

Revista  
**ESMAFE**

Escola de Magistratura  
Federal da 5ª Região

TRF 5ª Região – Recife – Nº 1 – 2001

*EDITORIA*

**SECRETARIA EXECUTIVA DA ESMAFE – 5ª**  
**Humberto Vasconcelos – Secretário Executivo**  
**Nanci Freitas – Supervisora**

*IMPRESSÃO*

**Indústrias Gráficas Barreto Limitada**  
**Av. Beberibe, 530 - Encruzilhada**  
**52041-430 - Recife - PE**  
**graficabarreto@zaz.com.br**

*TIRAGEM*

**2.000 exemplares**

*CAPA*

**Andre Gonçalves Garcia**  
**Denise Maria de Aguiar da Silva**

**REVISTA ESMAFE – 5ª**

**ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO**  
**RUA DO BRUM, 216 – RECIFE ANTIGO**  
**50030-260 – RECIFE – PE**  
**esmafe@trf5.gov.br**

ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO  
ESMAFE – 5ª

**DIRETORIA**

Juiz JOSÉ DE CASTRO MEIRA  
Diretor

Juiz FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI  
Vice-Diretor

Juíza MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI  
Coordenadora Acadêmica

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

(COMPOSIÇÃO)

Juiz JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA – Presidente

Juiz FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS – Vice-Presidente/Corregedor

Juiz RIDALVO COSTA

Juiz ARAKEN MARIZ DE FARIA

Juiz JOSÉ DE CASTRO MEIRA

Juiz PETRÚCIO FERREIRA DA SILVA

Juiz JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES

Juiz NEREU PEREIRA DOS SANTOS FILHO

Juiz UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE

Juíza MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI

Juiz FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI

Juiz JOSÉ BATISTA DE ALMEIDA FILHO

Juiz NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Juiz LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA

## Sumário

Editorial .....	7
A Missão das Escolas Judiciais no Mundo Contemporâneo .....	9
Pronunciamento do Juiz José Maria Lucena .....	21
Pronunciamento do Juiz Castro Meira .....	23
A Filosofia das Escolas de Magistratura .....	25
Seminário – A Reforma do Judiciário e Reforma Tributária .....	35
A Decisão Judicial.....	45
Mercosul – Tribunal Supranacional e Integração Comunitária .....	65
Cyberposse: A Problemática Questão dos Conflitos Sobre Domínio Próprio .....	77
Pena e Medida de Segurança e o Reflexo da Dualidade no Índice da Criminalidade e no Tratamento do Delinqüente .....	99
O Território do Estado e a Gradação da Soberania .....	103
As Fundações Públicas e a Reforma do Estado .....	137
O Direito de Recorrer e a Formação das Cortes de Justiça .....	151
As Organizações Sociais .....	169
Controle de Constitucionalidade: Modelos Brasileiro e Italiano (Breve Análise Comparativa) .....	183
Procura-se Um Artigo da Constituição da República .....	223
Partidos Políticos: Autonomia, Propaganda e Controle Judicial.....	229
Caráter Normativo (Validade) das Regras Programáticas: Um Ensaio Introdutório.....	249
Escola Nacional de Magistratura – Resolução Nº 1, de 20 de Setembro de 2000 .....	281



## **EDITORIAL**

A Escola de Magistratura Federal da 5ª Região – ESMAFE nasceu com a destinação de aprimorar e fortalecer a capacidade judicante da Justiça Federal no Nordeste, segundo palavras do insigne Juiz José Maria Lucena, Presidente do TRF-5ª e um de seus principais idealizadores. Inaugurada em 25 de novembro de 1999 e instalada no dia 04 de maio de 2000, esta nova escola judicial já realizou três seminários regionais, estruturou um curso de Mestrado em Processo Civil a ser oferecido a Juízes Federais da 5ª Região, em convênio com uma Universidade Federal e se prepara para abrigar os candidatos classificados no IV Concurso para provimento do cargo de Juiz Federal Substituto da Região, oferecendo-lhes seu primeiro Curso de Preparação para a Magistratura. Agora, vê nascer sua revista.

A revista atende à mesma inspiração. Constante do rol de sugestões endereçadas à Escola pelos magistrados consultados na fase de seu planejamento, quer ser um veículo para a permanente divulgação da produção cultural dos Juízes Federais e de registro das principais atividades da Escola, colocando essa contribuição à disposição dos estudiosos do Direito, no Nordeste e no resto do país.

Neste primeiro número aparecem registros dos eventos que marcaram sua inauguração e instalação e o conteúdo de algumas palestras que se converteram nos pontos mais destacados desses eventos. A esse material, que inclui trabalhos apresentados por eminentes Ministros e autoridades de diversas áreas, acrescentam-se artigos e ensaios de autoria de magistrados federais da 5ª Região. É nossa pretensão dar a esta revista periodicidade quadrimestral.

Fica patenteada a nossa convicção de que a ESMAFE – 5ª, com mais este serviço de interesse dos magistrados e demais estudiosos do Direito, está cumprindo os objetivos que inspiraram a sua instalação.

Recife, janeiro de 2001

Juiz CASTRO MEIRA  
DIRETOR DA ESMAFE-5ª





## **A MISSÃO DAS ESCOLAS JUDICIAIS NO MUNDO CONTEMPORÂNEO\***

### **1. As transformações na sociedade dos nossos dias**

Neste crepúsculo de milênio e alvorada de um novo século, presencia-se momento extraordinariamente significativo na sociedade mundial, que, a par das suas muitas carências, a exemplo da fome, da miséria, da violência, do analfabetismo e da infância desprotegida, inquieta e insatisfeita, busca novos horizontes, reivindica novos parâmetros sociais e um novo modelo de convivência humana.

Quando nos reunimos para as bodas de instalação da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, enobrecendo-me o gesto em convidar-me, como um dos dirigentes da Escola Nacional da Magistratura, para esta “aula inaugural”, começo por reproduzir reflexões a propósito do relevo cada vez maior que o Judiciário passa a desempenhar no mundo contemporâneo.

Em um século que viveu duas grandes guerras mundiais e viu surgirem a informática, a televisão, o “dna”, os transgênicos, a telefonia celular, a fecundação artificial e o avião, dentre tantas outras inovações e avanços da ciência, vive-se uma sociedade complexa e extremamente veloz, impulsionada por uma revolução tecnológica no vértice da qual se colocam os meios de comunicação, a estreitar distâncias, mitigar fronteiras, intercambiar idéias e costumes, universalizar a economia, facilitar o acesso à cultura e aos bens de consumo, a aproximar os povos e a realizar alguns dos seus sonhos mais acalentados.

Com as conquistas espaciais, não só o homem chegou à Lua e desvenda os mistérios do universo, como também por satélites artificiais, que hoje povoam a atmosfera, podemos, além de muitas outras opções, acompanhar com absoluta nitidez, no mesmo instante, as imagens de acontecimentos que ocorrem nos mais diversos pontos do planeta, comunicando-nos sem intermediários com países os mais distantes, tendo em nossos lares e escritórios, em fração de segundos, pelo avanço da tecnologia, pesquisas e informações que a cultura levou séculos para armazenar. Aviões, automóveis, trens e outros veículos, cada vez mais sofisticada-

---

\* \* **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Diretor da Escola Nacional da Magistratura. Aula inaugural da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região.

dos e rápidos, transportam-nos com segurança e impressionante precisão. É um fascinante mundo em evolução, jamais imaginado por Júlio Verne, Marco Polo, Huxley ou pelos bravos navegadores da Idade Média.

Com tão formidável transformação nos mais variados setores, muda o próprio perfil da sociedade e seu comportamento.

A exemplo das mudanças impostas pelas grandes descobertas do final do Século XV, do advento do constitucionalismo resultante das transformações políticas do Século XVIII e da Revolução Industrial do Século XIX, vivemos neste século em uma sociedade marcadamente de massa, na qual, ao lado da explosão demográfica, do acesso da mulher aos postos de comando e do apelo ao consumo, ascendem cada vez mais os interesses coletivos e difusos no confronto com os interesses meramente individuais.

Nesta moldura, os conflitos sociais ganham nova dimensão, reclamando novos equacionamentos, soluções mais efetivas, um processo mais ágil e eficaz e um Judiciário mais eficiente, sólido, eficaz, dinâmico e participativo na preservação dos valores culturais, na defesa de um patrimônio que é de todos e que transcende os próprios interesses individuais e de grupos para situar-se no plano dos direitos fundamentais do homem.

Como assinalam os estudiosos, a humanidade está em plena fase da chamada terceira geração dos direitos do homem, a saber, dos denominados direitos de solidariedade, como o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio-ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade. Ao lado dos direitos civis e políticos (primeira geração), dos direitos sociais, econômicos e culturais (segunda geração), emergem os direitos que, além de terem por valor supremo o homem, o focalizam sob o ângulo da fraternidade. E já se fala em direitos de quarta geração.

Os direitos clássicos cedem lugar, em vários aspectos, a esses novos direitos fundamentais, que repudiam a inatividade do Estado, e sua omissão, reclamando atuação positiva. Vive-se um universo novo também no campo jurídico.

Daí a ilação de que o Judiciário, como Poder ou atividade estatal, vetor de convergência democrática e guardião da cidadania, não pode mais manter-se eqüidistante dos debates sociais, devendo assumir seu papel de participante dos destinos das nações, também responsável pelo bem comum, especialmente em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, defesa do meio ambiente e valorização do trabalho e da livre iniciativa. Co-partícipe, em suma, da construção de uma sociedade mais livre, justa, solidária e fraterna.

## 2. O Judiciário na Constituição de 1988

A vigente Constituição brasileira, promulgada em 5.10.1988 e rotulada pelo próprio Congresso Nacional de “Constituição-cidadã”, exatamente pela incisiva preocupação com os direitos sociais e com a cidadania, sem embargo dos seus reconhecidos excessos, dedicou especial atenção ao Judiciário como Poder político, erigindo-o como participante ativo do processo democrático, especialmente ao reivindicar a sua presença mais efetiva na solução dos conflitos e ao ampliar a sua atuação com novas vias processuais de controle social (mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, *habeas data*, ações coletivas, ação civil pública, ação popular, ações de controle da constitucionalidade etc.).

A Constituição de 1988, não se pode negar, com a sua preocupação voltada prioritariamente para a cidadania, contemplou o nosso ordenamento, como nenhuma outra fizera até então, com um substancial arsenal de instrumentos jurídicos e com normas, preceitos e princípios que sinalizam a vontade popular de ter uma nova Justiça no País.

Ao dissertar sobre a atuação dos juízes no regime democrático, o Min. **Celso de Mello** assinalou:

“...o papel desenvolvido pelos magistrados, que se qualificam como atores essenciais do processo político de desenvolvimento, expansão e reafirmação dos direitos humanos, reveste-se de importância decisiva, pois, no contexto dessa permanente situação conflitiva, que se origina das relações estruturalmente sempre tão desiguais entre as pessoas e o Poder, compete aos juízes, enquanto guardiães de uma ordem jurídica justa e legítima, fazer prevalecer o compromisso de respeito e de incondicional submissão do Estado ao regime das liberdades públicas, assinalando, a cada momento, no desempenho de sua atividade jurisdicional, que as prerrogativas constitucionais reconhecidas à pessoa traduzem valores fundamentais indisponíveis, caracterizados pela nota de uma irrecusável inexauribilidade”.

E anotou **José Renato Nalini**, com aguda percepção:

“... a Constituição de 1988 foi a que mais acreditou na solução judicial dos conflitos. Enfatizou a missão da Justiça humana, confiou-lhe a tutela dos direitos fundamentais, destacados por longa enunciação e singular alteração topográfica. Criou direitos, cuja fruição ficou vinculada à assunção,

pelo juiz, de papel político ampliado e, até certo ponto, desafiador da tradicional inércia. Previu instrumentos de conversão da Justiça naquele serviço eficiente, célere, descomplicado e acessível sonhado pelo povo”. Seduzida por essa Justiça diferente com que o constituinte acenou, a comunidade acorreu aos juízes e multiplicaram-se ainda mais os processos. Uma sociedade desperta pela cidadania, que é o direito a ter direitos, exercitou-a, esperançosa. E encontrou a mesma Justiça atormentada com suas carências e perplexa diante da profusão das demandas”.

Aduzindo:

“... falhou o Judiciário em quase todas as novas perspectivas constitucionais. Não soube preencher o espaço destinado à moderna concepção de Justiça.

Deixou de estabelecer as reformas essenciais à sua adequação diante das necessidades emergentes. Continuou com a estrutura arcaica, emperrada, incapaz de acompanhar a modernização da empresa privada e até mesmo de ajustar-se à conformação do Estado contemporâneo. Estado que se pretende ágil, enxuto e flexível, para ser eficaz. Os direitos novos foram esvaziados por uma interpretação excessivamente conservadora. Os instrumentos postos à sua disposição pelo legislador para simplificar e intensificar a outorga da prestação jurisdicional não foram instituídos. É muito lenta a instalação dos Juizados Especiais, indicados como alternativa à solução tradicional das controvérsias. Incipiente a profissionalização das Escolas da Magistratura e da carreira de juiz, sem o que não se instaurará a mentalidade atualizada e apta a enfrentar as turbulências do novo milênio. O Judiciário, como instituição, não tem sido capaz de se fazer ouvir pelos demais poderes, nem de ser compreendido pela comunidade”.

Não obstante o esforço sobre-humano da grande maioria dos seus juízes, em um quadro que aponta a média de 1 (um) juiz para 29 (vinte e nove) mil habitantes, que faz do nosso País certamente o campeão mundial em número de processos judiciais, de que é exemplo o número caótico de feitos distribuídos em suas duas Cortes maiores - o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, o certo é que a sociedade brasileira está a merecer um Judiciário bem melhor do que o que possui: moroso, pesado, complexo, sem transparência, sem criatividade, com sérios vícios de estrutura, sem controle e sem diretriz, com

número insuficiente de julgadores, sem dados concretos e sem contar com órgãos permanentes de planejamento e reflexão.

As causas desse quadro não são de difícil percepção. Algumas mais profundas, com raízes políticas, históricas e culturais; outras, mais, à superfície, de mais fácil correção. Muitas delas, devemos reconhecer, de nossa responsabilidade, sendo suficiente dizer que até hoje, passados quinhentos anos do nosso descobrimento, vivendo do empirismo e dos “achismos”, não contamos, no Judiciário, com um órgão sequer de reflexão e planejamento permanente. Daí a necessidade de uma profunda reforma do Judiciário, agora novamente em pauta, com renovadas expectativas. Reforma que se impõe ampla em face do modelo analítico de nossa Constituição e dos múltiplos equívocos que foram se acumulando ao longo do tempo. E que, não obstante isso, deve concentrar-se prioritariamente em três pólos, como observou, com propriedade, e sua habitual sensibilidade jurídica, o Ministro **José Augusto Delgado**, um dos grandes Juízes que passaram pelo Tribunal desta Região: vertentes política, operacional e humana.

### **3. A seleção, a formação e o aperfeiçoamento dos juízes como ponto fundamental na transformação do Judiciário**

Se a vertente política se vincula à adoção de um Conselho Nacional de Administração da Justiça, de cunho mais didático e preventivo que punitivo, e a operacional busca o aperfeiçoamento e a modernização da máquina, a vertente humana destina-se a priorizar o homem e o seu aprimoramento.

As novas técnicas de administração pública, aliadas às diretrizes das grandes empresas privadas, estão a evidenciar a necessidade de um planejamento no qual, a par de meticulosa formulação de linhas diretivas, se dê especial relevo ao elemento humano que as opera e dirige.

Se isso ocorre no plano das administrações pública e privada, com maior razão é de ser observada em relação ao juiz, para cuja missão delicada, difícil, árdua e complexa, notadamente no mundo atual, se exige uma série de atributos especiais, não se podendo admitir a sujeição dos interesses individuais, coletivos e sociais, cada vez mais sofisticados e exigentes, a profissionais não raras vezes sem a qualificação vocacional que o cargo exige, recrutados empiricamente por meio de concursos banalizados pelo método da múltipla escolha e pelo simples critério do conhecimento científico.

Carreira de especificidade singular, a Magistratura não pode ter seus quadros preenchidos por profissionais que receberam apenas uma formação genéri-

ca para o desempenho de qualquer profissão jurídica. É imprescindível uma formação específica.

Os concursos públicos constituíram, sem dúvida, um significativo avanço no sistema de seleção de magistrados, produziram um Judiciário digno e têm prestado serviço inestimável à causa da Justiça. Continuam a representar a alternativa mais adequada de recrutamento. Mas é o momento de se substituir sua metodologia para a inserção de critérios mais consistentes de seleção, priorizando-se os aspectos éticos e vocacionais, sabido que o intelectual aético nunca será um verdadeiro juiz.

#### **4. Os sistemas estrangeiros**

Segundo os pensadores, alguns fenômenos estão a marcar, na atualidade, e em plano mundial, o perfil do Judiciário dos nossos dias. Dentre eles, a feminilização (na Escola francesa, p. ex., dos que a cursam atualmente, como pretendentes às Magistraturas judicial e do Ministério Público, setenta por cento (70%) são mulheres), a juvenilização cada vez mais acentuada nos países do *Civil Law*, a politização do Judiciário, o ativismo judicial e, sobretudo, a indispensabilidade, inclusive como decorrência desses apontados fenômenos, da atuação das escolas judiciais na seleção e formação inicial e continuada dos juizes.

Se se deseja um novo Judiciário, impõe-se plasmar o modelo de juiz de que a sociedade contemporânea necessita, com maiores poderes, mais responsabilidades e maior preparo.

Dentre as escolas existentes, poderiam ser destacadas as de Portugal, França, Espanha, Estados Unidos, Holanda, Alemanha e Japão.

Enquanto o modelo japonês, premido por necessidades peculiares, adota rigorosa seleção para o exercício da Magistratura, do Ministério Público e da Advocacia, em um concurso anual que seleciona o percentual de apenas 3% de aprovados em um universo de 26.000 concorrentes para o ingresso em instituição pública que irá prepará-los durante dois anos, a Holanda leva seis anos para formar o seu juiz, sem prejuízo da formação contínua. A Alemanha, mais ou menos na mesma linha dos Estados Unidos, após rígido curso universitário, diversamente, investe mais na reciclagem contínua, com cursos de curta duração, que observam eficiente planejamento.

Mais adequadas à nossa realidade, as escolas da França, Portugal e Espanha dividem o seu sistema em dois segmentos, a saber: um que seleciona e forma; outro que aprimora e recicla, sendo de notar que a Espanha, em novembro de

1996, reconhecendo as vantagens do sistema francês (Paris/Bordeaux), veio a desdobrar a sua tradicional Escuela Judicial, ficando a funcionar em Madri o centro de formação continuada e em Barcelona o de formação inicial. A Escola francesa, ao ser enaltecida recentemente pelo Presidente da República, nas comemorações do seus quarenta anos de existência, que se deslocou até Bordeaux para lhe demonstrar apreço e admiração, dele ouviu ser ela, pela sua excelência, a pedra angular do sistema judiciário naquele País.

A Itália, por sua vez, após sediar em Roma, em 1958, o “Primeiro Congresso Internacional de Magistrados”, no qual, sob o tema “a preparação do juiz para o exercício da função jurisdicional”, dentre outras *risoluzioni* aprovou “a necessidade da criação de centros de preparação, pesquisas e estudos, quase quarenta anos depois, vem de criar suas escolas judiciais, o que bem demonstra a força da idéia geratriz e a indispensabilidade dessa instituição no mundo atual.

## **5. O sistema brasileiro. As escolas judiciais no Brasil**

### **5.1. Previsão constitucional**

Desde 1977, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê a existência de Escolas da Magistratura, sendo de anotar que a expressão “magistratura”, no Brasil, abrange apenas os juízes.

O tema da formação dos juízes foi trazido ao texto constitucional pela Emenda nº 7, de 13 de abril de 1977, que previu, no art. 144, I, que o ingresso na magistratura de carreira dar-se-ia mediante concurso público de provas e títulos, realizado pelos tribunais de segundo grau, com a participação do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, podendo a lei exigir dos candidatos prova de habilitação em curso de preparação para a magistratura.

A Constituição atual, promulgada em 5 de outubro de 1988, dando um passo à frente, veio estabelecer, no seu artigo 93, IV, a criação de cursos oficiais para o preparo e aperfeiçoamento de juízes como requisito para o ingresso e promoção na carreira. Também no inciso II, alínea “c”, estabeleceu, para fins de acesso, a aferição do merecimento pelos critérios de presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento.

Esta mensagem normativa do constituinte, além de reconhecer a importância do tema, anteriormente enfrentado em exitosas experiências, veio estimular a intensificação nos estudos e a criação de uma verdadeira doutrina brasileira de educação judicial.

## **5.2. As escolas estaduais, federais e trabalhistas. Formação inicial e continuada**

O Brasil, com uma população superior a cento e cinquenta milhões, e contando com aproximadamente dez mil (10.000) juízes, é uma República Federativa, composta pela União, o Distrito Federal e vinte e seis (26) Estados federados, com relativa autonomia.

O sistema judiciário é composto de uma “Justiça Comum”, dividida em Estadual e Federal - esta última, competente quando interessadas a União, suas autarquias ou empresas públicas federais. Além disso, existe a “Justiça Especial”, que se divide em Trabalhista, Eleitoral e Militar.

Cada Estado da Federação possui sua respectiva escola da Magistratura, existindo, ainda, as escolas federais e as escolas da Magistratura trabalhista, as quais estão desenvolvendo seu modelo específico de educação para juízes.

Nesse contexto, há escolas que foram criadas há mais de vinte (20) anos. Algumas delas são oficiais, institucionalizadas, mantidas pelos respectivos tribunais de segundo grau. Outras pertencem às associações de classe dos juízes. Em um terceiro grupo, outras são mantidas por ambos - o Judiciário e as associações. Geralmente, mantidas por aquele e administradas por estas.

Em termos de **formação continuada**, as escolas têm obtido sucesso em seus objetivos. Promovem muitos e variados cursos, muitos dos quais de excelente qualidade. Quando da preparação de suas pautas de cursos, os juízes inclusive são consultados, a fim de saber quais são seus interesses e dificuldades, para que as mesmas correspondam às suas necessidades e expectativas.

Algumas dessas escolas, que se dedicam ao aperfeiçoamento e desenvolvimento dos juízes, estão bem avançadas. Realizam cursos de reciclagem, estudos interdisciplinares, cursos de curta e longa duração, seminários, *workshops*, etc. Normalmente, têm grande frequência e boa assimilação de conhecimentos.

Cursos de pós-graduação, específicos para os juízes, estão surgindo, pois há uma considerável dificuldade para o juiz em submeter-se aos métodos convencionais da Universidade, em face sobretudo do calendário e da dimensão territorial do País. Inicia-se, agora, o ensino à distância, através da televisão, estando a tramitar projeto visando proporcionar a pós-graduação virtual pela “Escola Nacional da Magistratura”, com mestrado em Direito Público e Direitos Humanos, com a utilização da Internet e outras infovias.

A **formação inicial**, no entanto, ainda não alcançou um patamar satisfatório, sendo poucas as Escolas que dispõem de uma boa programação nesse campo, podendo-se afirmar que os primeiros modelos ainda estão em fase experimental.



Cumpra anotar, por outro lado, que algumas escolas desenvolvem experimentos singulares, dentre os quais cursos abertos à preparação de candidatos interessados em prestar concurso de ingresso na Magistratura. Embora não possam ser classificados como cursos de formação de juízes, não deixam eles de servir de preparação e triagem dos candidatos ao exercício da judicatura, sendo alguns deles de boa qualidade.

### **5.3. A “Escola Nacional da Magistratura”**

Mantida pela Associação dos Magistrados Brasileiros, a atual “Escola Nacional da Magistratura” vem exercendo papel significativo na formação do juiz brasileiro. Suas funções são:

- a. coordenar as demais escolas, considerando as diferenças regionais e a inexistência de uma escola nacional institucionalizada;
- b. despertar a consciência sobre a necessidade de uma doutrina brasileira de educação judicial, centrada na idéia da formação integral dos juízes: formação inicial, reciclagem e pós-graduação;
- c. despertar a consciência sobre a relevância do recrutamento e da preparação do magistrado, priorizando a vocação e os atributos específicos dos magistrados;
- d. celebrar convênios e parcerias com diferentes entidades, governos, ONGs, Universidades, associações de classe, institutos culturais e empresas, a fim de tornar o universo judicial mais compreendido pela sociedade, debatendo temas de mútuo interesse;
- e. debater e aperfeiçoar a legislação, especialmente a processual, por ser ela instrumento de eficiência da Justiça.

Quando da apresentação do livro “O Poder Judiciário no Brasil” (Fiúza, R.A.M. Del Rey, 1995), tive oportunidade de assinalar:

“A Escola Nacional da Magistratura é, no Brasil, uma entidade privada vinculada estatutariamente à Associação dos Magistrados Brasileiros,

estando prevista a sua institucionalização no projeto de Estatuto da Magistratura que tramita no Congresso Nacional.

Em seu estágio atual, não tem sede fixa, nem funcionários, verbas e recursos técnicos e materiais. Mas já conta em seu acervo com um número expressivo de realizações, dentre as quais ganham relevo a coordenação da reforma da legislação processual, com a participação de toda a comunidade jurídica brasileira e os inúmeros eventos culturais de que tem participado, muitos dos quais de sua exclusiva, iniciativa, outros tantos em co-participação com Universidades, órgãos e associações de classe, fundações e entidades culturais de um modo geral. Ocupa, oficiosamente, o vértice de um intenso movimento de formação e aperfeiçoamento dos juízes (no Brasil, a magistratura é restrita aos membros do Poder Judiciário, não alcançando os representantes do Ministério Público), movimento desencadeado em 1977 e hoje com previsão na própria Constituição, que determina a adoção obrigatória de escolas judiciais”.

Considerando, de outro lado, que o fenômeno da mundialização impõe também um permanente intercâmbio entre as várias instituições com finalidades análogas, não havendo lugar para o isolamento, a “Escola Nacional da Magistratura” do Brasil sempre esteve aberta à troca de experiências, compartilhando sua vivência em educação judicial com outras Nações, ciente de que muito aprenderá com as suas congêneres, voltadas para a nobre tarefa de plasmar o novo juiz.

#### **5.4. A projetada Escola na reforma constitucional do Judiciário**

A existência das Escolas da Magistratura, também no Brasil, é uma idéia irreversível. Já não se discute se haverá Escolas, mas como serão no futuro.

Desde 1992, a reforma do Judiciário está em curso em nosso Congresso, agora prestes a ser votada.

Acolhendo reivindicação uníssona, o atual projeto de reforma constitucional prevê a ampliação do papel das Escolas, consideradas essenciais no processo de vitaliciamento e promoção dos juízes, assim como a institucionalização de uma escola nacional da Magistratura, com o nome de “Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados” (sem prejuízo de uma outra, destinada exclusivamente à Justiça do Trabalho).

Referida Escola, segundo o projeto, funcionará junto ao “Superior Tribunal de Justiça” - órgão máximo da magistratura de carreira no Brasil, que na estrutura judiciária fica abaixo apenas da Corte Constitucional, o “Supremo Tribu-

nal Federal”. E deverá, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para ingresso e promoção na carreira.

A experiência alcançada pelos educadores judiciais no Brasil foi de muita valia para o projeto dessa futura “Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados”, pois consistente doutrina tem sido produzida a respeito da profissionalização do magistrado, sendo de acrescentar, que o Brasil já conta com experiência similar, pois funciona há décadas, e com excelência, o “Instituto Rio Branco”, encarregado da formação dos diplomatas brasileiros.

É de aduzir-se, por outro lado, que o Ministério Público também possui as suas escolas federais, trabalhistas e nos Estados, além de uma Escola Nacional institucionalizada, criada por lei e em fase de implantação.

### **5.5. Conclusão**

O surgimento de uma Escola nacional de magistrados institucionalizada e o bom nível alcançado pelas Escolas existentes, algumas mais antigas, outras recentes, estão a indicar um acentuado crescimento qualitativo nos próximos anos.

O êxito alcançado nas experiências em aperfeiçoamento judicial credencia várias Escolas a ir além na formação integral do juiz, em desenvolver atributos humanos aliados ao conhecimento técnico, a fim de promover os saudáveis efeitos de uma Justiça adequada e compatível com as aspirações da comunidade.

A sociedade brasileira despertou para a realidade de que não se pode esperar que a Universidade produza o magistrado - um profissional cuja especificidade exige uma formação específica e diferenciada. Não se pretende, entretanto, a uniformização do magistrado brasileiro. A identidade lingüística não sufocou as diferenças regionais e as necessidades de nossa multiplicidade de raças, culturas, costumes e tradições. Cada comunidade tem o direito de preservar sua própria identidade e, por isso, o pluralismo foi um dos valores acolhidos no texto constitucional.

O juiz brasileiro há de ser formado de acordo com a unidade do direito nacional, sob a supremacia constitucional. Todavia, haverá sempre espaço para preservar as peculiaridades de cada região.

Ao finalizar, em nome do segmento cultural da Magistratura brasileira, representado pelas escolas judiciais neste País-continento, desejo cumprimentar os ilustres Juízes desta Região pela iniciativa da criação e instalação de sua Escola, formulando os melhores votos de pleno sucesso, na certeza, desde já, de que com esta instalação solene, emoldurada por tanta gente grada e fraterna, inscreve-se uma nova página na história da Magistratura federal e do próprio Judiciário brasileiro.



