil - o que você deve saber sobre a Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1989.

Enfim, o *mandado de segurança coletivo* tem estabelecidas, no próprio texto constitucional, de maneira expressa, em face de sua *ratio essendi* particular, as pessoas legitimadas (*alíneas a e b* do inciso LXX cit.).

A ausência de referência à *ação civil pública* no art. 5º e a forma de sua introdução no art. 129 (dispositivo que complementa a definição do Ministério Público, posta no art. 127), contudo, abrem espaço à indagação de seus *fundamento, validade e eficácia*, enfim, a uma *hermenêutica crítica*, embasada no *princípio democrático*, qualificado, como aqui se fez observar, pelo *elemento representativo*, cuja *legitimidade* se circunscreve, com férrea necessidade, à *eleição*.

A Constituição parece querer indicar que o Ministério Público *representaria* - em primeiro lugar pela incumbência de defendê-los, e, em segundo lugar, por caber-lhe a promoção de sua proteção, por meio do *inquérito* e da *ação civil pública* - os "*interesses sociais e individuais indisponíveis*" (na redação do art. 127) ou o "*patrimônio público e social*" o "*meio ambiente*" e "*outros interesses difusos e coletivos*" (nos termos do inciso III do art. 129).

Tais dispositivos esboçam, desde logo, ao intérprete, a imagem da tentativa de *assimilação* entre a *instituição* que se deseja *permanente* - e os *interesses* - alçados à *indisponibilidade*.

Essa *assimilação*, a toda evidência, consagra-se na *representação*.

A norma fixa um caso de *representação* pela via do *processo*, que se diz *legitimação*.

Indaga-se, porém, se a tal *legitimação*, de origem constitucional, corresponde, no *plano material*, a *legitimidade*, cuja exigência também se estabelece na *Constituição*, em *norma* ou *princípio* de hierarquia superior, por dizer respeito à própria *conformação* das instituições que se desejam *representativas*, ao receberem o cometimento de funções oriundas da *soberania*.¹²

12. A unidade da Constituição, fizemos observar, estabelece-se como unidade hierárquico-normativa, na feliz expressão do professor Gomes Canotilho. Como bem salienta, todavia, "*sendo a Constituição uma estrutura de tensão e não se podendo transformar uma lei constitucional em 'código' exaustivo da vida política, o princípio da unidade da Constituição é igualmente um princípio de interpretação*" (ob. cit.). Daí a necessidade de se construir, com base em metódica tipologia dos princípios e das normas, a estrutura sistêmica constitucional: que indique a superação dos conflitos e tensões pelo estabelecimento da correta hermenêutica, adequando as normas aos princípios, sempre imanescentes, que as conformam de maneira normativa e exegética. Neste sentido, os princípios se beneficiam de "*uma objetividade e presencialidade normativa que os dispensa de estarem consagrados expressamente em qualquer preceito particular ... carecem de uma mediação semântica mais intensa, dado a sua 'idoneidade normativa irradiante' ser, em geral, acompanhada por uma menor densidade concretizadora (por e.: o princípio democrático pode ser esgrimido como*

A Constituição, ao consagrar a *representação política*, como forma principal do exercício do poder político, diz-nos o professor Gomes Canotilho,¹³ "já aponta para a inadmissibilidade do modelo puro e simples da 'democracia identitária'. O postulado da identidade (entre governantes e governados) anda historicamente associado à sua própria subversão, ou seja, a pretensas identidades histórico-espirituais entre 'povos' e 'Führers', expressas através de plebiscitos ou decisões aclamatórias". Mostra-se refratária a "qualquer adesão a um decisionismo identitário, místico e existencial ... A representação, constitucionalmente consagrada, é um processo normativo e não uma manifestação existencial".

Com efeito, se a sociedade é fragmentária dividida por um sem-número de razões, de ordem social, econômica, cultural, etc.,¹⁴ que se refletem e realizam também no nível político a *Constituição* não poderia, fechando os olhos para a *realidade*, pretender dissolver as *diferenças* na construção de uma *identidade* artificial. Sob pena de, desconsiderando o *princípio democrático*, consagrar seu antípoda: o regime *totalitário*, único que se permite, por meio de normas vagas,

princípio de interpretação, mas, em geral, ele está concretizado noutras normas da Constituição"). Daí a classificação que o constitucionalista oferece: princípios jurídicos fundamentais; princípios políticos constitucionalmente conformadores; princípios constitucionais positivos e princípios-garantia. Aqui, o princípio democrático despona - pela objetivação histórica - como cerne político de uma constituição política, sua imposição fixando a maior garantia da permanência de uma consciência jurídica construtiva, voltada à recuperação da capacidade política original.

13. Ob. cit.

14. A respeito, cite-se insuspeito sociólogo: "as chances de vida nunca são igualmente distribuídas. Não conhecemos nenhuma sociedade na qual todos os homens, mulheres e crianças tenham as mesmas prerrogativas e gozem dos mesmos provimentos. Não conhecemos sequer uma em que todos tenham o mesmo status ... A sociedade é necessária porque pessoas diferentes têm de criar instituições comuns para sobreviver e melhorar de vida ... Não precisamos persistir na questão das desigualdades naturais entre os humanos aqui, a não ser para dizer que os interesses e motivações das pessoas diferem, e que, em todas as sociedades, encontraram maneiras de organizar estas diferenças sob formas que envolvem tanto coordenação quanto subordinação. A divisão do trabalho coordena diferentes tarefas para um efeito comum; a estratificação social subordina alguns a outros, ao aplicar uma escala de valores na qual alguns são posicionados abaixo de outros ... A distribuição desigual das chances de vida é um resultado das estruturas de poder ... A 'sociabilidade insociável' do homem é o ferrão que produz os antagonismos dos quais o progresso flui, incluindo mais chances de vida dentro de um contrato social aperfeiçoado. O poder gera não apenas a desigualdade mas, pelo mesmo motivo, conflito ... A origem do conflito de classe, então, é encontrada nas estruturas de poder, as quais não possuem mais a qualidade absoluta de hierarquia entrincheirada. O assunto do conflito de classe são as chances de vida. Mais precisamente, é a distribuição desigual das chances de vida ... Passamos progressivamente das desigualdades qualitativas para as desigualdades quantitativas..." (Dahrendorf, R.; *Conflito social moderno*. Trad. Aguiar, R. & Rocha, M.A.E. da, São Paulo, Jorge Zahar/EDUSP, 1992).

declarar a *identidade* de interesses do *povo* (considerado em abstrato), *assimilando* as figuras dos *representantes* e *representados*.

A *norma constitucional*, em síntese, consubstanciada nos arts. 127 e 129, não pode ser considerada como uma adequação pura e simples *mística*, porquanto oriunda de uma mera enunciação normativa - entre o *dever* do órgão estatal (de defender, de proteger) e os *interesses* que enumera: indisponíveis, coletivos, difusos.

Mormente porque falece ao órgão *representante* a *legitimidade original* (art. 1º, parágrafo único, da Constituição). O órgão a quem incumbe a defesa e a proteção de tais interesses, representando-os em Juízo, está destituído do mandato político, necessário à consecução dos direitos políticos.

Dai o fato de ser recorrente, em ações, a alegação de *ilegitimidade* ativa do Ministério Público.

Alegação, entretanto, originária de uma confusão entre o direito processual - para o qual é bastante a *legitimação* abstrata e o direito material.

Este último designa o *cerne da ação*: é o próprio *objeto* de uma ação que se deseja *remédio constitucional*.

Está *legitimado* à *representação* material dos interesses que afirma defender?

Nos termos dos arts. 127 e 129, ou seja, no plano exclusivamente processual, a resposta parece afirmativa.

Entretanto, no plano material, parece faltar-lhe a *representação*, por *ilegitimidade*.

"L'élection est la base du modèle démocratique. Elle constitue un procédé de désignation des gouvernants opposé à l'hérédité, à la cooptation ou à la conquête violente, qui sont les moyens autocratique ... En pratique, le développement de l'élection s'est fait cependant de façon continue, par la logique même du système ... Les élections libres ainsi définies ont paru dangereuses à certaines époques ... Certaines théories ingénieuses de la représentation populaire ont donc été inventées, afin de limiter la portée des élections. Par ailleurs, le rôle des élections reste limité..."

A *democracia*, na definição *moderna*, consoante bem expressa Maurice Duverger,¹⁵ é o *regime em que os cidadãos governam por si mesmos ou por intermédio de governantes eleitos*.¹⁶

Qualquer elemento *autocrático* poderá levar a abalar a solidez democrática do sistema político, transformando-o, nas palavras do eminente cientista político e constitucionalista deste século, em uma *démi-democratie*.

Dáí a existência do relógio da *legitimidade*.

A *legitimidade* é antiga questão posta ao debate da *política* e do *direito constitucional*.

Sua formulação mais radical talvez tenha sido dada no manuscrito que o jovem jurista La Boétie confiou a seu amigo Montaigne:¹⁷ "*gostaria apenas de entender como pode ser que tantos homens, tantos burgos, tantas cidades, tantas nações suportam às vezes um tirano só, que tem apenas o poderio que eles lhe dão, que não tem o poder de prejudicá-los senão enquanto têm vontade de suportá-lo, que não poderia fazer-lhes mal algum senão quando preferem tolerá-lo a contradizê-lo*", ao lamentar, "*com conhecimento de causa*", ser um "*extremo infortúnio estar-se sujeito a um senhor, o qual nunca se pode se certificar de que seja bom, pois sempre está em seu poder ser mau quando quiser; e em ter vários senhores, quantos se tiver quantas vezes se é extremamente infeliz*"...¹⁸

A *legitimidade* corresponde à indagação da razão e da justificação da *submissão política*, considerada a sua investigação não mais no sentido, digamos, *revolucionário laboétiano*, senão no da *Herrschaftssoziologie* de Max Weber.¹⁹

Neste aspecto, acreditava o sociólogo alemão que nenhuma *forma de dominação* contentar-se-ia com a *obediência forma de submissão exterior pela razão, por oportunidade ou por respeito* - mas procuraria sempre despertar nos

15. *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 16ª ed., Paris, PUF, 1980, v. 1º

16. "*un régime où citoyens gouvernement par eux-mêmes ou par l'intermédiaire de gouvernants élus*".

17. *Le discours de la servitude volontaire*. (c. 1552).

18. Vício inominável da servitude: "*doncques quel monstre de vice est cecy, qui ne merite pas ancore le titre de couardise, qui ne trouve point de non asses vilain, que la nature desadvoue avoir fait, et la langue refuse de nommer?*"

19. *Economia e Sociedade*. Trata-se a *sociologia política* de Weber de uma sociologia da dominação: "*a dominação está no âmago do político e que o agrupamento político é antes de mais nada um agrupamento de dominação*", na glosa de Freund, J., *Sociologia de Max Weber*. Trad. Castro e Costa, J.C. de, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1980.

membros "a fé em sua legitimidade, ou seja, transformar a disciplina em adesão à verdade que ela representa".²⁰ Daí sua concepção dos três tipos de legitimidade, entre os quais nos interessa mais de perto o que refere a *dominação racional*: "tem por fundamento a crença na validade dos regulamentos estabelecidos racionalmente e na legitimidade dos chefes designados nos termos da lei"

As outras duas formas de legitimidade, a *contrario sensu*, acentuam o caráter da primeira: "no caso da *dominação tradicional*, a autoridade não-pertence a um superior escolhido pelos habitantes do país... O que falta numa administração dessas é a *competência controlada* segundo critérios definidos...a hierarquia racional ... A *dominação carismática* constitui tipo excepcional de poder político porque deturpa os usos da vida política ordinária... Seu fundamento é quase emocional e não-racional"²¹

Interpretando, de modo rígido e preciso, a concepção weberiana da *autoridade-legitimidade racional*, o professor Jürgen Habermas²² salienta a necessidade do cumprimento de duas condições para o seu reconhecimento: "(a) a ordem normativa precisa ser estabelecida positivamente; e (b) aquelas legalmente associadas precisam crer na sua legalidade, isto é, no processo correto formalmente para a criação e aplicação das leis".

Portanto, a crença na legalidade não se legitimiza per se: "o positivismo legal requer, em vez disto, um consenso geral, fundamentado numa orientação racional valorativa".

Ou, de maneira mais contundente: "a legalidade pode criar legitimação quando, e apenas quando, os fundamentos possam ser apresentados para mostrar que certos procedimentos formais obedeceram as pretensões materiais e empíricas sob certas condições institucionais limítrofes". Para concluir: "a maneira inquestionável, pela qual uma norma nasce, isto é, a forma legal de um procedimento, só garante, enquanto tal, que as autoridades providas pelo sistema político, e que são abastecidas com certas competências e reconhecidas enquanto tais trazem em si a responsabilidade da lei válida. Mas estas autoridades são parte

20. Freund, J., ob. cit.

21. Ob. cit., aqui se grifou, para salientar os critérios eletivo e de controle da autoridade-legitimidade racional.

22. *A crise de legitimação do capitalismo tardio*. Trad. Chacon, V., Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1980.

de um sistema de autoridade, que precisa ser legitimado enquanto um todo, se a pura legalidade tiver de contar enquanto uma indicação de legitimidade. Num regime fascista, por exemplo, a forma legal dos atos administrativos pode ter, no máximo, uma função mascarante. Isto demonstra que só a forma legal técnica, a pura legalidade, não são aptas a garantir o reconhecimento, a longo prazo, se o sistema de autoridade não puder se legitimar independentemente da forma legal de exercer autoridade".²³

A fórmula da *legitimidade*, em conclusão, não pode ser assumida como mero produto de *decisões*, *verbia gratia*, no raciocínio que admite uma prorrogação hermenêutica do conflito entre as normas constitucionais, assumindo a Constituição como um conjunto de fragmentos, a terem fundamento *per se id est*, apenas por fazer parte do texto legal.

O exemplo do fascismo é recorrente. Com razão, uma vez que o *decisionismo* deriva da teoria do jurista que veio a fundamentar as reformas constitucionais que levaram à hegemonia do *nacional-socialismo* na Alemanha, Carl Schmitt.²⁴

De qualquer perspectiva, todavia, seguindo ainda aqui os conceitos de Weber, seja do ponto de vista da *racionalidade formal* do direito, seja de sua *racionalidade material*, para o nosso caso concreto, a *legitimidade* está condicionada pelo critério *constitucional* do *princípio democrático*.²⁵

23. *Idem, ibidem.*

24. Cujo discípulo, neste passo, tem sido citado, sem cautela alguma, pelos juristas contemporâneos, como se estivesse sua teoria guardada de qualquer contaminação ideológica. Assim, na passagem de uma de suas obras: "*a positividade do direito significa que a validade legal legítima pode ser obtida, em qualquer conteúdo dado, para que isto se realize através de uma decisão que confere validade em relação à lei e a qual pode tomar dali a sua forma de validade. O Direito positivo é válido por causa de decisões*" (Luhmann, N., *Soziologische Aufklärung*, apud Habermas, J., ob. cit.).

25. Parece de extrema importância referir aqui um texto de 1979 do professor Fábio Konder Comparato, em que a intuição do ponto crucial da questão se revela: "*nos primórdios da República, entendeu-se de suprimir a ação popular, sob o pretexto de que o interesse público deve ser protegido judicialmente por iniciativa do Ministério Público, e não do particular. Foi um grave erro ... porque se ignorou a grande virtude desse tipo de ação de suscitar o empenho popular pela fiscalização direta do Poder Público, num país em que a sociedade civil sempre foi curatelada*" Mais à frente, sobre uma proposta esboçada de reformulação do Ministério Público: "*sugeriria que se comesse pela eleição popular do chefe do Ministério Público, tanto federal quanto estadual*" ("Segurança e Democracia" in Lamounier, B. et al., *Direito, Cidadania e Participação*, São Paulo, T.A. Queiroz editor, 1981 - aqui se grifou).

"L'esperienmza contemporanea è testimone di un fenomeno chi sembrerebbe presentari momenti di aspra contraddizione. Da un lato, le istituzione de democrazia rappresentativa, espressione del pensiero giuridico liberale, appaiano scosse da una crisi da molti ritenuta irreversibile ... Dall'altro lato, emerge invece una domanda, intensa e consistente, di partecipazione popolare proprio a quelle strutture politiche, economiche e sociali di cui si riconosce crisi e insufficienza ... Il proprium della partecipazione sta nel conoscere e nel intervenire e quindi, anzitutto, nel prendere parte al momento decisionale, nel farsi da oggetti soggetti di decisione, da destinatari autore delle scelte. Nel partecipare però non c'è solo questo, perché il prendere parte, l'essere presente, responsabile sono azioni que non si esauriscono necessariamente nel momento decisionale, ma che possono benissimo realizzarsi in un momento successivo: così, il decidere è partecipare, ma anche il controllare lo è".

Notável autor italiano estabeleceu séria restrição à atuação do Ministério Público na *representação* dos *interesses coletivos* e *difusos*.²⁶

Os *interesses coletivos*, com efeito, constituem-se em um *tertium genus*, que vem a mediatizar a separação *moderna* entre o *público* e o *privado*, onde por *público*, explica-nos outro clássico,²⁷ "*entende-se aquilo que é reservado ao povo ou ao Estado*", enquanto por *privado*, prossegue, "*compreende-se aquilo que pertence à livre disponibilidade do indivíduo que dele é 'titular'*".

26. Vigoriti, V., *Interessi Collettivi e Processo - la legittimazione ad agire*, Milano, Giuffrè, 1979: os integrantes do Ministério Público sentir-se-fam, antes de tudo "*penalisti e tendono quindi a considerare le questioni civili di cui devono occuparsi (obbiettivamente, in genere poco stimolanti) come marginali e secondarie nei confronti di quelle penali ... La presenza del pubblico ministero nel processo civile è espresione di quel modo, superato, di concepire gli interessi e la loro tutela che, per classica rappresentazione, fa cominciare lo Stato laddove finisce l'individuo*".

27. Cappelletti, M., "Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça civil", in *Revista de Processo* 5/128-159. Trad. Campos, N.R.P.R. de

Desta distinção *tradicional*, resulta o entendimento do processo civil, em regra, como envolvido por *relações privadas*, de cunho individual, estando, ao contrário, o processo penal imbuído do *interesse público*.

É, pois, exatamente no processo penal que toma relevo a função do Ministério Público, assim como, excepcionalmente, no processo civil, quando nele se reconhece um *elemento público*, quando vem a estar legitimado a agir ou a intervir, "*enquanto representante do Estado, que é 'titular' do direito público*"

A intervenção do *parquet*, portanto, está historicamente implicada nesta *summa divisio*, nesta *might cleavage*,²⁸ "*irreparavelmente superada diante da realidade social de nossa época, que é infinitamente mais complexa, mais articulada, mais 'sofisticada'*" explicita o professor Cappelletti.

O advento dos *interesses coletivos* destrói o *antigo ideal da iniciativa processual monopolística centralizada* nas mãos de um *único sujeito* - seja o indivíduo, seja o órgão encarregado de tutelar aqueles *interesses*.²⁹

Coube a um expoente do *parquet* anunciar a inabilitação do órgão a *representar uma classe, um grupo de cidadãos ou de interesses*.³⁰

28. Observe-se que, até o advento da Constituição de 1988, a função do Ministério Público estava ligada ao Poder Executivo (art. 94 e ss. da Emenda Constitucional n. 1 de 1969). A Constituição de 1891 (§ 2º do art. 58), a rigor, é a única em que se pode considerar a ligação, pela origem do Procurador Geral, entre o Ministério Público e o Poder Judiciário. Isto porque, malgrado a inserção da regulação do órgão no capítulo reservado ao Judiciário, nas Constituições de 1937 (art. 99 e ss.), 1946 (art. 125 e ss.) e 1967 (art. 137 e ss.), a sua índole executiva permanece. Na Constituição de 1934, o Ministério Público aparece entre os *órgãos de cooperação nas atividades governamentais* (art. 95 e ss.). Observar-se-á, afinal, que a atual Constituição prevê a nomeação do Procurador Geral da República se perfaz por ato complexo: escolha do Presidente da República e aprovação do Senado Federal, sendo que deverá recair dentre os integrantes da carreira. O Procurador Geral da República é considerado o chefe do Ministério Público da União. No Estado de São Paulo, a nomeação se dá pelo Governador, que escolhe, discricionariamente, um dos indicados em lista tríplice estabelecida pelo próprio órgão, na forma da lei complementar (art. 94 da Constituição Estadual).

29. O mesmo processualista observa que, "*já sob o anterior regime corporativo, diversas entidades eram oficialmente legitimadas a fazer-se representar - e talvez representantes exclusivos, como também na França sob o regime de Vichy ... Mas o fenômeno não escapava da rígida regra dicotômica por nós indicada. Tratava-se do fato de entidade de Direito Público (se não exatamente de órgão do Estado); eram, em suma, nada mais que a longa manus do Estado, e a representação de sua parte nos interesses de categoria não escapava ao aut aut público-privado. A única diferença era constituída pelo fato de que, mesmo que fosse confiada ao órgão a tutela geral dos interesses públicos o Ministério Público - a tutela daqueles interesses era confiada a órgãos especiais, uma espécie de Ministério Público especial ou especializado*"

30. Jegu, J., "Le rôle du Ministère Public dans le Procès Civil" in IX Congresso Internacional de Direito Comparado *apud* Cappelletti, M., ob. cit. O autor foi Produtorador Geral de Lyon.

O professor Cappelletti ainda refere o caráter *hierárquico e de carreira* da instituição, entendendo a impossibilidade de florescimento em seu seio de saudável "*forma de pluralismo*". Lamenta a especialização *jurídica* dos seus membros, quando a representação e defesa dos interesses coletivos "*implicariam conhecimento altamente especializado em matéria contábil, urbanística, ecológica, química e assim por diante*". E conclui: "*a segunda solução aquela de confiar a defesa dos interesses coletivos ao Ministério Público (ou por outra análoga 'parte pública'...) está demonstrada de todo inadequada*".

A questão da *legitimação*, no entanto, resolve-se com maior acerto e segurança quando se a vincula à própria *essência*³¹ dos *interesses coletivos: interesses que constituem a verdadeira razão de ser das formações sociais*.

Tendo o *Estado* tomado para si o monopólio da *capacidade jurídico-política*, que veio a denominar de *soberania*, com o advento da *modernidade*, buscando, paulatinamente, destruir qualquer *corpo* que a reivindicasse ou *ente* que desejasse recuperá-la, é natural que, ao *institucionalizar* os reclamos pela *juridicização* dos *interesses difusos e coletivos*, resguarda-se seu controle sobre o *renascimento*, a *emergência* dos *corpos intermediários*.³²

A desconfiança desses tipos de organização parece ter-se eternizado: a *Constituição*, observe-se, não hesita em conceder ao Ministério Público a *legitimação* e a Lei n. 7.347, de maneira até certo ponto similar, fala com naturalidade deste mesmo órgão, de entidades da Administração direta e indireta, somente se recordando de impor *condições* quando alude às *associações*... Isto em um país de carência tradicional de *representatividade*, de *legitimidade*.

31. O eminente professor italiano sublinha, aliás: "*a interpretação do jurista deve esforçar-se por ser sobretudo uma realística adaequatio intellectus ad rem, ao invés de uma absurda adaequatio rei ad intellectum*".

32. O professor Cappelletti cita, com propriedade o seguinte excerto do trabalho de Max Rheinstein ("The family and the law" in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen, Chloros, 1974): "*com o iluminismo do século XVIII, a visão individualística da sociedade começou a prevalecer. Na Revolução Francesa, a nova ideologia torna-se oficial. A nação deveria ser une et indivisible. O Estado era, enfim, claramente concebido como composto de cidadãos, enquanto os grupos intermediários foram varridos; a mesma municipalidade transformou-se em mera subdivisão do governo estatal. Apenas um grupo intermediário entre o Estado e os cidadãos foi deixado intacto: a família*". Ainda, esta passagem de De Soto, J. ("L'individualisme dans la Jurisprudence du Conseil d'État" in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le Juge et le Droit Public*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence): "*traditionnellement le Droit français regardé les groupements avec méfiance: la vieille exécution de Rousseau à l'égard des corps intermédiaires qui troublent les rapports entre le Souverain et les citoyens et empêchent la formation de la volonté générale s'allie à la peur de l'État de voir les groupements concurrencer ses activités et créer des féodalités nouvelles*".

Sabemos que a *legitimação*, no interior do *processo*, não passa de uma *aparência*, que visa a solucionar a dicotomia entre a *titularidade real do direito questionado e a sua simples alegação*, própria da concepção da *ação* dissociada do direito material: "*realmente, considerada a simples afirmação de titularidade do direito questionado, ou de titularidade de situação legitimante ensejadora de inserção, em nome próprio, em lide alheia como suficiente para a legitimidade do autor, se esta alegação não corresponder à realidade, propiciando inobstante, a apreciação do mérito, pelo menos ensejará o surgimento de uma situação aparente, que, embora incompatível com a realidade extra-autos, produz efeitos jurídico-processuais*".³³

A *legitimação* consiste, para o brilhante processualista pátrio, "*como condição de exercício regular da ação, [em] uma qualidade jurídica que se agrega à parte, habilitando-a a ver resolvida no mérito a lide sib iudice*" correspondente processual da *legitimidade* conhecida da *teoria geral do direito*: "*uma qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou a ser praticado. Qualidade outorgada exclusivamente pelo sistema jurídico e exigível ... Essa qualidade resulta de uma situação jurídica oriunda precipuamente da titularidade de uma relação jurídica ou de uma situação de fato, a qual o direito reconhece efeitos jurígenos*"³⁴ As características básicas do instituto seriam: "*a) a idoneidade jurídica do sujeito, como uma atribuição do sistema, normalmente sem caráter declaratório; b) a necessária vinculação entre essa qualidade e o objeto do ato, com implicações recíprocas indissociáveis; c) o caráter de anterioridade ou contemporaneidade da idoneidade em face do ato a ser praticado, ou das conseqüências a serem suportadas, o que lhe assegura a categoria de pressuposto destes; d) a emergência da qualidade em tela de uma titularidade de relação jurídica, simultânea e qualificante da relação resultante do ato praticado, ou, ainda, de uma situação de fato à qual o sistema jurídico, por razões relevantes de segurança jurídica e tutela à boa-fé, outorga efeitos jurígenos; e) finalmente, a correlação entre legitimidade e eficácia de ato jurídico, com ênfase à característica específica daquela no sentido de assegurar a plenitude dos efeitos deste, no que dependa da legitimidade como pressuposto do ato*".³⁵

33. Armelino, D., *Legitimidade para agir no Direito Processual Civil brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.

34. *Id.*, *ibid.* O autor prefere sempre o termo *legitimidade* a *legitimação* (v. p. 12).

35. *Id.*, *ibid.*

A titularidade do *interesse coletivo* e do *interesse difuso* (como *categorias* de relevância extrema na *configuração jurídico-política da sociedade*) pertence à *sociedade* mesma ou a seus *corpos intermediários*, em face do *pluralismo* essencial à *convivência democrática*, sendo de todo desaconselhável que o *Estado* venha a pretender *unificar* as *vontades*, tornar sua *representação indivisível*.

Destarte, a *previsão constitucional* subalterna - do ponto de vista *exegético* e *construtivo* -, no mínimo, deve ser aplicada da forma a mais estrita possível, por negar a *estipulação constitucional* superior do *princípio democrático*.

Deve-se mesmo indagar da possibilidade *jurídica*, em face da *legitimidade*, de se prorrogarem as criações de *órgãos públicos* de tutela dos *interesses coletivos e difusos*.

"Dans le anciennes Républiques et même dans les monarchies, jamais le peuple n'eut de représentants; on ne conçoit pas ce mot-là. Il l'est très singulier qu'à Rome où les Tribuns étoient si sacrés on n'ait pas même imaginé qu'ils pussent usurper les fonctions du peuple, et qu'au milieu d'une si grande multitude, ils n'aient jamais tenter de passer de leur chef un seul Plebiscite ... Où le droit et la liberté sont toutes choses, les incoveniens ne sont rien. Chez ce cage peuple tout étoit mis à juste mesure: il laissoit faire à ses Licteurs ce que ses Tribuns n'eussent osé faire; il ne craignoit pas que ses Licteurs voulussent le représenter"

É evidente que não se resgatará, hoje, em sua radicalidade, o *elogio* do pensador do *Contrato Social* à *democracia direta*.

Entretanto, não se deve fazer *ouvidos de mercador* às críticas ao *sistema representativo*, mormente à reivindicação de um necessário *controle* sobre suas *instituições*.³⁶

Da perspectiva, pois, da *representação* contemporânea, obrigatoriamente estendida a todos os modos de *manifestação do poder*,³⁷ o

36. Que, como vimos, a *Constituição* atual coroa.

37. Veja-se a elogiável amplitude do comentário de ilustre jurista José Celso de Mello Filho, ora pontificando no colendo Supremo Tribunal Federal, já a *Constituição* anterior: "*a origem popular do poder acha-se consagrada no parágrafo primeiro do artigo primeiro, que institui o sistema de*

princípio democrático prolonga suas amarras, abarcando também as *funções de controle*.

A *representação* implica, em sua concepção *moderna*, a conjugação de uma ausência e de uma presença: o *substituto* se *apresenta*, como *imagem mnêmica* do *substituído*. Ao se *revelar*, o *representante* oferece a *imagem* daquele que visa a *representar*. Aquele faz *presente* o *representado*.

Mais, o *representante* pretende *querer* em nome do *representado*: o *signo da identidade* suplementa a *alteridade*.

A *representação* desencadeia uma *operação mental complexa e perigosa*.

Complexa porque impõe a *superação* da distância entre dois termos absolutamente antagônicos.

Perigosa por *determinar* na mente social a *idéia* da *substituição* da *vontade*, tendendo a uma *assimilação* inverídica - do ponto de vista real e de conhecimento e inaceitável - da perspectiva democrática.

Não é, portanto, à toa, que o conceito de *representação* também diz *encobrimento, dissimulação, encenação*.

A *legitimidade jurídica* serve como medida de *controle* e *limite* da potencialidade *totalitária* da *representação*.

Ao impor o *consentimento*, pelo *sufrágio universal*, o constituinte coibiu qualquer tentativa de *exercício* de atividade de *representação* sem *consenso*, bem como impediu a *permanência* do *exercício* do *poder*, sem *alternância*, sem a atenção ao *pluralismo*.³⁸

democracia representativa. O povo (conjunto das pessoas físicas dotadas dos atributos da cidadania) é a fonte do poder político. O poder é exercido em nome do povo, pelos representantes por ele investidos no desempenho de um mandato ... O exercício consentido do poder representa o sinal mais expressivo da prática legítima das instituições estatais. O consenso dos governados reveste-se de absoluta essencialidade para legitimar qualquer ordem jurídica e política. Na realidade, o consentimento dos destinatários do poder constitui, em si mesmo, o próprio fundamento da legitimidade. Sem esta, o poder se reduz à força e à mera capacidade de impor e de executar decisões" (Constituição Federal Anotada, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986).

38. "Le pluralisme n'est donc pas simplement une manière nouvelle d'affirmer la liberté d'opinion ou de croyance. C'est un système qui enracine cette liberté dans la structure sociale ... Au lieu de retrancher l'individu de la société pour qu'apparaisse la liberté, le pluralisme l'insère dans son contexte social, seul capable de lui assurer une liberté réelle" (Burdeau, G., *Traité de Science Politique*, Paris, 1973, v. 7º).

Todo o exercício do poder é temporário ("todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos") e limitado pela cidadania (art. 1º inciso II), manifestada de maneira plural (inc. V do mesmo dispositivo).

Na expressão de minuciosa monografia, "ao ser quebrada a homogeneidade de interesses de que a sociedade liberal se fizera portadora...assiste-se, gradualmente, a um processo de (re)politização da sociedade civil e, por arrastamento, a um progressivo desmoronamento das barreiras outrora apostas na relação indivíduo-Estado. É essa expansão em sentido qualitativo (não- apenas quantitativo) da estrutura do espaço público que acaba por atirar para a ordem do dia a questão fulcral do pluralismo. Este, no essencial, chama a atenção do jurista para a existência na realidade normada de um complexo de instituições associações ou organizações de pessoas ou de interesses -, como corpos autônomos e voluntários, que se interpõem (:mediatizam) na relação indivíduo-Estado: os grupos pluralistas ... Mas a aceitação da dimensão plural da sociedade significa, ainda, o reconhecimento na realidade normada da existência de uma pluralidade e heterogeneidade de interesses e de valores de que os grupos pluralistas se apresentam objetivamente como os portadores. Expressa, por conseguinte, seja qual for a sua feição, política, econômica, social, cultural ou religiosa, o repúdio por todas as formas autocráticas e totalitárias de exercício do poder. A *bom droit*, o pluralismo repele todas as formas compulsórias e coercitivas de integração e a fortiori de pretensa identificação entre o indivíduo e o Estado".³⁹

Nestes termos, a realidade normada não permite a representação perenizada de *interesses sociais*, muito menos autoriza a concepção de *interesses permanentes* supra-sociais, inalcançáveis pelo debate democrático, pelos conflitos e consensos da pluralidade.

Se tal pluralismo qualificador da representação se encontra presente no instante da tomada das decisões - legais e administrativas - até por maior razão deverá atuar no momento da fiscalização da conformidade dessas decisões ao consenso, à vontade da sociedade expressa por representantes legitimados pela escolha popular.

Disso sabem os norte-americanos, pelo menos desde 1938, como faz recordar o preciso Professor Titular da Universidad Central de Barcelona: "una concepción habitual de la representación política es la que concibe como

39. Queiroz, C.M.M., *Os actos políticos no Estado de Direito*, Coimbra, 1990.

*transferencia de poder de decisión a unos representantes...Esta sería una concepción restrictiva de representación. Un concepto de representación muy diferente del anterior es el que se deriva de una consideración que se planteó el Tribunal Supremo norteamericano en una nota a pie de página de una sentencia de 1938: si las leyes que restringuen 'aquello proceso que ordinariamente se espera que produzcan la derogación de la legislación indeseada' debían ser sometidas a un test de constitucionalidad más estricto que las demás. Esta nota a pie de página tuvo enorme trascendencia en la doctrina constitucionalista posterior ... De acuerdo con la concepción implícita en esta sentencia, el proceso de representación política no acabaría con la delegación a los representantes de la facultad de decidir. Tendría también el sentido de un control crítico posterior de la actividad de esos representantes. La participación no terminaría en el momento de depositar el voto, sino que derechos como la libertad de expresión, de asociación o de manifestación estarían situados en un nivel de importancia similar al del sufragio. Este tipo de derechos serían mecanismos participativos susceptibles de producir la derogación de la legislación indeseada ... La concepción abierta considera los procedimientos jurídicamente establecidos como instrumentos al servicio de un fin: la transferencia de la voluntad política mayoritaria a las instituciones estatales. Los resultados de estos procedimientos deben ser susceptibles de ser sometidos a crítica ... Esta concepción...valora los mecanismos reales desde el ideal de un proceso de formación de voluntad abierto y pluralista en el que el pueblo no sólo aparece como un cuerpo electoral unitario, sino también en la forma de partidos, movimientos, iniciativas ciudadanas, etc. Y es sensible al hecho de que los actores se encuentran en posiciones desiguales. El resultado de este proceso puede ser integrador o no serlo; pero en cualquier caso, la integración no debe conseguirse por el procedimiento de la represión autoritaria de la disidencia"*⁴⁰

"Temos, para nós, essas verdades como evidentes por si próprias: que todos os homens são criados iguais e dotados pelo seu criador de direitos (inerentes e) inalienáveis; que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade; que para assegurar tais direitos são instituídos governos entre os homens, os quais

40. Estevez Araujo, J.A., "Desobediencia civil y representación política" in *Información y debate*, Madrid, 14/15-17, 1991.

derivam seus poderes justos do consentimento dos governados ...Desejo, com sincero zelo, uma preservação inviolável da nossa atual Constituição federal, de acordo com o verdadeiro sentido com que ela foi adotada, ou seja, no sentido que foi advogado pelos seus amigos e não pelo que seus inimigos depreenderam, tornando-se, em conseqüência seus inimigos. Oponho-me a que se monarquizem os seus lineamentos pelas formas de sua administração ... acabando assim com o princípio eletivo ... Acreditamos...que o homem era um animal racional, dotado pela natureza de direitos e com um sentimento inato de justiça; e que ele poderia ser reprimido das ações errôneas e protegido nas ações diretas por poderes moderados, confiados a pessoas de sua própria escolha, e observar os seus deveres pela dependência de sua própria vontade".

O eremita do Monticello deixou gravadas as, talvez, mais belas páginas de defesa da *democracia* e das *liberdades públicas*, no papel que a história lhe reservou de, ao lado de seus compatriotas, fundar o regime de um país independente, composto de homens que se compreendiam livres.

Afirmava, mesmo na condição de mais alto *magistrado* do Estado, sua crença na *difusão do poder*: "*não é, porém, pela consolidação ou concentração de poderes, mas pela sua distribuição, que se efetiva o bom governo. Se esse grande país ainda não estivesse dividido em Estados, essa divisão deveria ser feita, a fim de que cada um pudesse fazer por si mesmo tudo que lhe diz respeito diretamente, e o que ele pode fazer muito melhor do que qualquer autoridade distante. Cada Estado está, por sua vez, dividido em distritos, que devem cuidar do que se encontra dentro de seus limites locais; cada distrito se divide, ainda, em termos ou vilas, para a direção dos menores detalhes; e cada termo em fazendas que são governadas pelo seu proprietário individual. Se nos deixássemos guiar por Washington quanto à ocasião de semear e à ocasião de proceder à colheita, em breve careceríamos de pão. É por meio dessa repartição de cuidados, que desce, gradativamente, do geral*

ao particular, que a massa de negócios humanos pode ser melhor dirigida, para o bem e a prosperidade de todos".⁴¹

A Constituição americana, iluminada por seus comentários elaborados na lida incessante de busca de *construção* da nação serviram, no embate das idéias, para forjar o pensamento de uma verdadeira *civilização*.

O termo *civilização*, narra-nos Émile Benveniste,⁴² foi pela primeira vez empregado e definido pelo marquês de Mirabeau, na seguinte passagem de texto de 1757: dir-se-á que "*a civilização é a suavização dos seus costumes, a urbanidade, a polidez e os conhecimentos, difundidos de maneira que as conveniências sejam observadas e tenham o valor de leis avulsas; tudo isso não me apresenta senão a máscara da virtude e não o seu rosto, e a civilização não faz nada para a sociedade se esta não lhe dá o fundo e a forma da virtude*".

A *civilização*, pois, como virtude social, não se compreende na *aparência* do bom governo, das boas leis, das boas atitudes. Consagra-se na realidade (não da *conveniência* de obedecer, mas) da *convicção* de que as leis e os atos que são cumpridos resultam da *concessão* do governo aos que se submetem aos termos e limites do *consentimento* dos governados.

Nos três termos finais grifados encontra-se o *espírito da representação* e da *legitimidade*, que têm a ver com a *origem* do *poder* e com o *controle* de seu exercício.

Postas tais premissas, passo a analisar o aspecto referente à própria legitimação para agir do Ministério Público.

Em seu âmbito, como fizemos notar, pergunta-se da qualificação do autor que o torne hábil a receber uma decisão de mérito.

Deve-se, *in casu*, interpretar a norma constitucional também de maneira estrita.

Os arts. 127 e 129, e seus incisos, estabelecem dispositivos de natureza meramente processual e, neste sentido, as hipóteses ali previstas não podem ser estendidas, sob pena de negar vigência ao princípio democrático e aos direitos fundamentais.

41. Jefferson, Th., *O pensamento vivo de...* Trad. Rodrigues. L.B., Martins, s.d.

42. *Problemas de Lingüística Geral*. Trad. Novak, M. da G. & Neri, L., São Paulo, Cia Ed. Nacional/EDUSP, 1976.

Admite-se, em síntese, a legitimação entendida como dissociada de sua discutível legitimidade material também para evitar qualquer cerceamento de exercício de direitos, em abstrato.

A primeira indagação, contudo, de mérito, em se tratando de questão atinente ao direito político, é a da *adequada representação*⁴³ dos interesses coletivos.

Como vimos, tal representação inexistente senão em restritos termos da abstração processual, muito menos se mostra adequada.

Explicitemos o argumento, ainda uma vez.

Neste passo, vamos nos socorrer de dois eminentes processualistas, que têm se notabilizado na pesquisa da efetividade da tutela do direito e da instrumentalidade do processo.⁴⁴

É evidente que todo libelo de defesa da Constituição lança raízes na história jurídico-política norte-americana. Mais precisamente, no texto de dois eminentes juristas.

O primeiro deles, cuja originalidade deve ser saudada, ao comentar a Constituição americana,⁴⁵ no que diz respeito à instituição do Poder Judiciário, fixou-lhe o dever de *baluarte* da Lei Fundamental, nos seguintes termos: "*a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter esta última nos limites de suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos Juizes como a lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição ... Mas não se segue daí que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo: segue-se, sim, que o povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a esta última que os juizes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem*

43. O termo é grafado por Cappelletti, M. & Garth, B., *Acesso à Justiça*. Trad. Northefleet, E.G., PA., S.A.Fabris, 1988.

44. Referimo-nos a Dinamarco, C.R., *A instrumentalidade do processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987; e a Watanabe, K., *Da cognição no processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

45. Trata-se de Alexander Hamilton, nos *Federalist Papers*, conjunto de textos que incluem a contribuição, também, de James Madison e John Jay.

conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que o não são".⁴⁶

Em atenção a tão-elevado dever, o nosso segundo jurista, o precursor Justice Marshall estabeleceu, em decisão sempre citada,⁴⁷ o controle de constitucionalidade: "*parece apenas necessário reconhecer certos princípios ... que o povo tem um Direito originário de estabelecer, para seu futuro governo, tais princípios que, em sua opinião, provavelmente melhor conduzirão à sua felicidade, é a base sobre a qual toda a estrutura americana tem sido erigida. O exercício deste Direito original demanda um enorme esforço ... Os princípios, portanto, assim estabelecidos, são considerados fundamentais ... Qual o propósito de serem os poderes limitados e aqueles limites consignados por escrito, se puderem, a qualquer tempo, ser ultrapassados por limites considerados como estritos? ... É da competência especial, bem como o dever do Poder Judiciário dizer o que é o Direito. Aqueles que aplicam a regra a casos particulares devem, necessariamente, expor e interpretar aquela regra. Se duas leis entram em conflito, os tribunais devem decidir sobre a aplicação de cada uma ... A Corte deve determinar qual destas regras em conflito governa o caso; isto é da própria essência do dever judiciário*".

Ora, aqui, somente se está a levar tão-nobre função às suas conseqüências naturais, devolvê-la ao seu berço original.

A *legitimidade* é dogma constitucional derivado do *princípio democrático*.

Destarte, comenta o Professor Titular do Departamento de Processo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:⁴⁸ "*a visão exterior do sistema processual torna particularmente perceptível a imperiosa necessidade do exercício da jurisdição segundo regras e princípios que correspondam a padrões compatíveis com a cultura contemporânea. Os valores vigentes no espírito das nações, hoje cada vez mais propensos à universalização, exercem poderoso tropismo sobre o sistema, determinando sua convergência a certas idéias fundamentais, que são os princípios instalados nas Constituições e revelados pelo trabalho dos juízes e doutrinadores; o empenho dos processual-constitucionalistas no sentido da*

46. Aqui se grifou.

47. *Marbury v. Madison*, de 1803.

48. Dinamarco, C.R., ob. cit.

aproximação sempre maior entre processo e Constituição concorre de modo eficaz para a tomada de consciência desses valores e da medida e sentido da influência que exercem sobre o sistema processual, uma vez que, por destinação institucional, as cartas políticas abrigam em primeiro plano a consagração dos valores fundamentais da nacionalidade. A compatibilidade do sistema processual com essa realidade axiológica é o primeiro e mais importante fator de sua legitimidade"

E prossegue: *"enquanto se pensasse somente na observância dos ditames constitucionais como exigências positivadas em patamar hierarquicamente superior às leis estruturadoras do sistema processual, ter-se-ia uma acanhada e frágil visão legalista do problema, própria do positivismo jurídico, restrita às dimensões do direito e carente de raízes profundas. A compatibilidade constitucional do sistema, assim, é forte indicador de sua legitimidade, mas não é em si mesma fator de legitimação, tanto quanto legitimidade não se reduz a legalidade"* sublinhando: *"aliás, para a própria descoberta do significado substancial dos dispositivos a permanente referência ao complexo axiológico da sociedade, neles espelhado (nem é de hoje a busca da legitimidade do poder em sua base popular: **populus imperium et potestatem conferat**)"*

De dois modos se busca concretizar, lembra-nos o professor doutor Kazuo Watanabe, tanto a efetivação da ordem constitucional quanto a *efetividade da tutela do direito*:⁴⁹ *"uma dessas perspectivas é a de direito material. Os processualistas dessa tendência procuram desenvolver o estudo do direito subjetivo, da pretensão de direito material e da ação de direito material, conduzindo à conclusão de que, no plano processual, a cada ação de direito material corresponde, de ordinário, 'ação' de direito processual e uma pretensão processual ... a pretensão estaria perfeitamente ajustada à peculiaridade e à exigência da pretensão material ... A outra perspectiva é a de direito processual. Procuram os processualistas dessa tendência...aprofundar os estudos dos vários institutos e técnicas processuais e por esse método de pensamento buscar a melhor tutela dos direitos através do processo ... Ambas as perspectivas são igualmente relevantes. Devem mesmo constituir-se num método de pensamento unitário, de modo que se atinja, pelos esforços concêntricos partidos de ambos os pólos, o objetivo comum, que é o de tutela efetiva de todos os direitos. Se de um lado há exigências próprias*

49. Ob. cit.

do direito material por uma adequada tutela, há de outro as técnicas e soluções específicas do direito processual"

E arremata: "o ponto de confluência das duas correntes é alcançado pela pesquisa dos aspectos constitucionais do processo civil ... Ainda a considerar a dimensão 'constitucional' do direito e da justiça, que constitui uma das características das tendências evolutivas dos ordenamentos jurídicos contemporâneos", citando os professores Cappelletti e Garth: dimensão que se traduz "nella reicerca di taluni valori fondamentali che molti ordinamenti moderni hanno affermato com norme aventi forza di *lex superior*, vincolante anche per il legislatore (ordinario), spesso imponendone il rispetto medianti forme e meccanismi speciali giurisdizionali"

Enfim, nosso regime democrático consagra a soberania popular: a origem e a fonte do poder são e estão no povo. Seu exercício é deferido a representantes se e somente na condição de serem eleitos.

Sem tal qualificação constitucional, não-há representação.

Ou, o que é dizer o mesmo, a representação não é adequada sem legitimidade.

2. A questão, pois, do princípio democrático aplicada à representação dos interesses coletivos e difusos, consoante analisada até aqui, está a apontar os equívocos - seja da previsão constitucional, seja da doutrina em restringir sua análise à perspectiva meramente processual, o que vem a comprometer o próprio exercício de direitos públicos consagrados: malefício, pois, à democracia.

Como aqui se estabeleceu, o exercício da tutela dos interesses coletivos e difusos se apresenta como manifestação ou atributo societal e nunca estatal: da sociedade pelos instrumentos de estruturação e funcionalização do modo de ser social evidentemente em seus aspectos consensual e conflitual,⁵⁰ com vistas à ocupação de novos espaços públicos ou recuperação de sua capacidade jurídico-política.

É evidente, pois, que um órgão do Estado, que desempenhe funções de sua defesa ou próprias deste ente, não pode desejar legitimamente desincumbir-se da tutela dos interesses societais,⁵¹ a não ser no seio de uma tradição que conforme

50. Em uma palavra, pluralisticamente garantido.

51. Vamos, a partir de agora, guardar esta categoria de síntese.

uma reivindicação - nitidamente *corporativista* (*estatal*, como a nossa), em que o Estado, dizendo tutelar, em verdade procura controlar.

A partir, pois, dessas premissas, passo a criticar o *estatuto* pretendido pelo Ministério Público.

3. A. A Constituição

O *título IV* da Constituição Federal refere a *organização dos poderes*.

O *capítulo IV*, sob a rubrica *das funções essenciais à Justiça*, estabelece os lineamentos do Estatuto do Ministério Público, em sua *seção I*, nos arts. 127 a 130, inclusive.

Definido como *instituição permanente* voltada à *defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*.

Tal instituição possui um *chefe*, denominado *Procurador-Geral da República*, no âmbito federal e *Procurador-Geral*, nos Estados e Distrito Federal.

A escolha do *chefe* se dá sempre dentre os *integrantes da carreira*, sendo sua nomeação um ato complexo: na esfera federal, *por indicação do Presidente da República*, após aprovação pelo Senado Federal; no estadual, *por escolha do Governador* de um dos nomes da lista tríplice, cujos *Ministérios Públicos* formarão.

A idéia de um *chefe* já contradiz o *princípio da independência funcional*.

Ocorre, contudo, que a ênfase dos princípios põe-se nas idéias, a rigor reduzíveis uma à outra, da *unidade* e da *indivisibilidade*.

Observe-se, ainda, que a *iniciativa da lei* que *organiza*, prevê as *atribuições* e estabelece o *estatuto* da instituição a sua *lei orgânica* - pertence a tal *chefe*.

Mesmo se admitirmos que, em alguns casos, o *Procurador-Geral* venha a solicitar contribuições dos demais *membros* da carreira à sua proposta, nada disto retirará o caráter *corporativista estatal* deste modo de conceber o Ministério Público, aliás corroborado pela forma prescrita de ingresso na carreira, em que, do *concurso público*, organizado pela própria *instituição*, a partir de seu *chefe*, só se assegura a *participação* de outra *corporação*: a *Ordem dos Advogados do Brasil*.

Se o órgão, na estipulação constitucional, somente exercesse funções próprias do Estado, ainda poderíamos admitir-se bem que a concessão já se mostra demasiado larga a absoluta exclusão da participação, sequer o controle popular.

Entretanto, houve por bem desejar o *constituente* neste interessante amálgama de contribuições sociais díspares a configurar nossa *Charta* que o Ministério Público também desempenhasse a *representação da sociedade* aliás gravemente confundida com a de seus *corpos intermediários*.⁵²

Esqueceu-se, porém, como já se fez observar, de *legitimar* a pretensa *representação*.

Função estatal é, notadamente, a de dar início à *ação penal pública*: quem possui o *monopólio do emprego da violência* é, na *modernidade*, o *Estado*, que não pode permitir que *grupos sociais* o substituam neste mister. Isto porque a atuação dos indivíduos, em matéria de estabelecimento da *punição* em face de qualquer ato de *transgressão da ordem jurídica penal*, em geral se mostra *arbitrária e irresponsável* perante as *garantias aos direitos fundamentais*, mormente em uma sociedade crescentemente massificada, cujas experiências têm-se tornado mediatizadas por meios de comunicação incontrolados.⁵³

Em face, por hipótese, da inação do Ministério Público fato mais grave até do que sua atuação arbitrária ou discricionária que remédio terá a sociedade?

Corolário, prosseguindo, de tal atribuição é o exercício do *controle externo da atividade policial*, urgente perante nossa pobre realidade de trabalho da *polícia civil* e da irrestrita atuação da *polícia militar*.

Não se estaria no momento apropriado de criar o Juiz de instrução criminal; não seria este o bom espaço a ser ocupado pelos membros do Ministério Público?

Neste âmbito do exercício da *atividade estatal*, andou corretamente a Constituição, ao fornecer *garantias aos promotores (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos)*, bem como ao permitir-lhes *expedir notificações e requisitar informações para instruir processos administrativos*, ao proibir-lhes a *representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas*, *receber honorários, custas e percentagens processuais*, *exercer a advocacia*, *qualquer outra*

52. A Constituição confunde, sem cerimônia, interesse social com público, e parecer ignorar, sobranceiramente, o que sejam interesses coletivos e difusos... Tudo isto em nome de sua proteção?...

53. Do ponto de vista democrático. Observar-se-á, bem a propósito, que as concessões de uso das estações de televisão e de rádio perfazem-se no seio de outra concepção corporativista estatal (art. 223 e seu parágrafo primeiro, da Constituição Federal).

função pública e atividade político-partidária, participar de sociedade comercial, e ao determinar-lhes a residência na comarca da respectiva lotação.

Não desejando, por ora, exaurir toda a gama de críticas e de sugestões ao aperfeiçoamento do texto constitucional, cumpre, a par da análise que abriu a presente contribuição, estabelecer de que modo se poderia veicular adequadamente a tutela dos interesses individuais indisponíveis, dos interesses coletivos e dos interesses difusos.

Antes de tudo, a *defesa da ordem jurídica e do regime democrático a todos incumbe*: é, pois, um *dever* a que se submete *também* o Ministério Público e *nunca uma atribuição, muito menos exclusiva, de qualquer entidade*.⁵⁴

Dito isto, cumpre interpretar o que a Constituição entende por *interesses sociais e individuais indisponíveis*, evidentemente ligados à previsão do *inquérito civil e da ação civil pública*, para a *proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, à defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas, à propositura da ação de inconstitucionalidade*.⁵⁵

A *ação civil pública e ação de inconstitucionalidade* devem ser entendidas como verdadeiros *remédios constitucionais*, como tais merecendo lugar no art. 5º, na forma como a seguir se esboça:

"São remédios constitucionais:

- A ação declaratória de inconstitucionalidade por ação ou omissão do Poder Público, cuja legitimidade é concedida a:

1- incidentalmente, qualquer parte em processo judicial;

2- por via direta:

54. Note-se, aqui, uma vez mais, o desvirtuamento de conceitos, prescrevendo-se um dever (e, portanto, direito já proclamado no art. 5º) - de todos, sublinhe-se *de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição*, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, à guisa de *função institucional*. Cabe indagar o porquê deste obsessivo interesse de cautelar os indivíduos e a sociedade por um órgão estatal, a rigor ligado, pela *chefia*, ao *Poder Executivo* estadual e federal, à Casa de Representação dos estados, no Congresso Nacional e, aqui também na forma de recrutamento, aos próprios critérios e interesses da corporação.

55. Posta, ainda, ao lado da *representação para intervenção União e dos Estados*, como se se tratasse de questões do mesmo grau.

- *. *o Presidente da República*
- *. *a Mesa do Senado Federal*
- *. *a Mesa da Câmara dos Deputados*
- *. *a Mesa da Assembléia Legislativa*
- *. *o Governador de Estado*
- *. *o Procurador-Geral da República*
- *. *o Defensor Geral da Justiça*
- *. *o Conselho Federal da OAB*
- *. *Partido Político com representação no*

Congresso Nacional

*. *Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional*

*. *Associação que vise à defesa de interesse coletivo ou difuso de representatividade nacional*

- *O mandato de injunção...cuja legitimidade é conferida à qualquer pessoa física ou jurídica prejudicada pela ausência de ...*

1- A omissão, reconhecida por qualquer Juízo ou Tribunal, será suprida temporariamente por ele, nos limites do caso julgado e de sua competência, marcando-se prazo não-superior a trinta dias, sob pena de responsabilização, ao órgão que teria o dever de regular a determinação constitucional.

A ação civil pública, para a defesa de interesses difusos e coletivos e para a proteção do patrimônio público e social, cuja legitimidade é conferida à União, aos Estados, Municípios, autarquias, fundações e associações constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção aos interesses difusos ou coletivos que venham a defender, e, subsidiariamente, à Defensoria Geral da Justiça, quando, em face de ameaça a interesse coletivo ou difuso e ao patrimônio público ou social, constatar-se a inexistência de

associação ou fundação ou a omissão de qualquer das entidades legitimadas neste dispositivo.

1- A Defensoria Geral da Justiça, em qualquer dos casos, prestará assessoria a associações ou fundações que venham a defender interesses coletivos ou difusos.

- ação popular*
- mandado de segurança coletivo*
- mandado de segurança individual*
- habeas-corpus*
- habeas-data"*

Observa-se, portanto, a criação de um novo órgão - a *Defensoria Geral da Justiça*, a substituir a tímida previsão atual da *Defensoria Pública* (art. 134 e parágrafo único).

Tal órgão subtrai ao Ministério Público as funções de *representação de interesses societais*, assumindo-as, contudo, de um modo muito distante de uma concepção *corporativista estatal*.

Titulares dos interesses coletivos e difusos são os grupos da própria sociedade.

Desfaz-se a confusão entre interesse público que respeita a toda a sociedade, sempre fragmentada e pluralisticamente organizada - e o interesse social correspondente a cada uma das múltiplas maneiras de organização das classes, grupos e categorias sociais.

Fortalece-se a sociedade.

A seguir, garantida a sua participação e controle, são fortalecidos a Defensoria Geral da Justiça instrumento assessor dos interesses societais - e o Ministério Público instrumento que veicula interesses estatais, consoante aqui se anotou.

Destarte, dentre as funções essenciais à Justiça, temos:

"- Ministério Público: instituição permanente cujas funções são estatais, quais sejam, promoção privativa da Ação penal pública, o controle da atividade policial, exercendo a tarefa do juízo de instrução prévia criminal, podendo expedir notificações ... requisitar diligências investigatórias ... (v. incisos respectivos do art. 129), exclusivamente, não se permitindo a extensão das funções, bem como vedada a representação judicial e consultoria jurídica das entidades

públicas, bem como afastamento de membro para exercício de qualquer função legislativa ou executiva.

Defensoria Geral da Justiça: instituição permanente a qual incumbe as funções de promover, na forma prevista no art. 5º (esboço supra), subsidiariamente, inquérito civil e ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social e dos interesses coletivos e difusos, a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas, a assessoria jurídica às associações e fundações referidas no mesmo dispositivo, a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, sendo vedado o afastamento de seus membros para o exercício de qualquer função legislativa ou executiva.

Organização em carreira e garantias a tais instituições".

A isto se acresce, ainda como forma de *participação e controle sociais*:

"- A função de Defensor Geral de Justiça é eletiva direta, devendo recair sobre cidadãos de ilibada reputação e notável saber jurídico; é temporária (três anos) e não se admite a recondução sucessiva em nenhum caso; o Conselho da Defensoria será eleito por seus membros sem distinção de nível;

A função de Procurador Geral da República e ao Conselho do Ministério Público se aplicam as mesmas normas".

Tudo aconselha, enfim, que se estabeleça para o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil e para o seu Conselho Federal o mesmo *modo de escolha*, bem como que se *unifiquem os concursos de ingresso no quadro da OAB e nas carreiras jurídicas*, sem qualquer exceção, criando-se *critérios de participação e controle popular sobre a formação dos profissionais jurídicos*.

Feitas tais observações, passemos à análise dos Estatutos Federal e Estadual que se deram ou se pretendem presentear os dignos *Promotores de Justiça*.

3.B. A Lei Orgânica do Ministério Público Federal

A análise, neste capítulo, será levada a cabo dentro dos limites da previsão constitucional vigente.

Trata-se, aqui, da Lei Federal n. 8.625 de 12.02.93 (publicada no *Diário Oficial da União* de 15.02.93), que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados.

3.B.1. A primeira crítica que se pode estabelecer à lei orgânica reside na completa *ausência de distinção entre as funções estatal e societal na estipulação das atribuições dos órgãos* do Ministério Público. Tudo se passa *como se promover a ação civil pública significassem a mesma coisa*.

Ora, não é apenas ao nível da diferenciação das funções em estatais e societais que se está a exigir um estatuto diverso (até, como acima se observou, com a previsão de órgãos distintos). Mesmo na visão tradicional, há que se observar a diferente *natureza* dos processos gerados pelo exercício daquelas funções.

No processo penal, quando presentes e fortemente asseguradas as garantias constitucionais aos indivíduos, pode-se pensar no Estado, pelo seu órgão encarregado de ativar a persecução, requisitando documentos e diligências de outros órgãos públicos e compelindo particulares à participação.⁵⁶ Trata-se, aqui, é bom reprimir o argumento, de um *interesse público* que se confunde com o *interesse estatal: garantir o monopólio do emprego legítimo da violência pelo Estado* um Estado, lembre-se, fortemente circunscrito ao estatuto de proteção aos cidadãos.⁵⁷

No processo civil, contudo, mesmo que essencialmente renovado pelo advento dos *interesses coletivos e difusos*, a *função permanece distinta* daquela do penal, *bem como o modo de sua concretização*, mormente porque o *interesse público, aqui, não se confunde e mesmo repele qualquer assimilação ao interesse estatal*. Em face desses interesses, bem como de suas garantias, não se pode permitir que o órgão estatal atue sob a mesma óptica, por assim dizer, inquisitória.⁵⁸

Isto porque, fundamentalmente, a *adequação dos interesses coletivos e difusos ao interesse social comum* se estabelece no seio de um *processo*, de uma *construção histórica, controlados desde a origem a legitimidade*⁵⁹ - pelo titular do poder.

56. Sempre sob o controle do Poder Judiciário.

57. Aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º e *passim* da Constituição Federal), aos fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil (arts. 1º, 2º, 3º e 4º), bem como àqueles da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (art. 37).

58. Na expressão sempre feliz da professora doutora Ada Pellegrini Grinover: "*mas a verdade é que a solução constitucional para a problemática das ações ideológicas há de ser buscada numa óptica social e coletiva, capaz de amoldar as garantias clássicas à configuração típica dos conflitos de massa: numa dimensão que será necessariamente diversa, mas que não-significará o seu abandono*" (*Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990).

59. Ou, se se desejar, a *representação adequada*.

Diga-se isto até como *crítica* à visão doutrinária e do senso comum, para a qual tal *adequação* - extremamente *complexa* parece se mostrar um dado *a priori*, portanto germinado de totalitarismo.

No processo relativo a tais interesses, conflitos coletivos se oferecem à apreciação do julgador e, somente após sua conclusão, poder-se-á afirmar qual deles mais se aproxima do social comum. Somente uma visão autoritária do direito permitiria que se considerasse essa aproximação revelada desde o início, seja pela lei, seja pela simples razão da propositura de uma ação por um órgão do Estado.

O *julgador* deve assumir posição mais atuante, no sentido de equilibrar as partes no processo, possibilitando-lhes concreta oportunidade de realizar todas as demonstrações possíveis de seus argumentos, atendendo sempre à fiscalização dos interessados, por meio dos princípios da defesa e do contraditório. Cabe-lhe compelir as partes à colaboração, à participação real, determinando provas, proporcionando meios à sua realização. Permitindo o controle, contudo.

*Id est, não se pode admitir, sem as garantias do processo, que uma parte venha, sob a ameaça de uma sanção que não é processual, mas atributo de um órgão estatal a obrigar a outra a fazer prova em seu favor; que uma parte compareça diante da outra em franca posição de inferioridade.*⁶⁰ Isto quando o processo já impõe uma sanção clara ao que se omite em seu dever de demonstrar: a presunção ou mesmo a consideração da prova em seu desfavor.

Os estatutos devem ser diversos, mesmo que, lamentavelmente, como hoje ocorre, ao mesmo órgão se cometam funções de naturezas tão-diversas.

3.B.2. Há, em segundo lugar, uma tendência a organizar o Ministério Público com *caráter* prevalentemente *monárquico*: seja porque toda a *instituição* se unifica na figura de um *chefe* (assim insistentemente nomeado), cujas atribuições são elásticas ao extremo - se não deixadas em aberto; seja porque a *lei* parece ter estabelecido um princípio de *relativa responsabilidade*, se pensarmos no órgão inserido nos parâmetros da *unidade* e da *indivisibilidade*, uma *corporação estatal*, portanto - como titular do monopólio do desencadeamento da ação penal pública.

No âmbito dos *órgãos de administração* (capítulo III da lei), cabe, desde logo, indagar a ausência de limites ou a fórmula vaga de integração de membros do Ministério Público a organismos estatais afetos a sua área de atuação

60. Refiro-me à requisição e à intimação feitas pelo órgão do Ministério Público, sob pena de desobediência a gerar processo criminal.

(art. 10, inciso VIII, alínea c), por designação do Procurador-Geral, ou, o que se mostra mais grave, a perpetuação do equívoco constitucional de permitir, no art. 29, § 3º, do Ato de disposições constitucionais transitórias,⁶¹ a opção pelo regime anterior, como se se tratasse de interesse particular do agente público e não da sociedade o afastamento para desempenho de outra função na *Administração direta ou indireta* (art. 75 da lei orgânica).

Quanto ao *Procurador-Geral de Justiça*, o art. 29 acaba por admitir a fixação de suas *atribuições* como *órgão de execução* a qualquer lei, deixando margem à acumulação de funções, senão a sua concentração.

Cabe, enfim a indagação: quem *controla* o Ministério Público?

No caso de *infração penal* em abstrato cometida por qualquer dos *membros* da *instituição*, tanto a *apuração* quanto o *oferecimento de denúncia* permanecem no âmbito de atribuições do *chefe da instituição* (art. 29, inciso V, art. 40, inciso IV e parágrafo único do art. 41).

Não seria o caso de incumbir a *órgão* diverso a investigação e o dar início ao processo em tais casos?

Finalmente, quando da decisão de arquivamento ou na demora injustificada de dar andamento à apuração de sua responsabilidade, qual o remédio cometido aos cidadãos para a salvaguarda de seus direitos, se tudo permanece fechado no âmbito de atribuições do próprio *órgão* (parágrafo único do art. 3º e art. 29, inciso VII).

Mostram-se, pois, tímidas a concepção e a previsão de *controle externo* postas no § 2º do art. 4º citado.

3.B.3. Como se concretiza o *controle externo da atividade policial*?

O art. 25 não explicita.

3.B.4. O art. 26, quando estipula a possibilidade de o Ministério Público *requisitar informações, exames periciais e documentos* dos Poderes Legislativo e Judiciário é forçosamente *inconstitucional*.

Muito se poderia apostilar ao princípio consagrado no art. 2º da Constituição Federal.

61. Parece ter-se tornado uma praxe a negação, à guisa de *disposição transitória*, dos princípios postos no texto constitucional.

Basta, contudo, a reprodução do magistério do professor doutor Geraldo Ataliba, que afirma não consentir à Constituição que *"o órgão ou agente do Poder Judiciário cuja precípua função constitucional é aplicar a lei com eficácia constrangedora, contra todos os órgãos e agentes públicos possa ser coagido, vendo ser-lhe aplicada a lei por órgão que não seja o órgão judicial que sobre ele tem a 'jurisdição natural'"*⁶²

É o que está, de forma articulada, consagrado na conclusão do exaustivo estudo do professor titular das consagradas Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: *"a Constituição consagra um estado de direito ... Este caracteriza-se pela submissão do próprio Estado (e todos seus órgãos, inclusive os culminantes) à jurisdição ... Esta supõe imparcialidade (objetiva e subjetiva), que requer que os que a ela se submetem sejam parificados ... No momento de integrar a ordem jurídica, dizem-se soberanos (nos termos da Constituição) Legislativo e Executivo ... No momento de reintegrar-se a ordem jurídica (função jurisdicional), soberano é o Judiciário ... Para que isso possa ser realidade, o Judiciário não pode... ser sujeito a injunção, ordem, condicionamento ou coação de ninguém. Se isso fosse admitido, desmoronaria o sistema tão-engenhosamente armado (com base em sólida e provecta tradição), após penoso processo histórico e sociológico pela Constituição de 1988"*.

Não é, também, admissível que sejam dirigidas ordens por quem se faz parte em processo, ao Poder Legislativo, que perderia seu caráter de *independência*, bem como as prerrogativas que o sistema constitucional democrático lhe defere.

No exercício de suas funções, não se admitem *"injunções ou requisições, irresistíveis (porque sancionadas como crimes)"* aos Poderes Legislativo e Judiciário, que somente receberão, inclusive do Ministério Público, petições e solicitações, *"jamais ordens coativas concretas"*

São as considerações que, aqui, foram pinçadas, a fim de possibilitarem uma primeira análise da importante lei, recentemente promulgada.

3.C. A proposta da Lei Orgânica Estadual

A lei orgânica nacional possui oitenta e quatro artigos.

62. Parecer dirigido à Associação Paulista de Magistrados, de fevereiro de 1992.

O *Anteprojeto de Lei Complementar* pretendido pela Egrégia *Procuradoria-Geral de Justiça* possui duzentos e noventa e seis artigos, incluindo-se as disposições transitórias.

Quanto ao *caráter monárquico*, o texto não faz senão exacerbá-lo, ao pretender descer a *minúcias*, inclusive no que diz respeito a regras do processo de escolha da *lista tríplice* para a nomeação do *Procurador-Geral*.

O *caráter corporativista estatal* ainda mais se acentua em face das normas atinentes ao *Procurador-Geral da Justiça*, seja ao impedir o controle dos Poderes a propósito de sua *destituição*, seja inclusive, ao tentar estabelecer exaustivamente tal procedimento.

A partir da *concentração de atribuições* em mãos do *chefe* do Ministério Público, o que se busca é a estruturação do *órgão*, posto pela Constituição Federal como *função essencial à Justiça*, como entidade, malgrado ligada ao Poder Executivo pela escolha de seu *chefe*, imune a um sistema mínimo de controle constitucional.

Se garantir a autonomia orçamentária se mostra fundamental à concretização do mandamento constitucional, inadequada será a interpretação que permita à lei complementar estabelecer detalhes no que diz respeito à *remuneração de seus membros*, notadamente quando estabelece *gratificação* por *exercício de funções* da *Administração superior da carreira*.

O *anteprojeto* parece, ainda, considerar permanente a possibilidade do *afastamento* para o exercer ou concorrer a funções legislativas e executivas, bem como admite o exercício de atividades político-partidárias aos *membros* da *instituição*.

O apetite pela regulação da *instituição estadual* leva a paradoxos, notadamente anunciando, de forma ilusória, dispositivos que garantem independência, ao mesmo tempo em que o *órgão* ou seus interesses se apresentam subordinados aos do exercício de funções legislativas e executivas, quando se o considera como afastamento temporário.

A enunciação constitucional de representação da sociedade fica comprometida pelo que se pode considerar como manifestação dos autores do anteprojeto em direção aos ritos, gestos e imagens mais próprios a uma *configuração arcaica de um poder monárquico absolutamente afastado e pairando irresponsavelmente sobre uma população bestializada*.

É como se deve tomar a pretensa prerrogativa de "tomar assento contíguo à direita e no mesmo plano dos Juízes", bem como a previsão de um processo disciplinar que permita a punição em face da "verdade sabida"

O afastamento da população até por símbolos, bem como a tentativa de, como parte, portanto sujeita ao princípio da representação, superar os demais representantes de partes, cujas funções também são garantidas constitucionalmente, ainda mais sublinham os perigos da ilegitimidade apontados inicialmente.

Resta aguardar a apresentação à população em geral do estatuto desejado pelo Ministério Público Estadual.

Somente a discussão pela sociedade, efetuada de forma ampla e transparente, em que os membros do Ministério Público justifiquem suas pretensões e se submetam ao controle democrático, poderá apontar a *distinção, tão-necessária em nosso país, entre uma atribuição efetiva de controle e outra que pretenda a contigüidade com o poder, sinônimo da violência*, como expressava Walter Benjamin.

4. Conclusão

Acredito que, da forma como está previsto o Estatuto do Ministério Público, dificilmente será possível prever quais os interesses que, efetivamente, está apto a defender ou representará, em concreto, no seio de uma sociedade absolutamente fragmentária, como a brasileira.

Tão-genérica estipulação constitucional e ordinária somente reitera o caráter de ilusão que o direito, entre outras funções, possui em nosso país. Pensa-se sempre em interesses assegurados somente em face de previsões abstratas.