## **PRONUNCIAMENTO DO JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA \***

Excelentíssimo Senhor Diretor da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, meu prezado amigo e colega, Dr. Castro Meira; Excelentíssimo Senhor Presidente de nosso Tribunal-irmão, o Tribunal de Justiça de Pernambuco, Desembargador Nildo Nery dos Santos; Excelentíssimo Senhor Vice-Diretor da Escola de Magistratura e nosso futuro colega do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti; Excelentíssimo Senhor Dr. Joaquim de Barros Dias, Procurador-Chefe da Procuradoria Regional da República; Senhor Superintendente de Negócios de nossa parceira, a Caixa Econômica Federal; Prezados Colegas, Juízes Lázaro Guimarães, Nereu Santos, Ubaldo Cavalcante, Margarida Cantarelli e Alexandre Luna, este substituindo o Juiz Ridalvo Costa; Prezados Colegas magistrados do primeiro grau, a quem saúdo na pessoa honrada e digna do eminente Presidente da REJUFE, Dr. Manoel Erhardt, que tanto tem ajudado o Tribunal na promoção de seus eventos. Senhores Procuradores da República, Senhores Advogados e Advogadas, Senhoras e Senhores.

No dia 25 de novembro do ano passado, neste mesmo recinto, inaugurávamos a tão sonhada Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Sonho que, como muito bem referiu o Dr. Castro Meira, praticamente nasceu numa solenidade de inauguração ocorrida no Estado do Rio Grande do Norte. Inaugurava-se, então, a nova sede da Escola de Magistratura daquele Estado e lá estávamos, ouvindo a palestra inaugural do Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira, Diretor da Escola Nacional da Magistratura. E Sua Excelência nos estimulou, a mim e ao Dr. Castro Meira, sugerindo-nos que procurássemos fundar a Escola de Magistratura da 5ª Região. Foi a pequena semente lançada ao campo, naquela oportunidade. De volta, eu e o Dr. Meira já conversávamos sobre o projeto de instituir a nova Escola. Outras conversas se seguiram, de tal modo que a idéia foi saindo do campo dos sonhos para ganhar a realidade. Finalmente, quando ascendi à Presidência, com a ajuda do Dr. Castro Meira e de uma comissão formada pelos Juízes Ubiratan de Couto Maurício, Manuel Erhardt, Manuel Maia e também com a ajuda do Juiz Francisco Queiroz, pude apresentar ao plenário do Tribunal o projeto da Escola. Aprovado o projeto, foi a Escola instalada neste prédio, no dia 25 de novembro de 1999.

\* Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Pronunciamento na solenidade de instalação da Escola

Menciono, aqui, aqueles dizeres simbólicos constantes da placa que foi afixada na entrada - “Escola destinada a fortalecer e ampliar a capacidade judicante desta parte nordestina do Brasil”. Realmente, vamos apenas fortalecer e ampliar, porque temos já um conjunto de Juízes que constitui uma elite intelectual, Juízes que honram a 5ª Região, honram o Brasil, como honrariam qualquer país. São magistrados eminentes, por suas qualidades intelectuais e suas virtudes morais e que aqui, conosco do Tribunal e agora também da Escola – que, afinal de contas, também é Tribunal – iremos crescer juntos, iremos fortalecer essa capacidade judicante e melhorá-la cada vez mais.

Esta é uma Escola de Juízes que muito significa para nós. Hoje, estamos lhe dando vida, ao realizarmos o seu primeiro Seminário. Trata-se de um conclave que vai discutir os anteprojetos de reforma do Código de Processo Civil e representará uma mui valiosa contribuição dos Juízes à Reforma do Judiciário.

A verdadeira Reforma do Judiciário não é a que está sendo discutida pelo Congresso Nacional. Como dizíamos, alhures, ela apenas toca na periferia. A verdadeira Reforma do Judiciário será aquela que toca na legislação processual, que se tem mostrado o grande impedimento a que a justiça funcione, responsável, sem dúvida, pela morosidade do Judiciário. Discutir a legislação processual num colégio de juristas é o que vai garantir uma contribuição aos legisladores.

Todos somos formadores de opinião, e levaremos para aqueles que representam o nosso Estado o nosso contributo, que será indispensável a que eles dêem à sociedade uma verdadeira Reforma do Judiciário. Sem modificar a legislação processual, sem diminuir a complexidade do sistema recursal que aí está, o povo não espere que a justiça lhe seja dada com presteza.

Que o Seminário que ora instalamos possa, dessa forma, representar a contribuição dos Juízes Federais da 5ª Região e desta Escola de Magistratura à tão esperada Reforma do Judiciário.

## **PRONUNCIAMENTO DO JUIZ CASTRO MEIRA \***

Senhor Presidente do Tribunal da 5ª Região, Dr. José Maria Lucena; Senhor Desembargador Nildo Nery dos Santos, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco e palestrante desta noite; Doutor Francisco Queiroz Cavalcanti, Vice-Diretor da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região; Doutor Joaquim de Barros Dias, Chefe da Procuradoria Regional da República no Estado de Pernambuco. Meus caros colegas magistrados, senhores representantes do Ministério Público, advogados, professores de Processo Civil, senhoras e senhores.

Esta solenidade marca o início das atividades da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, instalada nos últimos dias de novembro do ano passado, com uma palestra do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que foi o inspirador desse movimento em âmbito nacional. Aqui, entre nós, tornou-se um sonho, que passou a ser acalentado pelo Presidente, Dr. José Maria Lucena, a partir de uma conversa informal com o Ministro Sálvio de Figueiredo, de que tive a felicidade de participar, quando estivemos na inauguração das novas instalações da Escola de Magistratura do Rio Grande do Norte, a ESMARN, a convite do nosso ilustre colega, Dr. Virgílio Marcílio Filho.

Todos os que aqui se fazem presentes estão sendo testemunhas dos seus primeiros passos. Certamente, a Escola terá pela frente algumas dificuldades, mas estamos confiantes em que sempre contaremos com o apoio de todos, conscientes da importância das Escolas de Magistratura, previstas na Constituição Federal como um dos princípios a serem observados pela futura Lei Orgânica da Magistratura Nacional, um requisito para ingresso e promoção da carreira.

Em razão disso, os concursos para ingresso na Magistratura Federal nesta 5ª Região sempre incluíram como uma de suas etapas um curso para os futuros juízes. Entretanto, é ainda muito pouco e a tendência é que se invertam os papéis. As demais provas seletivas devem tornar-se mera etapa para o ingresso no curso de preparação, que se tornará, assim, a principal etapa na seleção dos magistrados.

Além disso, mostra-se necessário o acompanhamento de novos juízes, através de um processo de vitaliciamento, como vem acontecendo algures. Sabemos todos das dificuldades para atingir-se essa meta. Entretanto, não se pode admitir que um policial, ou um agente do fisco, somente assumam as suas atividades.

---

\* Diretor da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Pronunciamento na solenidade de instalação da Escola

des funcionais após cuidadoso curso em escolas especializadas, enquanto o magistrado, a quem cabe decidir sobre a liberdade e outros bens essenciais das pessoas, deva considerar-se habilitado com a mera aprovação em um concurso público, sobretudo nos tempos atuais, em que o perfil da magistratura se torna cada vez mais jovem.

Aqui estão presentes representantes de outros segmentos do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia e professores da cadeira de Processo Civil. Entendemos que é desejável o diálogo com todos aqueles que fazem do Direito o seu labor diário, certos de que nos anima o propósito comum de fazer justiça, como norte fundamental na realização do Direito e de um estado democrático.

Esperamos que os debates que se realizarão possam contribuir para o aperfeiçoamento das normas processuais, ferramenta indispensável a todos os profissionais do Direito.

Saudamos a todos, certos de que estaremos juntos em outras jornadas, pois este será apenas o pequeno passo de uma longa caminhada.

Temos, hoje, o privilégio de ver iniciadas as nossas atividades, com a pelestra do eminente Desembargador Nildo Nery dos Santos, digno Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco. Ninguém melhor do que ele simboliza o ideal na preparação dos magistrados, não apenas em Pernambuco, mas em toda a nossa região. Foi ele um dos primeiros a acreditar na formação dos magistrados, desempenhando papel fundamental na implantação da Escola de Magistratura do Estado de Pernambuco, além de mostrar-se um incansável batalhador, um incansável propagador dessas idéias, realizando inúmeras palestras em todo o território nacional.

Sua presença também nos evoca a Escola Nacional de Magistratura, que tão bem representa. Estamos convencidos de que, embora cada escola seja marcada por suas características específicas, a Nacional deve ser responsável pelo fornecimento das diretrizes gerais, além de um ponto de união, de diálogo e de troca de experiências. Por tudo isso, caro Desembargador Nildo Nery, estamos muito honrados com sua presença.

Queremos ainda agradecer a todos os que colaboraram para este evento, em especial ao nosso Vice-Diretor, Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, à nossa Coordenadora Acadêmica, Dra. Margarida Cantarelli, aos Juízes Ubiratan Maurício, Nilcéia Maggi, Hélio Ourem, além do Presidente da REJUFÉ, Dr. Manoel Erhardt, que conceberam e realizaram este evento, com o indispensável apoio da Presidência da Corte e de seus servidores, destacando-se o secretário-executivo da Escola, Prof. Humberto Vasconcelos.



## **A FILOSOFIA DAS ESCOLAS DE MAGISTRATURA**

Desembargador Nildo Nery dos Santos (\*)

Senhor Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Dr. José Maria Lucena; Senhor Diretor da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Dr. Castro Meira; Doutor Francisco de Queiroz Cavalcanti, Vice-Diretor; Doutor Joaquim de Barros Dias, Chefe da Procuradoria Regional da República no Estado de Pernambuco. Meus caros colegas Magistrados, dignos representantes do Ministério Público, advogados, professores de Processo Civil, senhoras e senhores.

Não se pode tratar do tema Escolas de Magistratura, sem a referência ao trabalho do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que vem dando uma maior dimensão às escolas já instaladas e, com sua capacidade de arregimentação, tem feito surgirem outras, como esta, que ora se instala.

As Escolas de Magistratura tendem a ser, num futuro próximo, sem dúvida, institucionalizadas. Serão órgãos oficiais, vinculados aos respectivos Tribunais. Esta – tenho convicção plena – é, na verdade, a solução. As escolas não vão poder ficar com as associações. Sua subordinação a esses órgãos, a meu ver, não se justifica. Sobretudo hoje, quando se verifica o direcionamento das escolas, que se convertem em institutos com participação efetiva no processo de seleção, preparação e aperfeiçoamento de Magistrados, estas que são atividades de responsabilidade típica do próprio Poder Judiciário, enquanto ente público de soberania nacional.

Evidente que as escolas judiciais vinculadas exclusivamente às associações de Magistrados não podem fixar suas atividades dependendo da anuência voluntária dos Juízes e – o que constitui preocupação maior – funcionando com as lideranças de classe em conjunto com a cúpula do Tribunal. Nesses vinte anos durante os quais venho acompanhando as Escolas de Magistratura pelo Brasil afora, já vi, em muitos casos, esse choque, das associações com os Tribunais, ainda que, verdade seja dita, em alguns Estados esse problema já tenha sido superado.

Posto isso, definir os objetivos institucionais das Escolas de Magistratura significa adentrar no campo do futuro, com todos os seus riscos. Assim é que,

---

\* Presidente do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Membro da Diretoria da Escola Nacional da Magistratura.

numa visão de futuro, as escolas melhor deveriam ser denominadas de escolas judiciais, como é o caso de Minas.

As escolas têm os seguintes escopos institucionais, isto, para o futuro (Não é o caso da nossa, de Pernambuco, mas futuramente o será, não há dúvida). Em primeiro lugar, a seleção de Magistrados, o recrutamento dos mesmos. Depois, a sua formação. Em terceiro lugar, o aperfeiçoamento. O próprio planejamento judicial, como já ocorre em alguns países (falarei disso mais adiante), também deve ficar com as escolas judiciais. Da mesma maneira, a formação e aperfeiçoamento do pessoal dos serviços auxiliares da justiça. Em alguns estados, em alguns países, já se observa a bifurcação da escola de formação de Magistrados, ensejando o surgimento de uma escola administrativa, para a formação de auxiliares da justiça, dos serventuários.

Em relação ao primeiro item – a seleção dos Magistrados, variando de país a país, os sistemas de recrutamento são: o voto popular, a livre nomeação pelo Executivo, a livre nomeação pelo Judiciário, a nomeação pelo Executivo por proposição dos outros poderes, a nomeação pelo Executivo com aprovação do Legislativo e a escolha por órgão especial e, finalmente, o concurso, que é, de forma geral, a praticada no Brasil. Não é preciso destacar aqui como são feitos esses concursos, os quais, tendo em vista a nossa realidade cultural e política, apresentam-se como uma forma democrática de acesso à carreira do Magistrado. Qualquer outro sistema que não o concurso nos parece que prestigiaria uma aristocracia, e não seria bem aceito.

Acontece, porém, que o modelo dos nossos concursos, na verdade, não se presta a selecionar vocações à altura da magnitude da função judicante. É preciso recrutar – diz sempre o nosso mestre Sálvio de Figueiredo – personalidades vocacionadas à função, com compromisso público, de formação ético-humanística, que vivam e compreendam a cidadania.

Ora, o atual modelo de seleção recruta apenas mentes prodigiosas, com alto grau de capacidade de memorização. Quem consegue decorar os códigos em vigor, as principais correntes jurisprudenciais e os posicionamentos da boa doutrina, não terá maiores dificuldades de vir a ser um Juiz. É suficiente conhecer o direito positivo, seus postulados e normas. Por outro lado, se não tiver registro formal de antecedentes criminais, nada mais se indagará acerca de sua conduta social ou da sua adequação ética para o exercício da judicatura.

Temos tido problemas quanto ao deferimento ou indeferimento dessas inscrições no Tribunal de Justiça de Pernambuco. Quando da apreciação da inscrição definitiva, muitas vezes um Desembargador tem uma informação

desabonadora a respeito de um determinado candidato e fornece essa informação durante a sessão do Tribunal. Com isso, o candidato tem sua inscrição indeferida. É o que ocorre sempre diante de uma tal situação. O candidato, então, ingressa com um mandado de segurança (certa feita, fiz essa observação aos Desembargadores, durante a sessão de julgamento do mandado de segurança). Os mesmos Desembargadores que aceitaram a informação para indeferir, quando apreciam o mandado de segurança, julgam-na insuficiente para prejudicar o candidato, e concedem a segurança.

Isso tem ocorrido com certa frequência. Indefere-se o pedido de inscrição e, quando a parte ingressa com um mandado de segurança, argumenta-se que não há prova suficiente de que a pessoa não tenha condições de ingressar na Magistratura, e concede-se a medida. Já temos recomendado maior cuidado no ato de indeferir a inscrição, para que não se diga que a Corte Especial que indeferiu, reconheceu, depois, haver praticado ato arbitrário.

Então, o primeiro desiderato das escolas judiciais é o de participar diretamente, através de curso oficial, do processo de recrutamento dos nossos Juizes. O ingresso na Magistratura deve pressupor, em caráter obrigatório, uma extensa formação teórica a cargo dessas escolas, pela via do curso oficial de preparação de Magistrados, para cujo ingresso o candidato deve submeter-se a rigoroso exame de seleção pública, com número certo e reduzido de vagas. As escolas ministrarão aulas diárias e realizarão exames periódicos.

Aprovado nesse curso, o candidato estaria habilitado ao ingresso na carreira da Magistratura. Sua nomeação para o cargo de Juiz dar-se-ia no final do curso, sem qualquer outra formalidade, ou num estágio preliminar, que deveria merecer igual ou superior atenção.

Ademais, as escolas devem desenvolver programas que aumentem a satisfação do Juiz com o desempenho de sua função. A nossa ESMAPE – Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – promove, em parceria, atualmente, com a AMEPE, um pioneiro curso de aperfeiçoamento de Magistrados, curso de pós-graduação, ministrado em convênio com a Universidade Federal de Pernambuco. São cento e dezessete magistrados que estão cursando atualmente essa pós-graduação.

Outro segmento importante das Escolas de Magistratura, além da seleção dos Magistrados e de sua formação inicial, é o que se reporta a cursos de iniciação profissional, com ênfase para a ética profissional, para a formação moral. São os cursos de Deontologia para os novos Magistrados. É bem de ver que, a par desse esforço que temos feito em Pernambuco, a formação especial do Juiz

depende de um bem concebido e estruturado estágio, a prática forense, por um período não muito curto. Atualmente, estamos realizando esse trabalho com novos Juízes. Estão eles trabalhando em mutirão, antes de assumirem comarcas no Interior. Na verdade, esse procedimento proporciona uma vivência profissional ao novo Magistrado, junto a Juízes mais experimentados. Isso, aliás, tivemos oportunidade de verificar em diversos países.

Hoje, além dessa providência, estamos oferecendo, através da Escola, um curso de iniciação à função judicante, destinado a Juízes recém-nomeados. O curso apresenta conteúdo eminentemente teórico. Além desse curso, há outro voltado para o processo de vitaliciamento, com conteúdo igual ou aproximado ao da iniciação. Relativamente ao aperfeiçoamento dos Magistrados, às escolas judiciais cabe desenvolver programas amplos de capacitação, através de cursos, seminários, debates, palestras etc.

Neste sentido, a nossa Escola de Pernambuco – e outras que conhecemos pelo Brasil afora – estão razoavelmente bem. Temos tido bons simpósios e bons cursos de atualização jurídica. Apenas julgamos necessário que tais atividades se ajustem a uma programação ampla, como se faz na Alemanha, estruturada com certa antecedência, sondando-se quais os verdadeiros interesses e necessidades do Magistrado. Tal procedimento permite que a atividade seja útil e ao mesmo tempo agradável ao Juiz.

Quanto ao planejamento judicial, o Judiciário resente-se de um órgão que planeje a sua atividade-fim. Certamente, a efetivamente verdadeira reforma judicial passa pela inserção, na estrutura organizacional do Poder, de um órgão permanente de planejamento, organização e métodos, voltado para sua atividade-fim. A Escola Judicial, ou organismo a ela vinculado, deve desenvolver essa missão, que se consubstancia basicamente nas seguintes atividades: 1º - Realizar estudos, baseados em critérios científicos de administração, quanto ao melhor método de funcionamento dos Juízos e Tribunais, culminando por apresentar propostas concernentes à melhoria da administração da Justiça. 2º - Desenvolver estudo minucioso sobre estatísticas forenses, de modo a identificar pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional. 3º - Propor soluções legislativas relativas à prestação jurisdicional. 4º - Definir as diretrizes básicas para a realização de curso de formação, aperfeiçoamento e especialização de Magistrados e servidores, visando à melhoria dos serviços judiciais e extrajudiciais. 5º - Promover e organizar pesquisas, cursos, congressos, simpósios, conferências e estudos, visando ao aprimoramento profissional e cultural dos integrantes da Justiça. 6º - Realizar, sob a coordenação dos setores administrativos e interessados, no

Tribunal de Justiça, estudos e projetos relativos à organização e administração judiciárias e à prestação jurisdicional. 7º - Editar livros, revistas, boletins e periódicos no meio eletrônico e de transmissão de dados, para divulgação de matéria doutrinária, legislativa e jurisprudencial de interesse da Justiça.

Neste último ponto, a nossa Escola de Magistratura de Pernambuco vai muito bem. A revista da ESMAPE, que veio em sucessão àqueles primeiros cadernos que tivemos oportunidade de editar em seus primeiros anos de atividade, é, hoje, uma revista que já granjeou um certo prestígio e até mesmo notoriedade, nos meios jurídicos brasileiros, porque as matérias doutrinárias que publica são escolhidas por seu corpo editorial, com muita adequação para os problemas atuais.

Precisamos, por fim, ter a missão institucional, também, de capacitar os serventuários e servidores da Justiça. Há necessidade de dotar os servidores da Justiça de capacidade cultural, intelectual, além de moral, especialmente quanto à supervisão e gerência de suas atividades. Sob outro prisma, é imperioso formar o compromisso institucional de qualificar esses servidores.

Como diretor-adjunto da Escola Nacional da Magistratura, tive a honra de acompanhar o Ministro Sálvio de Figueiredo, a Ministra Fátima Nancy Andrighi, o nosso Desembargador Sidney Benetti, Renato Nalini, Ricardo Malheiros Fiúza e Eládio Lecey, em diversos estágios nas escolas européias, no Japão e aqui mesmo, na América do Sul e nos Estados Unidos e Canadá. Embora minha especialidade tenha sido a escola italiana, trago alguns levantamentos que fizemos quando do nosso pequeno estágio nas escolas desses países, a filosofia de cada uma.

Em Portugal – e, aqui, o nosso Castro Meira teve oportunidade de fazer um desses cursos, há dois ou três anos – conhecemos o Centro de Estudos Judiciários, órgão vinculado ao Ministério da Justiça, hoje dotado de ampla autonomia administrativa e financeira, especialmente a partir da Lei 16/98, que imprimiu importante modificação na natureza jurídica do Centro, atribuindo-lhe expressamente autonomia administrativa e financeira.

As atribuições desse Centro são a formação profissional dos Magistrados, a formação de assessores dos Tribunais, o apoio a ações de formação jurídica e judiciária de advogados, solicitadores e agentes de outros setores profissionais e o desenvolvimento de atividades de estudo e de investigação jurídico-judiciária.

Sabemos que os cadernos do Centro de Estudos Judiciários (tenho, por sinal, uma coleção desses cadernos) tratam, realmente com profundidade, daqueles assuntos jurídicos de maior importância para o Judiciário, para os profissionais do Direito em geral.

A palavra magistratura, em Portugal – nem seria preciso mencionar isto aqui – não significa corpo de juízes, como no Brasil. Refere-se ela a duas ordens distintas de funções, englobando a Magistratura Judicial e a Magistratura do Ministério Público. Dra. Helena Caúla, aqui presente, não gostou quando lhe disseram que, no curso, após a classificação, os Magistrados Judiciais eram os primeiros colocados; em seguida, vinham os Magistrados do Ministério Público. Na França, é um pouco diferente. Tive oportunidade de conversar com alunos da Escola Nacional de Magistratura daquele país e pude observar que a distinção lá não se faz pela classificação, mas por opção. No Japão, embora a formação seja dada num mesmo instituto, há um direcionamento prévio.

Voltando ao modelo de Portugal, no processo de seleção dos magistrados, pelo sistema atual, estão dispensados da fase escrita e oral os doutores em Direito. Quanto aos demais, todos deverão submeter-se ao concurso público, que compreende uma fase escrita, uma fase oral e uma entrevista. As duas grandes novidades trazidas pela nova Lei 16/98, quanto ao processo de seleção, referem-se ao tempo de dois anos de licenciatura, que não existia na lei anterior, vez que apenas se exigia que o candidato tivesse mais de 23 anos, na data de abertura do curso, e o acompanhamento da fase de entrevista por um psicólogo nomeado pelo Ministro da Justiça, que deverá assessorar o júri de seleção. Uma vez aprovados, os candidatos ingressam no Centro de Estudos Judiciários, com estatuto de Auditor de Justiça. Têm direito a uma bolsa mensal correspondente a 50% dos vencimentos iniciais dos Juízes e Promotores do Ministério Público.

Inicia-se, então, a fase teórico-prática, com a duração de vinte e dois meses, compreendendo a fase teórica, realizada nas dependências do Centro, em regime total de horário integral, no período de 15 de dezembro a 31 de março do ano seguinte.

Depois vem a fase prática, realizada nos Tribunais Judiciais, no período de 1º de abril até março do ano seguinte. E a nova fase teórica, para complementar, realizada nas dependências do próprio Centro, no período de 1º de abril a 15 de julho. Tive oportunidade de assistir a essas aulas práticas durante toda uma tarde, acompanhando todas as suas fases. Oportunidade desse tipo tive também na Itália, onde, inclusive, fui admitido como participante das discussões. É muito interessante esse modelo de atuação do Centro de Estudos Judiciários. Quando diretor da Escola de Pernambuco, procurei fazer algo semelhante.

Após a fase de formação inicial, ainda dentro do período de dois anos e quatro meses, instala-se a fase do estágio de iniciação, que tem a duração de dez meses. Os Auditores, futuros Juízes, vão observar os trabalhos de magistrados

escolhidos, com muito rigor, pelo Centro de Estudos Judiciários. Depois vem o estágio de *pré-afetação*, no qual o futuro Juiz passa um período de oito meses. Nesta fase, os Auditores passam a despachar, relatar e decidir, sob a vigilância direta do Juiz-orientador. Daí estarão completados os dois anos e quatro meses.

O Conselheiro Carmona não se mostra muito satisfeito com essa prática. Embora seja recente, de 1998, ela estaria, no seu julgamento, precisando de uma reformulação. Um dos mais famosos diretores do Centro de Estudos Judiciários, Armando Laborinho Lúcio, está dedicado à busca de meios de informação e formas de seleção que realizem os objetivos de uma verdadeira formação judicial, permitindo que os candidatos se familiarizem com os Juízos e os Tribunais. De destacar, o trabalho do sucessor de Laborinho Lúcio, o Conselheiro Armando Leandro, que aqui já esteve por várias vezes.

Sobre a Escola Nacional da Magistratura da França, instituição encarregada de realizar a seleção, a formação inicial e a formação contínua dos magistrados judiciais e também dos magistrados do Ministério Público, naquele país, todos sabemos que se trata de uma escola padrão no mundo. Dela é que fluíram a portuguesa e a espanhola. Sem dúvida, ela é padrão para todas as outras escolas. A seleção para ingresso nessa Escola é muito rígida, envolvendo provas de conhecimentos gerais, exames jurídicos, escritos e orais e até provas de aptidão física. Os requisitos de admissão são curiosos. A idade máxima para inscrição no processo de seleção é de 27 anos, com exceção para os candidatos já funcionários públicos nacionais.

Não é necessário que o candidato seja Bacharel em Direito, podendo ser diplomado em outro curso superior, como Medicina, Economia, Administração de Empresas e outros. É bom lembrar que o curso de formação inicial tem longa duração, vale mais que muitos cursos de direito convencionais.

Na oportunidade em que essas explicações eram oferecidas, fiz uma observação pessoal: “Mas esses Juízes, que saem daqui, vão julgar infrações de menor potencial ofensivo, enquanto os crimes graves ficam a cargo de Juízes leigos, o júri francês. E, diante da informação de que os alunos da Escola Nacional faziam estágios em órgãos empresariais, em redes de comunicação, na televisão, isto é, obtinham o conhecimento da realidade total da vida na França, indaguei se havia os mesmos cuidados em relação aos juízes leigos. A resposta foi negativa: - Eles julgam com os seus próprios conhecimentos.

Em relação ao estágio na França, tenho outra revelação a fazer. O Presidente da Suprema Corte, em explanação aos diretores presentes, declarou, com muita ênfase, que um processo naquela Corte era solucionado com três, quatro

meses de tramitação. Fiquei impressionado. Realmente, admiti, temos muito que aprender com essa gente. Pois bem, concluída a exposição, um funcionário categorizado começou a explicar que ali, naquela sala, funcionava uma turma tal, mostrando-nos todas as suas dependências. No plenário, os processos que deveriam ser julgados, em sessão que se realizaria naquela data, estavam expostos sobre as bancadas. Enquanto o funcionário explicava, decidi olhar os processos. Um estava com cinco anos, tinha entrado havia cinco anos! Outro, com seis e ainda outro, com quatro. Enfim, não encontrei nenhum com menos de dois anos, entre os que deveriam ser julgados naquele dia.

Poderíamos ainda trazer algumas informações sobre o que observamos nas escolas judiciais dos Estados Unidos e outros países. Na Itália, por exemplo, procuramos, com o Conselho Superior da Magistratura daquele país, todos os cursos dentro do sistema de recrutamento que vinha da legislação italiana de 1941. Em 1998, houve a reforma que mudou os critérios de seleção para ingresso na Magistratura. Mas, quando lá estivemos, ainda vigoravam as regras do Conselho Superior da Magistratura, que era o órgão tutelar do ensino e da preparação dos Juízes.

O sistema espanhol de seleção é um pouco complicado. O Conselho Geral do Poder Judicial divulga uma relação de trezentos e cinquenta temas para os candidatos. Estes se inscrevem para a seleção, que alcança o número de milhares. O concurso vale para dez Tribunais diferentes, o Tribunal de Madri, de Sevilha, de Sán Sebastian, de Barcelona etc. Há uma certa falta de coerência nessa seleção. É que os critérios adotados pelos diversos Tribunais não são uniformes. Pode acontecer que, vamos dizer, o Tribunal de Barcelona tenha sido mais rigoroso, não classificando nenhum candidato, ao passo que um outro Tribunal, cujos componentes sejam menos rígidos, consegue lograr quase todas as vagas.

Há um outro aspecto no sistema espanhol que convém destacar. O Conselho Geral do Poder Judiciário credencia o preparador, que funciona como um professor para determinado candidato. O candidato paga por esse preparo. Somente quando esse professor ou preparador julga apto o candidato é que ele pode submeter-se ao concurso. Acontece que há candidatos que passam um ano e até dois, três, quatro ou cinco anos nesse processo de preparação e não são muito claros os critérios mediante os quais um candidato pode ser julgado habilitado ao concurso.

Não fosse o adiantado da hora, poderia agregar outras informações a respeito da seleção para a Magistratura em outros países. Mas o que fica evidente é que não é somente o Brasil que está em busca de um rumo nesta matéria. Os



nossos procedimentos podem não ser dos melhores, mas certamente não é dos piores. Temos os nossos defeitos, mas temos também nossas virtudes. Exatamente como acontece fora do país.

É geral a preocupação, em todo o mundo, com a seleção para ingresso na carreira da Magistratura. A preparação prévia é exigida em quase todos os países: na Áustria, na Bélgica, na Estônia, na França, na Grécia, na Itália, nos países baixos, na Polônia, em Portugal, na Espanha. Nos países onde não existe seleção por concurso ou prova, há necessidade de uma formação específica, isto é, uma faculdade que se destine à carreira de Juiz. É o que ocorre na Albânia, na Bulgária, na República Tcheca, na Dinamarca, em Luxemburgo, na Suécia, na Ucrânia, no Reino Unido.

Poucos países na Europa dispensam a formação específica. É o caso da Croácia, Finlândia, Hungria, Noruega e Suíça, onde os Juizes são eleitos. A grande maioria dos países exige formação prévia, através de curso regular com a duração de até seis anos, como é o caso dos países baixos; quatro anos na Dinamarca, três na Áustria e na Bélgica. Os que menos exigem são a Bulgária e a Finlândia – um ano. Ainda que com variação de país a país, o certo é que todos se mostram preocupados em que haja uma preparação melhor para a Magistratura. E, reconhecimento geral – com exceção da França, que se mostra satisfeita com seu sistema e não pretende modificá-lo – todos pensam em novas regras. Pude testemunhar essa preocupação na Espanha, em Portugal, na Itália, na própria Alemanha, onde a sistemática é um pouco diferente. Na escola de Trier, os alemães cuidam dos cursos de atualização, de aperfeiçoamento, ali não se identificando uma preparação prévia, mas, sim, um processo de aperfeiçoamento depois que o Magistrado ingressa na carreira.

Nos Estados Unidos, há uma diversidade muito grande de escola para escola. Fomos, por exemplo, a seis Judiciais americanas. A principal, em Washington, que está sob a direção da própria Suprema Corte, é uma verdadeira universidade, com Juizes de todo o mundo. É uma verdadeira Torre de Babel, onde se misturam todas as línguas.

Na Virgínia, o que mais me chamou a atenção foi a preocupação da Escola em colher a opinião da população acerca da atuação do Judiciário. A Escola dá-se a tarefa de ir às diversas Cortes, promovendo enquetes, entrevistas, apoiadas em formulários – como se fosse uma ouvidoria – para sondar, junto ao usuário dos serviços da Justiça se esta estava funcionando a contento na Virgínia.

Não é preciso assinalar que os procedimentos, entre os americanos, variam de Estado para Estado. Num, a seleção de Magistrados se faz por eleição; em

outro, há a indicação com aprovação do Parlamento. Dada a diversidade, não fica fácil adotar um modelo que se ajuste ao nosso país.

O modelo brasileiro tem de refletir as nossas peculiaridades. Retirando-se o que não se ajusta à nossa realidade, não tenho dúvida de que os modelos mais ajustáveis ao Brasil são os de Portugal e França. Mas, tenho certeza, o trabalho do Dr. Castro Meira, nesta Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, será definitivo e permitirá que ela represente um modelo para todo o país.

Em relação à Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, o que lá pretendemos fazer – quando ela voltar ao Fórum Tomás Cirilo Wanderley – é ali instalar uma Vara Cível modelo, que ficará sob a supervisão e orientação da própria Escola. Os alunos seriam aproveitados como estagiários da referida Vara Modelo. Além disso, nosso regimento prevê que a Escola da Magistratura será responsável pela fase final dos concursos para ingresso na carreira de Juiz. Esse modelo malogrou em São Paulo, mas vem obtendo sucesso em Minas Gerais e no Rio Grande do Sul.

No mais, desejo sucesso a todos os que aqui trabalham para concretizar esta nova Escola. A partir de amanhã já estarão entregues à tarefa de discutir os anteprojetos de reforma do Código de Processo Civil, de números 13 e 15. Esses projetos sugerem modificações que certamente contribuirão para a melhoria da prestação jurisdicional. Isso é o que vamos saber após os debates programados, que serão desenvolvidos a partir de palestras a serem feitas por especialistas, dentre eles, o meu amigo Carreira Alvim, com sua forma peculiar e agradável de expor.

Renovo meus votos de muito sucesso ao Dr. Castro Meira, nessa sua nova missão. Sei o que representa essa missão, pela experiência que trago de nossa ESMAPE. Quando, em 1987, foi ela instalada, foi com o mesmo empenho hoje evidenciado por Vossa Excelência que procuramos dar um norte, uma direção àquela Escola, naturalmente dentro do que podíamos dispor na ocasião. Hoje, sem dúvida, a situação da Escola já se apresenta bem melhorada, inclusive do ponto de vista financeiro e, sobretudo, pelo aspecto institucional, com a ajuda que temos recebido de mestres como o nosso Ministro Sálvio Figueiredo, o nosso José Renato Nalini e tantos outros que realmente se interessam por uma melhor formação do Magistrado brasileiro.

Sucesso, então. Desejo a todos muito boa sorte, e que sejam iluminados por Deus e por Nossa Senhora.

**SEMINÁRIO**  
**A REFORMA DO JUDICIÁRIO**  
**REFORMA TRIBUTÁRIA**

Nos dias 12 e 13 de outubro de 2000, reuniu-se, no Mar Hotel, no Recife, um seminário destinado a discutir a Reforma do Poder Judiciário e a Reforma Tributária. O conclave, prestigiado por figuras eminentes do mundo jurídico nacional, deu continuidade à programação da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região –ESMAFE para o ano de 2000; recebeu o apoio da Associação Regional dos Juízes Federais da 5ª Região e contou com o patrocínio da Caixa Econômica Federal. De registrar, a presença dos Senhores Ministros Costa Leite – Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Pádua Ribeiro, César Rocha, José Arnaldo da Fonseca, Carlos Alberto Direito e Francisco Falcão, também integrantes da mesma Corte Superior; do Professor Ives Gandra da Silva Martins e do Doutor Everardo Maciel, Secretário da Receita Federal.

Na sessão solene de instalação do Seminário, usou da palavra o Excelentíssimo Senhor Juiz José Maria Lucena, Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que, depois de cumprimentar as autoridades presentes, disse de sua satisfação em ver realizado mais um evento da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, que foi inaugurada no presente período administrativo. A seguir, cede a presidência da sessão ao eminente Ministro Costa Leite, Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Com a palavra, Sua Excelência se disse honrado por presidir os trabalhos inaugurais do Seminário, referindo-se, em primeiro lugar, aos laços de amizade e identificação com os que fazem o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, mencionando especificamente os magistrados que daqui saíram e hoje compõem o Superior Tribunal de Justiça.

Em seguida, congratulou-se com a Escola de Magistratura, pela realização do Seminário e demorou-se em considerações em torno do papel das Escolas de Magistratura. Destacou Sua Excelência que a modernização do Poder Judiciário somente se concretizará no momento em que essas escolas estiverem funcionando em sua plenitude, dedicando-se não só ao aprimoramento, ao aperfeiçoamento dos Juízes, mas, sobretudo, à sua formação, propiciando o treinamento inicial e o treinamento contínuo dos magistrados. Traçando o quadro de dificuldades para o recrutamento de novos Juízes, destacou que existem, atualmente, 1.200 vagas no quadro de Juízes Federais, sendo que 400 dessas vagas estão em

aberto, para concluir que o papel das Escolas de Magistratura seria o de complementar o ensino acadêmico e, mais do que isso, formar o Juiz. Registrou que à Escola Nacional da Magistratura, que funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça, caberá o papel de órgão planejador e orientador de todas as Escolas do país, no plano federal, como no plano estadual, à semelhança de um órgão central de sistema. A esse órgão central, continuou, caberá a função de planejar as atividades do próprio Poder Judiciário, que se mostra carente, até hoje, desse tipo de ação.

A seguir, Sua Excelência passou a tecer considerações em torno da proposta de Reforma do Judiciário, suspeitando que ela, tal como se encontra, não serve a mudar o quadro, a fisionomia do Poder Judiciário brasileiro. Aquela justiça acessível, democrática, sem exclusões; aquela justiça rápida, efetiva, qualificada, vale dizer, constituída de Juízes intelectualmente bem preparados e moralmente inatacáveis, a ela não se chegará pela Reforma que se propõe no Congresso Nacional. Acentuou o Senhor Ministro: “Mexe-se basicamente em aspectos estruturais, privilegiam-se questões que se situam na esfera da administração e no âmbito disciplinar, esquecendo-se do fundamental, que é justamente a jurisdição, a prestação jurisdicional, o bom funcionamento da máquina judiciária, os serviços judiciais eficientes que nós, do Judiciário, queremos e que são os anseios da sociedade brasileira”.

O pretendido controle externo do Judiciário também foi objeto das considerações do Senhor Ministro, que declarou ser ele contrário a princípios básicos consagrados na Constituição de 1988 e que, ao Judiciário, bastaria o controle interno, exercido por um Conselho, perante o qual funcionassem o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil, que canalizariam as reivindicações da sociedade, as suas denúncias, as suas queixas, podendo funcionar até mesmo como órgão de fiscalização.

Acrescentou o Senhor Ministro que “a grande reforma do Poder Judiciário só se fará efetivamente no momento em que nós cuidarmos de fazer uma reforma profunda nas nossas leis processuais, assim no processo civil, como no processo penal”, destacando o anacronismo do sistema recursal brasileiro, pelo êxito que enseja a quem deseje protelar uma demanda.

Depois de referir-se ao penoso trabalho do Superior Tribunal de Justiça, que recebe cinco mil novos processos por semana – circunstância que acentua a necessidade de uma reforma nas leis processuais –, Sua Excelência apresenta o Senhor Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, a quem passa a palavra.

O tema da palestra do Excelentíssimo Senhor Ministro Carlos Alberto Di-

reito é “A Natureza da Decisão Judicial”, cujo inteiro teor se encontra inserido em outra parte desta Revista.

Disse, de início, Sua Excelência, que havia aceito, com muita honra e alegria, o convite que lhe fizera o colega Francisco Falcão, para comparecer a este Seminário organizado pela Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. “Vir ao Recife – acentuou o Senhor Ministro – tem o sentido e o alcance da convergência dos afetos. Quando nós aqui chegamos, sentimos, desde logo, a identidade das nossas origens, mas, sobretudo, a nós, que estamos na Ciência do Direito, sentimos a presença da contribuição pernambucana para a ciência que nós abraçamos. E, logo ao início, gostaria de traduzir, como homenagem e como reverência, três nomes que engalanam, porque entrelaçam saber e sabedoria, cultura e conhecimento científico, que, de Pernambuco, têm dado permanentemente uma contribuição extraordinária à construção teórica da Ciência do Direito no Brasil. Refiro-me, de modo particular, ao Professor Lourival Vilanova, que, sem dúvida alguma, está no cume da filosofia jurídica em nosso país, com estudos que revelam o seu conhecimento profundo sobre a norma jurídica, eixo, cerne inalterável para todos aqueles que pretendem ingressar no conhecimento científico do Direito. O Professor Nelson Saldanha, que nos seus estudos de História do Direito Público tem nos permitido, nos autorizado, nos facultado, um grande passeio em profundidade, para que pudéssemos não apenas descobrir, mas redescobrir as nossas origens, enquanto estado que se forma para garantir a liberdade do cidadão e sobretudo para assegurar o exercício de direitos perante uma Justiça que seja altaneira e, portanto, independente. E também Djaci Falcão, Ministro do Supremo Tribunal Federal, que, sob todas as luzes, é um exemplo de magistrado a ser seguido e, por isso, merece mais do que a homenagem, mais do que a reverência, as nossas loas e as nossas graças. Só dá loas e só dá graças, como damos neste momento, aqueles que têm, no cadinho do coração, o espaço permanente da gratidão. E é assim que neste momento o fazemos”.

A seguir, Sua Excelência proferiu a palestra, que vai registrada, no seu inteiro teor, em outra parte desta Revista.

\* \* \*

A palestra seguinte foi proferida pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Pádua Ribeiro, subordinada ao tema “A Reforma do Judiciário e Pletora Recursal”

Começou Sua Excelência por destacar a sua satisfação pessoal em participar do Seminário, chamando atenção para a palavra pletora, intencionalmente

colocada no título da palestra, retirada do vocabulário médico, exatamente pelo que significa – aumento geral do volume sanguíneo, aqui usada em seu sentido figurado, para traduzir a superabundância, o excesso que produz efeito nocivo, aplicada à idéia do excesso recursal e como deve ele ser considerado na Reforma do Poder Judiciário. Tratando do tema, Sua Excelência declarou ser fundamental que se tenha em mente a regra que consta de um painel no salão nobre do Superior Tribunal de Justiça, a célebre frase de Protágoras – “O homem é a medida de todas as coisas”. E acrescentou: “Os poderes do Estado existem para servir o homem, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, porque, numa democracia, numa república democrática, todo poder advém do povo e se exerce em nome desse mesmo povo. Assim sendo, é fundamental que se tenha presente que todos nós, qualquer que seja o nível do cargo que estejamos a exercer, que estamos a trabalhar, em se tratando de cargo público, em favor do povo. Esse é o aspecto fundamental, basilar, e não podemos perder isso jamais de vista, não nos podemos empolgar com doutrinas, com questões paralelas, mas devemos ter essa preocupação constante, de dar a cada um o que é seu, de distribuir Justiça de acordo com as regras jurídicas, sempre evitando a prática de iniquidades”.

Em seguida, Sua Excelência teceu comentários em torno do funcionamento dos três poderes do Estado: “Eles estão interligados por um sistema de vasos intercomunicantes. Nenhum poder pode se elevar em detrimento do outro”. “O que se observa, continua o Ministro, é uma crise do Estado”, sendo a crise do Judiciário um aspecto dessa crise mais ampla.

Prosseguiu detalhando aspectos hoje observados na rotina dos Poderes Executivo e Legislativo, a insegurança jurídica resultante do evidente desajuste institucional, terminando por concluir que o Poder Judiciário não poderia escapar dessa falta de sintonia, que naturalmente nele repercute.

Chamou atenção o Senhor Ministro para o fato de que, na reforma do Poder Judiciário, devem ser levadas em consideração as três dificuldades que são elencadas principalmente por Capelleti, relativamente ao acesso à Justiça. Necessário sejam superados óbices de ordem econômica, óbices de ordem organizacional e óbices de ordem procedimental. Os de ordem econômica relacionados com a Justiça já se encontram enquadrados na Constituição, que optou pela defensoria pública, por sua vez, infelizmente, não convenientemente estruturada, resultando daí evidente dificuldade de acesso à Justiça. Em relação aos de ordem organizacional, é justo que se elogie sobretudo o legislador constituinte, sendo de registrar a fantástica evolução que se observou com as chamadas ações coletivas, ou ações relativas aos interesses coletivos, ou difusos. Quanto aos óbices de ordem procedimental, é indispensável admitir-se que o nosso pro-

cesso hoje não atende aos anseios de uma justiça rápida. É ele elitista, porque, em regra, beneficia aquele que tem o domínio da sociedade.

Noutro ponto, prossegue o Senhor Ministro opinando que, na reforma do Poder Judiciário, as providências mais importantes são aquelas atinentes à alteração da legislação infraconstitucional. Exemplifica com os resultados positivos obtidos a partir da Lei 9.756/98, sem cuja existência é provável que o Superior Tribunal de Justiça já estivesse inviabilizado. “Essa Lei – acrescenta – , entre numerosas providências, permitiu que se pudesse, por decisão monocrática, decidir aquelas questões já pacificadas na jurisprudência do Tribunal”.

Depois de diversas considerações, o Senhor Ministro Pádua Ribeiro afirmou que aquilo que chama de *pletora recursal* decorre da recorribilidade das interlocutórias, procedimento gerador de processos que acabam dificultando o proferimento de uma decisão de mérito. Em seguida, comentou que essa recorribilidade se dá a partir do Código de 73, sendo certo que, no Código de 39 prevalecia a regra contrária e, fazendo citações, comentou longamente os procedimentos à luz dos dois Códigos. Concluiu recomendando que a questão deveria ser repensada e apresentou a alternativa da adoção do agravo por dano irreparável, com multas, “para evitar que as partes abusassem da utilização desse agravo, talvez fosse uma forma razoável, sem prejuízo do agravo retido, e as questões interlocutórias, para evitar preclusão, poderiam ser apreciadas no Tribunal, desde que, na apelação, a parte pedisse que o Tribunal assim procedesse”. Teceu, ainda, Sua Excelência, longas e eruditas considerações a respeito do que seria *dano irreparável*, ou de difícil reparação.

Afinal, Sua Excelência referiu-se ao que chamou de deslegitimação dos Poderes da República: o Executivo, de qualquer nível, pela dificuldade quase intransponível que o Estado cria à efetivação de um programa de governo; do Legislativo, onde deputados e senadores não têm condições de gerar uma legislação que atenda à expectativa de seus eleitores; e, por fim, do Poder Judiciário, que não tem como decidir as lides em tempo razoável, que é o que dele espera a sociedade. Tudo isso estaria a gerar a falta de credibilidade das autoridades, uma *doença* que pode corroer, como corroendo está, o estado democrático de direito. Na reforma do Poder Judiciário, não se poderá deixar de cogitar de todas essas reflexões.

\* \* \*

A primeira palestra do segundo dia do Seminário foi proferida pelo Professor Ives Gandra da Silva Martins, que iniciou a sua explanação sobre a Reforma

Tributária afirmando que o tema exige uma reflexão inicial sobre o sistema conformedo na Constituição de 1988, o qual, quando da promulgação da Carta Magna, se entendeu que era o sistema ideal para o país. Já naquela ocasião – salienta o Professor – , publicou ele um pequeno livro, intitulado O Sistema Tributário na Constituição, em que afirmava que o Sistema como havia sido ali esculpido iria provocar uma reformulação conceitual do Direito Tributário e problemas consideráveis para a administração tributária. Criticava a excessiva retirada de recursos da União. No regime da Constituição anterior, de seus dois principais impostos arrecadatórios, o IPI e o Imposto de Renda, eram repassados para os Estados e Municípios 33%; pela nova Carta, passariam a ser repassados 47%. Isso levaria a União a aumentar o seu esforço arrecadatório, possivelmente na direção de tributos de natureza regulatória ou finalística, para compensar a sua perda de receita.

Esse quadro, continua o Professor, transformou-se em verdadeira realidade. O sistema passou a ser extremamente complexo e a União, que perdera receita nos seus bons tributos, passou a se utilizar de fórmulas conceitualmente antiquadas de tributação. O palestrante prossegue sua análise apresentando copiosa relação de exemplos que confirmavam sua observação, afirmando mais que, cedo, se chegou à evidência de que o Sistema Tributário preconizado pela nova Constituição não estava funcionando a contento, daí, inclusive, o surgimento de projetos e inúmeras propostas de reforma.

Depois de detalhar alguns dos referidos projetos, o palestrante faz uma apreciação sobre as repercussões do Plano Real, comentando que constituiu “uma idealização de choque econômico de rara inteligência. Em 1993, dezembro, o então Ministro da Fazenda, Fernando Henrique, anuncia um plano no qual ele declara que se vai criar um indexador único, uma moeda escritural, ao lado de uma moeda de pagamento – uma moeda de conta, ao lado de uma moeda de pagamento. Três meses depois, cria a URV e dá um prazo para que todos os indexadores desembocassem num único índice e mantém uma moeda de pagamento e uma moeda indexada, fazendo com que a inflação fosse sendo incorporada nessa moeda indexada, ao ponto que, no dia em que os indexadores todos estavam praticamente num único, ao eliminar a moeda indexada, eliminou a inflação”

Continua o professor a examinar o panorama das finanças públicas à luz do Plano Real, acrescentando diversos aspectos técnicos e analisando, depois, o quadro de dificuldades criado pela crise asiática, pela crise russa e, enfim, pela própria crise cambial brasileira, tudo importando em que o Governo terminou



ficando com um restrito campo de manobra econômica, fato que desencadeou uma série de medidas muito duras para o contribuinte e o conhecido quadro de graves dificuldades, dentro do qual novamente se discute a Reforma Tributária.

Passou a fazer uma análise, em três níveis, da Reforma Tributária. O primeiro, a reforma que se pode fazer em nível de legislação ordinária. Neste ponto, o conferencista comentou alguns avanços. O segundo, em nível de legislação complementar. Neste aspecto, o conferencista teceu longos comentários em torno do Código Tributário Nacional e de situações de ordem prática observadas. O terceiro relativamente ao projeto de Reforma Tributária, a respeito do qual o conferencista teceu severas críticas.

Por fim, o Professor comentou um projeto de reforma tributária de autoria do Ministro Pedro Parente, dizendo representar ele a melhor contribuição, a seu ver, para a referida reforma.

\* \* \*

A última conferência do Seminário foi proferida pelo Dr. Everardo Maciel, Secretário da Receita Federal.

Com a palavra, o Secretário, depois de suas considerações iniciais, afirmou que “em matéria de Reforma Tributária formam-se clichês e esses clichês dão direito a teorias absolutamente excêntricas. A primeira é que nós precisamos desonerar a produção brasileira. Produção nenhuma é onerada por tributos. Os tributos são pagos sempre por trabalhadores, investidores ou consumidores e, em nenhuma dessas situações, podemos falar que o produtor está pagando algum tipo de imposto. O contribuinte de fato, nessas circunstâncias, é o consumidor. Ele é tão somente o contribuinte de direito, que faz o recolhimento do imposto, mais nada. Então essa é uma expressão que se pode discutir. Eu quero fazer o momento em que vou tributar será no início do processo produtivo, será no final do processo produtivo, vou fazer por substituição tributária, não vou fazer por substituição tributária, vou fazer a tributação na venda a varejo, não vou fazer a tributação na venda a varejo. Estamos falando no momento da incidência da tributação, mas tributo de consumo é pago de fato pelo consumidor, nem mais, nem menos. Segundo ponto: carga tributária alta no Brasil. Carga tributária nenhuma é ditada pelo sistema tributário. Carga tributária é ditada pelo volume de despesas. Carga tributária será sempre compatível com volume de despesas porque, se não o for, teremos o mais perverso dos impostos assegu-

rando o equilíbrio, que é a inflação. Sempre e invariavelmente. Então, quando dizemos que a carga tributária agregada, carga tributária global, no Brasil, é alta, em relação, por exemplo, aos nossos vizinhos, é alta porque o nosso volume de despesas é alto. É alta porque pagamos juros elevados. É alta porque optamos por um modelo de Estado que vai resultar invariavelmente em despesas altas. Por exemplo, se compararmos com os modelos norte-americano e japonês, têm eles um modelo de Estado diferente, significando dizer que têm uma carga tributária menor; têm uma posição de equilíbrio fiscal historicamente fortalecida. Então, eles não têm nenhum problema de pagamento de juros. Numa circunstância dessa, a carga tributária cai. Se se cogita de redução de carga tributária agregada, teremos um desequilíbrio fiscal e esse desequilíbrio fiscal também será pago e será pago pela via da inflação. Não há alternativa, porque não existe almoço de graça”.

“É claro que não estou a me referir – continuou o Secretário – à carga tributária individual. A carga tributária individual pode parecer desproporcional em relação à carga tributária agregada. Isso resulta de vários motivos. Poderia citar três deles, mais importantes. Pode resultar de sonegação de impostos, e há sistemas tributários que propiciam sonegação de impostos. Pode resultar de elisão fiscal e, no Brasil, existe uma forte presença da elisão fiscal, que tem sido combatida caso a caso. E o terceiro, pela renúncia fiscal. Renúncia fiscal é uma opção de Estado. Quando dizemos – não vamos onerar o contribuinte, as empresas que pagam Imposto de Renda no Norte e Nordeste, quer dizer que as outras terão invariavelmente de pagar mais. Quando dizemos – vamos estabelecer uma Zona Franca de Manaus significa dizer que teremos de redistribuir essa carga tributária no resto do país. Eu não estou querendo dizer com isso – não cabe essa inferência, não vale essa ilação – que estou defendendo a total eliminação de incentivos fiscais neste país. Não é isso. Nós não temos uma tradição de gasto público que nos autorize a assegurar que deveremos ou poderemos corrigir, por exemplo, as chamadas disparidades interregionais de renda, pela via mais conveniente do gasto público. Nós passamos três décadas fazendo orçamento ser termos moeda, fazendo orçamento de ficção. Não existe no país uma verdadeira tradição de política de gasto público e é isso que explica a dificuldade de eliminação, de remoção desses incentivos fiscais, que fazem com que, ao fim e ao cabo, a carga tributária individual possa parecer, como de fato é, desproporcional, em relação à carga tributária agregada”.

“Quando se fala em reforma tributária, confunde-se reforma tributária com *reforma tributária do consumo*, não a reforma do sistema tributário brasileiro.

Vou abordar, portanto, a partir desses aspectos. Primeiro, há três bases clássicas de tributação no mundo inteiro: renda, patrimônio e consumo. Que é que se pôde fazer no Brasil nesses anos? Para fazer a reforma tributária da renda, não havia nenhuma necessidade de alteração constitucional. Podíamos fazer toda modificação, ou quase toda, posso dizer, pela via da legislação infraconstitucional, e foi essa a opção de Governo. Nós passamos a fazer a reforma tributária pela via infraconstitucional. E fizemos uma mudança enorme na tributação da renda no Brasil. Em que consistiu essa mudança? Quais eram os pressupostos dessa mudança? Eu precisava ter um sistema tributário da renda que fosse compatível com o cenário de estabilidade econômica, que se inscrevesse de forma adequada no processo de globalização, que, tanto quanto possível, fosse neutro. E precisava de um sistema tributário que fosse simples, que observasse o princípio da simplicidade. Quando vejo e vi muitas pessoas no país demandarem a implantação do chamado imposto único, eu enxergava, como enxergo, que não estavam apontando uma solução, estavam identificando um problema, estavam denunciando a complexidade do sistema. A solução não era boa, mas o problema existia”.

O Secretário prosseguiu, mencionando aspectos da complexidade da legislação brasileira de imposto de renda e as providências que promoveu no grande processo de mudança instalado, passando a fixar-se nos questionamentos levantados pelo conferencista que o precedeu, Professor Ives Gandra da Silva Martins.

Voltando ao tema da Reforma Tributária, o Secretário relacionou o que está sendo feito. “Em relação ao ICMS e ao ISS, seria pura e simplesmente a introdução de normas de caráter nacional, uma legislação nacional, com alíquotas nacionais, tanto para o ICMS quanto para o ISS. E como é o caso, na presunção de que hierarquia se possa confundir com eficácia, de vedar a guerra fiscal na Constituição, já que pela via infraconstitucional se revelou ineficaz”. E enumerou uma série de providências que já vêm sendo adotadas, em relação a diversos outros setores da atividade econômica.

Concluiu dizendo que “é preciso relativizar a questão de Reforma Tributária, que não pode ser entendida como uma panacéia, que resolve os problemas do Brasil. Ela está sendo feita. É um processo, não terminará nunca. Os alemães passaram 10 anos discutindo reforma tributária e, no ano passado, tiraram uma brilhante conclusão: que vão reduzir a alíquota do Imposto de Renda da pessoa física. Foi a única conclusão, num prazo, entretanto, não instantâneo.

Em 4 anos, a alíquota máxima, que é de 52%, vai ser reduzida para 48%. Esse foi o resultado de 10 anos de discussão da Reforma Tributária alemã”. Depois de algumas considerações, mencionou o problema do comércio eletrônico, afirmando: “O comércio eletrônico vai destruir os nossos conceitos clássicos. O comércio eletrônico vai ferir mortalmente questões como origem e destino. Quando alguém estiver no Recife, fazendo uma compra pela Internet, numa empresa localizada em São Paulo, na prática essa pessoa está se deslocando para São Paulo, virou contribuinte paulista. E o conceito clássico de origem e destino morreu”. “A evolução tecnológica induz idéias mais elaboradas, tributação de fluxo, por exemplo. Essa é a discussão que se está operando no mundo. Ou seja, nós vamos passar, juntamente com a revolução tecnológica, a revolução do conhecimento, a revolução econômica, a revolução da nova economia, vamos ter uma nova tributação, porque os instrumentos clássicos não serão capazes de enfrentar esses assuntos”.

## **A DECISÃO JUDICIAL**

Carlos Alberto Menezes Direito\*

Apresento ao leitor algumas reflexões, sem nenhuma pretensão de esgotar o assunto, já versado por tantos mestres, sobre a decisão judicial. Tive a oportunidade de dele cuidar no ciclo de debates organizado pela Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro.

Todos sabemos que o nosso aprendizado, que não dispensa a leitura constante e atualizada dos doutrinadores, tem suas raízes no dia-a-dia dos julgados, que vivenciamos dirimindo as questões postas ao nosso julgamento pessoal e ao julgamento de nossos colegas. Enfim, a jurisprudência acaba sendo a fonte inesgotável para orientar os nossos caminhos.

É meu desejo registrar algumas idéias para provocar o assunto, que tenho por relevante. Como se forma a decisão judicial? Quais são os elementos essenciais que levam o julgador a decidir a questão de uma determinada maneira? Por que uma mesma regra jurídica recebe tratamento diferenciado dos Juizes e Tribunais?

Essas questões, para todos os Juizes, que sentem a incompatibilidade entre o tempo disponível e o volume de processos que chegam sem parar, são importantes, ainda que não tenhamos tempo suficiente para desafiá-las. Essa angústia com o tempo leva-nos a acreditar que mais importante é saber como deve ser resolvida a questão de direito material ou de direito processual. Como os Tribunais estão decidindo sobre tal assunto e, ainda, como a doutrina os enfrenta.

O que estou propondo é deixar por alguns momentos esse campo de trabalho para cuidar da aplicação do direito ao caso concreto, no exato instante em que buscamos no ordenamento jurídico, ou nos princípios gerais do direito, a regra ou princípio que deve incidir para resolver a causa que estamos julgando.