Afirmo, contudo, que, diante das características de formação dos profissionais jurídicos, em geral, a atuação do Ministério Público poderá acabar por se reduzir a, pendularmente, duas facetas de representação de nossa pobre cultura contemporânea: *ideológica* ou de *massa*.⁶³

63. Adorno, Th. ("Os padrões da cultura de massa" in Cardoso, F.H. & Martins, C.E. (org.) *Política e Sociedade*, São Paulo, Cia. Editora Nacional, s.d., v. 2): "A crescente força da cultura de massa moderna é acentuada ainda mais pelas mudanças na estrutura social do público. A velha elite culta não existe mais; a moderna intelligentsia corresponde apenas parcialmente a ela. Ao mesmo tempo, uma enorme camada da população, que antes não estava habituada à arte, transformou-se em consumidora de cultura ... Isso se reflete na cultura popular ... A 'ontologia' da classe média foi preservada de forma quase fossilizada, embora se choque com a mentalidade atual das classes médias. Ao se impor sobre pessoas com cujas condições de vida e modo de pensar não está mais de acordo, essa 'ontologia' da classe média assume um caráter cada vez mais autoritário e ao mesmo tempo fictício ... A maldição da cultura de massa moderna parece ser sua aderência à quase imutável

Cumpra saber se à nossa *civilização* poder-se-á repetir a exclamação de Virgílio: *Incipit vita nova*; ou a lamentação de Jeremias: *Quomod sedet sola civitas plena populo! Facta est quasi vidua domina gentium...*

Salto, março de 1993.

ideologia da antiga sociedade de classe média, ao passo que as vidas de seus consumidores estão em total defasagem com essa ideologia"

DIREITO DO CONSUMIDOR

A ARBITRAGEM E O DIREITO DO CONSUMIDOR

Antonio Junqueira de Azevedo
Professor Titular de Direito Civil da USP
Ex-Diretor da Faculdade de Direito da USP

Resumo:

Este artigo visa resolver o aparente conflito entre a Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307, de 1996) que permite a cláusula compromissória nos contratos de adesão e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 1990) que, em seu art. 51, VII, considera a mesma cláusula como abusiva. Para melhor solução da questão, o artigo procura fixar cada uma dessas leis na sua circunstância específica, defendendo a idéia de que, hoje, está a se viver a 4ª fase do direito moderno, caracterizada pela complexidade, — o que implica manutenção das fases anteriores, e não, substituição de uma por outra. Segue-se daí, que ambas as leis estão vigentes, aplicando-se cada uma no seu próprio campo.

Abstract:

The purpose of this article is to solve the apparent conflict between the Arbitration Law (Lei de Arbitragem Lei n. 9.307/96) that allows the arbitration clause in the standard contracts and the Consumer's Rights Code (Código de Defesa do Consumidor Lei n. 8.078/90) that considers abusive such clause in its art. 51, VII. For better understanding of the question, this article tries to establish each law under its specific circumstance, defending the idea we are in the 4th phase of the modern law, characterized by complexity which implies maintenance of the former phases instead of substituting one by another. Therefore, it can be inferred that both laws are in force, each one in its own field.

Unitermos: Lei de Arbitragem. Código de Defesa do Consumidor.

I - A Lei de Arbitragem, o Código de Defesa do Consumidor e suas respectivas circunstâncias.

Desde o início do século XIX até hoje, o direito romano-germânico passou por quatro fases: a civilista, a de "comercialização" a de publicização e, agora, a de um direito pluralista e complexo.

Na primeira metade do século passado, graças especialmente ao liberalismo político e ao movimento geral de codificação, de que o Código Civil

francês (1804) foi o modelo, o Direito Civil deu o tom a todo o sistema jurídico. A partir da segunda metade do século XIX, porém, por força da exacerbação da visão "burguesa" da vida, com a lei se tornando praticamente sinônimo de "direito" e o Estado se amoldando ao liberalismo econômico, a linha diretriz do mundo jurídico foi a de segurança dos negócios; daí, falar-se em "comercialização" do direito (cf. Galgano, 1980, pp. 28 e ss., com referência a Ripert e Pasukanis). Essa preocupação, aliás, se revela claramente em dois Códigos Civis importantes, ainda vigentes, ambos do final do período: o BGB (publicado em 1896) e o próprio Código Civil brasileiro (publicado em 1916, mas feito com base em Anteprojeto de 1899). A 3ª fase, já própria deste século, é a de publicização do direito, com o Estado interventor, atribuindo-se ao ordenamento jurídico não apenas a função de organizar a vida social e solucionar conflitos mas também a de distribuir renda, protegendo os que têm menos condições de negociação, e, especialmente, a de promover a economia. Hoje, diante do grande fracasso da economia comunista na antiga União Soviética e países satélites, abalaram-se as convicções de políticos e juristas, sobre o direito e o Estado; estamos na 4ª fase e as concepções dominantes trazem a tônica da redução do Estado. Fala-se muito em "crise" (do direito e do Estado), ao mesmo tempo que se acentuam, no discurso, aspectos como a globalização da economia e as modificações tecnológicas, inclusive na organização das empresas, com a produção dispersa em unidades, formando "redes", e não mais concentrada nas grandes linhas de montagem, da fase anterior.

Ora, é com o pano-de-fundo desse quadro atual, dito de "pós-modernidade", que deve ser entendida a Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307, de 1996). Ela revela, antes de mais nada, a mudança de mentalidade: do Estado-Demiurgo, ao Estado diminuído nas suas funções. No que nos importa, vê-se logo que a finalidade, ou a teleologia, da nova Lei é a de que uma parte do que era atribuído ao Estado-Poder Judiciário passe a ser resolvido fora de sua estrutura. Por força dessa diminuição, se crise existe, é ela, do Estado e do direito público (direito processual, ou, como se dizia antigamente, "direito judiciário") mas não, do direito privado que, pelo contrário, com a arbitragem, vê aumentado seu campo de atuação.

Como quer que seja, há, sobre arbitragem, um conflito de "filosofia" entre duas leis vigentes: a do Código de Defesa do Consumidor, que é lei protetiva, própria do Estado atuante e cujo art. 51, inciso VII, prevê como abusivas as cláusulas que "*determinam a utilização compulsória da arbitragem*" e a da Lei de Arbitragem, própria do Estado reduzido, cujo art. 3º faculta às partes interessadas

dispensar o Judiciário e submeter seus litígios a juízo arbitral, mediante convenção de arbitragem. Uma lei proíbe o que a outra favorece. Apressemos-nos, porém, a afirmar que o conflito de "filosofia" entre duas leis não-significa fatalmente conflito de regras, mesmo porque o ordenamento, como é sabido, tem disposições para eliminar esses conflitos (art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil). Entretanto, a indicação do conflito dos princípios inspiradores de uma e outra lei importa por duas razões: primeiro, porque demonstra *ab initio* a ilusão de se procurar uma harmonia intrínseca no ordenamento jurídico, como se algum legislador mítico, isento de contradições, fosse o autor de todas as leis; e, em segundo lugar, porque, sendo leis que obedecem a orientações diferentes, estamos diante de unidades normativas, cuja coerência interna deve ser respeitada, mas que põem ao intérprete a necessidade de realizar sua compatibilização externa. Em termos de hermenêutica: é ilusória a chamada interpretação sistemática global — um critério a abandonar (Lipari, 1986) — mas há que se respeitar a interpretação lógico-sistemática de cada unidade normativa e compatibilizá-las entre si, conforme a Constituição.

Diga-se, entre parêntesis, que muitos juristas chamariam a essas unidades normativas de "microssistemas", expressão atraente, que exigiria, porém, a nosso ver, para ser aplicada, algo mais que a simples unidade normativa; deveria haver, também, órgãos de recepção, ou de *input*, e de emissão, ou de *output*, que, de fato, talvez existam no direito do consumidor, — com consumidores e operadores do direito atuando na primeira função e instituições, como os Procons e as varas especializadas, na segunda —, mas que, por ora, ainda não se vêem na arbitragem.

O ordenamento jurídico está organizado em diferentes "camadas" de leis. No caso brasileiro, se o Código Civil é da fase da "comercialização", ou da preocupação com a segurança dos negócios, — e, nesse sentido, não previu a lesão nem a revisão judicial dos contratos, em casos de não-equivalência econômica entre prestação e contraprestação; foi anticausalista e chegou até mesmo a trazer capítulo sobre os títulos ao portador; estabeleceu a mora *ex re*; etc. etc.—, já o Código de Defesa do Consumidor, protetivo até no nome, previu a lesão e a revisão judicial (art. 6º, V), trouxe a regra da boa-fé objetiva (arts. 4º, III e 51, IV), possibilitou, em certas circunstâncias, para o consumidor, o arrependimento do contrato (art. 49) e, inversamente, para o fornecedor, tornou vinculante qualquer oferta e até mesmo a publicidade, desde que suficientemente precisa (art. 35, I). Por aí, percebe-se que o Código Civil dá tratamento igual às situações, especialmente negociais, mantendo desiguais as pessoas, enquanto, o Código de Defesa do Consumidor, no extremo

oposto, desigual a o tratamento das situações, para dar igualdade às pessoas ("*equal treatment*" versus "*treatment as an equal*" - Dworkin, 1991). Ambos vigentes, vêm, agora, a eles se acrescentar a Lei de Arbitragem, própria de nova visão do direito e do Estado, tudo demonstrando a superposição de "camadas", dentro da grande complexidade do direito atual.

Do exposto, percebe-se que, se uma fase histórica sucede à outra, o mesmo não acontece — e é isto que importa salientar — com o direito e as instituições. Nesse ponto, o paralelismo a ser feito é com a biologia; na evolução dos seres vivos, o antigo não é substituído pelo novo; o antigo persiste e ambos, antigo e novo, coexistem; a bactéria, um dos mais antigos seres vivos, convive com o homem, um dos mais novos. A evolução, na verdade, não é evolucionista (Teubner, 1989, p. 99). Portanto, a verdadeira alteração não é a da substituição dos seres, e sim, a do aumento da complexidade. A longo prazo, o direito de hoje é mais complexo que o de ontem e o de ontem mais complexo do que de anteontem (mas, observamos, para sermos completos, que isto é "a longo prazo" porque, a curto prazo, — de novo como na biologia —, a fases de aumento de complexidade, podem suceder fases de simplificação, ainda que estas, pelo menos aparentemente, jamais cheguem ao grau de intensidade de simplificação da fase imediatamente anterior — é a teoria das ondas progressivas — Childe, 1960, p. 287).

A coexistência do Código Civil com o Código de Defesa do Consumidor e a deste com a Lei de Arbitragem impõem, afinal, a seguinte observação: assim como o princípio básico do direito contratual no Código Civil, o da autonomia da vontade, — com seus desdobramentos de liberdade contratual, "*pacta sunt servanda*" e relatividade dos efeitos contratuais —, não foi eliminado pelo Código de Defesa do Consumidor, e sim, acrescentado de outros dois: o princípio do equilíbrio contratual, isto é, equilíbrio dos direitos e obrigações, controlado pela regra da boa-fé objetiva, e o princípio do equilíbrio econômico das partes, implicando proteção ao consumidor (v. art. 4º, do CDC), também, da mesma forma, essa proteção ao consumidor, do Código de Defesa do Consumidor, não foi eliminada pela Lei de Arbitragem. Houve inovação, com aumento de complexidade, sem supressão. A nova Lei, especialmente, nenhuma referência fez à revogação do inciso VII, do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, — continuando, pois, a ser abusiva a cláusula compromissória estabelecida como compulsória em contratos em que uma das partes é consumidor, seja, ou não, de adesão o contrato, conforme será desenvolvido adiante.

II Algumas considerações sobre a constitucionalidade do compromisso e da cláusula compromissória na Lei de Arbitragem.

A Lei de Arbitragem englobou, sob o nome genérico de "convenção de arbitragem" dois institutos tradicionais: o compromisso e a cláusula compromissória. Enquanto o compromisso é negócio jurídico bilateral, tendo por objeto submeter à decisão arbitral controvérsia já existente, a cláusula compromissória é um pacto de firmar um compromisso futuro, *pacto de compromittendo*, tendo por objeto submeter controvérsias ainda não concretizadas e, portanto, eventuais, à decisão arbitral.

As diferenças conceituais entre uma e outra figura têm levado alguns juristas a estabelecer conseqüências radicalmente diversas, a ponto de haver quem, diante da nova Lei, considere constitucional — e, portanto, válido —, o compromisso e inconstitucional — e, portanto, inválida —, a cláusula compromissória. Em voto ainda não-publicado, porque, ao que saibamos, o julgamento do caso não terminou, afirmou o Ministro do S.T.F., Sepúlveda Pertence: *"Cheguei, porém - depois de longa reflexão - à conclusão de que, nesse tópico, a lei foi efetivamente além das marcas impostas pela Constituição ao âmbito de validade da disciplina legal da arbitragem. A constitucionalidade do juízo arbitral perdoe-se a insistência deriva da renunciabilidade, no caso, do exercício do direito de ação que é o reflexo subjetivo da garantia da prestação jurisdicional, inculpada hoje no art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental - relativamente a uma pretensão material disponível. Mas, a renunciabilidade da ação porque direito de caráter instrumental não existe in abstracto, só se pode aferi-la em concreto, pois tem por pressuposto e é coextensiva, em cada caso, da disponibilidade do direito questionado, ou melhor, das pretensões materiais contrapostas, que substantivam a lide confiada pelas partes à decisão arbitral. Segue-se que a manifestação de vontade da qual decorra a instituição do juízo arbitral onde exista a garantia constitucional da universalidade da jurisdição judicial e, pois, do direito de ação não pode anteceder à efetiva atualidade da controvérsia a cujo deslinde pelo Poder Judiciário o acordo implica renunciar. Vale dizer, que não prescinde da concreta determinação de um litígio atual".* E mais adiante: *"Ora, essa impossibilidade não a pode suprir a lei ordinária, sem ferir a garantia constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV). Só não a transgredir o compromisso porque, por força dele, são os próprios*

titulares dos interesses objeto de uma lide já concretizada que, podendo submetê-la a jurisdição estatal, consentem em renunciar à via judicial e optar pela alternativa da arbitragem para solucioná-la. E só para isso. Na cláusula compromissória, entretanto, o objeto dessa opção, posto que consensual, não são lides já determinadas e concretizadas, como se dá no compromisso: serão lides futuras e eventuais, de contornos indefinidos; quanto muito, na expressão de Carnelutti (ob. cit., p. 550), lides determináveis pela referência ao contrato de cuja execução possam vir a surgir. A renúncia, com força de definitiva, que aí se divisasse à via judicial já não se legitimaria por derivação da disponibilidade do objeto do litígio, que pressupõe a sua determinação, mas, ao contrário, consubstanciaria renúncia genérica, de objeto indefinido, à garantia constitucional de acesso à jurisdição, cuja validade os princípios repelem" (Pertence, Ag. reg. em sentença estrangeira n. 5.206-7) (grifos nossos em "lides determináveis" e "objeto indefinido").

O raciocínio desenvolvido, como se percebe, confunde o "determinável" com o "indeterminado" ("indefinido") e supõe que concretizar a vontade das partes seja o mesmo que substituir essa mesma vontade. Em direito, porém, como regra, pouca diferença se faz entre o que é determinado e o que é determinável, eis que, em todo sistema jurídico baseado na lei, há sempre uma margem de indefinição, que deve ser preenchida em cada caso particular; há sempre necessidade de concretização. Também em matéria de negócio jurídico, em especial nos contratos, que constituem um "programa" das partes, para ordenar seu comportamento futuro, existe a mesma indeterminação, — e, muitas vezes, por força da própria natureza jurídica dos institutos, como nas obrigações de dar coisa incerta (arts. 874 a 877, do C. C. bras.), nas alternativas (arts. 884 a 888, do C. C. bras.), nos contratos aleatórios (arts. 1.118 a 1.121, do C. C. bras.) e na própria compra-e-venda simples (arts. 1.123 e 1.124, do C. C. bras.). Não há, pois, como confundir o determinável, que depende somente de concretização, com o indeterminado, que exige acréscimo substancial *ex novo*.

A verdade é que, considerada inconstitucional a cláusula compromissória, a Lei de Arbitragem não atingirá seus objetivos, eis que sempre foram os obstáculos criados à sua execução específica que impediram o desenvolvimento da arbitragem entre nós. A Lei terá sido inútil.

A distinção entre constitucionalidade do compromisso e inconstitucionalidade da cláusula compromissória, insistamos, não resiste à uma análise minuciosa. Uma cláusula compromissória pode ser muito, ou pouco,

imprecisa; há graus na imprecisão. Por exemplo, está, entre as primeiras, a que simplesmente estipulasse: "em caso de divergência, as partes farão compromisso arbitral"; está, entre as segundas, a que fixasse o nome do árbitro, as regras do processo de arbitragem e, quanto ao objeto, o limitasse especificamente às questões oriundas de divergência de interpretação contratual. Por outro lado, o próprio compromisso pode ser mais, ou menos, preciso (v. art. 11, da nova Lei); nele, pode, até mesmo, haver problema sobre a nomeação do terceiro árbitro, que é o que mais importa (art. 13, da nova Lei). Do ponto de vista do homem comum, não se percebe por que o juiz não poderia dar sentença que valha como compromisso, quando, da cláusula compromissória, quase tudo conste, e, inversamente, no caso do compromisso, sem fixação do terceiro árbitro, possa ele nomear alguém de sua livre escolha.

Na verdade, a diferença entre cláusula compromissória e compromisso, tomada para admitir a inconstitucionalidade da primeira e a constitucionalidade do segundo, é, com o devido respeito, raciocínio típico da ultrapassada jurisprudência dos conceitos, a ser substituída *in casu* pela simples análise tipológica. Diante de cada caso particular, seja compromisso ou cláusula compromissória, o que é preciso fazer é examinar até onde o juiz poderá completar a vontade das partes, isto é, concretizá-la, sem violentar as expectativas de cada contratante.

Resta acrescentar, com o Ministro do S.T.J., Sálvio de Figueredo Teixeira, que a Lei n. 9.307/96 não exclui do Judiciário a arbitragem, seja compromisso ou cláusula compromissória, porque: a. o art. 33 é explícito na admissão de casos de nulidade da sentença arbitral, com exame pelos tribunais; b. a execução coativa somente poderá ocorrer perante o Judiciário; c. a nulidade da sentença pode ser argüida nos embargos à execução, sempre perante o juiz togado; d. a sentença arbitral estrangeira está sujeita à homologação do S.T.F.; e e. é exclusivamente do Judiciário, o exame de qualquer controvérsia que surja sobre direitos indisponíveis (Teixeira, 1997).

III Compromisso e cláusula compromissória no Código de Defesa do Consumidor, hoje.

Como adiantamos, a Lei de Arbitragem nada alterou no Código de Defesa do Consumidor, sobre os direitos do consumidor. Perante a lei protetiva, o quadro era, e é, pois, o seguinte: o compromisso entre consumidor e fornecedor, desde que sem abuso deste sobre aquele, é permitido; a cláusula compromissória, inversamente, tem presunção absoluta de abusividade e é proibida (art. 51, VII). No compromisso, o abuso é uma possibilidade, a ser examinada caso a caso; na cláusula compromissória é uma certeza, legalmente determinada.

O art. 51, VII, prescreve como abusivas e, portanto, "*nulas de pleno direito*", as cláusulas que "*determinem a utilização compulsória de arbitragem*". A primeira observação a fazer é que o compromisso não está proibido; ele, literalmente, não é cláusula, é ato autônomo; além disso, é realizado quando já há controvérsia existente, de tal forma que, se abuso houver, este terá de ser examinado *in concreto*; a lei, *a priori*, não o pressupõe. Uma vez feito o compromisso, e válido porque sem abuso do consumidor, a arbitragem, que se segue, terá por sua vez, que ser decidida sem ferir as normas de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, as regras da Lei de Arbitragem, sobre o compromisso — e estamos pensando exatamente nas que dão maior abertura para a decisão, como a possibilidade de decidir por equidade, — podem se aplicar, mas sempre dentro do limite das normas cogentes do Código de Defesa do Consumidor.

A segunda observação diz respeito à cláusula compromissória; ela está proibida. É verdade que a lei expressamente somente dispõe sobre a que estipula "*utilização compulsória de arbitragem*", o que parece supor uma permissão de cláusula de arbitragem facultativa. Mas uma cláusula compromissória somente tem sentido prático quando prevê a arbitragem com obrigatoriedade; — o adjetivo, no texto legal, parece ter sido fruto de excesso de preocupação do legislador, para deixar claro que não estava incluindo, na proibição, o compromisso, eis que este, de fato, embora não seja cláusula, pertence ao gênero "convenção de arbitragem" e não é compulsório. Afinal, uma arbitragem facultativa é sempre possível e, por isso mesmo, as partes dificilmente farão previsão desse tipo, em cláusula do próprio contrato; não tem sentido. Portanto, em síntese, a cláusula compromissória, como é

entendida e estipulada na prática, é nula, se inserida em contrato em que o consumidor é parte.

Por outro lado, para não-consumidores, a Lei de Arbitragem trouxe modificações ao próprio Código de Defesa do Consumidor. O art. 29, desse Código, equiparava não-consumidores a consumidores, em matéria de "práticas comerciais" e de "proteção contratual", *verbis*: "*Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas*" (redação péssima, pouco clara e com erro de concordância, porque, se são dois capítulos, a redação somente poderia ser "expostas às práticas neles previstas"). Tendo em vista essa regra, a cláusula compromissória era também nula em contratos de adesão realizado entre não-consumidores, colocados em posição de desigualdade econômica. Agora, a nulidade deixa de ocorrer na forma ampla anteriormente determinada; será preciso ter em vista a regra específica do § 2º, do art. 4º, da Lei de Arbitragem. Por essa regra, a cláusula compromissória terá eficácia, nos contratos de adesão, se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou se manifestar sua concordância em documento anexo. A mesma disposição também considera válida a cláusula compromissória, se, redigida em negrito, o aderente puser sua assinatura, ou se puser visto, especialmente para ela (a lei é esta, mas cumpre dizer que isto já se mostrou inútil na Itália, — 2ª alínea do art. 1.341 do "*Codice civile*"—; a verdade é que quem assina, uma vez, "continua na sua" e põe visto, mais uma ou duas vezes, nas mesmas condições).

Alguns autores, antes da Lei de Arbitragem, levantavam dúvidas sobre a nulidade da cláusula compromissória na hipótese de ela ter sido discutida entre partes (cf. Nery Jr., 1991, p. 355). Hoje, para não-consumidores, a solução está expressa no § 2º do art. 4º, mas, repetimos, se um dos contratantes for consumidor, a cláusula compromissória, nesta hipótese, era, e é, nula. A Lei de Arbitragem, embora obedecendo aos "novos tempos" do Estado reduzido, em nenhum ponto alterou a proteção ao consumidor e, bem ou mal, a verdade é que o Código de Defesa do Consumidor "radicalizou" nessa matéria de cláusulas abusivas; de forma excessiva (e até mesmo não-técnica, ao usar a expressão "de pleno direito" — o que, aqui, não vêm ao caso expor), determinou a nulidade, para as cláusulas previstas em seus incisos. O art. 51 trouxe um rol de hipóteses específicas de cláusulas abusivas, ao lado de uma hipótese genérica de "fechamento" da lista (inciso XV); ora, a previsão das cláusulas abusivas específicas impede que, sobre elas, se façam

distinções, quer haja, quer não haja, discussão prévia, quer o contrato seja, quer não seja, de adesão.

De lege ferenda, a solução poderia ser outra, eis que, sobre o ponto, variam as legislações. A Diretriz n. 93/13, da União Européia, sobre cláusulas abusivas nos contratos estipulados com o consumidor, inclui, na letra "q" da lista referida no § 3º, do art. 3º, a cláusula compromissória; o texto é: "*suprimir ou limitar o exercício de ação judicial ou vias de recurso do consumidor, especialmente, obrigando o consumidor a se utilizar exclusivamente de juízo arbitral não-disciplinado por disposições legais, limitando indevidamente os meios de prova à sua disposição ou impondo ônus de prova que, no sentido da legislação aplicável, incumbiria a outra parte do contrato*". De acordo, ainda, com a mesma Diretriz (art. 3º, § 1º), uma cláusula contratual deixará de estar no rol exemplificativo dessas cláusulas abusivas, se for objeto de "*negociação individualizada*". Entretanto, como se sabe, as diretrizes, na União Européia, devem ser incluídas na legislação nacional de cada país; elas fazem, analogicamente, o papel, entre nós, das normas constitucionais não plenamente auto-exeqüíveis. Segue-se daí que, por exemplo, na França, onde o Código Civil (art. 2.061) já previa a nulidade da cláusula compromissória, — salvo a hipótese de ser estipulada entre comerciantes —, ela continua a ser nula nos contratos de consumo, independentemente de se tratar, ou não, de contrato de adesão e de ser, ou não, discutida individualmente (Pizzio, 1996, p. 205, com referência, porém, a dois autores, Fouchard e Loquin, que admitem alterações do que está determinado no Código Civil). Na Itália, o caminho seguido foi diferente porque, tendo em vista a referida Diretriz, o próprio Código Civil foi alterado, incluindo-se, nele, em 1996, um "*Capo XIV Bis*", após o "*Capo XIV*" do Livro das Obrigações; aí, no art. 1.469 *bis*, n. 3, há uma lista de cláusulas que se presumem abusivas ("*vessatorie*" / vexatórias, na terminologia italiana), enquanto que, no art. 1.469 - *quinquies*, n. 2, há outra lista de cláusulas que são ineficazes, ainda que objeto de tratativas. Todavia, a cláusula compromissória não está nem num nem noutro artigo; está prevista fora desse novo capítulo dedicado ao consumidor; ela está no art. 1.341, sob a rubrica das "condições gerais de contrato"; aí, está proibida, salvo se especificamente aprovada, nos termos que já havíamos adiantado acima (v. Alpa/Iudica, 1996). *De lege lata*, portanto, a situação francesa é a mesma nossa, para o consumidor, e a italiana, é a mesma nossa, para o não-consumidor.

Resumindo: o compromisso é sempre permitido e a cláusula compromissória continua proibida nas relações em que o consumidor é parte, por força do inciso VII, do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, não-revogado; nas relações entre não-consumidores, tratando-se de contratos de adesão, há de se aplicar o § 2º, do art. 4º, da Lei de Arbitragem. *Legem habemus.*

São Paulo, 28 de julho de 1997.

BIBLIOGRAFIA

- ALPA, IUDICA *et alii.* *Codice civile con commento essenziale di giurisprudenza.* s.l.p., Kluwer Ipoa, 1996.
- CHILDE, V Gordon. *O que aconteceu na História*, tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1960.
- DWORKIN, Ronald. *Talking Rights Seriously.* Londres : Duckworth, 1991.
- GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e Costituzione.* Bolonha : Zanichelli, 1980.
- LIPARI, Nicolò. "Sistematica giuridica e nuovo contrattualismo" *in Rivista di Diritto Civile*, n. 32, 1986.
- NERY JR., Nelson. *In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto.* Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991.
- PIZZIO, J. P. *Code de la consommation commenté.* 2ª ed. Paris : Montchrestien, 1996.
- TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo. "A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro" *in Lex-Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, n. 94, São Paulo, Lex, junho de 1.997.
- TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*, tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO SISTEMA SÓCIO-ECONÔMICO BRASILEIRO

Ada Pellegrini Grinover

Professora Titular do Departamento de Direito Processual da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Após tratar do caráter preventivo do Direito do Consumidor e das fórmulas utilizadas para sua definição, afirmando-lhe a natureza sócio-econômica, o trabalho cuida da inserção constitucional da tutela do consumidor no Brasil, da opção pela codificação, dos modelos inspiradores do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor de 11.09.1990 e de seu conteúdo - com normas de direito substancial (civil, comercial, penal e administrativo) e processual -, dando especial destaque à defesa do consumidor em juízo, mediante ações individuais e coletivas.

Abstract:

After defining the field of consumer's right, the author writes about this right in the Brazilian Constitution and the Consumer's Code, giving the essential ideas on the substantive and procedural guarantees, including the Brazilian Class Action.

Unitermos: Direito do Consumidor; Defesa do consumidor em juízo.

Sumário:

- 1 O Direito do Consumidor;
- 2 - O consumidor brasileiro na Constituição de 1988;
- 3 - O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor;
- 4 A defesa do consumidor em juízo;
- 5 - Conclusões.

1 - O Direito do Consumidor

Não é de hoje que existem *direitos dos consumidores*: há muito tempo os diversos sistemas jurídicos se preocupam com o comprador, o locatário, o segurado, o passageiro. Mas formulação bem mais recente tem o *Direito do Consumidor*, enquanto disciplina jurídica que, além de se formar e se justificar no relacionamento social entre os homens como acontece com qualquer ramo do Direito - exige para sua plenitude o relacionamento humano na *sociedade de consumo*.

O grande desenvolvimento econômico que caracterizou o período posterior à Segunda Guerra Mundial significou a massificação da produção e do comércio, levando a tecnologias sofisticadas e à ampliação dos mercados.¹ Evidenciou-se, assim, a necessidade de tutela específica dos consumidores. Mas, enquanto nos Estados Unidos da América o aparecimento do Direito do Consumidor se processou a partir de uma perspectiva individualista e reparatória, com a proteção do *indivíduo-consumidor* para se alcançar depois o *público-consumidor*, na Europa a evolução ocorreu desde logo a partir do esforço de tutelar o público como um todo, sendo secundária a preocupação de reparar os danos sofridos individualmente pelos consumidores.²

Seja como for, em ambos os sistemas *common law* e *civil law* o Direito do Consumidor, que havia nascido como corpo legal de caráter eminentemente repressivo (penal e administrativo), foi aos poucos se transformando, em face de certas características do mercado: a velocidade de suas transformações, o surgimento diário de novas e mais complexas modalidades de negócios e tecnologias; a vulnerabilidade do consumidor, quer para evitar o dano, quer para buscar reparação; a natureza e dimensão dos acidentes de consumo, muitas vezes de difícil reparação. E hoje o Direito do Consumidor é fundamentalmente preventivo.³

1. Thomas Trumpy, Consumer protection and product liability: Europe and the EEC, in *The North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. II, n. 2, 1966, p. 321.

2. Trumpy, ob. cit., p. 322.

3. Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, O Direito do Consumidor, in *Rev. do MP do Rio Grande do Sul*, v. 1, n. 26, 1992, pp. 107-108.

Como observa Herman Benjamin,⁴ essa característica preventiva do Direito do Consumidor, preponderante na nova disciplina, tem duas vertentes: uma é a de impedir que a fragmentação da relação de consumo cause prejuízos ao consumidor. Outra é a de prevenir que o conflito de consumo venha a enfraquecer o próprio mercado e, com ele, a ordem capitalista. Isso porque o Direito do Consumidor, assim como o Direito Econômico, é "uma ação voltada à *preservação do mercado* enquanto mecanismo de coordenação do processo econômico tendo em vista o interesse social".⁵

Assim sendo, o Direito do Consumidor não é apenas um corpo de normas de proteção direta ao consumidor, individualmente considerado. O Estado freqüentemente intervém com medidas de controle do comportamento que protegem um interesse abstrato dos consumidores, mesmo que para tanto aparentemente contrarie as aspirações imediatas de seus tutelados. É o que sucede, por exemplo, com o controle da produção e comercialização de álcool e tabaco, ou com a obrigatoriedade do uso de cintos de segurança em automóveis.⁶

Diante dessa complexidade, como foi percucientemente observado,⁷ não há uma definição *a priori* do Direito do Consumidor, nem se pode chegar a uma conceituação válida para todos os tempos. Definí-lo, ao contrário, pressupõe o perfeito entendimento da função de consumo com suas variantes históricas e da relação jurídica de consumo.

Ademais, existem três fórmulas para definir-se Direito do Consumidor: uma definição objetiva, uma definição teleológico-subjetiva, e outra mista.⁸ Na primeira, ressalta-se a idéia de relação jurídica de consumo. Na segunda, põem-se em destaque os sujeitos da relação, tutelando-se particularmente um deles, por sua vulnerabilidade. E a terceira, que supera as insuficiências das outras, conjuga o critério objetivo com o teleológico-subjetivo.

4. Benjamin, ob. e loc. cit.

5. Eros Roberto Grau, *Elementos de Direito Econômico*, p. 19.

6. Gérard Cas e Didier Ferrier, *Traité de Droit de la Consommation*, p. 2.

7. Benjamin, ob. cit., p. 105.

8. *Idem, ibid.*

A definição mista, inegavelmente a melhor, conceitua assim Direito do Consumidor como *o conjunto de princípios e normas jurídicas que protegem o consumidor na relação jurídica de consumo*.⁹

Donde se depreende a natureza essencialmente *sócio-econômica* do Direito do Consumidor, enquanto disciplina jurídica autônoma, cujos princípios, conceitos e instrumentos incidem profundamente nas relações entre consumidores e fornecedores, moldando e aperfeiçoando o mercado.

2 - O consumidor brasileiro na Constituição de 1988

A Constituição brasileira de 1988 elevou a tutela do consumidor à estatura constitucional, inserindo-a entre os direitos fundamentais e entre os princípios gerais da ordem econômica.

O art. 5º da Constituição Federal, dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos, estabelece, no inc. XXXII, caber ao Estado a promoção da defesa do consumidor, nos termos da lei.

No capítulo atinente aos princípios gerais da ordem econômica, o art. 170 ao rezar que *"a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social"* determina a observância de princípios fundamentais, entre os quais se inscreve, no inc. V, a defesa do consumidor.

Mais especificamente, o art. 150, que trata das limitações do poder de tributar por parte do Poder Público no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, estabelece em seu § 5º que *"a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços"*; e o inc. II do art. 175, aludindo aos serviços públicos prestados por intermédio de concessão ou permissão do Poder Público, determina no parágrafo único que a lei disporá sobre *"os direitos dos usuários"*.

Finalmente, o art. 48 das Disposições Constitucionais Transitórias assinalou ao Congresso Nacional o prazo de 120 dias, a contar da promulgação da Constituição, para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

9. *Idem*, p. 106.

Deve-se dizer, ainda, que as generosas promessas constitucionais encontraram concretidade pela promulgação da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 - o Código de Defesa do Consumidor, que entrou em vigor em março de 1991.

3 - O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor

O texto constitucional reconheceu expressamente que o consumidor não pode ser adequadamente protegido apenas na base de um modelo privado (auto-regulamentação, convenções coletivas de consumo, boicote), e nem mesmo por leis esparsas, muitas vezes contraditórias ou lacunosas. O constituinte brasileiro adotou expressamente a idéia da codificação, na trilha da melhor doutrina estrangeira, reconhecendo a necessidade de um arcabouço geral para o regramento do mercado de consumo.¹⁰

Com toda a razão, porquanto muitos são os benefícios da codificação que, além de permitir a reforma do direito vigente, apresenta diversas vantagens. Entre estas ressalta o fato de a sistematização da matéria dar coerência e homogeneidade a seu conteúdo, de modo a simplificar e esclarecer o regramento legal, favorecendo de uma maneira geral os destinatários e os aplicadores da norma e possibilitando a visão de conjunto e a própria autonomia da disciplina.¹¹ A codificação supera, assim, crítica comum na Europa, onde se põe de manifesto o defeito da carência de uniformidade das normas de consumo, o que acaba por caracterizar o Direito do Consumidor muito mais como um fundo que ainda deve ser colocado em ordem.¹²

O Código, como não podia deixar de ser, foi buscar sua inspiração em modelos estrangeiros, mas os seus redatores tomaram a precaução de evitar, a todo custo, a mera transcrição de textos alienígenas, na convicção de que o Brasil - e seu mercado de consumo - tem peculiaridades e problemas próprios. Tanto assim que

10. Na verdade, o Código foi votado na qualidade de lei apenas para escapar de *iter* legislativo mais formalista. Mas, não-obstante a denominação de lei, não há dúvidas de que se está diante de um código, e não-só pelo mandamento constitucional, mas sobretudo tendo em vista seu caráter sistemático. Tanto assim que no próprio diploma legal freqüente é o uso do vocábulo "código"

11. Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *Introdução ao Código Brasileiro do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, Rio, Forense Universitária, 1995, p. 9.

12. Denise Baumann, *Droit de la Consommation*, p. 2.

inúmeros dispositivos, de tão-adaptados à nossa realidade, se mostram arredios a qualquer tentativa de comparação com modelos estrangeiros.¹³

Apesar disso, é possível identificar-se em certas disposições do Código a influência de outros ordenamentos. Na origem dos direitos básicos dos consumidores está a *Resolução n. 39/248*, de 9 de abril de 1985, da Assembléa Geral da Organização das Nações Unidas. Mas a maior influência do Código veio do *Projet de Code de la Consummation* francês, redigido sob a presidência do Professor Jean Calais-Auloy. Importantes para a elaboração do Código foram também as leis gerais da Espanha (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Lei n. 26/1984), de Portugal (Lei n. 29/81, de 22 de agosto), do México (*Ley Federal de Protección al Consumidor*, de 5 de fevereiro de 1976) e de Quebec (*Loi sur la Protection du Consommateur*, promulgada em 1979).

Sob o ponto de vista mais específico de algumas de suas matérias, o Código buscou inspiração, fundamentalmente, no Direito comunitário europeu (*Directivas 84/450*, sobre publicidade, e *85/374*, sobre responsabilidade civil por acidentes de consumo). Para a formulação de regras sobre o controle das cláusulas gerais dos contratos, serviram-se os redatores do Código brasileiro das legislações de Portugal (*Decreto-lei n. 446/85*, de 25 de outubro) e da Alemanha (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* *AGB Gesetz*, de 9 de dezembro de 1976).

A influência do Direito norte-americano foi dupla. Indireta, uma vez que as regras européias de tutela do consumidor mais atuais estão calcadas nos *cases* e *statutes* americanos. E direta, através da análise atenta do sistema legal de proteção ao consumidor dos Estados Unidos, em que foram particularmente úteis o *Federal Trade Commission Act*, o *Truth in Lending Act*, o *Fair Credit Reporting Act* e o *Fair Debt Collection Practices Act*.¹⁴ Na parte processual atinente às ações coletivas, embora buscando-se sempre formulações que se adaptassem às peculiaridades brasileiras, não se descurou do estudo das *class actions* das *Federal Rules* de 1966.

O resultado disso tudo foi um Código que apresenta estrutura e conteúdo modernos, em sintonia com a realidade brasileira.

O Título I ("Dos direitos do consumidor") contém sete Capítulos, que vão desde as "disposições gerais" (Cap. I), "a política nacional das relações de

13. Grinover e Benjamin, ob. cit., p. 10.

14. *Id.*, ob. cit., p. 10.

consumo" (Cap. II) e "os direitos básicos do consumidor" (Cap. III), passando pela "qualidade de produtos e serviços, prevenção e reparação dos danos (Cap. IV), pelas "práticas comerciais" (Cap. V, compreendendo a oferta, a publicidade, as práticas abusivas, a cobrança de dívidas, os bancos e cadastros dos consumidores), pela "proteção contratual" (Cap. VI, tratando das cláusulas abusivas e dos contratos de adesão), para chegar às "sanções administrativas" (Cap. VII). O Título II cuida das "infrações penais" O Título III, da "defesa do consumidor em juízo" O "sistema nacional de defesa do consumidor" é o objeto do Título IV, enquanto o Título V versa sobre a "convenção coletiva de consumo" E finalmente o Título VI cuida das "disposições finais"

Vê-se daí que o Código contém normas de Direito substancial (civil, comercial, penal, administrativo) e de Direito processual, pondo de relevo o nítido caráter multidisciplinar do Direito do Consumidor.¹⁵

Entre suas principais inovações, cabe ressaltar as seguintes: formulação de um conceito amplo de fornecedor, incluindo, a um só tempo, todos os agentes econômicos que atuam, direta ou indiretamente, no mercado de consumo, abrangendo inclusive as operações de crédito e securitárias; um elenco de direitos básicos dos consumidores com os respectivos instrumentos de implementação; proteção contra todos os desvios de quantidade e qualidade (vícios de qualidade por insegurança e vícios de qualidade por inadequação); melhoria do regime dos prazos de decadência e prescrição; ampliação das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica das empresas; regramento do *marketing* (oferta e publicidade); controle das práticas e cláusulas abusivas, bancos de dados e cobrança de dívidas de consumo; introdução de um sistema sancionatório administrativo e penal; facilitação do acesso à Justiça do consumidor; incentivo à composição privada entre consumidores e fornecedores, inclusive pela previsão de convenções coletivas de consumo.¹⁶

Pode-se assim dizer, sem nenhum favor, que o Código projeta o Brasil numa posição de vanguarda com relação ao Direito do Consumidor. Os primeiros resultados de sua aplicação já são alvitreiros, mas ainda é preciso implementar cada

15. Sobre os dois sentidos da multidisciplinariedade do Direito do Consumidor (*externa* - com relação a ciências não-jurídicas e *interna*, porque, afora dos seus próprios, partilha de muitos princípios, conceitos, institutos e instrumentos de outras disciplinas jurídicas), v. Benjamin, *O Direito do Consumidor*, cit., pp. 111-112.

16. Grinover e Benjamin, ob. cit., p. 11.

vez mais suas normas e seus princípios, na busca de um mercado de consumo cada vez mais justo e equilibrado.

4 - A defesa do consumidor em juízo

A denominação do Título III Da defesa do consumidor em juízo coaduna-se com o espírito do Código, todo permeado pela idéia da vulnerabilidade do consumidor, devendo ser entendida em sentido amplo: o Título não compreende apenas a defesa processual *stricto sensu*, com as exceções opostas pelo consumidor, mas sim toda e qualquer atividade por este desenvolvida em juízo, tanto na posição de réu, quanto na de autor, a título individual ou pelos entes legitimados às ações coletivas. Trata-se, portanto, da tutela judiciária dos direitos e interesses do consumidor.¹⁷

Nas palavras lapidares de Kazuo Watanabe,¹⁸ as disposições contidas no Título põem bem à mostra a preocupação do legislador pela instrumentalidade substancial e maior efetividade do processo¹⁹ e também pela sua adequação à nova realidade sócio-econômica, marcada profundamente pela economia de massa.²⁰

Tudo isso, aliado ao esforço para diminuir os entraves que se antepõem ao acesso do consumidor à justiça e à ordem jurídica justa,²¹ demandava

17. Com esta expressão, não se quer aderir à teoria da ação como direito concreto (direito à sentença favorável), mas se quer expressar a idéia de acesso à justiça, no seu sentido mais amplo: sobre a teoria da ação como direito concreto, v. Cintra, Grinover & Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 11ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, ns. 8 e 35.

18. Kazuo Watanabe, Disposições Gerais, in *O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 489.

19. Ver, no Brasil, Cândido Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987; José Carlos Barbosa Moreira, Notas sobre o problema da "efetividade" do processo, in *Temas de Direito Processual*, 3ª série, Saraiva, 1984, pp. 27-42 e Tendências modernas do direito processual civil, in ob. cit., pp. 1-13; Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, pp. 15-25.

20. Mauro Cappelletti, Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile, in *Riv. Dir. Proc.*, 1975, pp. 361-402; Kazuo Watanabe, Acesso à Justiça e sociedade contemporânea, in *Participação e Processo*, coord. de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarco e Kazuo Watanabe, Revista dos Tribunais, 1988, pp. 128-135; Ada Pellegrini Grinover, A tutela jurisdicional dos interesses difusos, in *Novas Tendências do Direito Processual*, Rio, Forense Universitária, 1990, pp. 137-143.

21. Ver, principalmente, a monumental obra de Mauro Cappelletti et alii, *Access to Justice*, Milão, Giuffrè, 1978, 6 volumes; ver também, de Cappelletti, *Ascesso alla giustizia come programa di*

que se atuasse em profundidade. Exigia-se, de um lado, o fortalecimento da posição do consumidor em juízo - até agora pulverizada, isolada, enfraquecida perante a parte contrária que não é, como ele, um litigante meramente eventual -, postulando um novo enfoque de *par condicio* e do equilíbrio das partes, que não fossem garantidos no plano meramente formal; e, de outro lado, fazia-se necessária a criação de novas técnicas que, ampliando o arsenal de ações coletivas previstas pelo ordenamento, realmente representassem a desobstrução do acesso à justiça e o tratamento coletivo de pretensões individuais que isolada e fragmentariamente poucas condições teriam de adequada condução.

Para tanto, a parte processual do Código atua em duas vertentes: na das ações individuais e das ações coletivas. No campo das primeiras, a lei opera por intermédio de diversas normas, como as que contemplam a possibilidade de determinação da competência pelo domicílio do consumidor autor (art. 101, I); a vedação da denúncia da lide e um novo tipo de chamamento ao processo, em determinadas hipóteses (arts. 88 e 101, II); a previsão de adequada e efetiva tutela jurisdicional por intermédio de todo e qualquer tipo de ação (art. 83); a nova configuração da tutela específica, nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer (art. 84); a extensão subjetiva da coisa julgada *erga omnes*, mas, em alguns casos, apenas para beneficiar as pretensões individuais (art. 103), etc. Outras regras, situadas fora do Título, complementam esse reforço de tutela, como ocorre, por exemplo, com a inversão, *ope judicis*, do ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, inc. VIII), com a implementação dos juizados de pequenas causas (art. 5º, inc. IV), com a assistência jurídica integral e gratuita ao consumidor carente (art. 5º inc. I), com o *habeas data* em favor do consumidor (art. 43, § 4º).

Na vertente das ações coletivas, amplia-se e especifica-se a tutela aos bens dos consumidores, indivisivelmente considerados, por intermédio das categorias dos interesses difusos e dos interesses coletivos (art. 81, I e II); cria-se uma nova ação, para o tratamento coletivo da reparação dos danos pessoalmente sofridos (art. 81, III e Cap. II do Título III), sem prejuízo da eventual *fluid recovery* (art. 100); aperfeiçoam-se as regras de legitimação e de dispensa de custas e de honorários advocatícios da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 - a denominada lei

riforma e come metodo di pensiero, in *Riv. Dir. Proc.*, 1982. No Brasil, ver sobretudo Kazuo Watanabe, *Acesso à justiça e sociedade moderna*, cit., pp. 128 e ss.

da ação civil pública - (art. 87); dá-se novo tratamento à coisa julgada, quer no que diz com seus limites subjetivos, quer no que tange à ampliação do objeto do processo coletivo, para favorecer as pretensões individuais (art. 103); regula-se a litispendência (art. 104); amplia-se, enfim - fora do Título III a abrangência da referida Lei n. 7.347/85, para que a tutela desta se harmonize e se inteire com a do Código de Defesa do Consumidor (arts. 109 *usque* 117).

Tudo, enfim, dentro da óptica da necessária reestruturação dos esquemas processuais clássicos, para sua adaptação aos conflitos emergentes, próprios de uma sociedade de massa, de que os decorrentes das relações de consumo representam um ponto nodal. E tudo, ainda, dentro da idéia maior, já esboçada há mais de três décadas, segundo a qual a chamada crise do direito talvez apenas encobrisse "a dificuldade de dominar com categorias jurídicas substancialmente pré-capitalistas a fenomenologia de uma sociedade industrial"²²

5 - Conclusões

Vê-se daí a relevância social de um diploma legislativo que vai influir diretamente na realidade econômica das relações de consumo.

Como bem observou Kazuo Watanabe,²³ as normas materiais mais severas e mais apropriadas à regulação das relações de consumo certamente influirão decisivamente na redução dos conflitos de interesses a níveis mais aceitáveis; e, por isso mesmo, em que pese a maior facilitação do acesso à Justiça, o número de demandas, com o correr do tempo, será inferior ao que é esperado pelos mais céticos e críticos da nova legislação. Mas, nota ainda o Autor, para que isto realmente ocorra é necessário que a própria sociedade - os consumidores e fornecedores de um lado e o Estado do outro - aceite e efetivamente ponha em prática os objetivos estabelecidos no Código. Controle de qualidade e de segurança dos produtos e serviços pelos próprios fornecedores, maior educação e informação dos fornecedores e consumidores quanto a seus direitos e deveres, coibição e repressão mais eficazes, em nível administrativo e criminal, de todas as formas de abuso, fortalecimento dos consumidores pela criação e desenvolvimento de associações representativas,

22. Tullio Ascarelli, Economia di massa e statistica giudiziaria, in *Saggi di diritto commerciale*, Milão, Giuffrè, 1955, p. 525.

23. Kazuo Watanabe, *Disposições gerais* cit., p. 496.

organização dos mecanismos alternativos, oficiais e privados, de solução de conflitos de consumo (art. 4º e incisos), são algumas das providências objetivadas pelo legislador para que haja maior harmonia entre os atores que participam das relações de consumo.

E conclui Watanabe com uma última advertência: *"de nada adiantará tudo isso, porém, sem que uma nova mentalidade se forme e através dela se construa uma sociedade menos individualista e egoísta, mais participativa e solidária"*²⁴

O certo é que o Código aí está, em pleno vigor, já se tendo demonstrado instrumento hábil para os fins objetivados. O resto caberá a todos nós, enquanto membros de uma sociedade que se quer mais justa e equilibrada.

São Paulo, junho de 1996.

24. *Id., ibid.*

DIREITO INTERNACIONAL

CONFLITO DE LEIS MARÍTIMAS: QUESTÕES PRÉVIAS*

Vicente Marotta Rangel

Professor Catedrático aposentado da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

Resumo:

Louvável é a distinção entre, de um lado, a unificação internacional de regras de conflito e, de outro lado, a uniformidade internacional de regras materiais. Na realidade, porém, número crescente de convenções destinadas à uniformidade internacional de regras materiais contém normas de direito colisional. Tal ocorre com a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982) e a Convenção sobre Condições de Registro de Navios (1986). Uma das razões dessa ocorrência reside na existência de áreas de interesse comum entre normas materiais e normas colisionais. Uma dessas áreas é da nacionalidade e, no caso das Convenções citadas, a da nacionalidade dos navios. É sobre navios, seu conceito, sua classificação e, sobretudo, sobre nacionalidade de navios assim como critérios e motivos estabelecidos para a determinação dessa nacionalidade que o artigo se propõe examinar. Para o exame desse último tópico, se invocam casos marcantes de jurisprudência internacional.

Abstract:

Distinction made between the unification of substantive laws and the unification of conflict laws has deserved large support. International law doctrine has taken this distinction as a preliminary basis. In practice, however, international agreements related to substantive issues include conflict of laws rules. Examples of these agreements are the United Nations Convention on the Law of the Sea (1982) and the United Nations Convention on Conditions for Registration of Ships (1986). One of the reasons for the inclusion is the identify or similarity of subjects covered either by substantive or conflict rules. This occurs for instance in relation with ships, its definition and classification and, above all, with its nationality. To the latter question (nationality of ships) the article addresses more careful attention. It refers to some leading cases decided by international courts.

Unitermos: condições de registro de navios.

* Estudo escrito para livro em homenagem a Haroldo Valladão, editado na Venezuela.

Sumário:

- I - Introdução
- II - Conceito de navio
- III - Classificação dos navios
- IV - Conceito de nacionalidade dos navios
- V - Regras sobre nacionalidade dos navios
- VI - A questão do vínculo substancial
- VII - Observações finais

I Introdução

1. Em seu clássico e abrangente programa de ensino de Direito Internacional Privado, Haroldo Valladão dá particular atenção à ruptura da uniformidade legislativa marítima, processada a partir do século XVII. Consolidou essa ruptura a promulgação do Código do Comércio da França, de 1808, que, tratando do Direito marítimo no Livro II, alcançou larga repercussão na Europa Ocidental e na América Latina. Todavia, não há confundir - preceitua a esse respeito o insigne jurista duas tarefas distintas: de um lado, a unificação internacional de regras de conflito; e, de outro lado, a uniformidade internacional de regras materiais. Ao louvar a orientação do *Institut de Droit International* que, nas sessões de Bruxelas de 1885 e de Lausanne de 1888, havia separado as duas tarefas, Haroldo Valladão reconhece, embora lamente, que em um número crescente de convenções destinadas a unificar normas materiais de Direito marítimo, se encontrem normas de direito colisional.¹

2. É o que ocorre com a recente Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Conquanto seja o seu escopo primordial alcançar a uniformidade material desse direito, a Convenção contém algumas regras de solução de conflitos espaciais. O cultor do Direito Internacional Privado não as desconhece. Elas constam dos arts. 21, 27 e 28, inseridas na parte sobre mar territorial e concernentes, respectivamente, às leis e regulamentos do Estado costeiro relativos à passagem inocente e à distribuição de competências entre o Estado costeiro e o Estado do pavilhão em matéria penal e civil. Inscrevem-se nos arts. 56 e 58, atinentes

1. Haroldo Valladão, *Direito Internacional Privado*, v. III, Rio-São Paulo, Freitas Bastos, 1978, pp. 51-3.

respectivamente aos direitos do Estado costeiro e do Estado de pavilhão na zona econômica exclusiva. Figuram também, de um lado, nos arts. 94, 98, 99, 100, 108, 109 e 118 e, de outro lado, nos arts. 87 e 112, concernentes respectivamente às obrigações e direitos do Estado do pavilhão no alto-mar. Inserem-se finalmente nos arts. 217, 218 e 221, atinentes respectivamente aos poderes e direitos do Estado do pavilhão, do Estado do porto e do Estado costeiro.

3. Em parte, a razão pela qual grande número de tratados internacionais contempla concomitantemente normas de direito material e de direito colisional reside na dificuldade cada vez mais intensa de, contemporaneamente, separar num mesmo instrumento, de modo categórico, regras pertencentes aos dois ramos do Direito Internacional: Privado e Público.² A doutrina tem convivido pragmaticamente com ambos os direitos,³ embora por vezes se tenha proposto conciliar ou transcender essa dicotomia. Tal propósito não foi estranho a Haroldo Valladão, cujo rigor metodológico o induzia a assumir posições ortodoxas como a acima referida, para o fim de demarcar e profundar o âmbito do Direito Internacional Privado de que foi mestre consagrado, tanto quanto o foi igualmente do Direito das gentes.⁴

2. Sobre as relações entre ambos os direitos, *vide* extensa bibliografia in François Rigaux, *Droit Public et Droit Privé dans les Relations Internationales*, Paris, A. Pedone, 1977, pp. 415-6. Cf. igualmente Konrad Zweigert, *Droit International Privé et Droit Public*, *Revue Critique du Droit International Privé*, 1965, t. 54, pp. 32-91; Adolf F. Schnitzer, *Les relations entre le Droit International Privé et le Droit International Public*, *Symbolae Garcia Arias, Temis*, pp. 33-36, Universidad de Zaragoza, 1973-1974, pp. 583-603; Giuseppe Sperduti, *Droit International Privé et Droit Public étranger*, *Journal du Droit International*, 1977, n. 1, pp. 1-15; Pierre Mayer, *Droit International Privé et Droit International Public sous l'angle de la notion de compétence*, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1979, t. 68, pp. 1-29, pp. 350-88 e pp. 537-83; e Joe Verhoeven, *Droit International Public et Droit International Privé: où est la différence?*, *Archives de Philosophie du Droit*, t. 32, 1987, pp. 23-34.

3. *Vide verbi gratia* o artigo de Brigitte Stern, *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit* (AFDI, 1986, pp. 7-52), cuja parte final consiste no exame das regras do Direito Internacional tanto Público quanto Privado concernentes a conflitos de competência de correntes da aplicação extraterritorial do direito. De ambos os direitos há também constância no exame procedido por Richard B. Lillich e Burns H. Weston, de 126 acordos bilaterais, na obra por ambos escrita: *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements*, publicada pela University Press of Virginia (Charlottesville).

4. Entre os dois ramos do direito, o qualificativo *internacional* está presente, embora, como assinala Verhoeven, visando a duas realidades totalmente distintas: "*if désigne tantôt l'ordre juridique particulier qui organise les relations entre Etats, tantôt l'objet particulier de règles par lesquelles chaque Etat tente d'appréhender des relations qui le débordent*" (ob. cit., p. 24).

A concomitância de regras materiais e colisionais no mesmo instrumento convencional se deve também à existência de áreas de interesse comum a ambas essas regras. Nas concernentes quer ao Direito Internacional Privado marítimo, quer ao Direito do Mar, uma dessas áreas é, sem dúvida, a da nacionalidade dos navios. Cada Estado determina as condições de outorga de pavilhão e de registro dos navios. Até recentemente, essa competência era discricionária. Mas mesmo hoje, quando essa competência é restringida por normas internacionais, conflitos de leis têm ocorrido. Da relevância e contemporaneidade desse tema comum ao Direito das gentes e ao Direito Internacional Privado são testemunhos das duas convenções internacionais concluídas no curso da presente década, ambas patrocinadas pelas Nações Unidas: sobre o Direito do Mar, assinada a 10 de dezembro de 1982; e sobre Condições de Registro de navios, adotada por consenso a 7 de fevereiro de 1986.

A assinatura daquela Convenção se deu em Montego Bay, na Jamaica, por ocasião da sessão de encerramento da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. A sessão teve dois propósitos: o de propiciar a assinatura da Ata Final da Conferência e o de dar início à assinatura do novo tratado sobre Direito do Mar. Chegava-se então ao término de longa e áspera jornada que remontava a 1968, quando se constituiu a Comissão dos Fundos Oceânicos, órgão embrionário da Conferência iniciada em 1973 com sessão de ordem processual, em New York.

A Convenção tem sido considerada após a Carta das Nações Unidas - o mais importante tratado internacional até agora celebrado. Apesar de sua extensão considerável pois abrange mais de 400 artigos e não obstante sua extrema complexidade, ela grangeou apoio mui significativo da comunidade internacional, bastando notar que desde o primeiro dia passou a contar fato inédito na história das convenções com 119 assinaturas, número esse que, dois anos mais tarde, no dia do encerramento das mesmas, ascendeu a 159. Sem dúvida, a Conferência teve uma duração excepcional: quinze anos de trabalhos contínuos, dos quais seis dedicados a trabalhos preparatórios e nove à elaboração de Convenção (que se estendeu ao longo de onze sessões). Esse período prolongado não significou fraqueza e indecisão, mas antes a emergência de causas diferentes e complexas. A primeira delas foi a inexistência de um anteprojeto de convenção; a segunda está relacionada com a amplitude e a diversidade sem paralelo dos interesses em jogo; a terceira concerne a técnicas específicas dessas negociações, do *package deal* ao consenso assim como à

redação e revisão de textos sucessivos.⁵ Enquanto a Conferência “representa a mais ambiciosa, abrangente e complexa negociação internacional na história”⁶ o tratado dela resultante tem sido qualificado de “uma constituição para os oceanos”⁷

Adotada por consenso por 109 Estados seis anos depois da Convenção sobre o Direito do Mar, ao término de uma conferência de plenipotenciários convocada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, e que abrangeu quatro sessões em Genebra (a primeira das quais iniciada a 16 de julho de 1984), a segunda Convenção tem caráter mais específico, dizendo respeito a “bandeiras de conveniência” e visando assegurar a existência de um “vínculo substancial”⁸ e exercício efetivo de jurisdição e controle pelo Estado do pavilhão.⁹

II - Conceito de Navio

4. O tema da nacionalidade dos navios requer, por seu turno, o exame prévio do conceito de navio. Trata-se, como se sabe, de palavra derivada do latim *navigium* que, originariamente, designava toda construção apta a percorrer águas as mais diversas. *Navem accipere debemus, sive marinam, sive fluviatilem, sive in aliquo stagno naviget sive schedia sit.*¹⁰ É palavra consagrada na terminologia jurídica, em correspondência com as palavras *navire*, *buque* e *ship*, respectivamente francesa, espanhola e inglesa,¹¹ destinadas a exprimir uma noção conhecida mas

5. Sem dúvida, essas técnicas não eram então inéditas, mas o seu aspecto marcante residia no fato que elas foram então utilizadas em conjunto pela primeira vez e de forma sistemática e integrada.

6. Robert D. Eudis, *Procedures and techniques of multinational negotiation: the LOS III model*, *Virginia Journal of International Law*, 1977, v. 17, n. 2, p. 217.

7. John King Gamble Jr., *Status of the 1982 Convention on the Law of the Sea, Marine Policy Reports*, University of Delaware, Center for the Study of Marine Policy, julho de 1988, v. 10, n. 3, p. 1.

8. *Relación auténtica* (espanhol), *lien substantiel* (francês) e *genuine link* (inglês).

9. Djamchid Momtaz, *La Convention des Nations Unies sur les Conditions d’Immatriculation des Navires*, *AFDI*, 1986, pp. 715-35 e Geoffrey Marston, *The UN Convention on Registration of ships*, *Journal of Trade Law*, pp. 575-80.

10. D.14.1.1.6.

11. Observe-se que os textos espanhol e francês da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar usam sempre da mesma palavra (*buque* e *navire*), enquanto o texto inglês oferece alguma variante: *vessel* ao lado de *ship*. Cf. Tullio Treves, *La Navigation*, in *Traité du Droit de la Mer*, (Dupuy-Vignes), Paris-Bruxelles, 1985, p. 693-4.

variável e flexível. Ao versar outras questões sobre navios,¹² o Direito Romano serviu de inspiração a leis subseqüentes, à medida que a comunicação marítima, mais concentrada no Mediterrâneo, cresceu e se ampliou a outros espaços.

Estendendo-se o mar por cerca de três quartas partes da superfície de nosso planeta, ressalta de imediato a significação do veículo de comunicação que por ele transita: o navio. É notória a contribuição para este direito de controvérsias referentes às embarcações marítimas. A solução de tais controvérsias exigiu a elucidação de princípios e normas que influíram decisivamente no desenvolvimento de capítulos os mais diversos do Direito Internacional: *Santa Catarina*, no da polêmica da liberdade dos mares; *Alabama*, no do estatuto da neutralidade; *Montijo*, no das relações entre normas internas e internacionais; *Lotus*, no da competência criminal em alto-mar; *Wimbledon*, no da responsabilidade internacional dos Estados; *Sapphire*, no da representação estatal; *Schooner Exchange*, no da imunidade estatal; *Caroline*, em matéria de legítima defesa...

5. Sobre tudo a partir do começo de nosso século, tratados internacionais têm perfilhado definições *ad hoc* de navios, ou seja, em razão do objetivo por elas colimado. Assim o fez a convenção relativa à transformação de navio de comércio em navio de guerra, celebrada na Segunda Conferência da Paz de Haia de 1907, nos termos da qual a palavra “navio” se aplica a navios de recreio e de comércio e não a navios de guerra. Segundo a Convenção de Bruxelas sobre Assistência e Salvamento, de 1910, o termo “navio” (*ship*) (*buque*) é empregado em seu mais amplo sentido, “*which floats on the water serving to the transport of persons or goods or employed to commercial, industrial, scientific and technical operations or to sports*”¹³ Também em sentido amplo, o termo é empregado em convenções internacionais de trabalho, o que se compreende pelo desejo de se entender ao máximo a proteção dos trabalhadores do mar: vejam-se, por exemplo as convenções n. 7/1920, n. 15/1921, n. 16/1921, n. 22/1926 e n. 58/1936. Igualmente ocorre na Convenção de Bruxelas de 1924 sobre conhecimento de embarque (*bill of lading*) e na Convenção de Genebra de 1930 sobre colisão em águas interiores. Sentido restrito do conceito de navio se encontra, por outro lado, em convenções como a referente ao Regime Internacional de Portos Marítimos, de 1923, a qual não é

12. Vide George Lazaratus, The definition of ship in national and international law, *Revue Hellénique de Droit International*, juillet-décembre 1969, p. 63.

13. *Procès Verbaux de la Conférence Maritime à Bruxelles*, 1905-1910, t. II, pp. 129-130.

aplicável nem a navios de guerra nem a embarcações de pesca; ou como a Convenção sobre Prevenção de Poluição do Mar por Óleo, de 1954 (emendada em 1962) a qual se destina apenas, como é compreensível, a navios que empregam ou transportam petróleo.

6. Se bem constem dessas convenções definição *ad hoc* de navio, houve tentativas de conceituá-lo em tese, independentemente de vinculação que pudesse ter com o objetivo particular deste ou daquele tratado. Essas tentativas ocorreram em época anterior ao aparecimento de convenções internacionais que colimassem fazê-lo. Assim, Pardessus, no começo do século passado, declarava em sua *Collection des Lois Maritimes*, publicadas em Paris, de 1828 a 1845, e reproduzidas cerca de um século depois em fac-símile (Turim, 1959), que o navio, termo genérico, “*designne les embarcations destinées à transporter par mer des personnes ou marchandises quels que soient les noms variés qu’on leur donne dans les diverses législations*”¹⁴ Gilbert Gidel foi mais minucioso ao dizer que “*le navire de mer de surface n’est pas seulement tout engin flottant, mais tout engin, quelles que soient ses dimensions et sa dénomination, apte à se mouvoir dans les espaces marins (à l’exclusion des autres milieux) avec l’armement et l’équipage qui lui sont propres...*”¹⁵ Para A. Thomazi, “*un navire est un flotteur capable de mouvement, construit pour transporter des personnes ou des choses, ou les deux*”¹⁶

Há quase quatro décadas J. P. François em seu relatório de 17 de março de 1950, apresentado à Comissão de Direito Internacional, após lembrar que o primeiro tema a considerar era o da definição de navio,¹⁷ reportou-se à formulada por Gidel. Preferiu a Comissão, como se sabe, evitar qualquer definição a respeito, a qual não consta de nenhum dos tratados negociados em Genebra, 1958. Ela não consta, igualmente, da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982. Diversas são as razões do silêncio dessas Convenções: ser dispensável definir o que é obvio; ser a definição fonte de controvérsias; estar o objeto definido sujeito a modificações impostas pelo constante processo tecnológico.¹⁸

14. *Apud* George Lazaratus, ob. cit., p. 63.

15. *Le Droit International Public de la Mer*, v. I, 1932, p. 70.

16. *Les Navires*, Paris, 1950, PUF, Que sais-je, p. 5.

17. Doc. A/CN.4/17. *Yearbook of International Law Commission*, v. II, p. 38.

18. Foi esse terceiro motivo que induziu, no dizer de Albert de La Pradelle, os autores da Convenção de Chicago a também abster-se de definir o termo “aeronave”. Eles desejavam permitir a

Da longa série de tratados internacionais que contêm definição *ad hoc* de navios, o último celebrado é a Convenção das Nações Unidas sobre condições de registro de navios, de Genebra, de 07 de fevereiro de 1986. Para os propósitos dessa convenção o termo *ship* - diz o art. 2 - “*means any self-propelled sea-going vessel used in international seaborne trade for the transport of goods, passengers, or both with the exception of vessels less than 500 gross registered tons.*”¹⁹

7. Tendo por base a definição de navio proposta por François, a qual está em sintonia com a de Gidel, verifica-se constituir elemento essencial do navio ser ele um engenho apto a locomover-se nos espaços marítimos. Não necessita de estar efetivamente a singrar mares, podendo ser destinado à comunicação e transporte lacustre e fluvial. Mas deve ter aptidão para locomover-se nos espaços marítimos, condição essa que aliás é sufragada em convenções internacionais, de que é exemplo a de Bruxelas, de 25 de agosto de 1924 sobre conhecimento. Essa aptidão de se locomover e o fato de navegar lhe são essenciais. Movimentar-se é o seu fadário. Se reduzido a pontão, ou transformado em escola de marinheiros, mas imobilizado no porto, perde o seu estado, deixa de ser navio. “*Ou navega ou não é navio.*”²⁰ Navegação implica *flotación y desplazamiento, pero substancialmente gobierno y maniobra*. Portanto não são navios, exemplifica Gonzáles Lebrero,²¹ “*las boyas, los cascos hundidos, los diques flotantes, las grúas flotantes, los hidroaviones, los estacionários de práctivos, los pontones fondeados en caráter permanente...*”

Para alguns autores como H. Meyers²² e Yves van der Mensbrugge,²³ afigura-se supérflua a presença de armamento²⁴ e de equipagem próprios. Parece-

extensão ulterior desse termo a aparelhos ainda desconhecidos em sua época (*Revue générale de l'air*, 1946, p. 109).

19. Hoje há petroleiros que ultrapassam 500 mil toneladas. Cf. Christian Philip, *Souveraineté, intérêts économiques et coopération dans le droit international des transports. Aspects Actuels du Droit International des Transports*, (Colloque du Mans de la Société Française pour le Droit International), Paris, Pedone, 1981, p. 3.

20. Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, v. 12, São Paulo, Saraiva, 1964, p. 376. Nesse ponto, é a lição clássica de Geornes Ripert, *Droit Maritime*, I, Paris, Rousseau et Cie, p. 276.

21. Gonzáles Lebrero, *Manual de Derecho de la Navegación*, Buenos Aires, Depalma, 1972, p. 80.

22. *The Nationality of Ships*, Haia, Nijhoff, 1967, p. 9-14.

23. Réflexions sur la Définition du Navire dans le Droit de la Mer. *Actualité du Droit de la Mer*, Société Française pour le Droit International, Colloque de Montpellier, Paris, Pedone, 1973, p. 64.

24. Armamento é o apetrechamento do navio. Equipagem é o pessoal de serviço nele embarcado. Significa a tripulação, embora “equipagem” fosse termo outrora empregado para designar o

nos, todavia, ser este um elemento relevante desde que por armamento e equipagem se pretenda dizer comunidade, conjunto de pessoas, pois, como dizia Ortolan, ao se referir aos navios de comércio, elas são “*l’habitation mobile des sociétés particulières*”²⁵ O navio é, de fato, quer de comércio, quer de guerra, um engenho apto a singrar espaços marítimos mas com pessoas que nele se encontrem, o que exige, por sinal, por motivo da efetividade da própria navegação, uma certa ordem e coordenação. Integra, assim, o navio, como elemento que lhe é básico, uma “comunidade organizada”, ou seja, uma tripulação que se orienta por certas normas e por alguma espécie de comando.

8. Tal noção nos ajuda a enfrentar o problema crucial da natureza jurídica do navio. Obviamente ele é uma coisa e sobre ele incidem direitos reais. É difícil admitir, por esse motivo, tenha ele nacionalidade.²⁶ Forçoso é convir, porém, ser ele uma coisa especial precisamente por motivo do elemento que lhe é básico, a “comunidade organizada”, razão pela qual ele parece revestir-se de vida própria. Como que nasce, adquire nome, registra-se, tem domicílio, sexo (*man-or-war*), declina, morre. “*Des comportements sont attribués au navire, des obligations lui sont imposées comme s’il s’agissait d’une personne; il explore, il pêche, il combat, il commerce, il est astreint à une discipline, il s’expose à des sanctions..., toutes expressions qu’il ne viendrait à l’idée de quiconque à appliquer à une automobile, par exemple*”²⁷ Chega-se por isso a ter a impressão de ter o navio personalidade jurídica, de ser sujeito de direito. Nos tribunais de alguns países, como o Reino Unido, não são citados para comparecer nem o capitão nem o proprietário dos navios para contestarem uma ação, mas o próprio navio como se este pudesse ser juridicamente responsável. Atente-se para a linguagem dos tratados internacionais. Segundo a Convenção de Bruxelas sobre abordagem, algumas expressões personificam os navios. Nela há menção à abordagem que se deve à falta cometida

aparelhamento total da embarcação (J.C. Sampaio de Lacerda, *Curso de Direito Privado da Navegação*, I, 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1974, p. 93).

25. *Règles Internationales et Diplomatie de la Mer*, Paris, I, 4ª ed., 1864, p. 180.

26. É significativa aliás, a intervenção de Roger Pinto no curso da 11ª Sessão da Assembléia Geral, perante a 6ª Comissão, em que ele pleiteou a supressão no projeto de resolução então debatido, de “toda alusão a uma pretendida nacionalidade de navios” (*Apud* J.M. Roux, *Les Pavillons de Compliance*, Paris, LGDJ, 1961, p. 55).