O que faz o Juiz no sistema jurídico brasileiro? O Juiz é membro de um dos poderes do Estado, ao qual está reservado o dever de prestar a jurisdição, ou seja, de dizer o direito. As partes buscam o Poder Judiciário quando pretendem defender um bem da vida. E os Juizes devem, necessariamente, dizer qual o direito aplicável, decidindo a favor de uma das partes da relação processual. Será esse trabalho apenas uma decorrência do conhecimento científico do Magistra-

---

\* Palestra proferida no Seminário da Reforma do Poder Judiciário e Reforma Tributária. Recife, 12-10-2000.

\*\* O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito é membro do Superior Tribunal de Justiça.

do? Isto é, pelo fato de conhecer o direito, o Magistrado, pura e simplesmente, faz incidir uma determinada regra jurídica, federal, estadual ou municipal, ou certo princípio já consagrado? Ou está ele subordinado às suas circunstâncias pessoais, culturais e sociais? Qual a influência que a cultura do tempo desempenha no exercício da judicatura? Qual o papel que tem a chamada opinião pública na decisão judicial? Em que condições essas circunstâncias limitam a liberdade e a independência dos Juízes? Finalmente, como tal cenário influi na interpretação da regra jurídica e na integração das lacunas? Sem falar em alguns outros fatores extrajurídicos que decorrem dos julgamentos colegiados, mencionados com a sabedoria de sempre por José Carlos Barbosa Moreira (Temas de Direito Processual, 6ª série, Saraiva, 1997, pag. 145 e seguintes).

Ronald Dworkin abre o seu livro “O Império do Direito” mostrando a importância do modo como os Juízes decidem os casos. E, lembrando um famoso Juiz dos Estados Unidos que dizia ter mais medo de um processo judicial que da morte ou dos impostos, escreve: “A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro Juiz, ou mesmo o mesmo Juiz no dia seguinte. As pessoas frequentemente se vêem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do Juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo” (Martins Fontes, 1999, pag. 3).

Peter Häberle, professor titular de Direito Público e de Filosofia do Direito da Universidade de Augsburg, na Alemanha, produziu provocante estudo de hermenêutica constitucional sobre a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Nesse texto, o professor Häberle procura mostrar que o Juiz não é o único intérprete da Constituição, porque os cidadãos e todos aqueles que participam da sociedade, indivíduos e grupos, a opinião pública, são forças vigorosas de interpretação, partindo do pressuposto de que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada. Para Häberle a “vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos Juízes não podem escamotear o fato de que o Juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade. Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os Juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial. A garantia da independência dos Juízes somente é tolerável, porque outras funções estatais e a esfera pública pluralista fornecem material para a lei” (Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e

“*Procedimental*” da Constituição, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1977).

O tema da interpretação e aplicação do direito tem sido desafiado há muito tempo. Já Puchta, antigo discípulo de Savigny, construiu a chamada “jurisprudência dos conceitos”, fortalecendo a abstração e a sistematização, com Ihering afirmando a universalidade da ciência do direito, criticando o formalismo jurídico alemão e formulando a idéia de que o direito está ligado a um fim que se deseja realizado, abrindo campo ao aparecimento da “jurisprudência dos interesses”, representada nos trabalhos de Heck. Para Heck, o Juiz, que tem uma atividade criadora, estando subordinado à lei, deve adequar a decisão judicial à realidade da vida, presentes os interesses de toda ordem no momento da aplicação da lei. Segundo Larenz, a jurisprudência dos interesses reserva ao Juiz uma área de decisão mais ampla, mas distante da escola do direito livre, que nasce com Kantorowics, em 1906. Nesse constante evoluir do pensamento filosófico, não se pode deixar de relevar a eminência de Kelsen, com a retomada do formalismo e a reconstrução da pureza do direito, entrelaçado em um sistema de validade em cascata do direito positivo, dedicando parte de sua Teoria Pura à interpretação, ao elaborar a distinção entre ser e dever ser. É de Kelsen a lição de que a interpretação de uma lei não conduz necessariamente a uma única solução, como sendo a única correta, admitindo a beleza da atividade de interpretação que o Juiz realiza para concretizar o direito. Vale, ainda, mencionar a chamada “jurisprudência dos valores”, que tem em Stammler, Windelband, Radbruch, entre outros, uma expressão maior, nasce para reconhecer um campo até então esquecido, que é a cultura como referência, na grande afirmação do direito justo, sendo a justiça o valor do direito. Em Stammler, o direito justo é consoante com o ideal social. Nesse desenho rudimentar, vale assinalar a contribuição de Theodor Viehweg, para o qual o direito é a técnica de resolução de problemas, em crítica ao pensamento sistemático. Para a tópica de Viehweg, dado um problema, chegar-se-ia a uma solução; em seguida, tal solução seria apoiada em tópicos, em pontos de vista suscetíveis de serem compartilhados pelo adversário na discussão. Desse modo, a ciência do direito deveria ser entendida como um processo especial de discussão de problemas, havendo que tornar tal esquema claro e seguro, graças ao desenvolvimento de uma teoria da praxe. Merecem mencionados, ainda, os esforços de Claus-Wilhelm Canaris para a compreensão da idéia de sistema na ciência do direito, recordando a definição clássica de Kant, de sistema como a “unidade de conhecimentos variados” ou “um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios”, ou, também, a de Savigny, de siste-

ma como “concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de direito numa grande unidade”. A crítica de Canaris a Viehweg é a de que o direito não é tópico, surgindo sistemático, em sentido não axiomático, em uma tradição que remonta ao *Ius Romanum*.

Essas considerações teóricas são relevantes e exigem estudo, tempo de estudo e meditação, tantas são as contribuições que oferecem para o exercício da atividade do Juiz.

No estágio atual da ciência do direito, na perspectiva do direito brasileiro, pelo menos, parece-me relevante anotar, desde logo, que o senso de justiça individual não substitui, ou não deve substituir, o limite posto pelo ordenamento jurídico como um todo. Lembram alguns autores, a experiência do final do século passado e início deste, do Tribunal de primeira instância de Château-Tierry, sob a liderança do Presidente Magnaud, ficando os seus membros conhecidos como “les bons juges”.

Em livro de extraordinária utilidade, que todos deveríamos ter como leitura obrigatória, “A Natureza do Processo e a Evolução do Direito”, Benjamin Nathan Cardozo, Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, diante de questão sobre como deveria decidir um Juiz diante do conflito entre suas convicções e as convicções da comunidade, diante da resposta de um seu colega, que indicava a predominância das convicções pessoais do Juiz, ofereceu grande lição. Disse o notável Juiz que a hipótese formulada “não se verificará, provavelmente, na prática. Raro, na verdade, será o caso em que nada mais exista para inclinar a balança, além das noções contraditórias sobre o procedimento correto. Se, entretanto, o caso suposto aqui estivesse, creio que erraria o Juiz que quisesse impor à comunidade, como norma de vida, suas próprias idiossincrasias de procedimento ou de crença”. Suponhamos, por exemplo, afirma Cardozo, “um Juiz que encarasse a frequência a teatros como pecado. Estaria ele agindo bem se, num campo em que a jurisprudência ainda não estivesse assentada, permitisse que sua convicção governasse sua decisão, apesar de saber que aquela estava em conflito com o *standard* dominante do comportamento correto? Penso que ele estaria no dever de conformar aos *standards* aceitos da comunidade, os *mores* da época. Isso não significa, entretanto, que um juiz não tenha o poder de levantar o nível de comportamento corrente. Em um ou outro campo de atividade, as práticas que estão em oposição aos sentimentos e *standards* de comportamento da época podem crescer e ameaçar entrincheirar-se, se não forem desalojadas. Apesar de sua manutenção temporária, não suportam comparação com as normas aceitas da moral. A indolência ou a passividade tolerou aquilo que o julga-



mento meditado da comunidade condena. Em tais casos, uma das mais altas funções do Juiz é estabelecer a verdadeira relação entre o comportamento e as idéias professadas. Pode até acontecer, - e expressamo-nos aqui um tanto paradoxalmente, que apenas uma medida subjetiva satisfaça padrões objetivos. Algumas relações, na vida, impõem o dever de agir de acordo com a moralidade costumeira, e apenas isso. Nessa hipótese, a moralidade costumeira deverá constituir, para o Juiz, o *standard* a adotar” (A Natureza do Processo e a Evolução do Direito, Coleção AJURIS, Porto Alegre, 1978).

A decisão judicial não decorre da pura aplicação da lei considerando um dado caso concreto. A criação de um computador que, alimentado com a lide proposta e com as leis vigentes, seja capaz de emitir um julgado até pode ser idéia atraente e, mesmo, factível. Os cientistas têm condições de criar um *soft* adequado para tanto. Essa perspectiva não é fora de propósito, se pensarmos que a ciência já anda a passos largos para a invasão do código genético. O que se quer significar com isso é que a decisão judicial é, essencialmente, uma decisão humana. Sendo uma decisão humana ela não está, por inteiro, no domínio da ciência ou da técnica. O homem não existe somente porque tem o suposto domínio da razão. O homem existe porque ele é razão e emoções, sentimentos, crenças. A decisão judicial é, portanto, uma decisão que está subordinada aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa humana investida do poder jurisdicional. E a independência do Juiz está, exatamente, na sua capacidade de julgar com esses elementos que participam da sua natureza racional, livre e social.

O processo de aplicação do direito realizado pelo Juiz começa com a identificação da causa, da situação de fato, das circunstâncias concretas, ou, como diz meu querido colega, Ministro Costa Leite, com o conhecimento da base empírica do processo. Nesse momento, o Juiz começa a abrir a sua inteligência para a noção de justiça. Quem está com a razão ? Quem deve vencer a lide ? Enquanto o Magistrado não conhecer todos os fatos da causa, ele não estará em condições de emitir nenhum julgamento. Sem dominar as circunstâncias concretas dos autos o Juiz não está preparado para buscar a disciplina jurídica própria, seja no rol do direito positivo, seja nas demais fontes possíveis, assim os princípios gerais do direito, os costumes etc. É necessário não esquecer nunca o Juiz que a sua função é a de realizar a justiça, não a de, pura e simplesmente, encontrar uma regra jurídica aplicável ao caso sob julgamento. O direito positivo é, apenas, um meio para que ele preste a jurisdição.

Após esse contato com a realidade dos autos, o Juiz alcança o segundo momento de sua atividade: a determinação das regras ou princípios jurídicos

aplicáveis ao caso. E essa determinação, segundo José de Oliveira Ascensão, em obra preciosa, “O Direito -Introdução e Teoria Geral”, pode ser dividida em três processos fundamentais: 1) interpretação- 2) integração das lacunas- 3) “interpretação enunciativa” (RENOVAR, 1ª ed. brasileira, 1994, pág. 301 e segs.).

É claro que todos conhecem as bases sobre as quais estão assentados esses três processos fundamentais de determinação das regras jurídicas. A interpretação é a atividade que nos permite, partindo da fonte do direito (lei, costume, jurisprudência, equidade), revelar o sentido da regra que ela alberga. É bom deixar claro, muito claro, que não prevalece mais o velho princípio “*in claris non fit interpretatio*”. Até para que se afirme isso é imperativo que seja feita a interpretação. Como ensina Ascensão, a “*interpretação em sentido amplo é a busca, dentro do ordenamento jurídico, da regra aplicável a uma situação concreta*”. A aplicação não se confunde com a interpretação porque é posterior ao conhecimento da regra. E a integração surge quando uma solução jurídica se impõe sem que haja disponibilidade específica de fonte, configurada uma lacuna, procurando o Juiz nas fontes admitidas pelo ordenamento jurídico a maneira de integrá-lo. E, finalmente, a interpretação enunciativa pressupõe a prévia determinação de uma regra, e a partir dela, consegue-se chegar até outras que nela estão implícitas, e que suprem assim a falta de expressa previsão de outras fontes. O que caracteriza a interpretação enunciativa é limitar-se a utilizar processos lógicos para este fim”. Desse processo, resultará “uma nova regra, e não mera especificação da regra anterior”.

É de comum sabença. que são muitas as teorias sobre interpretação. Veja-se, por exemplo, a exaustiva exposição de Dworkin sobre os conceitos de interpretação (“uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado - uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura é como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra” - cit. págs. 55 e segs.). Mas, aqui, o propósito não está nesse plano teórico mais profundo. É suficiente relevar o trabalho de interpretação como um passo no ofício do Juiz. E já vimos antes a variedade da contribuição teórica nesse campo.

Nós todos conhecemos o admirável estudo, infelizmente já hoje pouco lido, mas que deveria ser, igualmente, obrigatório para os Magistrados, de Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*”. O notável advogado e antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal, com extrema simplicidade, mostrou que interpretar “é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou

gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”. E com acuidade afirmou que a “interpretação colima a clareza; porém não existe medida para determinar com precisão matemática o alcance de um texto; não se dispõe, sequer, de expressões absolutamente precisas e lúcidas, nem de definições infalíveis e completas. Embora clara a linguagem, força é contar com o que se oculta por detrás da letra da lei; deve esta ser encarada, como uma obra humana, com todas as suas deficiências e fraquezas, sem embargo de ser alguma coisa mais do que um alinhamento ocasional de palavras e sinais” (Liv. Freitas Bastos, 1965, pág. 21).

O trabalho do Juiz repousa na interpretação. E vale mencionar que ele interpreta a regra jurídica, mas, também, interpreta a realidade fáctica, as práticas sociais.

E é na interpretação que começa a delinear-se o problema da personalidade do Juiz, que Barbosa Moreira indica ser “o complexo de traços que o distinguem de todos os outros seres humanos e assim lhe definem a quente e espessa singularidade”, compreendidas “as características somáticas do magistrado - v.g. sexo, idade, cor da pele, condições de saúde física etc. – até elementos relativos ao seu background familiar, às suas convicções religiosas, filosóficas, políticas, aos conceitos (preconceitos) que tenha acerca dos mais variados assuntos, à sua vida afetiva, e por aí afora” (cit., pág. 145). Esse conjunto de qualidades tem influência decisiva no trabalho de interpretação que o Juiz realiza. É evidente que não se pode imaginar que seja abandonada a importância da formação técnica nem do respeito que o Magistrado tem diante da lei, como ordem da razão.

É de Carlos Maximiliano a lição sobre a natureza da elaboração legislativa. A lei, escreveu o mestre, “não brota do cérebro do seu elaborador, completa, perfeita, como um ato de vontade independente, espontâneo. Em primeiro lugar, a própria vontade humana é condicionada, *determinada*; livre na aparência apenas. O indivíduo inclina-se, num ou noutro sentido, de acordo com o seu temperamento, produto do *meio*, da hereditariedade e da educação. Crê exprimir o que pensa; mas esse próprio pensamento é socializado, é condicionado pelas relações sociais e exprime uma comunidade de propósitos”.

Gostaria de tomar a interpretação, sem maior pretensão, sem veleidade teórica, apenas para efeito da exposição presente, no seu sentido amplíssimo. Quero dizer, interpretar como atividade central do Juiz para revelar a sua convicção sobre a situação de fato e a regra descoberta, até mesmo no sentido de definir o instrumento que vai utilizar quando tiver necessidade de preencher uma lacuna.

O Juiz, quando interpreta, jamais é neutro. Ele está revelando o seu sistema de convicções, que serve de inspiração na interpretação da regra e na sua incidência ao caso concreto. Com muito mais razão, não é neutro quando realiza o trabalho de integração. Dizer que o Juiz é neutro quando presta a jurisdição é uma hipocrisia.

Por isso mesmo, não creio que os racionalistas estejam certos quando admitem que o Juiz é um ser acima das paixões, sendo mero intermediário entre a norma em abstrato e a sentença, a solução concreta do caso. Sobre essa diversidade quanto a ser a interpretação um ato de conhecimento, como querem os racionalistas, ou um ato de vontade, como querem os anti-racionalistas, vale a pena consultar o estudo de meu bom e lúcido amigo e colega, Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Interpretação, AJURIS, nº 45, março de 1989, págs. 7 e segs.).

Diante desse cenário é pertinente perguntar se a interpretação pode modificar o comando da lei ?

Ocorre que mesmo o trabalho de interpretação, com a maior amplitude que possa ter, não tem condições, em regra, de modificar a lei. E por que não tem? Porque a existência da lei impede que o Juiz julgue como se fosse livre o direito. Mas, a prática tem demonstrado que em muitas circunstâncias a interpretação, adaptando a lei à realidade, conduz a um julgamento além da lei. Em algumas ocasiões, ocorre uma necessidade de compatibilizar a realidade com a lei, particularmente, se a lei está envelhecida no tempo. Em um certo sentido, o Juiz pode criar com a sentença um novo direito, valendo lembrar, ainda uma vez, Dworkin, destacando o sentido trivial desse conceito, em que o Juiz anuncia uma regra, um princípio, uma ressalva a uma disposição, nunca antes declarados. E quando assim faz, completa Dworkin, alega que uma nova formulação “se faz necessária em função da correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direito, ainda que isso não tenha sido previamente reconhecido, ou tenha sido, inclusive, negado” (cit.,pág. 9).

Cada dia mais, esse papel construtivo do Juiz está ganhando vigor. E, igualmente, forte está a identificação do limite da lei pelo princípio da razoabilidade.

Luiz Recaséns Siches ensinava que o Juiz deve submeter-se à lógica do razoável, explicando assim as etapas percorridas pelo julgador, como destacou bem o citado estudo do Ministro Ruy: “filtra os fatos, avalia a prova, confronta com a lei, faz *aportes de circunstâncias* extralegais, pondera as conseqüências de sua decisão e, depois de passar e repassar por esse complexo de fatores,

chega finalmente à sua conclusão por intuição intelectual, momento em que a questão se esclarece e é fixada uma posição. O Juiz não só aplica a lei, pois nenhuma é completa, só a sentença o é. Julgando, o Juiz tem função criadora, vez que reconstrói o fato, pondera as circunstâncias às quais atribui relevo, escolhe a norma a aplicar e lhe estabelece a extensão. Nesse trabalho, necessariamente faz valorações, que não são as suas pessoais, mas as do ordenamento jurídico. Sendo um criador, o Juiz, no entanto, está submetido à ordem jurídica, recomendando-se-lhe a renúncia no caso de desconformidade irreconciliável entre a sua consciência e a lei”. A lógica do razoável “está condicionada pela realidade concreta do mundo em que opera: está impregnada de valorações, isto é, de critérios estimativos ou axiológicos, o que a distingue decisivamente da lógica do racional; tais valorações são concretas, isto é, estão referidas a uma determinada situação humana real; as valorações constituem a base para estabelecimento dos fins; a formulação dos fins não se fundamenta exclusivamente sobre valorações, mas está condicionada pelas possibilidades da realidade humana concreta; a lógica do razoável está regida por razões de congruência ou adequação: entre os valores e os fins; entre os fins e a realidade concreta; entre os fins e os meios; entre fins e meios e a correção ética dos meios; entre fins e meios e a eficácia dos meios; por último, a lógica do razoável está orientada pelos ensinamentos da experiência da vida humana e da experiência histórica”.

O grande filósofo do direito mostrou com toda claridade que o processo de interpretação de uma norma geral diante de casos singulares, a individualização das conseqüências dessas normas para tais casos e as variações que a interpretação e a individualização devem ir experimentando, “todo eso, debe caer bajo el dominio del *logos de lo humano*, de logos de la acción humana. No es algo fortuito, ni tampoco algo que pueda ser decidido arbitrariamente. Es algo que debe ser resuelto *razonablemente*” (Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, pag. 140).

Em monografia que merece lida, Margarida Lacombe Camargo destaca o ponto relevante da obra de Recaséns Siches, ao acentuar que independente da vontade da lei ou da vontade do legislador, “o processo de individualização das leis nas decisões judiciais refere-se, mais especificamente, à sua concretude e à sua temporalidade”. Para Margarida Lacombe Camargo, que equipara a nova filosofia de Recaséns Siches a autores como Viehweg e Perelman, com a influência do pragmatismo norte-americano, “os juízes, ao privilegiarem os efeitos concretos do direito na sociedade, muitas vezes se vêem diante da necessidade de dissimular a lei para fazer justiça, ou pelo menos evitar a injustiça. Mas, para

escapar de qualquer tipo de crítica ou acusação, em virtude de terem agido arbitrária ou negligentemente, ameaçando a ordem e a estabilidade social, precisam elaborar uma justificativa que apresente uma aparência lógica e que seja, portanto, convincente. O que Recaséns Siches almeja é que os juízes possam agir sem culpa; fazer justiça sem culpa, “sob a luz do meio-dia” (Hermenêutica e Argumentação, RENOVAR, 1999, págs. 157 e segs.).

Paulo Roberto Soares Mendonça, por seu turno, mostra que Recaséns Siches “inverte o eixo da operação interpretativa, a qual passa a estar centrada no caso e não na norma e, com isso, faz com que a norma aplicável seja aquela realmente adequada ao fato existente e não apenas uma mera adaptação de uma lei genérica. A decisão passa então a apresentar um caráter construtivo, unia vez que atualiza o sentido da norma a cada causa julgada”, com o que a “literalidade do texto legal torna desnecessário um esforço hermenêutico, no sentido de obter uma explicação “racional”, para uma decisão que se considera de antemão como “justa”. A decisão originada pela aplicação da “lógica do razoável” pode ser melhor classificada como “correta”, porque fundada em valores socialmente relevantes” (A Argumentação nas decisões judiciais”, RENOVAR, 1997, págs. 56/57).

Quando o Juiz cumpre todas as etapas do processo de julgar, ele, afinal, conclui com uma realidade concreta que é a sentença. O que era uma norma geral, uma proposição jurídica, torna-se realidade concreta, resolvendo o conflito posto em julgamento, dando eficácia ao que estabeleceu o legislador. Nesse momento, a norma geral tem o alcance que lhe deu a interpretação do Juiz daquele caso, e que, portanto, pode ser diverso da interpretação dada por outros Juízes. A sentença é que revela a presença do Estado para encerrar a lide, pôr fim à disputa entre os cidadãos ou entre os cidadãos e o Estado. Essa força da sentença - daí a necessária preservação da liberdade de convencimento do Juiz - é que pode apresentar, em certas circunstâncias, efetivamente, uma configuração legislativa, exatamente em função do trabalho de interpretação do Juiz. O fato é que o Magistrado quando prolata a sua sentença está impondo coativamente uma solução para a lide. É o Estado que está dizendo o direito pela sentença do Juiz.

Se esse quadro existe na interpretação infraconstitucional, no plano da interpretação constitucional está presente com mais vigor. Gomes Canotilho, cuidando dos limites da interpretação da Constituição, mostra que o problema é saber “se, através da interpretação da constituição, podemos chegar aos casos-limite de mutações constitucionais ou, pelo menos, a mutação constitucional não

deve transformar-se em princípio “normal” da interpretação (K. Stern). Já atrás ficou dito que a rigorosa compreensão da estrutura normativo-constitucional nos leva à exclusão de mutações constitucionais operadas por via interpretativa. De todos os modos, adverte o mestre que a “necessidade de uma permanente adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas, provocada pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição. O reconhecimento destas **mutações constitucionais silenciosas** (‘Stillen Verfassungswandlungen’) é ainda um ato legítimo de interpretação constitucional” (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina, Coimbra, 3ª ed., 1999, págs.1153/1154).

O Juiz tem, nos dias de hoje, um amplo campo do agir interpretativo. De modo geral, as teorias de interpretação procuram justificar esse papel construtivo do Juiz, como fundamento para a realização da justiça, para a distribuição pelo Estado da prestação jurisdicional ancorada na idéia da justiça para todos. A lei, por isso, passa a ser apenas uma referência, dela devendo o Juiz extrair a interpretação que melhor se ajuste ao caso concreto, com a preocupação única de distribuir a justiça, ainda que, para tanto, tenha de construir sobre a lei, mesmo que a proposição esteja com clareza suficiente para o caso sob julgamento.

O Magistrado deve considerar com muita cautela a sua capacidade de provocar uma interpretação construtiva que altere o comando legal, ainda que, em muitas situações, isso seja impossível de evitar. Veja-se o julgado do Superior Tribunal de Justiça, com a relatoria de meu querido amigo e exemplar Magistrado, o Ministro Eduardo Ribeiro, examinando ação declaratória de paternidade por meio da qual o autor, com base em exame pelo método do DNA, contesta a legitimidade da falha de sua ex-mulher, nascida na constância do casamento, com requerimento de anulação do registro de nascimento e a revogação da obrigação de prestar alimentos. A sentença extinguiu o processo sem o julgamento de mérito, com base nos artigos 337 e 343 do Código Civil, tendo o pedido por juridicamente impossível, uma vez que não embasado nas exceções do art. 340, I ou II, do Código Civil. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento ao recurso de apelação, destacando na ementa que as “regras do Código Civil precisam ser adaptadas ao novo sistema jurídico brasileiro de direito de família, implantado pela Constituição Federal de 1988 e diplomas legais posteriores. Isso implica revogação de vários dispositivos daquele Código, como, por exemplo, os artigos 340, 344 e 364, em matéria de filiação. Tornou-se ampla e

irrestrita a possibilidade investigatória da verdadeira paternidade biológica, que prevalece sobre a verdade jurídica (três estágios na filiação: verdade jurídica-verdade biológica - verdade sócio-afetiva). Destarte, não há que opor obstáculos legais superados à demanda negatória de paternidade proposta pelo pai contra o filho matrimonial. Da mesma forma, não podem persistir os prazos exíguos de decadência contemplados no art. 178, §§ 3º e 4º, inc. 1, do Código Civil”. O voto condutor no Superior Tribunal de Justiça assinalou a relevância da questão relativa ao art. 340 do Código Civil. Para o Ministro Eduardo o “sistema instituído pelo Código Civil, fiel às concepções e à organização social da época em que editado, visava a resguardar rigidamente a chamada família legítima. Várias disposições criavam empecilhos a que se pudesse atribuir, a pessoas casadas, filhos havidos fora do matrimônio. Entre elas avultava o disposto no artigo 358, a vedar o reconhecimento de filhos adulterinos e incestuosos, regra não mais subsistente. Igualmente o art. 364, que impedia a investigação de maternidade quando pudesse resultar atribuir-se prole ilegítima a mulher casada. Em relação especificamente à apontada presunção de paternidade, previu-se, não apenas que privativo do marido o direito de contestá-la, como se procurou restringir as hipóteses em que isso poderia ocorrer. À sociedade de então importava evitar o reconhecimento de que muitas pessoas deviam sua existência a relações tidas como ilícitas. Como não era possível impedir o fato, afastavam-se as consequências jurídicas”. Mostrou o voto do relator que as “leis estabelecem padrões de comportamento tendo em vista os valores da época em que editadas. Submetidos esses a profunda revisão, as normas jurídicas hão de ser entendidas em consonância com as novas realidades sociais. E creio poder-se afirmar que os costumes sexuais e as relações de família constituem um dos territórios em que maiores as modificações que a sociedade conheceu nesses oitenta anos de vigência do Código Civil”. Finalmente, advertiu que seria “chocante absurdo que, nos tempos atuais, quando a ciência propicia métodos ensejadores de notável segurança na pesquisa da paternidade, ainda estivesse adstrito o julgador a restringir-se a negá-la tão só quando realizadas as hipóteses do artigo 340”. E, como corolário, o voto concluiu por admitir que “o prazo de decadência haverá de ter como termo inicial a data em que tenha ele elementos seguros para supor não ser o pai de filho de sua esposa” (Resp nº 194.866-RS). Na oportunidade, divergindo da argumentação da maioria, anotei ser “sempre fascinante acompanhar a vitalidade da interpretação construtiva dos Tribunais. A hermenêutica ganha hoje sempre mais vigor diante da rapidez com que a realidade social se transforma”, mas, afirmei que “O trabalho de interpretação, por maior amplitude que possa ter, não



tem, na minha avaliação, condições de ultrapassar a lei. A lei impede que o Juiz julgue como se fosse livre o direito ou como se estivéssemos sob o regime da **equity**. E claro que poderá haver em muitas ocasiões necessidade de compatibilizar a realidade com a lei, particularmente quando a lei está envelhecida no tempo. E, nesse momento, o limite da lei deve ser aferido com a presença do princípio da razoabilidade”. E, ainda, considerei que, no caso, não era possível “interpretar além do limite da lei, que é expressa e tem motivação certa”. Nesse caso, a Corte fez uma interpretação construtiva, socorrendo-se da força da realidade, da modificação da sociedade, do avanço da ciência repercutindo na organização jurídica da sociedade.

Lembro-me, quando Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de ter enfrentado questão acerca da verificação do **quorum** de instalação de assembléia geral de determinado clube carioca. Apliquei, então, a doutrina da força normativa dos fatos, de Georg Jellinek. Tratei, naquela ocasião, da força do costume como fonte do direito. François Geny, no seu clássico “Méthode d’Interpretation”, define o costume como um uso existente em um grupo social, que expressa um sentimento jurídico dos indivíduos que compõem tal grupo. E Eugen Erlich ensina que o costume é a norma do futuro, como destaca em sua obra “Fundamental Principles of the Sociology of Law” - é importante como elemento para a melhor interpretação do direito. É nesse sentido que se encaixa a doutrina da força normativa dos fatos: quando um determinado hábito social se prolonga, acaba por produzir, na consciência dos indivíduos que o praticam, a crença de que é obrigatório, em resumo da exposição contida na sua conhecida obra “Teoria Geral do Estado”.

Em outro caso, também do Superior Tribunal de Justiça, de que foi relator o mesmo Ministro Eduardo Ribeiro, discutia-se a interpretação do Código Comercial no que se refere à prova dos contratos de fretamento. Considerou a Corte que a *carta partida*, referida no art. 566, é contemporânea da época quando não existiam o fax, o telex, o telefone. Mostrou o relator que o “costume fez, então, que se assentassem os termos do contrato em documento que era rasgado ao meio, sendo metade entregue a cada parte. Mesmo naquela época, era possível efetuar-se o registro do acordo junto ao escrivão. Verdade, todavia, que os entendimentos eram mantidos pessoalmente ou via carta”. A Corte levou na devida conta que os tempos são outros e as regras do velho Código devem ser analisadas “de acordo com a nova realidade, a qual implica reconhecer a velocidade com que a comunicação se realiza. Inúmeros negócios são fechados por telefone e fax, iniciando-se a execução antes mesmo da formalização de um do-

cumento”. Mas, a Corte considerou, também, que “o contrato de fretamento é espécie de contrato de transporte e este prova-se por todos os meios permitidos em direito. Repita-se, mais uma vez, que a exegese dos dispositivos do Código Comercial não pode ser feita como se ainda estivéssemos em 1850” (Resp nº 127.961-RJ). Seria bem o caso de lembrar a célebre frase de Gaston Morin: a revolta dos fatos contra o Código.

Isso revela muito claramente que o Juiz, diante do caso concreto, tem uma capacidade de interpretação que vai depender, basicamente, do seu conhecimento adequado da teoria do direito e, no mesmo patamar de importância, da sua capacidade de perceber a realidade e contaminar-se, apenas, do sentimento de justiça.

Pode ocorrer, ainda, que o trabalho de interpretação resulte negativo. Veja-se, por exemplo, a denominada interpretação corretiva, já conhecida desde Aristóteles, como manifestação da equidade, a que se refere Ascensão, em que o resultado da interpretação pode acarretar um sentido nocivo para a lei. Para o doutrinador português, é preciso cautela para que não se afaste a lei; mas é preciso saber que o Juiz pode e deve utilizá-la “quando da aplicação da lei a certas hipóteses, compreendidas no seu âmbito mas que não pertencem ao núcleo de casos que justificaram a norma, produz resultados infensos ao bem comum (cit., pág. 340).

Esse sentimento de justiça, que faz com que o Juiz vença as limitações da lei, subordina a lide, no fundo, ao sistema de convicções do Juiz, ao seu sentido de justiça. E carrega para a decisão a força do seu temperamento, da sua formação, das influências que recebe da sociedade, da cultura do seu tempo. A justiça é a justiça na perspectiva daquele que está julgando, aplicável ao caso sob julgamento, à medida que é, pelo menos, muito difícil avançar um conceito de justiça comum a todos os Juízes e para a generalidade dos casos.

Bem a propósito, Inocêncio Mártires Coelho, em seu recente livro “Interpretação Constitucional”, assinalou que “é precisamente no ato e no momento da interpretação e aplicação que o juiz desempenha o papel de agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto”. De fato, diz o antigo Procurador-Geral da República, o Juiz “cria a *norma de decisão concreta* ou a *norma do caso*, para realizar a justiça em sentido material, porque estará decidindo em vista das particularidades da situação posta a seu julgamento”.

Foi com esse cenário presente, por exemplo, que os Tribunais brasileiros construíram a denominada doutrina da sociedade de fato, para dar consequênci-

as jurídicas a uma realidade que o direito positivo, por mero preconceito, procurava esconder. E, com a Constituição de 1988, que ampliou a proteção com a regra sobre a união estável (art. 226, § 3º), foi possível garantir o reconhecimento da existência de uma família mesmo sem o papel timbrado do casamento formal. A legislação especial veio, tão-somente, consolidar a farta jurisprudência existente na matéria.

E esse trabalho de construção ganha maior fôlego diante da necessária integração das lacunas. A lacuna ocorre, simplificadamente, quando existe falha na previsão de um caso que deveria estar regulado ou quando há previsão, mas os efeitos correspondentes não estão previstos. E, mais ainda, com a chamada interpretação ab-rogante, mediante a qual o intérprete constata que a regra está morta. E tudo se faz sempre a partir do princípio clássico do aproveitamento das leis, ou seja, deve ser dado um sentido útil ao texto legal.

Mais uma vez, é bom assinalar que em Direito Constitucional, particularmente, com a jurisprudência da Corte constitucional alemã, o trabalho de interpretação é sempre para reduzir os casos de inconstitucionalidade, até mesmo com a instigante interpretação conforme a constituição. Nesse caso, o objetivo é assegurar a constitucionalidade da interpretação. A Corte confere preferência àquela que está de acordo com a constituição, sempre utilizada quando a lei permite um espaço de interpretação, na lição de Canotilho. E nunca é demais invocar a lição de Konrad Hesse, Professor da Universidade de Freiburg e ex-Presidente da Corte Constitucional Alemã: “ ... a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.

O Juiz é um agente do Estado, é sempre bom repetir, que concretiza o trabalho do legislador. A lei só está concretizada quando interpretada e aplicada ao caso concreto. E esse trabalho não é de todo simples, como pode parecer. Aí o grave risco de transformar-se a atividade judicante em uma rotina de produzir

sentenças. É claro que em um país como o nosso, com uma enorme carga de processos, com poucos juízes e muitos processos, a tentação é grande em deixar-se levar pelo desânimo. O Juiz deve considerar o ato de julgar como um trabalho que exige não apenas o seu conhecimento, mas, também, disciplina. A disciplina é para subordinar-se ao comando da lei, sem perder a capacidade de construir para fazer justiça ao caso que está sob a sua responsabilidade; disciplina para não transformar o seu julgamento no desaguadouro das suas insatisfações e crenças pessoais; disciplina para meditar sobre o processo. Na velha lição de Henry Cambell Black, “se a linguagem da lei é ambígua, ou se enseja duas construções, o Tribunal pode e deve considerar os efeitos e as conseqüências de uma e de outra, para adotar a que torne a lei efetiva e produza os melhores resultados” (Interpretation of Laws, West Publishing CO, 2ª ed., 1911, pág. 100).

O Juiz trabalha com as fontes, ainda que, freqüentemente, procure apenas uma delas, que é a lei. E nesse trabalho ele dedica-se a interpretar e aplicar diante do caso concreto. Em razão do volume de demandas, ele, com indesejável freqüência, não encontra tempo para refletir sobre a realidade que está em julgamento. E, se tem consciência social, sente-se atraído pela escola crítica e a possibilidade de ampliar os horizontes da interpretação e aplicação, buscando a solução mais fácil do direito além da lei, do direito amparado no seu próprio senso de justiça, nas suas crenças pessoais. Esse é o risco que o Juiz não deve correr, porque ele ameaçará com tal comportamento todo o sistema democrático, que tem no Poder Judiciário o instrumento para assegurar o primado da lei e do direito. Se o Juiz abandona esse cenário, pondo-se a emitir juízos desvinculados da ordem jurídica que lhe incumbe preservar, a sociedade não terá mais nem justiça nem liberdade, porque justiça e liberdade estarão limitadas ao juízo de valor de um Juiz ou Tribunal. Veja-se, mais uma vez, a lição de Cardozo, como disse no início, leitura obrigatória de todos os Juízes na verdadeira acepção da palavra: “Se perguntardes como saberá o juiz que um interesse sobrepuja outro, poderei responder-vos, apenas, que o seu conhecimento deverá provir das mesmas fontes que inspiram o legislador, a experiência, o estudo, a reflexão; em resumo, da própria vida. Aqui, na verdade, encontra-se o ponto de contato entre o trabalho do legislador e o do juiz. A escolha de métodos, a estimativa de valores, tudo deve ser guiado, no fim, por considerações semelhantes, seja no caso de um, seja no caso de outro. Cada um deles, realmente, está legislando dentro dos limites de sua competência. Não há dúvida, de que os limites para o juiz são mais estreitos. Ele legisla apenas para suprir lacunas e encher os espaços vazios no direito positivo. Até onde pode ir sem ultrapassar os limites dos interstícios,

eis o que não pode ser rigorosamente delimitado em um mapa para seu uso. Deve aprendê-lo por si próprio, à medida que adquire o senso de conveniência e de proporção, proveniente dos anos de hábito na prática de uma arte. Mesmo no que se refere às lacunas, há restrições, não facilmente definidas, mas sentidas por todos os juízes e juristas; apesar de serem extremamente sutis, atalham e circunscrevem sua ação. São estabelecidas pelas tradições dos séculos, pelo exemplo de outros juízes, seus predecessores e colegas, pelo julgamento coletivo da classe e pelo dever de aderir ao espírito difundido do direito”.

O que importa é que o Juiz saiba que a sua decisão põe termo a uma lide, gerando conseqüências. E aqui está um último elemento relevante. Não pode o Juiz decidir sem levar em conta as conseqüências da sua decisão. Por exemplo, é necessário ter cautela com condenações absolutamente inexeqüíveis. Quando um Juiz vai fixar o valor de um dano moral, que a jurisprudência considera subordinado ao seu prudente arbítrio, ele deve ter presente exatamente essa prudência. Não é admissível a fixação de valores, completamente fora da realidade brasileira, valores exorbitantes, sem nenhum padrão, foral do alcance das partes. Foi nessa direção que o Superior Tribunal de Justiça, com a relatoria de meu caro amigo e cuidadoso Juiz, Ministro Nilson Naves, assumiu a responsabilidade de mexer na jurisprudência assentada, com base na Sumula nº 07, para corrigir o excesso que desmoraliza a atividade judicante. Na ocasião, todos concordaram que, embora o constituinte dos oitenta não tenha criado o Superior Tribunal de Justiça com esse objetivo, impunha-se rever a jurisprudência, em caráter excepcional, para evitar a decisão judicial absurda. No seu voto, o Ministro Naves ressaltou que “seja lá qual for o critério originariamente eleito, o certo, é que, a meu ver, o valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça. Urge que esta Casa, à qual foram constitucionalmente cometidas tão relevantes missões, forneça disciplina e exerça controle, de modo que o lesado, sem dúvida alguma, tenha reparação, mas de modo também que o patrimônio do ofensor não seja duramente atingido. O certo é que o enriquecimento não pode ser sem justa causa” (Resp nº 53.321 -RJ).

Em qualquer circunstância, deve o Juiz redobrar as suas cautelas, não aceitando valores que não estejam de acordo com a realidade, pouco importa que tenha o amparo do Contador ou de laudos técnicos. O que o Juiz tem de aferir é se o resultado é compatível com a situação concreta, sem exageros, sem abusos.

O Juiz não pode decidir sem considerar todo o conjunto dos autos. Não é suficiente uma prova. Nem mesmo a técnica. É do Juiz a responsabilidade de conhecer toda a realidade subjacente. Só assim ele cumpre a sua função de dizer o direito.

Lembro-me de uma ação de anulação de testamento de que fui relator ainda na Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que a sentença anulou o testamento baseado em um laudo psiquiátrico que apontou a testadora como padecendo de esquizofrenia esquisoafetiva, em fase crônica, que a incapacitava para os atos da vida civil. Decidi em sentido contrário ao laudo, trazendo a literatura sobre a esquizofrenia, para concluir que o que deve ser considerado é a compatibilização entre o ato e a realidade. Assim, diante de um laudo “que oferece poucos elementos de análise, mas, apenas, conclusões peremptórias indiretas, diante de uma prova testemunhal robusta, contendo afirmação do Tabelião que colheu o testamento, e o depoimento de pessoas modestas que conviveram com a testadora, diante dos termos da procuração passada a uma das autoras, tempos após o testamento que se pretende anular, finalmente, diante da logicidade do testamento que beneficiou uma criança cuidada pela testadora, que não possuía herdeiros necessários, desde o nascimento, a revelar carinho e afeição normais para uma mulher solteira, sem filho, com irmãs que a internavam a toda hora”, o recurso foi provido e afastada a anulação do testamento.

Mas, é indispensável assinalar que o fundamento do julgado é que dá força ao dispositivo. Juiz que julga sem convencer, sem expor as razões de seu convencimento, ademais de violar o direito positivo, malfere a essência da função judicante.

O Juiz, na sua independência, não pode decidir agredindo a realidade. Nem pode demonstrar com atos judiciais extremos o seu poder constitucional. A força da decisão judicial é a sua compatibilidade com as condições concretas da sociedade, é a sua adequação ao critério do que é razoável, presente a lei, com o que o julgado e a sua consequência têm equilíbrio.

O que é, portanto, necessário é que o Juiz transforme a prestação jurisdicional em ponto de referência da sociedade. Não quer isso dizer que serão eliminados os descontentes; quer dizer, isso sim, que a decisão coube no critério de justiça do tempo vivido, na compreensão do homem médio. Mas, jamais deixar-se dominar pelo “tribunal da opinião pública”.

O que eu gostaria muito de transmitir, já no planalto da minha biografia, mas sempre com muito amor pela Justiça, é que o Juiz não precisa demonstrar a sua força. Ao contrário, ele precisa demonstrar a sua competência, a sua capacidade, inspirando o respeito da sociedade. E, mais do que nunca, isso é necessário. Quando tudo se encaminha para limitar os Juízes, para cercear os seus pode-

res de julgar, principalmente no âmbito das cautelas, é preciso encontrar o caminho para reconquistar o espaço com o exercício firme da judicatura, sem concessões, mas, também, sem excessos.

Se muitos esquecem o que representou e representa o Poder Judiciário brasileiro em momentos decisivos da vida brasileira, é bom tirar da gaveta os exemplos de dignidade, de coragem, de honradez de milhares de Juízes em todas as instâncias. Não é hora de falar das exceções. É hora de falar da regra. E a regra é essa vida vivida com o sofrimento de decidir diariamente, sem muitos confortos, exposta a toda sorte de diatribes, tendo como tribuna os autos, limitada pela razão simples de não servir para outro propósito que o de fazer justiça, mas poderosa pela razão de ser o estuário de angústias, desesperanças, sofrimentos, tristezas. Fortes são os Juízes, sobretudo, porque têm sede de Justiça. Como disse André Compté-Sponville: felizes os que têm sede de justiça porque jamais serão saciados.





## **MERCOSUL**

### **TRIBUNAL SUPRANACIONAL E INTEGRAÇÃO COMUNITÁRIA**

**Juiz Castro Meira (\*)**

#### **1. INTRODUÇÃO**

Embora todos conheçam os percalços vivenciados pelo processo de integração latino-americano, não há dúvidas de que o Mercosul representou um passo da maior importância. O jurista de nossos dias não pode alhear-se a um fenômeno de tão grande importância. Cabe-lhe um papel essencial na construção de novas estruturas, elaborando novas formas de solução de conflitos, criando novos institutos jurídicos. O grande desafio não é mais a assimilação das velhas instituições, mas a criação de novas formas de pensar e de institutos jurídicos, conceitos e princípios que atendam aos reclamos dos novos tempos.

A caminhada em busca da integração exige a revisão de alguns conceitos. Entretanto, faz-se mister conciliar tais mudanças com a preservação de valores básicos, como os da cidadania e a dignidade da pessoa humana, fundamentos indispensáveis à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a redução das desigualdades sociais e regionais, como preconiza o Título I da Constituição Federal.

Dentro dessa moldura, serão feitas algumas reflexões sobre nosso processo de integração e sobre a possibilidade de instituição de um tribunal supranacional, como a Corte de Luxemburgo, na União Européia.

#### **2. DE BOLÍVAR AO MERCOSUL**

A história da integração latino-americana remonta ao projeto unificador de Simón Bolívar, em 1826, através do I Congresso Pan-americano, convocado para o Panamá, que tinha em vista a reunião das novas repúblicas de língua

---

\* Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Diretor da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região.

espanhola numa mesma comunidade. O sonho não pôde realizar-se. As novas nações desenvolveram-se de costas umas para outras, ignorando-se mutuamente, quando não se hostilizaram francamente. Não cabe aqui aprofundar uma análise acerca dos motivos que levaram a essa situação. Todavia, não há dúvida de que um dos fatores certamente é a situação de subdesenvolvimento, ou de países em desenvolvimento, dos países Latino-Americanos, em que os países mais ricos levam nossas elites à crença de que dentro da história da humanidade está-nos reservado um papel subalterno.

Parece essencial à compreensão do fenômeno do Mercosul e das dificuldades de integração as carências emanadas do subdesenvolvimento e a visualização desse fenômeno, não como uma mera etapa do desenvolvimento pelo qual passariam todos os países, como defendia Rostow, mas como um processo específico, como um fenômeno autônomo, resultante do impacto histórico do capitalismo industrial sobre estruturas arcaicas, com tendência à perpetuação, segundo a análise de Celso Furtado, especialmente em duas de suas obras, “Desenvolvimento e Subdesenvolvimento” e “Formação Econômica do Brasil”.

O subdesenvolvimento, visto como um fenômeno sócio-econômico global, gera inúmeras dificuldades para o Brasil e seus parceiros, sempre às voltas com urgências vitais que tornam difícil a marcha harmônica na busca de uma integração com os demais países, não obstante o anseio de nosso país, preconizado no parágrafo único do art. 4º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Dentre nossos problemas destaca-se, sem dúvida, a questão da dívida externa, a exigir parcelas significativas da poupança nacional para o pagamento dos juros. O empobrecimento das economias desses países tem levado a uma constante desnacionalização das suas economias. O empresário nacional, desestimulado pelos juros astronômicos, é levado a uma política de crescente contração, tornando nossa estrutura empresarial cada vez menos importante no panorama mundial. Em outros setores a única saída à associação aos grandes grupos é a venda de ativos para investidores estrangeiros, a exemplo do que vem acontecendo em Pernambuco, em relação a capitais holandeses. Esse novo perfil da economia acarreta conseqüências mais dramáticas para os que dependem do emprego, tendo em vista que a concentração empresarial leva necessariamente à redução da mão-de-obra, ou a sua terceirização, com salários mais baixos.

É dentro desse quadro crítico que devemos estudar a integração latino-americana, em especial o setor relacionado aos países do Mercosul, aí incluída

certa fragilidade nas tentativas de integração, em que muitas vezes encontramos mais retórica e discursos mirabolantes do que o encaminhamento de medidas concretas com vista ao estabelecimento de uma verdadeira comunidade internacional.

A primeira tentativa de integração somente veio a acontecer em 18 de fevereiro de 1960, com a ALALC, que se propunha a constituir uma zona de livre comércio, ou seja, com a livre circulação das mercadorias de todos, sem o pagamento de impostos de importação ou exportação e sem barreiras não-tarifárias. Foi ela fruto dos variados estudos de economistas da Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), que também inspiraram o Mercado Comum Centro-Americano, em 13.12.60, o Pacto Andino, em 26.05.69 e a Comunidade do Caribe (CARICOM), em 14.07.73. A ALALC era constituída de dois órgãos: a conferência das partes contratantes e um comitê permanente, de natureza executiva. As controvérsias sem solução culminaram por gerar desinteresse entre os participantes.

Em 12 de agosto de 1980, os Estados-Membros da ALALC resolveram negociar um novo Tratado de Montevidéu, assinado pela Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai, e Venezuela constituíram a ALADI, com o propósito de dar prosseguimento aos objetivos da ALALC, no processo de integração. Tinha a nova organização um objetivo mais modesto, de estabelecer uma zona de preferências, como forma de chegar-se ao livre comércio entre os participantes. Além dos órgãos de sua antecessora, a nova organização instituiu uma Conferência de Avaliação e de Convergência, com a finalidade de acompanhar e avaliar a marcha do processo de integração.

Insatisfeitos com a lentidão do processo, Colômbia, Venezuela, Peru e Equador reuniram-se em Cartagena, na Colômbia, e criaram um novo organismo de integração: o Pacto Andino, inspirado no modelo da União Européia, instituindo, dez anos mais tarde, o seu Tribunal de Justiça.

Em meu modo de ver, o Pacto Andino funcionou como efeito-demonstração para o futuro Mercosul. Em novembro de 1985, foi assinada a Ata de Iguazu, pelos Presidentes Sarney, do Brasil, e Alfonsín, da Argentina, fato inédito na relação dos dois países que, superando as históricas divergências, assumiram o compromisso de “crescer juntos”, com vistas a um mercado comum, inspirado na experiência européia. Em 29 de novembro de 1988, é assinado o Tratado de Cooperação e Desenvolvimento entre os dois países, estabelecendo “o prazo de dez anos para a remoção dos obstáculos tarifários e não-tarifários de bens e serviços” e “a harmonização das políticas macroeconômicas entre os dois países”.

Chega-se, por fim, ao Mercosul, através do Tratado de Assunção, firmado em 26.03.91, assinado pelos dois primeiros, mais o Uruguai e o Paraguai, com o objetivo de estabelecer uma zona de livre comércio, com a liberalização das trocas, e de uma união aduaneira, através de uma tarifa externa comum e uma legislação aduaneira comum. Seguiram-se diversos acordos, sendo os principais o Protocolo de Brasília para a solução de controvérsias, em 17.12.91, o Protocolo de Las Leñas sobre a Cooperação e Assistência Jurisdicional em matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, em 27.06.92 (só aprovado pelo Brasil em 1995) e o Protocolo de Ouro Preto, de 17.12.94.

Sem dúvida, a crise cambial brasileira, no final de 1998, contribuiu para o enfraquecimento do projeto, embora os dirigentes das nações signatárias tenham expressado o propósito de retomar o projeto inicial em bases mais amplas, ou seja, de que a integração deve ser não apenas econômica, mas também social e política.

### **3. NATUREZA JURÍDICA**

É dominante na doutrina nacional o entendimento de que o Mercosul constitui uma união aduaneira imperfeita, tendo em vista que grande número de bens importados estão submetidos a uma Tarifa Externa Comum.

Não se cuida mais de uma simples área de livre comércio, em que se objetiva apenas a livre circulação dos bens entre os países-membros, mas de uma união aduaneira, que empresta o mesmo tratamento a terceiros países.

Diverge desse ponto de vista a Prof<sup>a</sup> Graça Enes Ferreira, ilustre mestra da Universidade do Porto, que analisa o Tratado de Assunção, nos seguintes termos:

“Apesar de o Preâmbulo falar de processo de integração, é muito questionável que realmente o seja. Na verdade, para além de uma União Aduaneira, parece que os Estados signatários apenas estão dispostos a coordenar políticas e a adoptar instrumentos comuns para a prossecução dos objectivos previstos, mas sem nunca pôr em causa qualquer das tradicionais prerrogativas de soberania. Como em qualquer simples acordo internacional, note-se que fala-se sempre em Estados-partes e não de Estados-membros.

Actualmente, o Mercosul constitui uma Área de Comércio Livre. Em construção está uma União Aduaneira que se pretende completa em 2006”.

Seria inimaginável que, depois de meras gestões governamentais, o Mercosul pudesse atingir o seu objetivo. Houve um extraordinário avanço. Entretanto, a integração entre países jovens, a braços com sérios problemas econômicos, não poderia acontecer da noite para o dia. De qualquer modo, se a maioria das alíquotas em relação a terceiros países se mostra unificada, não se pode falar mais em mera área de livre comércio, mas em união aduaneira, ainda que imperfeita.

Certamente, nesse período de convivência houve muitas crises, a última das quais relacionada com a desvalorização cambial brasileira, efetuada de modo unilateral, causando grande impacto na economia dos demais parceiros, especialmente na economia da Argentina. Apesar disso, há o prosseguimento de um esforço em busca da superação da crise. Embora os atos jurídicos formais tenham dado maior ênfase ao aspecto econômico, tem havido um incremento no intercâmbio cultural, inclusive na área jurídica.

#### **4. MERCOSUL E UE**

Embora a União Européia tenha sido a inspiradora do Mercosul, cabe reconhecer a existência de profundas diferenças entre as duas organizações. Sintetizo aqui as idéias expostas pelo Professor ANTÓNIO JOSÉ FERNANDES, em sua obra “União Européia e Mercosul: dois Processos de Integração”, obra publicada pela Universidade do Minho e Comissão Européia (1):

- a) o Mercosul preconiza a instituição de um mercado comum, através de uma união aduaneira e da livre circulação dos bens e das pessoas, enquanto a União Européia preconiza uma união econômica e monetária, além da concretização da integração econômica e política;
- b) são muito diferentes os fatores que levaram à associação: na Europa, a conjuntura do pós-guerra; no Cone Sul, a conjuntura da globalização e interdependência. Na Europa, razões de ordem político-militar (controle do uso do carvão e do aço) e de ordem econômica e social (pobreza e carência de produtos alimentares); na América do Sul, razões de ordem essencialmente econômica;
- c) diferenças estruturais e orgânicas: o Mercosul assenta-se na teoria da intergovernamentalidade e no princípio da igualdade jurídica e funcional dos Estados-partes, enquanto a UE assenta-se no institucionalismo

e no princípio da proporcionalidade e da desigualdade funcional dos Estados-membros, com órgãos representativos dos governos e órgãos próprios da organização;

- d) diferenças jurídicas: no âmbito da EU, os doutrinadores classificam as fontes do Direito comunitário em escritas, ou seja, o direito originário (Tratados constitutivos das Comunidades Europeias, protocolos e convenções) e o direito derivado (regulamentos, diretivas, recomendações, pareceres e avisos) e os acordos internacionais. Além disso, devem ser consideradas as fontes não escritas, entre elas os princípios gerais do direito, o costume e as regras gerais do direito internacional. Em relação ao Mercosul, o art. 41 do Protocolo de Ouro Preto indica como sendo suas fontes jurídicas o Tratado de Assunção, seus protocolos e instrumentos adicionais e complementares; os acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção e seus protocolos; as decisões do Conselho do Mercado Comum, as Resoluções do Grupo de Mercado Comum e as Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul, adotadas desde a entrada em vigor do Tratado de Assunção. Além disso, caberá a cada um dos países adotar as providências necessárias para a incorporação das normas emanadas dos órgãos do Mercosul ao ordenamento jurídico nacional. Somente quando todos os Estados-partes tiverem incorporado tais normas aos seus respectivos ordenamentos, haverá a comunicação do fato pela Secretaria Administrativa, entrando em vigor simultaneamente nos Estados-partes 30 dias após essa comunicação;
- e) diferenças administrativas: na EU, as decisões podem ser adotadas por unanimidade, por consenso, por maioria simples e por maioria qualificada; no Mercosul, apenas por unanimidade.

Cabem algumas reflexões mais demoradas sobre a resolução jurídica das controvérsias.

## **5. TRIBUNAL SUPRANACIONAL NO MERCOSUL**

No âmbito da União Europeia, as controvérsias relativas à aplicação do Direito Comunitário são resolvidas pelas instituições jurisdicionais, o Tribunal de Justiça Europeu e o Tribunal de Primeira Instância. Estabeleceu-se um meca-

nismo de colaboração pelo qual o juiz nacional pode submeter ao Tribunal uma questão prejudicial, quanto a litígio em curso. Diferentemente, o Mercosul obedece a um sistema arbitral e diplomático, como se verá, através do Protocolo de Brasília.

A criação de um tribunal supranacional pressupõe a superação de muitos obstáculos ainda não vencidos na integração dos países que formam o Mercosul. A criação do Tribunal de Justiça da União Européia em Luxemburgo, em 1958, deveu-se às especiais características daquela. Com muita propriedade, disse o Dr. Rui Moura Ramos, professor da Universidade de Coimbra e Juiz da Corte de Luxemburgo: “O fato de a União Européia surgir como modelo judicial não é, necessariamente, a prova de que ele é melhor ou pior, mas, apenas, que as circunstâncias eram outras”. E, finalizando sua palestra: “ O modelo arbitral tem a grande vantagem de, em relação à realidade que aqui se vive, ser adaptado; o problema que se pode impor é saber se, em face de uma evolução, poderá continuar a ser o mais adequado. Isso é de algum modo futurologia e, com certeza, uma solução gradualista e realista não deixará de ter em conta também aquilo que os outros sistemas realizam. Portanto, creio que de um diálogo entre os dois sistemas podem ambos vir a ganhar” (“A solução Jurisdicional”, Revista CEJ 02, págs. 80-85) (2).

Antes de cogitar-se da criação de uma corte supranacional, seria indispensável uma prévia compatibilização entre as legislações. No Ciclo Internacional de Estudos Ministro Luiz Gallotti, realizado pelo TRF, no Recife, nos dias 3 e 4 de agosto de 1998, o Dr. Geraldo Brindeiro, Procurador-Geral da República, abordando a criação do Tribunal do Mercosul, conclui que a idéia é prematura, considerando que ainda estamos muito distantes da instituição de um Direito Comunitário, a reclamar ainda reforma constitucional.

Em nosso país, a Constituição prevê que o Brasil “buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações” (art. 4º, par. único), mas não admite a existência de nenhum órgão com poderes superiores ao do Estado. Ao contrário, ao acolher o princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário “lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), sem ressalva, torna impossível a admissão de uma ordem jurídica comunitária.

Enquanto as constituições argentina e paraguaia recepcionaram as normas internacionais, dando-lhes primazia sobre o direito interno, o mesmo não se deu em relação às constituições brasileira e uruguaia, que não permitem a imediata incorporação das normas traçadas nos tratados e acordos assinados. Evidente-

mente, tal situação gera certo desconforto, tendo em vista que os ajustes internacionais são regidos pelo princípio da reciprocidade.

Cabe lembrar que o STF, de há muito, firmou orientação no que tange ao relacionamento entre o direito interno e internacional. No julgamento do RE 80.004, o Ministro Leitão de Abreu mostrou a impropriedade da referência à revogação da lei interna pelo tratado ou vice-versa, esclarecendo que cada qual observa determinada forma de produção. Na hipótese de conflito, a lei externa ficaria apenas suspensa, como se tivesse eficácia suspensiva. Revogada a lei interna, a norma externa voltaria a ser eficaz.