27. François-Michel Fay. La nationalité des navires en temps de paix. *RGDIP*, 1973, p. 1007. Cf. Também no mesmo sentido, Antonio Alves Câmara, *Ensaio sobre as Construções Navais Indígenas no Brasil*, 2ª ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1937, p. 17-8.

por um dos navios (art. 3) e à responsabilidade do transportador e do navio (art. 4). Para a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982) “*los buques navegará com el pabellón de un solo Estado*” e não poderão “*cambiar de pabellón durante un viaje ni en una escala...*” (art. 92, § 1º).²⁸ Gozam eles muitas vezes de imunidade.²⁹ Tal impressão, embora divorciada da realidade fatural dos ordenamentos jurídicos, se compreende por motivo da íntima associação existente entre o navio e as pessoas humanas que compõem a sua tripulação. Compreende-se também por força dessa mesma associação o emprego do termo “nacionalidade dos navios” na ordem jurídica interna e internacional com o entendimento de que essa expressão possui apenas “*uma analogia mais ou menos longínqua com a nacionalidade das pessoas físicas*”³⁰

III - Classificação dos Navios

9. A temática da “nacionalidade dos navios” está intimamente conexas com a da classificação dos navios. Sejam estes privados ou mercantes, tende a aumentar o índice de conflito de leis marítimas; sejam estes públicos ou de guerra, tende esse índice a diminuir. Se se buscar, por outro lado, a origem do conceito de nacionalidade dos navios, verificar-se-á prioridade cronológica dos navios públicos (de guerra) em relação aos mercantes. Quanto àqueles era relativamente fácil vinculá-los a determinado Estado. Quanto a estes, dúvidas profundas subsistiam, a começar pelo fato de que, até o final do século XVII, os navios privados (mercantes) eram considerados como dependentes apenas dos súditos que os possuíssem, fato esse que favorecia o arbítrio das potências em determinar os navios qualificados de neutros em época de conflitos armado.³¹

10. Essa classificação tradicional, a de navios públicos (de guerra) e mercantes (privados), baseada na qualidade do proprietário do navio,³² ficou de certo

28. Redação similar é a do art. 6º, § 1º, da Convenção sobre o Alto Mar (1958).

29. Cf. arts. 8 e 9 de Convenção sobre o Alto Mar (1958) e arts. 95 e 96 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982).

30. François-Michel Fay, ob. cit., p. 1006.

31. Cf. Adam Boleslaw Boczek, *Flags of Convenience: an International Legal Study*, Cambridge, Harvard University Press, 1962, pp. 94 e ss.

32. Cf. Marcel Sibert, *Traité de Droit International Public*, I, Paris, 1951, p. 939.

modo abalada a partir do término da Primeira Guerra Mundial e, mais particularmente, da ascensão do partido comunista russo. Vingou finalmente o critério proposto baseado na destinação da utilização do navio.

Esboçada por Pitt Corbett em 1922, em seu *Leading cases on international law* (p. 270),³³ a nova classificação ficou motivada pela necessidade de limitar os privilégios de imunidade de jurisdição de que passariam a se beneficiar os países de regime integralmente socialista. Tais privilégios, deferidos de início a navios de guerra, como o admitiu a sentença da Suprema Corte dos Estados Unidos, de 1812, na controvérsia “The Exchange” v. MacFaddon, haviam sido estendidos a todo navio de Estado. A classificação baseada no critério subsequente se inseriu na “Convenção internacional para a unificação de certas regras concernentes às imunidades dos navios de Estado” (1926) e se consagrou no Regulamento sobre “*le régime des navires de mer et de leurs équipages dans les ports étrangers en temps de paix*”³⁴ aprovado pelo *Institut de Droit International* em sua sessão de 1928, de Estocolmo. Consoante essa classificação, duas são as categorias de navios: 1. os de serviço governamental e não-comercial (independentemente de serem de natureza militar ou civil); 2. os de serviço de comércio (independentemente de pertencerem a particulares ou a governos, ou afretados na totalidade pelo Estado).

Acolhendo as categorias recentes sem abdicar da antiga terminologia, as Convenções de Genebra de 1958 perfilham duas classificações. A primeira distingue navios de comércio³⁵ e navios de Estado (sejam ou-não navios de guerra).³⁶ A segunda classificação distingue navios destinados a fins comerciais³⁷ e os destinados a fins não-comerciais.³⁸

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar tem o mérito de retomar com ortodoxia a classificação aprovada pelo *Institut de Droit International*. Segundo a Convenção, são duas as categorias de navios: 1. os navios mercantes e navios de Estados utilizados para fins comerciais (Parte II, Subseção B,

33. A passagem de Pitt Corbett está reproduzida em Marcel Sibert, *ibidem*.

34. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1928, pp. 746 e ss.

35. Convenção sobre Mar Territorial, subseção B (arts. 18 a 20).

36. *Ibidem*, subseções C e D (arts. 21 a 23).

37. *Ibidem*, subseções A e B (arts. 14 a 20), além do art. 21.

38. *Ibidem*, subseções A (arts. 14 a 16), além dos arts. 19, 22 e 23 (este último com pertinência aos navios de guerra).

arts. 27 e 28); 2. os navios de guerra e outros navios de Estado utilizados para fins não-comerciais (Parte II, Subseção C, arts. 29 a 32 inclusive).

13. Desses navios, um deles foi definido na Convenção de Genebra sobre Alto-Mar. “Para efeito” da mesma Convenção, a expressão “navio de guerra” reza o § 2º do art. 8º *“designa um navio pertencente à marinha de guerra de um Estado e que traga os sinais exteriores distintivos dos navios de guerra de sua nacionalidade”* “O comandante” aduz o mesmo parágrafo *“deve estar a serviço do Estado; seu nome deve figurar na lista de oficiais da frota militar e a respectiva tripulação deve estar submetida a regras de disciplina militar”*

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar traz três inovações principais a respeito dessa definição. A primeira consiste na substituição do termo “marinha de guerra” por “navio que faça parte das forças armadas do Estado”. Justifica-se a alteração porque o navio de guerra pode estar a serviço de forças armadas que não a da Marinha de Guerra. A segunda inovação consiste na adoção do termo “lista de oficiais da frota militar” em vez de “lista de oficiais ou um outro documento equivalente”. A segunda alteração se justifica pela sua maior abrangência. Enfim, a terceira modificação diz respeito ao contexto em que a definição se insere: a Convenção sobre o Alto-Mar, no sistema das Convenções de Genebra de 1958; e a Parte sobre o Mar Territorial na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Justifica-se a inovação à medida que não há mais diversas senão uma só Convenção; que a Parte relativa ao mar territorial se localiza no início da recente Convenção; e que, finalmente, o conceito de “navio de guerra” interessa a todos os espaços oceânicos.

14. Tendo por base a terminologia empregada na Convenção de 1982, os navios de Estado podem ser de duas espécies: 1. os utilizados para fins comerciais; 2. os utilizados para fins não-comerciais. Estes últimos, por sua vez, se classificam em duas categorias: 1. os de guerra; 2. os que não são de guerra.

Entre os navios de Estado utilizados para fins não-comerciais e que não sejam navios de guerra, pode-se distinguir os navios encarregados: a. de funções de supervisão e de controle (polícia, alfândega, saúde); b. de serviços de manutenção e limpeza das vias marítimas (navios-dragas, quebra-gelos, os incumbidos do serviço de faróis e de balizas); c. de funções científicas (navios-escolas, navios oceanográficos).

IV Conceito de Nacionalidade dos Navios

15. A regra de que todo navio possui nacionalidade tem suscitado alguma controvérsia na doutrina. Embora hoje tenha amplo respaldo consuetudinário e convencional, ela foi considerada no século passado por Pinheiro Ferreira como não sendo obrigatória em alto-mar, tendo em vista que nessa área vinga o princípio da liberdade dos mares. Ao próprio conceito de nacionalidade dos navios opuseram-se, na década de 1920; A. Pillet e J.P. Niboyet por entenderem que a nacionalidade é um vínculo entre o Estado e seu cidadão e não entre o Estado e uma cousa. Estimavam que o navio deveria possuir apenas um pavilhão, “*signe du pays qui exerce sur ses occupants la protection diplomatique et même la souveraineté personnelle*”³⁹ Tal é igualmente, como acima se disse, o pensamento de Roger Pinto. A posição dominante na doutrina, contudo, se manifesta em favor da utilização desse conceito, o qual já no dizer de Próspero Fedozzi em seu curso da Haia de 1925 - “*est considerée comme tellement essentielle qu'on adopte en général des mesures de tutelle très rigoureuses*”⁴⁰

16. De qualquer modo, é sobretudo no costume internacional que a noção de nacionalidade de navios tem respaldo jurídico, embora tivessem variado no tempo os critérios de outorga dessa nacionalidade. O *English Navigation Act*, promulgado por Cromwell em 1651, exigia como requisitos para a concessão a um navio da nacionalidade inglesa, que os proprietários da embarcação e a maioria da tripulação fossem ingleses e que o navio fosse construído na Inglaterra. Critério mais liberal foi o adotado pela *Odonnance de la Marine Française*, ou seja, baseado na composição da tripulação. A liberalidade desse critério foi, porém, abandonada em tratados, como o de Amizade, Navegação e Comércio entre a França e o Brasil, de 1826, segundo o qual a nacionalidade dos navios franceses era a determinada pela legislação daquele país, enquanto que a nacionalidade dos navios brasileiros era prescrita pelo próprio tratado, a saber, nesse caso específico, serem construídos ou possuídos por cidadãos brasileiros e terem o capitão e ¾ da tripulação brasileira. A partir desse mesmo ano, porém, tendo por modelo a convenção então assinada pela Suécia, Noruega e pela Dinamarca, emergiu prática internacional pela qual a

39. *Manuel de Droit International Privé*, 1928, pp. 65-6.

40. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1925, t. V, p. 47.

nacionalidade dos navios era, nos próprios termos dos tratados, a determinada pela legislação do Estado do pavilhão.

17. A regra consuetudinária da nacionalidade dos navios ficou robustecida com a sua incorporação definitiva no sistema das Convenções de Genebra de 1958⁴¹ assim como no da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982.⁴² Persistiram, no entanto, discrepâncias entre as legislações sobre as condições nelas exigidas para a outorga da nacionalidade a navios. De acordo com o relatório do Secretariado da UNCTAD, publicado em março de 1977, era possível, todavia, reduzir essas legislações a três sistemas básicos: 1. o daquelas, em número aliás restrito, que exigem seja a propriedade do navio inteira ou substancialmente nacional, assim como sejam nacionais o comandante e os membros da tripulação desse navio; 2. o daquelas, em maioria, que demandam esteja a propriedade do navio, em grande parte, em mãos de nacionais do país do pavilhão e sejam também nacionais desse país o comandante e uma certa proporção de oficiais (embora não necessariamente a tripulação); 3. enfim o daquela legislação de um pequeno número de países (Bahamas, Bermudas, Chipre, Libéria, Panamá, Singapura e Somália), providos de registro aberto aos estrangeiros em forma idêntica ou similar aos nacionais do país.

18. São três as ordens de interesses que motivam essa regra tanto convencional quanto consuetudinária.

Em primeiro lugar, o interesse do próprio navio, seu proprietário, sua tripulação. O vínculo de nacionalidade confere ao navio vantagens não-extensivas a estrangeiros (navegação de cabotagem e direito de pesca, por exemplo) e lhe permite, outrossim, usufruir da intervenção protetora de seu próprio Estado. Interesse também desse Estado, em segundo lugar, tanto em nível estratégico quanto econômico e político. Estratégico, porque mais poderoso é o Estado quanto maior for a sua frota, quer de guerra, quer mercante. Econômico, porque os navios, em princípio, utilizam mão-de-obra do Estado a que se vinculam e carregam para ele recursos advindos de sua atividade. Político, de vez que o Estado prolonga até os seus navios, onde quer que se encontrem, o seu próprio sistema legal e a soma de poderes de que está investido.

41. Convenção sobre o Alto-Mar: art. 5 e 23 (1); Convenção sobre o Mar Territorial e a Zona Antígua: arts. 16 (3) (4); 18; 19 (1, 3 e 5); 20 (1 e 3).

42. Cf. Arts. 91; 21 (2); 26 (1); 131; 27; 28; 73 (4); 53 (1); 40; 42 (2); 42 (4); 21 (4); 22 (1); 24 (1); 25 (30); 52 (2); 211 (3); 211 (4) ...

A terceira ordem de interesse que motiva a regra da nacionalidade dos navios se assenta no propósito da comunidade internacional de implantar nos mares um sistema eficaz de distribuição e aplicação das normas jurídicas no âmbito do qual se equacionem soluções adequadas a pretensões legítimas de todos os Estados. Tal propósito encontra ressonância em todos os espaços marítimos, tanto em tempo de paz quanto em tempo de guerra. Em relação ao alto-mar essa ressonância parece alcançar especial vigor em razão da ausência nele de toda soberania⁴³ e do princípio nele vigente da liberdade dos mares. Em consonância com esse princípio é que se consagrou a regra da “*proibição da interferência de todo pavilhão na navegação em tempo de paz de qualquer outro pavilhão*”⁴⁴ e desde que, de fato, inexista “*uma convenção especial*”⁴⁵ a respeito. Essa ausência de soberania não impede, todavia, a um Estado, como se sabe, de exercer interferência que julgue oportuna no trânsito de seus próprios navios.

V. Regras sobre Nacionalidade dos Navios

20. As três ordens de interesses a que estamos a nos referir nos permitem compreender o surgimento de determinadas normas consuetudinárias que, revigoradas pelo direito convencional, concernem a nacionalidade de navios. Uma dessas normas é a que todos os Estados, “*sean ribereños o sin litoral, tiénen el derecho de que los buques que enarbolan su pabellón naveguen en alta mar*”⁴⁶ Outra norma é a que veda a esses Estados “*cambiar de pabellón durante un viaje ni en una escala, excepto como resultado de um cambio efectivo de propiedad o en su registro*”⁴⁷

Anteriormente à conclusão da Convenção de Genebra sobre Alto-Mar e mesmo no curso da Primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1958), suscitava-se a questão de saber se poderia ter o navio uma segunda

43. *Cour Permanente de Justice Internationale*, Publications, Ser. A, n. 20, p. 25.

44. Doc. A./CN.4/32, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1950-II, pp. 69 e ss.

45. Cf. Sentença de 2 de dezembro de 1921, sobre as embarcações *Jessie*, Thomas F. Bayard e *Pescawha*, *Recueil des sentences arbitrales internationale*, N.V., VI, p. 58.

46. Art. 40 da Convenção de Genebra sobre Alto-Mar (1958) e art. 90 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982).

47. Art. 6º, § 1º, da Convenção de Genebra sobre Alto-Mar (1958) e art. 92, § 1º, da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982).

nacionalidade. A delegação do Reino Unido esposava essa idéia, inspirada, por certo, no desejo de que os navios dos Domínios mostrassem a sua relação com a Comunidade Britânica das Nações.

Ainda quanto à nacionalidade dos navios, aduzem-se duas regras consuetudinárias e igualmente convencionais. A primeira norma, já estipulada na Convenção de Genebra sobre Alto-Mar (1958),⁴⁸ é a de que cada Estado “*establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho de enarbolar su pabellón*”⁴⁹ A segunda norma, enfim, é a que estabelece que cada Estado “*expedirá, para los buques a los que haya concedido el derecho de enarbolar su pabellón, los documentos procedentes*”⁵⁰

VI. A Questão do Vínculo Substancial

21. As três ordens de interesses a que estamos a nos referir, nos permitem compreender o surgimento de determinadas regras consuetudinárias que, tal como as quatro acima referidas sobre nacionalidade, foram revigoradas pelo direito convencional. Entre essas normas está a de que deve existir “*una relación auténtica entre el Estado y el buque*”⁵¹

22. Até a sentença da Corte Internacional de Justiça, proferida na questão *Nottebohm*,⁵² se afirmava, assim, o princípio da competência exclusiva do Estado em outorgar nacionalidade a um navio e em fixar as regras concernentes a esse princípio. Foi o que ficara consagrado na sentença sobre o navio *Montijo*, de 1875⁵³ e sobre a controvérsia dos *Boutres de Mascate*, de 08 de agosto de 1905.⁵⁴

48. Art. 5º, § 1º, 1ª alínea.

49. Art. 91, § 1º, 1ª alínea, da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982).

50. Art. 5º, § 2º, da Convenção de Genebra sobre Alto-Mar (1958) e art. 91, § 2º, da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982).

51. Art. 5º, § 10, 3ª alínea, da Convenção de Genebra sobre Alto-Mar (1958) e art. 90, § 1º, 3ª alínea da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982).

52. C.I.J., *Recueil des arrêts*, 1955, pp. 4 e ss.

53. *Vide* texto da sentença in J.B. Moore, *History and Digest of the international arbitrations to which the United States has been a party*, 1898, p. 1433.

54. *Clunet*, 1906, pp. 1289 e ss.

Dada essa competência própria e exclusiva, alguns Estados passaram a outorgar, ainda no curso da Primeira Guerra Mundial, de modo extremamente liberal, seu pavilhão a navios que aparentemente estariam sob controle estrangeiro. Assim, desde 1916, o Panamá passou a favorecer companhias do país controladas por acionistas estrangeiros.⁵⁵ Fizeram o mesmo, a seguir, a Libéria, e, em menor escala, Honduras e Costa Rica.⁵⁶ Inconvenientes diversos emergiam do sistema de pavilhões de conveniência, entre os quais estava o da infringência de normas internacionais trabalhistas, razão pela qual, graças à pressão exercida, logo após a Segunda Guerra Mundial, pela International Transport Workers Federation (ITF) e armadores europeus, sobretudo britânicos e escandinavos, se reuniu, sob os auspícios da OIT, a conferência de 1949, de que surgiam recomendações corretivas dos navios de conveniências, em particular dos panamenhos. Desde então, a questão dos pavilhões de conveniência se tornou crucial na temática da nacionalidade dos navios.

23. A intensificação da prática dos navios de conveniência logo após a Segunda Guerra Mundial se deu ao ensejo da venda pelos Estados Unidos de grande quantidade de cargueiros, sobretudo os do tipo Liberty construídos durante o conflito armado. Grupos compradores, constituídos por armadores da nacionalidade do país de venda, desejavam livrar-se da influência dos sindicatos desse país que exigiam salários reputados mui altos. Outros grupos compradores, compostos de armadores gregos, receavam que eventual passagem do governo de Atenas para a esfera socialista determinasse a expropriação dos navios que possuísem. Ambos os grupos procuravam, então, países seguros e pouco exigentes que, por taxas módicas, autorizassem o registro dos navios sob suas bandeiras.

24. Embora a questão Nottebohm estivesse circunscrita a preceitos sobre nacionalidade de pessoa física, a sentença da Corte que a dirimiu teve repercussão, por via de analogia, na temática da nacionalidade dos navios. É conhecida a controvérsia. Cidadão de origem alemã, nascido em 1881 de pais alemães na cidade de Hamburgo, se transferiu em 1905 para a Guatemala onde se domiciliou. Nottebohm permaneceu alguns meses a partir de março de 1939 no Liechtenstein, cuja nacionalidade então obteve, antes de retornar à Guatemala. Proclamado o estado de guerra em 1941 entre este país e a Alemanha, Nottebohm foi detido pelas

55. Cf. Rodney P. Carlisle, *Sovereignty for Sale*, Annapolis, Naval Institute Press, 1981, p. 11.

56. Como se sabe, reformas adotadas pelo governo da Costa Rica em 1958 conduziram à abolição do registro aberto em 1962.

autoridades guatemaltecas, permaneceu internado nos Estados Unidos até 22 de janeiro de 1946 e teve seus bens na Guatemala confiscados. Uma vez libertado, instalou-se definitivamente no Liechtenstein, país este que, a 10 de dezembro de 1951, ajuizou ação perante a Corte Internacional de Justiça para o fim de obter reparação dos danos causados a seu recente cidadão, alegando transgressão do direito das gentes. Como se sabe, a Corte se manifestou contrariamente à pretensão do Liechtenstein com base na inexistência de elo que vinculasse genuinamente Nottebohm a esse país e no reconhecimento, ao contrário, de elo antigo e estreito entre o mesmo cidadão e a Guatemala. Após mencionar ter a naturalização no Liechtenstein sido pleiteada com o fim de obter a proteção eventual de um Estado neutro em caso de guerra, a Corte concluiu que a Guatemala “não estava obrigada a reconhecer uma nacionalidade assim outorgada” e que, por conseguinte, o Liechtenstein não tinha o direito de estender, em face da Guatemala, a sua proteção a Nottebohm.⁵⁷

25. A exigência de vínculo substancial entre a pessoa física e o Estado de que se pretenda a nacionalidade não tardou a se projetar na temática da nacionalidade dos navios. O requisito desse vínculo se inscreveu na Convenção de Genebra sobre Alto-Mar, concluída três anos depois da sentença Nottebohm, ou seja, a 29 de abril de 1958. Nos termos da Convenção, cabe ao Estado fixar “as condições segundo as quais confere a sua nacionalidade aos navios e lhes concede matrícula e o direito de arvorar a sua bandeira”. Deve existir, porém, aduz a Convenção, um “vínculo substancial”⁵⁸ entre o Estado e o navio. Ao Estado compete o dever de “*exercer principalmente, de modo efetivo, jurisdição e controle nos planos técnico, administrativo e social, sobre os navios que arvorem a sua bandeira*” (art. 5º, § 1º).

No mesmo ano da assinatura da Convenção, o requisito da substancialidade do vínculo ficou reafirmado em duas resoluções da OIT concernentes ao trabalho marítimo.

57. Sobre a sentença Nottebohm, ver Paul de Visscher, *RGDIP*, 1956, pp. 238-266 e François-Michel Fay, ob. cit., pp. 1015-6.

58. O princípio do “vínculo substancial” não chegou a ser proposto pela Comissão de Direito Internacional, à qual fora cometida a tarefa de codificação que precedeu a convocação da Primeira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar. Proposto esse princípio no próprio âmbito da Conferência, foi ele aprovado, após acirrados debates, na Segunda Comissão, por 40 votos contra 7 e 11 abstenção. Todavia parece que o termo “genuine link” decorre de uma proposta apresentada a 16 de março de 1956 à Comissão de Direito Internacional pelo governo holandês, que se referira nessa oportunidade ao Caso Nottebohm (Geoffrey Marston, ob. cit., p. 575).

26. Sofreu esse requisito, porém, vicissitudes a seguir. Abalou-o o parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça, de 8 de junho de 1960, relativo à composição do Comitê de Segurança Marítima da Organização Internacional Consultiva de Navegação Marítima (IMCO). Tratava-se de interpretar a regra da alínea *a* do art. 28 da convenção constitutiva do Comitê, o qual nos termos dessa disposição “se compõe de quatorze membros eleitos pela Assembléia Geral entre os membros, governos dos países que têm um interesse importante nas questões de segurança marítima”, sendo que oito pelo menos desses países “devem ser os que possuem as frotas de comércio mais importantes...” Qual o critério de tonelagem dos navios para identificar esses países: o da tonelagem referente apenas aos nacionais do Estado do pavilhão, ou da referente aos navios matriculados nesse mesmo Estado? O parecer da Corte, de 8 de junho de 1960, optou, como se sabe, pela segunda dessas alternativas, contrariando, pois, a tese da substancialidade do vínculo de nacionalidade. Foi ponderado, todavia, que o tribunal deixara de levar em conta as disposições pertinentes do art. 5º da Convenção de Genebra sobre o Alto-Mar pelo fato de, ao proferir a sentença, não haver ainda a Convenção entrado em vigor.⁵⁹ Não há negar, porém, que mesmo após a vigência desse tratado, decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Ingres-Hondurenha*, negou jurisdição às autoridades governamentais sobre navios de bandeira estrangeira, mesmo de bandeira de conveniência, surtos em portos do país. Interesses econômicos estimulavam o crescimento de frota mercante liberiana que, em 1966, se tornou a maior do mundo.

27. Porém, reação foi suscitada contra essas decisões, em particular contra o parecer consultivo da Corte,⁶⁰ motivada ademais por fatores econômicos, políticos, fiscais assim como ecológicos. Essa derradeira motivação decorreu de uma série de acidentes ocorridos com navios de conveniência, resultantes das circunstâncias precárias em que operavam e acarretadores de prejuízos graves ao meio ambiente. Nessa série de acidentes se incluíam os ocorridos com o petroleiro liberiano Torrey Canyon, em 1967, em Cornwall, de que resultou o derrame de 117 mil toneladas de

59. Entrada em vigor, de fato, a 30 de setembro de 1962, ou seja, mais de dois anos após a publicação da sentença da Corte.

60. Assinalem-se os votos dissidentes dos juízes Klaestad e Moreno Quintana (C.I.J., *Recueil*, 1960, pp. 173 e ss.). Vide igualmente Colliard, *L'avis consultatif de la CIJ sur la composition du Comité de la sécurité maritime de la OMCI, AFDI*, 1960, pp. 338-61; Roux, ob. cit., pp. 75-9; Fay, ob. cit., pp. 1020-22.

petróleo; com o *Ocean Eagle*, encalhado em Porto Rico, em 1968; com o petroleiro *Argo Merchant*, que teve lugar em 1976, em Nantucket; e com o petroleiro *Amoco Cadiz*, encalhado na Bretanha, em 1978, de que decorreu o derrame de 230 mil toneladas de petróleo. Esse número crescente de acidentes refletia igualmente o aumento considerável de navios de bandeira de conveniência.

28. Um ano antes do acidente com o Amoco Cadiz, o Secretariado da UNCTAD, por instâncias do Grupo B, elaborou importante relatório sobre “Conseqüências Econômicas da Existência, ou-não, de um Vínculo Genuíno entre o Navio e a Bandeira de Registro” (TD/B/C.4/168). A esse relatório três outros se sucederam, da autoria do mesmo Secretariado, tendo em vista a convocação da V UNCTAD (Manilha, maio de 1979).

29. Cabe notar que já a primeira UNCTAD, reunida em Genebra em 1964, havia “inserido os transportes marítimos na análise das relações entre economia internacional do desenvolvimento”⁶¹ Da segunda UNCTAD (Nova Delhi, 1968) emergiu recomendação da criação de grupo de trabalho (como órgão auxiliar da Comissão de Transportes Marítimos) sobre a regulamentação internacional desses transportes. Das atividades iniciais desse grupo, que se dedicou à questão da revisão da Convenção Internacional de 1924 sobre a unificação de certas regras em matéria de conhecimentos (regras da Haia), emergiram finalmente, a longo prazo, as regras de Hamburgo, ou seja, da Convenção das Nações Unidas sobre o transporte de mercadorias por mar, de 1978. Outra relevante contribuição da UNCTAD foi a Convenção relativa a um código de conduta das conferências marítimas.

30. Como corolário de manutenção do tema das conseqüências econômicas de vínculo genuíno entre o navio e a sua bandeira na agenda da UNCTAD subsequente à reunião de Manila (maio de 1979),⁶² teve lugar de 1982 a 1984 a Conferência de Plenipotenciários, cuja finalidade foi a de elaborar a Convenção sobre as Condições de Registro de Navios, destinada a consagrar os

61. Paul Berthoud, Les transports marítimes dans le dialogue nordud. *Aspects Actuels du Droit International des Transports* Société française pour le Droit international, Colloque du Mans, Paris, Pedone, 1981, p. 44. É certo que dezesseis anos antes, a Conferência Marítima das Nações Unidas, de Genebra, 1948, elaborara a convenção constitutiva da OMCI, que entrou em vigor em 1958, ensejando o início dessa organização em 1959. Mas, como lembra o autor, a OMCI deveria apenas cuidar dos aspectos técnicos e de segurança da navegação marítima e não dos aspectos econômicos (ibidem, n. 45).

62. Sobre o processamento das negociações relativas ao vínculo genuíno no âmbito da UNCTAD, cf. Paul Berthoud, ob. cit., pp. 61-7.

elementos mínimos de um “vínculo genuíno” que deve existir entre o navio e o Estado, cuja bandeira ele arvora. Durante os debates, controvérsia emergiu entre, de um lado, Estados em desenvolvimento do Grupo de 77, para os quais o “vínculo genuíno” requer sejam nacionais do Estado de registro proprietários, tripulação e comandantes; e de outro lado, Estados desenvolvidos, do Grupo B, para os quais tais requisitos de nacionalidade não conduziram a nenhum aperfeiçoamento de segurança, controle e efetividade de navegação internacional e para os quais, embora tais requisitos existissem em algumas legislações, não foram eles suficientes para gerar a esse respeito nenhuma regra de Direito Internacional.⁶³ O art. 8º da Convenção exprime, outrossim, uma certa conciliação entre as teses de ambos os grupos, ao prescrever que o Estado de pavilhão deve contemplar “disposições adequadas” sobre a participação de seus nacionais como proprietários e sobre o nível dessa participação; e que essas disposições devem ser suficientes “para permitir ao Estado de pavilhão o exercício efetivo de sua jurisdição e controle sobre os navios que arvoram esse pavilhão”.

31. A Convenção apresenta, outrossim, novos padrões de responsabilidade para a indústria naval internacional e busca harmonizar normas estatais concernentes ao registro de navios.

Um desses padrões remete à noção de “administração nacional marítima” definida pela Convenção como sendo “*a autoridade ou organismo estatal, estabelecido pelo Estado de registro em conformidade com a sua legislação e que, segundo essa legislação, é responsável, inter alia, pela implementação de acordos internacionais concernentes ao transporte marítimo e pela aplicação de regras, e padrões relativos a navios sob a sua jurisdição e controle*” (art. 2º). Cada Estado deve ter uma administração nacional marítima, sujeita a sua jurisdição e controle, administração essa obrigada a adotar normas e exercer controle sobre o registro de navios (art. 5º). O registro do navio assim como os livros de bordo (log-books) devem conter dados os mais completos e pormenorizados, de modo a permitir a identificação e responsabilidade de proprietários e operadores de navios (arts. 6º e 11). Ademais, cabe a inspetores autorizados do Estado inspecionarem periodicamente os navios de respectivo pavilhão para o fim de “assegurar o respeito das regras e normas internacionais aplicáveis” (art. 5º, § 3º, b).

63. Geoffrey Marston, ob. cit., p. 578.

Quanto à entrada em vigor da Convenção, determinou-se o período de doze meses depois da data em que não menos do que quarenta Estados, cujas toneladas somadas representam pelo menos 25% da tonelagem mundial, se tenham tornado Partes Contratantes, o que pode ocorrer: a. por via de assinatura não sujeita à ratificação, aceitação ou aprovação; b. por via de assinatura sujeita à ratificação, aceitação ou aprovação; ou c. por via de adesão.

32. Tendo em vista a definição de navio (embarcações registradas com mais de quinhentas toneladas brutas), a relação dos países constante do Anexo III da Convenção indica que, no momento da assinatura desse tratado, os países de maior tonelagem bruta são precisamente dois países de registro aberto, a Libéria e o Panamá, respectivamente com 57.985.747 e 39.366.187 toneladas brutas. Visando a estabelecer novas condições para o registro de embarcações, a Convenção está a promover a mudança do seu próprio Anexo III e a implantar, ao mesmo tempo, como se verifica novas regras a respeito da nacionalidade dos navios.

VII. Observações Finais

33. Como acima se notou, toda solução a se propor ao conflito de leis marítimas exige o exame de questões prévias, a começar pelo estudo do problema da nacionalidade dos navios, o qual, por sua vez, demanda a análise da questão do conceito e da classificação dos navios. Toda essa temática variada e complexa tem sofrido o influxo de mudança de costumes e de convenções internacionais, das quais as mais recentes e fundamentais são a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 10 de dezembro de 1982, e a Convenção sobre Condições de Registro de Navios, de 7 de fevereiro de 1986. As dificuldades no exame do conflito de leis marítimas e das questões prévias respectivas se acentuam pelo fato de que regras de direito colisional nem sempre se localizam em tratados de Direito Internacional Privado, mas, ao contrário, se inserem, com frequência cada vez maior, em tratados de índole diversa, como os dois supramencionados. Como se verificou, a definição de navio só tem sido possível desde que revestida de caráter *ad hoc*, segundo aliás o atesta a Convenção sobre Condições de Registro de Navios, há pouco celebrada. Quanto à classificação de navios, observou-se que a mudança dos critérios respectivos se encontra refletida na Convenção de Montego Bay, de 1982.

34. Ciente dos escolhos e inconvenientes de uma definição de navio, Haroldo Valladão buscou evitá-la em seu Anteprojeto oficial de reforma da Lei de Introdução ao Código Civil. Quanto à condição dos navios os assemelha às aeronaves ao estipular no art. 45 de seu Anteprojeto considerarem-se “situados em território do Estado de sua nacionalidade os navios e aeronaves militares onde quer que se encontrem, e os de outra espécie quando em alto-mar ou em território que não pertença a nenhum Estado”

No conteúdo desse artigo, constam duas outras questões prévias a todo conflito de leis marítimas: a da classificação e a da nacionalidade dos navios. Em relação a essa derradeira questão que, segundo acima se apontou, tem alcançado na atualidade profunda e merecida ressonância, Haroldo Valladão propôs duas normas que se harmonizam com as diretrizes estipuladas nas convenções internacionais recentes sobre a matéria. Consoante uma dessas normas, “*os direitos reais e os privilégios de ordem privada sobre os navios e as aeronaves regem-se pela lei de sua nacionalidade*” (art. 46). Consoante outra norma, “*a mudança de nacionalidade não prejudica os direitos adquiridos*” (parágrafo único do mesmo artigo).

São Paulo, dezembro de 1995.

GEOPOLÍTICA E DIREITO INTERNACIONAL

José Roberto Franco da Fonseca

Professor Associado do Departamento de Direito Internacional
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Como ciências distintas, a Geopolítica e o Direito Internacional usam cada uma métodos diferentes, e cada uma aprecia sua matéria sob enfoques diferentes.

As leis da Geopolítica são formuladas segundo uma estrutura: se A é, B é. As regras do Direito Internacional, pelo contrário, apresentam outra estrutura: A é, B deve ser.

Abstract:

As different sciences, Political Science (Politics among nations) and International Law have each one their own different methods and each of them appreciate their subjects under different approaches.

The propositions of Political Science (mainly Politics among nations) are issued as follows: supposing a situation A, the result B happens. The rules of International Law, on the other hand, show another structure: supposing A (some situation of international relations), B shall (or must) happen.

Unitermos: macrosistema das relações internacionais.

1. Introdução

Um mesmo e único fenômeno pode ser, às vezes, objeto de mais de uma ciência. Nesse caso, então, vai variar a metodologia de cada uma das ciências que se ocupam do referido fenômeno, assim como vão variar a estrutura lógico-formal e a função (conteúdo) das regras ou leis científicas respectivas.

No presente estudo, analisaremos um fenômeno (o macrosistema das relações internacionais) que é objeto de algumas ciências (Geopolítica, Direito Internacional, Teoria sociológica das relações internacionais, Ciência Política), cada uma delas usando de sua metodologia própria e trabalhando com regras científicas de estrutura e função diferentes.

No exame do fenômeno (o macrosistema das relações internacionais), entretanto, vamos nos circunscrever ao âmbito de duas disciplinas que o estudam: a Geopolítica e o Direito Internacional. Tal método permitirá mostrar a diferença específica entre as duas ciências, no que diz respeito quer à metodologia própria de cada uma quer à estrutura lógico-formal e à função (conteúdo) de suas regras.

2. O Macrosistema das Relações Internacionais

2.1 Precisações terminológicas

A rigor, só surge o fenômeno das relações internacionais com a aparição do Estado moderno. Para a concepção eurocêntrica (que vê a Inglaterra como ilha isolada e a Ibéria como Magreb, norte de África), o Estado moderno aparece com os tratados de Westphalia (1648), que põem termo à guerra dos trinta anos. Para outra concepção, o Estado (sob forma de monarquia absoluta) surgira anteriormente, exatamente na Ibéria e na Inglaterra. De qualquer forma, não é possível pensar em relações internacionais sem o pressuposto da existência do Estado e de sua interação no espaço geográfico.

Por isso, não nos deteremos em considerações atinentes quer à antigüidade greco-romana quer ao período feudal. Em ambas essas fases históricas, o que caracterizava o mundo (do ponto de vista da civilização ocidental, obviamente) era uma imensa unidade geográfica, assentada, por seu turno, numa tríade de unidades culturais: religião única (a fé-cristã, a partir de Teodósio), língua única (o latim) e sistema jurídico uno (*ius civile romanorum*).

O Estado, pois, surge como o primeiro ator no macrosistema das relações internacionais. Por isso, analisaremos sua interação com outros Estados, com organizações internacionais (que, tecnicamente, só são aquelas constituídas de Estados) e com os indivíduos (pessoas físicas e jurídicas).

2.2 - Interação do Estado com outros Estados

As relações dos Estados entre si podem ser observadas sob duas diferentes ópticas.

De um primeiro ponto de vista, estritamente geográfico, temos as seguintes categorias de relações: a. vizinhança; b. intracontinentalidade; c. extracontinentalidade.

De um segundo ponto de vista (que toma em consideração o conteúdo qualitativo das relações), estas podem ser elencadas em outros tipos: a. integração; b. cooperação; c. coexistência; d. tensão.

A partir do primeiro ponto de vista (estritamente geográfico), a vizinhança (primeiro grau de relacionamento) pode ser, por seu turno, contígua (intermediação de fronteira, terrestre ou fluvial, comum) ou não-contígua (intermediação de espaço internacional comum). Como exemplo do primeiro caso, temos a vizinhança do Brasil com os dez países sul-americanos de fronteira comum. Como exemplo de vizinhança não-contígua, a do Brasil com os países confrontantes da África Ocidental. Sob a óptica da Geopolítica, a fronteira terrestre ou fluvial (sobretudo se se tratar de fronteira viva) é fator de tensão, não de cooperação. Ainda sob essa óptica, o oceano (espaço internacional, não sujeito a nenhuma soberania, que se situa entre o Brasil e os países africanos ocidentais) aproxima, ao passo que a floresta e as cadeias montanhosas (que nos separam dos países amazônicos vizinhos nossos na América do Sul) são fatores de distanciamento, não de aproximação. Aliás, até mesmo do ponto de vista de distância geográfica, Natal, no promontório do Rio Grande do Norte, está mais próximo de Dacar do que de Rio Branco, no Acre, sem falar que entre Natal e Rio Branco existe a quase intransponível floresta amazônica.

Quanto à intracontinentalidade, ela vai imprimir marcas importantes às relações entre Estados que não são vizinhos (nem contíguos nem não-contíguos) mas que, nada obstante, se situam num mesmo continente ou região continental (como é o caso do Brasil e Chile, por exemplo, ou dos Estados europeus não-vizinhos mas integrantes da União Européia). Já a relação de extracontinentalidade dificilmente facilitará um processo de integração, muito embora as interações de caráter político, comercial e cultural possam ser significativas (como é o caso, por exemplo, de Brasil e Japão).

Muito mais importante, todavia, é o segundo ponto de vista a partir do qual se podem analisar as relações dos Estados entre si: a óptica do conteúdo qualitativo dessas interações.

Desse ponto de vista, o grau mais intenso e perfeito de relacionamento é a chamada integração. Há diferentes passos no processo de integração: a. zona de livre comércio, em que os Estados-membros procedem à abolição, gradual ou imediata, das

tarifas alfandegárias para a circulação de mercadorias; b. zona aduaneira, em que os Estados-membros, além de usarem daquele procedimento da zona de livre comércio, fixam uma tarifa externa única e comum para os produtos providos de fora da associação; c. mercado comum, em que os Estados-membros adotam uma zona aduaneira, ampliando-a para abranger quatro liberdades de circulação (livre circulação de mercadorias, mediante abolição de tarifas alfandegárias; livre circulação de pessoas, através da abolição da exigência de passaportes; livre circulação de capitais, dando-se tratamento de capital nacional ao investimento provindo de qualquer ponto do mercado; e livre circulação de serviços, aí compreendidos o livre estabelecimento e o livre exercício de profissão técnico-científica, mediante a abolição das equivalências ou revalidações de diplomas e cursos); d. comunidade econômico-jurídico-política, em que os Estados constituem, acima da infra-estrutura de um mercado comum, uma supraestrutura institucional e jurídica, com poderes de supranacionalidade (como ocorre no caso da União Européia após Maastricht). Na América do Sul, o Mercosul é modelo de integração do tipo mercado comum (ainda em fase de implementação), sem qualquer órgão supraestrutural comunitário.

Ainda do ponto de vista do conteúdo qualitativo das relações entre Estados, num grau menor de aprofundamento, há o fenômeno da mera cooperação. Nesse tipo de associação de Estados, eles não chegam a se integrar, mas atuam com esforços comuns (intergovernamentais) para a consecução de determinados e variados objetivos (técnicos, econômicos, culturais, políticos, estratégico-militares, sociais).

É o caso da grande maioria das organizações internacionais do tipo clássico (OMS, OIT, OMC, UPU, etc.).

Ainda debaixo dessa óptica do conteúdo qualitativo das relações interestatais, pode ocorrer que dois Estados não estejam ligados entre si por nenhum processo de integração nem por nenhum acordo genérico ou específico de cooperação (como é o caso, por exemplo, de Brasil e Tailândia). No entanto, mantêm relações recíprocas no plano político (diplomático) e econômico (comercial). É o caso que acima denominamos de coexistência. Tal relacionamento traduz-se, formal e externamente, pela manutenção recíproca de missões diplomáticas de caráter permanente.

Finalmente, nessa escala decrescente do conteúdo qualitativo do relacionamento entre Estados, há o modelo do conflito ou tensão. A tensão, que pode ser potencial ou atual, pode chegar ao ponto crítico do rompimento de relações (diplomáticas ou comerciais) ou à guerra.

2.3 - Interação do Estado com organizações internacionais

Nesse macrosistema das relações internacionais, é relevante observar que o Estado, além de interagir com outros Estados, também mantém atuação (ou a suporta) no plano das organizações internacionais. Referimo-nos, aqui, às organizações internacionais no sentido técnico, que são aquelas constituídas exclusiva ou preponderantemente por Estados e dotadas de personalidade jurídica de Direito Internacional (excluindo-se, assim, as chamadas organizações não-governamentais e as corporações privadas transnacionais, alheias ao âmbito do Direito Internacional Público).

Nesse plano, o conteúdo qualitativo do relacionamento estatal vai variar sobretudo em função de dois fatores: a. o fato de o Estado em exame ser membro da organização (no caso do Brasil, membro da ONU, há uma segunda variação possível, decorrente da hipótese de ele vir a se tornar membro permanente do Conselho de Segurança); b. o fato de o Estado ser não-membro de determinada organização (o que não impede que haja acordo de cooperação, como é o caso de Estados latino-americanos, de um lado, e da União Européia, de outro). Às vezes, a posição do Estado pode tornar-se ambígua e, não raro, contraditória, em função do fato de ele pertencer a mais de uma organização (como ocorreu com os Estados Unidos, membro da OTAN e do TIAR, em face do conflito entre Inglaterra e Argentina a respeito das Malvinas).

2.4 - Interação do Estado com o indivíduo

O indivíduo, enquanto pessoa física ou jurídica, vem cada vez mais acentuando sua presença no macrosistema das relações internacionais.

Quanto a essa presença podemos observá-la em cinco categorias bem claramente demonstrativas: a. na relação do Estado com os estrangeiros que adentraram seu território (relações reguladas pelo estatuto do estrangeiro); b. relação do Estado com estrangeiros que adentraram seu território mas na qualidade de agentes diplomáticos ou funcionários de organizações internacionais (relações regidas pela Convenção de Viena de 1961, sobre imunidades diplomáticas, e pela Convenção de Viena de 1963, sobre imunidades consulares); c. relação do Estado com seus súditos que adentrarem território de Estado estrangeiro (o exercício da proteção diplomática, com suas duas faces: acompanhamento do devido processo legal, no caso de o súdito ser sujeito ativo de ilícito penal, ou endosso, substituição processual, no caso de o

súdito ser vítima, sujeito passivo, de dano causado pelo Estado estrangeiro); d. relação do Estado com as pessoas sediadas em seu território, na matéria específica de respeito aos direitos fundamentais (Convenção europeia, de 1949 e Convenção interamericana, de 1959); e. relação da comunidade internacional de Estados com os indivíduos a quem se imputam crimes internacionais (crimes de guerra *lato sensu*) ou crimes de caráter internacional (cujo *iter* de execução percorre territórios de vários Estados, como o narcotráfico, o terrorismo, o seqüestro de navio ou aeronave, o tráfico de mulheres, etc.).

3. - A Geopolítica

3.1 Precisões terminológicas

A Geopolítica, quando estuda o macrosistema das relações internacionais, interessa-se primordialmente pelas interações de interesse entre os Estados, que se traduzem em termos de poder.

Poder, na concepção clássica dos geopolíticos, é o grau de capacidade que tem um Estado de fazer com que os outros se comportem de acordo com o interesse dele.

Portanto, pelo menos desde sua fundação, os geopolíticos preocupam-se em tentar identificar o grau de poder e os fatores que podem levar um Estado a se tornar uma potência.

3.2 - Os fundadores

Como a denominação dessa ciência já sugere, surgiram as primeiras duas escolas por obra de geógrafos. Ratzel, na escola alemã (chamada determinista), e Vidal de la Blache, na francesa (chamada possibilista).

Para Ratzel, dois fatores irão fatalmente determinar que um Estado qualquer venha a ser uma potência, e ambos esses fatores são índices que se situam na geografia: a área (*Raum*) e a posição (*Lage*). Por exemplo, Brasil e Estados Unidos têm relativamente a mesma área, mas, quanto à posição, Estados Unidos têm acesso ao Atlântico e Pacífico, enquanto o Brasil só tem acesso ao primeiro oceano. A Rússia, com toda aquela área imensa, não tem acesso ao mar quente ocidental.

Para os possibilistas, tais fatores, embora realmente importantes, não são causadores do poder, senão mera condição dele.

3.3 - Os seguidores

Dessas duas grandes vertentes surgiram inúmeras escolas, que usam, todas elas, do mesmo princípio metodológico (isto é, a tentativa de identificação de um fator qualquer, mas sempre no âmbito geográfico, determinante ou condicionante do poder).

Assim, Mahan sustentava já antes de Ratzel que o verdadeiro fator de potência seria o domínio do mar, o que explicaria o poderio do império inglês. Nesse sentido, Mahan é aqui apontado como "seguidor" apenas no sentido da adoção do método dos fundadores, não no sentido histórico ou cronológico.

Para Mackinder, ao contrário, não é o domínio do oceano que irá determinar ou condicionar o poder de um Estado, mas sim o domínio do coração do continente. A adoção dessa tese pode explicar, modernamente, a inexpugnabilidade de Moscou durante pelo menos dois assédios.

Spykman diverge de ambos e entende que o poder está em função do domínio sobre a marginalidade continental. Por isso, Coréia e Vietnã foram importantes pontos estratégicos para os Estados Unidos, assim como Caribe e América Central.

Evidentemente, todas essas teorias foram formulados em um tempo histórico anterior ao desenvolvimento dos mísseis. Contemporaneamente, vários teóricos afirmam ser o domínio do ar e do espaço extra-atmosférico o fator fundamental do poder.

Todas essas tentativas são aqui arroladas, a título de ilustração e exemplificação, para dois propósitos: a. mostrar a procura divergente de fatores de poder (o que demonstra que a Geopolítica, diferentemente da pretensão inicial dos fundadores, é ciência não tão exata); b. mostrar que, não obstante as divergências apontadas, todos aqueles autores usaram de um mesmo princípio metodológico, a saber: todos tentaram identificar a raiz do poder assentando-a num fator geográfico qualquer.

3.4 A Crítica de Ray Cline e sua proposta

Foi exatamente o fato de aqueles teóricos terem assentado suas tentativas de análise num determinado e único fator e, mais, num fator geográfico puro, que levou alguns contemporâneos a questionar a validade metodológica de tal trabalho.

A crítica mais abrangente partiu de Ray Cline, que terminou por reduzir quase completamente a importância de dados geográficos para a avaliação do poder estatal. Ele propõe que para tal avaliação se use uma equação, que é um binômio em que apenas no primeiro termo (e mesmo assim diluídos) vão entrar em linha de conta dados geográficos: $P = (C+E+M) (S+W)$.

Nessa equação, P é o poder (perceptível) do Estado, que vai receber uma graduação (de 0 a 10), que será o produto médio da multiplicação dos dois termos. Nesses, C significa a "massa crítica", com conteúdo bastante complexo: aí se inserem a área, a posição, mas também a população, (sobretudo tendo-se a preocupação de avaliar, quanto à população, sua distribuição pela área, sua qualidade, seu grau de alfabetização, seu "caráter nacional", etc.). Observa-se, já, a redução sensível dos dados geográficos, que passam a integrar tão-somente o primeiro elemento do primeiro termo do binômio.

O elemento E significa o poder econômico (PIB, renda *per capita*, perfil da distribuição dessa renda, capacitação industrial e agrícola, grau de auto-suficiência energética, etc.).

M significa o poder militar (não sendo muito relevante, hodiernamente, a indagação sobre número de homens em armas, mas sim outras indagações como capacitação tecnológica, logística, etc.).

S é a avaliação do plano estratégico do Estado. Mas não basta a formulação, pelo Estado, de um plano estratégico (no caso norte-americano, por exemplo, a doutrina do "destino manifesto"): é necessário que se pondere o elemento W (vontade de realização desse plano).

Periodicamente, Ray Cline costumava publicar em revista acadêmica norte-americana a lista de todos os Estados do mundo, cada um com sua respectiva avaliação expressa por nota de 0 a 10.

3.5 - Crítica a Ray Cline. A teoria dos sistemas

Recentemente essa teoria de Ray Cline foi alvo de crítica, que procuraremos resumir. O mérito de sua teoria foi ter praticamente expurgado os dados geográficos puros da equação determinante ou condicionante do poder. Todavia, sua equação foi aplicada a todos os Estados da comunidade internacional (macrosistema), como se todos e cada um deles fossem efetivamente titulares de algum grau de poder. Por exemplo, Tailândia teria nota 4, Chile nota 6, Uruguai nota 5, e assim por diante.

Ora, tal cenário, delineado por Ray Cline, não corresponde à realidade geopolítica do macrosistema de relações internacionais. O que a realidade mostra é que, através da história, tudo se passa entre os Estados como se passa entre os corpos celestes na astronomia: existem focos (às vezes, um único foco) irradiadores de poder, em torno do qual se agrupam e giram satélites sem luz própria, alinhados segundo um modelo chamado de "sistema"

A *pax romana* não era senão um sistema unilateral, em que Roma era o único centro irradiador de poder, ao qual se submetiam (ou ao redor do qual se alinhavam) todos os povos do mundo então conhecido do ocidente.

Desde a Santa Aliança (1815) até a Segunda Grande Guerra, o macrosistema das relações internacionais conheceu o concerto europeu, de equilíbrio de poderes, entre potências européias (Inglaterra, França, Prússia, Rússia, depois Império Austro-Húngaro). Portanto, em contraposição ao sistema unipolar da *pax romana*, passaram os Estados a viver no cenário de um sistema multipolar.

Depois da Segunda Guerra, dividiu-se o poder geopolítico mundial entre dois focos de poder mundial: Estados Unidos e União Soviética. Começou-se a viver outro cenário: o do sistema bipolar, que durou até poucos anos atrás.

Como caracterizar o atual sistema, depois da atuação das forças centrífugas que levaram à dissolução da antiga União Soviética? Seria o atual cenário a ressurreição do sistema multipolar do equilíbrio de poderes, em que se poderiam vislumbrar algumas potências atuais (União Européia, mais especificamente Alemanha, Estados Unidos, Japão) e outras emergentes (China)? Ou, pelo contrário, teríamos voltado ao sistema unipolar, com os Estados Unidos exercendo o superpoder de polícia do mundo?

3.6 - As leis geopolíticas da teoria dos sistemas

Quanto ao sistema bipolar, há algumas leis bastante divulgadas. Em primeiro lugar, tal sistema assegura a manutenção da segurança e paz mundiais, porque a corrida armamentista em direção ao equilíbrio de poder (de resto altamente propiciatória ao desenvolvimento tecnológico) acaba por levar à situação de dissuasão pelo terror. Em segundo lugar, nesse sistema o Direito Internacional como que se estagna, uma vez que a ação das potências se legitima pela só Geopolítica. Em terceiro lugar, tal sistema, equilibrado, repousa em forte base e conteúdo ideológico (mundo comunista, mundo capitalista) ou religioso (mundo islâmico, mundo não-islâmico).

Já quanto ao sistema multipolar, as principais leis são as seguintes. Primeira: tal sistema contém, em si, de maneira permanente, o perigo para a paz mundial, porque depende do equilíbrio (frágil) dos poderes estatais. Segunda: tal perigo é imanente ao sistema porque as alianças com Estados periféricos são destituídas de qualquer conteúdo ideológico ou religioso, sendo meras alianças de interesses momentâneos e conjunturais. Terceira lei: nesse sistema, as ações das potências já não encontram sua legitimação na Geopolítica; daí, a tendência de grande desenvolvimento do Direito Internacional e o fortalecimento das organizações internacionais, nomeadamente, por sua vocação e competência, do Conselho de Segurança da ONU.

Efetivamente, em plena guerra fria, a União Soviética ocupa e reprime militarmente a Hungria e Checoslováquia, que tinham aspirações de desalinhamento, sem qualquer consulta prévia às organizações internacionais. Assim, também, Estados Unidos intervêm na Coreia e no Vietnã, igualmente à revelia da ONU. Todavia, quando se desvanece tal sistema e se adentra num cenário multipolar, Estados Unidos, para intervirem no Golfo ou no Haiti, têm a preocupação de buscar prévia autorização no Conselho de Segurança.

4. - O Direito Internacional

4.1 Preciões terminológicas

Assim como o ordenamento jurídico interno regula relações jurídicas entre indivíduos (pessoas físicas e jurídicas) igualmente livres, o ordenamento jurídico internacional regula relações jurídicas entre Estados igualmente soberanos ou entre eles

e organizações internacionais (compostas por Estados soberanos). Essa "igualdade" é jurídica, uma vez que sociológica, psicológica e economicamente (no plano interno) os homens não são iguais em força e poder; o mesmo ocorre no plano internacional, em que os Estados, "iguais" juridicamente, não o são, geopoliticamente, em termos de força e poder. E "relação jurídica" tanto no plano interno quanto no internacional, é a previsão hipotética de possíveis conflitos de interesses, previsão essa feita pelo ordenamento, que, ao mesmo tempo, indica qual dos interesses em conflito deve prevalecer (o interesse "juridicamente protegido").

4.2 - Estrutura (lógico-formal) de suas regras

A estrutura lógico-formal das regras de Direito Internacional é a mesma de qualquer regra jurídica: se A é (hipótese), B deve ser (preceito). A eventual sanção, como veremos no tópico seguinte, não integra a estrutura da regra jurídica; a sanção só vai atuar, e mesmo assim para uma categoria específica de regras (as de conduta) no caso da violação da regra, que lhe é, pois, preexistente.

Tal estrutura difere, pois, das leis geopolíticas. A lei geopolítica, do ponto de vista lógico-formal, assim se expressa: se A é (hipótese), B é (deterministas), ou B possivelmente é (possibilistas). Trata-se, pois, de leis descritivas, em que nenhum juízo de valor é formulado quando de sua elaboração.

Já as regras jurídicas são normativas, eis que, para a formulação de seu enunciado meramente lógico-formal e nessa própria tarefa de formulação, se insere um prévio juízo de valor. E o valor, para o Direito, é a dignidade da pessoa (com todos os seus corolários, como liberdade, igualdade, direitos fundamentais). O valor da pessoa (indivíduo) é também o contido como fundamento das regras de Direito Internacional, porque a pessoa, além de ser anterior ao Estado e ao próprio Direito, foi quem concebeu e criou assim o Estado como o Direito.

4.3 Função (conteúdo) das regras jurídicas

As regras jurídicas em geral (e, portanto, também as de Direito Internacional), podem classificar-se em quatro categorias, quanto ao seu conteúdo funcional.

Na primeira categoria, há regras jurídicas programáticas. Por exemplo, o art. 4º, parágrafo único, da Constituição brasileira de 1988 dispõe que se houver algum

projeto ou movimento de formação de uma comunidade latino-americana de nações, (hipótese = se A é), o Brasil deve buscar a integração econômica, política, social e cultural no seio desse processo (preceito = B deve ser).

Na segunda categoria, situam-se as regras de organização. Por exemplo, o art. 4º, § 1º da mesma Constituição brasileira, dispõe que, se houver eleição para o Senado (hipótese = se A é), cada Estado-membro deve eleger três senadores (preceito = B deve ser). Assim também o art. 9º da Carta das Nações Unidas dispõe que, se houver reunião da Assembléia Geral (hipótese = se A é), a ela deverão estar presentes representantes dos Estados-membros (preceito = B deve ser).

Na terceira categoria, há regras de Sobredireito, subdivididas, por seu turno, em regras de hermenêutica e regras de Direito Internacional Privado. Assim, a regra da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, que dispõe que, na ausência de previsão legal do conflito (hipótese = se A é), o juiz deve julgar a lide aplicando a analogia e os princípios gerais de direito (preceito = B deve ser). Também no art. 7º da mesma Lei de Introdução dispõe-se que, se o juiz tiver que apreciar uma lide sobre estatuto pessoal ou Direito de Família (hipótese = se A é), deve aplicar o Direito Civil do domicílio do interessado (preceito = B deve ser). No plano do Direito Internacional, há também inúmeros exemplos dessas regras; a Convenção de Viena sobre tratados (1969), no art. 31, § 1º, dispõe que se o tratado tiver que ser interpretado pela Corte Internacional de Justiça ou por Estados interessados (hipótese = se A é), tal interpretação deve ser assentada no princípio da boa-fé e de conformidade com o sentido comum que deve ser atribuído aos termos do tratado em seu contexto e à luz do seu objeto e finalidade (preceito = B deve ser).

Antes de nos referirmos à quarta categoria de regras jurídicas, convém apontar uma característica relevante dessas três primeiras categorias de regras: a violação eventual delas não acarreta qualquer sanção. Diferentemente vai ocorrer com relação à quarta categoria, que analisaremos a seguir. Portanto, a estrutura lógico-formal das regras integrantes dessas três primeiras categorias é aquela genericamente enunciada no tópico anterior, a saber: se A é, B deve ser. Isto é, se o Governo brasileiro não se esforçar para integrar-se à comunidade latino-americana, ou se em determinado Estado brasileiro ninguém se apresentar candidato ao Senado, ou se o juiz, no exemplo acima referido, não aplicar a lei civil adequada, não há sanção exigível.

Já as regras da quarta categoria (regras de conduta, que coativamente impõem ou proíbem a prática de determinados atos) têm estrutura lógico-formal idêntica às demais, apenas complementada pela possibilidade, atribuída a outrem, de

exigência de atuação da sanção: se A é, B (conduta comissiva ou omissiva) deve ser; se não B, S (sanção) deve ser.

4.4 - A sanção do Direito Internacional

A sanção, eventualmente exigível no ordenamento interno, no âmbito civil-comercial ou no penal, vai operar também, e segundo os mesmos princípios, no ordenamento internacional. Este, todavia, além dessas sanções genéricas, prevê sanções também que lhe são específicas.

As sanções genéricas são medidas, cuja imposição é estabelecida pela ordem jurídica, como consequência da inobservância de um imperativo, cuja atuação se realiza sem colaboração da atividade voluntária do inadimplente. No plano não-criminal, a sanção visa a conseguir por outros meios o mesmo resultado, ou pelo menos outro, quanto mais possível equivalente ao que teria decorrido da espontânea observância do imperativo originário (reintegração ao *statu quo ante* ou reparações e indenizações). No plano criminal as sanções têm finalidades preponderantemente de castigo do criminoso e de dissuasão social. Em ambos esses casos de sanção genérica, a atividade desenvolvida por órgãos públicos (judiciário, no plano interno; Conselho de Segurança, art. 94 da Carta da ONU, no plano internacional) para dar atuação à sanção recebe o nome de execução, a qual tem sempre pressupostos fácticos (falta de cumprimento de uma obrigação por parte do obrigado) e legais (o exercício, sucessiva ou simultaneamente, de uma atividade prévia de conhecimento para a demonstração da procedência do alegado pressuposto de fato). No plano internacional essa atividade prévia de conhecimento exercita-se perante órgãos jurisdicionais e arbitrais.

As sanções específicas do Direito Internacional são aquelas previstas nos arts. 41 e 42 da Carta da ONU.

4.5 - Modelos (fontes) de regras jurídicas internacionais

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça enumera, no art. 38, algumas das fontes (entendidas essas como modelos ou formas de expressão e de cognição das normas) do Direito Internacional.

Os tratados são considerados a "legislação" desse sistema. Quanto ao exercício da função legislativa, releva notar que, no plano internacional, diferentemente do que ocorre no plano interno, se pratica a democracia direta, não a representativa: os

próprios Estados, destinatários das normas, elaboram-nas em convenções ou tratados, bem como em decisões no seio de organizações internacionais. Isso ocorre porque é diminuto o número de Estados.

O costume, os princípios gerais de direito, a jurisprudência e, eventualmente, a equidade são os demais modelos de regra jurídica. Sempre, todavia, a estrutura lógico-formal e a função são aquelas apontadas acima (4.2 e 4.3).

5. Conclusões

5.1 Quanto à estrutura das leis de Geopolítica e de Direito Internacional.

No campo da Geopolítica e da Ciência das Relações Internacionais, as leis são (ou procuram ser) descritivas : Se A é, B (fatal ou possivelmente) é .

Já no campo do Direito Internacional, a estrutura lógico-formal de suas regras é normativa : Se A é, B deve ser. Quanto à função (conteúdo) de suas regras, elas podem ser : a. programáticas ; b. de organização ; c. de Sobredireito ; d. de conduta.

5.2 - Metodologia da Geopolítica e do Direito Internacional

Dada a diferente estrutura de suas leis, numa ciência e noutra tal objeto merecerá tratamento metodológico também diferente.

A Geopolítica, embora trabalhe com dados da Sociologia, da Ciência das Relações Internacionais, da Ciência Política, tem a pretensão metodológica (não raro com resultados felizes) de dar àquele objeto (macrosistema e sistemas de relações internacionais) o mesmo tratamento de que se utilizam os pesquisadores das ciências naturais.

Já o Direito, nomeadamente o Internacional, tem metodologia peculiar, dado o fato de ser ciência tridimensional. Exige-se, aqui, tríplice indagação sobre norma em sentido estrito (no que diz respeito à vigência) valor (no que respeita ao seu fundamento) e fato (com vistas à eficácia). Claro que, quanto a este terceiro componente de tal metodologia, valer-se-á o jurista de dados da experiência fornecidos pela Geopolítica.

São Paulo, janeiro de 1996.

BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLY, H. e NASCIMENTO e SILVA, G.E. *Manual de Direito Internacional Público*. 12ª ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- ARON, Raymond. *Guerra e paz entre as nações*. 2ª ed. Brasília : UnB, 1986.
- COSTA, Wanderley Messias da. *Geografia Política e Geopolítica*. São Paulo: Hucitec/Edusp, 1992.
- MORGENTHAU, Hans. *Politics among nations*. 3ª ed. N. Iorque : Knopf, 1961.
- RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 4ª ed. São Paulo : RT, 1993.
- _____. *Direito Internacional e Relações Internacionais: a teoria tridimensionalista no contexto brasileiro*. In *Mundo Nuevo*. Caracas : Univ.Simon Bolivar, 1989.
- REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. São Paulo : Saraiva, 1988.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 5ª ed. São Paulo : Saraiva, 1995.

DIREITO MUNICIPAL



ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 1996, COM ÊNFASE PARA O QUADRO DE SÃO PAULO

Monica Herman Salem Caggiano

Professora Associada do Departamento de Direito do Estado da FDUSP
Secretária dos Negócios Jurídicos da Prefeitura do Município de São Paulo
Coordenadora Adjunta do Curso de Especialização em Direito Empresarial da Universidade Mackenzie

Resumo:

O presente trabalho tem por finalidade um exame, ainda que sucinto, do quadro eleitoral envolvendo o pleito de 1996 – eleições municipais destinadas à seleção de prefeitos e de vereadores.

O objetivo é o registro das questões de maior relevância que este momento eleitoral descortina, o seu tratamento legal, o debate emergente e as eventuais soluções.

Nessa trilha são abordados temas de vital notoriedade no âmbito do processo eleitoral, a exemplo da questão financeira, das possibilidades de marketing político, dos prazos de desincompatibilização e especial atenção ao dia de eleição com suas peculiaridades.

Enfim, a proposta é a de oferecer uma radiografia desse período eleitoral de 1996, resultante de um esforço científico de análise dos vários e diversificados escaninhos que esse alberga.

Abstract:

This article explores the 1996 Brazilian municipal elections, aiming to choose mayors and City Counsellors from January 1st on.

The purpose is to investigate the relevant and large issues that frame the 1996 electoral process, beginning by revealing the complex and remarkably rich "regulating block", that means the general and particular laws, statutes and judicial decisions that regulate in the present year the electoral arena.

We shall discuss in this essay important and fashionable themes, just as the expense of running a campaign, regulations concerning advertising, levels of state support for political campaigns, time periods of residency and party affiliation required for candidature and a special analyse dedicated to the election day.

Finally, the focus shall be the mechanism of 1996 elections, with the task of analysing doctrine and the variety of structural and legal settings in which the electoral actors are supposed to work.

Unitermos: Eleições municipais; Zona Eleitoral.

1.- Introdução

A complexidade e peculiar mutabilidade das regras e práticas eleitorais impõem, por mais uma vez, aos analistas o exame do quadro a envolver a consulta popular programada para o corrente ano de 1996, com vistas à escolha dos prefeitos municipais e dos vereadores a compor os Legislativos locais a partir de 1º de janeiro de 1997.¹

É que, não-obstante a existência de um respeitável complexo normativo de regência desse sofisticado campo, o legislador ordinário tem entendido indispensável a edição de leis específicas para o disciplinamento particular de cada uma das consultas. Assim, já consolidada a tradição de normas especiais de regulação dos pleitos, talvez em razão do célere avanço das técnicas utilizadas nessa esfera de atuação e das transformações a atingir a própria sociedade, com reflexos imediatos quanto a suas demandas, o espectro eleitoral descortina, a cada pleito, uma série de inovações, impondo aos analistas renovado esforço na reconstrução dos vários e diversificados escaninhos que compõem o processo eleitoral.

Daí a exigência, diante da pretensão de dissecar o processo eleitoral de 1996, para a seleção de prefeitos e vereadores, de especial registro em relação ao *bloco legal* a discipliná-lo, a par da análise de questões que, costumeiramente, conferem ao tema um aspecto exótico e altamente controvertido.

2.- Do bloco legal

No âmbito do bloco legal a incidir sobre o processo seletivo de 1996, emerge em posição sobranceira a Lei n. 9.100, de 29 de setembro de 1995, texto que estabelece as regras para a realização desse pleito, principiando sua ação regulamentadora com a fixação da data da consulta (03.10.96) e, nas hipóteses de ocorrência do segundo turno 15.11.96. O diploma vai além: fixa prazo de carência quanto aos requisitos domicílio eleitoral e filiação partidária (esse último, aliás, em flagrante contradição com a regra básica do art. 18 da Lei dos Partidos Políticos Lei n. 9.096/95, paradoxalmente editada dez dias antes), autoriza coligações e normatiza sua concretização e funcionamento, dispõe sobre o registro das candidaturas, dos meios e fórmulas de fiscalização aplicáveis, da arrecadação e da

1. As eleições municipais de 1996 envolvem a disputa de oitenta mil vagas para prefeito e vereador, por cerca de oitocentos mil a um milhão de candidatas, em todo o Brasil.

aplicação dos recursos financeiros, da propaganda e faz estrear, a nível de exigência legal, a previsão de reserva de cota especial, dedicada à candidatura feminina (20% das vagas de cada partido ou coligação), donde sua rotulação de Lei das Cotas.

Aliás, relevante se nos afigura transcrever a postura protecionista, adotada pelo E. Tribunal Superior Eleitoral sobre a cota feminina, ao responder a Consulta n. 157, do Distrito Federal, *in verbis*:

"Ementa Candidaturas Femininas Se não se preencherem os 20% das vagas destinadas às candidaturas femininas, a chapa poderá ser registrada, ainda que incompleto aquele percentual de mulheres. O que não se admite conforme entendimento firmado por esta Corte, é que a diferença seja preenchida por candidatos-homens". (D.J. 10.07.96)

É de se notar, porém, a par da relevante estréia da cota feminina, que, diante de um exame perfunctório, o documento oferece ao leitor a errônea impressão de exaurir o disciplinamento do quadro eleitoral a emoldurar os pleitos municipais de 1996, conquanto, em verdade, outros textos legais continuam irradiando seus comandos sobre as eleições deste ano.

Parece-nos salutar, nessa esteira, apontar o próprio Código Eleitoral, Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965, (ou o que restou de seus dispositivos), com especial ênfase ao capítulo dos crimes eleitorais e ao macroprincípio insculpido no seu art. 237, voltado a robustecer a garantia de lisura do processo e a vedar ingerências emanadas do poder econômico, inclusive da máquina estatal a deteriorar o resultado do pleito.

No elenco de preceitos vedativos, resultantes de desdobramentos do já assinalado princípio consagrado pelo art. 237 do diploma eleitoral, merece registro a denominada Lei Etelvino Lins – Lei n. 6.091, de 15 de agosto de 1974 – originariamente direcionada à regulação do transporte de eleitores e que, hoje, mantém destacada posição em função do disposto no seu art. 13, que inaugurou regra proibitiva quanto ao ingresso, dispensa e movimentação nos quadros de pessoal do serviço público estadual e municipal.

Referida norma alimentou acirrada polêmica quanto a sua vigência e aplicação por ocasião do pleito de 1990 quando, de forma excepcional, o legislador se mostrou silente no tocante à regulação das eleições. Na ausência de regra

específica, o E. Tribunal Superior Eleitoral acabou por lhe acoplar o caráter permanente (Resolução n. 16.437, de 03 de maio de 1990), posição reforçada pelo C. Supremo Tribunal Federal que declarou também sua constitucionalidade (RE 92.728-BA). O preceito, aliás, tem sua incidência assegurada no que toca às eleições de 1996, até porque a norma projetada pelo Legislativo, quando da elaboração da atual Lei n. 9.100/95 - (art. 77), foi objeto de veto presidencial. Em especial, no Município de São Paulo, a regra vem servir de respaldo e fundamento à Ordem Interna n. 11/96 do prefeito, que orienta acerca dos atos administrativos que poderão ser praticados no período eleitoral, em relação a servidores públicos.

O campo das inelegibilidades, de outra parte, vem subordinado à Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, cujos dispositivos de maior interesse para os pleitos municipais podem ser visualizados no quadro infratranscrito:

Prazos de desincompatibilização - Eleições municipais/1996

Cargo exercido	Prefeito	Vereador
Administrador Regional	exoneração/4 meses	exoneração/6 meses
Procurador Geral	"	"
Diretor de Dep.	"	"
Chefe de Assessoria e Supervisor	"	"
Coordenador e Supervisor	"	"
Chefe de Gabinete	"	"
Os servidores que tenham interesse direto na arrecadação, lançamento, fiscalização de tributo ou para aplicar multas	"	"
Servidor público municipal	afastamento/ 3 meses, assegurada percepção integral dos vencimentos (Res.TSE-18.019/92.)	afastamento/ 3 meses, assegurada percepção integral dos vencimentos (Res.TSE-18.019/92)

Relevante é notar a hipótese de desincompatibilização dos servidores públicos da Administração Direta e Indireta, que sofreu alteração de tratamento não apenas por parte do legislador, como também, por força da jurisprudência construtiva emanada da Justiça Eleitoral. Assim, num primeiro passo, cumpre frisar

que a modelagem adotada pela Lei Complementar n. 64/90 ofereceu contornos diferentes à figura do afastamento do servidor público para a promoção da respectiva campanha (art. 1º, II, "I"). Até aí, esse afastamento recebia o tratamento de favor legal, mera liberalidade que o servidor poderia usar ou não. Um benefício assegurado a cada nova consulta eleitoral pelo respectivo diploma regulamentador.

Na sua nova roupagem, contudo, foi erigido à *hipótese de inelegibilidade*, obrigando o servidor a se afastar de suas funções, assegurados os vencimentos, por um período fixado em razão da data do pleito e não mais do registro da respectiva candidatura.² E mais, nesse particular domínio, o próprio prazo de afastamento acabou sendo fixado pelo exercício da função normativa da Justiça Eleitoral, que estendeu aos pleitos municipais o período de 3 (três) meses preconizado pelo já referido art. 1º, II, "I" enquanto que, por força do disposto nos incisos IV e VII desse mesmo preceito, os prazos seriam de quatro e seis meses, dependendo da candidatura visar o cargo de prefeito ou de vereador. E mais ainda, nulificou o E. Tribunal Superior Eleitoral a viabilidade de afastamento quanto às candidaturas a cargos não-pertinentes ao Município em que o servidor exercesse suas funções. Memorável, pois, a decisão consagrada por intermédio da Resolução n. 18.019-DOU 07.04.92, *in verbis*:

"I, a: Aplica-se às eleições municipais a inelegibilidade da alínea I, do art. 1º, II, da Lei Complementar n. 64/90, desde que vinculado o servidor candidato a repartição, fundação pública ou empresa que opere no território do município.

I, b: Para excluir a inelegibilidade de que cuida o item I, a, supra, deve o candidato às próximas eleições municipais afastar-se do cargo, emprego ou função até 2 de julho ...

I, c: O servidor afastado para o fim do item 2, supra, tem direito à remuneração integral por todo o tempo de afastamento exigido."

2. No Município de São Paulo, a questão foi objeto de regulamentação especial Portaria n. 81/SMA-G.96 da Secretaria Municipal da Administração, que, atendido o quadro normativo eleitoral, estabeleceu os trâmites processuais e condições de deferimento dos pedidos de afastamento formulados pelos servidores/candidatos.

Interessante assinalar, também, as razões que conduziram a mais alta Corte Eleitoral a tal interpretação, igualando, em relação a todos os servidores públicos, independentemente do pleito a que venham a concorrer, o período necessário para fins de desincompatibilização: três meses. Tal solução, resta anotado no mencionado decisório, "impede conseqüências catastróficas, dificilmente conciliáveis com o princípio constitucional da moralidade, quando transposta para o prisma de seus reflexos sobre a Administração Pública"

Integrando o rol da legislação aplicável ao quadro eleitoral de 1996, não há como deixar de assinalar a nova lei dos partidos políticos, Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995, já em plena operabilidade, em especial no que toca à previsão de veiculação publicitária pelo sistema de curtas inserções, com a participação inclusive dos candidatos, mecanismo já absorvido pelos partidos de maior força político-eleitoral e com o qual a sintonia foi instantânea.

De fato, o diploma contemplou as agremiações partidárias de forma generosa com o acesso gratuito ao rádio e à televisão, preconizando, a par da possibilidade de divulgação, por semestre, de um programa em cadeia nacional e um em cadeia estadual, com a duração de 20 minutos, a utilização de inserções nesses veículos de comunicação, de trinta segundos a um minuto, perfazendo um total de oitenta minutos semestrais, quarenta em emissoras nacionais e outros quarenta nas estaduais (art. 49). No que toca ao programa semestral, o texto disciplinou a matéria para o período compreendido entre a sua edição e o início da próxima legislatura, seguindo modelo mais econômico (art. 56, II e III). Não ofereceu, porém, tratamento diferenciado à nova técnica publicitária por via de inserções. E essas inundaram as telas no primeiro semestre do corrente ano, sendo acopladas a um *marketing* pré-eleitoral das candidaturas já definidas pelos respectivos partidos.

Questionada a utilização da propaganda partidária, por *spots*, para fins eleitorais e antes mesmo de qualquer definição, por via do processo de registro das candidaturas, a Justiça Eleitoral (Representação do Ministério Público Eleitoral contra inserções realizadas pelo PPB - decisão da 1ª Zona Eleitoral da Capital de São Paulo, datada de 11 de maio de 1996) concluiu incorrer qualquer vedação legal no tocante à transmissão de programas partidários que tenham como protagonista pré-candidato, frisando que "*pelo fato de aparecer o pré-candidato para difundir o programa é, sem dúvida antiético, mas não ilegal*".

Alinhando-se ao quadro produzido pelo legislador, não há como ignorar os atos reguladores emanados da Justiça Eleitoral com base na sua

competência normativa e formalizados por via de Instruções. Nessa esteira, a comandar os pleitos eletivos de 1996,

o Calendário Eleitoral (Resolução n. 19.382, DJU 22.11.95 p. 40.009), e as Instruções de n. 2 (Escolha e Registro dos Candidatos), 4 (Prestação de Contas das Campanhas Eleitorais), 6 (Recibo Eleitoral), 11 (Propaganda), 12 (Pesquisas Eleitorais), 13 (Atos Preparatórios, Cédula Eleitoral, Recepção dos Votos e Garantias Eleitorais), 14 (Atos Preparatórios, Cédula Eleitoral, Recepção de Votos e Garantias Eleitorais nas seções em que for utilizado o sistema eletrônico de votação), 15 (Formulários para as eleições), 16 (Apuração das eleições nas seções, aonde não for utilizado o sistema eletrônico de votação), e 17 (Apuração das eleições nas seções, aonde for utilizado o sistema eletrônico de votação), todas publicadas no DJU de 25.04.96 pp. 12.993 e seguintes.

3.- Dos partidos políticos

Nos termos do modelo eleitoral agasalhado pelo texto da Lei Maior (art. 14, § 3º, V), na paisagem doméstica *não há lugar para candidaturas independentes*.³ As candidaturas são vinculadas a partidos políticos, embora não mais perdue a regra da plena e exclusiva responsabilidade das agremiações político-partidárias no concernente à realização das campanhas eleitorais. Impõe-se, assim, um exame ainda que sucinto - do quadro partidário, dos partidos que, isoladamente ou por intermédio da figura da coligação, engajaram-se no processo eleitoral e da responsabilidade do partido no tocante ao desenvolvimento da campanha e às ações que envolvem a disputa dos votos.

O panorama brasileiro oferece-se propício à proliferação das formações político-partidárias, ensejando uma considerável pulverização, um turismo interpartidário, de contornos bastante acentuados a nível parlamentar, e o surgimento em cena política dos denominados partidos nanicos. O quadro coloca o analista, de imediato, diante de uma realidade de 32 partidos políticos 26 com

3. Sobre o tema, aliás, oportuna a observação do Professor Cláudio Lembo, no sentido de que "*o virtual monopólio conferido aos partidos políticos na indicação, apresentação e divulgação de candidatos, por toda parte, concede-lhes uma relevância especial no quadro das instituições políticas, a ponto de, hoje, estar em curso uma tendência à 'constitucionalização' destas associações*". *Participação Política e Assistência Simples*, São Paulo, Forense Universitária, 1991.

registro definitivo, 4 com registro provisório e 2 com requerimento em tramitação, solicitando capacitação jurídica.

QUADRO PARTIDÁRIO

<u>Partidos com registro definitivo</u>	<u>Partidos com registro provisório</u>	<u>Partidos com solicitação de capacitação jurídica</u>
<i>PCdoB - Partido Comunista do Brasil</i>	<i>PAN Partido dos Aposentados da Nação</i>	<i>PFB - Partido Feminista Brasileiro</i>
<i>PCB Partido Comunista Brasileiro</i>	<i>PCO Partido da Causa Operária</i>	<i>PJP Partido de Justiça Popular</i>
<i>PDT Partido Democrático Trabalhista</i>	<i>PSDC - Partido Social Democrata Cristão (ex-PDC)</i>	
<i>PFL - Partido da Frente Liberal</i>	<i>PSN Partido Solidarista Nacional</i>	
<i>PL - Partido Liberal</i>		
<i>PMDB - Partido do Mov. Dem. Brasileiro</i>		
<i>PMN - Partido da Mobilização Nacional</i>		
<i>PPB - Partido Progressista Brasileiro(fusão entre PPR/PP)</i>		
<i>PPS - Partido Popular Socialista</i>		
<i>PRN - Partido da Reconstrução Nacional</i>		
<i>PRONA Partido de Reedificação da Ordem Nacional</i>		
<i>PRP Partido Republicano Progressista</i>		
<i>PSB Partido Socialista Brasileiro</i>		
<i>PSC Partido Social Cristão</i>		
<i>PSD Partido Social Democrático</i>		
<i>PSDB Partido da Social Democracia Brasileira</i>		
<i>PT Partido dos Trabalhadores</i>		
<i>PTB Partido Trabalhista Brasileiro</i>		
<i>PTdo B Partido Trabalhista do Brasil</i>		

<i>PV Partido Verde</i>		
<i>PSTU Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado</i>		
<i>PRTB Partido Renovador Trabalhista Brasileiro</i>		
<i>PTN Partido Trabalhista Nacional</i>		
<i>PGT - Partido Geral dos Trabalhadores</i>		
<i>PST Partido Social Trabalhista</i>		
<i>PSL - Partido Social Liberal</i>		

Desse invejável elenco de opções partidárias, poucos aqueles que efetivamente contam com adequado nível de representatividade. Como de maior expressão, continuam com o seu domínio o PMDB (107 deputados eleitos no último pleito de 1994, com uma bancada total de 129, incluindo os senadores), o PFL (90 deputados eleitos/94-bancada de 107 congressistas, incluindo os senadores), o PSDB (63 deputados eleitos/94-bancada de 73 congressistas, incluindo os senadores), o PPB (decorrente da fusão do PPR e do PP que elegeram em 1994, em conjunto, 99 deputados), o PT (49 deputados bancada de 54 congressistas, incluindo os senadores). E, dentre os de menor densidade eleitoral, podemos anotar casos como o do PL (14 congressista), PC do B (10 congressistas), PMN (4 congressistas), PSC (3 congressistas), PPS (3 congressistas), PRP (1 congressista), PRN (1 congressista) e PV (1 congressista).

As agremiações de menor expressividade eleitoral ingressam na disputa basicamente por via de coligações (para os pleitos municipais de 1996 autorizadas desde que pertinentes à eleição majoritária e proporcional ou apenas à majoritária - art. 6º), comumente visando a ampliação do tempo de antena⁴ dos mais poderosos, conquistando, em contrapartida, recursos de *marketing* e espaço mais promissor para os seus próprios candidatos. Por vezes, porém, sua participação tem por escopo mero ato de presença eleitoral, presença que, quando não produz efeitos nocivos sobre a campanha, por privilegiar, a partir da sombra, candidato de maior

4. A questão aqui tratada diz respeito ao tempo de cada partido no horário gratuito de propaganda eleitoral no rádio e na televisão. A partilha, nos moldes preconizados pelo legislador, sofre forte influência da representação de que dispõe cada agremiação junto à Câmara dos Deputados. As coligações, notadamente para os pleitos majoritários, sofrem o reflexo da necessidade de ampliação desse tempo de antena, poderoso veículo de marketing político-eleitoral. (Lei n. 9.100/95- art. 56 e ss.)

potencial, é salutar para o robustecimento da participação política e ampliação das possibilidades de exercício da cidadania.

As eleições municipais de 1996 já têm um quadro definido nesse sentido. Assim, em São Paulo, concorrendo ao pleito de 3 de outubro há o registro:

Partidos Expressivos/Coligações	Partidos Nancicos
PSDB /coligação SP com PPS, PV e PSL/candidato José Serra/ 15min.27seg.	PSC/candidato Pedro de Camilo Neto
PMDB/ coligação Viver São Paulo, com PSDC/candidato João Leiva ou José A. Pinotti (disputando a candidatura perante a Justiça Eleitoral/17min.54seg.)	PRTB/candidato José Levy Fidelis / 1 min.48 segs.
PPB/Coligação Não Deixe São Paulo Parar com PFL/candidato Celso Pitta/ 29 min.9seg.	PSTU/candidato Valério Arcary/ 1 min.
PT/coligação Sim Por São Paulo com PSB, PC do B, PMN, PCB/candidata Luiza Erundina/ 14min.18seg.	PTB/ coligação São Paulo Esperança com PAN e PSD/candidato José Campos Machado/7min.
PDT/coligação Rossi por São Paulo com PL e PST/candidato Francisco Rossi/ 8 min.45segs.	PTN/coligação Bandeira Paulista com PGT e PT do B / candidato Dorival Masci de Abreu/ 1 min.49 segs.
	PRP / candidato Carlos Alves/ 1 min.49 segs.
	PRONA/ candidata Havanir Tavares de Almeida Nimitz/ 1min.49segs.
	PCO

**Os partidos PPB, PMDB, PFL e PSDC não realizaram coligação para a eleição de vereadores (sistema proporcional) e o PCO requereu apenas o registro de candidatos à vereador na Capital de São Paulo.*

***A título ilustrativo, parece-nos oportuno, apontar algumas coligações e candidaturas registradas em outros municípios, capitais de Estados da Federação brasileira. Assim, no Rio de Janeiro, verifica-se a realização de 6 coligações: "Verde Arco Íris" (PPS, PV), "O Melhor Para o Rio" (PSDB, PMDB, PL, PPB, PSD, PTB, PSC) --só para a eleição majoritária, "Ptdo B-PGT (Ptdo B, PGT)" "Rio Cidade Maravilhosa" (PST, PRP), "Unidade Popular" (PDT, PCdo B, PSB). O PFL não integrou qualquer coligação, apresentando candidato isoladamente. Em Florianópolis, Estado de Santa Catarina, foram formadas 4 coligações: "Aliança Pela Vida" (PRTB, PAN, PMN, PSD, PV), "Força Capital"*

(PPB, PTB, PSDB), "Frente Popular" (PDT, PT, PCB, PPS, PSB, PC do B), "Nossa Cidade" (PFL, PL, PSC, PSL), O PMDB e o PSTU apresentaram candidatos independentemente de qualquer coligação. O quadro de Porto Alegre, Estado de Rio Grande do Sul, oferece 4 coligações: "Frente Popular" (PT, PPS, PC do B), "União por Porto Alegre" (PSDB, PL, PFL, PSC, PSL), "União Social Popular" (PST, PMN, PSD, PRN), "Unidade Popular" (PC do B, PDT). Os partidos PTB, PPB, PSB, PSTU, PRONA, PMDB e PAN apresentaram candidaturas próprias, independentemente de qualquer coligação. Em Aracaju, Estado de Sergipe, há 7 coligações: "PDT/PTB", "PT/PCB/PCdoB", "PMDB/PSB", "PST/PRN" "PL/PPS/PFL", "PPB/PMN/PRP", "PTN/PSC/PTdo B" Os partidos PSTU, PSDC e PV apresentaram candidatos a prefeito sem coligação. Em Recife, Estado de Pernambuco, os partidos PPB, PT, PSTU, PSC, PFL, PPS, PSDB e PC do B apresentaram isoladamente candidatos. Em Salvador, Estado da Bahia, há 5 coligações: "PDT/PSDB", "PT/PCB/PPS/PSB/PC do B" "PRN/PSD/PRP" "PTB/PSC/PL/PFL/PTdo B". Os partidos PMN, PGT, PMDB e PCO apresentaram individualmente candidaturas. Em Fortaleza, Estado do Ceará: os partidos PPB, PDT, PMDB, PSL, PSC, PSN, PV, PSDB Pcd B e PT do B apresentaram individualmente candidatos a prefeito. Em Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, há 7 coligações: "PSB/PMDB/PPS" "PSTU/PCO" "PRN/PST/PRP", "PT/PV/PCB/PCdo B", "PSDB/PL/PPB/PTB/PSL/PSD/PTdo B", "PDT/PMN/PAN/PRONA", "PFL/PSC". O partido PTN apresentou candidato isoladamente. Em Vitória, Estado do Espírito Santo, há 6 coligações: "PDSB/PDT/PV/PSDC", "PTB/PFL", "PMDB/PL/PCdo B", "PSB/PAN/PPS/PSN", "PSD/PST", "PMN/PSC" O PT, PPB, PDT e o PRN apresentaram candidaturas individuais. Em Curitiba, Estado do Paraná: "PPB/PDT/PTB/PSC/PFL" "PT/PCB/PV/PC do B", "PST/PL/PSDC/PT do B", "PSDB/PPS". Os partidos, PSB, PMN, PTN, PSTU e PMDB apresentaram candidaturas isoladas. Em Belém, Estado do Pará, há 4 coligações, sendo que os partidos PRN, PMDB, PPB e PL apresentaram candidatos isoladamente. Em João Pessoa, Estado de Paraíba, há 4 coligações: "PPB/PDT/PC do B" "PSC/PMN/PSD" "PSDC/PRN/PRP", "PSB/PSDB" Os partidos PCO, PSL e PSTU apresentaram candidatos isoladamente. Em Porto Velho, Estado de Rondônia, há 4 coligações: "PT/PCdoB/PV/PPS" "PSDC/PAN/PRP/PSN/PRN" "PDT/PPB/PL/PTB/PMN/PSD/PFL" "PMDB/PSDB". Os partidos PTdoB, PSB e PRONA apresentaram candidatos isoladamente. Em Boa Vista, Estado de Roraima, há 3 coligações: "PTB/PMDB/PP", "PDT/PL/PFL-PMN/PSB/PV/PSDB/PCdoB", "PT/PST/PTN/PSC/PPS/PSDC/PSD/PRP". Os partidos PRTB e PSL apresentaram candidatos isoladamente.

O exame do momento eleitoral, quando o enfoque se dirige ao partido político, impõe especial atenção à questão da responsabilidade das agremiações no que concerne ao espectro financeiro das campanhas e ao *marketing* político.

Afastando-se da clássica responsabilização integral dos partidos pela propaganda e movimento financeiro das campanhas pré-eleitorais, o legislador (Lei n. 9.100, de 29.09.95) optou por atribuir *solidariamente a partidos e candidatos, tal responsabilidade*. Quanto à figura da agremiação, a esta foi acoplada, em caráter obrigatório, a tarefa de registrar comitê financeiro e a relativa à abertura de conta bancária específica para o registro de todo movimento financeiro, contemplando, de forma facultativa, os candidatos com essa última atribuição, com exceção dos candidatos a prefeito e, nos municípios com mais de 50 mil eleitores, também os aspirantes a mandato de vereador, para os quais impera também a obrigatoriedade, (art. 35, § 3º). O preceito contido no § 5º do já assinalado art. 35 é taxativo, porém, ao designar o *candidato* como

"o único responsável pela veracidade das informações financeiras e contábeis referentes à sua campanha..." embora persista a regra de que *"a prestação de contas à Justiça Eleitoral será sempre feita por intermédio do comitê financeiro e assinada pelo presidente do Partido."* (art. 35, § 7º).

Em verdade, o documento legal a disciplinar os pleitos de 1996 acompanha o espírito que norteou a produção da Lei n. 8.713/93 (eleições a nível federal e estadual de 1994), aprimorando, até, o tratamento oferecido naquela oportunidade a vários pontos de intensa e eterna nevalgia nos domínios das consultas eletivas. Continua paradoxal e nebulosa, porém, a definição da responsabilidade. O candidato é o único responsável? É ao partido, contudo, que foi cometido o dever da prestação final de contas à Justiça Eleitoral. E mais, em se tratando agora de pleitos municipais, vários serão os lugares a comportar campanhas a vereador realizadas por candidatos que não têm a obrigação e não abrirão conta bancária própria (art. 35, § 3º). Nessa última hipótese, a campanha será desenvolvida pelo partido e alimentada financeiramente por contas partidárias. Ainda assim, persistirá a exclusividade pertinente à responsabilidade do candidato?

4.- Do financiamento das campanhas

Cuida-se aqui do aspecto financeiro a envolver a operação eleitoral, tema de irrecusável notoriedade, porquanto ninguém há de ignorar que o custeio da atividade política demanda quantias cada vez mais vultosas, mormente nos momentos pré-eleitorais,⁵ quando a disputa pelo voto impõe a busca incontrolável de fontes de captação de receita, conduzindo invariavelmente a um processo periférico e nocivo de obtenção de aportes financeiros que desvirtuam e contaminam todo o cenário eleitoral.

A verdade é que a questão financeira a envolver a atividade partidária tem sido encarada com reserva, não-só por força das dependências que possam originar, como, também, em face do iminente perigo de deterioração da vontade popular expressa através do voto. Daí o vasto e grave repertório de escândalos, girando em torno do financiamento da atividade política, a ocupar os espaços da imprensa. Daí, ainda, a busca de meios e adequada regulamentação, aptos a intimidar, a desmotivar e a reduzir as práticas espúrias, timbradas pela corrupção.⁶

O legislador de 1995 (Lei n. 9.100) acompanhou, de perto, o espírito arrojado do texto normativo a comandar o pleito de 1994, editando normas mais consentâneas com as práticas de arrecadação de fundos, reconhecendo e regulamentando a captação de recursos no âmbito da esfera privada, de pessoas física e jurídica, de molde a assegurar um determinado equilíbrio à campanha (estabelecimento de limites art. 34), a transparência (visando identificar quem financia quem a obrigatoriedade do recibo previsto no § 5º do art. 36), a lisura e a autenticidade da consulta.

Aprimorou o mecanismo pertinente à introdução de tetos máximos de contribuição e o respectivo controle, inaugurado por ocasião do pleito de 1994,

5. No artigo "*Legalidade, Legitimidade e Corrupção em Campanhas Eleitorais*", (v. Infra) de 1994, registrou a autora estudo elaborado pelo Professor Roberto Aguiar que apontava o elevado custo do voto no Brasil, cerca de \$ 35.00. Em recente levantamento promovido pela revista *Veja* (ed. de 31.07.96), verifica-se uma redução desse valor, sendo orçado o custo médio do voto para prefeito em \$20.00 e para vereador \$ 10.00. O montante de dinheiro que deve circular nas eleições municipais de 1996, na estimativa apresentada, implicará em cerca de 3 bilhões de dólares.

6. O fenômeno corrupção foi objeto de análise no artigo *Legalidade, Legitimidade e Corrupção em Campanhas Eleitorais*, da autora, in *Cadernos Liberais*, ed. Centro de Estudos Políticos e Sociais--CEPS, S.Paulo, Brasil.

abandonando o sistema do "bônus eleitoral" para manter simplesmente a exigência do já aludido *recibo* a ser fornecido pelo candidato ou partido a cada contribuição, documento cuja confecção exige a lei formulário impresso em série própria para cada agremiação, segundo modelo aprovado pela Justiça Eleitoral. (art. 36, § 5º)

Em resumo e para uma melhor visualização do quadro possível de doações em prol das campanhas eleitorais de partidos e candidatos, parece-nos oportuno registrar o seguinte esquema:

***Limites de Doações**

<u>Pessoas Físicas</u>	<u>Pessoas Jurídicas</u>
10% da renda de 1995 ou 70 mil UFIR (R\$ 61.929,00 em 1º.07.96) - o que for maior	1% da receita operacional bruta de 1995 ou 300 mil UFIR (R\$ 265.410,00 em 1º.07.96) o que for maior.
200 UFIR (R\$176,94 em 1º.07.96), quantia não-sujeita à contabilização, que poderá ser dispendida por qualquer cidadão em apoio do candidato de sua preferência.	Em relação a todos os candidatos de determinada circunscrição 2% da receita de impostos arrecadados pelo Município em 1995, acrescida das transferências constitucionais.

****Limites de Recursos do Próprio Candidato***

→ limite máximo estabelecido para despesas pelo partido ou coligação (art. 36, § 1º, II)

****Vedações***

→ utilização de serviços gráficos custeados pelas Casas Legislativas, na hipótese de candidato detentor de mandato eletivo. (art. 40)

→ doações de entidades estrangeiras, Administração Pública Direta e Indireta, concessionários e permissionários de serviço público, pessoas jurídicas ou físicas que mantenham contrato de obra ou serviço com o Poder Público, entidades declaradas de utilidade pública, entidades de classe ou sindical, pessoa jurídica, sem fins lucrativos, que receba recursos do exterior. (art. 37)

→doações por intermédio de: confecção de material impresso de qualquer natureza; propaganda e publicidade, direta ou indireta, por qualquer meio; aluguel de locais para a promoção de atos de campanha; despesas com transporte ou deslocamento de pessoal a serviço das candidaturas; correspondência e despesas postais; instalação e funcionamento de comitês; montagem e operação de carros de som, de propaganda; confecção, aquisição e distribuição de camisetas, chaveiros e outros brindes; realização de pesquisas ou testes pré-eleitorais; aluguel de bens particulares para veiculação de propaganda eleitoral (art. 38) - *tudo isto quando sua verificação ocorrer sem o registro da contribuição na forma regulamentar e se afigurar de valor superior a 200 UFIR.*

*Requisitos Formais

→o recibo, na forma preconizada no § 5º do art. 36; excetuada a hipótese autorizada por força do art. 39;

→prestação de contas, na forma dos arts. 41 e seguintes.

→balancetes mensais (§ 3º do art. 32 Lei n. 9.096/95)

*Instrumentos de Arrecadação

O dilema atinente ao levantamento de fundos de campanha, que os americanos reduzem à clássica expressão *raising the money*, impõe a utilização de modernas técnicas promocionais direcionadas, ao lado do fundo partidário⁷ e das doações, a incrementar as possibilidades arrecadatórias, tema amplamente discutido no "Finanças Partidárias" publicado em 1983⁸ e que, a título ilustrativo, aponta, dentre outras, as modalidades infra-arroladas:

→mala direta;

→*fund-rising dinners, brekfast, lunches* e os atuais *brunches*;

→venda de adesivos, camisetas, bottons, etc.;

→publicações (venda avulsa ou por assinatura).

7. Segundo noticiado pelos jornais *O Estado de S. Paulo* e *Jornal da Tarde* (ed. de 23.07.96), os partidos serão contemplados com cerca de R\$ 33 milhões, o maior repasse já realizado pelo Tesouro Nacional, montante a ser repartido entre todos os partidos, sendo os maiores privilegiados os que contam com bancadas mais numerosas junto à Câmara dos Deputados. Notícia-se, ainda, projeto de lei em tramitação, aumentando ainda mais a verba destinada ao Fundo Partidário, sendo proposto um valor aproximado de R\$ 500 milhões para partilha entre as agremiações.

8. *Finanças Partidárias*, Monica Herman Salem Caggiano, Brasília, Sen.Federal-Centro Gráfico, 1983.

5.- Da propaganda eleitoral

A temática pertinente à veiculação publicitária vem disciplinada pelo diploma que comanda o pleito de 1996 em capítulo à parte (arts. 50 e seguintes), texto complementado pela Instrução n. 11, editada pela Superior Corte Eleitoral, quadro normativo norteado pelo princípio alojado no art. 237 do Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65).

Em princípio, o legislador manteve o tratamento clássico, acompanhando de perto a linha adotada por ocasião das duas últimas consultas eletivas, de tom mais aberto e benevolente. Alguns itens impõem, contudo, uma atenção especial, em razão da eterna polêmica que suscitam. Dedicaremos, pois, maior atenção às modalidades permitidas, às vedações e a algumas hipóteses de maior teor nevrálgico.

**Modalidades Permitidas*

Após a escolha em convenção,⁹ a partidos e candidatos é permitida a realização de propaganda, frisando o legislador a inviabilidade de cerceamento do *marketing* político-eleitoral por força de legislação municipal ou estadual.

Os veículos de divulgação albergam:

→ *fixação de faixas, placas, cartazes, pinturas, inscrições ou murais* de qualquer dimensão em bens particulares,

→ *alto-falantes e amplificadores de voz*, das 14 às 22 horas, instalados nas suas sedes e em veículos de partidos, candidatos ou coligações, sempre a pelo menos 200 m de distância das sedes dos Poderes e estabelecimentos enumerados no parágrafo único do art. 244 do Código Eleitoral, a exemplo de hospitais, bibliotecas, igrejas, teatros ou quartéis. (art. 53, § 4º, Lei n. 9.100/95),

→ *distribuição de folhetos, volantes e outros impressos (panfletagem)* em vias e logradouros públicos;

✦paradoxal e inconstitucional nos parece, porém, a liberação ampla e global da panfletagem eleitoral, ignorando-se a legislação municipal, notadamente quando esta tem por escopo preservar a higiene e a estética urbana. A questão já foi suscitada perante o Poder Judiciário, advindo o entendimento de

9. O § 1º, do art. 50 da lei eleitoral em vigor para o pleito de 1996 autoriza aos postulantes a legenda para candidatura a cargo eletivo promoverem suas campanhas uma semana antes da realização da convenção partidária.

que "O Código Eleitoral, prevê em seu art. 248 que ninguém poderá impedir propaganda eleitoral ... e dispõe no artigo seguinte que o direito de propaganda não importa restrição ao Poder de Polícia, quando este deva ser exercido em benefício da ordem pública. Bastante claro também o art. 243 que relaciona casos em que não será tolerada propaganda, entre eles, quando houver prejuízo à higiene e à estética urbana, ou contravenha a postura municipais ou a outra qualquer restrição de direito" (Ac. n. 93.954, DOE 4.11.86). E em outros municípios, a exemplo da cidade de São Paulo, deve haver legislação de limpeza pública que veda a panfletagem nas ruas e logradouros públicos; parece-nos, pois, que tal legislação local - com suas penalidades e sanções - deve prevalecer sob pena de lesar a previsão constitucional de competência reservada e exclusiva do Município (C.F. a.30. I) no que tangenciar o interesse local. E mais, a panfletagem irrestrita, tal qual pretendida pelo legislador eleitoral (art. 52) imporá aos municípios um ônus financeiro demasiadamente pesado (limpeza dos logradouros públicos, desobstrução de bueiros e bocas de lobo, etc.), o que também seria absurdo. Daí o nosso entendimento de que a propaganda por via de panfletagem deve adequar-se às disposições dos textos legais editados no âmbito de cada município.

→ realização de comícios em recinto aberto ou fechado, independentemente de licença da Polícia e no horário compreendido entre 8 e 24 horas. O art. 3º da Lei n. 1.207, de 25 de outubro de 1950, comete à Secretaria Estadual da Segurança Pública a tarefa de fixar, ao começo de cada ano, as praças destinadas à realização de comícios e o art. 53, § 1º da Lei n. 9.100/95 (repetindo regra anterior do art. 245 C.E.) exige apenas mera comunicação à autoridade policial com 24 horas de antecedência, no ensejo de se assegurar uma determinada ordem e tranqüilidade a tais atos de propaganda.

*é interessante notar que a recente lei editada no Município de São Paulo (Lei Municipal n. 12.153, de 29 de julho de 1996), que dispõe sobre a necessidade de prévio aviso às autoridades municipais de trânsito nas hipóteses de manifestações públicas na Av. Paulista, visando assegurar o regular fluxo de tráfego na região, vai produzir reflexos sobre os atos de propaganda política, nessa modalidade, na indicada área. Por mais uma vez, porém, parece-nos oportuno assinalar a impositiva exigência de preservar o Poder de Polícia da autoridade municipal, interpretando a lei eleitoral de forma a não-nulificá-lo, pois, isto seria absurdo.

→ a modalidade conhecida como *outdoor*, que inunda ruas e avenidas no momento pré-eleitoral e que devido a sua larga utilização demandou regulamentação especial. A esse instrumento é dedicado o art. 55 da Lei n. 9.100/95, adotando-se a técnica do sorteio para a distribuição dos locais entre os partidos e rígida fiscalização da Justiça Eleitoral. A distribuição dos locais para a afixação do *outdoor* entre os candidatos de cada partido é tratada como questão *interna corporis* de cada agremiação (§ 7º, art. 55).

→ divulgação na *imprensa escrita*, publicidade paga e que atende ao preceito do art. 54 da Lei n. 9.100/95 que limita a um oitavo de página de jornal-padrão e a um quarto de página de revista ou tablóide a propaganda de partido, candidato ou coligação.

→ o *rádio e a televisão*, sendo assegurado, aos partidos e às coligações, horário gratuito pelo período de 60 dias anterior à antevéspera do pleito, partilhado, principalmente, com base na representação partidária junto à Câmara dos Deputados, nos moldes já configurados às fls. 8 deste trabalho. Na televisão, os partidos, conjuntamente, foram contemplados com uma hora de propaganda e nesse segmento publicitário introduziu, também, o legislador, o esquema das inserções ou *spots* de 30 a 60 segundos, a serem veiculados ao longo da programação diária das emissoras, independentemente do horário reservado à propaganda eleitoral. No rádio, o tempo destinado à publicidade eleitoral partidária é de uma hora e meia. Houve também previsão de dias específicos para a veiculação da propaganda aos cargos dos Legislativos (segundas, terças e quartas) e dias restritos à campanha para prefeito (terças, quintas e sábados). Há vedação expressa, contudo, quanto à publicidade paga ou compra de horário nesses veículos, complementando a produção apresentada no horário gratuito.

→ *debates* - já tradicional entre nós a previsão de debates entre os candidatos, por via de rádio ou televisão, inclusive emissoras de televisão que operem em VHF e UHF. A Lei n. 9.100/95 (arts. 62 e 63) assegurou a todos os candidatos eleições majoritárias e proporcionais - a participação em debates. No que toca aos pleitos majoritários previu duas possibilidades: a primeira, com a presença de todos os candidatos e a segunda, em grupos, devendo, nesta última hipótese, a escolha do dia e da ordem de fala ser feita mediante sorteio, salvo se celebrado acordo diverso entre os candidatos. É de se observar, no entanto, que, já na realização do primeiro debate a envolver apenas um grupo de candidatos a prefeito no Município de São Paulo, a Justiça Eleitoral, por decisão datada de 1º de

julho de 1996, do Juiz da 1ª Zona, garantiu a presença dos demais candidatos dos denominados partidos "nanicos".

No que concerne às candidaturas aos Legislativos Municipais (vereador), o documento preconizou, na organização dos debates, garantia da presença de, pelo menos, três partidos concorrentes. Deixou, porém, à livre escolha do partido a indicação de seus representantes no encontro, entendendo a questão, pois, como de interesse *interna corporis*.

→ *presença de autoridades* faceta de elevado grau de nevrálgia do momento eleitoral, até agora, a questão da participação das autoridades nas produções de *marketing* eleitoral ganhou tratamento mais ameno no cenário dos pleitos municipais de 1996. Por intermédio da regra do art. 61, o legislador assegurou a participação, em apoio aos candidatos, de qualquer cidadão filiado ou não ao partido daqueles, vedando apenas a presença remunerada e a propaganda que possa degradar ou ridicularizar candidatos, ainda que de forma dissimulada. E mais, nessa linha, previu para o segundo turno, onde o reagrupamento partidário é obrigatório, a participação de filiados a partido diferente daquele defendido pelo candidato que pretende apoiar.

A regra, da forma como idealizada pelo legislador, aberta e sem restrições, colidiu frontalmente com posicionamentos já consolidados no âmbito da Justiça Eleitoral, posturas mais restritivas que impediam o apoio claro e expresso das autoridades em prol de seus candidatos. Suscitada a temática perante o E. Tribunal Superior Eleitoral, houve inequívoca remodelação do entendimento anteriormente perfilhado, advindo a Resolução n. 19.608, de 11.06.96, que, alterando a redação do inciso IX do art. 58 da Instrução n. 11 (Res. n. 19.512, de 18.04.96), consagrou a presença das autoridades nos palanques e demais veículos publicitários ao dispor que a tais personalidades somente será vedado "*participar de atos públicos de campanha eleitoral do candidato ou partido político, quando acarrete o comprometimento de recursos públicos*". (DJU 21.06.96)

→ *propaganda em táxis* - a matéria já foi objeto de abordagem, notadamente no tocante ao Município de São Paulo, por ocasião das eleições de 1990,¹⁰ quando se demonstrou a excrescência do Decreto municipal n. 22.252, de 28 de maio de 1986. Isto, de um lado, porque não havia e continua incorrendo qualquer

10. "Eleições 90 e o seu Metabolismo", Monica Herman Salem Caggiano, in *Cadernos Liberais 97-90*, edição do Instituto Tancredo Neves de Estudos Políticos e Sociais, São Paulo, 1990.

vedação expressa na lei eleitoral quanto à exploração de publicidade político-partidária e a afixação de cartazes de candidatos a postos eletivos no interior de táxis e, de outro, porque a Lei municipal n. 9.387, de 21.12.81, autorizativa dessa espécie de propaganda, encarregou a autoridade regulamentadora (o Executivo) tão-só do delineamento das normas técnicas, tipo: dimensões, formato, área de exposição, etc. Não lhe oferece, todavia, qualquer brecha para introdução de impedimentos quanto à matéria a ser veiculada por esse sistema de *marketing*. Evidente, assim, a conotação de *praeter legem* da regulamentação proposta por força do indigitado decreto.

Reflexo imediato da revogação parcial do já assinalado Decreto n. 22.252/86, a manifestação do MM. Juiz da 1ª Zona Eleitoral do Município de São Paulo que, transformando uma representação de vereador do PT em consulta, resolveu respondê-la (proc. n. 028/96 1ª Zona Eleitoral). Reconhecendo a inviabilidade de discutir o decreto revocatório municipal nessa sede, traçou, porém, orientação no sentido de que questionado ato de propaganda viria a ser proibido por força da regra do art. 51 da Lei n. 9.100/95.

Ora, é de se notar que assinalado preceito, como aliás é frisado nessa r. decisão, impede propaganda em "*bens cujo uso dependa de cessão, permissão ou concessão do Poder Público*"; o serviço de táxi não se enquadra em qualquer dessas hipóteses legais. É um bem particular que detém mera licença para operar no âmbito do transporte individual de passageiros. E não há como ignorar que as disposições legais restritivas, uma característica indissociável da norma eleitoral, devem ser interpretadas de forma estrita, restando vedado qualquer exercício de hermenêutica de maior elasticidade. Em especial, a produção e o exercício da propaganda eleitoral, meio de divulgação e veiculação dos personagens que postulam cargos eletivos, não pode sofrer processos de engrandamento e intimidação, totalmente destoantes da perspectiva participativa própria do período pré-eleitoral. Este, em verdade, pressupõe uma exacerbação do exercício do direito, constitucionalmente consagrado e tutelado, de livre e ampla manifestação e exteriorização do pensamento tudo em homenagem e atendimento do cânone democrático conhecido como *free and fair elections*.¹¹

11. O problema a envolver a questão publicitária em terreno eleitoral toca de perto a discussão pertinente à liberdade de manifestação do pensamento tanto em relação ao eleitor quanto do prisma do candidato. O tema foi objeto de amplo debate no cenário norte-americano logo após a revisão legal procedida em 1974 e que introduziu um esquema mais rígido de controle sobre o provisionamento das atividades partidárias. Memorável a decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso "Buckley X Valeo" (30.07.76), eliminando grande parte dessas restrições sob a argumentação de

Fato é que não há na legislação em vigor qualquer regra expressa inibidora dessa espécie publicitária, o que, a nosso ver, impõe a revisão do posicionamento adotado em primeiro grau por parte da Justiça Eleitoral.

→ *circuito fechado de som e imagem a que o público tenha acesso e vídeos* desde que a publicidade produzida (em salas de cinema ou espetáculos teatrais ou, ainda, por via de vídeos locados) venha a ser paga e devidamente contabilizada pelo partido, coligação ou candidato, não há qualquer óbice legal à veiculação.

*Vedações

→ *material publicitário produzido pelos serviços gráficos das Casas Legislativas*, beneficiando candidato detentor de mandato parlamentar (art. 40, Lei n. 9.100/95).

→ *propaganda em bens cujo uso dependa de cessão, permissão ou concessão do Poder Público* ou em bens públicos, englobando tal proibição as pichações, as inscrições, afixação de cartazes ou qualquer outra veiculação publicitária.

→ *a partir de 1º.07.96 a veiculação, por emissoras e ainda que no curso de sua programação normal, de entrevistas jornalísticas com candidatos, de pesquisas ou consultas de natureza eleitoral em que seja possível a manipulação de dados; a utilização de trucagem, montagem ou outro recurso de vídeo ou áudio de forma a ridicularizar ou degradar partido, candidato ou coligação; difundir opinião favorável ou contrária a partido, candidato ou coligação; oferecer tratamento privilegiado a candidatos, partidos ou coligações; quaisquer alusões, na sua programação cotidiana - novelas, minisséries, etc. a partido, candidato ou coligação* (art. 64, Lei n. 9.100/95).

→ *a partir de 02.08.96 transmitir programa apresentado ou comentado por candidato* ou divulgar nome de programa, ainda que preexistente, se coincidente com variação nominal adotada por candidato (art. 64, § 3º).

que tal linha vedativa implicava uma ofensa à Emenda n. 1 do Estatuto Fundamental, por conduzir a restrições quanto à liberdade de expressão, posto que importaria em limitações quanto à profundidade dos debates, temas a serem debatidos e em limitação quanto à amplitude da audiência a ser alcançada . (in "Electing Congress", abril de 1978, p. 110)

→qualquer ato de propaganda, de valor superior a 200 UFIR e que não tenha sido objeto de correta contabilização por parte do partido ou candidato (art. 38 CC art. 39 - Lei n. 9.100/95).

**Pesquisas Eleitorais*

Clássica a postura refratária do legislador no que concerne à divulgação de prévias ou pesquisas eleitorais, sempre encarando esse meio informativo como de alto risco para a lisura e sinceridade do resultado eleitoral, por rotulá-lo como de elevado potencial de ingerência na exteriorização da vontade política do eleitor. Já em 1987 (*Sistemas Eleitorais e Representação Política*),¹² contudo, demonstramos a reduzida capacidade de aliciamento eleitoral desse instrumento, refletindo sua proibição um significativo prejuízo e, até mesmo, infringência ao direito de informação a todo assegurado.

O texto normativo a comandar o pleito de 1996 contemplou o segmento com um tratamento mais adequado, afastando-se da linha vedativa para autorizar sua produção; porém, sob rígido sistema de controle. Ao tema, a lei atual dedica capítulo à parte, arts. 48 e 49, dispositivos que, por intermédio de seus múltiplos incisos e parágrafos, oferecem à matéria uma regulamentação que visa impedir a manipulação de dados e a transmissão de informações tendenciosas ao eleitorado.

Começa a lei por introduzir um termo inicial de incidência, 02.04.96, data a partir da qual quaisquer pesquisas de opinião pública relativas às eleições ou aos candidatos passam a se subordinar à regência de um sistema de controle norteado pelos princípios da informação - quem contratou a pesquisa, valor e origem dos recursos financeiros, metodologia, margem de erro, etc. - e da ciência e possibilidade de impugnação pelos interessados. A vedação persiste, nos novos moldes, tão-só, em relação às pesquisas não-registradas junto à Justiça Eleitoral, que, portanto, deixaram de atender ao procedimento de fiscalização imposto e em relação às denominadas sondagens de "boca de urna". Estas últimas inviabilizadas em razão da impossibilidade do atendimento do prazo de carência registro junto à Justiça Eleitoral *cinco dias antes da sua divulgação*.

12. Monica Herman Salem Caggiano, *Sistemas Eleitorais X Representação Política*, Brasília, Senado Federal, 1990.

6.- Do direito de resposta

Segmento eleitoral sobre o qual o legislador vem se debruçando de forma particular, introduzindo tópicos de flagrante aprimoramento, o quadro atinente ao direito de resposta foi merecedor de tratamento específico no âmbito do documento legal editado em 1995, (art. 66, com seus 12 parágrafos, sendo os três primeiros integrados por um expressivo rol de incisos), denotando uma acentuada preocupação com o delineamento de um procedimento célere e eficaz a coibir ou, ao menos, apto a corrigir e remediar situações que se afigurem ofensivas a candidatos, partidos, coligações, por via da transmissão de imagens ou afirmações caluniosas, difamatórias, injuriosas ou sabidamente inverídicas.

Nessa perspectiva, é de se notar, inicialmente, que o texto cuidou em separado das hipóteses de ofensa por intermédio da imprensa escrita, por via audiovisual (rádio e televisão), programação normal e horário gratuito. E mais, estabeleceu exíguos prazos para as partes, como também para o próprio Juiz, robustecendo, inclusive, as partes, por contemplá-las com a faculdade de, *em não sendo proferida a decisão nos prazos fixados, se dirigirem aos órgãos superiores da Justiça Eleitoral, na busca do provimento jurisdicional* (art. 66, § 12 CC com art. 65, § 6º). E mais, puniu o não-cumprimento da ordem com sanção pecuniária (§ 11, art. 66), a par de reforçar sua tipificação como crime eleitoral, ao qual é acoplada a pena de detenção de 3 meses a 1 ano. (art. 347, C.E.)

Demais disso, preconizou determinadas condições - de forma e de fundo para o exercício dessa prerrogativa, acoplando-lhe um procedimento rápido, preordenado ao atingimento concreto da finalidade do próprio instituto.

**Ofensa praticada pela imprensa escrita:*

→ *condições de fundo:*

⇒ legitimidade (competência) -
partido, candidato ou coligação.

✦embora o diploma legal mencione como titulares do direito de resposta apenas partidos, candidatos ou coligações (elenco ao qual a Resolução editada pelo TSE acrescentou também a figura do eleitor), parece-nos evidente que tal prerrogativa se estende a todo e qualquer ente que venha a ser alvo da ofensa de cunho eleitoral, restando a esse, também, facultado o procedimento previsto

para o reparo moral, finalidade precípua desse instituto. Este entendimento decorre, de forma natural, até, do próprio preceito assecuratório consagrado no art. 5º, V da Constituição Federal (direito de resposta), reafirmado em sede eleitoral por força do respectivo Código (Lei n. 4.737/65), no art. 243, § 3º.

⇒ hipóteses admissíveis:

calúnia, difamação, injúria ou afirmação sabidamente inverídica.

→ condições de forma:

⇒ instrução do pedido: exemplar da publicação e o texto da resposta.

⇒ prazo de defesa: 48 horas

⇒ prazo global para a instrução e julgamento: três dias contados da data da formulação do pedido.

⇒ ônus da prova relativa à adequada veiculação da resposta: ofensor.

⇒ prazo de recurso: 48 horas da publicação, previsto igual prazo para o oferecimento de contra-razões.

**Ofensa praticada por intermédio de emissoras de rádio e televisão/programação normal*

→ condições de fundo: idênticas à hipótese anterior.

→ condições de forma:

⇒ instrução do pedido: não há necessidade da exibição do material ofensivo. A Justiça Eleitoral notificará o responsável pela emissora para que entregue em 24 horas cópia da fita da transmissão.

⇒ prazo de defesa: não há; presume-se que eventual defesa deverá ser produzida juntamente com a apresentação do material de prova requisitado.

⇒ prazo global para instrução e julgamento: 72 horas.

⇒ prazo de recurso: 48 horas tratamento idêntico à hipótese anterior.

**Ofensa praticada por intermédio de emissoras de rádio e televisão/ horário gratuito.*

→ condições de fundo: idênticas.

→ condições de forma:

⇒ apresentação do pedido: 24 horas do término da transmissão.

- ⇒ instrução do pedido: não há necessidade de exibição do material ofensivo.
- ⇒ prazo para notificação do ofensor para a defesa: 24 horas.
- ⇒ prazo para a defesa: 24 horas.
- ⇒ prazo global para a instrução e julgamento: 72 horas.
- ⇒ tempo de resposta: nunca inferior a um minuto.
- ⇒ prazo de recurso: 48 horas.

7.- Das representações e reclamações

A par do direito de resposta e no mesmo sentido de preservação da moralidade, da ética e do espírito cívico que devem emoldurar o momento pré-eleitoral, o legislador disciplinou a via das representações e das reclamações denunciadoras do não-cumprimento da legislação e causas de eventual ruptura do equilíbrio de atuação que deve ser assegurado a todas as facções que ingressam na corrida pelo voto.

Nesse sentido a abrangente regra do art. 65 da Lei n. 9.100/95, que, em moldes similares aos prescritos no que toca ao direito de resposta, vem delinear um procedimento célere, fixando os seguintes requisitos:

→ condições de fundo:

- ⇒ legitimidade (competência): qualquer eleitor, candidato, partido, fiscal, delegado.
- ⇒ hipótese de admissão: denúncia de irregularidade nos quadros da publicidade eleitoral ou qualquer outra atuação que venha a lesar os dispositivos da legislação de regência das eleições de 1996.

→ condições de forma:

- ⇒ apresentação da reclamação ou representação, afigurando-se oportuna e recomendável a adequada instrução do documento; não é contudo impositivo o oferecimento de provas.
- ⇒ notificação imediata do reclamado

✧em sendo candidato, a notificação poderá ser feita ao partido ou coligação a que pertença.

⇒ prazo para defesa: 24 horas.

⇒ prazo global para decisão: 72 horas.

⇒ prazo para recurso: 24 horas, sendo autorizadas contra-razões em igual prazo.

⇒ prazo para julgamento em segundo grau: 24 horas.

*na hipótese de inobservância dos prazos por parte da Justiça Eleitoral, faculta-se às partes conduzirem a questão à apreciação dos Tribunais Superiores. (§ 6º, art. 65)

8. Do dia da eleição

Por tradição e considerando que o eleitor necessita de algumas horas de reflexão para a emissão de um voto consciente, bem como em homenagem à garantia da livre expressão das preferências políticas, a lei eleitoral veda "*desde quarenta e oito horas antes até vinte e quatro horas depois da eleição, qualquer propaganda política mediante radiodifusão, televisão, comícios ou reuniões públicas*" (parágrafo único, art. 240 C.E.). A par disso, à semelhança da legislação alienígena (exemplo francês e norte-americano), que dedica especial tratamento ao dia das eleições, por intermédio de legislação especial, editada a cada pleito, tem procurado definir normas que assegurem e complementem a eficácia desse princípio, erigindo o desatendimento a figuras penais, além das cominações de ordem pecuniária que são impostas. Em regra, busca-se o atingimento e a eficácia das garantias eleitorais, direcionadas a viabilizar a autêntica, livre e soberana manifestação da vontade por parte de cada um dos eleitores, isto por intermédio de precauções com a identificação do votante, com o seu isolamento, a proteção da cédula e a urna.

O texto legal elaborado para regulamentar o quadro eleitoral de 1996 não se afastou dessa regra. Foi mais rígido até, impedindo em quaisquer lugares e não apenas nas proximidades das seções eleitorais - a distribuição de volantes e outros impressos, o funcionamento de postos de distribuição de material publicitário e outros atos de propaganda. Contemplou, ainda, vedação expressa a "*qualquer forma de aliciamento ou coação tendente a influir na vontade do eleitor*". E mais, tipificou o não-cumprimento dessas determinações como crime eleitoral, acoplando

à primeira dessas hipóteses sanção pecuniária (multa) e à segunda a pena de detenção de 1 a 3 meses. (art. 67, IX e X)

Atenuando os efeitos da drástica restrição contida no inciso IX, art. 67, da lei, a Instrução de n. 11 (Propaganda) baixada pelo E. Tribunal Superior Eleitoral explicitou que resta vedado, durante o dia da votação, "*em qualquer local público ou aberto ao público, a aglomeração de pessoas, portando os instrumentos de propaganda (inscrições no vestuário, bandeiras, flâmulas ou adesivos em veículos), de modo a caracterizar manifestação coletiva ...*". Autorizou, porém, "*a manifestação individual e silenciosa da preferência do cidadão por partido, coligação ou candidato, ...*", utilizando tais meios. (art. 57, *caput* e § 1º). Evidenciou, ademais, *que os fiscais, no decurso da votação, poderão portar nas suas vestes o nome ou a sigla do respectivo partido ou coligação.* (art. 57, § 3º)

O dia da eleição, como já assinalado, engloba outras garantias, a par das atinentes à questão publicitária, tudo no sentido de prestigiar o cânone maior, insculpido no art. 234 do Código Eleitoral que dispõe: "*ninguém poderá impedir ou embarçar o exercício do sufrágio*". Nesse diapasão, a regra inibidora da prisão ou detenção de eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou ainda, por desrespeito a salvo-conduto isto desde cinco dias antes e até 48 horas depois do encerramento da eleição. (art. 236, *caput* - C.E.) Nessa linha, também, o impedimento quanto à prisão dos membros das Mesas-Receptoras e dos fiscais dos partidos ou coligações, no exercício de suas funções. (art. 236, § 2º C.E.) E, ainda, nesse sentido, a proibição relativa à presença de força pública no edifício em que funcionar Mesa-Receptora ou nas imediações. Aliás, como garantia da liberdade do voto, no período compreendido entre as 72 horas que antecederem a realização do pleito e as 48 horas imediatamente posteriores, desloca-se o poder policial para a autoridade eleitoral (art. 235, C.E.).

Ressuscitando precaução abandonada pela Justiça Eleitoral, de identificar o eleitor por fotografia, porquanto há tempos já o título de eleitor não traz esse dado,¹³ a lei atual impôs, por via do seu art. 75, a apresentação conjunta do respectivo título e de um documento oficial do qual conste a fotografia daquele, introduzindo sérios óbices à exteriorização da vontade política pelo voto. Isto porque uma grande maioria dos eleitores dos municípios do interior não possuem esse

13. A Lei n. 7.444/85, art. 5º, § 4º, CC com art. 1º § único, dispensa de fotografias no processamento eletrônico do alistamento.

documento, para muitos afigurando-se suficiente o título eleitoral para o exercício da cidadania. Dúvidas não restam de que a exigência suplementar do texto regulamentador incidente sobre os pleitos de 1996 afigura-se meritória, decorrente da preocupação a cercar a correta identificação do eleitor; afigura-se, porém, inconstitucional por exigir dupla identificação para o exercício do direito de sufrágio, limitando-o e ignorando o único requisito insculpido no Estatuto Fundamental, ou seja o alistamento. E este é comprovado tão-só pela apresentação do título de eleitor; exigir mais significa um retrocesso, podendo-se, nessa trilha, chegar até ao sufrágio censitário, o que seria absurdo.

Outro tópico a demandar especial enfoque é o relativo à atuação dos fiscais e delegados dos partidos, em plena atividade no dia da eleição. Cada partido ou coligação poderá nomear dois delegados em cada município naqueles que contem com mais de uma Zona Eleitoral, dois delegados junto a cada uma delas e dois fiscais junto a cada Mesa-Receptora, sendo que estes atuarão um de cada vez. O credenciamento dessas figuras é atribuição das agremiações ou coligações, exigindo-se apenas a indicação, aos Juízes Eleitorais, do nome das pessoas autorizadas a expedir a credenciais dos fiscais e dos delegados.

Compete aos fiscais e delegados, conjuntamente com os candidatos, fiscalizar a votação e a apuração, formular protestos e fazer impugnações, inclusive sobre a identidade do eleitor, vigiar e fiscalizar a urna, bem como todo o material referente à eleição. Aliás, acentuada é a responsabilidade desses personagens, na medida em que, em sede eleitoral, salvo raras exceções, a ausência de impugnação no momento oportuno, torna a matéria preclusa, inviabilizada restando a via judicial para a discussão da eventual irregularidade.

9.- Da apuração/ Da validade do voto

Cuida-se aqui do momento de contagem dos votos, matéria objeto de remodelação legal em 1990, quando se optou por uma linha de privilegiamento do candidato, em detrimento do partido, reforçando-se a postura de priorização do nome do candidato como indicativo da expressão da vontade eleitoral e desprezando-se a indicação por número. No âmbito do processo convencional de votação - não eletrônico - há regras claras a distinguir os votos nulos, i.é. aqueles que não estampam qualquer exteriorização da vontade eleitoral (são absolutamente vazios, sem conteúdo) daqueles que, embora defeituosos, oferecem possibilidades

de apreensão da efetiva e verdadeira preferência eleitoral por seu intermédio expressada. Assim, alguns equívocos acabaram sendo perdoados, desde que decifrável a opção eleitoral, com respaldo nas regras interpretativas dos arts. 176 e 177 do Código (Lei n. 4.737/65).

Dúvidas, no entanto, emergem quanto ao tratamento da vontade eleitoral no âmbito do novo sistema eletrônico de votação e apuração. Neste caso será a própria máquina, de acordo com alimentação padronizada, a decidir se este ou aquele voto poderá ser considerado válido. O eleitor estará trabalhando com números - e muitos nos pleitos proporcionais, para vereador -. o nome não mais terá o peso que tem na votação e apuração pela técnica tradicional.

O processo eletrônico constitui, não há dúvida, um avanço; uma conformização aos tempos contemporâneos dominados pela informática, da qual, parece-me, não há como se esconder. Evidente, contudo, que a máquina não poderá expressar com a mesma fidelidade a vontade do eleitor, será incapaz de qualquer esforço interpretativo da opção eleitoral; e mais que isso será incapaz de espelhar resultados de protesto, a exemplo do "voto cacareco" que integra o nosso folclore eleitoral.

De forma geral, contudo, poderíamos nos permitir elaborar o seguinte quadro esquemático, ilustrativo das hipótese de validade ou invalidade do voto:

<i>Eleições Majoritárias</i>		<i>Eleições Proporcionais</i>		
Voto Nulo	Voto Válido	Voto Nulo	Voto Válido p/a Legenda	Voto válido p/ o candidato
Voto em branco. Voto conferido em cédula não-oficial, em cédula não-autenticada, ou que contiver expressões ou símbolos que possam identificar o voto.	Voto que identifique a vontade política do eleitor. O voto que indicar apenas a sigla partidária, o número de registro ou, ainda, expresso na parte da cédula destinada à eleição proporcional.	Voto conferido em cédula não-oficial, ou fora do procedimento adotado.	Voto em branco. Voto que registrar a sigla partidária; que registrar dois ou mais candidatos do mesmo partido; que não indique o candidato com clareza necessária para distinguí-lo de outro do mesmo partido.	Voto que registre o nome de um candidato e o número de outro; que indique nome de candidato ou seu número e a sigla de outro partido.

**O voto em branco é considerado válido e aproveitado nos pleitos proporcionais. É computado para a fixação do quociente eleitoral e acaba beneficiando, na distribuição das cadeiras, o partido de maior densidade eleitoral no momento, i.é., aquele que consegue o maior número de assentos.*

São Paulo, julho de 1996.

TRABALHOS ACADÊMICOS

SAGGIO SULLA FILOSOFIA ESTETICA: APPUNTAMENTI SEMIOTICI SULLA REALTÀ ESTETICA

Eduardo Carlos Bianca Bittar

Aluno do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da USP

Sumario:

La pluralità e la complexità del capolavoro artistico chiedono un'analisi che non sia ridotta ai punti di vista teorici più tradizionali. Tutta la struttura dell'opera estetica indica la necessità di vedere i fenomeni estetici come fenomeni semiotici, il cui si trova nell'interno delle considerazioni culturalistiche più ampie. Così, filosofia estetica e semiotica hanno diversi punti di collegamento a essere scoperti, lavoro che può essere cominciato con la ricerca sui segni estetici.

Abstract:

The plurality and the complexity of artistic masterpieces demand an analysis that can not be reduced to the most traditional theoretic points of view. All the structure of aesthetic works creates the need for aesthetic phenomena to be seen as semiotic phenomena, within the borders of deeper cultural remarks. Therefore, aesthetic philosophy and semiotics have many linking points yet to be found. The study of aesthetic signs could be the starting point of this research.

Unitermos: Filosofia estética e semiótica.

Sumario

1. Artificio umano e natura
2. La formazione dell'opera estetica
3. La estetica ed i segni estetici
4. Aspetti interpretativi dell'opera estetica

Bibliografia

1. Artificio umano e natura

La scoperta di segni estetici nel centro della vita sociale è propriamente l'azione di definire le ragioni di esistenza della comunicazione in tutte le manifestazioni culturali umane. Non si esclude mai l'interpretazione dei fenomeni culturali come produttivi di segni¹ -- essendo che questi sono doppiamente convenzionali, tanto come *significanti*, quanto come *significati*, dal punto di vista della relazione intrinseca che questi due elementi hanno --, che dimostrano l'intervento della ragione sulla natura, dell'uomo sull'universo naturale. Dunque, c'è propriamente qui una relazione diretta tra le idee di *produzione segnica* e *attività culturale umana*. La cultura è così importante nel seno della vita sociale come fenomeno antropologico, e indica la capacità di intervenire nel piano della naturalità, e non soltanto questo, ma la capacità di perfezionare queste attività, di trasformarle e di trasferirle come legato alle altre generazioni future.² L'idea è proprio quella di un processo che non finisce mai, anzi, si produce e riproduce, generazione dopo generazione, di acquisite in acquisite *ad infinitum*; questo non può essere fermato, ed i suoi risultati non possono essere previsti, data l'impossibilità di prevedersi i risultati delle azioni culturali. Insomma, si può dire non soltanto che la cultura partecipa della nozione di sociabilità e di manifestazione comunicativa, ma che essa scioglie nel insieme delle manifestazioni umane.

Ci vuole precisare queste nozioni che stabiliscono le strutture basiche di una teoria antroposemiotica, apparsi dei fenomeni zoosemiotici determinabili nei termini degli *indici* o dei *segni naturali*,³ anzitutto nel senso che l'intenzione è presente per la caratterizzazione della fenomenica segnica come centro dell'attività di produzione dei segni. Non necessariamente intenzione di comunicare, però intenzione convenzionale di esprimersi. Quest'idea di *convenzionalità* è ammessa come differenza centripeta perché sia possibile stabilire le differenze tra le relazioni segnanali animali e quelle umane; l'uomo può esprimersi attraverso codici collegati ai

1. Nel contesto di questo saggio la parola *segno* verrà utilizzata nel senso che gli attribuisce Peirce: "Un segno, *orepresentamen*, è qualcosa che, su certo aspetto o certo modo, rappresenta qualcosa a qualcuno

2. Cfr. Umberto Eco, *Struttura assente*, 1989, p. 15.

3. La terminologia viene dall'utilizzazione fatta da Eco nell'opera *Il segno*.

fenomeni sociali che soffrono gli influssi dei valori venuti dalla società, e in questo senso, questi influssi sono le cause di trasformazione e perfezionamento del sistema di segni umani. Il dominio umano di un codice, permette anche la costruzione artificiale di nuovi e sempre diversi *significanti* senza nessuna relazione intrinseca con la naturalità o con la empiricità della realtà oggettiva; delle catene significative si stabiliscono a partire delle manipolazioni umane del codice primario di relazione *soggetto cognoscente-realtà oggettiva*. In questo senso, l'uomo è produttore di cultura e di modificazione dei fenomeni naturali, tra i quali si incontrano i fenomeni signfici.

Il fenomeno estetico preso dal punto di vista della teoria dei segni -- la chiamata *semiotica*⁴ dai teorici che studiano i segni e le loro relazione interne ed esterne -- e della prospettiva della culturalità della produzione segnica, intanto si possa parlare veramente di segni (presupposizione di intenzionalità) e non propriamente di indici (l'intenzionalità è assente), permette l'opposizione di due materie distinte teoricamente e che hanno un certo contenuto di relatività e reciprocità scientifica: la *estetica filosofica* e la *semiologia estetica*. Così, per approfondire queste nozione di rami teorici diversi si può introdurre la problematica attraverso le parole di Umberto Eco: "[Se] la estetica è la filosofia che specifica la propria attenzione sui problemi dell'arte e del bello, il campo degli studi estetici supera quello degli interessi semiologici, e una estetica semiologica è *solo una* delle possibilità dell'estetica; ma è certo che ne costituiscono oggi una delle più feconde; mentre la considerazione semiologica può fornire lumi anche a chi affronti i problemi dell'arte da altri punti di vista filosofici (ontologia dell'arte, teoria delle forme, definizione del processo creativo, rapporti tra arte e natura, tra formatività naturale, tra arte e società, eccetera)" (1989: 408).

Partendosi delle indagini primigene verso l'indagine circa le questione di definizione del segno, quello che orienta la ricerca nel senso dell'identificazione dei suoi tipi, senza escludere di quest'analisi la possibilità di tipificazione categoriche circa la natura dei segni ed i topici centrali i quali si riferiscono alla struttura dei fenomeni segnaletici. Così, dal principio, si può costruire il discorso sui segni, nel senso in cui si ha precisato la questione, stabilendo le prime nozione introdotte da Peirce come punto di partita di tutti i tipi di ragionamenti circa la

4. Il termine *semiotica* appartiene propriamente a una vertente caratteristica che viene da Locke, e ripresa da Peirce, e ha l'amplitudine della ricerca totale circa i fenomeni segnifici.

problematica segnico-culturale. Queste posture peirceane non lasciano di rappresentare una presa di posizione tendente a escludere la limitazione di un discorso che stabilisca la limitazione dell'analisi dei diversi tipi di segni a quell'analisi del segno esclusivamente linguistico.⁵ L'analisi esclusivamente di carattere linguistico dimostra la capacità di vedere soltanto uno degli spazi di produzione segniche dentro l'universo di implicazioni dei fenomeni segnici; quest'ultima teoria dei segni linguistici è la scienza a cui si riferisce Saussure.⁶ Ma la fenomenica non si incontra ristretta ai punti linguistici di riferimento, perché trascende queste possibilità ristrette, ed anche restrittive di stabilire significati e di trasmettere messaggi comunicativi, quantunque i segni linguistici siano veramente i più importanti dei veicoli del pensiero umano, attraverso i quali si possano interagire tutti gli uomini nell'espressività dei suoi pensieri.

La galassia della produzione segnica, non potendo essere ridotta alle considerazioni linguistiche, introduce la necessità di verifica delle prospettive in cui si può identificare la manifestazione culturale che interessa alla *semiologia*, o più propriamente alla *semiotica*.⁷ In fatto, i soggetti umani sono capaci di produrre dei segni, nel senso in cui stabiliscono codici di riferimento tra se stessi con la possibilità di trasmettere messaggi comunicativi veramente intenzionati, messaggi essi che sono presi dal ricevitore che procede alla decodifica di tutta la struttura segnica comune ai parlanti -- ai praticanti del sistema di segni. Ma, non è soltanto l'intenzionalità che muove i processi comunicativi -- e qui si possono costruire considerazioni diverse circa i processi cognitivi e la relazione dell'uomo con la natura --, perché si possono risaltare relazioni di senso, di contenuto semantico, anche senza avere intenzionalità negli atti praticati dagli uomini. Questi due universi distinti corrispondono

5. Il concetto peirceano di segno è più ampio di tutti gli altri concetti nel senso in cui può componersi di tutte le manifestazioni che abbiano la caratteristica della *sostituibilità*. Tutte queste considerazioni si distaccano dalla sua definizione, quale sia: "Un segno, o *representamen*, è qualcosa che, su un certo aspetto o un certo modo, rappresenta qualcosa per qualcuno".

6. Per vedersi le differenze tra un concetto di semiotica e di semiologia, come rami che discendono di teorie segnaletiche diverse che oniscono Locke e Peirce a Saussure, consultarsi le note circa del problema in Eco, 1989: 383.

7. Qui facciamo le differenze tra *semiologia* e *semiotica*, nel senso in cui la prima sarebbe la scienza che studierebbe i segni linguistici, teoria saussuriana, intanto la seconda sarebbe la scienza che studierebbe la pluralità di tutti i segni, e non soltanto quelli linguistici, essendo questa la vertente peirceana di interpretazione dei fenomeni segnici.

propriamente a quelli universi peirceani circoscritti in sfere diverse di attuazione, l'universo dei segni e l'universo degli indici.⁸

Circa la definizione degli indici, la natura, nella sua oggettività, al di là dell'universo dell'artificio umano, è anche un centro di produzione di messaggi indiziali, nel senso in cui la decodifica dei fenomeni, oggetti, processi ed anche degli altri riflessi dell'attuazione delle leggi naturali, porta l'osservatore a ritenere elementi per la costituzione di messaggi significanti, senza potersi parlare di intenzionalità del messaggio. I codici naturali, o più propriamente la visione umana della fenomenica naturale, è importante in questo punto nel momento in cui si può distinguere la realtà intanto oggettività e la realtà intanto conosciuta dall'uomo. Gli indici sono stratti dal suo contesto naturale per comporre tutto un insieme di decodifiche proprie alle quale l'uomo attribuisce significati propri. In questo senso, il processo di conoscenza si inizia con la percezione dei fenomeni naturali, intanto tali, con tutta la visualità che gli è immanente, partendo, dopo, per lo stabilimento di relazioni che permettono i tipi di ragionamenti scientifici diversi, tra i quali, la deduzione, l'induzione, l'abduzione e l'analogia.⁹ Con questi ragionamenti, e partendosi dalla referenza necessaria della natura, sopra gli indici, si costruisce una sfera propria della cultura umana che si riferisce all'espressione dei sentimenti e alla creazione dello spirito umano che non può essere dissociata di tutti i suoi momenti di origine e di tutto l'insieme di considerazioni circa la manifestazione naturale indiziale. L'esteticità culturale umana, dunque, partendo degli indici, costruisce tutta la struttura dei segni estetici, nel senso in cui, non soltanto come *mimesis*, ma come risultato di un processo di conoscenza umano, l'uomo è capace di costruire gli universi della sua saggezza sopra la dialettica esistente tra la *decodificazione degli indici* e la *codificazione dei segni*.¹⁰ Tra questi segni codificati, emergono principalmente quelli chiamati *visivi*.

8. Per la concettuazione di segni ed indici nella teoria peirceana, si può ritenere la relazione esistente tra gli indici e gli altri due elementi della tripartizione dei segni in rapporto all'oggetto, il simbolo e l'icona.

9. Questo appartiene propriamente a una teoria del conoscenza che fa la ricerca dei processi di comprensione e di lavoro mentale sui dati della realtà.

10. Questa dialettica appartiene alla struttura umana di formazione della cultura; questo processo di ricostruzione razionale della natura e il passaggio delle strutture degli *indici* ai *segni* è propriamente quello che si può risalire come importante per la ricerca della genetica dei segni.

2. La formazione dell'opera estetica

Dal mondo della naturalità al mondo dall'artificialità della cultura umana c'è proprio questa fase di trasporto degli elementi della natura per quelli altri del pensiero. La noeticità della conoscenza ed i suoi risultati trasformativi nel operare l'oggettività costituisce propriamente lo spazio del costruire umano, della produzione costruttivo-trasformativa della ragione umana. La pittura, per esempio, intanto insieme di relazioni di colori, sistema di riferimento che ha un codice proprio, un canale proprio, un messaggio pittorico, è la tipica manifestazione del processo di separazione, individuazione e raccolta di fenomeni naturali visivi, per la composizione di un *testo semiotico*.¹¹ Tutte queste referenze non possono, dunque, essere dimenticate quando si procede all'identificazione della comunicazione tra le diverse forme di manifestazione artistiche ed estetiche umane.