Veja-se a reiteração desse posicionamento no processo EXT 662, Rel. Min. Celso de Mello, j. 28.11.96, DJU 30.05.97.

Tal questão foi adequadamente analisada por Deisy de Freitas Lima Ventura, ao assim argumentar:

“Os mecanismos de solução de controvérsias, no âmbito do MERCOSUL, não fazem frente ao entendimento jurisprudencial brasileiro. Para chegar a esta conclusão, basta questionar: quem punirá os Estados-partes que não cumprirem os laudos inapeláveis, obrigatórios e com força de coisa julgada, previstos pelo Protocolo de Brasília?

A eficácia dos fatos jurídicos gerados pelas regras atinentes ao MERCOSUL dependem, portanto, da vontade (dos Estados, empresas e cidadãos) de materializá-las. Este componente determina a instabilidade e a insegurança destas relações jurídicas, atributos que se multiplicarão com o aprofundamento do processo integracionista” (A Ordem Jurídica do MERCOSUL, Livraria do Advogado Editora, 1996, págs. 113/114) (3).

Em 4 de maio de 1998, ao apreciar a Carta Rogatória nº 8.279-Argentina, o STF negou vigência ao *Protocolo sobre medidas cautelares*, de 17.12.94, tendo em vista que não se completara o procedimento de internalização, com a promulgação do acordo internacional. Desse modo, as medidas cautelares que visavam à garantia de direitos dos credores argentinos foram denegadas pela jurisdição brasileira.

Seria o princípio da inafastabilidade do controle do Poder judiciário também um obstáculo intransponível à homologação do laudo arbitral, previsto na Lei Marco Maciel? A matéria acha-se sob exame no STF. O parecer do Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro, posicionou-se pela constitucionalidade da lei. Entre outros argumentos, S. Exa. lembra, com apoio em Clóvis Beviláqua, que o direito de ação não é um dever de ação judicial. Desse modo, se as partes, através de cláusula compromissória, já se dispuseram



a não levar a questão ao Judiciário, podem fazê-lo, sem que isso viole o princípio de acesso ao Judiciário. Temos ainda que aguardar a decisão da Suprema Corte. Se contrária ao parecer ministerial, entendo que é caso de imediata reforma constitucional, porque não se coaduna o comércio internacional com a inevitável demora das decisões judiciais.

As maiores dificuldades para a integração têm se situado em outros fatores, como, por exemplo, os entraves burocráticos para tornarem possíveis e realizáveis decisões tomadas nas conversações e tratados.

A solução para a maioria das divergências entre vendedores e compradores podem ser solucionadas dentro dos padrões vigentes. Se o consumidor brasileiro adquire no mercado interno um produto argentino e ele não funciona, a responsabilidade é do importador ou do vendedor, se não houver assistência técnica local. Esse fator é teórico. Na medida em que os negócios aumentem, é interesse do produtor dar assistência técnica (chamada pós-venda nas técnicas de *marketing*), sob pena de insucesso na estratégia de comercialização. Para as questões mais complexas, que envolvam diretamente os atos que instituíram o Mercosul, a solução deve ser buscada no procedimento aprovado para esse fim.

O Protocolo de Brasília, assinado em 1991, distingue as controvérsias entre Estados-partes e as reclamações de particulares. Em relação às primeiras, prevê três formas de composição: negociações diretas (cap. II), intervenção do Grupo Mercado Comum (que pode solicitar parecer de peritos e emite recomendações no prazo de 30 dias) (cap. III) e procedimento arbitral, composto de três árbitros escolhidos em uma lista, integrada por juristas de reconhecida competência na matéria objeto da controvérsia. As informações que obtive são de que ainda não houve a necessidade de chegar-se à arbitragem. Em relação às reclamações de particulares, são admitidas “em razão da sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados-Partes, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, das decisões do Conselho do Mercado Comum ou das Resoluções do Grupo Mercado Comum” (art. 25). As reclamações serão formalizadas ante a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado-parte onde tenham sua residência habitual ou a sede de seus negócios (art. 26). Se não se cuidar de hipótese abrangida nas Seções anteriores, o procedimento seguirá a seguinte tramitação: contatos diretos com a Seção Nacional do Estado-parte a que se atribui a violação, a fim de buscar uma solução imediata através de consulta; elevar a reclamação ao Grupo Mercado Comum. Admitindo este a reclamação, convocará um grupo de especialistas, em número de 3, para emitir parecer em 30 dias. Nesse prazo o particular e o Estado reclamados serão ouvidos, apresentando seus argumentos.

Os estudiosos têm reconhecido que o sistema arbitral é mais rápido para a solução dos conflitos. Todavia, nele há uma desvantagem, pois não leva à formação de uma jurisprudência uniforme que contribua para a formação de um novo direito nas áreas específicas.

Nesse sentido, trago a reflexão de Luizella Branco:

“Com relação às formas e aos métodos de resolução das controvérsias concluímos que o método arbitral é o meio mais rápido de resolver os conflitos resultantes da má interpretação e aplicação dos Tratados constitutivos e seus respectivos dispositivos, nas áreas de integração.

Contudo, é incapaz de oferecer a formulação de uma jurisprudência uniforme que contribua para a criação de um novo direito nas áreas em questão. Já os Tribunais de Justiça Comunitários, dotados de poderes supranacionais, expressam, não só as preocupações anteriores, como também conseguem interagir equilibradamente com as instâncias negociais, mantendo, destarte, a legitimidade e a segurança jurídica do processo de integração, tornando-se, portanto, uma fonte geradora do direito” (Sistema de Solução de Controvérsia no MERCOSUL, São Paulo, Editora LTR, 1997, pág. 170) (4).

Embora se tenham registrado algumas vitórias na marcha da integração do Mercosul, é preciso que nos acautelemos contra os exageros retóricos, em que alguns falam em Tribunal Supranacional ou a criação de moeda única. A exagerada preocupação em criar novas estruturas administrativas ou jurisdicionais pode não ser o melhor caminho. Cito um exemplo: através do Decreto de 2 de setembro de 1991, foi instituído o Ministério Extraordinário para Assuntos de Integração no Cone Sul, que estipulava entre seus objetivos “incentivar a formação de consciência nacional favorável à integração, com a divulgação do projeto e de seus objetivos junto à opinião pública, às lideranças políticas, empresariais e acadêmicas”. O Ministério desapareceu pouco depois do seu nascimento, sem maiores explicações. Seus objetivos não foram ainda atingidos. Mas a criação de mais um ministério não seria a melhor forma de vê-lo realizado.

## **6. CONCLUSÃO**

A integração entre países deve ser resultado de um profundo processo de conscientização das populações envolvidas. Cabe invocar a lição do professor Fausto de Quadros, da Faculdade de Direito de Lisboa, no sentido de que “a União Européia será preferencialmente obra dos Estados-membros e dos seus cidadãos; a integração deve respeitar a identidade histórica, política e cultural

dos Estados; o poder político comunitário deve exercer-se a um nível mais próximo possível dos cidadãos” (O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário, Coimbra, Almedina, 1995, pág. 72) (5).

Em palestra realizada no seminário “Mercosul: uma nova realidade jurídica”, o mestre luso observou que “talvez a principal motivação do processo de integração europeia tenha sido sempre a perseguição da paz - isto é, uma motivação política e não apenas econômica - permitindo, apesar de todas as dificuldades, ir tão longe e entrar na fase da integração política. Se não tivéssemos partido para a dramática necessidade de alcançar a paz, apenas com a preocupação de uma melhoria do crescimento econômico dos Estados-membros, talvez não tivéssemos ido tão longe, tão depressa, porque cinquenta anos, nesse processo, não é muito tempo” (“O Modelo Europeu, Revista CEJ nº 02, vol. 1, agosto de 1997, pág. 17) (6).

Creio que a mesma preocupação deve estar presente entre nós. No mundo atual, em que os grandes conglomerados econômicos tornam-se muito mais poderosos do que os Estados Nacionais, está em causa a própria sobrevivência dos países latino-americanos. O Mercosul, hoje ainda em estado embrionário, pode tornar-se um valioso instrumento não somente para a preservação da democracia, como já ocorreu mais de uma vez, mas também para a transformação dos seus membros em sociedades mais justas, com uma melhor distribuição da riqueza e dos bens culturais entre as regiões e entre as pessoas.

### **BIBLIOGRAFIA**

1. União Europeia e Mercosul: dois Processos de Integração. Edição da Universidade do Minho e Comissão Europeia.
2. Revista CEJ, nº 02, páginas 80-85.
3. A Ordem Jurídica no Mercosul – Livraria do Advogado Editora, 1996, páginas 113/114.
4. Sistema de Solução de Controvérsia no Mercosul – São Paulo, Editora LTR, 1997, página 170.
5. O Princípio da Subsidiariedade do Direito Comunitário, Coimbra, Almedina, 1995, página 72.
6. O Modelo Europeu, Revista CEJ nº 02, vol. 1, agosto de 1997, página 17.



## **CYBERPOSSE: A PROBLEMÁTICA QUESTÃO DOS CONFLITOS SOBRE DOMÍNIO PRÓPRIO.**

Introdução. Os Direitos Autorais e a Constituição. Definição dos nomes de domínio. Política de registro nacional e global. Conflitos relativos aos nomes de domínio em face das marcas de comércio registradas e os concernentes à apropriação com fins especulativos (cyberquatting). Competência dos órgãos judiciários. Casos na jurisprudência nacional e estrangeira. Conclusões. Notas e bibliografia.

“Por inferior que seja a obra ao sonho, quem não a contempla estupefato e passivo? Quem não encontra nela coisas ignotas?” (Pavese)

Francisco **Geraldo Apoliano** Dias (\*)

### **1. INTRODUÇÃO:**

André Gide, o imortal autor de “Os Moedeiros Falsos” e da “A Sinfonia Pastoral”, falando sobre a criação e a magnitude do criador, insistia em afirmar que a coisa mais difícil, quando se começa a escrever ou a imaginar uma obra intelectual, é a de ser realmente sincero. A exteriorização da obra não pode, jamais, ser anterior à sua idealização. Assim, a palavra nunca emergirá antes da idéia que lhe infundiu existência, nem a escultura ocupará um determinado espaço antes que o seu criador tenha, preteritamente, esboçado em sua mente todas as curvas e cores, todas as especificidades que resultarão no objeto de cognição e admiração propriamente dito.

Entre a imaginação e a concretização da obra, dessa maneira, haverá sempre uma incoincidência, posto que o sonhado pelo autor jamais será, em sua

\* Vice-Presidente e Corregedor do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

totalidade, representado pelo objeto respectivo, havendo, sempre, um “resíduo”, uma parte de seu desiderato que não irá ser atingido, o que dá azo ao surgimento daquilo que, com certeza impropriamente, poder-se-ia nominar de “insinceridade”.

A criação, tanto intelectual quanto artística, sempre foi alvo de acirradas discussões, valendo de mote para o vicejamento de teorias as mais inusitadas, e trazendo a lume, pelo menos, duas grandes tendências: uma, a afirmar que a criação teria origem unicamente na volição, no intelecto, sem necessidade de qualquer ornamento emocional. Outra, diversamente, propugnava que, somente por intermédio da “inspiração”, é que se poderia realizar qualquer trabalho de criação, pensamento esse que pode muito bem ser resumido na célebre frase do Poeta alemão Hördelin, que diz: **“O homem é um Deus quando sonha e não passa de um mendigo quando pensa.”**

Essas poucas considerações, que bem poderão ser utilizadas ao modo de um “prius” lógico do tema que se tentará analisar, aconselham o reexame preambular de algumas conceituações jurídicas sobre a criação e a sua respectiva expressão no mundo fenomênico, ou seja, na existência física e palpável.

A evolução, nas últimas décadas, na veiculação das criações intelectuais, tem suscitado um sem-número de indagações acerca da disciplina de alguns direitos, de color magno, e que ficaram ao sabor de ameaças e ou de violações efetivas.

O avanço diuturno do e-commerce e da veiculação de trabalhos científicos na ambiência virtual contribuiu para semear na mente dos aplicadores do direito algumas dúvidas quanto à validade (ainda) de uns tantos conceitos tradicionais, de há muito consagrados, a exemplo das definições do que viriam a ser a reprodução e a distribuição da obra intelectual, bem como ensejou a que medrassem leis ou tentativas outras de normatização, que viessem a inserir, nesse contexto vetusto e quase que ossificado, a perspectiva da criação intelectual considerada sem o seu respectivo objeto material, ou seja, na visualização de que tais obras revestem-se de uma vida autônoma, a transcender do corpus, posto que existem e se consubstanciam independentemente das suas respectivas e tradicionais manifestações na ordem da mera existência física.

Tal desmaterialização da obra intelectual impôs-se como verdade insofismável e tornou imprescindível que se revissem esses conceitos, dinamizando-os, atualizando-os, tudo ao escopo de adequá-los à realidade das sociedades contemporâneas, imersas por inteiro dos meios mais recentes de expressão e comunicação: não seria possível avançar na busca de guarida no ordenamento jurídico para regulamentar tal fenômeno, se algumas premissas conceituais – básicas e imprescindíveis -, não fossem, pois, reexaminadas e retraçadas.

Os objetos virtuais, expressões novas da criação submetidos à cognoscência humana, libertaram-se das limitações próprias dos invólucros físicos que as colocavam disponíveis no mundo “de facto” (o *corpus mechanicum*) o que exigiu uma presta intervenção do Estado que cuidou de normatizar o chamado suporte intangível ou objeto digital<sup>1</sup> .

Por decorrência desse novel meio de comunicação nascido por conduto da popularização do uso intensivo dos computadores individuais e da Internet, algumas obras intelectuais passaram a ser disponibilizadas, diariamente, a um sem número de pessoas, expondo-se a violações e a plágios, sem que, no entanto, os legisladores tivessem a preocupação de fazerem editar as leis necessárias à regulamentação de tal fenômeno, leis essas que, inexoravelmente, teriam que desbordar do espectro da “mera normatização”, para achegarem-se a aspectos outros, atinentes à essência de alguns institutos e conceitos, próprios e decorrentes de uma sociedade prisca e incompatível com a coeva maneira de pensar e exercer a comunicação.

O legislador, sem perder de vista essa realidade nova e irreversível, dispôs no art. 7º da Lei nº 9.610/98:

“Art. 7º. São obras intelectuais protegidas as criações de espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível e intangível, conhecido ou que se invente no futuro...” (grifei)

Constata-se, claramente, na susocitada norma, que há um inequívoco avanço no conceito do que seja “obra intelectual”, na medida em que já se cogita do chamado **suporte intangível**, até então à margem de qualquer regulação.

Também o conceito de distribuição foi modificado pelo art. 29, VII, da Lei dos Direitos Autorais, cujo teor segue transcrito:

“Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

(...)

VII – a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permite o usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos

---

<sup>1</sup> As referências bibliográficas estão no final do presente opúsculo.

em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe pagamento pelo usuário.” (grifei)

O conceito de distribuição acima reproduzido congloba, de forma transparente, também o fenômeno da **circulação eletrônica**, em evidente reconhecimento à realidade da comunicação contemporânea, que se perfectibiliza com o uso a cada dia mais intenso da telemática, mais especificamente, do e-mail e da Internet.

Por sua vez, o conceito do que seja “cópia para o uso privado”, também ganhou feições específicas e inovadoras, consoante brota do art. 46, II, da Lei nº 9.610/98:

Verifique-se:

“Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

(...)

II – a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este sem intuito de lucro;”

Fincadas mais essas considerações, cumpre que se examinem pontos específicos sobre o tema proposto.

## **2. DIREITOS AUTORAIS. CONSTITUIÇÃO DE 1988.**

A teor dos incisos XXVII, XXVIII e XXIX do art. 5º da Carta Magna:

“XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei determinar;”

“XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades esportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;”

“XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais,



à propriedade de marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país;”

A doutrina, pela voz autorizada de Silvio Rodrigues,\* conceitua o direito moral do autor como “a prerrogativa de caráter pessoal, em virtude da qual o seu titular pode ligar seu nome à obra e sobre a mesma atuar, quer modificando-a e aperfeiçoando-a a seu bel-prazer, quer impedindo sua publicação, quer afinal evitando que seja de qualquer modo modificada sem o seu consentimento.”

A proteção aos direitos do autor, porque deita raízes na Constituição vigente, não pode ser derogada, obviamente, por lei de inferior jerarquia; reclama, aí sim, interpretação teleológica, que terá por desiderato específico o de aplicar a norma consoante a sua finalidade, ou seja, a de proteger o inventor, o mentor intelectual da obra.

O direito moral do autor significa, pois, dentre outras cousas, a garantia legal que se confere ao indivíduo de utilizar-se da sua criação intelectual como melhor lhe apetecer, sem ingerências outras que não as oriundas de sua própria vontade, desde que, é lógico, não ultrapassem os limites tracejados pelo Estado no que concerne à preservação dos direitos de terceiros.

Evidente, outrossim, que a colidência no uso de marcas e dos registros acarreta incomensuráveis prejuízos à garantia da exclusividade que lhe é imanente, como bem enfatiza o sempre citado Rubens Requião, em seu “Curso de Direito Comercial”:

“O direito à exclusividade é inerente ao nome comercial. A sua designação não deve comportar colidência com outro nome homônimo ou homônimo.”  
(in São Paulo, Saraiva, 19ª edição, p. 181.)

A Lei nº 9.279/96, em seu art. 129, por seu turno, assevera:

“Art. 129. A propriedade de marca adquire-se com o registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos art. 147 e 148.” (grifei)

O cerne da disceptação que ora se empreende, todavia, é aquele que se refere à titularização desse direito à luz dos novos veículos de informação e de comunicação, mais especificamente, aqueles que se fazem com o concurso do computador, aí incluídos o tráfego pela Internet, o e-mail etc.

O ano de 1998 sinala o advento da Lei nº 9.609, que se propôs a regular a propriedade intelectual em face do computador, sem enfrentar, contudo, problemas outros, por igual relevantes, a exemplo dos assim chamados “delitos virtuais”, que são diuturnamente perpetrados (na e pela) rede mundial de computadores, e da proteção dos direitos autorais relativos aos textos, artigos e manifestações diversas divulgados na Internet.

Entre as mais diversas disposições, inseriu, a referida lei, capítulo específico para o crime de violação dos direitos do autor do programa de computador, tal como se vê do seguinte texto:

“Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador.  
Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa”.

A Lei nº 9.279/96, nesse mesmo viés, veio delimitar o alcance dos direitos do inventor industrial e das marcas comerciais, e consagrou algumas inovações no tocante a alguns conceitos priscamente decantados, definindo assim o termo “marca”; confira-se:

“Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

- I - marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;
- II - marca de certificação: aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada; e
- III - marca coletiva: aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade.”

Ao considerar, em seu art. 5º, VI, como reprodução, também o armazenamento temporário ou permanente por meios eletrônicos, a Nova Lei Autoral permitiu a responsabilização, por perdas e danos, do plagiador, cominando, inclusive, a pena de perdimento dos equipamentos utilizados. Veja-se, a propósito, o que se contém nos seguintes incisos do art.107, da Lei 9.610/98, de 19 de fevereiro de 1998, “*verbis*”:

- “I) alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia;
- II) alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia;
- III) suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direitos;
- IV) distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras, interpretações ou execuções, exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização.”

Bem se observar, o disposto no inciso “**I**” incidirá em relação às chamadas produções digitais, ainda que tal só seja possível diante da existência de um suporte material e tangível, à vista de estarem os dispositivos técnicos incluídos no objeto virtual pelo titular dos direitos, tutelados por tal cânon.

### **3. DEFINIÇÃO DOS NOMES DE DOMÍNIO. POLÍTICA DE REGISTRO NACIONAL E GLOBAL.**

Os nomes de domínio constituem-se de alguns elementos, que conferem uma **identidade** ou identificação a cada computador que se conecte à Internet.

Tome-se por exemplo: [www.geraldoapoliano.com](http://www.geraldoapoliano.com), onde, “**www**” – rede mundial de computadores -, é conjunto de caracteres comum a todos os nomes de domínio, “**geraldoapoliano**” é o chamado **domínio de segundo nível** e identifica a pessoa em nome da qual o domínio se acha registrado, “**.com**” que é o **domínio de primeiro nível** e **identifica a destinação da entidade** e, caso esse registro tivesse sido feito no Brasil, ostentaria, ainda, o “**br**” identificador do país onde o registro foi efetuado (observe-se que, no caso dos registros feitos nos Estados Unidos da América, do nome de domínio não constaria o “ top level”).

Em verdade, esses caracteres correspondem a uma seqüência numérica única, que designam o “**IP**”, o **Internet Protocol**; é o “**IP**” que torna possível a localização de um determinado sítio na rede. Nada mais é, dessa maneira, a

“província” que conduz um usuário a outro usuário, podendo-se compará-los, nesse sentido, aos endereços constantes nos catálogos das listas telefônicas.

Dentre os chamados domínios de primeiro nível há, ainda, **para as instituições**, os “.gov”, os “.org”, os “.net”, os “.mil”, que servem para explicitar, como já foi dito, a destinação do site, compartimentando-os por categorias.

Não é difícil registrar um nome de domínio. Com uns poucos reais pode-se registrar um domínio “pontocom”, e pagando-se um pouco mais, por ano, mantê-lo ativo.

A Portaria<sup>3</sup> Interministerial do Ministério das Comunicações/Ministério da Ciência e Tecnologia nº 147, de 31 de maio de 1995, em face da ausência de regulamentação específica sobre os direitos autorais articulados via rede mundial, criou o **Comitê Gestor da Internet do Brasil**, que, por sua vez, delegou a função de fiscalização de registro de nomes à **FAPESP - Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo**.

Por condão da Resolução 001/98, ficou estabelecido, dentre outras cousas, em seu art. 1º, **que o direito ao nome de domínio será conferido ao primeiro requerente**. É o denominado **first to file**. **É essa a diretriz básica que orienta a política de registro nacional e global**.

Escudado nessa diretriz, há quem já ofereça serviços para o registro de um mesmo domínio **em vários idiomas** dentre os que são mais falados atualmente.

Recentemente, o Comitê Gestor criou mais quatorze domínios, com as seguintes terminações:

- .agr.br – empresas agrícolas, fazendas;**
- .far.br - farmácias e drogarias;**
- .imb.br – imobiliárias;**
- .srv.br - prestadoras de serviços;**
- .ato.br – atores;**
- .bmd.br – biomédicos;**
- .cim.br – corretores;**
- .fnd.br – fonoaudiólogos;**
- .ggf.br – geógrafos;**
- .fnd.br – fonoaudiólogos;**
- .mat.br – matemáticos e estatísticos;**
- .mus.br – músicos;**
- .not.br – notários;**
- .qsl.br –rádio-amadores;**
- .trd.br – tradutores.**

(fonte: Jornal do Commercio, 23/8/00, Informática, p. 5)

A propósito, confira-se o artigo 1º da Resolução:

“O Registro de Nome de Domínio adotará como critério o princípio de que o nome do domínio será conferido ao primeiro requerente que satisfizer, quando do requerimento, as exigências para o registro do nome, conforme as condições descritas nesta Resolução e seus Anexos.”

Exceção a essa regra, somente se dá nos casos das palavras de **baixo calão** (nada há na norma que estabeleça o que se deva entender como tal); das **palavras reservadas ao próprio Comitê Gestor** (e o vocábulo Internet é uma delas) e das **marcas notoriamente conhecidas**, quando não requeridas pelo próprio titular.

O Anexo I à Resolução nº 01/98, em seu art. 2º, III, “b”, dispõe:

“Art. 2º. O nome escolhido para registro deverá ter:

(...)

IV- o nome escolhido pelo requerente para registro, sob determinado DPN (Domínio de Primeiro Nível), deve estar disponível para registro neste DPN, o que subentende que:

(...)

b) não pode tipificar nome não registrável. Entende-se por nome não registrável, entre outros, palavras de baixo calão, os que pertençam a nomes reservados mantidos pelo CG e pela FAPESPE com essa condição, por representarem conceitos predefinidos na rede da Internet, como é o caso do nome ‘internet’ em si, os que possam induzir terceiros a erro, como no caso de nomes que representam marcas de alto renome ou notoriamente conhecidas, quando requeridos pelo titular, siglas de Estados, de Ministérios etc.” (grifei)

#### **4. CONFLITOS RELATIVOS AOS NOMES DE DOMÍNIO EM FACE DAS MARCAS DE COMÉRCIO REGISTRADAS E OS CONCERNENTES À APROPRIAÇÃO COM FINS ESPECULATIVOS (CYBERQUATTING).**

O Comitê Gestor não exige qualquer comprovante da titularidade da expressão que se pretenda registrar, para a efetivação do registro como nome de domínio.

Isso tem contribuído para o surgimento de uma grande **pirataria de marcas**, sendo comum que o verdadeiro titular de uma marca, ao procurar o Comitê Gestor para registrá-la, constata que o domínio já se acha “titularizado” por um terceiro.

Os prejuízos advindos dessa realidade são incalculáveis, sendo comum que o verdadeiro detentor da marca se veja impedido de, com ela, criar um sítio para divulgar ou comercializar os seus produtos; infelizmente, a pirataria é um fato!

É comum, também, a reprodução **parcial** ou **com acréscimo**, de uma dada marca; nesses casos, se a marca estiver registrada em nome do titular, o Comitê Gestor aceita o novo registro, à conta de que este último não é idêntico a qualquer outro registro anteriormente feito.

A única exceção é referente às marcas notoriamente conhecidas, as chamadas **marcas de alto renome** – o INPI deveria ter delas um rol atualizado, embora não se possa assegurar que essa atualização venha mesmo sendo feita -, para as quais há a proteção expressa da Lei 9.279/96 que, no art. 126 estatui, “*verbis*”:

“Art. 126. A marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade nos termos do art. 6º, da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil.”

Já não é novidade que os noticiosos dêem conta das diversas ações movidas por empresas conceituadas que lutam por que seja sanada, com rapidez, a injustiça de ver seu nome indevidamente registrado em favor de outro.

O intuito evidente de todo esse estado de coisas é o do locupletamento: usa-se fradulentamente o nome ou a marca e intenta-se obter a venda (!) dessa mesma marca ao próprio titular...

A esse fenômeno da violação dos direitos autorais via computador, convencionou-se timbrar de *cybersquantting*, que significa a reprodução, através de registro, de marcas famosas, no intuito de auferir algum privilégio ou ganho material.

Em matéria publicada pela “Gazeta Mercantil”, em 20 de setembro do ano em curso, demonstrou-se que, até mesmo a eleição de 2002, para a Presidência da República, já está na mira dos *cybersquanttings*, que já registraram, dentre outros, os nomes de Antônio Carlos Magalhães ([www.acm2002.com](http://www.acm2002.com), posse de Vasconcellos em Punta del Este, Uruguai), *Ciro Gomes* ([www.ciro2002.com](http://www.ciro2002.com),

posse de Vasconcellos em Punta del Este, Uruguai) e José Serra (www.serra2002.com), posse da NSBT Incorporation - Manila, Filipinas).

Tornaram-se notórias, dentre outras, querelas envolvendo os domínios: AYRTON SENNA, RIDER, GLOBO, AOL e CELULAR CARD, para mencionar só alguns das muitas já noticiadas na imprensa.

O INPI, como órgão responsável pelo registro das marcas, serve-se do **princípio da especialidade**, ou seja, uma determinada marca só se beneficia da exclusividade, quando o produto ou o serviço por ela representados vincular-se a um dado ramo de atividade, inteiramente distinto de outros.

Podem, dessa maneira, coexistir no mercado marcas **iguais** registradas, desde que não sejam idênticos ou afins (leia-se, **similares**) ou bens ou os serviços que a elas se vinculem, justamente para que se evite a confusão e o conseqüente prejuízo para os titulares dessas marcas; é o caso, por exemplo, da marca LOTUS, notoriamente conhecida no mundo do automobilismo desportivo e não menos consagrada no âmbito da informática em função de softwares como a “Lotus Smart Suíte” ou o “Lotus Note”.

Foi por reconhecer a incidência do **princípio da especialidade** que o egrégio Superior Tribunal de Justiça, assim decidiu:

**“MARCA REGISTRADA. PALAVRA COMUM. SUA UTILIZAÇÃO PELA RÉ EM NOME DE FANTASIA.**

- Registrada uma marca, não pode outra empresa industrial, comercial ou de serviços utilizá-la na composição de seu nome comercial, em havendo **similitude** de atividades. Precedentes da Quarta Turma. Recurso Especial conhecido e provido parcialmente.” (RESP 210076/RJ, Relator: Min. Barros Monteiro, j. 28/9/99, DJ 13/12/99, unanimidade – meu o **destaque**.)

A jurisprudência, ainda escassa, tem pontualmente se inclinado no sentido de conferir às empresas que há muito se utilizam de uma determinada marca, o direito de registrarem o nome de domínio, em louvor à sua notória atuação em determinada área, e dos prejuízos advindos da utilização dessa mesma marca por terceiros sem qualquer correlação com a marca.