Ma, queste considerazioni non sono state fatte senza un motivo centrale, motivo questo che consente osservare la problematica estetica con l'aiuto di premesse varie, tra le quali, quelle di carattere semiotico. In questo senso la domanda a essere fatta è la seguente: quando si può considerare un messaggio come una costruzione estetica?¹² Per rispondere al questionamento furono presentati tantissime risposte, ed anche tantissime scelte ideologiche e filosofiche furono utilizzate nel senso di presentarsi una conclusione sulla tematica che è sempre motivo di dibattiti e di contende tra gli intellettuali e i teorici dell'arte e della filosofia estetica. In questo punto bisogna rimettere la questione in termini di analisi comunicazionale, e, in questo senso, si può costruire un modello che si basa sul piano delle funzioni dei messaggi nel insieme delle considerazioni sull'universo concettuale della comunicazione umana. Normalmente, come tipi di messaggi si possono sottolineare i messaggi *referenziali, poetiche o apelative, fatiche, metalinguistiche, imperative ed estetiche*, e attraverso questo modello di partizione di definizione didascalica iniziare un'altra indagine di carattere più specifico sulla manifestazione

11. Per una nozione sul concetto di *testo semiotico* si deve ritenere che tutti i composti di segni che hanno la caratteristica di essere ambigui e semioticamente complessi possono essere chiamati di testi semiotici.

12. "Nell'ambito della terminologia filosofica italiana, quando si parla di estetica, si intende una indagine speculativa sul fenomeno arte in generale, sull'atto umano che lo produce e sulle caratteristiche generalizzabili dell'oggetto prodotto" (Eco, 1993: 185).

estetica.¹³ Nell'ambito di questo saggio, il riferimento principale si farà intorno a quest'ultimo tipo di funzione del messaggio, l'estetico, nonostante sia importante dire che non è possibile vedere questo come un quadro dogmatico, anzi flessibile, davanti alla complessità delle emizioni comunicazionali del quotidiano, che non si utilizzano di un o di altro tipo di funzione, ma si costruiscono dalla coligazione di molti di questi.

La scelta per l'utente delle strutture segniche di comunicazione per trasmettere i suoi desideri, i suoi costrutti teorici, i suoi valori ed altri contenuti intenzionali che rimangono nell'ambito del sottocodice, non è qualcosa di arbitraria; obedisce a tutti i rapporti logici esistenti nella struttura di questo sistema non organizzato, ma organizzabile di un repertorio di segni che *significano* nelle relazioni sociali. *A priori*, l'entropia¹⁴ dei segni del sistema non permette la distribuzione perfetta del repertorio di elementi, siano linguistici, siano plastici, siano musicali, siano pittorici, lavoro che rimane a cura del impegno razionale dell'uomo nella modificazione della attività di plasmare la sua partecipazione nell'insieme di elementi naturali. Il messaggio estetico, non è, in questo senso, una qualsiasi scelta di segni di un sistema di segni, ma una scelta propria per la costituzione di un *sistema individuale di significazione*, a partire del impiego dei segni forniti dalla struttura codificata. Adesso si permette introdurre la nozione che c'è il suo cabimento perfetto in questa parte della discussione: la nozione di *idioletto*, nel senso in cui la parola è ammessa come significante per Umberto Eco. Il riferimento all'idea di *idioletto* come "(...) il codice privato e individuale di un solo parlante (...)" (*Struttura Assente*, 1989: 68), non introduce niente di diverso di quello che si viene dicendo nelle linee di sopra, neanche di quello che il senso comune sa sulla tematica, o sia, che l'utente del sistema di segni, nel momento di costruire un insieme di messaggi significanti non lascia di utilizzare dei suoi attributi di *arbitrarietà* e di *creatività*, di forma a creare la sua stessa forma di utilizzare, diversamente di tutti gli altri, le

13. Queste considerazioni concettuali si riferiscono alla classificazione didascalica della teoria di Jakobson, quello che diventò già una tradizione accettata da tutti come modello teorico sui problemi del messaggio.

14. Per il concetto di *entropia*: "L'informazione misura dunque di equiprobabilità, di distribuzione statistica uniforme che esiste alla fonte; e questo valore statistico è quello che i teorici dell'informazione, desumendolo dalla termodinamica, chiamano *entropia*". E Anche: "L'entropia è altrimenti identificata con uno stato di *disordine*, nel senso in cui l'*ordine* è un sistema di probabilità che si introduce nel sistema per potere prevedere l'andamento" (Eco, *La struttura assente*, 1989: 25/26).

premesse del sistema strutturato di segni. Il risultato è chiaro agli occhi di tutti: il subsistema significante dell'autore è un sistema capace di costruire strumenti particolari di manipolazione della struttura segnica, senza romperla, ma, neanche, senza obedirola; l'astrazione è fatta delle norme del sistema, perché delle nuove sono formate, e esse sono regole individuali, che hanno un alto senso di *ambiguità* e di *autoriferimento*. Queste due caratteristiche sono sostanzialmente l'essenza di tutto quello che può dire sul *messaggio estetico*. La esteticità di un messaggio è tanto più accentuata quanto più forte siano i riflessi dell'ammissione di queste due caratteristiche per la formazione del *idioletto*.

L'*idioletto* traduce l'idea centrale del processo di lavoro culturale ed estetico, o sia, la creazione, e, in questo senso, l'attività creativa non può venire considerata semplicemente come quell'attività di riunione di un repertorio di oggetti caoticamente raccolti dal mondo reale; la creazione non è soltanto quel insieme organizzato di materie prese dalla realtà oggettiva. L'*atto di creazione* è propriamente la costruzione di una *complessità significativa* ed il significare importa per forza in un esercizio di selezione e ordinazione di segni -- e quest'ordinazione chi l'ha fatta è stato il produttore dell'opera estetica, con certi gradi di ambiguità e di autoriferimento di modo a costituirsi l'idea di completezza del messaggio estetico --, siano questi segni *simbolici*, siano *iconici*, siano *indicativi*, secondo la tripartizione peirceana. L'ordine di un testo è l'ordine della volontà di espressione estetica del creatore; non è nient'altro che l'ordine desiderata dall'autore. L'insieme di segni è soltanto l'istrumentazione di quella volontà di espressione intuitiva, sentimentale, di gusto e di piacere, colligati alla capacità umana di manipolazione del significante segnico.

Di solito, le prime differenze sono già lineate come parametri di orientazione per la discussione del problema centrale e primario attorno alla concettualizzazione di *opera estetica*, tanto come attorno alla depurazione della nozione di esteticità dell'insieme di considerazioni culturali che si possono prendere dell'universo dell'artificio umano. Però si trova un'altro punto da chiarire, essendo questo punto qualcosa di molto importante nel contesto di questa discussione: il problema delle relazioni tra *teoria* e *pratica* dell'estetica. Si di una parte ci sono elementi teorici per la composizione di idee sull'arte, e non propriamente di arte in se stessa, dell'altra parte c'è propriamente sua pratica, intanto attività tecnica di costruzione e elaborazione di fenomeni estetici palpabili e sfruttabili.

3. La estetica ed i segni estetici

Ma quello che bisogna essere chiarito in questo punto è che la nozione di estetica, come problema filosofico, e come teoria circa i fenomeni artistici, non c'è niente, o c'è poco, da vedere col proprio sviluppo della nozione di arte. Infatti, due universi di valori distinti, che si fondono in radici diverse, non possono essere confusi. La teoria estetica e le considerazioni dello spirito circa i problemi estetici non hanno le stesse motivazioni delle pratiche artistiche in generale. Nelle parole di Croce non si può parlare veramente in una teoria estetica di carattere filosofico prima del Seicento, perché c'è una "(...) simultanea nascita della filosofia moderna e dell'Estetica. L'origine di questa si colloca infatti, come si è accennato, tra il Sei e il Settecento, ossia coincide con la nascita del <<sogettivismo>> moderno, con la filosofia come scienza dello spirito (...)" (Croce, 1992: 130). Intanto, l'istoria dell'arte radica i primi pensieri sull'arte nello stesso momento in cui l'uomo a cominciato a produrla; questa come risultato non può divergere del suo intendimento sui fenomeni reali. Quello che veramente è accaduto è che la ragione umana si è sviluppata intensamente introducendo una necessità di depurazione teorica più perfezionata per capire ed interpretare i fenomeni estetici.¹⁵

La propria nozione di estetica come teoria che propone l'esame di tutte le forme di manifestazione segniche che possano trasporre i limiti della coscienza dell'autore e formare un insieme culturale capace di trasmettere dei messaggi intenzionati fornisce degli elementi per la presentazione di questo problema. La formazione dell'opera è un processo più complesso di quanto si possa immaginare quello che la fruisce, perché tutta l'attività estetica si distribuisce del primo momento di conoscenza della realtà fino alla depurazione delle sue imagine, e forme, e alle attività di materializzazione delle forme.

Le forme in cui si manifestano i fenomeni estetici dipenderà di tutto un insieme di considerazione che vanno dalla volontà del artista alla proprietà delle materie ad essere lavorate (materie plastiche, sintetiche, colori, suoni, luci...). Ma, la

15. In altre prospettive, per capire le differenze essenziale in questo punto si possono prendere in considerazione altri elementi di riferenza, quali siano le relazioni tra religiosità, mitologia, filosofia e esteticità culturale. Secondo Croce: "Ma la distinzione dell'arte della filosofia (intesa questa nella sua ampiezza, che comprende ogni pensiero del reale) trae seco altre distinzioni, delle quali, in primo luogo, quella dell'arte del mito." (...) "All'arte, per essere mito e religione, manca appunto il pensiero, e la fede che da esso si genera; l'artista non crede e non discrede la sua immagine: la produce." (Croce, *Breviario di estetica*, 1992: 32).

formazione del segno sarà sempre un'attività di produzione e di distribuzione di queste materie secondo forme primigine del pensiero segnaletico del creatore. Così si può vedere l'amplitudine in cui si manifesta lo spazio culturale della produzione di segni estetici, perché questi non sono soltanto i segni ristretti a uno dei sensi umani, ma a tutti quelli che compongono l'uomo nella sua totalità di percezione. Queste conclusioni si distaccano del proprio concetto di estetica, che, etimologicamente, nella sua radice greca (*aísthētos*), si rapporta a tutti i fenomeni sensibili, in opposizione a quelli noetici, o prodotti nel chiuso universo delle manifestazioni intellettive. La sensibilità umana non è soltanto visiva, ma anche auditiva, tattile, gustativa, olfattiva, e è in questo senso più generale che si può fermare le basi della manifestazione estetica sui diversi piani della sensorialità umana, con segni propri per la stimolazione di ogni livello della sensibilità.

La formazione dell'opera ad essere fruita deve occorrere come fenomeno faticoso di reificazione o di formazione materialistica della creazione noetica dell'artista. Questo è necessariamente così perché "[Non] c'è arte (...) se non interviene un oggetto fisico, un'opera elaborata con criteri tecnici, più o meno specializzati e facenti capo a una professionalità riconosciuta" (Barilli, 1989: 85). Dunque, non soltanto intenzionalità e non soltanto professionalità ripetitiva, ma la congiunzione di questi passi è necessaria per l'avvento dell'opera estetica come tale. In un primo momento c'è luogo al sentimento, l'intuizione, l'*idea*,¹⁶ quel colpo mentale che darà origine all'espressione fisica della esteticità.¹⁷ L'arte senza sentimento non è arte, è soltanto la formalizzazione di una struttura segnica già ammessa come significante tra i partecipanti di una comunità culturale.

"Il problema non è di evitare comunque le emozioni, ma di farle nascere appunto, in uno spazio controllato (...)" (Barilli, 1989: 164), quello che vuol dire che la manifestazione richiede delle forme esteriori per poter essere manifestata e intesa da tutti gli altri uomini che la possano fruire. Le forme richiedono, anche, la partecipazione dei segni nella loro composizione, segni questi

16. Il termine *idea* l'usiamo qui come nel suo uso originale della parola greca *idea*. Non si tratta semplicemente di un ritorno alle nozioni primigine della parola, ma anche di un'aprensione più concreta del senso del termine; *idea* significa proprio quel primo momento di luce che appare nel pensiero del creatore come punto di partenza per i gradativi processi di formalizzazione e materializzazione della cosa creata.

17. "L'artista, dunque, quasi per definizione deve emozionarsi, essere sensibile ad afflussi energetici di ordine affettivo-passionale, più di quanto non capiti al comune mortale" (Barilli, 1989: 150/151).

propri a ogni tipo di riferimento che l'artista voglia costruire. Quest'analisi dei fenomeni segnaletici, ed anche della genetica dei fenomeni mimetici dell'uomo sulla natura, non costituisce nient'altro che un punto di partita per l'introduzione della questione più precise circa la problematica di definizione dei *segni estetici*.

L'enunciazione del momento estetico come un momento culturale chiede la definizione di quale siano questi prodotti culturali che non soltanto partecipano della vita sociale, ma che anche hanno i traci diversi della culturalità espressiva di sentimenti estetici, traci questi capaci di comporre l'*organicità* e l'*unicità* tra tutte le manifestazioni dite estetiche. Così, con Barilli (1989: 58/75) si possono sottolineare i simboli estetici come: *linguistici*, quelli che corrispondono ai diversi segni utilizzati dal linguaggio, siano orali, siano scritti (gli alfabeti, le scritture); *musicali*, come essendo tutti i segni che si utilizzano per l'affettazione del senso auditivo umano tra i diversi codici musicali (le note nelle sue espressione visive o auditive, sistema sonoro e notativo); *grafici*, come quelli che si risalgono per la sua visualità, o sia, per la sua *iconicità*¹⁸ (pittura, scultura e architettura).¹⁹

Un *segno estetico*, in questo senso, sarà propriamente quello che possa rappresentare una forma segnica capace di esprimere la volontà del creatore. Ormai sono dentro questi tipi di manifestazione culturale quelle *scientifiche*, quelle *letterarie*, quelle *artistiche*, in un senso generale. Non si può chiudere l'universo estetico tra le considerazioni uniche della univocità espressiva, anzi il complesso ruolo che i segni sviluppano nella formazione del proprio pensiero umano richiede l'attenzione del teorico della estetica nel senso di determinare quell'è, o quale possa essere l'amplitudine totale della galassia segnica a essere scoperta o assinalata perché si possa parlare di una teoria totalizzante dell'insieme estetico. Tutti i segni segnalati hanno come proposta di intendimento estetico le caratteristiche della *plurivocità*, *fruibilità*, *segnicità*.

18. Tra i diversi *segni naturali visivi*, così chiamati da Eco, si possono rilevare i *segni iconici*.

19. Anche ci sarebbero altre forme di vedere i fenomeni estetici attraverso diverse altre partizioni didascaliche, come tra i segni dello spazio (pittura, architettura) e dello tempo (musiche, canzone, opere letterarie). Un'altra proposta sarebbe questa: "Comunque, appare qui una biforcazione naturale tra opere d'arte bidimensionali (pittura, disegno) e invece opere tridimensionali (scultura), con la possibilità di numerosi generi intermedi e misti (bassorelievi, oggi anche *collages*, *assemblages*, <<ambienti>>)" (Barilli, 1989: 108).

4. Aspetti interpretativi dell'opera estetica

La partecipazione del fruitore nella composizione dell'opera estetica permette proprio la formazione di un concetto aperto del atto di creazione artistica.²⁰ Tutti i costrutti culturali umani si riferiscono alle diverse possibilità di interpretazione del significato della estetica nell'opera contenuta, in modo che, qualsiasi che sia l'interprete dell'opera artistica, nuove prospettive di significato saranno aperte. Quindi, la difficoltà di determinazione degli effetti probabili dell'opera nel contesto della culturalità umana ci riporta all'idea di una catena di riflessi non misurabili tra le diverse generazioni; l'opera estetica è propriamente un oggetto culturale, e come un oggetto culturale, si fa presente tra gli uomini *ad infinitum*.

Il mondo ermetico e psicologico del creatore definisce il senso intenzionale iniziale dell'opera, quello che non impedisce che produca sul piano dell'alterità dei diversi tipi di risultati interpretativi.²¹ Quando l'opera non è più chiusa nell'*idealità* -- universo delle idee creative del autore del messaggio estetico che componisce il piano noetico umano --, e avviene alla realtà del mondo sensibile come *oggetto materiale* -- lasciando di essere pensiero e tornandosi veramente un'opera --, perde sua caratteristica di ingegno particolare e diventa elemento culturale appropriabile per qualsiasi persona che partecipa dell'opera o della fantasia artistica di creazione e interpretazione. È veramente in questo senso che si può parlare di un'opera in *movimento*.²² C'è qui pertinenza l'introduzione della riferenza alla nozione di *opera estetica* come quella che è il risultato della attività di creazione, manipolazione segnica, elaborazione e perfezionamento della materia nella cui si espressa, in modo a costituire uno spazio culturale che ha un'ordine interno proprio -- che corrisponde all'idea di *idioletto* dell'autore --, appropriabile e

20. Si può prendere la nozione di *testo*, data da Eco, per vedere la partecipazione dell'interprete nella formazione dei sensi di un'opera qualsiasi: "Un testo vuole che qualcuno lo aiuti a funzionare" (Eco, *Lector in fabula*, 1989: 52). E anche: "(...) un testo è un prodotto la cui sorte interpretativa deve far parte del proprio meccanismo generativo (...)" (54).

21. "(...) l'autore ha certo il diritto di pronunciarsi sulla sua opera, di dotarlo di un congruo pacchetto di istruzioni per l'uso, che ne sono parte costitutiva, e che pongono anche al lettore l'obbligo di prenderne conoscenza; ma un tale diritto a sua volta non vincola il diritto del fruitore di esercitare le prerogative sancite proprio delle teoria estetica, per cui l'opera è un contesto organico, polisemico, <ambiguo>, dove quindi è possibile scoprire associazioni, rimandi, collegamenti, di cui l'autore non era consapevole" (Barilli, 1989: 169).

22. Cfr. Umberto Eco, *Opera aperta*, 1993.

manipulabile per qualsiasi persona che venga a fruire come spettatore attivo dell'opera prodotta.

L'opera che si fa in movimento²³ è qualsiasi creazione spirituale umana che possa essere definita in accordo con le nozione di esteticità e di costruzione artistica. L'autenticità del codice individuale stabilito dall'autore del insieme di relazioni di segni, di significati e di di riferenze alla realtà o ai diversi livelli di significazioni²⁴ delle funzioni dei messaggi della comunicazione (*referenziale*, se l'autore si riferisce alla realtà attraverso un giudizio di affermazione o negazione; *apelativa*, se l'autore vuole ridurre la distanza tra se stesso e il lettore o fruitore, lo facendo vivere direttamente le suttilileze del messaggio estetico, etc.).

Così, chissà, attraverso questi appuntamenti semiotici, culturali, ed estetici si possano distrurre le vecchie nozione dicotomiche che ancora sopravvivano nel concettuare i diversi tipi di arte e nel formulare giudizi estetici sulle diverse forme di esporre la sentimentalità creativa dell'autore. Una di queste dicotomie è propriamente quella, ben nota da tutti, che stabilisce una differenza tra *opere classiche* e *opere moderne*; le opere classiche e le moderne, posmoderne o contemporanee, sono tutte sottomesse alle regole della *diacronicità*, della dinamica di vita dell'opera artistica e estetica, che si trasforma a ogni momento fruizionale diverso, tanto a causa del cambiamento di fruitore, come a causa della distanza temporale tra le fruizioni di uno stesso osservatore dell'arte. L'unificazione di tutti i tipi di fenomeni estetici sotto le considerazione dell'interpretatività del costrutto semiotico e della libertà del fruitore dell'opera può formare le nuove linee della teoria estetica fino ad oggi considerata. In questi termini, si può seguire le considerazione di Eco sulla tematica, che dice che "(...) qualsiasi forma d'arte, anche se adotta le convenzioni di un discorso comune o simboli figurativi accettati dalla tradizione, fonda il proprio valore su una novità di organizzazione del materiale dato che costituisce in ogni caso un aumento di informazione per il fruitore. Ma attraverso a impennate originali e rotture provvisorie dell'ordine delle previsioni, un'arte classica mira in fondo a riconfermare le strutture accettate dalla sensibilità comune a cui si

23. "(...) anche nell'affermarsi di un'arte della *vitalità*, dell'*azione*, del *gesto*, della materia trionfante, della piena causalità, si stabilisce una dialettica ineliminabile tra opera e apertura delle sue letture. Un'*opera* è *aperta* sinché rimane *opera*, oltre questo limite si ha l'apertura come *rumore*." (Eco, *Opera aperta*, 1993, p. 177).

24. "Il simbolo artistico ha proprio il compito di selezionare un ampio spettro di significati" (Barilli, 1989: 67).

rivolge, opponendosi a determinate leggi di ridondanza solo per riconfermarle di nuovo, sia pure in modo originale. Invece l'arte contemporanea pare perseguire come valore primario una intenzionale rottura delle leggi di probabilità che reggono il discorso comune mettendone in crisi i presupposti nel momento stesso in cui se ne avvale per deformarlo" (Eco, 1993: 168-169).

São Paulo, dezembro de 1995.

BIBLIOGRAFIA

- CROCE, Benedetto. *Breviario di estetica*. 2ª edizione. Milano, 1992.
- ECO, Umberto. *Opera aperta: forma e indeterminazione nelle poetiche contemporanee*. Milano : Bompiani, 1993.
- ECO, Umberto. *La struttura assente*. Milano : Bompiani, 1989.
- ECO, Umberto. *Lector in fabula*. Milano : Bompiani, 1989.
- BARILLI, Renato. *Corso di estetica*. Bologna : Società Editrice Il Molino, 1989.

ASPECTOS PENAIS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Guilherme Guimarães Feliciano

Aluno do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da USP

Resumo:

No Brasil, comumente o legislador introduz infrações penais em leis não-penais (principalmente em leis comerciais, civis e financeiras). Essa prática não é recomendável, porque o tratamento legal torna-se caótico; de fato, trata-se de um empecilho para juízes e intérpretes, ao analisarem casos concretos.

A *alienação fiduciária em garantia*, um instituto tipicamente brasileiro, evidencia esse tipo de problema. Embora estabelecida por uma lei financeira (Lei n. 4.728/65), sua disciplina legal compreende um *crime*, definido como a transferência ou oneração fraudulenta de bens anteriormente transferidos para o credor fiduciário.

Sendo assistemática a descrição desse crime, algumas dúvidas são inevitáveis: qual é exatamente a conduta típica? E quanto ao elemento subjetivo — é possível cometer-se esse crime na modalidade culposa? Poderia o intérprete admitir, no caso, o erro de ilicitude, ou há outra hipótese admissível se o devedor não conhece os efeitos que decorrem de uma alienação fiduciária? E qual é a relação entre esse crime e a apropriação indébita, definida como o assenhoreamento fraudulento da propriedade alheia por quem tem sua posse legítima? Nosso propósito é responder a todas essas questões no presente trabalho.

Discutir o mencionado crime é realmente importante na atualidade: financiamentos e empréstimos, no âmbito dos negócios industriais, tendem a crescer, provavelmente como resultado da política econômica brasileira. Mais empréstimos significam mais alienações fiduciárias, para garantir os respectivos créditos; conseqüentemente, haverá mais problemas penais acerca da temática chegando aos tribunais do país.

Abstract:

In Brazil, legislators commonly insert criminal infractions in criminal acts (mainly in commercial, civil or financial acts). This practice is not recommendable, because legal treatment becomes chaotic; in fact, this is a hindrance to judges and interpreters when analysing a factual case.

The *fiduciary transfer of ownership*, a typical Brazilian institute, shows this kind of trouble. Although established by a financial act (4.728/65), its legal discipline comprehends a *crime*, described in that act as a debtor's fraudulent transferring or burdening of goods after having already transferred them to the fiducial creditor.

Being the description of this crime not systematic, some doubts are unavoidable: what is exactly the *actus reus*? And what about the *mens rea*

— is it possible for one to commit this crime unintentionally? Could the interpreter admit, in this case, mistake of criminal law, or is there another hypothesis if the debtor does not know the effects of fiduciary transfer? And what is the relationship between this crime and embezzlement, defined as the fraudulent conversion of the property of another by one who has lawful possession of the property? We aim at answering all these questions in this project.

Discussing the crime mentioned above is really important nowadays: financings and loans in industrial areas tend to increase, probably as a result of Brazilian economical policy. The more loans, the more fiduciary transfers to guarantee credits; consequently, there will be more criminal cases concerning this matter arriving to national courts.

Unitermos: Lei n. 4.728/65 - alienação fiduciária, credor fiduciário.

I. Introdução

Embora não seja recomendável que tipos penais estejam inseridos em diplomas legais voltados ao tratamento de assuntos diversos, que refujam ao próprio Direito Penal, essa prática tem-se tornado comum em nosso país. Com efeito, há infrações penais previstas, *verbi gratia*, na Lei n. 8.078/90, que dispõe sobre a proteção ao consumidor (proteção essa em seu sentido mais amplo, abrangendo aspectos civis, mercantis e criminais); na Lei n. 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente; na Lei n. 8.245/91, Lei do Inquilinato; e mesmo no decreto regulamentador da Lei n. 8.212, que trata do custeio da previdência social, o que nos causa alguma espécie. Manoel Pedro Pimentel,¹

1. Manoel Pedro Pimentel, *Direito Penal Econômico*, 1ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 32-36, *in verbis*:

"A Revolução de 1964, que lançou o Brasil em uma nova era, acelerando o processo do desenvolvimento, teve de pagar o tributo devido pela rapidez com que se operaram as transformações, especialmente em função da nova filosofia econômico-financeira adotada.

"Vale notar, também, que os juristas não estavam adequadamente preparados para acompanhar o impulso dado nesse campo, em razão de diversos fatores, mas principalmente pelo afastamento dos estudos sistemáticos de economia. As Faculdades de Direito sempre mantiveram em seus currículos a cadeira de Economia Política. No entanto, tomando o exemplo da minha geração de estudantes, da década de 40, a formação dada nesse setor foi precária, pois a doutrina ensinada ainda se baseava no laissez-faire, laissez-passar, com os ingredientes do liberalismo da Adam Smith.

"Ora, coube, então, aos economistas, par droit de conquête, liderar esse importante setor da Revolução que era a edição das leis criadoras dos instrumentos da nova ordem jurídica. Ressentiam-se, no entanto, da mesma falha de não terem recebido adequada formação para elaborar leis. Técnicos, precisos, objetivos, falando uma linguagem rica em expressões novas — a que o povo

cuidando dos crimes econômicos, já nos advertia quanto a isto, evidenciando que tamanha assistemática prejudica o labor dos operadores jurídicos, pela dificuldade em se localizar os diversos preceitos, e também pela própria técnica utilizada nas respectivas redações, deficientes e lacunosas, como seria de se esperar quando são elaboradas por pessoas pouco afeitas à área criminal.

Contudo, a Lei n. 4.728/65, diploma de caráter financeiro que introduziu em nosso ordenamento jurídico o controverso instituto da *alienação fiduciária em garantia*, não logrou desviar-se desse pequeno inconveniente, sendo-lhe inserto, no art. 66, o § 10: "*O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, §2º, inciso I, do Código Penal*" Posteriormente, o Decreto-lei n. 911, que disciplinou os aspectos processuais da figura em tela, trasladou essa mesma redação para o § 8º do art. 66, sem contudo alterá-lo. Embora não seja esse o objetivo da presente exposição, convém preliminarmente conceituar o instituto *sub foco*, o que fazemos nestes termos: *a alienação fiduciária em garantia é um contrato dispositivo causal de direito das coisas apto a gerar um direito real de garantia sui generis (a propriedade fiduciária), pelo qual o devedor fiduciante transfere ao credor fiduciário o domínio resolúvel de uma coisa móvel a título de garantia de uma dívida subjacente, conservando porém a posse direta sobre o bem, e apenas recuperando sua propriedade com o adimplemento de referida dívida.*

Conhecidos, pois, os caracteres fundamentais da figura em análise, retomemos a abordagem penal. Diz o art. 171, § 2º, I, do Código Penal incorrer nas mesmas penas do estelionato (reclusão, de um a cinco anos, e multa) quem vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria. De imediato, tem-se uma dúvida: o art. 66, § 8º, da Lei n. 4.728/65 (supratranscrito)

batizou de economês — os economistas se viram na contingência de legislar, embora não estivessem preparados para isso.

"No campo específico da sua ciência desenvolveram idéias básicas de alto nível, é força reconhecer, impondo-as aos poucos com acentuada determinação e organicidade. No entanto, o fizeram através de leis imperfeitamente redigidas e defeituosamente concebidas, que demandavam correções tão logo publicadas. Ao chamado mal do "bacharelismo" sucedeu-se o mal do "economismo". Não raro se constatou que, editada uma lei, tornava-se necessário interpretá-la através de outras normas complementares, sobrevindas sob as formas de regulamentos, instruções, avisos e portarias.

(...)

"Esses defeitos da legislação sobre delitos econômicos, ainda que compreensíveis, são graves. Os princípios estabelecidos pela dogmática penal são frutos de sazonadas conquistas da ciência e não podem ser postergados sem penosas conseqüências de direito.

emprega apenas os verbos "alienar" e "dar em garantia", e reporta-se ao art. 171, § 2º, I do CP, que além desse último apresenta mais outros quatro núcleos: vender, permutar, dar em pagamento (esses três passíveis de serem compreendidos no gênero "alienar") e dar em locação — nesse caso, não se pode falar em "alienação". Quanto à elementar "coisa alheia" não resta dúvida de que se amolda à situação: embora o fiduciante seja possuidor direto do bem, não é seu proprietário; o domínio pertence ao fiduciário, tratando-se por conseguinte de bem *alheio*. Porém, a dúvida persiste: há algum crime se o devedor-fiduciante *aluga* a coisa alienada fiduciariamente a alguém, como se própria fosse?

Em verdade, há duas interpretações possíveis. A análise literal do art. 66, § 8º permite concluir que o legislador quis apenas sujeitar o infrator às penas do art. 171, § 2º, I do CP ("(...) ficará sujeito à pena prevista no (...)); assim, a descrição típica seria aquela presente no próprio § 8º, e não a constante do art. 171, § 2º, I. Conseqüentemente, haveria apenas dois núcleos para o crime — alienar e dar em garantia — e a ação de *dar em locação*, prevista no crime de disposição de coisa alheia como própria, não estaria abarcada, não sendo por isto punível. Por outro lado, se o legislador quisesse apenas referir uma pena, poderia tê-lo feito diretamente sem qualquer remissão a outros diplomas; ou ainda, referir-se ao *caput* do art. 171, ao qual afinal vai referir-se o próprio § 2º, I do mesmo artigo. Porém, como não fez isto, preferindo reportar-se a uma determinada figura típica que, ademais, é muito semelhante à que pretendia apenar, sugere-se que talvez tenha pretendido abranger *todas* as condutas relacionadas no art. 171, § 2º, I; os núcleos do art. 66, § 8º seriam, desse modo, meramente exemplificativos.

O Direito Penal, todavia, ameaça diretamente o *status libertatis* dos indivíduos, motivo por que deve ser empregado como *ultima ratio* do Estado, aplicando-se estritamente às hipóteses expressas em lei — *nulla poena, nullum crimen sine lege*. A hermenêutica diz aplicar-se-lhe, em função dessas considerações, o *princípio da legalidade estrita*,² noutras palavras, o aplicador deve

2. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao Estudo do Direito — Técnica, Decisão, Dominação*, 1ª ed., São Paulo, Atlas S.A., 1991, p. 134 [sobre o princípio da legalidade]: "Para o endereçado privado dos atos soberanos, significa que só o que a lei obriga ou proíbe deve ser cumprido: o restante lhe é permitido. Para o emissor de atos soberanos, significa que não só deve fazer ou deixar de fazer apenas o que a lei obriga, mas também que só pode fazer o que a lei permite. É a estrita legalidade. Para que sua ação não fique absolutamente tolhida, quando não houver lei que lhe permita agir, há o princípio da discricionariedade: a lei apenas prescreve os fins a serem atingidos pelo ato soberano, deixando uma margem de opção para a escolha do meio correto. A discricionariedade, porém, não é arbitrariedade, pois o fim estabelecido não pode ser ignorado.

cingir-se estritamente às palavras da lei, e entre uma interpretação mais larga e outra mais estrita, deve optar por essa. Assim, melhor que se tenha por consumado (ou tentado) o crime previsto no art. 66, § 8º. da Lei n. 4.728 apenas em casos de alienação (*lato sensu*) e dação em garantia — a despeito da referência ao art. 171, § 2º, I do CP. Mas, dir-se-ia, essa não foi a vontade do legislador, como bem se denota dos indícios consignados no parágrafo anterior; abeberamo-nos então, uma vez mais, na lição dos hermeneutas, para dizer que a lei (*rectius*: a norma jurídica), uma vez editada e vigente, ganha vida própria, devendo ser interpretada conforme os ditames da lógica jurídica e da realidade social, e independentemente do sentido que seu criador intentou imprimir-lhe; esse servirá, apenas, como orientação exegética. Daí porque se deve discrepar a *mens legis* da *mens legislatoris*; *in casu*, a opção mais acertada volta-se à primeira, desconsiderando a última.

Com efeito, tipificou-se um novo delito, sem *nomen iuris* designado na lei, e integrado na classe dos delitos de fraude; curiosa é, nesse sentido, a sugestão de Paulo Restiffe Neto,³ quanto à forma como se deve ler o art. 66, § 8º, acomodando as elementares assistematicamente dispostas à melhor redação jurídico-penal:

"Disposição fraudulenta de coisa alienada fiduciariamente Alienar o devedor ou dar em garantia a terceiros coisa que já alienara fiduciariamente em garantia"

"Pena reclusão de um a cinco anos, e multa, de Cr\$ 0,50 a Cr\$ 10,00".⁴

II. Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo desse delito será sempre o devedor fiduciante; e o sujeito passivo será o credor fiduciário, vítima da fraude perpetrada, bem como o

Para exemplificar: só se pode prender alguém ou por haver ato delituoso flagrante ou por ordem da autoridade competente: o ato soberano é vinculado à estrita legalidade (...).

3. Paulo Restiffe Neto, *Garantia Fiduciária*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976, pp. 338-345.

4. A Lei n. 7.209/84 cancelou, na Parte Especial do Código Penal e nas leis especiais alcançadas pelo art. 12 do CP, quaisquer referências a valores de multas. Isso atingiu o art. 171, § 2º, I, e atingiria por consequência também a sugestão propugnada por Restiffe, que para tornar-se impecável, no presente contexto, deverá ter extirpada de sua redação os valores monetários designados.

"adquirente" do bem onerado pela propriedade fiduciária, ou aquele que o recebeu em garantia, caso esteja de boa-fé, e admitindo-se que o negócio perpetrado entre esse e o fiduciante tenha apresentado caráter oneroso.

Moreira Alves⁵ aventa a hipótese de que o credor, de posse da coisa alienada fiduciariamente, tenha-a vendido a terceiro, sem contudo ter-se verificado o inadimplemento absoluto ou relativo da obrigação, por parte do fiduciante. Como o credor, nessas condições, não dispunha da faculdade de vender o bem, a venda realizada é ineficaz em relação ao fiduciante, que uma vez adimplente recupera a propriedade *ipso iure*. Não há dúvidas de que, caso houvesse agido de má-fé o credor fiduciário, teria prejudicado o devedor, fraudando-lhe os interesses de forma semelhante à prevista no art. 66, § 8º; contudo, evidentemente não incorreria nas penas desse artigo, porque ele prevê a hipótese inversa, na qual atua fraudulentamente o *devedor*. Esse preceito mostra-se iníquo em tais circunstâncias, porém não pode ser estendido de molde a abarcar também o *credor* que alienar ou der em garantia coisa alienada fiduciariamente, em sendo adimplente seu devedor. Novamente, impõe-se a interpretação estrita e gramatical, tão-cara aos penalistas.

Por outro lado, Moreira Alves é taxativo ao asserir que, nessa mesma hipótese, "(...) não há que se pretender enquadrar o credor no crime definido no art. 171, § 2º, n. I, do Código Penal". Há, porém, uma situação em que, ao nosso sentir, aquele preceito penal seria aplicável. Imagine-se que o credor fiduciário, ciente de que a obrigação de seu devedor já havia sido cumprida, venda a coisa que lhe fora alienada fiduciariamente a um terceiro; imagine-se, mesmo, que por algum motivo detivesse àquele momento a posse direta sobre o bem. Alegando ser seu proprietário e valendo-se inclusive da documentação pertinente à alienação fiduciária antes avençada para emprestar veracidade às suas afirmações, logra vender a coisa àquele terceiro de boa-fé, sabendo que, desde o adimplemento da dívida efetuado pelo devedor-fiduciante, a propriedade plena da coisa lhe houvera revertido *ipso iure*. Agiu dolosamente, tentando fraudar as relações mantidas com seu ex-devedor e com o adquirente de boa-fé; induzindo esse último em erro, ter-lhe-á ocasionado prejuízo patrimonial, tão-logo o atual proprietário venha a apoderar-se do bem que lhe pertence, e para a alienação do qual o ex-fiduciário não estava titulado. Embora *in casu* não incida a regra do art. 66, § 8º, por reportar-se essa ao *devedor* que aliena

5. José Carlos Moreira Alves, *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 234.

o bem fiduciado, é perfeitamente admissível a aplicação das penas do art. 171, § 2º, I do CP, a cujo tipo subsume-se a situação imaginada: trata-se de um indivíduo que dispõe de coisa alheia como se própria fosse; vendera bem que sabidamente não mais lhe pertencia, desde o momento em que seu crédito foi satisfeito. Dessarte, contrariamente ao que ponderara Moreira Alves, entendemos ser cabível, nessa hipótese, o "enquadramento" da conduta do credor no crime definido pelo art. 171, § 2º, I; incabível, sim, seria aplicar-lhe as sanções do art. 66, § 8º

III. Elemento material

O elemento material do tipo consiste em *alienar* ou *dar em garantia*, por qualquer forma, coisa que fora já alienada fiduciariamente. Como visto, não inclui a forma "dar em locação" prevista no art. 171, § 2º, I do CP. Porém, o verbo "alienar", particularmente, abrange uma série de condutas, pois significa tornar alheio, ceder, transferir *a qualquer título*; abrange, por conseguinte, contratos onerosos e gratuitos, tais como a compra e venda, a doação, a dação em pagamento, a permuta, etc. Já o núcleo do tipo "dar em garantia" abarca as situações que a doutrina reconhece como modalidades de *começo* de alienação: os direitos reais de garantia. Assim, se o devedor-fiduciante empenha a coisa alienada fiduciariamente, incorre nas sanções do art. 66, § 8º; a princípio, o mesmo não pode ser dito acerca da hipoteca e da anticrese, que por definição legal devem incidir sobre imóveis, o que as torna incompatíveis com a hipótese *sub foco*, vez que apenas podem ser alienados fiduciariamente bens móveis (art. 66, *caput*, da Lei n. 4.728). Nada obstante, a legislação permite que embarcações e aeronaves sejam objetos de alienação fiduciária em garantia (cf. art. 48 do DL n. 413/69); tais bens, como se sabe, não têm aptidão para serem empenhados, e sim para serem hipotecados, *ex vi* do art. 825 do Código Civil ("*São suscetíveis dos contratos de hipoteca os navios, posto que ainda em construção*") e do art. 138 da Lei n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica). Isto significa que, no caso específico das aeronaves e navios alienados fiduciariamente, incorre nas penas do art. 66, § 8º da Lei n. 4.728 o devedor-fiduciante que hipotecar esses mesmos bens. Aliás, semelhante assertiva não deve trazer perplexidade, visto que ora se analisam os aspectos penais do instituto; em sede de Direito Penal, as ficções jurídicas consagradas pelo Direito Privado não têm lugar, pois está em jogo o bem máximo do cidadão, qual seja a sua *liberdade*. Não é por outra razão que, *exempli gratia*, a doutrina penal clássica abomina a idéia de que

se possa imputar infrações penais a uma pessoa jurídica (com esteio na Teoria da Ficção, pela qual Savigny buscou explicar o fenômeno das pessoas jurídicas); as pessoas morais, como dizem, não possuem *capacidade de conduta* (entendida essa como o agir/omitir humano), *capacidade de culpa* ou *capacidade de pena*. Da mesma forma, tendem a admitir o furto e o roubo (que por definição têm por objeto material uma coisa *móvel*) de bens que, sob a óptica do Direito Civil, são imóveis por destinação ou acessão. Nessa medida, conclui-se que navios e aviões, por natureza *móveis*, devem assim ser considerados na seara do Direito Penal, malgrado o tratamento que lhes é dado pelos civilistas, equiparando-os para diversos efeitos aos bens imóveis.

Se o devedor-fiduciante alienar fiduciariamente, por uma segunda vez, o bem que antes alienara nessas mesmas condições, também estará incurso no dispositivo *sub foco*, subsumindo-se sua conduta ao verbo "alienar" ou à locução "dar em garantia" conforme se conceba a propriedade fiduciária como uma mera propriedade resolúvel (art. 647 e 628 CC), solução que temos por equivocada, ou como um direito real de garantia, com maior acerto.

O § 1º do art. 66 dispõe que o arquivamento, por cópia ou microfilme, do instrumento da alienação fiduciária no Registro de Títulos e Documentos é imprescindível, sob pena de não-valer contra terceiros aquela mesma alienação; em verdade, esse registro é pressuposto para que se constitua a *propriedade fiduciária*, direito real de garantia que somente se conforma quando oponível perante terceiros (como, aliás, qualquer direito desse gênero: não se concebe direito real que somente vincule as partes contratantes). Conseqüentemente, enquanto não esteja implementado o referido registro o credor não pode ser reputado "proprietário fiduciário"; ainda não existe, efetivamente, uma propriedade fiduciária, mas apenas a propriedade plena detida pelo devedor. Indagar-se-ia então: se o devedor aliena ou dá em garantia a coisa "alienada fiduciariamente" porém antes que se processe o registro do instrumento respectivo, realiza o tipo do art. 66, § 8º?

Paulo Restiffe Neto,⁶ por não imputar ao registro a função constitutiva que lhe dá José Carlos Moreira Alves, conclui necessariamente pela afirmativa: "*A lei, como já vimos, determina o registro 'sob pena de não-valer contra terceiro'. Logo, sem registro valerá entre as partes. Se o devedor, investido na posse do objeto, imediatamente dele dispuser, antes de efetivado o registro por parte da*

6. Paulo Restiffe Neto, *Garantia Fiduciária*, p. 340.

financiadora, obviamente responderá pelo delito de 'disposição fraudulenta de coisa alienada fiduciariamente'".

Corroborando seu entendimento, colaciona acórdão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 13.12.72, relator o Des. Acácio Rebouças (in RT 439/361-363), com ementa nestes termos: "*Estelionato Venda de coisa alheia como própria veículo objeto de alienação fiduciária - Novo certificado obtido pelo réu, ardilosamente, sem reserva de domínio Transferência daquele a terceiro Condenação mantida Inteligência do art. 171, § 2º, n. II, do Código Penal*" [rectius: art. 171, § 2º, n. I]. Assevera o aresto: "*Não importa que o título só viesse a ser registrado depois da falcatura do apelante. Aliás, esta foi tão-rápida que nem se pode atribuir desídia à financeira: 10 dias consumiu o réu desde a compra até a disposição do veículo, o que permite assentar a premeditação do golpe. O que é essencial e irremovível, neste particular, é a ciência que o réu tinha da vinculação jurídica que ele mesmo assinara. (...) Aliás, convém lembrar, a garantia da financiadora contra o creditado se inscrevia idoneamente no próprio título de emissão da firma vendedora, ou seja, na nota fiscal e na declaração de venda, à vista do que o licenciamento policial necessariamente consignaria a restrição de domínio resultante da alienação fiduciária. Foi para eliminar tal empecilho que o réu lançou mão de documentos adulterados"*

O ânimo de adulterar documentos, *in casu*, tornou patente o dolo do agente, e de fato estariam presentes todos os elementos do tipo, inclusive o subjetivo (dolo), não fosse pela ausência de um deles, o que nos conduz a uma solução diversa da alvitrada por Restiffe e pelo Des. Acácio Rebouças. Trata-se do *elemento normativo* do tipo, objeto de nossa análise seguinte.

IV. Elemento normativo

O tipo penal formulado pelo § 8º do art. 66 — com técnica deficiente, repita-se — apresenta, entre suas elementares, um fator de complicação, sobretudo para a atividade do aplicador da lei. Após mencionar o sujeito ativo do crime (o devedor) e designar o chamado *objeto material* do crime (apenas pelo substantivo "coisa"), o tipo busca circunscrever a amplitude dessa última designação, estabelecendo tratar-se de "coisa" já alienada fiduciariamente em garantia. Isto traz alguma dificuldade ao intérprete, exigindo conhecimentos estranhos ao Direito Penal, a partir dos quais deverá ele *reconhecer* a ocorrência de uma alienação

fiduciária em garantia, no caso concreto. Em outras palavras, o intérprete deverá dizer se houve uma alienação fiduciária do que se pressupõe seja o objeto material do crime; deverá dizer, ainda, a partir de quando se tinha consubstanciado essa alienação, pois o elemento temporal, aqui, implicará o reconhecimento de um crime ou a verificação de um irrelevante penal. Em alguns crimes, com efeito, muito pouco se exige do intérprete: basta uma constatação empírica, e ter-se-á por consumado o delito. Assim, por exemplo, o art. 121 do Código Penal: "*matar alguém*". A morte tem uma dimensão naturalística, que refoge às elucubrações interpretativas do juiz: ou a vítima está morta, ou não-está. A constatação do evento morte evoca conhecimentos de Medicina Legal, e não estritamente jurídicos; tem caráter empírico, e se consubstanciará em um laudo necroscópico (exame de corpo de delito — art. 158 e ss. do Código de Processo Penal). A atividade intelectual do intérprete não atuará nesse particular. Noutros crimes, porém, cabe ao juiz avaliar se, *in concreto*, manifestou-se uma dada circunstância erigida pelo tipo penal como sua elementar; são circunstâncias desprovidas daquela dimensão naturalística, e insuscetíveis de constatação empírica. Normalmente serão conceitos jurídicos, ou *standards*, ou mesmo característicos morais, cuja aferição depende única e exclusivamente da atividade interpretativa do magistrado. A ele caberá pesar os diversos fatores envolvidos, e decidir pela presença ou não da elementar. Há inúmeros exemplos de crimes que possuem, em suas descrições típicas, elementares desse jaez; célebres são os arts. 215 e 216 do Código Penal (posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude), que reportam-se à figura da "mulher honesta" verdadeiro *standard* jurídico cuja presença deverá ser aferida pelo intérprete no caso concreto. Naturalisticamente, não há como apreender a "honestidade" de uma mulher, já que esse conceito não se prende à idéia da virgindade, embora com ela guarde eventuais relações. Também o § 8º do art. 66 da Lei n. 4.728 apresenta essa espécie de elementar: a alusão à coisa alienada fiduciariamente em garantia exige do magistrado que reconheça, na situação *sub judice*, a configuração de uma alienação fiduciária em garantia, bem como o momento em que se perfez. Para esse mister, lançará mão de informações hauridas nos domínios do direito privado.

Pois bem: essas elementares, cuja aferição pressupõe a atividade intelectual e o conseqüente juízo de valor do intérprete, são chamadas de *elementos normativos do tipo*. Sua presença não é necessária em toda e qualquer descrição típica, à diferença do que se dá com os elementos material (conduta) e subjetivo

(dolo ou culpa); percebe-se, aliás, que geram maior complexidade para o labor do intérprete, tal qual salientado. Por isto, alguns autores, sobretudo os mais antigos, denominavam de *tipos anormais* aqueles que contivessem elementos normativos, contrapondo-os aos tipos normais, que deveriam trazer apenas a descrição dos elementos materiais do crime, sem qualquer menção à antijuridicidade ou à culpabilidade, e sem o emprego de elementares normativas. Bettiol opunha-se à proliferação dos tipos anormais, justamente por alargarem os poderes discricionários do juiz, concedendo maior elastério às figuras delituosas. José Frederico Marques, amparando-se em Mezger, bem define o que sejam esses elementos normativos:⁷ *"Os elementos normativos que muitas vezes se juntam ao tipo, são aqueles componentes do tipo que exigem, para sua verificação in concreto, um juízo de valor dentro do próprio plano da tipicidade. Daí a lição de Mezger que se segue: 'Enquanto os elementos objetivos e subjetivos dizem respeito às partes integrantes do tipo penal fixadas pelo legislador descritivamente como determinados estados e processos, corporais e anímicos, e, em consequência, não de ser verificados caso por caso pelo juiz, cognitivamente, — nos elementos típicos "normativos" cuida-se de pressupostos do injusto típico que podem ser determinados tão-só mediante especial juízo de valor da situação de fato"*. Os elementos normativos, ainda segundo o mesmo autor, podem referir-se: à antijuridicidade ("indevidamente" — arts. 151; 192, I; 193, VII do CP; "sem justa causa" — arts. 153; 154; etc.; "fraudulentamente" — art. 177); a termos e expressões propriamente jurídicos ("documento"; "funcionário"; "função pública"; "coisa alheia móvel"; "alienar fiduciariamente em garantia" — art. 66. § 8º da Lei n. 4.728); a termos e expressões extrajurídicos ("mulher honesta"; "saúde"; "dignidade"; "decoro"; etc.)

Demonstrado, por todo o dito, que o art. 66, § 8º contém um elemento normativo, explicam-se os motivos de nossa divergência para com Restiffe Neto e Acácio Rebouças. Entendem esses juristas, insistimos, que o arquivamento do instrumento da alienação fiduciária no Registro de Títulos e Documentos não tem caráter constitutivo, mas apenas probatório. Nós, porém, desposamos opinião diversa; entendemos, com Moreira Alves,⁸ ser esse registro dotado de propriedades

7. José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1965, 2º v., pp. 72-73.

8. José Carlos Moreira Alves, *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 173: *"Com efeito, ela [a propriedade fiduciária] nasce tão-somente do arquivamento, no Registro de Títulos e Documentos, do contrato de alienação fiduciária em*

constitutivas, pela própria natureza dos direitos reais. Com isto, e admitindo-se que "coisa já alienada fiduciariamente" seja coisa sobre a qual já incida o direito de propriedade fiduciária, não é possível sustentar que, antes das formalidades do registro, exista um bem móvel alienado fiduciariamente. Existe, sim, um bem móvel *em vias* de ser dessa forma alienado, e um instrumento, público ou particular, que documenta esse negócio jurídico; a propriedade fiduciária, porém, somente surgirá, oponível *erga omnes*, com o arquivamento da documentação no Registro de Títulos e Documentos. Antes disto, há um contrato (ou cláusula) de alienação fiduciária em garantia, mas não uma coisa alienada fiduciariamente; é o que verifica, *mutatis mutandi*, quando um imóvel é vendido, sem que a escritura pública de transmissão dominial seja conduzida ao Cartório de Registro de Imóveis da respectiva circunscrição: há o *contrato* de compra e venda do bem de raiz, mas não há efetivamente um imóvel alienado, eis que o mesmo ainda pertence àquele que o vendera. Dessarte, anteriormente ao registro, não se verifica *in concreto* a elementar normativa do § 8º do art. 66; conseqüentemente, pelo princípio da tipicidade penal, não se consuma o crime aí previsto. O elemento normativo, já o dissemos, exige a valoração do intérprete; e, valorando-o por intermédio das informações até aqui acostadas, não há como encampar a tese de Restiffe e Acácio Rebouças, que se nos assemelha tecnicamente equivocada.

Nada obsta, porém, que o devedor, em tal conjuntura, seja denunciado por infração ao art. 171 *caput* do CP, eis que obteve para si vantagem ilícita, em prejuízo alheio (do credor), empregando meio fraudulento (alimentou as expectativas do credor, no sentido de torná-lo proprietário fiduciário, ao mesmo tempo em que iludiu o terceiro adquirente, não-mencionando o compromisso firmado com seu credor acerca do bem que negociara).

garantia, como o demonstramos largamente no n. 10 deste livro. Portanto, a propriedade fiduciária é sempre convencional. Não há propriedade fiduciária legal ou judicial.

V. Objetividade jurídica

A objetividade material já foi aqui mencionada: trata-se da coisa alienada fiduciariamente. Já a objetividade jurídica designa o bem jurídico penalmente tutelado por intermédio da norma incriminadora. *In casu*, como se trata de um delito de fraude, o interesse juridicamente tutelado é a *inviolabilidade patrimonial* e a *boa-fé* nas relações jurídicas, essa última considerada não apenas em seu aspecto individual, mas sobretudo enquanto inspirada pelo *interesse público* de reprimir as fraudes causadoras de dano alheio.⁹ Buscando uma maior especificidade, podemos dizer que a objetividade jurídica encontra-se na tutela patrimonial do credor-fiduciante e na lisura das relações entre fiduciário e fiduciante. Restiffe¹⁰ expende um conceito analítico: impedir a frustração da excussão real em caso de mora ou inadimplemento do devedor, para que o credor encontre o objeto e sobre ele exerça o direito de propriedade.

No esteio da observação supratranscrita, da lavra de Magalhães Noronha, sobre a primazia do interesse público na repressão às fraudes, cabe proceder a uma oportuna consideração. A conduta típica de art. 66, § 8º pode ser realizada, sem que haja qualquer prejuízo para o credor-fiduciário. Assim será se, por exemplo, o credor-fiduciário for pontual e adimplente, pagando a totalidade das parcelas devidas, malgrado tenha já alienado o bem entregue em garantia fiduciária. A despeito da plena satisfação do crédito do fiduciário, que *ipso iure* extingue a propriedade fiduciária, *o delito consumou-se* e deverá ser punido. Pouco importa a inexistência de lesão patrimonial pois, como dito, essa não é a única objetividade jurídica do delito: impõe-se ainda a tutela da *boa-fé* nas relações jurídicas, cuja manutenção é de interesse público. Nesse sentido as palavras de Manzini, lembradas por Noronha: "*O crime de estelionato não é considerado como um fato limitado à agressão do patrimônio de Tício ou de Caio, mas antes como manifestação de delinqüência que violou o preceito legislativo, o qual veda o servir-se da fraude para conseguir proveito injusto. (...) O estelionatário é sempre um criminoso (...) porque sua ação é, em qualquer caso, moral e juridicamente ilícita.*" *Mutatis mutandi*, o mesmo raciocínio aplica-se à disposição fraudulenta de coisa alienada fiduciariamente.

9. Cf. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969, 2ª v., pp. 359-360.

10. Paulo Restiffe Neto, *Da Garantia Fiduciária*, p. 341.

Por outro lado, ademais, causas justificativas ou dirimentes devem ser previstas expressamente na lei; e tal não é o caso da pontualidade ou do adimplemento, na hipótese sob análise.

VI. Elemento subjetivo

Os crimes de fraude em geral não admitem culpa, já que o intento de enganar deve ser consciente, e voltado finalisticamente à obtenção de vantagens. Assim, tanto a figura do art. 66, § 8º da Lei n. 4.728 quanto a do art. 171, § 2º, I do CP admitem apenas o *dolo* como elemento subjetivo do tipo.

Restiffe Neto postula haver aí "dolo específico" consistente na vontade livre e consciente dirigida à prática da ação incriminadora. Ora, isto é o *dolo genérico*, na terminologia dos clássicos; enganou-se Restiffe no emprego da nomenclatura. Aliás, não é possível que um crime envolva *apenas* dolo específico, pois que esse representa uma intenção que se acha *fora* dos atos externos de execução do crime;¹¹ o dolo na realização desses atos externos, todavia, está sempre presente, enquanto *dolo genérico*.

Inobstante, Noronha realmente entende haver no estelionato dolo específico (a doutrina mais recente denomina-o *elemento subjetivo do injusto*), manifestado na intenção de o agente tornar-se "dono" da vantagem, conseguiu-a para a submeter ao seu poder. Obtém a vantagem (dolo genérico), para assenhorear-se da mesma (dolo específico). E o agente deve ter consciência da ilicitude da desvantagem (o que se nos assemelha, mais propriamente, um elemento da *culpabilidade*, com arrimo na ciência penal moderna, que identifica nessa categoria jurídico-penal três elementos: a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a *potencial consciência da ilicitude*).

Parece-nos que esse dolo específico deva ser perquirido pelo julgador também nos tipos previstos no art. 66, § 8º da Lei n. 4.728 e no art. 171, § 2º, I do CP. Para condenar o devedor- fiduciante não bastará verificar sua intenção de realizar a conduta proibida (dispor da coisa alienada fiduciariamente); paralelamente a isto, dever-se-á detectar ainda o dolo específico de assenhorear-se da vantagem ilícita que decorrerá da operação fraudulenta. Com esses expedientes, evita-se a condenação de incautos que não compreendem a natureza do negócio jurídico

11. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, 2º v., p. 372.

celebrado, e acreditam ter ainda a livre disponibilidade do bem, já que lhe mantêm a posse direta. Considerar integrada a conduta típica em casos que tais, e remeter a defesa do incauto à alegação de erro de proibição (art. 21 do CP), seria dificultar-lhe tremendamente essa defesa, em face do princípio estabelecido na primeira parte do art. 21, *caput* ("*O desconhecimento da lei é inescusável*").

VII. Consumação e tentativa

Sua verificação a princípio não ofereceria dificuldades, não fosse pelo elemento normativo do tipo. Diz Restiffe: "*Consuma-se o delito no momento da alienação fraudulenta do objeto ou da sua nova oneração em garantia.*" Aqui evidentemente não se deve aguardar eventual registro (da alienação ou oneração fraudulenta) para que se tenha por consumado o delito, até porque um tal registro não seria efetuado pelo oficial público, ao constatar o registro anterior da alienação fiduciária. Basta a mera avença com terceiro, no sentido de se alienar ou dar em garantia a coisa alienada fiduciariamente, e opera-se a consumação delitiva. A intenção de fraudar e os atos executórios efetuados nesse sentido são suficientes para a configuração do crime. O legislador de 1969 que, reitera-se, não era afeito à técnica jurídico-penal, não foi suficientemente cuidadoso ao redigir o tipo, fazendo-o de forma condenável. O § 8º diz: "*O devedor que alienar, ou dar em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente (...)*" (grifamos). Se o bem fora alienado fiduciariamente em garantia, o devedor-fiduciante detém apenas uma expectativa de direito; a propriedade em si pertence ao fiduciário. Se ninguém pode transmitir mais direitos do que tem (*nemo ad alium plus iuris transferre potest quam ipse habet*), obviamente o devedor não poderá "alienar" ou "dar em garantia" a coisa sob garantia fiduciária. Daí porque não se deve esperar, para a consumação, a formalidade do registro, que em tese seria exigível em alguns casos, para a alienação ou dação em garantia do bem (*verbi gratia*, na alienação de veículo automotor, que deve ser comunicada ao Detran para que se proceda à expedição de novos documentos — C.R.V e C.R.L.V — em nome do novo titular; ou imaginando-se que a oneração fraudulenta seja ultimada como uma nova alienação fiduciária em garantia): juridicamente, essa alienação ou dação jamais se operará. A consumação, frisamos, dar-se-á com a intenção de fraudar aliada à atividade material tendente à consecução da fraude, e nada mais.

Por outro lado, ainda que presentes esses dois requisitos, não haverá consumação, se o elemento normativo ainda não estiver integrado — ou seja, se o instrumento da alienação fiduciária *original* ainda não houver sido arquivado no Registro de Títulos e Documentos. É o que vimos linhas acima. Temos aqui, por conseguinte, um gênero delitual que raramente tem guarida nos ordenamentos jurídicos em geral: trata-se de um *crime concursal*, isto é, de um crime que necessita, para a sua configuração, da *concorrência de fato(s) exterior(es) à sua descrição típica*.¹² O exemplo usualmente empregado para a ilustração desse gênero, no Brasil, remete-nos ao DL n. 7.661/45 e aos *crimes falimentares*, descritos nos arts. 186 a 190 daquele diploma, e que para se consumarem pressupõem a decretação da falência do devedor, ainda que ulteriormente à realização da conduta típica (daí se falar em crimes *pré-falimentares* e *pós-falimentares*); assim, *e.g.*, a irregular escrituração dos livros comerciais, por si só, não configura infração penal alguma, a não ser que o comerciante venha a ter sua falência decretada: nessas condições, e unicamente nelas, terá perpetrado um crime falimentar. Ora, o art. 186, VI, 2ª parte, que versa esse delito, não faz qualquer menção ao fato da falência, ao descrever a conduta típica reprovada; a doutrina, porém, é unânime em asserir que apenas estará consumado o crime falimentar *si et quando* o devedor comerciante vier a falir, por força de declaração judicial — fato esse que não integra o tipo legal, mas que *concorre* com ele, para que se tenha configurado o ilícito penal. Pois bem: com igual razão, também o delito de disposição fraudulenta de coisa alienada fiduciariamente pertence ao gênero dos crimes concursuais, em função do elemento normativo que seu tipo contém. Alienação fiduciária em garantia somente haverá com o registro do respectivo instrumento; e esse registro, embora não constante do tipo legal *sub foco*, é *conditio sine qua non* para que haja a disposição fraudulenta de um objeto efetivamente *alienado em fidúcia*. Dessarte, para a consumação do delito previsto no art. 66, § 8º da Lei n. 4.728 deve concorrer o fato do arquivamento do instrumento contratual no Registro de Títulos e Documentos; essa assertiva incontestada, que aparentemente não fora ainda alvitada pela doutrina pátria, põe termo ao isolamento dos crimes falimentares enquanto insertos na categoria dos

12. Manoel Pedro Pimentel, *Legislação Penal Especial*, 1ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, p. 83: "Chamam-se crimes concursuais aqueles que concorrem com outro ou outros fatos jurídicos estranhos à esfera do Direito Penal, incluindo-se entre eles, sem dúvida, o crime falimentar."

crimes concursuais: doravante, deverá figurar ao seu lado o crime de que ora nos ocupamos.

A tentativa é perfeitamente admissível, na medida em que diversos atos deverão ser executados até que o terceiro seja convencido pelo fraudador, e até que os atos materiais finais da alienação ou dação em garantia fraudulenta se implementem. Não atingida a fase final, em que devedor-fiduciante e terceiro assentem na alienação ou dação em garantia, eis que interrompida por circunstâncias alheias à vontade do agente, tem-se a tentativa (art. 14, II CP).

VIII. Co-autoria e participação

Em Direito Penal, autor é quem executa a ação expressa pelo verbo típico da figura delituosa (S. Soler, *Derecho Penal*). Outrossim, co-autores são aqueles que, com unidade de desígnios, executam conjuntamente a ação (ou omissão) prevista no núcleo do tipo, isto é, o verbo integrante da figura típica. A participação, porém, tem caráter acessório em relação à conduta típica; o participante simplesmente colabora com o autor (ou co-autores) na realização do tipo penal, sem entretanto praticar ele próprio condutas previstas na figura típica. Frederico Marques¹³ considera haver, *in casu*, o que denomina *co-delinquência eventual*: embora se verifique a participação de mais de uma pessoa para a prática de um crime, nem todas cometem atos previstos como típicos, na descrição legal da regra preceptiva. Os que não executam a ação ou omissão consubstanciadas no tipo, mas concorrem para o crime de qualquer modo (cf. art. 29 CP), realizam uma conduta que a princípio seria penalmente irrelevante, mas que se torna relevante em virtude de um *enquadramento de subordinação ampliada*: a norma do art. 29, dita *norma de extensão*, transforma em típica uma conduta *de per se* atípica.

Essa introdução se fez necessária para que pudéssemos, nesse ínterim, uma vez mais contraditar o posicionamento de Restiffe Neto, a respeito do tema em análise. Na verdade, poucos autores preocuparam-se com a abordagem dos aspectos penais da alienação fiduciária em garantia, o que nos obriga a lidar com um cabedal limitado de considerações a respeito; daí insistirmos na análise da obra de Paulo Restiffe, autor que se debruçou com particular atenção sobre a temática criminal da

13. José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, 2º v., p. 306-307.

alienação fiduciária. Assevera ele,¹⁴ no tópico "co-autoria" que se o devedor não-oculta a circunstância de subsistir o gravame da alienação fiduciária em garantia, e o adquirente aceita conscientemente adquirir o objeto ou recebê-lo em garantia, estará incorrendo no delito do art. 66, § 8º em *co-autoria*. Aqui reside o engano do nobre jurista. Há, sem dúvida, concurso de agentes; porém, não na modalidade da co-autoria, como pretendido, mas na modalidade da *participação*. Ocorre que o terceiro de má-fé, na hipótese aventada, não realiza nenhum dos núcleos do tipo previstos no art. 66, § 8º (alienar / dar em garantia); antes, adquire ou recebe em garantia (melhor seria dizer *pretende adquirir ou receber em garantia*, visto que a alienação ou a dação em garantia são impossíveis, como dito *supra*), fatos que configurariam irrelevantes penais, não fosse a norma de extensão do art. 29 do Código Penal. Como colaborou para a consecução do crime, responderá pela consumação desse, mas será apenado na medida de sua culpabilidade (art. 29, CP, *in fine*). O terceiro de má-fé deixa de ser sujeito passivo, e passa a ser partícipe.

À mesma conclusão chegamos, aliás, pela exegese do art. 31 do Código Penal, atinente a alguns casos de impunibilidade: "*O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado*" Entendemos, com respaldo na doutrina,¹⁵ que as hipóteses de co-delinquência mencionadas — ajuste, determinação, instigação e auxílio — são autênticas situações de *participação* de um agente no delito perpetrado por outro, esse sim executor do ilícito penal, determinado, instigado ou auxiliado que fora pelo primeiro, ou ainda mediante *ajuste* com ele. Conforme o magistério de Paulo José da Costa Júnior,¹⁶ ajuste é o *pactum sceleris*, é o acordo que fazem previamente os agentes, visando a prática do crime; ora, é exatamente o que se observa no contexto sob análise: o alienante fiduciante (o *autor* da conduta incriminada pelo § 8º do art. 66) e o pretense adquirente (*partícipe* nesse mesmo delito) *ajustam* a consecução da fraude, eis que fora esse último previamente cientificado da condição do bem que tencionava possuir. *Ajuste*, pois, e portanto *participação* do terceiro adquirente; e não co-autoria.

14. Paulo Restiffe Neto, *Garantia Fiduciária*, p. 342.

15. Damásio Evangelista de Jesus, *exempli gratia*, ao comentar o art. 31 do Código Penal, inicia sua exposição com um primeiro título: "*Participação* impunível" Cf. Damásio E. de Jesus, *Código Penal Anotado*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, p. 117.

16. Paulo José da Costa Júnior, *Comentários ao Código Penal*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, v. 1, p. 237.

Co-autoria, propriamente, ocorrerá em situações menos encontradiças. Um exemplo que nos vem à mente: determinada sociedade comercial, gerida por dois sócios que administram-na sem qualquer outra ingerência, adquire bem mediante financiamento, aliena-o fiduciariamente à financeira a que recorreu e, após constituída a propriedade fiduciária sobre o objeto, busca aliená-lo a terceiro, ou dá-lo em garantia. Em verdade, a *pessoa jurídica* incorreu no tipo da disposição fraudulenta de coisa alienada fiduciariamente, porque com ela negociara a sociedade financeira. Contudo, pessoas jurídicas não podem ser condenadas penalmente, porque não são aptas ao cometimento de crimes. Assim, o delito deverá ser imputado aos sócios-gerentes, que conscientes da ilicitude do fato e desejosos de sua realização, agiram dolosamente na perpetração da fraude. Como dividem os poderes de gestão, a decisão de alienar ou dar em garantia o bem fiduciado é da responsabilidade de ambos; em última análise, ambos alienaram ou deram em garantia esse bem, havendo delinqüido, portanto em co-autoria *proprio sensu*.

IX. Apropriação indébita

Embora esse delito não esteja referido na Lei n. 4.728 ou no DL n. 911, a doutrina reiteradamente tem feito alusão ao mesmo. O *caput* do art. 66 da Lei n. 4.728 prevê que o fiduciante responderá, perante o fiduciário e a sociedade, por todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbirem, conforme a lei civil e *penal*. Quanto às responsabilidades penais, resta saber se outras figuras penais, previstas no CP, podem com certa freqüência ser realizadas pelo devedor-fiduciante *enquanto tal*, ou seja, no âmbito das relações fiduciárias em que está inserido e por intermédio das prerrogativas de que está investido nessa qualidade. A parte final do art. 66 *caput* elimina qualquer obstáculo à imputação de outros crimes, que não o do § 8º, ao fiduciante.

Raciocinando por esse viés, concluíram os autores que a apropriação indébita, tal como prevista no art. 168 do Código Penal brasileiro, poderia ser imputada ao devedor-fiduciante com grande propriedade, desde que esse se apropriasse do bem alienado fiduciariamente, tomando-o como seu, embora sem o objetivo de aliená-lo a outrem ou dá-lo em garantia. Com efeito, reza o art. 168: "*Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção. Pena reclusão, de um a quatro anos, e multa*". O devedor-fiduciante, sem sombra de dúvidas, tem a posse direta e *desviada* da coisa alheia móvel; o caráter em

destaque permite concluir que se o fiduciante dela se apropria, incorre na figura típica do art. 168 CP (e não na figura do art. 155 CP — furto — pois nessa, embora se admita que o agente tenha já previamente a posse sobre a *res furtiva*, exige-se, sob pena de desfiguração do crime, que uma tal posse seja *vigiada: verbi gratia*, comete *furto* e não apropriação indébita o indivíduo que pede ao empregado de uma loja determinado objeto sob o pretexto de querer examiná-lo, evadindo-se com o bem solicitado tão-logo esse lhe seja entregue, inadvertidamente, pelo empregado).

Importa observar que, nessa hipótese (apropriação indébita), o momento do dolo é *consequente* à prestação causativa da vantagem ilícita (no caso, a assunção da posse direta sobre o bem, pelo devedor); inicialmente, recebe em confiança o bem alienado fiduciariamente, e mais tarde pretende inverter o título de sua posse, apropriando-se da coisa. Observe-se também o traço tipicamente *fiduciário* nessa modalidade de negócio jurídico, despontando com nitidez em meio aos aspectos penais do instituto (o que deve ser realçado, para que sobre isto ponderem os que negam qualquer caráter fiduciário à alienação *fiduciária* em garantia....). Ademais, essa localização do momento do dolo é valiosa, porque se um tal momento é anterior ao *erro* do sujeito passivo (nessas circunstâncias a conduta do fiduciário passa a ser verdadeiramente um *erro*, ao qual fora induzido pelos ardis do fiduciante), determinante da prestação causativa da vantagem ilícita, temos não mais uma apropriação indébita, mas um *estelionato*.

Além do *caput* do art. 168, pode-se antever, outrossim, a aplicação de uma das causas de aumento de pena desse mesmo dispositivo, mais especificamente aquela prevista no inciso I de seu § 1º. Lê-se aí que a pena é aumentada de um terço, quando o agente receber a coisa *em depósito necessário*. O depósito da Lei n. 4.728 não tem caráter consensual, podendo ser considerado como um efeito legal da propriedade fiduciária; essa, em relação àquele, terá a qualidade de um ato jurídico *stricto sensu*. Esse depósito é uma decorrência direta da lei, e opera-se necessariamente toda vez que credor e devedor derem causa ao surgimento da propriedade fiduciária; por isto, caracteriza-se como um depósito necessário. A figura do depósito necessário compreende o *depósito legal* (fazendo-se em desempenho de obrigação legal, como é o caso) e o *miserável* ("*miserabile depositum*", efetuando-se por ocasião de alguma calamidade pública, como um incêndio ou inundação), como se depreende do art. 1.282, I e II, do Código Civil. A lei penal abrange essas duas modalidades, portanto abarca a hipótese do depósito legal criado pela Lei n. 4.728/65, com as alterações do DL n. 611/69.

Dessa maneira pensam, entre outros, Ramagem Badaró¹⁷ e Paulo Restiffe Neto. Esse último, referindo-se ao bem alienado fiduciariamente do qual pretende apossar-se o credor para excutir a garantia, assevera: "*Sonegando-o [o fiduciante], sem motivo justo, a permanência em seu poder configura o delito de apropriação indébita de coisa alheia ao móvel de que tinha posse em razão de depósito necessário.*"

Ramagem Badaró¹⁸ observa ainda que também o credor fiduciário pode ser autor do delito de apropriação indébita, embora apenas excepcionalmente. Ocorre que o fiduciário não é titular pleno e efetivo de uma propriedade, diz; tem ele a propriedade da coisa alienada apenas para fins de garantia. Somente no momento em que se realiza a *condicio iuris* resolutiva do contrato de alienação fiduciária (a satisfação do crédito), deixa de ser o titular dessa propriedade que lhe fora dada em garantia; e somente então, segundo Badaró, pode haver a tipificação da apropriação indébita por parte do credor fiduciário, desde que esse se recuse a devolver a coisa móvel ao fiduciante, com o fito de tê-la ou usá-la como própria. Se, porém, tratar-se de simples procrastinação, sem o *animus* de assenheorar-se do objeto, não há apropriação indébita por ausência do elemento subjetivo, mas apenas mero inadimplemento de obrigação contratual. Ramagem Badaró não tece maiores comentários sobre seu exemplo, o que geraria uma certa perplexidade se considerarmos que a posse direta do bem remanesce com o fiduciante, e não com o fiduciário. Porém, podemos imaginar a hipótese em que o credor requisita a posse direta da coisa para a excussão de sua garantia, ao que não resiste o devedor, entregando-a sem maiores objeções; logo a seguir, porém, purga a mora e satisfaz o crédito, revertendo-se *ipso iure* a propriedade do objeto para ele, devedor. Se, nesse caso, o credor — que agora detém a posse direta sobre a coisa — dela vem a apropriar-se, negando-se a devolvê-la ao seu legítimo proprietário, incorre nas penas do art. 168 *caput* do Código Penal (sem nenhuma causa de aumento específica, porém). Nesse contexto, portanto, é de todo admissível o comentário de Ramagem Badaró, a que nos reportamos.

17. Ramagem Badaró, *Fisionomia Civil, Processual e Penal da Alienação Fiduciária em Garantia*, 1ª ed., São Paulo, Juriscredi, 1972, p. 154.

18. Ramagem Badaró, *ob. cit.*, pp. 162-163.

X. Conclusão

Os aspectos penais do instituto não apresentam grande dificuldade para o estudioso. Embora com técnica deficiente, e inserido em legislação que não cuida especificamente da temática penal, o § 8º do art. 66 (Lei n. 4.728) estabeleceu um novo tipo penal, diverso inclusive daquele que aponta como paradigma (art. 171, § 2º I do Código Penal), até porque esse último preceito abarca condutas não-mencionadas no primeiro dispositivo (*v.g.*, dar em locação).

Divergindo de Paulo Restiffe Neto e outros, entendemos que a alienação ou dação em garantia de objeto destinado à alienação fiduciária em garantia, antes que se lhe arquite o contrato no Registro de Títulos e Documentos, não configura o crime previsto no art. 66, § 8º; fundamentamos essa posição com fulcro na expressão "que já alienara fiduciariamente", elemento normativo do tipo, que não se teria verificado na hipótese em tela: sem o registro constitutivo, não há propriedade fiduciária, e portanto inexistente ainda a alienação fiduciária em garantia da coisa, propriamente dita. O que há é apenas o título apto a realizá-la. Dessarte, a consumação do delito pressupõe o registro do contrato de alienação fiduciária (ou daquele que contenha cláusula que a preveja), sem o qual não ocorrerá. Trata-se, por conseguinte, de um *delito concursual*, como quer a doutrina penalista: para a consumação delitual, exige-se a configuração de um fato qualquer não inserto no tipo penal, mas que é seu pressuposto lógico. O exemplo clássico dessa modalidade de delito pode ser encontrado na Lei de Falências: só há crime falimentar, se houver falência decretada; não configurado esse fato, a escrituração irregular dos livros comerciais, *v.g.*, é um irrelevante penal (cf. art. 186, VI, segunda parte, do DL n. 7.661/45).

Por outro lado, cumpre-nos esboçar, à guisa de conclusão e em traços largos, o panorama completo em que está inserto o instituto da alienação fiduciária em garantia, para que se possa então conjecturar sobre suas reais perspectivas. Deve-se ter em conta que, nesse país, a estrutura político-econômica hodierna, dirigida à retomada do desenvolvimento nacional e à redução das atividades econômicas encetadas pelo Estado (privatizações), prenuncia o incremento das operações de crédito, pela necessidade de injeções de capital na indústria brasileira. No mesmo sentido sinaliza o enorme índice de falências decretadas ultimamente, em decorrência das altas taxas de juros observadas no curso do plano econômico em vigor: grande a inadimplência, tanto maior a exigência de capitais.

Com efeito, a quem competirá, prioritariamente, fornecer os recursos financeiros reclamados pela sociedade e pelo mercado, sobretudo quando grassa entre nós um regime tantas vezes acoimado de neoliberal? Evidentemente que à iniciativa privada, isto é, às sociedades financeiras, para as quais o legislador reservou, ao final da década de 60 e com vistas à utopia desenvolvimentista de então, a garantia fiduciária. Dessarte, em proliferando as linhas de crédito e os financiamentos patrocinados por tais entidades, na mesma proporção haverá de se multiplicar a casuística da alienação fiduciária em garantia — e, de igual modo, as questões relativas à sua tutela *penal*. Mais do que nunca, problemas desse jaez eclodirão nas cortes judiciárias — e, mais do que nunca, o intérprete judicial e o hermeneuta deverão ter respostas seguras e expeditas, sob pena de se comprometer levemente a liberdade dos cidadãos, bem de máxima hierarquia nos Estados Democráticos de Direito.

São Paulo, janeiro de 1996.

A INEXISTÊNCIA DE UM SISTEMA ELEITORAL MISTO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA ADOÇÃO DO SISTEMA ALEMÃO NO BRASIL

Luís Virgílio Afonso da Silva

Aluno do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP

Resumo:

O sistema eleitoral alemão sempre despertou a simpatia dos insatisfeitos com o atual modelo representativo brasileiro. E, não-só no Brasil, esse sistema eleitoral tem sido considerado como o paradigma de uma terceira categoria de sistema eleitoral, a dos sistemas mistos, que reuniria elementos dos dois outros ramos dos sistemas eleitorais, o majoritário e o proporcional. Chega-se, neste artigo, à conclusão de que essa terceira categoria de sistemas eleitorais não existe e que o sistema alemão pertence à categoria dos sistemas proporcionais, o que faz com que sua adoção no Brasil seja menos dificultosa do que aparenta.

Abstract:

The german electoral system has always aroused the interest of those insatisfied with the present brazilian representative model. What is more, not only in Brazil, this electoral system has been considered as a paradigm of a third category of electoral systems, i.e., the mixed systems, which would combine elements of the two others branches of electoral systems, the majority and proportional systems. On this article it is possible to reach the conclusion that the mentioned third category of electoral systems does not exist and that the german system is inserted in the proportional representation category, which would decrease the difficulty of his adoption in Brazil.

Unitermos: Sistemas eleitorais misto e alemão; majoritário e proporcional.

* Este artigo foi feito com base nos resultados da pesquisa sobre sistemas eleitorais, feita pelo autor, sob orientação da Professora Fernanda Dias Menezes de Almeida, com o auxílio de uma bolsa da FAPESP - Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, entre abril de 1994 e junho de 1995.

Sumário:

1. Delimitação da discussão.
2. Sistema distrital misto: carência de significado.
3. Métodos de classificação dos sistemas eleitorais: fonte do problema da hibridéz.
4. O *princípio representativo* do sistema eleitoral alemão: a proporcionalidade.
5. Conclusão: requisitos formais para a adoção do sistema proporcional personalizado no Brasil.
6. Bibliografia.

1. Delimitação da discussão.

Mais uma vez nos vemos diante de propostas de mudanças em nosso sistema de eleição para a Câmara dos Deputados e, novamente, as discussões giram em torno do chamado sistema eleitoral misto, ou seja, do sistema eleitoral adotado na Alemanha. Muito já se discutiu a respeito das características, vantagens e desvantagens desse sistema, e não se quer aqui fazer mais um arrolamento de argumentos contrários ou favoráveis à mudança, nem tomar uma posição quanto ao sistema desejável para o Brasil. A proposta aqui é outra, um pouco mais teórica do que os debates entusiastas que ora endeusam ora massacram o sistema germânico. O que se fará aqui será uma crítica à própria categoria *sistema eleitoral misto* e, também, a terminologias que considero ainda mais errôneas, como *sistema distrital misto*. Mas a predominância do aspecto teórico-terminológico não-significa, obviamente, ignorar os resultados práticos que, no caso em questão, são altamente relevantes.

2. Sistema distrital misto: carência de significado.

A crítica começa pelo termo *sistema distrital*, do qual deriva a expressão *sistema distrital misto*. Criação, ao que parece, da doutrina brasileira, a expressão *sistema distrital* é absolutamente carente de valor distintivo entre os sistemas eleitorais, pois se refere apenas ao local onde a eleição será realizada *no distrito* -, mas não por qual método - *majoritário* ou *proporcional*. São sistemas distritais, dessa forma, tanto o proporcional brasileiro, no qual os distritos equivalem aos Estados, quanto o majoritário inglês, com seus distritos uninominais. Aqui no

Brasil, no entanto, sistema distrital ficou sendo sinônimo de sistema majoritário em distritos uninominais, o que é absolutamente errôneo. Parece que tal equívoco vem da contraposição feita entre distrito, que seria a delimitação territorial onde se realizam aquelas eleições em que o vencedor é somente o candidato mais votado, e circunscrição, que seria a delimitação onde são realizadas as eleições proporcionais, com vários eleitos no mesmo espaço físico. Não há, contudo, qualquer fundamento para essa contraposição, porquanto as palavras distrito e circunscrição, sem qualquer qualificação, significam tão-somente uma delimitação territorial, independente de eleição, de número de eleitos ou de candidatos por partido, sendo, portanto, sinônimas.

Esclarecida a questão referente ao termo *sistema distrital*, carente de significado como se pode ver, parece-me que nada precisa ser repetido aqui para se fazer uma crítica ao malchamado *sistema distrital misto*. Isto porque esta locução também emprega o equivocado termo *sistema distrital*, apenas acrescentando-lhe o qualificativo *misto*. Valem, portanto, também para essa expressão as críticas feitas no parágrafo anterior, ficando para mais adiante a discussão sobre o caráter misto do sistema.

É claro que não é a primeira vez que são feitas críticas à expressão *sistema distrital misto* e nem será a última. Tampouco é esse o objetivo deste artigo. Ventilei aqui essa questão apenas porque tal imprecisão terminológica sempre fez com que a expressão *sistema eleitoral misto*, sem o qualificativo *distrital*, parecesse a mais apropriada para denominar o sistema eleitoral utilizado para o parlamento alemão. Como o que parecia estar defeituoso era tão-somente o elemento *distrital* do termo, a expressão *sistema eleitoral misto* resolveria bem o problema e seria a mais apropriada para o caso.

Não é esta, contudo, a posição que aqui se vai adotar, porquanto entendo que *o sistema em vigor na Alemanha e proposto para o Brasil não é um sistema misto, mas proporcional*. Para explicar esta afirmação, é necessário que se faça uma breve análise das características distintivas entre sistema majoritário e sistema proporcional.

3. Métodos de classificação dos sistemas eleitorais: fonte do problema da hibridez.

Adoto aqui a classificação dos sistemas eleitorais feita por Dieter Nohlen, com a separação entre *regra de decisão* e *princípio representativo*, os quais explico mais adiante.

É comum ouvirmos as seguintes definições sobre os tipos de sistemas eleitorais: (a) nos sistemas majoritários, ganha o candidato que obtiver a maioria, absoluta ou relativa, dos votos; (b) nos sistemas proporcionais, a divisão dos mandatos é feita de forma a distribuí-los conforme o peso de cada força política em disputa.

As duas definições estão corretas, mas não é difícil perceber que cada uma delas utiliza um critério diferente de conceituação. Assim, quando se diz que nos sistemas majoritários ganha o candidato que obtiver a maioria de votos, está se fazendo uma classificação com base no *método de transformação de votos em mandatos (regra de decisão)*. Já quando se fala que nos sistemas proporcionais os mandatos são atribuídos conforme a força de cada partido, está se procedendo a uma classificação com base no *resultado do sistema (princípio representativo)*.¹

Chega-se, então, à conclusão de que há duas formas de se proceder a uma classificação dos sistemas eleitorais, uma baseada na *regra de decisão* e outra no *princípio representativo*.

Vejamos então qual é a *regra de decisão* utilizada por cada um dos dois tipos básicos de sistemas eleitorais, para depois analisarmos quais são seus respectivos *princípios de representação*.

A *regra de decisão* utilizada pelos sistemas eleitorais majoritários é aquela segundo a qual ganha o candidato que obtiver a maioria dos votos. Já para os sistemas proporcionais, a *regra de decisão* é aquela que diz que eleitos são os candidatos ou partidos que alcançarem um determinado número de votos (n), o que significa que um partido consegue tantos mandatos quantas vezes seu número total de votos contiver n . Nota-se que, agora, a classificação baseou-se em apenas um critério, qual seja, o método de transformação dos votos em mandatos (*regra de decisão*).

1. Cf. Dieter Nohlen, *Wahlrecht und Parteiensystem: über die politischen Auswirkungen von Wahlsystemen*, pp. 97, 102, 106 e *passim*.

Em se tratando do *princípio representativo*, pode-se dizer que os sistemas majoritários pretendem constituir uma maioria partidária, ainda que essa maioria esteja baseada em uma minoria de eleitores, enquanto que os sistemas proporcionais pretendem refletir no Parlamento, em uma proporção mais ou menos exata, a força de cada partido que entra na disputa.

Feita essa prévia explicação, duas perguntas fundamentais se colocam: (1) qual é a relação entre esses dois diferentes modos de se classificar os sistemas eleitorais? (2) quando a Constituição de um país prevê um determinado sistema eleitoral para as eleições de seu poder legislativo, qual critério deve ser levado em consideração?

(1) Os dois critérios se relacionam, segundo Dieter Nohlen, como meio e fim, sendo que a *regra de decisão* é um meio para se chegar ao *princípio representativo* desejado.² Normalmente, os dois critérios acabam coincidindo, o que significa que os modelos eleitorais que adotam a *regra decisória* majoritária se ajustam ao princípio majoritário, o mesmo valendo para os sistemas proporcionais. Mas nem sempre isso ocorre.³

(2) Essa não-necessária coincidência entre meio e fim faz com que surja a dúvida sobre qual deles deve prevalecer. Parece claro que a *regra de decisão* tem uma importância secundária na opção por um sistema eleitoral, pois se há uma previsão constitucional sobre um sistema eleitoral, significa que os constituintes fizeram a opção por um *princípio representativo* e não por um simples método que pode, em alguns casos, não se coadunar com o princípio desejado. Assim, parece questionável a posição de Canotilho quando afirma, ao tratar do sistema eleitoral português, que "*o sistema [adotado] deve ser em si mesmo proporcional, não bastando ser um sistema que dê resultados proporcionais*".⁴ Faz ele essa ressalva acrescentando que, mesmo a Constituição portuguesa prevendo a eleição de acordo com o princípio de representação proporcional (art. 116, 5), ficaria afastada a hipótese de adoção do chamado sistema misto alemão, "ainda que este sistema possa

2. *Idem*, p. 106.

3. É o caso do sistema proporcional aplicado em circunscrições de pequeno tamanho (menos de seis eleitos). Nesse caso, apesar de ser aplicada a regra de decisão proporcional, os resultados são majoritários, sendo eleitos somente os candidatos dos partidos mais fortes. Cf, nesse sentido, Dieter Nohlen, *Wahlrecht und Parteiensystem*, p. 107; *Idem*, *Wahlssysteme der Welt*, p. 173 e ss.; Rein Taagepera & Matthew Soberg Shugart, *Seats and Votes*, p. 112 e ss..

4. J. J. Gomes Canotilho, *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 628.

assegurar resultados impecavelmente proporcionais'.⁵

Fica claro, após o que já foi dito, que não-obstante poder haver uma enorme variação, e mesmo *mistura*, nos critérios de transformação de votos em mandatos (*regra de decisão*), devido à livre possibilidade de combinação de métodos, de novas construções de sistemas aritméticos etc., no campo do *princípio representativo* há somente duas opções, a serem escolhidas de maneira exclusiva: ou se busca a formação de maiorias parlamentares (princípio majoritário) ou se objetiva um poder legislativo que reflita de maneira mais ou menos fiel as diversas correntes de pensamento existentes na sociedade (princípio proporcional).

Fica claro, também, que quando se quer determinar se um sistema eleitoral é proporcional ou majoritário é o *princípio representativo* que deve ser levado em conta, ficando a *regra de decisão* como um simples meio de atingí-lo (caráter meramente instrumental da *regra de decisão*). Isto porque, frise-se, quando há uma escolha constitucional ou legal por um determinado sistema, o que se quer é que o *princípio representativo* desse sistema seja atendido, independente da fórmula adotada, porquanto não faria sentido apegar-se a uma *regra de decisão*, de caráter meramente técnico, se o princípio não fosse respeitado.

É esse o motivo pelo qual não se pode falar em sistemas mistos, porque mesmo que haja concomitantemente elementos majoritários e proporcionais no método de transformação de votos em cadeiras, um sistema eleitoral só pode atender a um princípio representativo, seja majoritário (formação de maiorias) seja proporcional (distribuição conforme a força de cada partido), sendo logicamente impossível misturar os dois princípios, já que seria teratológico pensar em formação de maiorias e ao mesmo tempo refletir todas as correntes de pensamento em uma determinada sociedade.

4. O *princípio representativo* do sistema eleitoral alemão: a proporcionalidade.

Com as considerações feitas acima, e a compreensão de que não é possível se falar em um sistema que seja misto do ponto de vista do *princípio representativo*, resta analisar qual a situação do sistema alemão dentro desse contexto.

5. *Idem, ibidem*. No caso português a discussão é meramente teórica, pois a própria Constituição prevê a adoção do sistema de Hondt.

A tentativa de unir elementos dos sistemas majoritários e proporcionais foi, na Alemanha do pós-guerra, uma das formas de se evitar os problemas gerados pelo sistema proporcional da República de Weimar, o qual, segundo alguns, foi uma das principais causas da instabilidade política no entreguerras naquele país.⁶ E é também essa aparente combinação de sistemas que levou a doutrina à criação de uma nova categoria entre os sistemas eleitorais, a dos sistemas mistos.

O modelo germânico tem, sim, elementos majoritários e proporcionais, mas somente na construção de sua *regra de decisão*. E isso, como já foi dito, não pode ser considerado como uma característica de mistura. Além disso, o elemento majoritário tem um papel tão-pouco decisivo na caracterização do sistema que, mesmo restringindo a análise à *regra de decisão*, perceberíamos que o elemento que define o sistema é o proporcional. Para demonstrar essa afirmação, é necessária uma explicação acerca do funcionamento técnico do sistema alemão:

a. cada Estado federado é dividido em um número de distritos igual à metade das cadeiras a que tem direito no Parlamento;

b. cada partido apresenta dois tipos de candidaturas: um candidato para concorrer à eleição majoritária uninominal no interior de cada um dos vários distritos e uma lista de candidatos com ordem previamente definida pelo partido (lista bloqueada), igual para todos os distritos de um determinado Estado (lista estadual);

c. cada eleitor dispõe de dois votos, referentes às duas formas de candidaturas: no primeiro deles, vota no candidato do seu distrito e, no segundo, em uma das listas partidárias;

d. para a definição de quantos mandatos cada partido tem direito, são utilizados somente os segundos votos, ou seja, os votos dados para a lista partidária. Para tal distribuição, utiliza-se um método proporcional, que na Alemanha é o método Hare/Niemeyer. É necessário frisar, para que não haja compreensões errôneas, que *essa distribuição não se refere somente à metade das cadeiras a preencher, como muito se ouve dizer, mas ao total delas*. Assim, se um Estado tem direito a trinta deputados no Parlamento, *estas trinta vagas são distribuídas segundo o método proporcional*;

e. a parte majoritária só é considerada quando do preenchimento das

6. Cf., nesse sentido: Emil Hübner, *Wahlssysteme*, p. 21 e 116; Peter Pulzer, "Germany", p. 84.

vagas já distribuídas pelo método proporcional. Assim, após a definição do quociente partidário, isto é, do número de mandatos a que cada partido tem direito, o preenchimento das vagas é feito da seguinte forma: são considerados eleitos todos os candidatos que tenham vencido as eleições internas de cada distrito mais os n primeiros nomes da lista partidária estadual, sendo n o número necessário para se completar o quociente partidário.

Explicado o funcionamento do sistema, fica claro que a inserção da parte majoritária não-altera a forma como é feita a distribuição das cadeiras, ou seja, de acordo com a fórmula proporcional.

Concluindo este tópico, pode-se afirmar: se *todos* os mandatos são distribuídos de forma a que cada partido tenha um número de mandatos proporcional à sua força, isso significa que *o sistema eleitoral alemão é um sistema que atende ao princípio representativo proporcional e que, por conseguinte, se insere na categoria dos sistemas proporcionais*.⁷

Parece, então, ser importante que se adote outra expressão para se denominar o sistema eleitoral alemão, sendo a mais indicada para isso exatamente aquela utilizada onde o sistema foi criado, expressão que por si só já aponta para a inclusão do sistema entre os proporcionais. Afastando o equivocado termo sistema misto, passaríamos a utilizar a expressão *sistema proporcional personalizado (personalisiertes Verhältniswahlssystem)*.

5. Conclusão: requisitos formais para a adoção do sistema proporcional personalizado no Brasil.

A Constituição brasileira, como grande parte das constituições ocidentais, não entra em detalhes quando trata do sistema de eleição para a Câmara dos Deputados. Prevê ela somente que deva ser atendido o *princípio representativo proporcional*, não havendo menção à *regra de decisão* a ser adotada, o que fica para a legislação ordinária. Diz o art. 45 da Constituição de 1988: "A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal".

7. Cf., com posições semelhantes, Dieter Nohlen, *Wahlrecht und Parteiensystem*, pp. 192 e 211; Kurt Sontheimer, *Grundzüge des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland*, p. 209; Klaus Von Beyme, *Das politische System der Bundesrepublik Deutschland nach der Vereinigung*, pp. 82 e 83.

Sempre que se cogitou da adoção do sistema proporcional personalizado, principalmente na malfadada revisão constitucional, a única solução que parecia cabível seria a votação de uma emenda constitucional, pelo fato do sistema alemão ser considerado um sistema misto, incompatível com a exigência constitucional de um sistema proporcional. Não me parece, contudo, ser necessária a adoção de tal procedimento. Para explicar, coloco agora três conclusões aqui tiradas, para após extrair uma conseqüência que demonstrará a inexigibilidade de emenda constitucional para a adoção do sistema eleitoral alemão no Brasil.

(1) quando uma Constituição prevê a adoção de um determinado sistema eleitoral, sem entrar em detalhes de seu funcionamento técnico, ela faz referência a um *princípio representativo* e não a uma *regra de decisão*;

(2) a única exigência da Constituição brasileira a respeito do sistema de eleição para a Câmara dos Deputados é que o sistema seja proporcional;

(3) o sistema alemão é um sistema eleitoral proporcional, pois se coaduna com o *princípio representativo proporcional* (distribuição de mandatos proporcionalmente à força de cada partido).

Conclusão: o sistema eleitoral alemão se ajusta completamente aos preceitos estabelecidos pelo art. 45 da Constituição, não havendo, por isso, a necessidade de uma emenda constitucional para sua adoção no Brasil, bastando, para tanto, que se alterem as disposições da legislação ordinária sobre o tema.⁸

São Paulo, maio de 1996.

6. Bibliografia.

- BEYME, Klaus von. *Das politische System der Bundesrepublik Deutschland nach der Vereinigung*. 6. Aufl., München, Piper, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993.
- HÜBNER, Emil. *Wahlssysteme und ihre möglichen Wirkungen unter spezieller Berücksichtigung der Bundesrepublik Deutschland*. 6. Aufl., München, Bayerische Landeszentrale für Politische Bildungsarbeit, 1984.
- NOHLEN, Dieter. *Wahlrecht und Parteiensystem: über die politischen Auswirkungen von Wahlssystemen*. Oplade, Leske, 1990.
- _____. *Wahlssysteme der Welt: Daten und Analysen Ein Handbuch*.

8. No caso, o Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65), especialmente os arts. 82 a 113.

München, Piper, 1978.

PULZER, Peter, "Germany" in BOGDANOR, Vernon & BUTLER, David. *Democracy and Elections: electoral systems and their political consequences*. Cambridge, Cambridge University Press, 1983.

SONTHEIMER, Kurt. *Grundzüge des Politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland*. 13. Aufl., München, Piper, 1989.

TAAGEPERA, Rein & SHUGART, Matthew Soberg, *Seats and Votes: the effects and determinants of electoral systems*. New Haven, Yale University Press, 1989.

GRACIANO E O PROCESSO MEDIEVAL

Acácio Vaz de Lima Filho

Aluno de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP

Resumo:

Neste artigo, tecemos considerações sobre Graciano e a Universidade Medieval, na qual, produziu a sua obra. Tratamos do "Decreto", e de sua difusão, graças à "Escola dos Decretistas". Enfatizamos que Graciano foi um *divortium aquarium*, na evolução do Direito Canônico, e demonstramos, na esteira de Fernando Della Rocca, que o "Decreto" foi um ponto de partida da evolução que iria dar, ao processo canônico, a sua autonomia.

Abstract:

In this article we coment about Graciano and Medieval University whole he brought forth his work. We are discussing "Decreto" and its divulgation, thanks to "Escola dos Decretistas" (Decretista's School). We emphasize that Graciano was a "Divortium Aquarum" in the development of the Canon Law and we demonstrate, in the track of Fernando Della Rocca, that "Decreto" was a starting point in the evolution that would give, to the canonic process, its autonomy.

Unitermos: Direito Canônico. Processo Canônico. Universidade Medieval. Sistematização. Bolonha. Estudos jurídicos. Autonomia Científica. Difusão. Decretistas.

Sumário:

- I - Introdução
- II - Considerações sobre a Universidade Medieval
- III Graciano e o "Decreto"
- IV A difusão da obra de Graciano. Os "Decretistas"
- V O processo em Graciano
- VI Conclusões
- VII Bibliografia

I - Introdução

Como é sabido, no ano de 476 d.C. Odóacro, rei dos hérulos, à testa de uma força invasora, derrubou politicamente o Império Romano do Ocidente, sendo que o mencionado ano de 476 assinala o início da chamada "Idade Média". Enquanto no Oriente o Império Romano vai subsistir até 1453, quando Constantinopla é tomada pelos turcos otomanos, no Ocidente da Europa, no território que fora a "Pars Occidentis" do Império Romano, os povos invasores todos eles, sem exceção, em estágio cultural inferior ao dos romanos vencidos instalam-se nos territórios conquistados, entre eles repartidos, e os governam ao seu modo.

John Gilissen, em *Introdução Histórica ao Direito*, divide o Medievo em *Alta Idade Média*, período que vai do século VI ao século XII, e *Baixa Idade Média*, do século XII em diante. Inclino-nos, pessoalmente, por considerar o ano da queda de Constantinopla 1453 como o termo final de toda a Idade Média, e, pois, da *Baixa Idade Média*. Ainda Gilissen, ao elencar os sistemas jurídicos encontrados na Europa, do século VI ao XII, entre eles inclui o Direito Canônico (V. ob. cit., tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, pp. 128-131).

Em termos bastante sintéticos, podemos afirmar que a *Unidade Política e Jurídica*, que haviam caracterizado o Império Romano, foram substituídas no Ocidente da Europa, na Idade Média, pela *Fragmentação Política*, e pelo *Pluralismo Jurídico*. Um outro ponto merece ser destacado: assim como, anteriormente, os romanos vencedores haviam sido subjugados pela superior cultura dos gregos, agora, com a ruína política do Império Romano do Ocidente, os germanos vitoriosos, conscientes da enorme superioridade cultural dos vencidos, irão procurar imitá-los, em tudo. Ou, por outras palavras, o fascínio de Roma e do Império, irá sobreviver à preeminência da "Urbs" enquanto potência militar, política e econômica. Fatos como este, de resto, são bastante comuns na História.

No genuíno caos instaurado com a queda do Império Romano do Ocidente, uma instituição sobrevive incólume. É ela a Igreja Católica. Desde Constantino, *O Grande*, o próprio Império se tornara cristão. E, assim como Roma, nos anos subseqüentes ao Édito de Milão, ficara impregnada de "catolicidade", a própria Igreja, por sua vez, ficara impregnada de "romanicidade". O Latim tornou-se

a língua oficial da Igreja; o Papa, antes dos seus outros títulos, ostenta o de "Bispo de Roma" e é chamado, também, de "Sumo Pontífice" ... e assim por diante.

Hannah Arendt, convém lembrar, não hesita em dizer que a Igreja Católica tomou o conceito de *Auctoritas*, do legado de Roma. Escreve ela:

"O vigor e continuidade extraordinários desse espírito romano ou a extraordinária solidez do princípio fundador para a criação de organismos políticos submeteram-se a um teste decisivo, reafirmando-se indiscutivelmente após o declínio do Império Romano, quando a herança política e espiritual de Roma passou à Igreja Cristã. Confrontada com essa tarefa mundana bem real, a Igreja tornou-se tão-'romana' e adaptou-se tão-completamente ao pensamento romano em matéria de política que fez da morte e ressurreição de Cristo a pedra angular de uma nova fundação, erigindo sobre ela uma nova instituição humana de tremenda durabilidade." (v. *Entre o Passado e o Futuro*, tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida, 3ª ed., São Paulo, Editora Perspectiva S.A., 1992, pp. 167-68, grifos nossos).

Mais adiante, leciona a mesma autora:

"Graças ao fato de que a fundação da cidade de Roma se repetiu na fundação da Igreja Católica, embora, evidentemente, com conteúdo radicalmente diverso, a tríade romana de religião, autoridade e tradição pôde ser assumida pela era cristã. O sinal mais claro dessa continuidade talvez seja o fato de a Igreja, ao se atirar em sua grande carreira política no século V, ter adotado imediatamente a distinção romana entre autoridade e poder, reclamando para si mesma a antiga autoridade do senado e deixando o poder que no Império Romano não estava mais nas mãos do povo, tendo sido monopolizado pela família imperial aos príncipes do mundo". (Ob. cit., p. 169 grifos nossos).

Por sua vez, a historiadora Barbara W. Tuchman, ao tratar do caos político que se instalou na Europa, após a queda do Império Romano do Ocidente, assim se expressa:

"Depois da queda do Império, a sociedade medieval que surgiu era uma série de peças que não se harmonizavam e se chocavam, sem nenhuma autoridade secular central ou efetiva. Apenas a Igreja oferecia um princípio de organização, e foi essa a razão de seu êxito, pois a sociedade não pode suportar a anarquia." (v. *Um espelho distante*, tradução de Waltensir Dutra, Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora S.A., 1989, p. 7 - grifos nossos).

Creemos assistir razão a Hannah Arendt, autora por primeiro citada, quando afirma que a Igreja Católica hauriu de Roma a noção de *Auctoritas*; segundo pensamos, apenas sendo detentora da *Autoridade*; poderia a Igreja oferecer, no dealbar da Idade Média, o "princípio de organização" lobrigado por Barbara W. Tuchman ...

Sem dúvida, desempenhou a Igreja Católica, ao longo da Idade Média, um papel relevante ao extremo. Sobre tal papel, escreve o ilustre Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *verbis*:

"O mesmo condicionalismo histórico que manteve a idéia imperial e favoreceu a ressurreição medievá do Império Romano, explica, igualmente, o chamado renascimento do Direito Romano. Como há pouco se disse - o Direito Romano é o direito do Império.

Ainda que se não entre na análise de todos os factores que se acham na gênese desta situação, não se pode, no entanto, esquecer o papel desempenhado pela Igreja.

Vimos, que, derrubada, politicamente, em 476, a "pars occidentis" do Império, a única grande realidade institucional dos tempos antigos, que sobrevive, e faz a ligação entre o romano e o barbárico é a Igreja. Tempos haverá em que "catholicus" é sinônimo de "romanus".

Ora, do mesmo modo que foi a Igreja manter a idéia do Império e, depois, a promover a "translatio imperii", assim, também, é ela, que, em contacto permanente com o mundo bárbaro, vai insinuando, nas coisas temporais, a aplicação do Direito Romano que é a sua "lex approbata", a sua "lex saeculi". (v. História do Direito Português, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, v. I, pp. 140-41 grifos no original).

É fora de dúvida, pensamos, que o fato de ser a Igreja nos primeiros tempos da Idade Média, "a única grande realidade institucional" da Antigüidade a sobreviver, como nota Nuno Espinosa Gomes da Silva, contribuiu para o seu prestígio, bem como para o papel que desempenhou, de "elo" entre o passado romano e o presente germânico. *Mas aduzimos que tanto o prestígio da Igreja Católica à época, quanto o papel relevante por ela desempenhado, seriam inconcebíveis, fora do quadro de estranhada religiosidade do Medievo.*

Ao tratar desta matéria, ensina a já citada historiadora Barbara W. Tuchman:

"Na Idade Média, ninguém duvidava que a grande maioria seria destinada à danação eterna. Salvandorum paucitas, damnandorum multitudo (poucos os salvos, muitos os danados) era o rígido princípio mantido de Agostinho a Aquino. Noé e sua família eram tomados como índice de proporção dos que seriam salvos, calculado em geral como um em mil, ou mesmo em dez mil. Não importa que poucos fossem os escolhidos, a Igreja oferecia esperança a todos. A salvação era impossível para sempre aos que não-acreditavam no Cristo, mas não aos pecadores, pois o pecado era uma condição inerente à vida, que podia ser neutralizado quantas vezes necessário pela penitência e absolvição. 'Volta novamente, volta novamente, ó pecador', dizia um pregador lolardo, 'pois Deus conhece teus descaminhos e não te abandonará. Volta para mim, disse o Senhor, e

eu te receberei e te levarei para a graça". (Ob. cit., p. 34 - grifos no original).

É preciso não-olvidar, ademais, o papel desempenhado pela Igreja Católica durante a Idade Média, no que diz respeito à existência quotidiana dos homens da época. A propósito, aduz Barbara W. Tuchman:

"A Igreja dava solenidade e dignidade a vidas que pouco tinham de ambas. Era fonte de beleza e arte a que todos tinham algum acesso e que ajudava muitos a criar. Entalhar as dobras da túnica de um apóstolo, pregar com infinita paciência os brilhantes fragmentos de mosaico até formar um quadro de anjos alados num coro celestial, ficar no espaço imenso da nave de uma catedral entre pilastras que subiam e subiam para uma abóboda quase invisível, e saber que era obra do homem em honra a Deus era motivo de orgulho para o mais humilde e podia fazer do menor dos homens um artista". (Ob. e loc. cit.).

Razão assiste, sem dúvida, à autora de *Os Canhões de Agosto*: a religião abrangia, literalmente, todos os aspectos da vida do homem medieval. Assim, não é de causar espécie que os homens da Igreja, na hierarquia social da época, ocupassem o extrato superior. É ainda Barbara W Tuchman quem ensina, *verbis*:

"A condição de nobreza vinha do nascimento e da linhagem, mas tinha de ser confirmada pela "vida em estilo nobre" isto é, pela espada. Era nobre quem nascia de pais e avós nobres, e assim retrospectivamente até o primeiro calaveiro armado. Na prática, essa norma era falha e a condição, fluída e inexata. O único critério certo era a função ou seja, a prática das armas. Era uma função atribuída ao segundo dos três Estados criados por Deus, cada qual com uma determinada tarefa para o bem de todos. O clero devia

rezar para todos os homens, o cavaleiro lutar por eles, e o plebeu trabalhar para que todos pudessem comer.

Como o Estado mais próximo de Deus, o clero vinha em primeiro lugar. Dividia-se em duas hierarquias: a que vivia em clausura e a secular, que vivia entre os leigos. Presidiam ambas as hierarquias os prelados abades, bispos e arcebispos, que eram os equivalentes aos grand-seigneurs seculares. Entre o prelado e o padre pobre e semiletrado que vivia de migalhas, pouco havia em comum". (Ob. cit., p. 15 grifos no original).

A intensa religiosidade era, pois, uma das características básicas da Idade Média, senão a mais marcante de todas. Sobre ela, escreve Marcello Caetano:

"Neste fundo de dureza e violência inseria-se a mentalidade religiosa. O homem medieval era profundamente religioso e o português da Reconquista não fugia à regra. Religião em geral pouco esclarecida, mas que penetrava, até ao âmago na vida individual e colectiva.

Vivendo numa natureza indômita, de uma agricultura sujeita a todos os riscos as intempéries, as calamidades cósmicas, as epidemias, a doença e a morte, tudo constituía para a humanidade um mistério, cujas manifestações irresistíveis eram comandadas pela Divina Providência e de que só pelo milagre às vezes os indivíduos se podiam salvar. À fé profunda em Deus, juntava-se assim a certeza do governo da sua Providência e a esperança constante no milagre.

Esse milagre não o poderiam merecer os homens senão pela penitência e pela comunhão dos santos, isto é, pelo facto de cada cristão aproveitar os méritos de Cristo e de todos os que na cristandade obtivessem para o Mundo a graça divina. Por isso, ao lado da violência se encontra na Idade Média a santidade na sua forma mais exaltada (S. Francisco de Assis é um protótipo) e

uma preocupação colectiva permanente de aplacar as iras divinas, nas procissões, nas romarias e nas grandes peregrinações aos santuários". (V História do Direito Português, Lisboa, Editorial Verbo, 1981, v. I, pp. 199-200 -grifos nossos).

Prossegue o ilustre professor da Universidade de Lisboa, *verbis*:

"O homem, aliás, tinha pouco apreço pelo seu corpo e pelo seu bem-estar. A vida era curta, e consistia em breve passagem pela Terra a caminho da eternidade. O receio do juízo divino depois da morte é um dos raros e mais fortes travões do procedimento humano. Juízo individual, e o grande e colectivo Juízo Final, tão frequentemente representado na arte medieval.

Sem ter presente esta mentalidade não poderão compreender-se a influência do clero e muitíssimos, aspectos do Direito da Idade Média: desde a redação dos documentos, com suas "arengas" teológicas e suas fórmulas de maldição, até ao sistema das provas judiciais, com o "juízo de Deus". (Ob. e loc. cit. - grifos nossos).

Como vemos, tendia o homem do Medievo a vislumbrar, nos mais variados fatos, a intervenção direta da Divindade. Este dado não escapou a Sir Arthur Conan Doyle, o notável escritor escocês que dedicou algumas das suas obras de ficção histórica à temática da "Guerra dos Cem Anos" Escreve Conan Doyle, em *A Companhia Branca*:

"Aleine Edricson inclinou a cabeça enquanto o abade elevava sincera súplica ao Céu para que guardasse a alma dêsse jovem que se embrenhava nas trevas e perigos do mundo. Não era simples formalidade para nenhum dêles. Para êles a vida exterior se afigurava de violência e pecado, cheia de perigos físicos e, mais ainda, de perigos espirituais. O céu também naqueles dias estava muito perto dêles. Viam

manifestações diretas de Deus no trovão e no arco-íris, nos tufões e nos relâmpagos. Para o crente, nuvens de anjos, confessores e mártires, exércitos de santificados e remidos estavam sempre dirigindo os irmãos que lutavam na terra, erguendo-os e amparando-os." (Cf. ob. cit., São Paulo, Edições Melhoramentos, s/d, p. 25 - grifos nossos).

Creemos estar suficientemente ilustrada a entranhada religiosidade da Europa Medieval, a qual, aliada à circunstância de ter a Igreja Católica remanescido, nas palavras de Nuno J. Espinosa Gomes da Silva "*a única grande realidade institucional dos tempos antigos*" (ob. e loc. cit.), permitiu que o Direito Canônico e, de conseqüente, o Processo Canônico - tivesse, neste longo período histórico, a preeminência que ostentou.

O labor de *Graciano* se desenvolveu na Universidade de Bolonha. Ora, a instituição universitária, como é sabido, *nasceu e se consolidou na Idade Média*. Destarte, cremos oportunas algumas considerações pertinentes à Universidade, o que faremos a seguir.

II Considerações sobre a Universidade Medieval

Ainda não desapareceram de todo da literatura científica o que é lamentável - os efeitos deletérios dos preconceitos que, contra a Idade Média em geral, foram difundidos pelos historiadores do Renascimento. Assim, ainda é comum que, ao Medievo, sejam atribuídos os qualificativos de "Idade das Trevas" (*Dark Age*), "Período do Obscurantismo" e assim por diante.

O estudioso da História deve se acautelar contra o perigo de tratar o passado, utilizando-se dos padrões do presente. E esta cautela, segundo pensamos, deve ser redobrada no estudioso da História do Direito.

Em se tratando da Idade Média, é preciso ter em mente, no trato das suas instituições, a advertência candente do professor Marcello Caetano, que transcrevemos "retro" na "Introdução" De plano, fique consignado que não podemos e não devemos concordar com o nome de "Idade das Trevas", aplicado a uma época que produziu a própria Universidade, cuja gênese medieval teremos

forçosamente que conhecer, sob pena de renunciarmos a compreender a instituição universitária, tal como hoje ela se nos apresenta...

Antonio Garcia y Garcia, em seu notável livro *Estudios sobre la Canonística Portuguesa Medieval*, faz uma análise cientificamente séria do tema em apreço.

Após tecer algumas considerações sobre as causas do surgimento das Universidades a partir do século XII, Garcia y Garcia assim se manifesta sobre Bolonha:

"El papel que jugó Bolonia en el mundo del derecho medieval puede sugerir al lector menos avisado la idea de que se verificó el trasplante de una institución italiana a toda la Europa de entonces.

Pero en realidad la escuela de derecho de Bolonia era internacional, porque lo eran las fuentes constitutivas de ese derecho y lo eran también los maestros y alumnos de las aulas boloñesas. En este sentido, Bolonia era menos italiana que Roma, La gloria de Bolonia va ligada a su universalismo y a la presencia de extranjeros en el professorado y alumnado.

Cuando esta presencia decae a finales del s. XIII, declina también el prestigio boloñés. Esta presencia internacional decae principalmente por dos razones: el surgir de otras universidades por toda Europa y las medidas contra el elemento forastero en Bolonia". (V. ob. cit., Madrid, Fundacion Universitaria Española, 1976, p. 20).

Ao relacionar o surgimento das Universidades com a aparição dos juristas, escreve o autor espanhol:

"Con el nacimiento de las universidades coincide la aparición de los juristas, que con su actividad científica juegan un papel realmente importante en la vida de aquella sociedad.

Recuérdese que el derecho constituye uno de los principales ingredientes de la vida social en la edad media, de suerte que nunca se podrá interpretar correctamente la historia medieval sin un conocimiento a fondo del factor jurídico, como resultaría sin sentido la historia contemporánea de estos últimos siglos sin tener muy presente el factor económico" (Ob. cit., p. 21 - grifos nossos).

O autor ora examinado, após reconhecer que a Universidade se encontra, atualmente, em crise, põe como condição primeira para uma reflexão serena sobre o assunto, o conhecimento do que chama de "lógica interna" que informou a instituição universitária, desde os seus começos.

Fixemos bem um ponto. Garcia y Garcia distingue entre o que chama "Universidades Hierárquicas" e "Universidades Democráticas". As de Paris e Oxford estariam entre as primeiras, ao passo que Bolonha estaria entre as segundas. Para os objetivos do presente estudo, o fundamental é saber *como se desenvolviam os estudos de Direito Canônico na Universidade de Bolonha*. Deixaremos de lado, propositalmente, as interessantíssimas questões alusivas aos estatutos e ao funcionamento da Universidade como um todo, limitando-nos a afirmar, com segurança, que a instituição universitária na Idade Média, usufruiu de uma autonomia jamais igualada *a posteriori*.

A autonomia da Universidade no Medievo é essencial para a sua compreensão, sem dúvida. Mas, a esta autonomia, é imprescindível que o estudioso contemporâneo acrescente uma outra característica *básica*, que muito contribuiu para a grandeza da instituição. Referimo-nos *ao compromisso com o saber pelo saber*, que é a *antítese do utilitarismo e do imediatismo*, que corroem a Universidade contemporânea.

Feitas estas considerações introdutórias, estamos habilitados a examinar *como se desenvolviam os estudos canonísticos na Universidade Medieval*, de que Bolonha é o paradigma.

Ensina Garcia y Garcia:

*"Los textos legales objeto de estudio en la universidad medieval eran fundamentalmente los dos **Corpus Iuris**, civil y canónico. A las colecciones del **Corpus Iuris Canonici** hay que añadir algunas colecciones intermedias como les así llamadas **Compilaciones Antiquae**, el Concilio IV Lateranense de 1.215, las colecciones de decretales de Inocencio IV y Gregorio X, aparte de algunas decretales sueltas como la decretal **Cupientes** de Nicolao III. A las **Compilaciones Antiquae** se las denomina **Decretales Antiquae** en oposición a las **Decretales Novae (Liber Extra)** y a las **Decretales Novissimae o Novellae** (diversas colecciones intermedias). A veces no aparece claro si alguno de los escritos sobre estos textos adicionales son fruto de la docencia universitaria u obra de laboratorio sin relación directa con la actividad universitaria. Tenemos, pues, que por lo que respecta a la cononística, se comentaba en clase el derecho canónico vigente tal como aparecía en las más recientes colecciones y a veces incluso antes de que entrara a formar parte de colección alguna. En este último sentido se aludía a los textos legales con la fórmula **extra omnes titulos**". (Cf. ob. cit., p. 41-2 - grifos no original).*

Deixamos de mencionar os textos estudados pelos civilistas (romanistas), uma vez que a nossa atenção ora está voltada para o Direito e para o Processo Canônicos.

No que diz respeito à metodologia, deve ficar consignado que as lições dos professores, recebiam o nome de "lectiones", ou "lecturae" Consistiam elas, fundamentalmente, no comentário ao texto legal. Era seguido, aqui, o método preconizado por *Hostiense* na "Summa Aurea" (X 5.5). Escreve, a propósito, Garcia y Garcia:

"O sea, que en primer lugar se fijaba el sentido del texto, se aducían los lugares paralelos, razones en pro y en contra, cuestiones que se derivaban del tema central, notabilia y conclusión o punto de vista del profesor" (Ob. cit., p. 45 grifo no original).

Um outro exercício era o das "repetitiones" (repetições), que consistia, geralmente, em um exame mais exaustivo de textos legais que já haviam sido objeto do comentário ou curso ordinário. Às vezes, a repetição se limitava a uma recompilação de elementos muito díspares sobre um determinado tema.

Além destas repetições feitas por professores havia outras, feitas pelos estudantes.

Na Universidade de Bolonha - sempre de acordo com o jurista espanhol já citado - ocorriam na primavera e no verão as "disputationes". Delas, diz Garcia y Garcia que *"consistían fundamentalmente en la discusión pública de una cuestión jurídica que se elegía arbitrariamente o se tomaba de la vida real o de los tribunales."* (Ob. cit., p. 46).

Das "disputationes" em Bolonha, só podiam participar os doutores. Mas, a todos os assistentes, era facultado objetar, oferecendo "oppositiones". Se os assistentes objetassem "por ofício", recebiam o nome de "concorrentes".

Refere Garcia y Garcia que o "Libellus Disputatorius" de Pillius de Medicina, e o "Modus Arguendi" de Dino de Mugello, são protótipos desta literatura, destinada a fomentar nos estudantes de Direito a habilidade dialética. Há coleções de "Quaestiones Disputatae" que chegaram aos nossos dias.

Apresenta cremos algum interesse acadêmico, saber algo da rotina letiva de Bolonha, que, repitamos, no que tange aos cursos jurídicos, serviu de paradigma para as Universidades fundadas *a posteriori*. Escreve Garcia y Garcia:

"Los canonistas comenzaban sus clases en Bolonia el día siguiente de San Lucas (19 octubre) y los civilistas al día siguiente. El curso duraba un año. Pero había unos 90 días de vacación: 11 por Navidad, 15 por Pascua de Resurrección y unos dos meses en verano. Si no había ningún día festivo durante la semana, el jueves era día de vacación. La clase ordinaria comenzaba al alba (ad Primam), durando de dos a tres horas. Esta clase era

dada por profesores ordinarios. Las clases extraordinarias tenían lugar por la tarde, comenzando a las tres y terminando después de Vesperas (hacia las 5 de la tarde). Las repeticiones y disputationes comenzaban hacia las 5 de la tarde y se prolongaban por espacio de una hora u hora y media." (Ob. cit., p. 47).

Dois detalhes saltam à vista. Em primeiro lugar, a *Idade Média era, por excelência, madrugadora*. A iluminação artificial era *deficiente e dispendiosa*. Assim, urgia aproveitar, ao máximo, a luz do sol. As aulas principiavam ao alvorecer (*Ad Primam*). Em segundo lugar, o Curso de Direito era, como o diríamos hoje, um curso "de período integral". Por derradeiro, há a presença, também aqui, *do elemento religioso*, aliás, onipresente na Idade Média: as aulas extraordinárias terminavam "depois das Vésperas"...

As aulas eram todas ministradas *em Latim*. Os "pontos" foram uma novidade introduzida pouco após a metade do século XIII. Objetivavam evitar que, do texto legal, ficassem partes por explicar. Escreve Garcia y Garcia, *verbis*:

"Estos puntos (puncta) dividen cada libro legal en varias partes indicando en qué tiempo había que explicar cada una." (Ob. cit., p. 48 grifo no original).

Mais adiante, prossegue o jurista espanhol:

"En Bolonia, la tasación o determinación de la extensión y contenido de cada punto era hecha por los doctores y escolares designados por el Rector. Podían cambiarse según la conveniencia, por lo que no aparece ninguna tasación concreta en los estatutos boloñeses. Los profesores estaban obligados a observar estrictamente los puncta tanto por lo que se refiere al contenido como al tiempo de duración. La legislación de los estatutos universitarios medievales sobre los puntos era verdaderamente puntillosa. Al concluir cada punto, había que anunciar el siguiente.

*Los estatutos prevén varias penas para los profesores que no cumplían los puntos. El notario debía **puncta per universitatem taxare, legere et publicare per scholas omnium ad puncta legentium ea die, qua punctus compleitur**. Ningún profesor podía explicar más de un punto cada día. No se podían modificar, quitando algún capítulo, ley o párrafo que figurase en el punto del día en cuestión. Tampoco se podía explicar dentro del punto de cada día otros textos legales que no estuvieran comprendidos en dicho punto." (Ob. cit., p. 48-9 grifos no original).*

Como se pode perceber, esta minuciosa regulamentação está em total concordância com o que podemos chamar de "espírito da Idade Média"

Observa Garcia y Garcia que a duração do "curriculum studiorum" em Bolonha, variou no decurso do tempo. Por volta de 1300, eram necessários sete anos para o doutorado em Direito Civil (isto é, Romano), e cinco para o doutorado em Direito Canônico.

É interessante, pensamos, consignar aqui algumas informações sobre os exames e os graus conferidos pela Universidade. A propósito, escreve Garcia y Garcia, *verbis*:

*"En Bolonia no había un examen correspondiente a cada curso académico. El único título al que estaban ordenados todos los estudios y exámenes era el de doctor o maestro, llamado más adelante **laurea**. Los estatutos preciben cinco cursos de leyes para leer o explicar un título o tratado secundario y seis para la lectura de un libro legal entero. En derecho canónico, se requerían, respectivamente, 4 años para un título y 5 para un libro completo. Después de haber enseñado durante un año un libro entero en calidad de bachilleres (nótese que no había examen de bachillerato), se les consideraba aptos para el examen de licencia".*

*Al principio posiblemente hubo único examen, que era el de doctorado. Pero pronto se registran dos pruebas. La primera debía sostenerla el candidato ante la comisión de profesores y la segunda ante el Colegio de Doctores. Desde fines del s. XIII ambas pruebas tuvieron lugar ante el mencionado Colegio. La primera prueba debía conducir a la **licentia docendi**, y esta era la prueba sustancial verdaderamente demostrativa del grado de conocimientos del candidato. La segunda, llamada **conventus** o **conventatio** consistía fundamentalmente en la ceremonia de colación del doctorado. Aunque es una prueba más protocolaria que esencial, se exigía absolutamente como condición para poder ejercer el título de doctor. Antes de la licencia, se le señalaban al candidato los **puncta** que debía comentar, que eran para los canonistas un capítulo del Decreto y otro de las Decretales". (Ob. cit., p. 51 grifos no original).*

Aprovado o estudante, recebia a "licença" Esta, em Bolonha, não implicava na "licentia ubique docendi" Para obter esta última, era preciso que o estudante obtivesse o doutorado.

Anota o jurista espanhol ora seguido, que o exame de "licença" era "o mais substancial", e também "o mais duro" (Ob. cit., p. 52). E aduz que a colação do grau de doutor era uma cerimônia cheia de solenidade e mais protocolar do que efetiva, no que dizia respeito ao exame dos conhecimentos e à competência do candidato.

Esta cerimônia a da colação do grau de doutor - ocasionava grandes despesas, sendo que, assim, muitas vezes, o grau de doutor era conquistado, mais em função das riquezas do candidato, do que do seu saber.

No que tange à procedência social dos estudantes, informa o jurista espanhol ora seguido que os estudantes, na Idade Média, procediam de todas as classes sociais. Escreve a propósito:

"Entre los estudiantes aparecen, en efecto, miembros de familias del mundo de la nobleza, de la caballería, de

las armas, de la administración, del comercio, de la agricultura, de las más variadas profesiones y del proletariado. La clase social más ampliamente representada es la burguesía." (Ob. cit., p. 55).

Os clérigos eram mais numerosos do que os leigos. Mas, adverte Garcia y Garcia, é preciso ter em conta que muitos recebiam a tonsura, apenas para poder desfrutar de um benefício eclesiástico que lhes permitisse pagar os estudos, *sem que depois seguissem a carreira eclesiástica*. Lembramos, a propósito, que este expediente era muito freqüente no Medievo, em função da vasta gama de regalias concedidas ao clero...

Em Bolonha, os Estatutos da Universidade não especificavam os requisitos prévios, exigidos aos estudantes, para cursar a Universidade. Mas alguns autores aludem à instrução nas "artes liberais"

Há um dado que consideramos de grande interesse, porquanto desmente o mito - desafortunadamente corrente! - de que a Sociedade Medieval, "fechada" não-permitia a mobilidade social. Nós nos referimos à questão do financiamento dos estudos, para os estudantes pobres. Aqui, como alhures, decisivo foi o papel desempenhado pela Igreja Católica. Escreve o jurista espanhol, *verbis*:

"Ante todo, hay que advertir que los poderes públicos no se ocuparam de este aspecto, limitándose generalmente a garantizar en esta materia lo que organizaba la Iglesia. Esta última fue la que créo un sistema de protección escolar a favor de los alumnos necesitados de ayuda económica para proseguir sus estudios.

Al revés de lo que ocurrió con la sociedad clasista de épocas posteriores, en la edad media no eran prevalentemente los ricos quienes estudiaban" (Ob. cit., p. 59 - grifos nossos).

É preciso ter um extremo cuidado, nos estudos históricos "in genere", para obviar o perigo de aplicarmos ao passado os parâmetros do presente. Feita esta ressalva, e bem imbuídos do mencionado cuidado, cremos ser lícito afirmar que a Universidade Medieval era muito mais democrática do que a atual. É o que podemos

extrair da seguinte lição do autor de "Estudios sobre la Canonistica Portuguesa Medieval":

"Todo lo dicho constituye una evidencia de que en las universidades de tradición boloñesa los estudiantes participaban activamente en lo más esencial de la vida universitaria, que condicionaban en gran parte con su voz y voto. Ellos elegían a los consiliarios, quienes a su vez nombraban al Rector y le asesoraban en el gobierno de la universidad unas veces com voto consultivo y otras deliberativo. Su voto pesava igualmente en la elección de profesores. Incluso el profesor o maestro que cada estudiante debía tener por prescripción de los estatutos como director especial de sus estudios, era elegido por cada escolar y no impuesto por las autoridades académicas". (Ob. cit., pp. 62-3 grifos nossos).

Não havia, como na atualidade, um planejamento para a utilização das chamadas "horas de lazer" Em função disto, era maciça a presença dos estudantes aos atos acadêmicos, que ostentavam um ritual realmente solene.

Ainda, a propósito da participação dos estudantes na vida universitária, há um dado importantíssimo, ao nosso ver: - Os livros eram muito caros, antes da invenção da imprensa. Destarte, a transmissão oral do saber, possuía uma relevância que, hoje, mal podemos avaliar. Fácil é deduzir, daí, que um estreito relacionamento entre professores e alunos, assinalava a Universidade Medieval.

Os estudantes, como é sabido, gozavam de foro especial, circunstância que suscitava muitos litígios entre eles e as autoridades municipais. Em Bolonha, isto ocasionou, freqüentemente, a intervenção do Papa, ou do Imperador.

A destinação dos estudantes, após terminados os cursos, apresenta um grande interesse cultural. Uma minoria desses alunos se incorporava à docência, na própria Universidade de Bolonha, ou ainda em outras Universidades. *Mas a maioria, de volta aos respectivos países de origem, ocupava cargos importantes, nas chancelarias civis ou eclesiásticas.* Ora, os antigos alunos de Bolonha, tendiam, como é óbvio, *a pôr em prática o Direito Comum Medieval, aprendido na Universidade,* ao invés do Direito Local do país de origem. E este foi um dos mais

importantes fatores de penetração do Direito Comum Medieval, Romano-Cacônico, nos ordenamentos locais ou nacionais de muitos territórios.

Ora, como vimos *retro*, a Igreja, única grande realidade institucional a sobreviver à Antigüidade, foi a legatária do Império Romano, de quem hauriu a noção de *Auctoritas*. Foi ela, no dizer feliz de Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, o "elo" entre o romano e o barbárico. E é a Universidade, nascida sob o manto protetor da Igreja Católica, que, legatária do saber antigo, vai contribuir, decisivamente, para que o Direito Romano-Canônico seja recebido em praticamente toda a Europa.

Estas considerações sobre a Universidade, a sua gênese, e a sua evolução, não são ociosas em um trabalho pertinente à História do Processo Canônico, como poderia parecer *prima facies*. Em primeiro lugar, há de se levar em conta que os estudos sistemáticos do Direito e do Processo Canônico, seriam inconcebíveis fora do contexto da Universidade Medieval. Em segundo lugar, não existem causas isoladas, e nem efeitos isolados, naquilo que Miguel Reale, chama, com acerto, de "Mundo da Cultura" (cf. *Lições Preliminares de Direito*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 9 e ss.). O Direito integra este "Mundo da Cultura", de que fala o insigne jusfilósofo patricio. Nele, não há causas. Há sim, e ao revés, "concausas" que desembocam nos fenômenos. Em terceiro lugar, é o Direito um fenômeno histórico e cultural. A historicidade lhe é intrínseca. E o corolário desta assertiva é o de que, para bem conhecer a obra de Graciano, é mister conhecer a espaço-temporalidade em que ela foi produzida. Ora, tal obra foi levada a cabo, no fascinante *Mundo da Universidade Medieval*, com as suas "nações", o seu complicado cerimonial, os seus códigos de honra, e assim por diante. Por fim, nunca é ociosa - parece-nos - uma reflexão sobre a temática universitária. Nos momentos de crise de uma instituição, nada é mais salutar do que um "mergulho" nas suas origens... a propósito se expressa Antonio Garcia y Garcia com grande acerto:

"Finalmente, la universidad es una institución que recibimos del medievo. Una institución de vital importancia como esta, estuvo sujeta entonces y está ahora a las tensiones y crisis propias de todas las manifestaciones importantes del espíritu humano. Historia y presente pocas veces se hallan tan íntimamente relacionados como en este tema. La reflexión sobre esta temática desde sus orígenes no es superflua nunca y mucho menos a la hora de querer dar

pleno sentido a la institución universitaria de los tiempos en que vivimos. Creo resultará útil tratar de revivir, como en el psicoanálisis, el proceso vital que corre desde la infancia de la institución universitaria hasta su actual situación crítica" (Ob. cit., p. 65 - grifos nossos).

III - Graciano e o "Decreto"

Como observa Antonio Garcia y Garcia na obra já citada, o fator jurídico desempenhou um papel preponderante na Idade Média; um papel comparável ao desempenhado pelo fator econômico em nossos dias. Como se isto não bastasse, foi de grande relevo o papel da Igreja Católica no Medievo. E também, acrescentaríamos, o do Direito da Igreja, vale dizer, o Direito Canônico. Assim, não é de causar estranheza que o *Dicionário da Idade Média*, organizado por H. R. Loyn, obra, aliás, não-especializada em Direito, dedique um verbete ao monge Graciano, o qual assim se insculpe:

*"Graciano (m. c. 1.179). Um dos maiores juristas da Idade Média, estudou nas escolas de Bolonha, aplicou tanto o novo saber baseado no Direito Romano quanto os avançados métodos dialéticos de seu tempo na criação de um compêndio de valor permanente para o direito da igreja, conhecido como o **Decretum** (1.139-40). Seu título original para essa obra foi **Concordantia Discordantia Canonum** (Concordância de Cânones Discordantes); apoiou-se consideravelmente na autoridade dos Santos Padres, nos Concílios e nos decretos de imperadores e papas. Forneceu uma ordenação sistemática e atualizada do direito canônico e tornou-se rapidamente um auxiliar infalível e essencial na formação e prática dos juristas canônicos. Como tal, era avidamente aproveitado pelos papas e, na verdade, reflete as aspirações legais do Papado reformado do*

século XII. Graciano, monge do credo camaldunense, foi feito cardeal pelo papa Alexandre III". (V. ob. cit., tradução de Álvaro Cabral, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2ª ed., 1991, p. 171 - grifos nossos).

No verbete dedicado à Universidade de Bolonha, o já-mencionado *Dicionário* volta a mencionar Graciano, como podemos aferir da transcrição abaixo:

*"Bolonha, Universidade de Fundada no século XI em consequência do ressurgimento do interesse pelo estudo do direito, a fama de Bolonha era tão-grande em meados do século XII que o imperador Frederico I convocou seus doutores em leis a Roncaglia para emitirem um parecer em seu conflito com as comunidades lombardas. À semelhança da Universidade de Paris, a de Bolonha estava organizada em nações e em 1265 estas incluíam estudantes vindos de países tão-distantes como a Inglaterra, a Polônia e a Hungria. O prestígio de Bolonha baseou-se principalmente na obra de dois homens: Irnério, que por volta de 1080 separou o estudo do direito das outras artes, e Graciano, que em 1140 unificou o direito canônico em seu *Decretum* e o distinguiu da teologia. Honório III concedeu à Universidade um certo grau de autonomia em 1218 e mais adiante, nesse mesmo século, lá começou a se desenvolver uma notável escola de medicina" (Ob. cit., pp. 54 e 55 - grifos no original).*

Enfatizemos: O *Dicionário da Idade Média*, ora citado, *não é* uma obra especializada em Direito, o que, segundo cremos, demonstra a enorme importância de *Graciano* e do "*Decreto*" na Cultura do Medievo.

Por fim, no verbete "Direito" o *Dicionário* em epígrafe, a um tempo, evidencia a já-mencionada relevância do fator jurídico na Idade Média, e faz menção a *Graciano* e ao "*Decreto*" Abaixo, transcrevemos as partes, mais importantes para o nosso tema, do verbete em pauta.

"direito O império da lei é um dos mais poderosos conceitos legados pelo mundo medieval ao mundo moderno, mas suas origens são complexas, provenientes de raízes tanto germânicas quanto latinas." (Ob. cit., p. 118 - grifo no original).

*"O direito canônico desenvolveu-se por caminhos próprios, e o gênio de Graciano, no começo da década de 1140, colocou a lei da igreja numa nova base metodológica. Sua **Concordância dos Cânones Discordantes** tinha uma imensa dívida com a Escola Bolonhesa". (Ob. cit., p. 119 - grifos no original).*

*"No nível teórico, a teologia e o direito estavam intimamente interligados. No século XIII foram introduzidos refinamentos de maneira sumamente sutil e efetiva por Santo Tomás de Aquino - nas idéias básicas de Santo Agostinho a respeito da relação entre o direito divino (revelado pela fé), o direito natural e o direito positivo. A política, a teoria política e o estudo do direito também eram parceiros íntimos, e muitos dos grandes mestres juristas do final da Idade Média envolveram-se ativamente em controvérsias sobre o fim do Grande Cisma e o movimento conciliar. Conceitos de soberania e de **utilitas pública** foram formulados pelos juristas romanos. A disciplina de direito persistiu academicamente como uma das mais gratificantes, nas acepções intelectual e prática da palavra. Organizado em universidades, como a de Bolonha, ou nos **Inns of Court** ingleses, o estudo do direito exerceu um poderoso e permanente efeito sobre a vida intelectual da Europa" (Ob. e loc. cit., grifos no original).*

Jean Des Graviers, em seu *Le Droit Canonique*, elenca o Decreto de Graciano entre as que chama de "Coleções Sistemáticas" (de Direito Canônico) da Idade Média. Como o autor compara a atividade de Graciano com a de Yves de Chartres (Santo Ivo), julgamos ter algum interesse acadêmico a transcrição abaixo:

"Gratien était un moine de Toscane qui enseignait le droit à Bologne. La collection qu'il publia vers 1140 dépasse celle de tous ses devanciers, sauf le Décret d'Yves de Chartres, par le nombre des textes (3500 fragments). Par la méthode elle leur est grandement supérieure car Gratien applique les procédés qu'Yves de Chartres avait seulement énoncés dans sa Préface en laissant au lecteur le soin de les utiliser" (Cf. ob. cit., Paris, Presses Universitaires de France, deuxième édition mise à jour, 1967, p. 41 grifos nossos).

Como podemos perceber, o autor - um mestre francês - ao falar de Graciano, não resiste à tentação de compará-lo com um outro canonista... francês!...

Ao abordar o "Decreto" *in se ipso*, Jean Des Graviers relata o método seguido por Graciano na sua elaboração, e realça, outrossim, os atributos do "Decreto" enquanto livro didático.

Escreve o jurista francês, *verbis*:

*"Les textes de Gratien sont presque tous empruntés à des collections antérieures. A côté de chaque fragment se trouve l'indication, exacte ou non, de son origine. Les canons des conciles et les décrétales des papes sont les principales sources; c'étaient de véritables textes législatifs. Comme ses devanciers, Gratien y joint des passages de la Bible des citations des Pères de l'Eglise, des extraits de recueils ecclésiastiques officiels, comme les livres liturgiques et le **Liber diurnus**, ou privés, comme des pénitentiels et des ouvrages historiques; il reproduit des textes du droit romain, des capitulaires des rois francs et des fausses décrétales.*

Le nombre seul de ces extraits ou "canons" aurait suffi à rendre inutile le recours aux autres collections

*italiennes largement dépassées. Mais l'ordre dans lequel les textes étaient présentés et les explications personnelles de l'auteur (dicta Graciani) avaient plus de prix encore. Le but de Gratien n'était pas seulement de rassembler presque tous les textes canoniques alors connus. Il les interprétait en disposant l'un près de l'autre les textes concernant un même sujet et lorsqu'ils divergeaient en indiquant pourquoi l'un devait être préféré à l'autre, soit en raison de l'autorité du législateur, soit en raison des conditions de date, de lieu, de circonstances qui réduisaient l'autorité du second. C'est pour manifester ce but qu'il avait, sembler-il, intitulé son ouvrage **Concordia discordantium canonum**. Mais la postérité lui donna le titre des deux ouvrages les plus célèbres jusqu'à cette époque, le décret de Burchard et celui d'Yves de Chartres: on appela son oeuvre **Le décret de Gratien** et plus absolument encore **Le Décret**. Pendant un siècle sa collection allait devenir à Bologne, à Paris, dans les autres universités, la somme du savoir canonique, le manuel des étudiants, le livre que commenteraient les professeurs désormais appelés professeurs de décret ou décretistes. Son autorité fut telle que les textes législatifs postérieurs, même les décrétales des papes, reçurent le nom d'**Extra (decretum) vagantes (en abrégé X)**" (Ob. cit., p. 41-2 - grifos no original).*

Pela alongada transcrição do lente parisiense, podemos perceber a enorme importância de Graciano e do seu "Decreto" para o Direito Canônico - e, de conseguinte, para a História do Direito Canônico e do seu Processo. Resulta, da lição de Jean Des Graviers, que Graciano foi antes de mais nada, *um notável sistematizador* de tudo o que, em matéria canônica, fora produzido até o seu tempo. Mas não-só: - como foi acentuado, *o autor teve preocupações didáticas*, e espírito pedagógico.

É preciso, para bem compreendê-lo, ubicar Graciano em sua época, vale dizer, naquela quadra da Idade Média em que, mercê do surgimento da Universidade, há na Europa como que uma retomada da Cultura Greco-Romana. Há não-olvidar que, na mesma época em que Graciano sistematizava o Direito Canônico, Inério começava a se debruçar sobre os textos do Direito Romano, dando, aos estudos jurídicos, uma autonomia antes desconhecida...

A influência de Graciano e do Decreto, foi duradoura ao extremo. O insigne professor Moacir Lôbo da Costa, em suas aulas nesta Casa, ensinava que, na Universidade de Coimbra, havia, na atualidade, os "decretistas" em oposição aos "decretalistas"

Mario Falco, antigo professor da Universidade de Milão, ao tratar das fontes do Direito Canônico, menciona o "Decreto" e o seu autor. Escreve, *verbis*:

"In teoria tutte le altre leggi della Chiesa dovevano essere conosciute direttamente e sigolarmente; in pratica ad esse si attingeva per il tempo piú antico ricorrendo alle collegioni private: il Decreto di Graziano, le Estravaganti di Giovanni XXII e le Estravaganti comuni.

Il Decreto, chiamato dall'autore Concordia discordantium canonum per l'intento propostosi da lui di togliere le contraddizioni fra i vari testi, era un ampio trattato di diritto canonico, di liturgia, di teologia, compiuto probabilmente nel 1.140; Graziano, monaco camaldolese, maestro di "theologia practica externa" e cioè di diritto canonico, nel monastero dei Santi Felice e Naborio a Bologna, vi raccolse, si può dire, tutto lo scibile canonistico del suo tempo, allegando come auctoritates per le sue tesi o discutendo o cercando de porre d'accordo decreti conciliari, costituzioni pontificie, passi della Bibbia, di padri della Chiesa, di scrittori ecclesiastici, di libri penitenziali, di scrittori secolari. Si potrebbe dire che l'opera è composta di una breve esposizione dell'autore e di uno strabocchevole apparato di note, le quali però non sono, come usa oggi, poste a piè di pagina, ma sono incorporate nel testo".

(Vide *Corso di Diritto Ecclesiastico*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, seconda edizione aggiornata, 1935, volume primo, p. 18).