Relevante transcrever, nesse sentido, o teor da liminar concedida pelo perillustre juiz da 1ª Vara Cível de Patos de Minas/MG, que suspendeu a utilização do nome de domínio ACIPATOS.COM.BR, decisum esse datado de 29/4/97:

“No caso dos autos, como já ficou dito, a uma cognição sumária, entendo presentes os requisitos ensejadores da concessão da liminar, quais sejam:

‘fumus boni juris’ e o ‘periculum in mora’, ante a relevância dos fundamentos invocados e tendo em vista que o uso da sigla ACIPATOS pela Segunda requerida, poderá causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação para a requerente, que o adota há vários anos. Assim, DEFIRO A LIMINAR requerida, determinando ao Comitê Gestor Internet Brasil – CG-, com endereço declinado na inicial, para que suspenda o registro ou o uso, se o registro já tiver se efetivado, do nome de domínio ACIPATOS.COM.BR por parte da Segunda requerida, facultando à requerente o registro e uso do citado nome de domínio, até posterior deliberação deste juízo. A liminar foi deferida quanto ao item “a” de fls. 6, determinado a suspensão, ao invés do cancelamento, como foi requerido, dentro do poder geral de cautela do Juiz.” (Processo nº 19048, Autor: Associação Comercial e Industrial de Patos de Minas – ACIPATOS, Réu: NET SHOP INFORMÁTICA LTDA)

Em 29/5/98 foi homologado acordo entre os litigantes, assentando-se que o domínio [www.acipatos.com.br](http://www.acipatos.com.br), fosse registrado no nome da Associação Comercial, cancelando-se o registro feito pela empresa Ré, Net Shop Informática Limitada.

Atente-se que o princípio da especialidade - por classe de produtos e serviços -, aplica-se às marcas, **não aos nomes de domínio**.

No tocante a esses últimos, não há qualquer consulta ao INPI ou a qualquer outro órgão que possa testificar a titularidade da expressão a ser registrada, o que rende ensejo à apropriação tanto de expressões que constituam **marcas** quanto de nomes empresariais de terceiros.

No tocante ao registro de **profissionais liberais**, o Comitê Gestor exige a apresentação do número do CPF/MF, o que pode evitar a apropriação do nome por terceiros, muito embora o número de inscrição no cadastro de pessoas físicas do Ministério da Fazenda, **não faça prova da condição de profissional liberal** acaso ostentada pelo requerente do registro do domínio.

Mas podem surgir problemas no tocante ao registro de nomes de domínio de pessoas jurídicas (“**.com**”) que sejam formados de nome civil, nome de família ou mesmo de pseudônimo: não há exigências por parte do Comitê Gestor no que diz com a autorização do titular do nome ou do pseudônimo e isso, por exemplo, deu origem a litígio envolvendo o nome do saudoso Ayrton Senna, o “Silva que deu certo.”

O registro de expressões que designem **personagens** (BatmanRobin) e de **nomes de obras** (Guernica) **independerá**, nos casos referidos, **da autoriza-**



**ção dos herdeiros de Pablo Picasso** ou do criador do “homem-morcego” e do seu fiel escudeiro.

As **indicações geográficas** – as chamadas **indicações de procedência e as denominações de origem** – podem também vir a ser objeto de apropriações indevidas.

Cumpra-se ver que essas indicações foram contempladas nos artigos 177 e 178 da Lei de Propriedade Industrial e o registro, por exemplo, do domínio [www.vitoriadesantoantão.com.br](http://www.vitoriadesantoantão.com.br) poderá ser utilizado, por exemplo, pelos produtores de aguardente do município no qual se fabrica a conhecidíssima caninha Pitu.

Finalmente, convém lembrar que, no tocante **ao nome comercial** são aplicáveis os critérios preconizados pela Lei nº 8.934/94, que dispõe sobre o registro público de empresas mercantis no País.

No caso de conflitos, tem cabida a aplicação do disposto no art. 34, que preceitua “verbis”:

“Art. 34. O nome comercial obedecerá aos princípios da veracidade e da novidade.”

O cânone não deve ser interpretado unicamente no sentido de **ser novo** tão-somente aquele registro efetuado com precedência cronológica, mas aquele que é “novo” em seu sentido teleológico, ou seja, na acepção que a própria sociedade lhe empresta, e que se contrapõe ao registro de nomes de empresas e marcas conhecidas de há muito pela comunidade, aquelas cujas reputações foram construídas ao largo de anos e anos de trabalho árduo para a elaboração de produtos ou a prestação de serviços de reconhecida qualidade.

Havendo ainda uma outra oportunidade para a listagem de conflitos já enfrentados pela jurisprudência nacional e estrangeira, o assunto será retomado em um outro tópico.

## 5. COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS

A competência para apreciar e decidir litígios no Brasil acha-se constitucionalmente fixada.

No que diz respeito à Justiça comum Federal de primeiro grau, por exemplo, conflitos envolvendo registros de domínio somente seriam solucionados pelos respectivos órgãos judicantes desse segmento do Poder Judiciário do País, se

ocorrentes as hipóteses previstas no artigo 109 da Constituição da República, vale dizer, litígios que envolvessem a União, as entidades autárquicas e as empresas públicas federais.

Litígios outros teriam de ser solucionados na Justiça comum Estadual.

Todavia, não me parece que seja através do processo judicial, que se deva buscar soluções para pendências nesse campo.

O formalismo, a lentidão na entrega da prestação jurisdicional, e até o mesmo o fato de que no Judiciário, só agora se está a formar uma “cultura de informática” (embora ainda se autuem feitos com a utilização de linha e de agulha de coser – a juíza Sandra O’Connor, da Suprema Corte Americana, ao visitar o Tribunal de Justiça de São Paulo, demonstrou indisfarçável perplexidade ao ver como a **autuação dos feitos** era realizada, impressionando-lhe, também, o fato de que os advogados retiravam os autos para deles ter vista fora da Secretaria da Vara... ) são reveladores de que, os conflitos surgidos no seio do “ambiente virtual” devem ser deslindados com a utilização dos meios, muito mais ágeis e maleáveis, ditos **alternativos**, dentre os quais se inscreve a **mediação, a arbitragem**.

E dois vetores, segundo penso, deveriam ser amplamente prestigiados na solução dessa sorte de conflitos; o primeiro deles diz com o **interesse**, vocábulo que utilizo na acepção jurídica que lhe é pertinente.

Sem que ficasse demonstrado o interesse jurídico no registro de um dado domínio, legitimamente vinculado a terceiro, o registro feito por outrem, ainda que por primeiro, não poderia subsistir – a diretriz “first to file” reclamaria esse temperamento.

O outro correlaciona-se aos aspectos econômicos da demanda, devendo-se ter por presente a premissa de que o **enriquecimento sem causa** é repudiado pela lógica deôntica.

Assim, nas composições a serem feitas, ter-se-ia de ter em mente o **dispêndio efetivamente feito** pelo que houvesse se apropriado de um dado nome e dele tivesse feito o registro.

Essas ponderações, albergam-se no conceito amplo do **fair use** - o uso correto, eqüitativo -, tão ao gosto dos juízes ingleses e se sintonizam por inteiro com o propósito maior de toda a Justiça que é **dar a cada um o seu direito**.

Ainda sobre competência, cumpre relembrar que os direitos do autor, por ficção legal, são considerados bens móveis, a teor do art. 48, III, do Código Civil.

Diz o suscitado dispositivo:

“Art. 48. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

(...)

III- os direitos do autor.”

O Código de Processo Civil, por seu turno, afirma que o domicílio do réu será aquele onde deverá ser ajuizada a ação, nos casos de ação fundada em direito pessoal ou real sobre bens móveis.

O art. 94 do Código de Processo Civil, nesse desiderato, determina:

“Art. 94. A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu.”

Em termos de competência, cabe, em princípio, à Justiça Comum Estadual julgar as violações aos direitos do autor, consoante se pode divisar do aresto adiante transcrito:

**“PROCESSO CIVIL – COMPETÊNCIA – ECAD: COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – SÚMULA 148 DO TRF. PREJUDICADO O EXAME DO RECURSO.”** (TRF 1ª Região, MAS 94.01.13534-7/MG, Relatora: Juíza Eliana Calmon, Quarta Turma, j. 27/9/95, DJ 6/11/95, unanimidade.)

Somente nos casos em que há interesse ou violação a bens e serviços da União, das entidades autárquicas e das empresas públicas federais, é que a que-rela deverá ser ajuizada no âmbito da Justiça Federal.

A propósito, quadra transcrever decisum prolatado no egrégio Superior Tribunal de Justiça, “*verbis*”:

**“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. REPRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA DE FITAS DE VÍDEO. PIRATARIA.**

1. À Justiça Estadual compete processar e julgar delito de violação de direito autoral, eis que ausentes indícios de lesão a bens e serviços e interesses da União.

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito de Andira/PR.” (STJ, CC nº 18346/PR, Relator: Cláudio Santos, j. 26/2/97, DJ 14/4/97, unanimidade.”

O ilustre Advogado Marcelo Martins de Andrade Goyanes\* , sobre a competência para julgar a matéria, aduz:

“O foro estadual seria competente para processar e julgar a ação, vez que os pólos seriam compostos por sociedades de capital privado.”

No caso específico do nome de domínio, há que se identificar onde se localiza a administração ou sede da empresa dita como violadora do registro para que se possa ajuizar a ação, aplicando-se, em todos os seus termos, o que preconiza o art. 100 do “CPC”:

“Art. 100. É competente o foro:

(...)

V - do lugar:

- a) onde está a sede, para a ação em que for ré a pessoa jurídica;
- b) onde se acha a agência ou sucursal, quanto às obrigações que ela contraiu;
- c) onde exerce a sua atividade principal, para a ação em que for ré a sociedade que carece de personalidade jurídica;”

A Súmula 363 do STF, no entanto, permite que a pessoa jurídica seja demandada no lugar da agência onde ocorreu o fato. Confira-se:

“Súmula 363 – A pessoa jurídica de direito privado pode ser demandada no domicílio da agência, ou estabelecimento, em que se praticou o fato.”

E, com efeito, nos casos em que há danos a pleitear em juízo, se de natureza não contratual, perfilha a doutrina a tese de que se aplica o art. 100, V, “a”, do Código Processo Civil, que determina dever ser ajuizada a ação no local do ato ou do fato.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de pronunciar-se acerca da matéria, como se pode facilmente inferir da ementa adiante colacionada:

\* “Violação de Direitos na Internet e o “Cybersquanting””, Revista In Verbis, nº 20, 20/27.

**“COMPETÊNCIA. Foro do lugar do fato. Reparação de dano. Pessoa jurídica.**

A ação de reparação de dano tem por foro o lugar onde ocorreu o ato ou o fato, ainda que a demandada seja pessoa jurídica com sede em outro lugar.

Prevalência da regra do art. 100, inc. V, letra “a” do CPC, sobre as dos artigos 94 e 100, inc. IV, “a”, do mesmo diploma.

Recurso não conhecido.” (REsp. 89.642-SP, rel. Min. Ruy Rosado, j. 25.6.96, DJ 26.8.96, p.29694, unanimidade)

Impende ressaltar, todavia, que todos os casos elencados no cânon supracitado são todos de competência relativa, sujeitos, dessa forma, às regras da **prevenção**, com a conseqüente prorrogação da competência.

Por último, há quem já se reporte à possibilidade da instituição de **um sistema “on line” de solução de pendências**, com base na **mediação e na arbitragem**, solução que, longe de parecer delírio vão ou utopia irrealizável, é possível de ser implementada.

Os recursos da tecnologia hoje disponível já seriam suficientes para a concretização dessa idéia.

## **6. CASOS NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E ESTRANGEIRA**

Jacques Labrunis, listou, em artigo intitulado “Conflitos Entre Nomes de Domínio e Outros Sinais Distintivos” (coletânea Direito & Internet), coordenada por Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho, Edipro, São Paulo, 2000, listou os seguintes casos:

“a) RIDER

TJ/RGS - AI nº 599.132.826 - Agte: Grendene S/A - Agda: Riegel Imóveis e Construções Ltda. - [www.rider.com.br](http://www.rider.com.br) - Concessão de liminar em sede de agravo, para vedar a utilização da marca RIDER, como nome de domínio e endereço eletrônico da Agravada.

b) LUK

7ª Vara Cível de Guarulhos/SP - Proc. nº 24.12/98 - Autor: Luk do Brasil Em-

balagens Ltda. – Réu: Pladis Ingeauto Ind., Com. e Imp. Ltda. - [www.luk.com.br](http://www.luk.com.br)  
- Concessão de tutela antecipada para determinar a cessação do uso do domínio,  
sob astreinte, por caracterizar contrafação.

c) ACIPATOS

1ª Vara Cível de Patos de Minas/MG - Proc. nº 19.048 - Autor: Associação  
Comercial e Industrial de Patos de Minas - ACIPATOS - Réu: Net Shop  
Informática Ltda. - [www.acipatos.com.br](http://www.acipatos.com.br) - Concessão de liminar para suspender  
o uso do nome de domínio, formado pelo nome de Autora, e autorizando esta a  
registrá-lo em seu nome.

d) GLOBO ESPORTE/JORNAL NACIONAL

7ª Vara de Fazenda Pública de SP - Proc. nº 143/99 - Autor: TV Globo Ltda. -  
Réus: FAPESP e ML Editara de Jornais e Revistas Ltda. -  
[www.jornalnacional.com.br](http://www.jornalnacional.com.br) e [www.globoesporte.com.br](http://www.globoesporte.com.br) - Sentença cancelando  
os domínios, em vista das marcas registradas da Autora.

e) AYRTON SENNA

TJ/PR - AC nº 86.382-5 - Apelante: Laboratório de Aprendizagem Meu Canti-  
nho Ltda. - Apelado: Ayrton Senna Promoções e Empreendimentos Ltda.  
[www.ayrtonenna.com.br](http://www.ayrtonenna.com.br) - Acórdão determinando a abstenção de uso e a trans-  
ferência do nome de domínio, por contrafação e infração ao direito da persona-  
lidade.

f) ASSENA

12ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG - Proc. nº 98-141.728-0 - Autor: Ayrton  
Senna Promoções e Empreendimentos Ltda. - Réu: África Systems Informática,  
Consultoria, Com. e Rep. Ltda. - [www.assena.com.br](http://www.assena.com.br) - Tutela antecipada sus-  
tando o registro (ofício à FAPESP), visto que a Ré comercializa fitas de corridas  
e miniaturas de carros de corrida.

g) CARL ZEISS

22ª Vara Federal/SP - Proc. nº 199.61.00,009988-8 - Autor: Carl Zeiss e Carl

Zeiss do Brasil Ltda. - Réus: Quality Technologies Com. Imp. Exp / Ltda. e FAPESP - [www.zeiss.com.br](http://www.zeiss.com.br) - Tutela antecipada proibindo a utilização do nome e determinando à FAPESP sua suspensão, em vista de registro de marca no INPI, para os mesmos produtos.

h) CELULAR CARD

18ª Vara Cível de Belo Horizonte,/MG - Proc. nº 02499129278-0 - Autora: Telemig Celular S/A - Réu: Paulo Roberto Gentil Alves - [www.celularcard.com.br](http://www.celularcard.com.br) - Tutela antecipada determinando abstenção do uso do nome de domínio, em vista de marca registrada da Autora.

i) AOL

10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Paraná – 12ª Vara Cível de Curitiba - Autor: America Online, Inc. Réus: America Online Telecomunicações Ltda. e FAPESP - [www.aol.com.br](http://www.aol.com.br) - Tutela antecipada determinando cessação de uso, sob pena de multa e cancelamento. Conflito de competência no STJ(CC-28136PR, Relator Min. Nilson Naves). Fixada a competência da Justiça Estadual - liminar reiterada pela 12ª Vara Cível de Curitiba, em vista de tratar-se de marca notoriamente conhecida (art. 6º, bis, da Convenção de Paris).

j) BLOOMBERG

20ª Vara Cível de São Paulo/SP - Proc. 00.513789-6 - Autor: Bloomberg LP - Réu: Confecções New Top Ltda. - [www.bloomberg.com.br](http://www.bloomberg.com.br) - Tutela antecipada determinando abstenção do uso do nome de domínio, em vista de marca registrada da Autora, oficiando-se à FAPESP.”

E na jurisprudência do além fronteiras, consoante registrado por José Ferreira Espasadin, citado por Ângela Bittencourt Brasil (Informática Jurídica – O Ciber Direito, Rio, 2000), anota-se:

“Pela legislação atual, a propriedade de uma marca já estabelecida não é garantida na rede, isto cria situações estranhas como a provocada pelo jornalista Joshua Quittner que registrou em seu nome o domínio “www.mcdonalds.com”. Obviamente McDonalds e Quittner tiveram que disputar judicialmente o domí-

nio. Se observarmos que a Internet tem alcance mundial vamos ver que o problema é bastante grave, pois ultrapassa a fronteira judicial do país de origem, além disso temos cada vez mais pessoas de todo o globo querendo usar domínios comuns. Existem diversos outros exemplos de conflito e disputas por domínios, abaixo relaciona-se alguns:

- 1 - Em 1994 Mark Newton registrou o domínio www.newton.com; a empresa americana Apple dona da marca “Newton” acionou Mark via Internic.
- 2 - As empresas After Sunriver Corp. e Sun Microsystems, Inc., disputaram o domínio “www.sun.com”, com vitória da Sun Microsystems.
- 3 - Roadrunner Computer Systems perdeu para a Warner Brothers, Inc. o direito de usar o domínio “www.roadrunnercom”.
- 4 - O distrito de Columbia disputa com a Warner Brother, dona da marca “DC Comics”, o direito de uso do domínio “www.dc.com”.

Por derradeiro, sublinha a mencionada autora:

O assunto é tão controvertido que existe um órgão do governo americano, o Internic, especialmente dedicado à regulamentação destas questões.”

## **7. CONCLUSÕES.**

Seria ingênuo imaginar que, sendo a Internet um fenômeno novo, não existiria qualquer norma jurídica para regular as questões decorrentes do uso maciço dessa maravilha da tecnologia.

Foi proposital a referência a, pelos menos, algumas poucas leis, ao intuito de deixar positivado que, **há leis e, essas, aplicam-se à grande maioria das situações novas surgidas com o advento dos computadores e da Internet.**

Urge, entretanto, e esta é uma das conclusões possíveis a que se chega, criar uma legislação voltada, especificamente, para a regulamentação dos interesses do autor veiculados de forma virtual.

Problemas como o do nome de domínio e outros que atinem aos direitos intelectuais, reclamam cada vez mais, dos nossos legisladores, a necessária atenção, uma vez que eles (os legisladores), são diretamente responsáveis pela preservação de prerrogativas tão essenciais aos seus cidadãos, e que se ligam, dire-



tamente, à própria essência humana, reconhecidamente diferenciada pela sua vocação criativa e pródiga de fôlego para arregimentar soluções em busca de uma vida melhor e mais feliz.

Na tentativa de aperfeiçoamento do arcabouço normativo em vigor, registram-se pelos menos dois projetos de lei em curso no Congresso Nacional; refiro-me ao PL 2.300/2000, subscrito pelo deputado Clementino Coelho, que propõe o acréscimo de um parágrafo único ao artigo 131 da Lei 9.279/96; a redação proposta é a seguinte:

“Parágrafo único. A proteção estende-se ao uso da marca ou de textos que a caracterizem inequivocamente, em documentos, dados ou nomes de domínio para uso em redes de computadores, inclusive a Internet.”

No outro, no Projeto de Lei nº 2.535/2000, de iniciativa do Deputado Valdeci Oliveira, aproveita-se o texto acima reproduzido e propõe-se a criação de um novo artigo, cuja redação seria:

“Art. 2º Cabe exclusivamente ao titular a utilização de marca notória ou registrada, nos termos da legislação vigente de nomes de domínio, endereços, referências ou índices usados em redes integradas de computadores, inclusive a Internet.”

Retornando às afirmações acerca da vocação criativa do homem, ela, segundo Faulkner: “é a mais eficaz de todas as escolas de paciência e lucidez. É também testemunho da única dignidade do homem: a revolta tenaz contra sua condição, a perseverança num esforço considerado estéril. Exige um esforço cotidiano, de domínio de si mesmo, a apreciação exata dos limites do verdadeiro, a medida e a força. Constitui uma ascense. Tudo isso ‘para nada’, para repetir e esperar. Mas talvez a grande obra de arte tenha menos importância em si mesma que na prova que exige a um homem e na ocasião que lhe proporciona, de vencer seus fantasmas e de se aproximar um pouco mais da realidade nua.”

## **8. NOTAS E BIBLIOGRAFIA:**

\* ‘in’ “Direito Civil”, Volume V, Saraiva, 1997.

<sup>1</sup> ‘in’ “O Direito Autoral na Internet”, Manoel J. Pereira dos Santos, **IOB**, 2000.

<sup>2</sup> ‘in’ “Responsabilidade do Provedor (de acesso à internet) Por Mensagens Difamatórias Transmitidas pelos usuários; [www. Neofito.com.br/artigos](http://www.Neofito.com.br/artigos).”

<sup>3</sup> Tal referência foi colhida da conferência “Internet e Propriedade Intelectual, Nomes de Domínio e Marcas”, proferida por José Roberto d’ Affonseca Gusmão, e promovida pela **IOB**.

‘in’ “Internet e Propriedade Intelectual, Nomes de Domínio e Marcas”, proferida por José Roberto d’ Affonseca Gusmão, e promovida pela **IOB**.

\*José Afonso da Silva, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Malheiros, 1997, p.404/405.

BOBBIO, Norberto. “Sur le principe de légitimité”, in P. Bastid et al, p. 49.

BRASIL, Angela Bittencourt. “Informática Jurídica – O Ciber Direito, 2000.

DAOUN, Jean Alexandre et alii. “Direito & Internet” – Aspectos Jurídicos Relevantes. Editor, 2000.

GOUVÊA, Sandra. “O Direito na Era Digital – Crimes Praticados por meio da Informática. Mauad, 1997.

GRECO, Marco Aurelio. “Internet e Direito”. Dialética, 2000.

LUPI, ANDRÉ LIPP PINTO BASTO. “Proteção Jurídica do Software – Eficácia e Adequação, Síntese, 1998.

MARSHALL, Carla Izolda Fiúza da Costa et alii. “Internet e Direito”. Lumen Juris, 2000.

MARZOCHI, Marcelo de Luca. “Direito.br – Aspectos Jurídicos da Internet no Brasil”. LTr, 2000.

SÁBATO, Ernesto. “O Escritor e Seus Fantasmas”, Francisco Alves, 1985.

## **PENA E MEDIDA DE SEGURANÇA E O REFLEXO DA DUALIDADE NO ÍNDICE DA CRIMINALIDADE E NO TRATAMENTO DO DELINQUENTE**

Autor: UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (\*)

O professor Francisco de Assis Toledo, em seu trabalho – Perspectivas do Direito Penal Brasileiro – procurou demonstrar o fracasso do método institucional de tratamento do delinquente- pena e medida de segurança- e acenou para um sistema unitarista de combate ao crime para os imputáveis, eliminando-se, em consequência, a medida de segurança prevista no sistema dualista. Tal sugestão, do ilustre membro da comissão elaboradora dos anteprojetos do Código Penal e da Lei de Execução Penal, foi acolhida pelo vigente Código Penal, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.209, de 11 de Julho de 1984, em sua parte geral, onde o Sistema Unitarista- só pena para os imputáveis e só medida de segurança para os inimputáveis- se destaca.

Sem embargo da política criminal unitarista, abraçada, atualmente, pelo Código Penal, tenho para mim que não se pode debitar o fracasso do método de combate ao crime ao sistema dualista - pena e medida de segurança, anteriormente vigente no Código Penal, pois esse sistema, ao lado de penas menos aflitivas, somadas com a medida de segurança, para os criminosos imputáveis e perigosos, preocupou-se sobretudo com a personalidade do criminoso e com a sua periculosidade e de só devolvê-lo ao meio social, mesmo depois de cumprida a pena, quando cessada aquela.

O Sistema dualista – pena e medida de segurança – sem dúvida alguma, teria gerado bons resultados se, em lugar da pálida colaboração dos diversos segmentos da sociedade, se fizessem, presentes esforços no sentido de se tornar menor o nível de desemprego, de uma maior assistência aos mais necessitados, de um maior ajustamento nos lares, com os pais participando mais ativamente da vida dos filhos, de um disciplinamento da televisão e da imprensa com a proibição de notícias “manchetes” que promovam os criminosos, fazendo com que outros menos perigosos sigam os seus exemplos, com o objetivo de se destacarem, obtendo as “manchetes” que lhes darão a almejada respeitabilidade no meio

---

\* Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

criminoso. Se se fizessem também presentes esforços no sentido de um sistema penal mais harmônico, isto é, de um Direito Processual Penal em íntima relação com o Direito Penal e de um sistema penitenciário que não seja, como o é, constituído de verdadeiros “infernos de gulag”, que só transformam os criminosos em verdadeiros monstros ou aumentam a monstruosidade porventura neles existente, mas de estabelecimentos voltados para a recuperação efetiva dos delinqüentes.

Nos dias atuais, e em que pese um regime mais aberto e menos aflitivo e a instalação do sistema unitarista, o que se vê, nos grandes centros, é um tranqüilidade bem maior do que se via com o sistema dualista, tranqüilidade essa traduzida na insegurança total, no pavor do próximo assalto ou estupro e da violência em geral que rondam as portas dos lares brasileiros, tornando-nos reféns do próprio medo.

Acenar-se com a pena de morte para a solução dos crimes violentos, numa sociedade como a nossa, onde as crianças abandonadas, filhos do infortúnio, nascem e crescem em comunidades dos “sem nada” e que como párias seguem o seu destino, tornando-se vítimas do próprio infortúnio, é incidir em um terrível engano, vez que, assim como o melhor remédio para a “dor de dente” não é a extração deste, da mesma forma, o caminho primeiro e preventivo para evitar-se o aumento desproporcional desses crimes não é aplicação da pena de morte aos que neles incidem, nem a manutenção da sua segregação por anos intermináveis, quando já cumprida a pena e cessada a sua periculosidade, mas, sim, cuidar-se do canal que gera tais crimes, isto é, do canal causador dessa terrível “dor de dente”, que vem trazendo o pânico aos lares brasileiros, combatendo-se o desemprego e a fome dele decorrente, o que pode ser facilitado com a criação de agrovilas nas periferias das grandes cidades, nos extensos espaços vazios que, mais das vezes, são destinados, de forma errada e injusta, a pessoas de grande poderio econômico, para a construção de suntuosas mansões. Mas este combate não deve ficar a cargo exclusivamente do governo. Dele deve participar toda a sociedade brasileira. A igreja, que, indubitavelmente, é um grande freio inibitório à prática do mal, deve ter um maior contato não só com a chamada classe alta, mas sobretudo com a população carente. Toda a sociedade deve contribuir de forma marcante, no sentido da criação, em todos os bairros adjacentes dos grandes centros, de escolas técnicas profissionais; no sentido de criarem-se postos de assistência alimentar aos desempregados, o que pode ser feito em cada bairro com o auxílio da respectiva comunidade. Dê-se menos as hipócritas esmolas de rua e invista-se de forma efetiva nas entidades assistenciais já existentes

ou outras se criem, diminuindo-se, assim, a mendicância e eliminando-se ao máximo a vadiagem. Estas são poucas das inúmeras providências que podem e devem ser tomadas para minorar os sofrimentos dos que nada têm, antes que seja tarde demais. Ao lado dessas e outras providências preventivas, que governo e sociedade devem adotar, unidos, medidas duras contra a prática do crime violento devem ser aplicadas, sendo oportuna a separação dos criminosos perigosos dos demais, em penitenciárias agrícolas, especialmente, para tanto, construídas e onde se instalem igreja, escola e um mini-hospital, com o objetivo precípua de recuperá-los para a família e para a sociedade e só os devolvendo a estas depois de cessada a sua periculosidade, o que se obterá com a volta do sistema dualista – pena e medida de segurança .

Sugiro, pois , a volta do sistema dualista – pena e medida de segurança – para crimes violentos, ao lado da efetiva assistência à saúde, assistência jurídica a ser prestada por profissionais competentes, de tal maneira que se possa evitar que o interno permaneça preso, por mais tempo que a lei o permite ou por tempo superior ao que foi condenado, ou de ser submetido a uma interminável medida de segurança, porque não requerido o exame de cessação de periculosidade que deve ser feito mesmo durante o cumprimento da pena; ao lado também da assistência educacional, religiosa, social e de toda assistência de que o egresso necessite.

Torne-se a vida menos penosa para os indivíduos totalmente carentes de assistência e se dê ao recluso a assistência prevista na Lei de Execução Penal, e o sistema dualista, se reintroduzido, trará resultados que, por certo, afastarão a lembrança da pena de morte!



## O TERRITÓRIO DO ESTADO E A GRADAÇÃO DA SOBERANIA

Margarida Cantarelli (\*)

Dentre os temas que vêm desafiando a capacidade de adequar conceitos antigos à sociedade internacional atual, sem dúvida, o território do Estado figura nos primeiros planos. É uma consequência das transformações que ocorrem no próprio Estado, como também, nas possibilidades tecnológicas de um mundo novo, cujas relações desenvolvem-se, em parte, num espaço não territorial.

Como se tem falado no fim do Estado<sup>1</sup>, igualmente autores se referem ao fim do território. Todavia, um e outro parecem ser, mais do que nunca, objeto de paixão. Conforme antiga tradição, os homens fazem deles um motivo essencial de discórdia. Morre-se hoje para que esta ou aquela porção de terra permaneça sérvia, croata ou bósnio-muçulmana; sacraliza-se a terra da Palestina ou de Israel; mata-se para que os bascos tenham uma pátria independente. Cada minoria procura traduzir numa reivindicação territorial intransigente a vontade de se afirmar e de se distinguir. A guerra e a paz, a ordem e a desordem internacionais parecem depender inteiramente da ambição de arrumar ou de rearrumar os frágeis mapas do mundo<sup>2</sup>.