Algumas observações aqui se impõem. Em primeiro lugar, não há dúvida de que Graciano foi o primeiro sistematizador, científico, do Direito Canônico (Jean Des Graviers, ob. cit., p. 43, o chama... "*le vrai Père du droit canonique*"). Isto não elide, no entanto, que no "Decreto" haja elementos que *não são estritamente jurídico-canônicos. Mais uma vez, é preciso atentar para a época em que viveu Graciano, vale dizer, a Idade Média:* mesmo levando em conta que o Direito Canônico é, em última instância, *um Direito revelado* (a exemplo do Direito Hebraico e do Direito Muçulmano), seria inevitável que, numa obra medieval, os elementos litúrgicos para ficarmos só com este exemplo nele estivessem presentes...

Em segundo lugar, convém lembrar que o "Decreto" é uma das partes daquilo que, em 1500, o francês Chappius denominou *Corpus Juris Canonici* (conjuntamente com as "Decretais" de Gregório IX, o Livro Sexto de Bonifácio VIII, as "Clementinas", as "Extravagantes" de João XXII, e as "Extravagantes Comuns" Ora, o Direito Canônico teve vigência no Reino de Portugal, isto no denominado Período de Recepção do Direito Comum. Assim, não nos parece temerário afirmar que o "Decreto", importante na História do Direito Lusitano, o é, em termos mediatos embora, para a História do próprio Direito Pátrio!...

A corroborar o asseverado, leciona Nuno J. Espinosa Gomes da Silva:

"Temos, assim, no Corpus Iuris Canonici, compilações de caráter oficial e privado. De caráter oficial são as Decretais de Gregório IX, o Sexto e as Clementinas; de índole privada, o Decreto, as Extravagantes de João XXII e as Extravagantes Comuns.

Dada a vigência do direito canônico em Portugal, na época que examinamos, vão ser estas obras conhecidas, estudadas e aplicadas entre nós. Figuram elas - principalmente o Decreto e as Decretais de Gregório IX nos testamentos e inventários das principais livrarias; e D. Dinis, em 1.309, estabelece que na nova

Universidade exista um doutor in Decretis e um mestre in Decretalibus "per quorum Doctrinā uberrimā crellici nostri regni jnstrui valleant..." (Ob. cit., pp. 162 e 163 - grifos no original).

O "Decreto" de Graciano é, foi visto, uma das "compilações privadas" de Direito Canônico. E alguns problemas surgem a respeito dele. Jean Des Graviers, ob. cit., p. 43 e ss., assim os formula, de maneira sintética:

O "Decreto" é obra exclusiva de Graciano?

Uma primeira edição tão-pobre em textos de Direito Romano, não remontaria a 1.120?

Continha ela já a subdivisão em distinções e os títulos dos cânones?

- Uma edição mais completa, de por volta de 1.140, é obra de Graciano e de sua equipe, ou deve ser atribuída a um continuador?

Tais problemas e as propostas para a sua solução foram discutidos no congresso que, em 1952, celebrou em Bolonha o oitavo centenário do Decreto. Não é impossível, adverte o autor francês, que Graciano, após anos de investigação, tenha se retirado "para o silêncio e a humildade do seu convento".

Outra questão interessante, é a da autoridade do "Decreto" O monge Graciano era, repitamos, um professor da Universidade de Bolonha. *Ele não estava investido de autoridade legislativa.* E isto, ainda de acordo com Jean Des Graviers, serviu de arma para os canonistas que, a partir do século XV, repetem que o Decreto como as coleções dos antecessores do seu autor *não passava de uma coleção privada.* Mas raciocinar assim, é desconhecer o pensamento jurídico da Idade Média, argumenta o autor de *Le Droit Canonique*, com o que, modestamente, concordamos. *In totum.* Vamos além: isto é querer ser kelseniano para uma época da História, que antecede Hans Kelsen de oito séculos!... como, com propriedade, ensina Jean Des Graviers:

"Raisonnement ainsi, c'est sans doute se méprendre complètement sur la pensée juridique du moyen âge et lui prêter des catégories intellectuelles postérieures de plusieurs siècles. Le Décret était une somme, un recueil de textes et d'arguments pour les maîtres et les étudiants, non pas un code" (Ob. e loc. cit. grifos nossos).

Creemos que a primeira - e quiçá a mais árdua - cautela do estudioso da História, e pois da História do Direito, é a de, mentalmente, "se transportar" para a época pesquisada, o que implica, necessariamente, em que ele se desvencilhe das estruturas de pensamento da sua própria época.

A assertiva é válida, segundo cremos, *em especial para a Idade Média*, período em que inúmeros conceitos com que hoje lidamos diuturnamente (v.g., "O Estado", "Soberania", "Monopólio Estatal da Jurisdição", "Unidade do Ordenamento Jurídico", e outros), eram desconhecidos. Afora estes óbices, *conceituais e terminológicos*, outro há muito maior: - as diferenças axiológicas, que separam a nossa época do Medievo. Nós vivemos, com efeito, numa época "antropocêntrica", em que, numa curiosa volta a *Protágoras de Abdera*, "o homem é a medida de todas as coisas". *E a Idade Média era "Teocêntrica"...*

Após esta ligeira digressão, passemos a examinar a estrutura do "Decreto" A propósito, assim se insculpe o magistério de Mario Falco:

*"Il Decreto è diviso in tre parti. La prima, divisa posteriormente in centouna **distinctiones**, tratta delle fonti del diritto (**tractatus decretalium**: dist. 1-20), poi del clero e cioè della gerarchia e dell'ordinazione (dist. 21-59), della elezione, della consacrazione e della condizione giuridica dei prelati (dist. 60-90), della potestà ecclesiastica dei legati papali e dei primati (dist. 91-101). Nella seconda parte Graziano propone dei casi pratici, **causae**, dei vari campi del diritto e distingue in ciascuno di essi diverse questioni, relativamente alle quali vengono addotte come si è detto, le varie **auctoritates**; la materia si può così raggruppare: le cause 10-14 trattano del diritto patrimoniale, le cause 16-20 del diritto dei religiosi, le cause 27-36 del diritto matrimoniale; del resto si tratta principalmente di diritto penale e di diritto processuale. Dal punto di vista giuridico interessano meno la trattazione **de poenitentia**, che è inserita nella terza questione della 33^a causa, ed è divisa, come la prima parte, in distinzione ed in canoni, e la trattazione **de consecratione**, che costituisce la terza ed ultima parte del Decreto, si occupa della*

consacrazione delle chiese, dell'eucarestia, dei giorni festivi, del battesimo e della confermazione, ed è divisa essa pure, come la prima, in distinzioni ed in canoni".
(Ob. cit., p. 18 e 19 - grifos nossos).

Deixaremos de banda a maneira de citar os textos do "Decreto" Apenas diremos que os trechos da exposição pessoal de Graciano foram, pelos glosadores, chamados de "paragraphi" ao passo que os modernos os chamam "dicta Gratiani"

Discípulo importante de Graciano foi Paucapaléia, o qual veio a acrescentar textos à obra do seu mestre. Estes textos são denominados "Paléias"

Encerraremos esta parte do presente trabalho, com algumas remissões à obra de José Antonio Martins Gigante, antigo professor de Direito Canônico do Seminário Conciliar de Braga, e autor do livro *Instituições de Direito Canônico* (Braga, Escola Tip. Da Oficina de São José 3ª ed., 1955).

O autor faz uma interessante e erudita análise das condições em que se encontrava a Europa Ocidental, e com ela a Igreja Católica, à época em que surgiu o "Decreto" Julgamos de interesse transcrever, *in totum*, as suas palavras a respeito. Escreve Martins Gigante, *verbis*:

"Falou-se acima das dificuldades e confusões que trouxeram os três factos históricos já também referidos. Dificuldades essas que não desapareceram com as falsificações das coleções pseudo-Isidorianas nem com as tentativas da reforma.

Nos séculos IX e X surgiram novas e mais graves dificuldades provenientes principalmente do direito intitulado "da igreja própria", da investidura feudo-laical, da simonia e concubinato dos clérigos. Por isso a S. Sé no século XI lançou mão duma reforma universal, prestando óptimo auxílio os monges cluniacenses. Esta reforma, embora tivesse início antes, intitulou-se de Gregório VII por este ser o seu principal paladino.

Todas as colecções deste período são: a-) privadas, exceptuando algumas reformatórias levadas a cabo sob os auspícios dos R. Pontífices; b-) sistemáticas, tanto de

cânones quanto de decretais e leis civis tiradas do Direito Romano e das capitulares dos reis Francos.

Como a reforma gregoriana não atingisse a sua finalidade com o rigor que se pretendeu, pelo facto de os reformadores atacarem as instituições jurídicas já inveteradas na Gália, norte da Itália e Germânia, houve varões prudentes, como Ivo Carnotense, que escolheram um meio termo, compilando os textos reformatórios com os impugnados, mas necessários.

*Dest'arte surgiram as colecções da concordância dos cânones, porém esta era externa, enquanto justapunha os textos diversos e opostos, segundo a ordem sistemática, todavia, a oposição interna continuou, porque os cânones em si não se conciliavam nem se estabeleceu a unidade. Com efeito, para isso não era suficiente o trabalho do compilador, mas exigia-se um estudo sério e aturado de todo o direito e sobretudo dos princípios fundamentais do Direito Canônico. Esse trabalho foi levado a efeito pela **Teologia escolástica** e pelo estudo renascente do **Direito Romano**.*

Aquela forneceu a arte de distinguir e conciliar os textos verdadeira ou aparentemente opostos e o estudo renascente de Direito Romano esclareceu a ordem jurídica estabelecida pelo Direito Romano clássico e forneceu a clareza e disposição cuidada dos conceitos jurídicos.

Assim estava aberto o caminho que Graciano trilhou, dando ao público a sua obra admirável o "Decreto", que iniciou a idade áurea do Direito Canônico e ciência canônica." (Ob. cit., volume I p. 24 - grifos no original).

Cremos que a alongada transcrição se justifica, *in totum*, num trabalho histórico-jurídico do tipo do presente. O Direito é - convém enfatizá-lo sempre, na esteira de Miguel Reale - um fenómeno histórico-cultural. A historicidade lhe é

ínsita. Assim, é preciso perquirir da ambiência histórica em que surgem os monumentos jurídicos, para bem os conhecer. A esta historicidade não refoge, como é elementar, o Direito Canônico. Daí, a oportunidade da transcrição integral da lição do ilustre mestre bracarense.

Percebemos que, para o autor português ora seguido, o monge Graciano, ao elaborar o "Decreto", dispunha, por assim dizer, de um "instrumental de trabalho" que não fora conhecido dos canonistas de épocas anteriores. Convém enfatizar, a propósito, que a sistematização científica do Direito Canônico é contemporânea do ressurgimento, em Bolonha, dos estudos romanísticos, a partir de *Irnerius*.

Nunca é demais lembrar que, em termos da Idade Média, é preciso pensar em "um e outro Direito, o Romano e o Canônico" (*Utrunque Jus*). O Direito Romano, como bem lembra Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, era a *Lex Saeculi* da Igreja Católica; Igreja que havia recolhido o legado da Cultura Greco-Romana, e que, no caos dos primeiros séculos do Medievo, remanescera ainda de acordo com Nuno Espinosa a única grande realidade institucional... ora, convivendo em Bolonha, romanistas e canonistas, forçosamente, haveriam de exercer influência, uns sobre os outros. Aliás, escreve José Antonio Martins Gigante:

"João Graciano nascido nos meados do século XII, provavelmente em "Chiusi", camaldulense e mestre de Teologia e de Direito Canônico no mosteiro de S. Felix e Nabor em Bolonha, vendo o cuidado de Irnerio em promover o estudo do Direito Romano, lançou mãos à obra com o fim de fazer uma nova coleção canônica a que ele deu o título de "Concordiam discordantium canonum", porém, provavelmente por ter semelhanças com o Decreto de Burchardo e de Ivo Carnotense, denominaram-na depois "Decreto de Graciano" (Ob. e vol. cit., pp. 24 e 25 - grifos no original).

Aduz o canonista lusitano:

"Parece haver sido escrito cerca do ano 1140, servindo de manual de direito no foro e de compêndio nas escolas, logo que foi publicado.

*É uma colecção **privada** e por isso a doutrina e sumários tinham a autoridade dum varão douto, os cânones autênticos conservavam a sua força jurídica universal e particular e os espúrios tinham força de lei em virtude do costume". (Ob. e loc. cit. - grifos no original).*

Consoante já tivemos ensejo de observar, a obra de Graciano, produzida no século XII, é um reflexo da sua época, no que diz respeito a não-existir, ainda, uma separação precisa entre o jurídico e o não-jurídico. A propósito, leciona Martins Gigante, ao tratar da matéria contida no "Decreto":

*"O Decreto, além de toda a legislação relativa à disciplina da Igreja, contém questões dogmáticas e morais **propostas conforme as exigências do seu tempo, em que as disciplinas teológicas não estavam cuidadosamente separadas**. Graciano aproveitou documentos de quase todas as colecções antecedentes, ou seja, cânones penitenciais, dos concílios universais e particulares, decretais pontifícias, capitulares episcopais, textos da S. Escritura e dos SS. Padres, leis civis romanas e bárbaras." (Ob. e loc. cit. grifos nossos).*

Ao abordar o método de que se valeu Graciano, escreve o canonista português:

*"O autor pretendeu não-só coleccionar e dispor os documentos, **mas ainda conciliá-los, estabelecendo a unidade interna**. Por esta razão, à testa de cada capítulo, **expõe a sua opinião resumidamente, que prova com argumentos tirados da autoridade (documentos) e cânones**" (Ob. e loc. cit. grifos nossos).*

Salientemos, neste passo e por oportuno, que o "argumento de autoridade" desempenhou um grande papel na Cultura do Medievo. O célebre *magister dixit* é incindível desta quadra da História do Pensamento e também da História do Direito. Façamos justiça à Idade Média, no entanto, ao consignar que *ela* recebeu o "argumento de autoridade" dos antigos. Neste sentido, convém lembrar o "Tribunal dos Mortos" da Jurisprudência Romana...

No que tange à divisão da obra, damos a palavra ao até aqui seguido José Antonio Martins Gigante:

Ensina este autor, *verbis*:

"O Decreto foi dividido materialmente pelo autor e formalmente pelos decretistas e editores em três partes.

A 1ª contém 101 Distinções, subdivididas em cânones, onde, além da introdução geral acerca das fontes, trata das pessoas e ofícios eclesiásticos. Modo de citar: c.1 D.1 ou 1.

A 2ª. parte contém 36 Causas, subdivididas em questões, excepto a 3ª. questão da 33ª., que está dividida duma maneira especial, como se verá. Nesta o autor segue um método casuístico, porquanto em cada causa propõe um caso prático para cuja solução apresenta várias questões que são resolvidas com os cânones. Modo de citar: c.1 C.1 qu.1.

A causa 33ª., questão 3ª., é uma espécie de tratado especial acerca da penitência, à imitação dos livros penitenciais, e do livro XIX do Decreto de "Burchardo": a referida questão 3ª está subdividida em 7 Distinções e estas em cânones. Modo de citar: c.1 D.1, De poenit.

A parte 3ª denominada "De consecratione", é destinada à liturgia. Foi dividida por um discípulo de Graciano, conhecido por "Paucapália" em Distinções e estas em cânones. Modo de citar: c.1 D. e de consecrat." (Ob. e loc. cit. - grifos no original).

Como podemos observar, o ilustre professor de Braga registra o nome do discípulo de Graciano, como "Paucapaléia" É encontradiça, também, a grafia

"Paucapália" Da primeira se utilizava o insigne professor Moacir Lôbo da Costa. Aliás, a grafia exata dos nomes das pessoas, na Idade Média, é uma questão tormentosa. Barbara W Tuchman, ao escrever sobre o século XIV, anota a dificuldade em pauta:

"O antigo regente, agora Carlos V, nomeou para comandar a cruzada um estranho capitão novo, tão-duro quanto o seu nome bretão, que os franceses escreviam de Clequin ou Kaisquin ou Clesquy, até que a fama o fixou em Bertrand Du Guesclin." (V. Um Espelho Distante, (O terrível século XIV) - tradução de Waltensir Dutra, Rio de Janeiro, José Olympio, 1989, p. 208 grifos nossos).

Em inúmeras outras passagens do livro dessa notável historiadora, é perceptível a mencionada imprecisão gráfica dos nomes, durante a Idade Média. Assim, e *verbi gratia*, o inglês Sir John Hawkwood, comandante da "Companhia Branca", era chamado, pelos italianos, de "Giovanni Acuto" (ob. cit., p. 237).

Os idiomas nacionais ainda não haviam surgido, à época de Graciano (anterior ao século XIV). Escrevia-se em Latim. Mas, como observa Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, num Latim que iria horrorizar os humanistas no Renascimento.

Feita esta ligeira digressão, fixemo-nos na grafia "*Paucapaléia*" para o nome do principal discípulo de Graciano.

Martins Gigante assim finaliza os seus comentários sobre o "Decreto":

"No Decreto de Graciano distinguem-se: a-) "Dicta Gratiani" ou seja, as palavras por que se exprime a sua opinião; b-) "Auctoritates" ou "canones", que são os textos legais; c-) "Summaria" "rubricae", por que a matéria difusa nos textos se sintetiza; d-) "Pália", isto é, cerca de 500 cânones omissos por Graciano e introduzidos por "Paucapália" e outros Decretistas.

Importancia O Decreto de Graciano foi jurídica e cientificamente muito importante. Notabilizou-se pela: a-) amplidão da matéria; b-) concordância sistemática

dos cânones; c-) prudente moderação em conciliar os textos reformatórios com os opostos.

Por esta razão, ainda que privado, impôs-se na prática administrativa e judicial. Espalhou-se de Bolonha com o carácter de guia autorizado das escolas canónicas com grande proveito para a unidade didáctica.

Os R. Pontífices tiveram o cuidado de evitar interpolações e Gregório XIII em 1582 promulgou uma edição corrigida que julgou reproduzir o texto genuíno. Apesar disso nunca obteve o carácter de colecção autêntica." (Ob. e vol. cit., p. 26 grifos no original).

IV - A difusão da obra de Graciano os "Decretistas"

O labor do nome Graciano culminou com a estabilização do Direito Canónico. Obra didáctica, como visto *retro*, o "Decreto" difundiu-se, com celeridade, por toda a Europa. Como tivemos oportunidade de verificar, El-Rei D. Dinis determinou que, na recém-criada Universidade portuguesa, houvesse um professor do Decreto.

Quem eram, pois, os "Decretistas"? Define-os Martins Gigante como *"os mestres e escritores que interpretaram o Decreto de Graciano ou ensinavam o Direito Canónico nas escolas"*. (Ob. v. e loc. cit.).

O mesmo autor afirma que os "Decretistas" assim se denominavam, em oposição aos "legistas" - estes, professores de Direito Civil (Romano, portanto...).

Sobre o ensino no Medievo matéria que já abordamos *retro* ensina Martins Gigante:

"Na Idade Média havia várias espécies de escolas, isto é, as das igrejas Catedrais, das Colegiadas e dos Mosteiros. Nelas, além das artes liberais, ensinava-se a Teologia e o Direito Canónico. Existiam algumas destinadas sómente ao estudo do direito v.g. a de

Bolonha que apenas se dava ao estudo do Direito Romano, etc.

*Todas essas escolas eram particulares e entre si separadas e independentes. Pelo ano 1200 os mestres de Paris constituíram uma sociedade à maneira de direito corporativo germânico, dando origem ao primeiro estudo geral ou **Universidade** dos estudos.*

Quase nessa ocasião e pelo mesmo motivo constituiu-se a Universidade de Bolonha, a que seguiram outras fundadas pela S. Sé ou pelo imperador.

O método seguido nessas escolas foi o exegético e escolástico.

As lições baseavam-se num livro de texto, tendo-se em grande consideração e reverência a doutrina recebida da tradição.

*Os mestres que nelas faziam a leitura do texto e o explicavam ou comentavam diziam-se "**lentes**" e os compêndios das suas leituras denominavam-se "**preleções**", que nos assuntos mais difíceis tomavam o nome de "**repetições**", por se explicarem mais do que uma vez.*

*Os mestres que escreviam as "**glossas**" ou explicações mais extensas tinham o nome de "**expositores**" ou "**glossatores**"*

*As glossas mais antigas eram "**interlineares**" ou seja, escritas entre as linhas do texto e depois "**marginais**": o conjunto de muitas glossas constituía o "**apparatus glossarum**"*

*Foi delas que provieram as "**summas**", quer dizer, comentários independentes do texto e dispostos sistematicamente" (Ob., v. e loc. cit., bem como p. 21 grifos no original).*

Pela repercussão e pelos desdobramentos do "Decreto" verificamos que, além da sua importância intrínseca, de primeira obra de sistematização científica do Direito Canônico, desempenhou ele um papel de enorme importância, em toda a Europa, na subsequente evolução dos estudos jurídico-canônicos.

V - O processo em Graciano

José Antonio Martins Gigante, em suas *Instituições de Direito Canônico*, em *Notas Históricas*, leciona:

"Embora já antes do Decreto de Graciano vários escritores de coleções canônicas e autores de compilações de leis apresentassem e colocassem no seu lugar o Direito Canônico-judicial, v. g. Bernardo Papiense, todavia, o direito processual foi sistematicamente redigido nesse Decreto, passando depois na sua substância para as Decretais de Gregório IX, que nos títulos XXIX, XXI, XLI e XLII do livro I e em todo o livro II encerra o direito processual geral, e, sobretudo o especial contencioso e as principais questões do criminal, suprimindo no livro V o que falta no II, relativamente ao direito processual criminal" (Ob. cit., v. III, p. 1 - grifos nossos).

O ilustre professor Carlos Silveira Noronha subordinou a sua dissertação de mestrado nesta Casa ao título *Perfil Histórico-Dogmático da Sentença Civil*. E, nela, dedica algumas páginas ao Decreto de Graciano.

Escreve o professor do Rio Grande do Sul, *verbis*:

"Na doutrina historiográfica, há autores que dividem a história do direito canônico em cinco períodos distintos: o período do "ius vetus", do início do Cristianismo no século I até o Decreto de Graciano (ano 1140); o segundo, do "ius novum", de Graciano ao Concílio de Trento (ano 1564); o terceiro, do "ius novissimum", do concílio tridentino ao primeiro "Codex

luris Canonici" de 1917; o quarto, o período transcorrido entre a primeira codificação oficial e o "Codex Iuris Canonici" de 1983, em vigor; e o quinto, a partir desta última codificação (363). É um critério temporal-formal fixado em períodos temporais que nem sempre se conformam com o desenvolvimento material da ciência canônica. Outros há que dividem-na tendo a obra de Graciano como marco divisor, isto é, analisam a canonística antes de Graciano e depois de Graciano (364)". (Ob. cit., São Paulo, Maio de 1992, p. 240).

Percebemos que, quer seja adotada a divisão em cinco períodos, quer em dois, o "Decreto" de Graciano remanesce como um marco fundamental da História do Direito, e pois, da História do Processo Civil.

O processualista sulino espousa, no entanto, a divisão tríplice adotada pela ilustre cátedra, e pela qual, na História do Direito Canônico, há considerar um *Período de Formação*, das origens ao século XI; um *Período de Estabilização*, do século XII ao século XV; e um *Período de Renovação*, do século XVI aos nossos dias. Justifica o professor Carlos Silveira Noronha a sua preferência:

"Este critério parece ser mais lógico, eis que harmoniza o elemento formal do decurso do tempo com o elemento substancial da evolução e progresso do direito canônico" (Ob. e loc. cit.).

Julgamos que, além do motivo dado pelo autor, um outro há, a justificar a divisão em três períodos da douta cátedra. *Trata-se do momento em que a obra de Graciano foi produzida. Trata-se, em síntese, do século XII, fundamental para a Cultura do Ocidente.* A sistematização do Direito Canônico foi um fenômeno que coincidiu, no tempo e no espaço, com a sistematização do Direito Romano. E ambas foram coincidentes com o surgir *da Universidade no Ocidente Europeu!... Foi no glorioso século XII que, como sempre, na orla do Mar Mediterrâneo, os homens voltaram a sentir a "vocatio" do Universal.* Este "chamamento" legado greco-romano, ficara momentaneamente "apagado" E o seu ressurgir é incindível do "Estudo Geral"

A leitura de parte da dissertação de Carlos Silveira Noronha, permitiu que soubéssemos que Graciano se chamava "Graciano de São Félix e Nabor" Aduzimos que este deveria ser *o seu nome monástico*, uma vez que o autor do "Decreto" era um integrante do "Clero Regular". O seu nome laico, de acordo com o que vimos *retro*, era "João Graciano"

O autor aqui seguido enfatiza que, na *Concordia Discordantium Canonum*, Graciano separou o Direito Romano do Canônico, destacando o segundo da Teologia, *o que constituiu uma inovação*. E que, no *Decretum*, as matérias eram dispostas ordenadamente, *cousa que não ocorria nas compilações anteriores*.

Segundo Noronha, graças aos *dicta Graciani*, houve uma uniformização do Direito Canônico, passando os tribunais a aplicá-lo com maior facilidade. O original do *Decretum*, de acordo com o mesmo autor, jamais foi conhecido. A primeira edição impressa veio a lume em 1500. O prestígio da obra, determinou que o Romano Pontífice nomeasse uma comissão, formada pelos *corretores romani*, para aferir qual seria a cópia correta. O texto corrigido, considerado oficial, veio à luz em 1582. De passagem, é necessário observar que, em se tratando de uma coleção particular, foi o *Decretum Gratiani* extraordinariamente honrado pelo Papado...

Do ponto de vista estritamente processual, escreve sobre o "Decreto" o já-citado professor do Rio Grande do Sul:

"Assim, na sua condensação de textos e compilações, o Decreto apresentava duplo aspecto, pois se de um lado fazia uma reprodução dos princípios que na época de Graciano governavam o processo; de outro, constituía-se no documento que reunia até aquele momento todos os elementos constitutivos dos princípios admitidos no ultramilenar espaço de tempo anterior e que serviriam de base à renovação das instituições canônicas que em futuro breve se iniciaria. Formava a obra verdadeiro liame que ligava o passado e o presente da canonística" (Ob. cit., p. 242 grifos nossos).

Das três partes em que era dividido o "Decreto", a segunda curava das causas judiciais, cuidando - escreve Noronha - *"das três fases distintas da função de conhecimento, da fase recursal e da estrutura humana necessária para o fundamento do juízo: "iudex", advogado, procurador e auxiliares, dentre estes, o encarregado da citação e da atestação da revelia do demandado, fazendo ainda as distinções entre "verus iudex" pelos critérios jurídicos (imparcialidade), e "bonus iudex", por critérios morais (garantias morais de seriedade e independência), respectivamente, como requisitos de que deveria estar exornada a pessoa do juiz para obter-se uma boa judicatura"*. (Ob. e loc. cit.).

Trinta e seis "causas" foram elencadas por Graciano, cada uma delas divididas em "questões", e as "questões" em capítulos.

Na obra de Graciano, o processo não foi a matéria jurídica com maior desenvolvimento. E isto em função de, ao tempo do genial sistematizador, não-haver, ainda, uma separação nítida entre o campo de incidência das disciplinas teológico-apostólicas e o da processualística. Além disto, observa Noronha, em matéria processual, tanto a legislação quanto a doutrina canônicas, ainda se encontravam num estado embrionário. Ainda assim, a obra é rica no que tange ao processo, se comparada com as anteriores. Nestas, só havia normas de Direito Romano e de Direito Germânico, transportadas para o Ordenamento Jurídico da Igreja.

No processo de conhecimento, o "Decreto" contemplava as *três fases da Introdução, da Instrução e da Definição*. Na *Introdução* estavam disciplinados o libelo, a citação, a contestação da lide e, depois desta última, o ato formal da *litis contestatio*. Afirmo o professor Noronha que a *litis contestatio* *"não diferia, quanto ao conteúdo e efeitos, do mesmo ato praticado perante o Direito Romano Justinianeus, isto é, servia apenas para constatar-se a pretensão do autor invocada no libelo, a contrariedade do réu, ou a sua aquiescência ao pedido do autor (confessio in iure), ou, ainda, a revelia do demandado"* (Ob. cit., pp. 243 e 244). A *litis contestatio*, destarte, servia apenas para *fixar os limites do litígio*. Não influía na sentença.

Na *Instrução*, eram considerados os vários meios de prova, em especial, as provas orais do juramento e testemunhal. As provas orais eram muitíssimo valorizadas, partindo Graciano dos conteúdos do *Jus Divinum* que as informavam: - os sujeitos da prova teriam as exatas medidas de *moralidade* e de *pecado* que as suas declarações poderiam conter.

Na *Definição*, ubicava-se a *sentença*. O "Decreto" trata pouco desta matéria. Mas traça algumas regras, demonstrando preocupação com os conteúdos que deviam estar presentes na sentença. Esta era um documento destinado a refletir a verdade processual, bem como "*uma perfectível vontade substancial*". (Ob. e loc. cit.). Tendo em mira tais resultados, Graciano estipulava alguns requisitos de natureza processual, a serem observados na sentença. Em primeiro lugar, fixou Graciano a *Pluralidade de Graus de Jurisdição*, que como é sabido haveria de remanescer como um dos princípios capitais do processo canônico. Esta pluralidade iria se articular com um outro princípio básico, o da *Tríplice Sentença Conforme* (exigência de três julgamentos no mesmo sentido, para se chegar à *res judicata*).

De outra banda, Graciano estabelecia *Alguns Requisitos de Ordem Espiritual e Moral* para a sentença. Carlos Silveira Noronha assevera que tais princípios "se encontravam particularmente vivos no contexto da canonística" E aduzimos que tais princípios *Deveriam Estar Particularmente Vivos Hoje...* são eles: *Judex debet eam ferre cum mentis tranquillitate non in furore; Iniusta (sententia) nocet potius ferendi quam patienti; Iniqua sententia est revocanda.*

Algumas *regras de ordem substancial* deviam ser observadas pelo juiz, ao proferir a sentença: - *Non secundum propriam voluntatem sed secundum leges (sententia) est proferenda; Non est danda sententia nisi post plenam investigationem veritatis.* Chamamos, na esteira de Noronha, particular atenção para este cânone: *A sentença não devia ser proferida senão depois da plena investigação da verdade; "ergo" depois de esgotados todos os meios probatórios capazes de revelar a verdade dos fatos controvertidos.* Noronha vislumbra com acerto, nessas recomendações no "Decreto" ao juiz, *O Conceito de Justiça da Sentença*. Esta haveria de se lastrear nos conteúdos moralistas espiritualistas em torno dos quais gravita a ciência canônica. Também obra acertadamente o mestre sulino, ao afirmar que Graciano admitia o requisito da *Certeza Moral* na elaboração da sentença.

Disponha o "Decreto" que a sentença deveria ser prolatada *por escrito*. Salientemos que "juiz" era, normalmente, *O Bispo*, cujo tribunal, a *Episcopalis Audientia*, foi renovado por Graciano. Eram atos do juiz o *decretum*, com o qual o processo era ordenado e desenvolvido, e as *sententiae*, das quais havia as *definitivae* e as *interlocutoriae*.

A propósito de umas e outras, leciona Carlos Silveira Noronha:

"As primeiras eram impugnáveis pela "appellatio", tanto as injustas ou iníquas, quanto as nulas, pois, segundo a doutrina de Liebman, por longo tempo, tanto no Direito Romano, quanto no direito medieval, as sentenças inquinadas de "errores in iudicando" como de "errores in procedendo", eram passíveis do recurso de apelação (367), completando-se a assertiva com Della Rocca, para quem a "querella nullitatis", para atacar a sentença nula, só teria surgido da confluência da "exceptio nullitatis" das Decretais com a "actio nullitatis" do processo comum (368).

A sentença interlocutória era apelável no "Decretum Graciani" por disposição expressa (c. 38. q. 6 C.II), que a identificava com a sentença definitiva (369). Aliás, tal posição assumida na dita compilação não era de se estranhar, porque essa era a regra no processo canônico, desde que, em contacto com o processo germânico, teve o seu procedimento dividido em fases estanques "termini" ou "stadia" encerrando-se cada "terminus" com um provimento judicial, que no processo romano chamava-se "interlocutio" e no processo canônico passou a denominar-se "sententia interlocutoria" (Ob. cit., pp. 246 e 247 grifos no original).

O prazo, qualquer que fosse a sentença (definitiva ou interlocutória), para a interposição da *Appellatio*, era o de dez dias. O recurso era dirigido à autoridade imediatamente superior àquela que havia proferido a sentença. Mas havia, *per saltum*, o apelo dirigido, diretamente, à Sé Apostólica (Rota Romana e Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica), bem como ao Sumo Pontífice.

A propósito da influência do processo germânico sobre o processo canônico, apontada acima, é preciso lembrar que a Idade Média foi, por excelência, o palco de uma riquíssima interpenetração de culturas. Em termos sintéticos, neste período da História, o legado greco-romano, bafejado pelo Cristianismo, entrou em

contato com os "bárbaros" E, a Igreja era repitamo-lo! - a única grande realidade institucional a subsistir...

Contra as sentenças definitivas, válidas e transitadas em julgado, o "Decreto" conhecia a *Restitutio in Integrum*.

Quanto à "tríplice conforme" para a configuração do trânsito em julgado, devemos salientar haver ela *Sobrevivido a Graciano*, só sendo alterada pelo Código Canônico de 1917 (do Papa Bento XV), que instituiu a "dupla conforme"

VI - Conclusões

A obra de Graciano foi, como já se tornou um lugar comum afirmar, um *divortium aquarum*, um genuíno "espigão divisor" na evolução do Direito Canônico. Na evolução desta disciplina, há o *Antes* e o *Depois* de Graciano. O genial monge está, para os estudos canonísticos, assim como *Irnerius* está para os estudos romanísticos. Pedimos vênia pelo uso da linguagem matemática, para enunciar a presente comparação. Desejaríamos, no entanto, fazer uma observação pessoal, que não tem, em absoluto, qualquer pretensão à originalidade. É ela, ademais, formulada *sub censura* dos mais doutos. Ei-la: - Estamos convencidos de que o labor *dos primeiros romanistas de Bolonha, foi mais árduo que o dos canonistas*. E isto porquanto *Irnerius* e os seus continuadores, até a *Magna Glosa* de Arcúcio, *Se Debruçaram Sobre Um Objeto de Estudo, Até Então, e Para Eles, Totalmente Desconhecido*. Este objeto era constituído, como é intuitivo, pelos textos do Direito Romano Justinianeu, dos quais estavam, os estudiosos do Medievo, separados por séculos... encontraram, *Irnerius* e os seus continuadores, uma primeira barreira, áspera ao extremo, para transpor: *o idioma*. Pois que, como observado *retro*, o Latim Medieval era bastante diferente do Latim do *Corpus Juris Civilis*. A "glosa" é a personificação desta enorme barreira. Outras havia, no entanto: eles estudavam um Direito feito para uma realidade política desaparecida de havia muito... e assim por diante.

Os canonistas com a inclusão de Graciano não topavam com tais, e com tamanhas dificuldades. Desde o surgimento da Igreja Católica, o Direito Canônico era um "Direito Vivo". com tudo o que daí decorre.

Feita esta pequena observação, e para concluir, afirmamos, com Fernando Della Rocca, que o "Decreto" de Graciano constitui "*più que la premessa od il punto di partenza dell'evoluzione che poi avrebbe dato al processo la sua autonomia, la prima occasione per formasi, nel campo dei canonisti che seguirono l'impulso di Graziano, di una coscienza e di un travaglio sui quali si dovette bem presto basare la communis opinio che la Chiesa aveva necessità di un próprio ordinamento processuale*" (In *Saggi di diritto processuale canonico*, Padova, CEDAM, 1961, p. 218, *apud* Aloísio Surgik, *Compêndio de Direito Processual Canônico*, Curitiba, Edições Livro É Cultura, 1ª ed., 1988, pp. 23-4).

Com uma derradeira observação, queremos finalizar este ligeiro exercício: com o seu inigualável estilo, costuma afirmar o professor Miguel Reale que o Ocidente é uma síntese do *Logos* da Filosofia Grega; da "Voluntas" do Direito Romano, e da "Caritas" do Cristianismo. Acrescentaríamos, às sábias palavras do autor de *Horizontes do Direito e da História*, que a Igreja Católica, após a queda do Império do Ocidente (ano de 476 d.C.), teve um papel fundamental, no que tange a *abrandar a rudeza dos costumes dos povos germânicos*. Ao direcionar e disciplinar a belicosidade dos teutos, a Igreja, v. g., contribuiu para o surgimento da Ordem da Cavalaria.

Por outras palavras, a Igreja - e de conseguinte, o seu Direito contribuiu para o resgate do "humanismo" (não-confundir com o sentido Renascentista da palavra) que perecera com Roma.

Aloísio Surgik, ao tratar desta matéria, escreve, *verbis*:

"O conceito de justiça coloca-se sob o elemento da charitas, sendo assim uma humanitas muito espiritualizada, no dizer de Fernando Della Rocca (28), operando-se a transformação de charitas na aequitas como corretivo da justiça: ubi charitas non est non potest esse iustitia". (ob. cit., p. 21).

Este "humanismo cristão", ou melhor, *necessariamente cristão*, presente no "Decreto" de Graciano, é um valor atemporal da Igreja Católica, Apostólica e Romana. Ele estará presente no lema do grande Papa Pio XII: - *Opus Justitiae Pax*.

"*Finis Operae,
Deo Gratia*"
Urbs Paulopolitana,

São Paulo, 12 de novembro de 1993.

VII Bibliografia

- ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. 3ª ed. São Paulo : Editora Perspectiva S.A., 1992.
- CAETANO, Marcello. *História do Direito Português*. Lisboa : Editorial Verbo, 1981. v. I
- CONAN DOYLE, Sir Arthur. *A Companhia Branca*. Tradução de Hulda Chaves Lenz César. São Paulo : Edições Melhoramentos, s/d.
- DES GRAVIERS, Jean. *Le Droit Canonique*. Paris : Presses Universitaires de France, deuxième édition mise a jour, 1967.
- FALCO, Mario. *Corso di Diritto Ecclesiastico*. Padova : Casa Editrice Dott. Antonio Milani, seconda edizione, ristampa aggiornata, 1935. Volume primo.
- GARCIA, Antonio Garcia y. *Estudios sobre la Canonística Portuguesa Medieval*. Madrid: Fundacion Universitaria Española, 1976.
- GIGANTE, José Antonio Martins. *Instituições de Direito Canônico*. 3ª ed. Braga : Escola Tip. De Oficina de São José, 1955.
- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- LOYN, H. R.. *Dicionário da Idade Média*. Tradução de Álvaro Cabral. 2ª ed. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1991.
- NORONHA, Carlos Silveira. *Perfil Histórico-Dogmático da Sentença Civil*. Dissertação de Mestrado apresentada aos Cursos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, maio de 1992.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 16ª ed. São Paulo : Editora Saraiva, 1988.

- SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português*. Lisboa :
Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. v. I
- SUSRGIK, Aloísio. *Compêndio de Direito Processual Canônico*. 1ª ed. Curitiba
: Edições Livro É Cultura, 1988.
- TUCHMAN, Barbara W. *Um Espelho Distante*. Tradução de Waltensir Dutra.
Rio de Janeiro : Livraria José Olympio Editora S.A., 1989.

DISCURSOS E CONFERÊNCIAS

O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO*

Celso Lafer

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP
Embaixador-Chefe da Missão Permanente do Brasil em Genebra junto à ONU e à OMC
Presidente (1966) do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC**

- A

I Introdução: Comércio, Direito e Paz

No plano internacional, um tema central é a dicotomia guerra/paz. Daí a importância da reflexão em torno de como se evitar a guerra e de que maneira criar condições para uma humanidade pacífica.

(i) Comércio

No âmbito desta significativa e importante reflexão, recorrendo à "lição dos clássicos" e para introduzir um primeiro aspecto do tema desta "Conferência Gilberto Amado" cabe lembrar a importância atribuída ao comércio internacional como uma das condições para uma humanidade pacífica.

Montesquieu, por exemplo, fala na relevância do *doux commerce* para amainar o ímpeto dos preconceitos e promover uma interdependência positiva entre as Nações.¹

Kant, no Projeto de Paz Perpétua, aponta que uma das suas garantias é o "*espírito do comércio que não pode coexistir com a guerra*"²

* In memoriam: Prof. Hernert W. Briggs.

** Versão em português, revista e ampliada, da Conferência pronunciada em inglês, em Genebra, na Comissão de Direito Internacional da ONU em 18 de junho de 1996, na série das *Gilberto Amado Memorial Lectures*. As informações estão atualizadas até 26 de julho de 1996.

1. Montesquieu, *De L'Esprit des Lois*, cronologia, introdução, bibliografia por Victor Goldschmidt, Paris, GF-Flammariion, 1979 XX, 1/XX, 2 pp. 9-10 também cf. Claude Morilhat *Montesquieu, Politique et Richesses*, Paris : PUF, 1996.

Esta visão positiva da relação entre comércio e paz está na origem do projeto da *International Trade Organization* e da Carta de Havana - e do seu desdobramento - o GATT que, com base no sucesso da Rodada Uruguai, levou à Organização Mundial do Comércio.

Decisivos no segundo pós-guerra na modelação da ordem econômica mundial, os Estados Unidos seguiram a linha da avaliação já feita nos anos 30 pelo Secretário de Estado, Cordell Hull, que afirmava: *I have never faltered and I will never falter on my belief that enduring peace and the welfare of nations are indissolubly connected with friendliness, fairness, equality and the maximum practible degree of freedom in international trade.*³ Em síntese: *the freeing of international trade from tariff and other restrictions as the prerequisite to peace and economic development*, nas palavras de Dean Acheson,⁴ avaliando a policy de C. Hull.

O término do conflito Leste-Oeste, a queda do Muro de Berlim que o antecede em emblematiza, ampliaram e praticamente universalizaram a aceitação axiológica desta visão de humanidade pacífica por meio do comércio que, em síntese, assevera que a prosperidade das nações não é possível em isolamento autárquico. Só pode ser efetivamente alcançada pela interdependência econômica. Esta requer e comporta um sistema multilateral de comércio, lastreado na racionalidade da reciprocidade dos interesses, apto a reger a cooperação e o conflito entre distintas economias nacionais num mercado globalizado.

A OMC é a grande expressão do aprofundamento e alargamento da lógica da globalização econômica pós-Guerra Fria. Esta lógica exprime-se, em primeiro lugar, pela nova abrangência *ratione-personae* dos membros da OMC: países desenvolvidos, em desenvolvimento, antigos países socialistas em transição para uma economia de mercado. Lembre-se, neste sentido, que o GATT no seu momento inicial era integrado por 23 partes-contratantes e à Marrakesh, quando se criou a OMC, compareceram 123 Estados. Daí, diga-se de passagem, para completa

2. *Eternal Peace*, in *The Philosophy of Kant*, editado com introd. De Carl J. Friedrich, New York, Modern Library, 1977, p. 455. A referência é a primeira adição aos artigos do *Projeto de Paz Perpétua*.

3. *Economic Barriers to Peace*. N.Y., W. Wilson Foundation, 1937, p. 14 - citado in K. Dam, *The GATT-Law and International Economic Organization*. Chicago, The University of Chicago Press, 1970, p. 12.

4. *Present at the Creation*, N. Y., Norton, 1969, p. 9.

e efetiva universalização da OMC, dimensão política do *acesso* da Rússia e da China.

A globalização espelha-se, também, na amplitude *ratione-materiae* dos assuntos de que trata e disciplina a OMC, em contraste com o GATT. Este, na prática, cuidava do comércio internacional de bens industrializados; tinha poucas regras e muitas exceções. A OMC contempla, também, *inter dia*, agricultura, serviços, propriedade intelectual e caracteriza-se por muitas regras e poucas exceções. As Rodadas do GATT envolviam negócios e cifras da ordem de: US\$ 4.9 bilhões na Rodada Dillon (Genebra, 1960-1961, 45 países), US\$ 40 bilhões na Rodada Kennedy (Genebra, 1964-1967, 49 países), US\$ 155 bilhões na Rodada Tóquio (Genebra 1973-1979, 98 países). Em contraste, o universo econômico que resultou na criação da OMC (Rodada Uruguai, Genebra, 1986-1994), em negociações de que participaram mais de 120 países, tem um *affected trade* estimado em US\$ 3.7 trilhões.⁵

(ii) Direito

O Direito é uma técnica de organização social importante para a paz. Daí a idéia da paz pelo Direito, como outro ingrediente importante da reflexão sobre uma humanidade pacífica, que remonta, para novamente lembrar a lição dos clássicos, à tradição de Grócio.

Law is an order of security, that is of peace, diz Kelsen e mesmo que não se possa dizer, como ele aponta na 2ª edição de *The Pure Theory of Law*, alterando a que dissera em *General Theory of Law and State, that the state of law is necessarily a state of peace and that the securing of peace is an essential function of law* não há dúvida, nas palavras do próprio Kelsen, que *the development of law runs in this direction*.⁶

No plano internacional, uma das técnicas de viabilizar a paz, como limite ideal para o qual o Direito tende, é *solução pacífica de controvérsias*.

No Direito Internacional Público geral e contemporâneo -, tal como positivado pela Carta das Nações Unidas, art. 2º, § 3º - a solução pacífica de

5. Cf. John H. Jackson, William J. Davey, Alan O. Sykes, *Legal Problems of International Economic Relations*, 3ª ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1995, p. 314.

6. Hans Kelsen, *The Pure Theory*, trad. da 2ª ed. (rev. e ampl.), ed. alemã por Max Knight, Berkeley e Los Angeles, University of California Press, 1967, p. 38.

controvérsias é, como aponta Bruno Simma, uma "obrigação de conduta" dos Estados, cabendo ressaltar que não é uma obrigação de resultados. Esta "obrigação de comportamento" é vista como parte integrante indispensável para levar a *Friendly relations and cooperation among states in accordance with the Charter of the United Nations* para lembrar a conhecida Resolução da Assembléia Geral da ONU de 1970.⁷

O art. 33, § 1º - da Carta da ONU elenca estes meios, e a Declaração de Manila de 1982 da Assembléia Geral sobre Solução Pacífica de Controvérsias (*G.A. Resolution 37/10*), que retoma a Declaração de 1970 sobre *Friendly relations*, observa que as partes escolherão os meios pacíficos apropriados em função das circunstâncias e da natureza da controvérsia. Como é sabido, estes meios, estas técnicas voltadas para a convivência pacífica, são negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, que se diferenciam pelo grau de controle que as partes retêm, ou não, sobre o encaminhamento da solução de uma controvérsia.⁸

Na *Gilberto Amado Memorial Lecture* de 1993, o professor Lucius Caflisch examinou as novas tendências em matéria de solução de controvérsias, mas exclui de sua análise os métodos empregados nos campos dos direitos humanos, das tarifas e comércio e da integração regional política e econômica.⁹

É justamente uma das áreas que ele excluiu, *tariffs and trade*, a que vou examinar nesta conferência, na qual me proponho analisar a relação entre comércio internacional e solução pacífica de controvérsias, tal como foi previsto e está sendo praticado no âmbito da OMC.

7. Cf. *The Charter of the United Nations - A Commentary*, ed. por Bruno Simma, Oxford, Oxford University Press, 1955, p. 99; Fábio K. Comparato, *Obrigações de Meios, de Resultados, de Garantia*, *Revista dos Tribunais*, v. 353 (1965), pp. 14-6.

8. Cf. *The Charter of the United Nations - A Commentary*, ed. por Bruno Simma, cit., pp. 506-12; J. G. Merrills, *International dispute Settlement* (2ª ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

9. Lucius Caflisch, *New Trends on Peaceful Settlement of Disputes*, Geneva, United Nations, 1993, p. 3.

II A Comissão de Direito Internacional da ONU e Gilberto Amado: codificação e desenvolvimento progressivo do Direito Internacional relação com a temática desta Conferência

A relação entre a CDI, a figura de Gilberto Amado e o tema da conferência, que tem o seu nome, precisa, no entanto, ser preliminarmente apontada.

Gilberto Amado participou da criação da CDI e da redação do seu estatuto, como foi lembrado pelo professor Cançado Trindade na sua conferência de 1987. A CDI tem como tarefa a promoção do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional e a sua codificação (estatuto da CDI, art. 1º).

O art. 15, de cuja redação Gilberto Amado também participou ativamente, como lembrou igualmente o professor Cançado Trindade, e que trata das funções da CDI, estabelece *for convenience* uma distinção entre *codification and progressive development*. As duas expressões, entendia Gilberto Amado, no entanto, deveriam *go together* - pois não são departamentos estanques.¹⁰ Há, observo, entre "codificação" e "desenvolvimento progressivo", uma dialética de mútua complementaridade. Toda codificação implica em desenvolvimento progressivo e todo desenvolvimento progressivo implica em codificação. Este é o caso, como se verá, do sistema de solução de controvérsias da OMC, que é ao mesmo tempo uma codificação e um desenvolvimento progressivo do sistema do GATT.

Na sua conferência de 1987, sobre a personalidade de Gilberto Amado, o Embaixador Sette Câmara, que antes de ter sido Juiz da Corte Internacional de Justiça foi membro da CDI, registrou que ainda mais do que nos seus livros, o melhor de Gilberto Amado estava na sabedoria de seus comentários.¹¹

No importante livro de Herbert W. Briggs, *The International Law Commission* antigo membro da CDI, onde foi colega de Gilberto Amado, cuja memória e excepcionais qualidades de jurista aproveito, como seu ex-aluno em Cornell, para homenagear com reverente admiração recolho dois comentários de Gilberto Amado.

10. Cf. A.A. Cançado Trindade, *La Contribution de Gilberto Amado aux Travaux de la Commission de Droit International*, Genève, Nations Unies, 1988, pp. 18-9.

11. José Sette Câmara, *Cent Ans de Plénitude*, Genève, Nations Unies, 1988, pp. 12-3.

A CDI, dizia Gilberto Amado, deve evitar o risco de ser *a body of jurists shut up in an ivory tower*, pois *the work of codification, like that of development of international law, must be carried out in cooperation with the political authorities of States*.¹²

É minha intenção comprovar, nesta conferência, que estas sábias indicações de Gilberto Amado estão presentes no sistema de solução de controvérsias da OMC.

B

III Comércio Internacional e Solução Pacífica de Controvérsias Observações Gerais

Para um exame apropriado do sistema de solução de controvérsias da OMC, é importante também, antes, fazer algumas considerações, macro de natureza política e econômica -, sobre comércio e direito.

Uma das dimensões da lógica da globalização e do que significou, no plano dos valores, a queda do Muro de Berlim que são dados fundamentais para a compreensão do pano-de-fundo que permitiu o sucesso da Rodada Uruguai e a criação da OMC foi uma significativa atenuação dos *conflitos de concepção*, a respeito da organização da economia mundial. A expressão *conflitos de concepção* tem uma hierarquia analítica distinta da de *conflitos de interesses* que basicamente giram em torno de uma avaliação do que um país está ganhando ou perdendo, em termos econômicos, numa determinada situação, e como se pode remediar um problema deste tipo. Com efeito, conflitos de concepção colocam-se não apenas no campo econômico mas também no campo dos valores. São mais difusos pois, além dos interesses específicos, dizem respeito a convergências ou divergências profundas a respeito do funcionamento da sociedade, da política, da economia.

No período da Guerra-Fria, o sistema internacional regia-se por polaridades definidas Leste-Oeste; Norte-Sul. A consequência das polaridades definidas, no campo econômico mundial, eram visões distintas do modelo ideal de organização econômica.

12. Herbert W. Briggs, *The International Law Commission*, Ithaca, New York, Cornell University Press, p. 30.

Assim, por exemplo, a visão da URSS era a do dirigismo econômico e, por tabela, o de um comércio administrado por metas quantitativas, tal como se expressava no COMECON.

Já a visão do Grupo dos 77 era a de buscar uma "nova ordem econômica internacional" que resultaria de "negociações globais" de alcance redistributivo. A UNCTAD, quando foi criada, e nos seus desdobramentos, buscou responder a esta visão Norte-Sul de uma renovação da organização da economia mundial.

A OMC representou, com a sua criação, algo novo, inerente ao mundo pós-Guerra Fria e à lógica da globalização: a aceitação praticamente *erga omnes* de uma visão gattiana ampliada *GATT plus* - de organização da economia mundial.

Esta universalização de uma visão, cuja pujança e hegemonia econômica era indiscutível - (pujança que resultava da abertura do espaço interestatal, por vários tipos de mecanismos, a uma circulação bastante livre de recursos como mercadorias, serviços, tecnologia, investimentos, num processo conduzido pelos Estados e por atores privados e estimulado pelos descobrimentos técnicos que reduziam o tempo e o custo dos transportes e das comunicações) se traduziu, no campo econômico, para recorrer a uma fórmula de Raymond Aron, à passagem de um *sistema internacional heterogêneo* (de valores contrapostos) para um *sistema internacional homogêneo, de uma visão compartilhada*.¹³

Este é um dado básico a explicar porque e como se conseguiu negociar um sistema multilateral de comércio *rule oriented*, de vocação universal. Com efeito, esta nova *homogeneidade*, permitiu que se afirmasse, com a OMC, para recorrer à "lição dos clássicos" uma leitura grociana da convivência econômica internacional.¹⁴ Em poucas palavras: existe um potencial de sociabilidade que permite uma interação organizada e não-anárquica - entre os protagonistas da vida econômica num mercado globalizado, que não funciona como um jogo de "soma-zero" Existe confronto, mas existe também cooperação, baseada num abrangente processo calcado na racionalidade e na funcionalidade da reciprocidade dos

13. Cf. Raymond Aron, *Paix et Guerre entre les Nations*, 3ª ed. rev., Paris, Calmann-Lévy, 1962, p. 108.

14. Cf. Hedley Bull, The Importance of Grotius in the Study of International Relations, in *Hugh Grotius and International Relations*, ed. Hedley Bull, Benedict Kingsburg, Adam Roberts, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 65-93; Celso Lafer, Brasil y el Nuevo Escenario Mundial, *Archives del Presente*, 3 - Vernano-Austral, 95-96, pp. 61-80.

interesses. Daí o papel positivo que podem desempenhar o sistema jurídico do Direito Internacional Público e as organizações internacionais.

Esta *interação* organizada, entre uma multiplicidade de economias nacionais, requer um mecanismo de *interface*, inclusive porque o comércio entre os países tem como uma de suas bases as diferenças de vantagens comparativas entre as economias. Como observa Jackson, numa muito apropriada metáfora, as relações entre as economias nacionais, num mercado globalizado, envolvem um problema análogo ao das dificuldades de fazer trabalhar em conjunto *computers of different designs*. Isto exige um *interface mechanism* de mediação. A OMC é este mecanismo.¹⁵

Este mecanismo é fundamental porque o mercado nunca é "perfeito" e não-opera no vazio. Requer uma moldura jurídica que exprime realidades políticas e econômicas. Além disso, se o mercado e a competição podem ser vistas como uma luta de todos por todos - é a tese do *doux commerce* - é também, simultaneamente, como aponta com sutileza Simmel a luta de todos contra todos.¹⁶

A idéia diretiva da OMC é a de que a gestão desta relação, de conflito e cooperação, deve ser um *jogo* que tem normas, compartilhadas por todos que dele participam e vistas por todos como as de um *fair play*.

Foi nesse sentido que Peter Sutherland observou que o patrimônio da OMC não são recursos como é o caso do Banco Mundial, e num certo sentido o do FMI. São a credibilidade, a aceitabilidade e a observância de suas normas.

A interpretação destas regras à luz da lógica da experiência jurídica nunca é inequívoca ou unívoca por obra das dificuldades epistemológicas inerentes ao estabelecimento da relação entre o fato e o direito. Com efeito, os elementos da conexão da operação de qualificação jurídica dos fatos comportam tanto o concurso quanto o conflito de qualificações, ensejando-se, neste processo de subsunção, mais de uma possibilidade de avaliação do fato, do direito e da relação entre os dois. Os Estados, por isso mesmo, diferem no seu entendimento, a respeito do alcance e da aplicação das normas do Direito Internacional e buscam, quando lhes cabe proceder,

15. Jonh H. Jackson, *The World Trading System*, Cambridge, Mass., the MIT Press, 1992, p. 218.

16. Cf. Albert O. Hirschman, *Rival Views of Market Societies and Other Recent Essays*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1992, pp. 120-1.

unilateralmente, ao processo de qualificação a conduzi-lo em função da legitimação política plena de sua conduta e dos seus interesses.¹⁷

É precisamente para evitar o *unilateralismo* político da interpretação e conter o *self help* na sua aplicação por meio de "retorsões" e "represálias comerciais" que o sistema multilateral de solução de controvérsias da OMC foi concebido, enquanto um mecanismo *rule oriented*, na linha grociana, destinado a "domesticar" as tendências unilaterais das "razões de estado" *power oriented*. É este, explicitamente, o sentido e os compromissos assumidos no âmbito da OMC, *ex vi* do art. 23 da "*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*" (DSU).

Os contenciosos da diplomacia econômica que a OMC busca encaminhar, como foi dito, e neste sentido a organização é tributária da tradição do GATT, dizem respeito basicamente a *conflitos de interesse*. Com efeito, o GATT como modelo de cooperação organizada, sustentava-se na idéia da reciprocidade de interesses, e na sua manutenção no tempo. Daí o art. XXIII do GATT, que continua sendo a pedra angular da OMC, nesta matéria, posto que os conflitos derivam de percepção de uma parte-contratante de que qualquer *benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired*.

O sistema de solução de controvérsias do GATT resultou da prática de suas partes-contratantes, em relação ao art. XXIII, que por sua vez foram codificadas e objeto de desenvolvimento progressivo, em mais de uma oportunidade. Foi com base no lastro desta experiência, e na sua melhoria, que se negociou o sistema da OMC. O art. XXIII tem uma conexão muito grande com o art. XXII, pois ambos compõem a base e a lógica do sistema.

Assim cabe uma explicitação de *obrigação geral de consultar*, prevista no art. XXII do GATT, que continua sendo, com o art. XXIII no sistema da OMC, o eixo do processo de solução de controvérsias, como está afirmado no art. 3º, § 1º - do "*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*" (DSU).

17. Cf. Jean J. A. Salmon, Quelques observations sur la qualification en Droit International Public, in *La Motivation des Decisions de Justice*, estudos publicados por Ch. Perelman e Paul Foirers, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 345-65.

- C

IV A "obrigação de consultar" como técnica do Direito Internacional Econômico - seu papel no sistema GATT/OMC

O GATT contempla, no seu art. XXII, uma obrigação de comportamento *Each contracting party shall accord sympathetic consideration to, and shall afford adequate opportunity for consultation regarding such representations as many be made by another contracting party with respect to any matter affecting the operating of this Agreement (art. XXII-1).*

A obrigação de consultar está presente em inúmeros outros artigos do GATT (art. II-5; VI-7; VII-1; VIII-2; IX-6; XII-4; XVI-1; XVIII-7, 12, 16, 21, 11; XIX, 2; XXIV-7; XXV,1; XXVIII; XXVIII-1, 4; XXXVII, 2), que tratam de matérias específicas por exemplo, valoração aduaneira, marcas de origem, balança de pagamentos, subsídios, retirada de concessões tarifárias, etc.

Qual é a razão destas obrigações de consultar, enquanto obrigações de comportamento?

A vida econômica no mercado caracteriza-se pela conjuntura e pelo aleatório, que podem alterar a reciprocidade dos interesses - sobretudo porque se trata de uma reciprocidade derivada da equivalência das vantagens e não da identidade das trocas. Refiro-me aqui à dinâmica das vantagens comparativas e outros aspectos tratados pela teoria econômica do comércio internacional. Por este motivo, como aponta Prosper Weil, a *consulta* no Direito Internacional Econômico é uma técnica tanto da elaboração quanto da aplicação de normas.¹⁸ A consulta, na elaboração do direito, leva freqüentemente a normas que têm mais a característica de um *standard* jurídico do que o da tipificação rígida das condutas posto que a tipificação não-capta a mutabilidade da vida econômica. O *standard*, por sua vez, pela sua própria natureza, quando aplicado à matéria econômica, enseja mais uma "jurisprudência de interesses" do que uma "jurisprudência de conceitos"

18. Prosper Weil, *Le Droit International Economique - myte ou réalité*, in Société Française pour le Droit International, *Aspects du Droit International Economique élaboration, contrôle, sanction*, Paris, Pedone, 1972, p. 73; cf. André Hauriou, *Le Droit administratif de l'aléatoire*, in *Mélanges Trotabas*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, pp. 197-225; Celso Lafer, *O Convênio do Café de 1970 da Reciprocidade no Direito Internacional Econômico*, São Paulo, Perspectiva, 1979.

Com efeito, o *standard*, no momento de sua aplicação, é uma "medida de comportamento", que sempre requer uma verificação, no contexto da especificidade variável das circunstâncias, da *reasonableness* e *fairness* da conduta.¹⁹

As consultas atendem a este requisito. São sempre uma oportunidade para as partes embasarem as avaliações jurídicas de suas posições através de um processo de *intelligence gathering*, na dupla acepção que a palavra *intelligence* comporta: a da organização e seleção de informações pertinentes e a da possibilidade de aprender o relevante, para a compreensão de uma situação que está ensejando um potencial contencioso econômico.

As consultas são, assim, no Direito Internacional Econômico, em primeiro lugar, uma ocasião para *fact finding*, - representam uma forma estruturada de inquérito conjunto, que pode levar, pela negociação, à *conciliação* dos interesses.

A prática do GATT, em matéria de consultas, inclusive na sistemática do art. XXIII obedece a esta lógica, de "solução pacífica de controvérsias" que atende a especificidade dos contenciosos econômicos. Ela continua presente na OMC, pois como se lê no art. 3º, § 7º do DSU, "*a solution mutually acceptable to the parties to a dispute and consistent with the covered agreement is clearly to be preferred*" que por isso mesmo, para instigá-las, viu adensada a juridicidade dos procedimentos de consultas, mediante dispositivos que a tornam automática, obrigatória e sujeita a prazos quando formalmente solicitada por qualquer membro (cf. DSU, art. 4º). Nem sempre, no entanto, os múltiplos procedimentos de consulta contemplados pelo GATT, e agora pela OMC, permitem resolver o problema. Daí o sistema derivado do art. XXIII que, no entanto, é permeado por estas considerações sobre a natureza e a especificidade das controvérsias econômicas.

V O sistema de solução de controvérsias do GATT - o artigo XXIII

O sistema de solução de controvérsias do GATT, centrado no art. XXIII, tendo como foco "conflitos de interesses" resultantes de *nullification and*

19. Cf. Stéphane Rials, *Les Standards, Notions Critiques du Droit*, pp. 39-53; Jean J. A. Salmon, *Les Notions à Contenu Variable en Droit International Public*, pp. 251-268; in *Les Notions à Contenu Variable en Droit*, Estudos publicados por Ch. Perelman e Raymond Vander Esft, Bruxelles, Bruylant, 1984.

impairment of benefits é fruto de uma prática. Resulta de um processo que foi evoluindo e sendo objeto de codificação e desenvolvimento progressivo que assumiram a forma de *Understandings; Agreed description of customary practices of the GATT in the field of Dispute Settlement* (art. XXIII-2); *Ministerial declarations* das partes contratantes; *decision on dispute settlement; decision on improvement of GATT dispute settlements; decision on procedures under article XXIII*.²⁰ Estas "formas" que se iniciam em 1966 e se estendem até 1989, representam uma *interpretação consensual* do GATT, por suas partes contratantes, nos termos do art. 31, § 3º (a) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Não são assim, para lembrar Gilberto Amado, obra de juristas numa torre de marfim, mas inequivocamente uma expressão da sensibilidade dos atores governamentais e da percepção de suas necessidades.

Isto se explica, inclusive, porque todo o sistema do GATT, como hoje o da OMC, é um sistema intergovernamental de Direito Internacional Público Econômico. Só as partes-contratantes tem *locus standi* e conduzem o processo. Os interesses privados - sempre muito presentes posto que de mercado é o que se trata - só alcançavam o GATT quando um governo entendia que havia "interesse nacional" em patrociná-los. Neste sentido operava *mutatis mutandis*, adaptados a natureza das controvérsias econômicas do comércio internacional, os mecanismos clássicos de proteção diplomática.

Em síntese: codificação e desenvolvimento progressivo do sistema de solução de controvérsias foi o resultado, no GATT, de uma *interpretação* formalizada pelas partes-contratantes, baseado na prática e no seu aprimoramento, que não tinha base legal explícita no Acordo Geral.²¹ A criativa evolução desta prática, num sentido amplo, indica a passagem com marchas e contramarchas de um sistema mais voltado para a conciliação, como era usual nos acordos de produtos primários, por exemplo café (o que Hudek denominou de "jurisprudência diplomática", ou seja um *blen of legal and diplomatic strategies*),²² para um sistema

20. Cf. GATT Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice, 6th ed., 1994, pp. 586-97.

21. Pierre Pescatore - *Drafting and Analyzing Decisions on Dispute Settlement, re-impressão do Handbook of WTO/GATT Dispute Settlement*, ed. by Pierre Pescatore, William J. Davey e Andreas F. Lowenfeld, New York, Transnational Publishers, Inc., 1995, p. 29.

22. Robert E. Hudek - *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, New York, Praeger, 1975, Pref - p. VI; Robert E. Hudek - El sistema del GATT: Jurisprudencia Diplomática, *Derecho de Integración*, 8 abril, 1971, pp. 34-66; Celso Lafer, O Convênio Internacional do Café, *Revista de Direito Mercantil*, n. 9, XII, 1973, pp. 48-55.

que foi abrindo a possibilidade de um adensamento crescente da "juridicidade" na solução de controvérsias, sem nunca excluir a conciliação negociada dos interesses.

A razão desta evolução está ligada à "segurança das expectativas" necessária para o bom funcionamento de um sistema multilateral de comércio. Nas palavras da "Decisão de 1989" sobre o aprimoramento do sistema de solução de controvérsias do GATT: A 1 *Contracting parties recognize that the dispute settlement system of GATT serves to preserve the rights and obligations of contracting parties under the General Agreement and to clarify the existing provisions of the General Agreement. It is a central element in providing security and predictability to the multilateral trade system.*²³

Quais são, em linhas gerais, os pontos mais importantes do sistema do GATT?

A competência para o processo de solução de controvérsias, nos termos do art. XXIII-2 cabia, às Partes-Contratantes, agindo em conjunto, que, quando suscitadas, deveriam *promptly investigate any matter so referred to them and shall make appropriate recommendations to the contracting-parties which they consider to be concerned, or give a ruling on the matter as appropriate.*

No exercício destes *quasi-judicial powers*, como as qualifica Olivier Long²⁴ as Partes-Contratantes - depois de uma fase inicial em que recorreram a *working parties* - passaram, nos anos cinquenta, a recorrer a *panels* independentes. Foi no funcionamento destes *panels* que residiu a originalidade do sistema do GATT.

A função de um *panel* é a de *review the facts of a case and the applicability of GATT provisions and to arrive at an objective assessment of these matters.*²⁵ Qual é a natureza jurídica de um *panel*?

Os *panels*, usualmente compostos de três membros, não eram (e continuam não-endo) um tribunal arbitral pelas seguintes razões, apontadas por Pierre Pescatore:

(i) seus membros não eram escolhidos pelas partes. Eram propostos pelo Secretariado. As partes usualmente concordavam, após consultadas com o

23. GATT Analytical Index, cit., p. 592.

24. Olivier Long, *Law and its Limitations in the GATT Multilateral Trade System*, Dordrecht, Nijhoff, 1987, p. 84.

25. Agreed Description of Customary Practice of the GATT in the Field of Dispute Settlement (Art. XXIII:2) in GATT Analytical Index, cit., p. 589.

Secretariado. Na inexistência de acordo podiam ser indicados pelo Diretor-Geral. Nacionais das partes envolvidas não deveriam integrá-los e sempre se chamavam "peritos" como tais entendidos membros de delegações do GATT familiarizados com os assuntos e percebidos como "neutros" em relação à controvérsia e depois, no correr do tempo, acadêmicos com formação jurídica e/ou em comércio internacional. (ii) não existia um "*compromis*" que fixasse *ad hoc* a competência do *panel*. Esta resultava usualmente dos *standards terms of reference* que basicamente estipulava que o assunto, objeto de controvérsia, deveria ser examinado *in the light of relevant GATT provisions*.²⁶

(iii) os *findings, recommendations, rulings* dos *panels* não constituíam uma *sentença arbitral*. Só adquiriam força jurídica mediante sua adoção, por consenso, das Partes-Contratantes reunidas numa sessão formal do Conselho. São enquanto tal um *parecer*, ou como diria Bobbio, um *conselho* dotado de *vis directiva*, e não um *comando* com *vis cogendi*;²⁷ conselho cujo cumprimento requeria o consenso do destinatário no caso as Partes-Contratantes, que tinham *ex vi* do art. XXIII os *quasi-judicial powers*. Precisamente porque são conselhos e não-comandos, os *panel reports* são, nas palavras de Pescatore, *persuasive not descriptive documents*.²⁸

O *panel*, no sistema do GATT, representou portanto, em primeiro lugar, uma *instância independente* - uma *third-party* - um *tertius*. Este *tertius* não se coloca entre as partes como na *mediação* ou na *conciliação*. Coloca-se *entre e acima* das partes, não por delegação, como na arbitragem, mas de *forma autorizada* pelo sistema, como um juiz, numa solução judicial.²⁹ Entretanto, em contraste com a arbitragem e a solução judicial, não dá uma *sentença* mas um *parecer*. A inclusão do *tertius*, de maneira institucionalizada, despolitizava a situação e o processo de qualificação jurídica dos fatos. Transformava a tensão que é difusa uma controvérsia, que é um desacordo entre Estados um conflito de interesses - que tem um objeto suficientemente circunscrito para se prestar a pretensões claras, suscetíveis de uma apreciação por meio da racionalidade de técnicas jurídicas.³⁰

26. Cf. Pierre Pescatore, *Drafting and Analyzing Decisions on Dispute Settlement*, cit., pp. 11-4.

27. Cf. Norberto Bobbio - *Study per una Teoria Generale del Diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, pp. 49-78.

28. Pierre Pescatore - *Drafting and Analyzing Decisions on Dispute Settlement*, cit., p. 17.

29. Cf. Norberto Bobbio - *Il Terzo Assente*, Milano, Sonda, 1989, p. 222.

30. Cf. Charles de Visscher, *Théories et Réalités en Droit International Public*, 4^{ème} ed., Paris, Pedone, 1970, p. 371.

A atividade do *panel*, como toda forma de conduta, inclusive a de aconselhar, pode ser objeto de regulamentação jurídica. A prática do GATT, a sua codificação e desenvolvimento progressivo, em matéria de *panels*, representa um esforço de se chegar a um "parecer" através de um *due process* jurídico - com prazos, primeiras *written submissions* das partes e *oral hearings*, segundo *set of submissions* e segundo *hearings*. Normalmente nos *oral hearings*, o *Panel* formulava questões sobre matéria de fato e de direito suscitadas nas razões e contra-razões das partes, solicitava documentos e provas e, evidentemente, as partes tomavam conhecimento de seus respectivos argumentos, neste processo de contraditório. Existia, igualmente, espaço para terceiros - *third-parties* que tivessem indicado o seu interesse - apresentar, por escrito e oralmente, os seus argumentos ao *Panel*.

O "parecer" do *Panel*, ainda que vazado, como foi dito acima, pela retórica da persuasão, buscava a forma de uma sentença: a descrição dos fatos, os argumentos das partes e uma conclusão motivada por considerações jurídicas.

A edição de 1994 do *GATT Analytical Index* contabiliza 195 *cases* e 81 *reports* adotados pelas *Partes-Contratantes*³¹ e o Professor Jackson, em lista atualizada até 1989 que inclui *cases* que não levaram a *panels*, elenca 233 *cases*.³²

O Professor Hudek - em análise da maior importância - que cobre o período de 1948-1989, contabiliza 207 reclamações. Destas, 64 foram equacionadas (*settled or validity otherwise conceded*) sem *legal ruling*; 55 abandonadas ou retiradas sem solução. Das 207 reclamações (*complaints*), 88, ou seja 43%, *led to a ruling of some sort*; destas 88, em 68 casos, ou seja, 77% o *panel* concluiu pela procedência da reclamação; destes 68 casos, 60, ou seja 90% *ended with a positive outcome*; 37 (55%) com *full satisfaction of the legal claim*; 8 (12%) com a remoção da medida, mas independentemente do *legal ruling*; 15 (22%) com *partial satisfaction of the legal claim*.³³

Como se verifica, é não-só positivo, mas numericamente relevante, o *corpus* das soluções encontradas pelo mecanismo do GATT. John H. Jackson observa que o número de casos encaminhados através do sistema do GATT supera e muito - os da Corte Internacional de Justiça (próximo dos 100) e aponta que muitos

31. GATT Analytical Index, cit., pp. 719-34.

32. John H. Jackson, William J. Davey, Alan O. Skyes, *Legal Problems of International Economic Relations*, cit., p. 331.

33. Cf. Robert Hudek, Daniel L. M. Kennedy, Mark Sgarbossa A Statistical Profile of GATT Dispute Settlemente Cases - *Minnesota J. Global of Trade*, v. 2:1, 1993, pp. 3-4, 8-10.

dos casos do GATT "*have had as profound consequences on national governments and world affairs as have International Court of Justice cases*".³⁴

Quais eram, no entanto, as limitações do sistema e por que foi ele objeto de um *desenvolvimento progressivo* no correr das negociações da Rodada Uruguai que levaram à criação da OMC?

Para os que entendiam que o sistema do art. XXIII era essencialmente uma extensão da "obrigação de consultar" do art. XXII, e que o objetivo do mecanismo de solução de controvérsias era menos o de se chegar a uma solução jurídica, do que se valer do direito para superar diplomaticamente um problema comercial, o que se vislumbrava era um aprimoramento do *due process* dos procedimentos dos *panels* e, por tabela, da qualidade da *vis directiva* dos seus pareceres.

Outros, no entanto, apontavam que como os *quasi-judicial powers* residiam no Conselho de Representantes das Partes Contratantes, qualquer estado acusado de *wrong-doing* ensejador de *nullification and impairment*, tinha poder político para bloquear o funcionamento do sistema. Podia bloqueá-lo impedindo, unilateralmente, o estabelecimento de um *panel* e, mesmo quando concordasse com o estabelecimento do *panel* e participasse dos seus procedimentos, podia bloquear a adoção do seu *report* (*the acceptance of the panel's findings and recommendations*).³⁵

Foi justamente para superar estas dificuldades num sistema internacional que a lógica da globalização tornou mais homogêneo e viabilizou, assim, uma leitura grociana ampliada *ratione personae* e *ratione materiae* da convivência econômica internacional para relembrar o que já foi apontado nesta conferência, que se chegou, nas negociações da Rodada Uruguai, ao sistema de solução de Controvérsias da OMC.

Este é assim, explicitamente, como diz o art. 3º do DSU, uma reafirmação da importância da experiência acumulada do GATT (§ 1º - codificação-) com um reforço (desenvolvimento progressivo) do componente de segurança e

34. John H. Jackson, Reflections on International Economic Law, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 17, n. 1 (Spring 1966), pp. 18-9; Cf. também Shabtai Rosanne, *The World Court - What it is and how it works* (5ª ed. rev.), Dordrecht, Hijhoff, 1995, caps. VI e VII.

35. Cf. John Cromme, *Reshaping the World Trading System*, Geneva, World Trade Organization, 1995, pp. 148-9.

previsibilidade das expectativas. Este reforço foi tido como gradualmente necessário para o bom funcionamento da ordem do mercado mundial, que como qualquer mercado (como já foi apontado) não-opera no vazio. Requer uma moldura jurídica, suplementada por técnicas jurídicas na dinâmica de sua aplicação, aptas a preservar direitos e obrigações dos membros, negociados nos *covered agreements* (§ 2º).

- D

VI O sistema de solução de controvérsias da OMC - continuidade e mudança

(i) A primeira observação a ser feita sobre o sistema de solução de controvérsias da OMC, é a de que, enquanto expressão de codificação e desenvolvimento progressivo e em contraste com o sistema do GATT, não é mero fruto de prática e interpretação. É uma obrigação, de outra hierarquia jurídica, posto que contemplada pelo próprio tratado constitutivo da OMC e enquanto tal, obriga a todos os estados-membros e deve ser cumprida de boa-fé (cf. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados art. 26). Em outras palavras, é parte do quadro constitutivo de uma nova organização ela própria dotada de subjetividade internacional especializada, distinta da de seus membros o que não acontecia com o GATT que era de natureza contratual. Com efeito, *ex vi* do art. II do Acordo de Marrakesh que trata do objeto e alcance da OMC o anexo 2, que é o "*Dispute Settlement Understanding*" é parte integrante dos compromissos dos Estados-membros.

O DSU, por força do seu art. 3º, § 1º como já foi dito, afirma a continuidade em relação ao sistema do GATT. Deve ser lido em conjugação com o art. XVI, § 1º do Acordo de Marrakesh que afirma que "*except as otherwise provided*" (desenvolvimento progressivo) a OMC "*shall be guided by the decisions, procedures and customary practices followed by the Contracting Parties to GATT 1947 and the bodies established in the framework of GATT 1947*". Por isso, o *corpus* das decisões do antigo GATT constituem jurisprudência válida para o sistema da OMC e como tal vem sendo citadas pelos novos *panels* e pelo Órgão de Apelação.

(ii) A segunda observação a ser feita é no sentido de apontar que o "*Dispute Settlement Understanding*", para fazer frente ao risco de fragmentação, trazido pela

dispersão dos diversos Códigos da Rodada Tóquio - cada um tendo o seu sistema próprio, o que ensejava o "forum-shopping" representou a criação de um sistema único da OMC. Esta cobre todos os acordos da Rodada Uruguai (cf. art. II, 2 do Acordo de Marrakesh, e "Appendix I do Understanding"). Isto significa não-só as novas obrigações assumidas em relação a temas tradicionais da GATT (1947) - como por exemplo balança de pagamentos, uniões aduaneiras, zonas de livre-comércio, *waivers*, medidas fito-sanitárias, barreiras-técnicas ao comércio, *dumping*, valoração aduaneira, subsídios e *countervailing measures* etc; mas também temas tradicionais finalmente abrangidos pela OMC, como agricultura, têxteis e mais expressivamente temas novos como TRIMS (medidas de investimentos relacionadas ao comércio), GATS (serviços) e TRIPS (propriedade intelectual). Isto configura, como observou Pescatore, uma nova e mais ampla dimensão de competência, dada pela automacidade do *standard terms of reference* que abrange *all covered agreements* citados pelas partes perante um *panel* (DSU art. 7º).³⁶ Daí um novo desafio, como aponta Christopher Thomas, pois os *panels* enfrentarão não-só as clássicas *core-obligations* do GATT mas *less familiar rights and obligations in the new areas of intellectual property, services, etc.*, com todas as conseqüências que daí advêm, inclusive em matéria de provas e qualificação jurídica dos fatos.³⁷

(iii) Do ponto de vista do adensamento da "juridicidade" do sistema de solução de controvérsias da OMC, um dado novo, fundamental, a impedir e superar o "bloqueio" unilateral do seu funcionamento, foi a fórmula concebida em 1991, durante as negociações da Rodada Uruguai em Genebra, com base nas opções apresentadas na malograda reunião de Bruxelas. Refiro-me à *inversão da regra* de consenso, prevalescente no GATT. Nas palavras de Croome: "*Where as consensus had been required in order to move the dispute settlement process forward at each stage, they provided that, in future, consensus agreements would be required no to move. The effect would be to end the possibility of a country unilaterally blocking the dispute mechanism, and to build automaticity into the progress of a dispute through the system, unless all countries agreed that the process should be halted*"³⁸

36. Cf. Pierre Pescatore - *Drafting and Analyzing Decisions on Dispute Settlement*, cit., pp. 28-30, 34-5.

37. Cf. Christopher Thomas, *Litigation Process under the GATT dispute settlement system: lessons for the World Trade Organization*, in *Journal of World Trade*, v. 30, n. 2 (april 1996), pp. 53-81.

38. Cf. John Croome, *Reshaping the World Trading System*, cit., p. 324.

Isto configurou um efetivo *direito a um panel* (DSU art. 6º, § 1º); um *direito à adoção de um panel report* (DSU art. 16, § 4º), um direito de recorrer de um *panel report* ao *Órgão de Apelação* (DSU - art. 16, § 4º) e um *direito de adoção do "Report do Appellate Body"* (DSU art. 17, § 14).

(iv) Também em matéria de adensamento de "juridicidade" do sistema cabe referir a uma outra e fundamental inovação: a criação de uma segunda instância, incumbida de rever, com base no direito, *panel reports*. Esta hipótese, que começou a ser discutida e negociada na Rodada Uruguaí a partir de 1989,³⁹ foi consagrada no DSU, que contemplou um *Standing Appellate Body*. Este é *composed of seven members, three of whom shall serve on any one case (17, § 1º)*, eleitos por um mandato de quatro anos, permitida uma reeleição (17, § 2º), e integrado por *persons of recognized authority, with demonstrated expertise in law, international trade and the subject-matter of the covered agreements generally (DSU 17, § 3º)*. Como o *appeal shall be limited to issues of law covered in the panel reports and legal interpretations developed by the panel (17, § 6)* esta segunda instância - quase única no âmbito do Direito Internacional Público - reforça, pela sua função, o componente da juridicidade do sistema de solução de controvérsias da OMC.

O Órgão de Apelação já foi constituído, elaborou o seu regimento interno (*working procedures*) e pronunciou-se sobre um caso "*United States Standards for Reformulated and Conventional Gasoline complaint by Venezuela and Brasil*". O *report* do Órgão de Apelação foi adotado pelo Órgão de Solução de Controvérsias em 20 de maio de 1996 e está agora na fase de implementação.

Em matéria dos *working procedures* do *Appellate Body*, observo apenas dois pontos: (a) o Órgão de Apelação foi constituído com base no *standard* de que é *broadly representative of the WTO membership* e que, sendo comparável a um *standing* tribunal, a nacionalidade não é um fator na seleção - e por tabela na exclusão - de qualquer membro *to sit on a division to hear a particular case (Rule 6, § 2 of the Working Procedures for Appellate Review)*. Neste sentido, a segunda instância é distinta das regras de constituição do *panel*, enquanto uma primeira instância (DSU 8, § 3), na qual a nacionalidade das partes envolvidas é vista como uma presunção de parcialidade; (b) os *working procedures* preservando a responsabilidade plena da câmara de três (*division*) quanto à decisão tomada, contempla informação e consulta a todos os membros do *Appellate Body*, sobre os

39. Cf. John Croome, *Reshaping the World Trading System*, cit., p. 264.

casos em andamento, por força da regra que criou, da colegialidade. A idéia da colegialidade exprime uma preocupação de natureza jurídica, com a coerência da interpretação do ordenamento jurídico da OMC (*Rule 4, Working Procedures for Appellate Review*), o que é outro ingrediente do adensamento de juridicidade.

Não me cabe, e não é apropriado, no momento, na minha dupla condição de Embaixador do Brasil junto à OMC e presidente de seu Órgão de Solução de Controvérsias, fazer comentários sobre o primeiro *report* do *Appellate Body*, e a sua relação com o *report* do *Panel*, que deram ganho de causa ao pleito da Venezuela e do Brasil. Também de um caso não é razoável extrair ilações sobre tendências. Entretanto, não seria despropositado observar que há uma diferença de estilo neste primeiro *report* do *Appellate Body*, quando comparado com os *reports* de *panels*. É visivelmente um texto de cunho mais jurídico e, sem deixar de ser "persuasivo" está mais próximo da linguagem de um "*prescriptive document*" ou seja, do estilo de uma sentença jurídica.

(v) Estilo e automaticidades, acima examinados e comentados, não-convertem os *reports* dos *panels* e do *Appellate Body* em sentenças judiciais. Com efeito, os *reports* só adquirem plenitude de efeitos jurídicos, quando aprovados pelos Estados-membros, através de um órgão criado pela constituição da OMC o "*Dispute Settlement Body*" o Órgão de Solução de Controvérsias que é o Conselho Geral, operando to "*discharge the responsibilities*", "*provided for in the Dispute Settlement Understanding*" (Acordo de Marrakesh art. IV, § 3, DSU-2, § 1º). Esta aprovação, ainda que tenha o potencial de automaticidade, é o que configura o "*exequatur*", através de uma homologação política, por via de regra, do consenso negativo.

Por esta razão é que entendo que os *reports* continuam tendo, no sistema da OMC, formalmente, a natureza jurídica de um parecer, de um *tertius*, acima das partes, dotado de *vis directiva*. A mudança o desenvolvimento progressivo reside no adensamento da juridicidade tanto do *due process* quanto da conversão do seu produto, os pareceres, em *findings*, dotados de eficácia jurídica.

O que quero dizer com a expressão "adensamento de juridicidade"?

A obra de Hart instigou a teoria geral do direito a trabalhar com a distinção normas primárias/normas secundárias e a ver no crescente interrelacionamento entre ambas o sinal de maturidade de um sistema jurídico.⁴⁰

Normas primárias são as que prescrevem, proscovem, estimulam ou desestimulam comportamentos. No caso da OMC, seus destinatários são os Estados-membros, cuja discricionariedade na sua observância e aplicação se vê contida pela existência de normas secundárias. Normas secundárias são normas sobre normas. Tratam da produção e da aplicação de normas. O sistema da solução de controvérsias da OMC adensou a sua juridicidade, reduzindo a sua dimensão diplomática - caracterizada pelo controle político dos Estados-membros no encaminhamento das soluções - através da multiplicação das normas secundárias que regem a organização e o funcionamento do sistema. São exemplos do papel das normas secundárias, para a identificação do *quid sit juris*, na OMC, aquelas que atribuem competências e poderes ao *tertius* (*Panels* e *Appellate Body*). Menciono, a título de ilustração de sua importância, para o adensamento da juridicidade, além das já-referidas - competência dada pelos *standard terms of reference*, e a regra do consenso negativo no DSU, - as seguintes: art. 9 (*procedures for multiple complaints*); art. 12 (*panel procedures* e o apêndice 3 do DSU que contempla, *inter alia*, *strict time frames for every step of the process*); art. 13 (*right to seek information*); art. 14 (*confidentiality*); art. 17 (*intern review of stage*); os *working-procedures do Appellate Body*, cuja produção foi delegada ao próprio *Appellate Body*, em consonância com os *standards* elaborados no art. 17, §§ 9, 10, 11, 12, 13 do DSU; o art. 20 - (*time-frame for DSB decisions*), etc.

(vi) A juridicidade e o *due process dos panels* e do *Appellate Body* inserem-se num contexto mais amplo, de natureza diplomática: o *Dispute Settlement Body* - o Órgão de Solução de Controvérsias. Este, em contraste com o sistema do GATT, como já foi dito, representa uma especialização funcional do Conselho Geral. Esta especialização funcional dá ao OSC uma identidade institucional própria, reveladora da hierarquia e da importância atribuída pela OMC à solução de controvérsias, como elemento central da *security and predictability do multilateral trading system*, negociado na Rodada Uruguai (DSU, 3, §2).

40. Cf. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, New York, Oxford University Press, 1961, cap. V, VI; Norberto Bobbio - *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, cap. XI norma jurídica, cap. XII - norma secundaria.

Ao OSC cabe a gestão de todo o sistema. É ele, como foi visto, que tem autoridade para estabelecer *panels* e adotar os seus *reports* assim como os do *Appellate Body*. É ao OSC, como órgão diplomático, que cabe *ex-officio* "*maintain surveillance of implementation of ruling and recommendations*". É ao OSC que também compete *authorize suspension of concessions and other obligations under the covered agreements* (DSU, art. 2, § 1º). Em outras palavras, se o *processo de conhecimento* passa pelo *iter* dos *panels* e do *Appellate Body*, o *processo de execução* dos *findings* transita, ainda que disciplinado por normas secundárias de *surveillance of implementation* (DSU art. 21) e de *compensation and suspension of concessions* (DSU, art. 22) (ou seja, sanções) por um órgão político-diplomático - o OSC.

O *processo de execução*, na sistemática da OMC, tem duas fases. A primeira diz respeito ao monitoramento da efetivação das decisões dos *panels* e do Órgão de Apelação, adotadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias. O mecanismo de monitoramento está previsto no art. 21 do DSU, que objetiva *prompt compliance* com as *recommendations and rulings*. O cumprimento do estabelecido pelos *reports* adotados pelo OSC é visto como algo do interesse de todos os Estados-membros da OMC (DSU art. 21, § 1º). Assim, dentro de trinta dias da adoção de um *report* pelo OSC, o Estado-membro vencido deve informar ao OSC as suas intenções quanto à implementação das *recommendations and rulings* (DSU, art. 21, § 3). Na hipótese de o cumprimento imediato ser impraticável, prevê-se um período razoável de tempo. O *reasonable period of time* é um *standard*, e como todo *standard* uma norma de conteúdo variável. No caso, representa buscar um comportamento razoável para os destinatários do *report*, ou seja, um equilíbrio entre direitos e interesses divergentes de um Estado-membro reclamante e um Estado-membro reclamado.

Os critérios para a busca deste equilíbrio são dados pelas normas secundárias do art. 21, § 3, que estabelece três métodos sequenciais para determinar o *reasonable period of time* para a implementação. O art. 21, § 3 (a) estabelece que o prazo razoável pode ser o proposto pelo Estado-membro vencido desde que o prazo proposto seja aprovado pelo OSC. O art. 21, § 3 (b) estipula que o prazo pode ser o estabelecido por mútuo acordo entre reclamante e reclamado, dentro de 45 dias da adoção, pelo OSC, das *recommendations and rulings do report*. Na inexistência de acordo, o art. 21, § 3 (c) prevê uma arbitragem vinculante e obrigatória, cujo objetivo é o de determinar, no caso concreto, o *reasonable period of time* para a

implementação. A indicação do árbitro ou árbitros, pode resultar de mútuo acordo entre as partes concernidas, dentro do prazo de dez dias, a partir do momento em que o assunto for remetido à arbitragem. Se as partes não conseguirem chegar a um acordo, o Diretor-Geral da OMC designará o árbitro depois de consulta às partes. (Notas de rodapé 12 e 13 ao artigo 21, § 3 (c) do DSU).

O art. 21 também estabelece diretrizes para a arbitragem do "prazo razoável". Este prazo não deve ultrapassar quinze meses da adoção do *report*, do *panel* ou do Órgão de Apelação, pelo Órgão de Solução de Controvérsias. Pode, no entanto, ser maior ou menor, dependendo das "circunstâncias particulares" (DSU art. 21, § 3 (c)). São, portanto, estas *particular circumstances* que os árbitros deverão examinar, que constituem, assim, a latitude *in concreto*, da apreciação do conteúdo variável da norma, para se encontrar, através de um *tertius*, uma solução razoável.

O art. 21, § 5 do DSU exprime igualmente uma preocupação no sentido da implementação ser consistente com os *covered agreements*. Ainda que dúvidas quanto a esta consistência só ensejam novos recursos ao mecanismo de solução de controvérsias de preferência ao *panel* original -, pelos Estados-membros partes da controvérsia, esta preocupação, juridicamente tutelada, indica a presença do valor atribuído à manutenção da integridade do ordenamento jurídico da OMC.

Na hipótese de não-cumprimento, o DSU estabelece um mecanismo de sanções que é, assim, a segunda fase do processo de execução.

As sanções previstas que como todas sanções constituem um expediente para reforçar o cumprimento das normas primárias são as típicas do Direito Internacional Público de Cooperação.⁴¹ Visam atingir o Estado-membro inadimplente, reduzindo os benefícios que este Estado tem de participar numa interdependência econômica, concebida grocianamente.

A aplicação destas sanções, mesmo através do OSC, enquanto órgão político-diplomático, é *rule-oriented*. Com efeito, o DSU tem, neste sentido, como objetivo explícito conter o unilateralismo do *self-help*. Contempla o *redress of a violation of objectives or other nullification or impairment of benefits* unicamente pelo *iter* das normas secundárias das *rules and procedures* do *Understanding* (DSU art. 23). A escolha das concessões a serem suspensas, o setor de bens e serviços a ser afetado, o seu nível, são objeto dos *standards* elaborados no art. 22 do DSU.

41. Cf. Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, New York, Columbia University Press, 1964, pp. 88-95.

Objecções quanto à aplicação dos *standards* ensejam a possibilidade de uma arbitragem a ser conduzida pelo *panel* originário *if members are available or by an arbitrator appointed by the Director-General*, cuja competência está fixada no DSU (DSU - art. 223, § 6, § 7), não-requerendo, assim, um "*compromis*"

Estas observações são igualmente relevantes na perspectiva do adensamento da juridicidade do processo de execução. Com efeito, o *self-help* unilateral, por ser discricionário, tende à violência que se caracteriza, *inter alia*, pela imprevisibilidade, pela descontinuidade, pela desproporção entre meios e fins. As normas secundárias do DSU são multilateralmente disciplinadoras do uso da força econômica. Impõem medida à violência e estabelecem, como *standards* para o OSC, agir com medida; de acordo com a medida, e tendo como fim a medida.⁴²

(vii) O adensamento da juridicidade, que estou realçando, não exclui, muito pelo contrário, o papel do OSC como instância política diplomática de solução de controvérsias no âmbito da OMC. Esta é parte importante de suas funções como gestora do DSU. Ela se evidencia, formalmente, no DSU, pela cautela recomendada *before bringing a case*; pela preferência explícita por soluções negociadas (DSU, art. 3, § 7); pela recomendação de que a interpretação das normas da OMC deve ser estrita e não construtivamente ampliada (DSU 3, § 2) e especialmente pela obrigação de consultar, como fase prévia obrigatória, antes de suscitar-se a constituição de um *panel* (DSU, art. 4).

Em matéria de obrigação de consultar, cabe reiterar a sua importância no encaminhamento dos contenciosos econômicos e especificar o que já foi apontado, a saber que o sistema da OMC, contrastando com o do GATT, adensou a juridicidade do processo de consultas previsto no art. XXII, através de normas secundárias que disciplinam a sua automaticidade e obrigatoriedade e fixam prazos para a sua realização. O regime geral contemplado pelo DSU é o de uma resposta dentro de dez dias do pedido de consulta para a sua realização em período de até trinta dias após a data do recebimento do pedido de consulta, devidamente notificado ao OSC. O não-cumprimento destes prazos, salvo por mútuo acordo, autoriza o membro-reclamante a pedir a constituição de *panel* (DSU, art. 4, § 3, § 4). O período de sessenta dias, após o pedido de consulta, é o definido como um *standard* de tempo apropriado, para se chegar a uma solução negociada, em consonância com os *covered agreements*. Este é o *iter* preferencial, recomendado pelo DSU. Inexistindo

42. Cf. Norberto Bobbio - *Il terzo assente*, cit., pp. 151-2.

solução, faculta-se ao reclamante requerer a constituição de um *panel*. Dentro da lógica da jurisprudência diplomática, o período de consultas pode ser estendido, havendo mútuo acordo das partes envolvidas.

Nesta linha de contribuir para uma solução negociada, também merece registro a possibilidade de, alternativamente, recorrerem as partes, numa disputa, desde que de comum acordo, aos bons ofícios, à conciliação e à mediação, facultando-se ao Diretor-Geral, *ex-officio*, a possibilidade de oferecer-se para bons ofícios, conciliação ou mediação (DSU, art. 5).

Outro dado importante, a indicar a preservação da tradição gattiana de jurisprudência diplomática, é a possibilidade de se suspender, a qualquer momento, os trabalhos de um *panel* com vistas a se negociar uma solução. Num caso recente - *European Communities Trade Description of Scallops, complaints by Canada, Peru and Chile* - as partes solicitaram a não-circulação do *report* de que tinham conhecimento, justamente para negociar uma solução em função dele. Uma solução negociada para este caso foi comunicada ao OSC, na sua sessão de 5 de julho de 1996. Esta mesma possibilidade existe na segunda instância (cf. *Working Procedures for Appellate Review, Rule 30*). Isto, diga-se de passagem, é outro elemento para sustentar minha afirmação de que os *reports* não são sentenças, mas pareceres com *vis directiva*, com um *iter* jurídico que pode ser interrompido a qualquer momento, para se tentar uma solução diplomaticamente negociada.

A dimensão política diplomática do Órgão de Solução de Controvérsias no encaminhamento de controvérsias pode igualmente ser apontada pelo direito de, no processo de automaticidade da adoção do *report* do *panel* e do *Appellate Body*, qualquer membro *express their view* quanto ao seu conteúdo (DSU, 16, § 4; 17, § 4). Este direito foi exercido pelo Japão, na sessão do OSC que adotou o *report* do *Appellate Body* no caso da gasolina. Naquela ocasião, o Japão reservou seus direitos quanto à interpretação contida no *report* sobre o art. III:4 do GATT. O exercício deste direito representa a possibilidade de um controle político no sentido de fiscalização do conteúdo jurídico de um *report*. Este artigo tem como objetivo, no meu entender, ressaltar direitos e deixar claro que os *findings* aplicam-se apenas "*to the matter at issues and the parties involved in a particular case*". ou seja, obstruir o conceito do precedente obrigatório *stare decisis*.

Um balanço das atividades do OSC da OMC até o presente momento é indicativo de que ele vem funcionando no trato dos contenciosos, ora para instigar soluções negociadas, ora para promover soluções de natureza mais jurídica. Existem

dez casos que foram solucionados via negociação ou na fase das consultas ou depois do pedido de *panel*. Entre eles, o mais rumoroso foi o *United States Imposition of Import Duties on Automobiles from Japan under section 301 and 304 of the Trade Act of 1974 - complaint by Japan*.

Existem seis *Active Panels* e vinte e seis consultas em andamento. O caso já-mencionado, *United States Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, complaints by Venezuela and Brazil* é o único que percorreu todas as etapas do processo de conhecimento, do *Panel* ao *Appellate Body*, e está na fase de implementação (processo de execução).

O uso do OSC, *ratione personae*, tem sido variado, pois vem sendo suscitado por países desenvolvidos e por países em desenvolvimento, em contenciosos que envolvem controvérsias entre membros desenvolvidos, membros em desenvolvimento e membros desenvolvidos e em desenvolvimento.

(viii) Para concluir, gostaria de fazer uma indicação, ainda que rápida, sobre a natureza do contencioso da OMC, posto que ela permite uma referência a um tema central dos trabalhos da CDI: o da responsabilidade internacional.

A tradição do GATT, o seu foco em *nullification and impairments of benefits*, a gravitação do tema de uma "jurisprudência diplomática", tende a ver, no atual sistema da OMC, um contencioso juridicamente adensado de reparação de interesses. A consequência é configurar o não-cumprimento de uma obrigação internacional - por exemplo a *implementation de rulings and findings de reports* adotados pelo DSB - como uma hipótese de responsabilidade internacional que diz respeito apenas à relação entre as partes diretamente envolvidas no *panel*. Por via de consequência, a função da reparação pode ser resolvida pelos mecanismos tradicionais da responsabilidade internacional, ou seja, por compensação (*dommages-interêts*). O art. 22 do DSU, ainda que não a prefira, admite a negociação de *compensation*, ressalvando que deve ser "*consistent with the covered agreements*". Aliás, a preocupação de consistência com os *covered agreements* existe também para as soluções negociadas de qualquer tipo. Daí a obrigação de notificá-las ao OSC e a possibilidade de qualquer membro *raise any point relating thereto* (DSU 3, § 6).

Esta preocupação com a consistência: *the first objective of the dispute settlement mechanisms is usually to secure the withdrawal of the measures concerned if these are found to be inconsistent with the provisions of any of the covered agreements (DSU 3, § 7); ...neither compensation nor the suspension of*

concessions or other obligations is preferred to full implementation of a recommendation to bring a measure into conformity with the covered agreement (DSU 22, § 1º) - suscita uma outra questão. A saber, se o novo sistema de solução da OMC, em contraste com o do GATT, não tende para um contencioso de legalidade. Isto significa, potencialmente, uma outra concepção da função da responsabilidade internacional, qual seja a função de proteção de legalidade, o que quer dizer que a relação da responsabilidade internacional transcenderia as partes envolvidas numa disputa pois diria respeito, igualmente, a todos os membros da OMC. Com efeito, se a responsabilidade internacional é uma resposta a uma ruptura do equilíbrio de direitos e obrigações, e se a resposta exclui como remédio a obrigação de reparar através de compensação - negociada entre as partes diretamente envolvidas por força de uma prioridade axiológica conferida ao interesse de todos os Estados-membros na função da legalidade, estaríamos aí diante de uma diversificação muito ampliada de responsabilidade internacional na linha de propostas dos trabalhos da CDI.⁴³

Na OMC, este assunto - contencioso de reparação/contencioso de legalidade - vem sendo suscitado, implicitamente, através do papel das *third parties*. Com efeito, se para a participação na fase prévia de consultas de uma controvérsia o DSU requer para a participação de terceiros, a existência de um *substantial trade interest*, a participação de *third parties*, tanto num *panel* quanto num *appeal*, pressupõe *substantial interest (DSU 10, § 2; 17, § 4)*. A pergunta é se por *substantial interest* pode se entender *systemic interests* o que, no jargão da OMC, pode ser entendido como um interesse também na função da legalidade da responsabilidade internacional. Em outras palavras, se o *panel* e o *Appellate Body* no trato que devem dar às considerações de terceiros precisam dar atenção - e quanto - a estes *systemic interests*. Não há dúvida que numa disputa só *nullification and impairment of benefits* permite um terceiro transformar sua intervenção num pleito a traduzir-se em direito a um *panel* (DSU, art. 10, § 4) e que também só as partes, e não-terceiros, têm o direito de *appeal a panel report (DSU, 17, § 4)*. Em outras palavras, o prejuízo indireto, derivado do interesse sistêmico na função da legalidade, não dá a um Estado-membro o direito de exercer o papel de ministério

43. Cf. Société Française pour le Droit International, *La Responsabilité dans le Système International*, Colloque de Mans (1990) Paris, Pedone, 1991, particularmente Pierre-Marie Dupuy, *Responsabilité et Légalité*, pp. 263-297; e Brigitte Stern, *La Responsabilité dans le Système International*, pp. 319-336.

público na defesa de um interesse coletivo na manutenção de coerência do ordenamento jurídico da OMC. Neste sentido, diria, para recorrer ao que afirmou a Corte Internacional de Justiça em 1966, no caso *South West Africa and Namibia*, que não se admite uma espécie de *actio popularis*, - um direito, para cada Estado-membro da OMC intentar uma ação para a defesa do interesse público.⁴⁴

Estes problemas, de maior ou menor amplitude da responsabilidade internacional estão, no entanto, ainda em aberto, por força de algumas intervenções de terceiros, que aguardam pronunciamento e decisões. É, portanto, uma questão para a qual se deve aguardar as tendências que se consolidarão, ou-não, na jurisprudência futura da OMC.

44. Cf. Dominique Carreau, *Droit International*, 3ª ed., Pedone, 1991, p. 429; Brigitte Bolecker-Stern, *Le Préjudice dans la Responsabilité Internationale*, Paris, Pedone, 1972.

**DISCURSO DE POSSE DA 94ª DIRETORIA DO CENTRO ACADÊMICO
“XI DE AGÔSTO” GESTÃO PARTIDO ACADÊMICO AUTÔNOMO
PROFERIDO POR GUSTAVO UNGARO***

Senhor Diretor da Faculdade de Direito, Professor Álvaro Villaça Azevedo;
Senhor Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania, Belisário dos Santos Júnior;
Senhor Secretário da Cultura, Marcos Mendonça;
Senhor Presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB, Jairo Fonseca;
Senhor Representante do Ministério Público, Ricardo Dias Leme;
Senhor Presidente da União Nacional dos Estudantes, Orlando Silva Júnior;
Senhores Ex-Presidentes do Centro Acadêmico “XI de Agôsto”;
Senhoras e Senhores;
Colegas.

Hoje, mais do que uma solenidade de mera transmissão de Diretoria, temos uma sucessão de idéias compartilhadas, coletivamente geradas, numa comum união de princípios e preocupações. O significado que reveste o presente momento é não tanto a substituição de titulares em funções, mas sim a renovação de responsabilidades por ações, a confirmação de um ideal de gestão que tem realçado seu vigor.

Há um ano, nesta mesma sala, irradiados pela intensa alegria que novamente nos toma, conquistávamos, pela primeira vez, o Centro Acadêmico “XI de Agôsto”. Naquele momento uma enorme tarefa nos desafiava: romper com uma dinâmica que divorciava o aluno da sua entidade representativa, que se mostrava incapaz de enfrentar os problemas desta Faculdade com seriedade e criatividade, que se furtava de trazer para esta Sala as grandes questões nacionais, não se sabe se por discordância oca ou temor contido. À falta de questionamento, pretensas respostas prontas e acabadas. Mas o rótulo já-não satisfazia; o discurso vazio não-convencia.

* Discurso proferido pelo 93º Presidente do Centro Acadêmico “XI de Agôsto”, Gustavo Gonçalves Ungaro, membro da Diretoria estatutária que congregou também Daniel Krepel Goldberg, Fabiano Marques de Paula, Caio Mario da Silva Pereira Neto, Denis Fernando Mizne, Carlos Jacques Vieira Gomes, Maria Isabel Stradiotto de Moraes Ribeiro Sampaio, Ana Carolina Assan Botelho, José Marcelo Sallovitz Zacchi e Rafael Fabbri D’Ávila, ao empossar a nova Diretoria eleita, composta pelos acadêmicos Denis Fernando Mizne, José Marcelo Sallovitz Zacchi, Juliana Garcia Belloque, Guilherme Fávoro Ribas, Andrea Maria dos Santos Mustafa, Juliana Vieira dos Santos, Yvan Leonardo Barbosa Lima, Carolina Yumi de Souza, Maria Beatriz Corrêa Salles e Érika Cassinelli Palma.

Era preciso inovar. E o Partido Acadêmico Autônomo aceitou o desafio com serenidade, desprovido da prepotência típica dos incautos.

Muito se conseguiu ao longo do ano que se finda, e o crédito auferido é solidário a muitos. Nossos pais, irmãos, avós, de quem tantas vezes ficamos privados de um relacionamento mais intenso, não de entender e serem, uma vez mais, complacentes. Nossos companheiros fraternos de convívio no porão, alguns dos quais não continuam formalmente na Chapa - a Bel, a Denise, o Pannunzio, a Ana, o Caio, o Stopatto, a Margareth, o Leopoldo, o Fabiano, o Alessandro, o Erazê, o André, o Marques, o Antônio; outros que, não sendo da chapa, tanto contribuíram: o Thiago, a Andrea, o Marcão, o Virgílio, o Fábio Mauro, a Fernanda, muitos dos representantes discentes, outros que agora integram a chapa, a quem dedicamos nosso profundo reconhecimento, nossa amizade sincera, a certeza de que continuaremos juntos. A todos os nossos amigos da Faculdade, a todos os que acreditaram, ajudaram, e repetiram o depósito da sua confiança no grupo que aqui se apresenta.

Como esquecer a passeata pela reforma agrária cruzando o pátio da nossa Faculdade, os estudantes irmanados com os sem-terra no átrio do antigo convento franciscano? As velas acesas naquele entardecer na Praça da Sé em que se completavam 7 dias da morte brutal dos que lutavam por dignidade no Pará; não é para esquecer.

O movimento pela ética na política relançado no Salão Nobre, o Lula criticando o aparelhamento partidário no movimento estudantil. Brizola destilando sua verve gaúcha com verniz carioca contra o neoliberalismo reinante. Mangabeira Unger instigando o pensamento sobre alternativas transformadoras. O ministro Francisco Rezek, o deputado Hélio Bicudo, advogados e juristas, debatendo ética e Direito. O secretário do Trabalho, o presidente da CUT, o professor da USP discutindo a reforma da Previdência Social.

Quão importante foi ter aqui os candidatos a prefeito, apresentando suas propostas. Quão gratificante foi ver o governador Mário Covas debatendo conosco na Sala dos Estudantes, por duas horas e meia, o papel do Estado, as privatizações e a Universidade Pública. Ter Vicentinho, Medeiros, UNE e UEE analisando a greve geral, ao nosso lado.

Inédita foi a integração com o Diretório Acadêmico "João Mendes Jr." E com o Centro Acadêmico 22 de Agosto; a participação ativa e propositiva em encontros e movimentos da área de Direito.

Intensidade singular adquiriu o cotidiano cultural das Arcadas. Enfrentou-se a questão do ensino com disposição e projetos inovadores.

Vimos surgir o Cursinho do XI, valorosa iniciativa dos alunos. Procuramos trabalhar junto, fortalecer e apoiar a Atlética, o Departamento Jurídico, a Casa do Estudante, o Grupo de Cidadania, a Academia de Letras, o Coral XI de Agosto, a Arcádia, a ACORDE, o Núcleo Terra, o Conselho Editorial, a Rádio XI.

Porém, não foram poucas as situações em que a insegurança se avizinhou, em que as dificuldades inesperadas se impuseram; e, então, o vínculo que nos une mostrou-se forte, a energia e a convicção de cada um se fez coletiva, e o brilho que tomava nossos olhos, mais que nunca, refletiu confiança mútua e vontade íntima de agir.

Tomamos muitas decisões conjuntas, tomamos muita cerveja juntos. Discutimos, brigamos até, mas nos entendemos. Política, economia, Direito, cultura, justiça. Sonhamos juntos. Crescemos muito. Aprendemos a descobrir pessoas, a dividir sentimentos; amigos, amigas, às vezes algo mais. Compartilhamos o mesmo balcão encardido, a mesa sempre cheia de papéis, os ramais ocupados, o violão emprestado, as inscrições para cursos, a sadia balbúrdia do dia-a-dia da sala da diretoria.

Vida acadêmica. Vibrante!

O “XI de Agosto” permite - e exige a transformação. A luta pela superação das desigualdades entre seres humanos que desfrutam da mesma dignidade é algo que se nos impõe. A confrontação construtiva com modelos excludentes de economia e política revela-se imperativa. Encarnemos o espírito são-franciscano. Nós temos tal responsabilidade. Tenhamos o inconformismo como propulsor da busca de Justiça. Deixemos extravasar nossas utopias. Transformemos nossas convicções em ações. Mais uma vez. Parabéns Partido Acadêmico Autônomo.

Sala dos Estudantes da FDUSP, novembro de 1996.

RESENHAS

GAETANO SCIASCIA

Alexandre Augusto de Castro Corrêa
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

O professor Gaetano Sciascia, falecido em Roma, em 1994, aos 80 anos de idade, foi um talento versátil: egrégio professor de Direito Romano ocupou também a secretaria da Corte Constitucional Italiana, tendo ali se aposentado. Distinguiu-se ainda como literato, deixando apreciável bagagem poética.

Vindo, ainda jovem, para São Paulo em 1947, colaborou durante quase dez anos com o professor Alexandre Corrêa na cátedra de Direito Romano da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tendo ensinado ainda a mesma disciplina na PUC de São Paulo e na de Campinas. Sua produção jurídica mais importante em português foi o *Manual de Direito Romano*, publicado em 1949 (1ª ed.) em colaboração com o professor Alexandre Corrêa. Esse Manual, único na época, circulou durante vários anos por todas as faculdades de Direito do Brasil. Graças, por outro lado, à convivência com o professor Gaetano Sciascia foi que o autor destas linhas afrontou com êxito a tradução portuguesa dos *Comentários de Gaio*, trabalho que lhe custou quase dois anos. Foram também de inestimável valor as sugestões do mestre italiano ao abaixo assinado quando da elaboração de sua tese de livre-docência sobre *O estoicismo em Direito Romano*.

Como consultor jurídico, o professor Gaetano Sciascia prestou valiosos serviços ao consulado italiano em São Paulo. Aqui durante sua longa permanência granjeou prestígio e grande número de amigos. Regressando à pátria Gaetano Sciascia foi chamado à Corte Constitucional, onde se aposentou depois de colaboração profícua junto àquele órgão. Aposentado, dedicou-se à literatura, tendo publicado vários trabalhos tais como *Bianco e Nero Mille anni di Mito*, *Favola*, *Poesia* 1 v., Roma; *Poesie Giocose Latine Rinnovellate* - 1 v., Roma; *Il Decamerone in Versi e Rime* 1 v., Roma; *Fantacrociera Spaziale*; *Prose e rime extravaganti*; *La collana di Matidia Racconti archeologici (Roma e Castelli Romani)*; *Parlami di amore* - 50 sonetti di Gaetano Sciascia.

Começamos este pequeno apanhado analisando brevemente os trabalhos literários do autor. A epopéia dos astronautas inspirou-lhe a *Fantacrociera spaziale*, poema elegantemente rimado e dividido em nove cantos, dedicados depois

dos dois primeiros, aos planetas de nossa galáxia; trata-se de fantasia motivada pelo grande acontecimento de nosso século. Essa composição é de 1981.

Gaetano Sciascia preenchia também suas horas de lazer praticando o xadrez de que era brilhante amador; e seu gosto pelo nobre jogo levou-o a compor *Bianco e Nero Mille anni di Mito, Favola, Poesia*. Do xadrez já se disse que é frívolo demais para ser uma ciência e difícil demais para ser um jogo... Mas os amigos desse passatempo são inúmeros em toda parte e a eles principalmente se destina o livro de Sciascia, escrito em prosa e verso. Na "Premessa" encontramos esta apreciação final bastante acertada: "*Divertimento nella sua essenza, arte e tecnica nella forma, addirittura scienza nell'impalcatura normativa, il gioco degli scacchi è sempre motivo di fiaba e di mistero*"

Mas a obra mais expressiva do talento literário de Gaetano Sciascia talvez seja *Il Decamerone in versi e rime*; o autor não era poeta no sentido estrito do termo, pois sua vocação era essencialmente jurídica; mas versificava com graça e elegância de modo a ler-se com muito agrado o resumo em poesia da grande obra de Boccaccio. No verso da capa do volume encontramos apreciação bastante justa: "*Volgarizzando così il Decamerone del Boccaccio, l'autore há inteso renderlo accessibile al lettore moderno, non soltanto aggiornandone la lingua senza tradirne il contenuto, ma altresì cogliendo in esso gli aspetti più attuali e piccanti*" O trabalho versificatório é precedido por imaginário "carteggio inedito" curioso e pitoresco entre mestre e discípulo...

Completam a bagagem literária do autor *Prose e Rime extravaganti e Parlami d'amore*, duas pequenas jóias de sua lavra.

Como jurista e romanista, porém, é que Gaetano Sciascia ficou mais conhecido na Itália e no Brasil. Suas *Varietà Giuridiche Scritti brasiliani di Diritto Romano e Moderno* (1956) contém importante estudo sobre "As relações entre o Brasil e a Itália no campo do Direito", começando pelo histórico da seqüência dos atos internacionais celebrados pelos dois Estados entre 1829 e o tratado de Versalhes; segue-se o inventário dos atos bilaterais vigentes antes de 21.8.1942. Feita a paz com a Itália em 1947, vêm entre outros o acordo assinado em 1949 para incentivar as relações de colaboração entre os dois países; o acordo sobre investimentos de capital italiano e participação de cidadãos italianos em empresas brasileiras (1950); o acordo de migração entre o Brasil e a Itália (1950). Segue-se uma análise sobre as condições da aplicação do Direito italiano no Brasil (Direito Internacional Privado). Termina o volume com um capítulo sobre as linhas da

evolução do Direito Privado até as codificações, com precioso apanhado sobre as relações através dos séculos entre o Brasil e a Itália.

Basta considerar, mesmo sumariamente, o elenco dos assuntos tratados pela inteligência brilhante de Gaetano Sciascia para reconhecermos logo a importância imorredoura de sua contribuição no sentido do estreitamento das relações culturais ítalo-brasileiras.

São Paulo, fevereiro de 1996.

DUAS TESES RECENTES DE DIREITO CIVIL

Alexandre Augusto de Castro Corrêa
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

A primeira é a do professor Álvaro Villaça Azevedo, sobre *Prisão Civil por Dívida*. O autor, por considerá-la incompatível com os princípios do Direito Civil, condena a prisão decretada contra o depositário infiel e contra o devedor inadimplente da obrigação de prestar alimentos. Considera-a intromissão indevida do Direito Penal no âmbito do Direito Privado e contrária ao estado atual da ciência. Na introdução de seu trabalho escreve à p. 8: *"Estudaremos aqui o resqúicio violento da execução pessoal do devedor de alimentos e do depositário infiel que tismam o preceito constitucional de que ninguém pode ser preso por dívida. Procuraremos, desse modo, extirpar do nosso texto magno essa reminiscência dum passado já condenado e inoperante"*.

Fazendo o histórico da questão na antigüidade, o autor apresenta longo e erudito apanhado sobre o Direito Romano, fonte principal, como se sabe, do moderno Direito Civil. E nas "Considerações Finais" continua: *"A prisão civil por dívida pode intimidar mas não é solução, atualmente, em que as prisões são insuficientes até para conter, condignamente, elementos perigosos da sociedade. Muito menos têm capacidade física para conter, em seu recinto pernicioso, contratantes e membros de família"* E alude ao dano moral por essa prisão causado ao devedor insolvente bem como à violação de seus direitos de personalidade, *"nutrindo coerção sem pena, no patente ilogismo mostrado no decurso desta obra"*

O autor preconiza medidas processuais substitutivas da prisão civil de modo a executar-se o patrimônio e não a pessoa do devedor; tais medidas consistiriam na oneração por multas e despesas de remoção de bens, e naturalmente na condenação ao pagamento das custas processuais, de modo a ficar o devedor desmotivado a praticar qualquer sonegação de bens ou de pagamento. O Direito Civil ver-se-ia assim expurgado de anacrônico e desumano modo de coagir o devedor, e a ciência atual do Direito Civil, por seu lado, veria atendida uma exigência de autonomia do Direito Privado. Tal em substância parece o pensamento do autor.

Prisão civil. O autor reconhece, como não poderia deixar de fazer, que a prisão civil não é castigo imposto em consequência de condenação penal, mas simples meio de coagir o devedor ao cumprimento da obrigação: essa prisão, decretada pelo magistrado, pode, a qualquer momento, ser por ele revogada caso ocorra o adimplemento; nem sua duração, segundo o art. 1.287 do Código Civil ultrapassará o prazo de um ano.

Não há, pois, confusão entre o emprego de meios coercitivos nos casos previstos em lei e a prisão por dívidas, hoje abolida e decorrente de condenação penal em razão de mera insolvência, como se, independentemente de sua boa ou má-fé, o devedor inadimplente devesse considerar-se verdadeiro estelionatário. Resta, pois, a questão da conveniência ou inconveniência moral e prática do emprego da medida, bem como a de sua presença no âmbito do direito privado.

O autor não se impressiona com os argumentos favoráveis à prisão civil, rejeitando os *in totum*.

Às pp. 164-5 de sua tese aduz textos expressivos de juristas brasileiros partidários da prisão civil, tais como Arnaldo Marmitt, João Claudino de Oliveira e Cruz e Sérgio G. Pereira. Mas, conclui: "*Todavia continuamos a entender que a prisão civil por dívida, como restará, afinal, demonstrado não é o meio civilizado e humano da realização da justiça do cumprimento obrigacional, na área do Direito Privado*".

Observações pessoais do autor desta resenha

As razões favoráveis à manutenção da prisão civil parecem, *data vênia*, mais acertadas, pelo menos relativamente ao nosso ambiente social. Por outro lado, dentre os direitos de personalidade em confronto o "*direito personalíssimo à própria vida*" (p. 164), no caso de abandono de família é sem dúvida mais relevante. Quanto ao depositário infiel, sua prisão civil atende à necessidade lembrada por Troplong (p. 38 da tese) de se reprimir "*uma espécie de violação da fé pública*"

Aliás, se quisermos levar às últimas consequências a opinião contrária a qualquer resquício de presença do Direito Penal na esfera do Direito Privado talvez devêssemos também propor a revogação entre outros dos artigos de nosso Código Civil sobre suspensão e extinção do pátrio-poder, indignidade e deserdação, sonegação de bens hereditários, cobrança de dívida já paga, casamento de viúva sem fazer inventário e dar partilha aos herdeiros do casamento anterior, e que cominam verdadeiras "penas" civis.

Estas ligeiras críticas, porém, em nada diminuem o brilho do trabalho do professor Villaça, unanimemente aprovado em memorável concurso de cuja banca examinadora tivemos a honra de participar.

A outra tese recente de Direito Civil é a do professor Carlos Alberto Bittar sobre *Reparação civil dos danos morais*. O tema é de grande atualidade no Brasil, se lembrarmos que só em 1970 o Supremo Tribunal Federal, por acórdão unânime do Tribunal Pleno, admitiu sem qualquer restrição a reparabilidade direta do dano moral num caso de menor, morto em acidente de trânsito: "*Inclui-se na condenação a indenização dos lucros cessantes e do dano moral, além das despesas de funeral, luto e sepultura*". E essa orientação foi seguida posteriormente nos casos de dor, mágoa ou tristeza inflingidas a outrem sem justa causa.

A exposição do autor aborda vários tópicos atinentes ao tema, dentre os quais realçamos os seguintes: Danos materiais e danos morais (pp. 32-40); reparabilidade plena dos danos morais (pp. 101-110); reparações cumulativas de ambos os danos (pp. 229-231). À p. 236 escreve judiciosamente o professor Bittar: "*Fundada na noção de preservação da individualidade, essa teoria (da responsabilidade por dano moral) tem assento no princípio geral do neminem laedere, incluído entre os identificadores do denominado Direito Natural, ganhando vulto nos planos dos direitos autorais e de personalidade*". Mostra, em seguida, como, na falta de textos expressos no Código Civil, a Constituição de 1988 nos incisos X e V assegura a reparação dos danos morais.

Observações pessoais do autor desta resenha

Distinguindo-se pela análise inteligente e erudita dos aspectos mais relevantes de seu tema, o trabalho do professor Bittar merece leitura atenta por parte de todos os interessados no assunto. Seria, talvez, recomendável historiar a evolução da jurisprudência brasileira desde 1950, que parte da inadmissibilidade da indenização por danos morais, quando deles não resulte dano patrimonial (como no caso de homicídio culposo de filho menor que não-trabalhava) até chegar à Súmula 491, declarando "*indenizável a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado*". Essa orientação é, aliás, consagrada pelo inciso X do art. 5º da Constituição de 88, lembrado pelo autor.

Outro aspecto, agora doutrinal, suscitado pelo professor Sílvio Rodrigues in *Responsabilidade Civil* (pp. 188 e ss. da edição Saraiva de 1995) é o representado pelas seguintes questões: a) falta de efeito durável do dano meramente

moral; b) prova difícil da existência do dano; c) número indeterminado de pessoas lesadas; d) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro da extensão do dano moral; e) poder discricionário concedido ao juiz nesta matéria. Tais são, como se sabe, as mais importantes objeções opostas pelos adversários da indenização por dano puramente moral. A este propósito Weil e Terré em seu *Droit Civil Les obligations* (2ª ed., Dalloz, 1975, §§ 614-615) observam: "*Quando o prejuízo sofrido... reveste caráter extrapatrimonial, sua reparação pode suscitar objeções quando se tratar de dor moral, pois pode ser chocante ir mendigar em juízo as próprias lágrimas*" E citam *Le prix de la douleur*, de Ripert e *La commercialisation du dommage moral*, de Esmein.

Os mesmos autores prosseguem comentando o "prejuízo de afeição": "*Foi sobretudo a propósito da reparação da dor moral sentida em razão da morte de pessoa querida ou mesmo de seus sofrimentos físicos que se pôde perguntar se a jurisprudência não tinha ido longe demais na indenização dos prejuízos de afeição (prevista igualmente no art. 1.543 de nosso Código Civil). Essa crítica é difícil de arredar, quando se evocam os casos extremos de indenizações atribuídas em reparação do prejuízo de afeição sofrido pela morte de um animal*"

E ponderando a respeito da imoralidade consistente em se procurar compensar com dinheiro a dor experimentada pela vítima, o professor Sílvio Rodrigues (ob. cit., p. 190, n. 178) recorda a pergunta de Demogue (in *Les obligations*, v. IV, n. 408): "*Dever-se-á ir a ponto de conceder indenização ao marido traído por sua mulher?*"

O exame detido destas questões que parecem relevantes enriqueceria a monografia do autor, a qual, nem por isso, deixa de ocupar posição de primeira grandeza na bibliografia nacional sobre assunto de permanente interesse.

São Paulo, fevereiro de 1996.

DANO ESTÉTICO

Alexandre Augusto de Castro Corrêa
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

As deformações faciais e as mutilações, para lembrarmos os casos mais expressivos, são fonte de infelicidade, tristezas, ansiedades, angústias e mesmo de neuroses, sentimentos esses que embora de índole psicológica são abrangidos pela reparação civil duma espécie de dano moral, a saber, o dano estético. Desse tema ocupa-se a professora Teresa Ancona Lopez de Magalhães no livro *O Dano Estético Responsabilidade Civil* (1 v., 123 p., publicado em 1980 pela editora RT). As discussões sobre a reparabilidade do dano estético são, *mutatis mutandis*, análogas às travadas a respeito da avaliação do dano moral em dinheiro. E delas, depois de breve capítulo sobre este último, trata a autora na seguinte ordem: conceito de dano estético; situações diversas podendo originar o dano estético; avaliação do dano estético; sua indenização; o dano estético em outras legislações; análise concreta das hipóteses de reparação do dano estético no Direito brasileiro.

Depois de citar as definições de Wilson Melo da Silva, Mário Pogliani e René Chapus, a autora propõe sua conceituação pessoal: dano estético é "*qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa da pessoa, modificação essa acarretando-lhe 'enfeamento' que por sua vez causa humilhação e desgostos, originando portanto uma dor moral*" (p. 18).

A autora faz em seguida a conveniente distinção entre os critérios do Direito Civil que se contenta com a simples modificação "para pior" e o do Direito Penal exigindo deformações graves para incriminar seus causadores. Prossegue mostrando como o dano estético deve impor à vítima prejuízo permanente ou pelo menos prolongado. E cita a propósito (p. 88) julgado de tribunal francês concedendo indenização em favor de certa grande dama parisiense que durante dois meses e meio viu-se impedida de usar vestido decotado, em conseqüência de tratamento danoso de sua epiderme... A professora analisa depois a abundante casuística sobre permanência da lesão, restaurações insatisfatórias ou, pelo contrário, restaurações para melhor, acarretando ou excluindo indenização por dano estético.

A autora termina este capítulo exigindo como é lógico que o dano estético origine dano moral, causando à vítima sentimentos de humilhação, tristeza,

desgosto, etc., e conclui: "*Há, então, um sofrimento moral tendo como causa uma ofensa à integridade física e este é o ponto principal do conceito de dano estético*". Esse dano é por outro lado relativo, dependendo da idade, do sexo, da posição social do ofendido, etc. Representa finalmente lesão a um direito de personalidade (pp. 24 e ss.).

Quanto às diversas situações podendo originar dano estético, depois de distinguir entre dano delitual e contratual, entre obrigação de meio e de resultado, a autora examina situações concretas suscetíveis de originar danos estéticos: acidentes, atos criminosos, atos dos agentes do poder público, acidentes de trabalho, dano estético em consequência do transporte de passageiros, dano estético resultante de cirurgia plástica ou causado por enfermeiros, dentistas, cabeleireiros, etc., terminando por discutir a autolesão.

Capítulos centrais da tese são evidentemente o quinto, sobre o problema da avaliação e indenização do dano estético, e os dois últimos sobre a reparação desse dano em nosso Direito e no Direito estrangeiro.

Quanto ao primeiro, a reparação pecuniária do *pretium doloris* em casos de dano estético parece esbarrar com a censura formulada nos idos de 1948 por Ripert, o qual a propósito de reparação do dano moral em dinheiro considerava chocante ir mercadejar, por assim dizer, as próprias lágrimas perante os tribunais (*Le prix de la douleur*). Demogue, citado por Sílvio Rodrigues in *Responsabilidade Civil* pergunta: "*será preciso ir a ponto de conceder indenização ao marido traído por sua mulher?*" Esmein é autor de *La commercialisation du dommage moral* (1954), obra citada por Weill e Terré na 2ª ed. de *Les obligations* (Daloz, 2ª ed., 1975, p. 668, n. 3). Os mesmos autores em nota 2, p. 670 da mesma obra lembram os diversos danos sofridos por mulher, cujo marido se tornou impotente em consequência de grave acidente. O marido, aliás, poderia também pleitear indenização por dano estético no caso de ter sofrido mutilação...

Os romanos, em texto de Gaio citado pela autora (D. 9, 3, 7: "*não se levarão, porém, em conta as cicatrizes nem as deformações causadas pelo acidente pois a estimativa em dinheiro do prejuízo sofrido pelo corpo dum homem livre é inadmissível*" tradução nossa), rejeitavam nossa indenização por dano estético tanto pelo apreço, para nós excessivo, por eles tributado à dignidade do homem livre quanto talvez, por serem povo guerreiro, pelo orgulho das cicatrizes deixadas nos embates corpo a corpo. Também nas universidades alemãs, até fins do século

passado, as cicatrizes no rosto em consequência de duelos eram sinal distintivo dos estudantes aristocráticos.

O argumento, porém, grato ao pensamento contemporâneo nessa matéria é o exposto por Von Thur em citação de Sílvio Rodrigues, *Responsabilidade Civil* (Saraiva, 1995, p. 190, n. 77): "*esta prestação (por dano moral e estético) proporciona à vítima um aumento de seu patrimônio e que ela pode destinar a quaisquer espécies de prazeres, materiais ou ideais. A satisfação daí resultante e o fato de saber que a soma de dinheiro foi tomada ao culpado devem amenizar a amargura da ofensa e saciar dalguma forma o desejo de vingança ainda não-desaparecido no homem moderno, apesar do cristianismo e da civilização*" Maior realismo não se poderia desejar nesta matéria.

Para a professora Teresa, a questão da reparabilidade do dano moral em dinheiro está hoje resolvida pela afirmativa, pois "*muito mais imoral seria deixar o dano irressarcido*" (p. 68).

Resta, pois, encontrar critérios para determinar o *quantum debeatur*, nos casos de dano estético. E aqui entramos no aspecto casuístico da questão do *pretium doloris*, encarado em compensação em vez de ressarcimento ou indenização. Leva-se, ainda, em conta o sexo, a idade, a condição social do ofendido, sua profissão e a gravidade ou extensão da beleza perdida; tais elementos componentes do dano estético são apreciados segundo o prudente arbítrio do julgador.

Seria extenso demais, nos limites duma resenha, analisar todos os aspectos da monografia da autora que escreve com muita inteligência, mantendo sempre vivo o interesse dos leitores.

São Paulo, fevereiro de 1996.

***ARGÜIÇÕES E TESES
DEFENDIDAS EM 1996***

ARGÜIÇÕES DE DISSERTAÇÃO E DEFESAS DE TESE - 1996

DIREITO CIVIL

Dissertação : "Responsabilidade civil na publicidade"

Candidato : Guilherme Chaves Sant'Anna

Orientador : Yussef Said Cahali

Data da Argüição : 26.03.1996

Dissertação : "Responsabilidade civil dos médicos"

Candidato : Jerônimo Romanello Neto

Orientador : Álvaro Villaça Azevedo

Data da Argüição : 27.06.1996

Dissertação : "A *advocatio* no Direito Romano"

Candidato : Hécio Maciel França Madeira

Orientador : Eduardo César Silveira Vita Marchi

Data da Argüição : 22.08.1996

Dissertação : "Da repercussão do dano em decorrência do estacionamento de veículos"

Candidata : Maria Clara Osuna Diaz Falavigna

Orientador : Carlos Alberto Bittar

Data da Argüição : 07.11.1996

Dissertação : "Efeitos patrimoniais do concubinato"

Candidata : Cláudia Grieco Tabosa Pessoa

Orientador : Álvaro Villaça Azevedo

Data da Argüição : 28.11.1996

Tese : "O regime jurídico da adoção estatutária"

Candidato : Arthur Marques da Silva Filho

Orientador : Carlos Alberto Bittar

Data da Defesa : 02.04.1996

Tese : "*Beneficium competentiae*"
Candidato : Ignácio Maria Poveda Velasco
Orientador : Alexandre Augusto de Castro Corrêa
Data da defesa : 18.04.1996

Tese : "O contrato como instrumento de regulação dos interesses difusos e coletivos"
Candidato : Roberto Senise Lisboa
Orientador : Carlos Alberto Bittar
Data da Defesa : 30.04.1996

Tese : "Sistema e cláusula geral A boa-fé no Direito das Obrigações"
Candidata : Judith Hofmeister Martins Costa
Orientador : Antonio Junqueira de Azevedo
Data da Defesa : 20.08.1996

Tese : "Contribuição para o estudo da responsabilidade civil por fato de terceiro no Direito Romano"
Candidato : Dácio Roberto Martins Rodrigues
Orientador : Eduardo César Silveira Vita Marchi
Data da Defesa : 17.09.1996

DIREITO COMERCIAL

Dissertação : "Nacionalidade de sociedades"
Candidato : Guiomar de Freitas
Orientador : Rachel Sztajn
Data da Argüição : 19.03.1996

Dissertação : "Contrato de estacionamento"
Candidato : Caio Julius Bolina
Orientador : Rachel Sztajn
Data da Argüição : 17.09.1996

DIREITO DO TRABALHO

Dissertação : "Requisitos da petição inicial nos dissídios individuais
trabalhistas"

Candidato : Jorge Luís Souto Maior

Orientador : Wagner Drdla Giglio

Data da Argüição : 10.04.1996

Tese : "Contribuição confederativa"

Candidato : Sérgio Pinto Martins

Orientador : Octávio Bueno Magano

Data da defesa : 21.05.1996

DIREITO DO ESTADO

Dissertação : "Os direitos humanos da terceira geração"

Candidato : Paulo Roberto Rodrigues Amorim

Orientador : Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Data da Argüição : 10.06.1996

Dissertação : "A racionalização do parlamentarismo na Constituição fran-
cesa de 1958"

Candidato : Arnaldo Penteado Laudísio

Orientador : Anna Cândida da Cunha Ferraz

Data da Argüição : 14.08.1996

Tese : "Personalidade integral: cidadania plena"

Candidato : Eunice Aparecida de Jesus Prudente

Orientador : Dalmo de Abreu Dallari

Data da Defesa : 19.11.1996

DIREITO PENAL

Dissertação : "O atentado violento ao pudor"
Candidato : Luiz Roberto Cigogna Faggioni
Orientador : Octávio Leitão da Silveira
Data da Arguição : 15.03.1996

Dissertação : "Pena e prisão Violência e criminalidade"
Candidata : Marília Kriker Borges
Orientador : Octávio Leitão da Silveira
Data da Arguição : 15.03.1996

Dissertação : "Aspectos de política criminal na Lei dos Crimes Hediondos: o simbolismo da lei e a ilusão da eficácia primitiva"
Candidato : Alberto Zacharias Toron
Orientador : Ivette Senise Ferreira
Data da Arguição : 08.05.1996

Dissertação : "A privatização dos presídios"
Candidato : Luiz Flávio Borges D'Urso
Orientador : Octávio Leitão da Silveira
Data da Arguição : 12.06.1996

Dissertação : "Livramento condicional"
Candidato : Alberto Antonio Zvirblis
Orientador : Ivette Senise Ferreira
Data da Arguição : 29.08.1996

Dissertação : "Corrupção passiva"
Candidato : Milton da Silva Ângelo
Orientador : Ivette Senise Ferreira
Data da Arguição : 03.09.1996

Dissertação : "O aborto em caso de gravidez resultante de estupro"
 Candidata : Maria Flávia de Siqueira Ferrara
 Orientador : Octávio Leitão da Silveira
 Data da Argüição : 15.10.1996

Dissertação : "Pavilhão Nove – Desvio de execução versus técnicas ressoa-
 cializantes"
 Candidata : Aida Martins Formica
 Orientador : Vicente Greco Filho
 Data da Argüição : 22.10.1996

Tese : "As causas de aumento e diminuição no Direito Penal"
 Candidato : David Teixeira de Azevedo
 Orientador : Miguel Reale Júnior
 Data da Defesa : 20.05.1996

Tese : "Retrospecto e perspectivas das estratégias repressivas sob en-
 foque criminológico"
 Candidato : Gilberto Giacoia
 Orientador : Antonio Luís Chaves de Camargo
 Data da Defesa : 17.10.1996

DIREITO PROCESSUAL

Dissertação : "As garantias do extraditando no Supremo Tribunal Federal"
 Candidato : Roberto Wagner Battochio Casolato
 Orientador : Ada Pellegrini Grinover
 Data da Argüição : 02.05.1996

Dissertação : "A coisa julgada nas relações jurídicas continuativas"
 Candidato : André Custódio Nekatschalow
 Orientador : Vicente Greco Filho
 Data da Argüição : 07.05.1996

Dissertação : "O pedido no processo civil de conhecimento"
Candidata : Carla Regina Prado Fogaça
Orientador : Cândido Rangel Dinamarco
Data da Arguição : 13.05.1996

Dissertação : "Acesso à justiça e preclusão civil"
Candidato : Alexandre de Alencar Barroso
Orientador : Vicente Greco Filho
Data da Arguição : 28.05.1996

Dissertação : "Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não-fazer"
Candidato : Salvador Franco de Lima Laurino
Orientador : Vicente Greco Filho
Data da Arguição : 03.06.1996

Dissertação : "Pluralismo jurídico Tutela processual diferenciada (a tutela processual através de meios informais)"
Candidata : Glaucia Savin
Orientador : Cândido Rangel Dinamarco
Data da Arguição : 04.11.1996

Tese : "Limitações ao acesso à justiça"
Candidato : José Cichocki Neto
Orientador : Luiz Carlos de Azevedo
Data da Defesa : 16.10.1996

Tese : "Do formalismo no processo civil"
Candidato : Carlos Alberto Álvaro de Oliveira
Orientador : José Rogério Cruz e Tucci
Data da Defesa : 12.12.1996

DIREITO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Dissertação : "Direito Tributário Internacional e tributação da transferência de tecnologia no Brasil"

Candidato : Gabriel Francisco Leonardos

Orientador : Alcides Jorge Costa

Data da Arguição : 22.05.1996

Dissertação : "O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício"

Candidato : Sérgio Varella Bruna

Orientador : Fábio Nusdeo

Data da Arguição : 31.05.1996

Tese : "Direito Econômico e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado"

Candidato : Cristiane Derani

Orientador : Eros Roberto Grau

Data da Defesa : 03.06.1996

Tese : "Os fundamentos do antitruste"

Candidato : Paula Andrea Forgioni

Orientador : Eros Roberto Grau

Data da Defesa : 06.12.1996

Tese : "O Direito na balança da estabilização econômica (do cruzado ao real 1986-1995)"

Candidato : Ademir Buitoni

Orientador : Eros Roberto Grau

Data da Defesa : 10.12.1996

Tese : "O princípio constitucional do desenvolvimento"

Candidato : Duciran Van Marsen Farena

Orientador : José Tadeu de Chiara

Data da Defesa: 16.12.1996

DIREITO INTERNACIONAL

- Dissertação : "A aplicação da sanção no Direito Internacional Contemporâneo"
- Candidato : Paulo Luiz de Toledo Piza
- Orientador : Paulo Borba Casella
- Data da Arguição : 07.05.1996
-
- Dissertação : "Tendências de integração mundial a partir dos processos de integração regional"
- Candidata : Antonietta Petrilli Ilário
- Orientador : José Carlos de Magalhães
- Data da Arguição : 05.06.1996
-
- Dissertação : "Política agrícola e integração comunitária: subsídios para uma avaliação política agrícola comum"
- Candidato : Sidney Leon Romeiro
- Orientador : Paulo Borba Casella
- Data da Arguição : 11.07.1996
-
- Dissertação : "Comparação entre os complexos portuários de Santos e de Roterdã: uma contribuição para a modernização do maior porto brasileiro"
- Candidata : Ana Miriam dos Santos Rosa
- Orientador : Paulo Borba Casella
- Data da Arguição : 18.07.1996
-
- Dissertação : "O processo de unificação do Direito do Comércio Internacional e a Ordem Internacional do fim do milênio"
- Candidato : José Antonio Lopes Semedo
- Orientador : Luiz Olavo Baptista
- Data da Arguição : 22.08.1996

- Dissertação : "As cidades brasileiras e a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972"
- Candidato : Fernando Fernandes Silva
- Orientador : Luiz Olavo Baptista
- Data da Arguição : 17.09.1996
-
- Tese : "Integração Aeronáutica Latino-Americana"
- Candidata : Juana Cecília Collantes Tordoya
- Orientador : Luiz Olavo Baptista
- Data da Defesa : 06.03.1996
-
- Tese : "A publicidade transfronteira como ato de concorrência desleal e o Direito Aplicável"
- Candidato : Esther Miriam Flesh
- Orientador : Irineu Strenger
- Data da Defesa : 29.05.1996
-
- Tese : "Autonomia da vontade e contratos internacionais"
- Candidata : Nádia de Araújo
- Orientador : João Grandino Rodas
- Data da Defesa : 24.06.1996
-
- Tese : "As *joint ventures* na indústria do petróleo"
- Candidata : Marilda Rosado de Sá Ribeiro
- Orientador : João Grandino Rodas
- Data da Defesa : 24.06.1996
-
- Tese : "Aspectos jurídicos do *Countertrade*"
- Candidata : Margareth Anne Leister
- Orientador : Luiz Olavo Baptista
- Data da Defesa : 16.09.1996

AGRADECIMENTOS

O Serviço Técnico de Imprensa, em nome da Comissão de Publicação e do Conselho Editorial, agradece a colaboração de Carlos Alberto Bittar Filho (inglês), Renato Trindade Lopes (inglês), André De Martini (inglês), e Jurema Monteiro da Silva Cruz Pereira (auxílio em resumos de textos em português).

ORIENTAÇÕES PARA O USO

Esta é uma cópia digital de um documento (ou parte dele) que pertence a um dos acervos que fazem parte da Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP. Trata-se de uma referência a um documento original. Neste sentido, procuramos manter a integridade e a autenticidade da fonte, não realizando alterações no ambiente digital – com exceção de ajustes de cor, contraste e definição.

1. Você apenas deve utilizar esta obra para fins não comerciais. Os livros, textos e imagens que publicamos na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP são de domínio público, no entanto, é proibido o uso comercial das nossas imagens.

2. Atribuição. Quando utilizar este documento em outro contexto, você deve dar crédito ao autor (ou autores), à Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP e ao acervo original, da forma como aparece na ficha catalográfica (metadados) do repositório digital. Pedimos que você não republique este conteúdo na rede mundial de computadores (internet) sem a nossa expressa autorização.

3. Direitos do autor. No Brasil, os direitos do autor são regulados pela Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Os direitos do autor estão também respaldados na Convenção de Berna, de 1971. Sabemos das dificuldades existentes para a verificação se uma obra realmente encontra-se em domínio público. Neste sentido, se você acreditar que algum documento publicado na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP esteja violando direitos autorais de tradução, versão, exibição, reprodução ou quaisquer outros, solicitamos que nos informe imediatamente (dtsibi@usp.br).