Ao mesmo tempo, e contrapondo-se, as lógicas das redes de relações, que retêm uma parte crescente e essencial da atualidade da cena mundial, levaram a mudanças nas relações internacionais que desbaratam os territórios, maltratam a sua soberania e desvalorizam o seu papel político, econômico e social: os circuitos financeiros, as trocas comerciais, as difusões de ondas e de imagens, as migrações das pessoas, as solidariedades religiosas, culturais ou lingüísticas, as diásporas de todos os tipos, sobrepõem-se, em potência e em eficácia, ao peso dos territórios.

Do ponto de vista jurídico, nada parece ter mudado. O Direito Internacional concede a mesma reverência ao princípio da territorialidade, tomando o território como o quadro espacial no qual se estabelecem todas as comunidades humanas, materializando a sua fixação ao solo e determinando os seus limites, bem como os limites da sua soberania.

---

\* Juíza do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Coordenadora Acadêmica da ESMAFE - 5ª

<sup>1</sup> Jürgen Habermas. *Après l'État-nation – une nouvelle constellation politique*. Paris: Fayard. 2000. Philip, Christian; Soldatos, Panayotis. *Au-delà et deçà de l'État-Nation*. Bruxelles: Bruylant. 1996.

<sup>2</sup> Bardie, Bertrand. *Fim dos Territórios*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

Não é seguro, afirma Bertrand Bardie, que o modelo vestfaliano possa acomodar-se com o seu contrário para compor com ele uma nova ordem estável. Pelo contrário, é evidente que os atentados aos princípios fundadores não podem ser negligenciados, subestimados, nem simplesmente interpretados através do recurso às teorias da regulação sistêmica ou às da adaptação incremental. Desenha-se uma nova cena mundial, que tanto é aterritorial, como está sujeita à concorrência de várias lógicas territoriais contraditórias e que, cada vez mais, é banalmente chamada Estado-Nação.

A ilusão cartográfica já não é suficiente para dissimular esta pluridimensionalidade das relações, que já só em parte são internacionais. As relações entre nações – aliás, cada vez mais difíceis de territorializar – passaram a ser um aspecto do funcionamento de uma cena mundial feita também de redes de relações, de proliferação e de volatilidade de alianças, elas próprias inscritas em diversos espaços.

Mas, o território do Estado continua, na sua concepção clássica, apresentando duas características: a) *delimitação*, no sentido de que existem limites ao poder territorial do Estado, isto é, há linhas que separam o território dos Estados; b) *estabilidade*, ou seja, a sua população é sedentária. Embora haja conflagrações nos limites de muitos Estados, a maioria das linhas divisórias se apresentam com certo grau de estabilidade.<sup>3</sup>

Muitas são as teorias que foram apresentadas sobre a natureza jurídica do território, dentre elas, quatro tiveram maior aceitação da doutrina.

A primeira teoria é a que considera o *território como elemento constitutivo* do Estado ou do *território-sujeito*, sendo parte da sua própria personalidade, e assim é considerado como *qualidade do Estado*. O Estado tem o poder de *imperium* e não de *dominium*, como pretende a teoria do Estado-objeto. Foi absorvida pelos teóricos da *geopolítica*, tendo um dos seus seguidores definido o Estado como “um pedaço de solo e um pedaço da humanidade”(Ratzel)<sup>4</sup>, e foi defendida na Alemanha por Jellinek.

Essa teoria sofreu críticas por não se coadunar com diversos fenômenos da vida internacional, como as cessões de território. A crítica não quer significar que se esteja negando ser o território um elemento do Estado, que deixa de existir quando aquele desaparece por completo, mas subsiste se o mesmo for alterado, sem que tal fato atinja a sua personalidade internacional.

<sup>3</sup> Mello, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar. 12ª Ed., vol. II p. 1035

<sup>4</sup> Rousseau, Charles. “*Derecho Internacional Publico*”. Barcelona: Ariel. 1966, p. 90.



A segunda teoria é do *território-objeto*. Segundo os seus adeptos, o território é o objeto mesmo do poder estatal. Essa idéia se manifestou em duas direções: o poder estatal como a) um direito real de propriedade, ou b) um direito real de soberania.

A primeira interpretação reside na velha concepção do Estado patrimonial. O território é objeto de um direito real do Estado, que tem sobre ele um direito de propriedade. Esta teoria recebeu inúmeras críticas, uma vez que a noção de propriedade não é entendida de maneira uniforme em toda a sociedade internacional. Tem um cunho privatista e está consagrada na Constituição norte-americana. No Brasil, foi adotada por Rui Barbosa e está presente em nossas Constituições.

A segunda interpretação é igualmente criticada, pois só poderia ser admitida pelos que aceitassem a ficção de um Estado personificado, titular de direitos subjetivos.

A terceira teoria, do *território-limite* admite que o território não é mais que o perímetro dentro do qual se exerce o direito de mando do Estado, em suma, o marco dentro do qual se efetiva o poder estatal.

A crítica que se faz a esta terceira teoria é de que tem um aspecto negativo, pois o território não é apenas um limite para a competência do Estado, mas proporciona-lhe um título positivo de competência, habilitando-o a atuar. Além do mais, pode-se observar que o Estado exerce competência fora do seu território, por exemplo, no Alto Mar.

A quarta teoria, do *território-competência*, introduziu-se na doutrina austríaca (Kelsen) e através dela ganhou espaço no Direito Internacional. Por ela, o território é considerado como uma porção da superfície terrestre em que se aplica, com efetividade de execução, um determinado sistema de normas jurídicas. O território não é mais do que a esfera de competência espacial do Estado, o marco dentro do qual tem validade a ordem estatal. É onde o Estado exerce os atos coativos

Esta teoria foi considerada por Charles Rousseau muito mais satisfatória que as precedentes, porque tem o mérito de integrar-se no marco geral da técnica do direito público, que considera as prerrogativas estatais como competências atribuídas aos governantes e aos agentes públicos para a realização de determinadas funções de interesse social. Também, porque é capaz de explicar, melhor que as precedentes, as cessões territoriais e a determinação da natureza jurídica do território colonial.

Todavia, também recebeu críticas, levando Kelsen a distinguir o território em sentido estrito e lato, pois, pela formulação inicial, o alto mar seria território

do Estado, já que nele podem eventualmente incidir as normas jurídicas de um determinado Estado.

Outras teorias devem ser mencionadas, dentre as quais a da *soberania territorial*, desenvolvida por Verdross, sendo uma variante da anterior, a qual procurou corrigir e complementar.

A *soberania territorial*, para Verdross, estaria limitada pelo Direito Internacional de onde ela deriva. Nada impede que um Estado ceda certas competências sobre o seu território (arrendamento) e conserve a sua soberania sobre ele, da mesma forma que exerce certas competências fora do território (alto mar), o que não significa que este faça parte do seu território.

“A soberania não deixa de ser competência, mas é um feixe de competência, é o conjunto de todas elas”<sup>5</sup>.

Embora seja, na opinião de Celso de Albuquerque Mello, a teoria que melhor se adapta à vida internacional, apresenta certas falhas por não responder a algumas questões, tais como: quem seria o titular da soberania territorial? Seria possível um Estado alienar todo o seu território?

E, ainda, vale mencionar, uma última teoria, a do *espaço vital*, adotada pelo III Reich, entre 1933 e 1945. Juristas nacionalsocialistas qualificaram de espaço vital aquela extensão espacial que deveria ser acessível a um povo determinado para assegurar a manutenção e o desenvolvimento de sua existência.

A introdução formal da teoria do espaço vital no direito positivo ocorreu no preâmbulo da Tratado de Aliança Germano-italiano, de 22 de maio de 1939, segundo o qual os Estados signatários tomavam a decisão de “intervir conjuntamente e com suas forças unidas, para assegurar o seu espaço vital e para manter a paz”. Igual determinação aparece no Pacto Tripartite germano-italo-japonês, de 27 de setembro de 1940.

O *território*, considerado como um dos três elementos político-sociais do Estado (população, território e governo) na concepção de Charles Rousseau, tem um sentido jurídico mais amplo do que indica a acepção etimológica e originária do termo.

Na forma mais tradicional, pode-se considerar que o território de um Estado é a porção da superfície terrestre<sup>6</sup>, seja de terra firme ou de água, submetida à soberania do Estado, abarcando seus prolongamentos verticais, estendendo-se aos espaços do subsolo e aéreo em que se possa desenvolver uma atividade

<sup>5</sup> Mello, Celso. op. cit. p. 1039.

<sup>6</sup> Azambuja, Darcy. Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Ed. Globo. 1980. “território é o país propriamente dito, e portanto país não se confunde com povo ou nação, e não é sinônimo de Estado, do qual constitui apenas um elemento” p. 36.

humana, assim como às coisas sobre as quais exerça o seu poder estatal (navios e aeronaves).

Portanto, se a divisão do território de um Estado apresenta um cunho didático, também pode representar os diversos graus de soberania exercida em cada espaço: a) território “terrestre”, ou seja, a superfície de terra firme ou território stricto sensu, onde vive a corporação política, dentro das fronteiras nacionais, incluindo as ilhas, o subsolo e a plataforma continental ; b) território marítimo: águas interiores, golfos, baías , portos, mar territorial; c) território aéreo: espaço aéreo; d) território ficto: os navios e as aeronaves; e) território com soberania específica: zona econômica exclusiva e zona contígua.

Na Constituição brasileira de 1988, como nas anteriores, dentro da idéia de direito real de propriedade, alguns dos espaços territoriais aparecem incluídos no art.20, entre os bens da União.

A Constituição da Espanha de 1973, adota a mesma linha das Constituições brasileiras. No Título relativo à “Economia e Fazenda”, no art. 132, estabelece:

- “ 1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.*
- 2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”.*

A Constituição de Portugal, de forma mais apropriada que o dos exemplos antes citados, trata sobre o território no seu art. 5º:

- “1. Portugal abrange o território historicamente definido no continente europeu e os arquipélagos dos Açores e da Madeira.*
- 2. A lei define a extensão e o limite das águas territoriais, a zona econômica exclusiva e os direitos de Portugal aos fundos marinhos contíguos.*
- 3. O Estado não aliena qualquer parte do território português ou os direitos de soberania que sobre ele exerce, sem prejuízo de rectificação de fronteiras”.*

A Constituição de Cuba, dentre as muitas analisadas, é a que aborda o tema com maior propriedade, colocando no seu art. 11:

- “El Estado ejerce su soberanía:*  
*a) sobre todo el territorio nacional, integrado por la Isla de Cuba, la Isla*

*de la Juventud, las demás islas y cayos adyacentes, las aguas interiores y el mar territorial en la extensión que fija la ley y el espacio aéreo que sobre estos se extinde;*

*b) sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país;*

*c) sobre los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas, el lecho y el subsuelo de la zona económica marítima de la República, en la extensión que fija la ley, conforme la práctica internacional.*

*La República de Cuba repudia y considera ilegales y nulos los tratados, pactos o concesiones concertados en condiciones de desigualdad o que desconocen o disminuyen su soberanía y su integridad territorial”.*

Embora não conste expressamente em todas as Constituições que o Estado exerce *soberania plena* sobre o seu território, não há dúvidas de que isto ocorre com relação ao território *“terrestre”*. É nele que vive a sua população e é sobre ele que recai o *feixe de competência* de que fala Celso de Albuquerque Mello. Quase sempre os estudos se fixam sobre o exercício da soberania estatal *ratione loci*, mas, deve-se ter em conta que um dos pontos distintivos das transformações que vêm ocorrendo nos Estados é o de que as exceções estão cada dia mais ampliadas, indo muito além das velhas imunidades de jurisdição internacionalmente admitidas *ratione personae* (agentes diplomáticos) e com múltiplas hipóteses de extraterritorialidade de jurisdição, *ratione materiae*.

No que diz respeito ao *subsolo*, pela condição natural de prolongamento vertical inferior e contiguidade geográfica ao território, é indiscutível que a *soberania* do Estado sobre ele também é *plena*, embora se exerça basicamente quanto à exploração econômica dos recursos naturais aí existentes, já que não há forma de vida humana regular em tal espaço.

Renovando a citação à Constituição Brasileira de 1988, nela está estabelecido, no art.20, IX, que são bens da União os recursos minerais, inclusive os do **subsolo**.

Quanto ao *espaço marítimo* do território do Estado, e aí para facilitar a remissão legal e convencional inclui-se também a *plataforma continental*, constata-se que a soberania do Estado costeiro *não* é exercida na mesma intensidade, no mesmo grau, em todas as zonas que o compõem. Há limitações e especificidades de grande relevância, além do aparecimento de outros sujeitos (Estados terceiros: Estados sem litoral ou geograficamente desfavorecidos) que se habilitam ao exercício de direitos, antes exclusivos do Estado costeiro.

O mar sempre exerceu influência sobre muitos povos que, atraídos pelo seu fascínio, lançaram-se a aventuras. Na busca do desconhecido, de riquezas e

de glórias, muitos trouxeram louros, outros jamais voltaram. Mas na saga da humanidade, muitas dessas aventuras resultaram em mudanças na própria história. Há povos que ainda hoje são lembrados pelos seus feitos marítimos como, na Antigüidade, os fenícios, os cartagineses, os vikings, reconhecidos como grandes navegadores; na Idade Média, várias cidades viviam em razão do comércio que os seus portos propiciavam e dos mercadores que as levaram ao apogeu da riqueza, fazendo-as reivindicar a ampliação do seu poder, pelo controle de mais espaços considerados estratégicos. Assim se arvoraram soberanas também sobre o mar que as circundava: Veneza, sobre o Mar Adriático, Gênova sobre o Golfo da Ligúria, Pisa sobre o Mar Tirreno.

No início da Idade Moderna, os portugueses e espanhóis lançaram-se ao mar na busca de uma nova rota que alcançasse o oriente, ou seja, um novo caminho para as Índias, já que a velha rota se tornara intransponível, com a queda de Constantinopla. Contribuíram, com muito mais do que aparentemente buscavam, realizando grandes descobrimentos, inclusive o do Brasil, que transformaram a história da humanidade.

Os ingleses, posteriormente, tornaram-se senhores dos mares, notabilizando-se pelo seu poderio naval, garantia da vasta extensão territorial do seu Império. Outros povos também foram atraídos pelo lucro com o comércio de produtos de terras distantes, como os holandeses, que atuavam através de empresas, como as conhecidas Companhia das Índias Orientais e Ocidentais. Esta, bastante familiar em razão da ocupação holandesa no Nordeste do Brasil, no Século XVII.

Vale lembrar, como decorrência dos descobrimentos das rotas marítimas, as disputas sobre o domínio dos oceanos, travadas entre o Reino de Castela e o de Portugal, ambos patrocinadores de expedições, e alcançando muitos êxitos. Não foi à toa que o Papa Alexandre VI, dentro do poder de que a Igreja dispunha e abusando das suas preferências pessoais, na Bula Inter Coetera, de maio de 1493, propiciava a divisão do oceano Atlântico (o mar oceano), privilegiando os Reis Católicos, concedendo ao Reino de Castela todas as terras descobertas e por descobrir a partir de 100 léguas a oeste de qualquer das ilhas de Açores e Cabo Verde.

Só posteriormente, com o Tratado de Tordesilhas, em 1494, é que a divisão se tornou mais equânime, avançando a tal linha ou “raia” de 100, para 370 léguas a oeste das ilhas de Cabo Verde, dando assim a primeira conformação ao território que viria a ser descoberto e receberia, depois, o nome de Brasil. A linha de Tordesilhas passava ao norte nas proximidades da hoje cidade de Belém do Pará, e ao sul, perto de Laguna, em Santa Catarina. Mas, só em 1506, com a

Bula “*Ea quae pro bono pacis*”, do Papa Júlio II, é que se pode considerar como confirmada a divisão do mar, na forma como havia sido acordada em Tordesilhas.

As normas sobre o Direito do Mar e o Direito Marítimo tiveram sua origem costumeira e foram se consolidando ao longo do tempo pela prática reiterada, com a consciência da sua obrigatoriedade. Em diversas partes da Europa, já na Idade Média, encontram-se conjuntos de regras seguidas em diversas regiões, como as “Leis de Rhodes”, entre os séculos VII e IX, que vigoraram em todo o Mediterrâneo; as “Tábuas de Amalfi”, no Século X, na mesma região; as “Regras de Oleron”, na França, no Século XII; o “Consulado do Mar”, na região de Barcelona, no Século XIV; as “Leis de Wisby”, também no Século XIV, vigorando no Mar Báltico, além dos “Costumes de Amsterdã”, as “Leis de Antuérpia”, entre muitos ordenamentos.

Uma das mais importantes querelas entre os doutrinadores do Direito Internacional, do final do Século XVI para o início do Século XVII, referia-se à liberdade dos mares. Hugo Grotius, na sua obra “*De mare liberum*” (Capítulo XII do livro “*De Jure Praedae Commentarius*”), defendia a liberdade dos mares, no que foi contestado pelo português Frei Serafim de Souza e pelo inglês John Selden, com “*De mare Clausum sive de Dominio Maris*”, onde este último propugnava pelo domínio dos mares.

Como uma proteção ao território, passou a ser ardorosamente defendido o estabelecimento de uma faixa mar adjacente à costa e que a ela fosse estendida a soberania do Estado costeiro, especialmente como consequência da utilização da pólvora como arma, o que ampliava a capacidade de ataques vindos do mar, com tiros de artilharia, contra as cidades litorâneas.

Várias propostas foram defendidas para a largura da tal faixa que viria a ser chamada de *Mar Territorial*: Welwood e Bodin defendiam 100 milhas; Brecia, 60 milhas, e ainda, havia quem pugnassem por uma largura correspondente ao alcance de um tiro de canhão. Daí veio a famosa frase atribuída a Bynkershoek: “*Potestatem terrae finiri ubi finitur armorum vis*”. Prevaleceu a proposta de Galiani, embora não obrigatória, estabelecendo-a em três milhas náuticas. A soberania do Estado costeiro era exercida sobre essa faixa de mar da mesma forma como sobre o seu território.

O *Mar Territorial*, como observa La Pradelle, é uma criação do direito, sem corresponder a uma noção geográfica, poderia ser chamado de o “*mar dos juristas*”<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Mello, Celso de Albuquerque, op. cit., p. 1104 ss.

Com o passar do tempo, o desenvolvimento das armas e outras possibilidades de utilização do mar, a largura de três milhas perdeu por completo o seu sentido inicial. A força das armas ia muito além da distância fixada nas três milhas e o aproveitamento econômico dos recursos naturais do mar abria novas opções para o desenvolvimento dos povos costeiros. A ampliação da largura do mar territorial começou a se dar por atos unilaterais dos Estados litorâneos, passando de três para seis milhas. Depois foi criada a *zona contígua*, voltada para a pesca; posteriormente a zona contígua foi absorvida pelo mar territorial, alargando-se, então, para doze milhas. Até que o Instituto Hispano-luso-americano de Direito Internacional (Lima,1970) reconheceu que cada Estado tinha o direito de fixar a largura do seu mar territorial. Nessa ocasião, muitos Estados sul-americanos já haviam estendido a faixa para 200 milhas e outros seguiram no mesmo entendimento.

No Brasil, pelo Alvará de 1805, foi adotado, para fixar a largura do mar territorial, o sistema do tiro do canhão. Tal medida fazia todo sentido, tendo em vista a vinda da família real de Portugal, em razão do Bloqueio continental e das guerras napoleônicas, sendo muito importante a segurança das cidades costeiras onde se instalara a Corte.

O Decreto 9.672, de 17 de julho de 1912, instituía uma zona de pesca de 5 milhas e o Decreto 5.798, de 1940, restabeleceu a largura de três milhas. O Decreto-lei 44, de 18 novembro de 1966, aumentou o Mar Territorial para seis milhas e criou uma zona contígua de pesca de mais seis milhas. Nesta zona, o Brasil possuía o direito exclusivo de pesca e de exploração dos recursos vivos. O Decreto-lei 553, de 1969, aumentou o mar territorial para doze milhas, absorvendo assim a zona contígua de pesca.

O Decreto-lei 1.098, de 25 de março de 1970, aumentou o mar territorial para 200 milhas. As pressões externas sobre o governo brasileiro, provenientes de Estados com grandes interesses pesqueiros, levaram ao Decreto 68.459, de 1 de abril de 1971, que, visando regulamentar a pesca, com o aproveitamento racional e a conservação dos recursos vivos do mar territorial brasileiro, estabeleceu duas zonas de 100 milhas cada, sendo que na zona mais próxima à costa a atividade pesqueira estava reservada às embarcações nacionais de pesca e, na segunda parte, poderia também ser explorada por embarcações estrangeiras.

Com a Lei 8.617, de 4 de janeiro de 1993, o Brasil ajustou suas normas e regras internas às da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (Convenção de Montego Bay), delimitando os espaços marítimos, os direitos e deveres em cada parte, aos termos fixados internacionalmente, que passaram a inte-

grar o nosso ordenamento jurídico. Inclusive, com a revogação de todas as normas que lhe fossem contrárias.

É oportuno lembrar que só no Século XX, sob os auspícios da Liga das Nações, é que surgiu a preocupação em codificar o Direito do Mar. As tentativas da Sociedade Genebrina foram infrutíferas e a Conferência reunida na Haia, em 1930, terminou sem a celebração de qualquer tratado.

Com o advento da Organização das Nações Unidas, já depois da 2ª Grande Guerra, é que o tema voltou a ser examinado pela Comissão de Direito Internacional, culminando com a realização da 1ª Conferência das Nações Unidas, em 1958, resultando nas quatro Convenções de Genebra sobre Direito do Mar: “Mar Territorial e Zona Contígua”; “Alto Mar”; “Pesca e Conservação dos Recursos do Alto Mar” e “Plataforma Continental”. Todavia, nem a Convenção específica sobre Mar Territorial, nem quaisquer das outras três estabeleceram a largura do Mar Territorial.

Novas negociações se iniciaram para outra Convenção sobre Direito do Mar. Uma 2ª Conferência das Nações Unidas foi realizada em 1960 e a 3ª Conferência, que teve início em 1973, com 164 Estados participantes, chega ao seu fim em 1982, com a conclusão e assinatura de um Tratado por 117 Estados, em Montego Bay, na Jamaica.

A Convenção de Montego Bay, como ficou conhecida pela adoção do nome da cidade onde foi assinada, contém muitas inovações em matéria de Direito do Mar, pois consolidou costumes internacionais e textos esparsos, clarificou situações controversas, modernizou conceitos e, entre os muitos avanços, estabeleceu a largura máxima para o mar territorial em 12 milhas e igual para a zona contígua, criou a chamada zona econômica exclusiva, a “área”, entre inúmeros outros pontos merecedores de referência.

Convém ter claro que muitos Estados já haviam fixado anteriormente o seu Mar Territorial em 200 milhas, sobre as quais tinham *soberania plena*, sob a alegação de que tal medida se fazia necessária ao seu desenvolvimento econômico e melhoria da condição de vida do seu povo. A redução deste para apenas 12 milhas acarretaria uma situação, para muitos, inaceitável. Assim, levando em conta que a razão do alargamento anterior estava fundada na necessidade de aproveitamento dos recursos naturais (vivos ou não vivos), ficou estabelecido na Convenção que as 188 milhas restantes do que antes era o mar territorial passariam, no ordenamento internacional, à categoria de *Zona Econômica Exclusiva*. Ou seja, para fins de exploração econômica o Estado costeiro teria sobre tal faixa (ZEE) *direitos de soberania*.



Como foi dito, é preciso distinguir as diversas faixas ou zonas em que se divide o espaço marítimo do território, uma vez há grandes diferenças na incidência da soberania do Estado costeiro.

A figura mais discutida, como visto, é a do *mar territorial* e a sua noção tem sido apresentada de forma mais ou menos uniforme na prática internacional. A definição que foi dada no art. 1º, da Convenção de Genebra, de 1958, está similarmente repetida no art. 2º da Convenção de Montego Bay:

*“Art. 2º Regime jurídico do mar territorial, seu espaço aéreo sobrejacente, leito e subsolo*

*1. A soberania do Estado costeiro entende-se além do seu território e das suas águas interiores e, no caso do Estado-arquipélago, das suas águas arquipelágicas, a uma zona de mar adjacente designada pelo nome de mar territorial.”*

Dessa definição constata-se que o Estado costeiro exerce no mar territorial *soberania plena*. Isto quer dizer que sobre essa faixa de mar tem ele os mesmos direitos exclusivos, como sobre o seu território terrestre. O Estado tem o direito de fixar cerimonial marítimo, de pesca, de estabelecer regras sanitárias, aduaneiras e fiscais, exercer a sua jurisdição civil e penal, entre outros.

Mas, essa faixa de mar tem uma largura estabelecida no art.3º, e um ponto para iniciar a medição, qual seja uma de linha de base. E isto está dito na Convenção:

*“Art. 3º. Todo Estado tem o direito de fixar a largura do seu mar territorial até um limite que não ultrapasse 12 milhas marítimas, medidas a partir de linhas de base determinadas de conformidade com a presente convenção.*

Mesmo reconhecendo ao Estado costeiro *soberania plena* na faixa denominada de mar territorial, convém frisar que há uma restrição a essa soberania, que é o chamado *direito de passagem inocente*, formado via costume internacional ao longo dos séculos, e, inclusive, reconhecido no art.17 da própria Convenção de Montego Bay.

A Seção 3 da Convenção, trata da Passagem Inocente pelo Mar Territorial e a Subseção A cuida das normas aplicáveis a todos os navios:

*“Art. 17. Salvo disposição em contrário da presente convenção, os navios de qualquer Estado, costeiro ou sem litoral, gozarão do direito de passagem inocente pelo mar territorial.*

A Convenção, no art. 18, diz que “*Passagem*” significa a navegação pelo mar territorial com o fim de atravessar esse mar sem penetrar nas águas interiores, nem fazer escala num ancoradouro ou instalação portuária situada fora das águas interiores, como também, dirigir-se para as águas interiores ou delas sair.

A passagem deverá ser contínua e rápida. No entanto, a passagem compreende “o parar e o fundear, mas apenas na medida em que os mesmos constituam incidentes comuns de navegação ou sejam impostos por motivos de força maior ou por dificuldade grave, ou tenham por fim prestar auxílio a pessoas, navios ou aeronaves em perigo ou em dificuldade grave.”<sup>8</sup>”

No art. 19, diz a Convenção que a passagem é inocente desde que não seja prejudicial à paz, à boa ordem ou à segurança do Estado costeiro.

Já nas *águas interiores* (art.8º), ou seja, as águas situadas no interior da linha de base do mar territorial, em decorrência do traçado do litoral, como nos portos (art. 11) e nos ancoradouros, (art.12) a *soberania* do Estado costeiro é *plena*, não havendo o direito de passagem inocente, salvo se o traçado da linha de base considerar como águas interiores parte do mar anteriormente considerada como mar territorial.

Com a fixação da largura do mar territorial em 12 milhas, na conformidade do art.3º da Convenção, e para não afastar das negociações e da Convenção aqueles Estados que anteriormente haviam ampliado o seu mar para 200 milhas, foi criada a *zona econômica exclusiva* – ZEE (correspondente a até 188 milhas).

Diz o art.55, da Parte “V”, da Convenção de Montego Bay:

*“A zona econômica exclusiva é uma zona situada além do mar territorial e a este adjacente, sujeita ao regime jurídico específico estabelecido na presente Parte, segundo o qual os direitos e a jurisdição do Estado costeiro e os direitos e liberdades dos demais Estados são regidos pelas disposições pertinentes da presente Convenção”.*

E, no art. 57, está estabelecido que a largura da ZEE não se estenderá além de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial.

A *zona econômica exclusiva*, como observa com absoluta propriedade Celso de Albuquerque Melo<sup>9</sup>, surge da noção de “mar patrimonial” latino-americano e

<sup>8</sup> Art. 18 da Convenção de Montego Bay.

<sup>9</sup> Mello, Celso de Albuquerque. op. cit. p. 1122.

da de “zona econômica afro-asiática”. Um representante do Quênia, lembra o citado autor, durante a 3ª Conferência das Nações Unidas, afirmou que a *zona econômica exclusiva* foi concebida como um meio de defesa contra os países que pilharam o mar em nome da liberdade dos mares.

O conceito jurídico de mar patrimonial surgiu na Declaração de São Domingos, em 1972, inovação que não constava expressamente das Convenções de Genebra. Nele, o Estado costeiro tem direitos soberanos sobre os recursos naturais, renováveis (vivos) ou não renováveis (não vivos), existentes nas águas, no leito e no subsolo das áreas adjacentes ao mar territorial, indo a sua extensão a até 200 milhas, das quais, excluídas as 12 milhas do mar territorial, restariam exatamente 188 milhas, tudo a contar da linha de base a partir da qual todas as medidas são feitas e larguras estabelecidas.

O interesse do Estado costeiro estava sendo analisado tendo em vista os aspectos econômicos, relativamente à pesca e todas as implicações a esta ligadas, como a preservação e a proteção de espécies e à exploração dos recursos não renováveis. A noção de mar patrimonial absorve elementos inerentes ao conceito de mar territorial e outros próprios da noção de alto mar. Assim, os direitos econômicos mencionados identificam-se, no mesmo grau de soberania, com os admitidos no mar territorial, ao tempo em que assegura três das grandes liberdades consagradas para o alto mar, quais sejam: liberdade de navegação, de sobrevôo e de colocação de cabos e oleodutos submarinos. Das grandes liberdades do alto mar ficou excluída, por óbvio, a liberdade de pesca.

Convém não confundir com noções diversas defendidas por Estados do Caribe, como a do chamado “*mar matrimonial*”, que seria adotado naqueles casos de inúmeras ilhas soberanas (pois se pertencessem ao mesmo Estado seria o caso de mar arquipelágico), geograficamente próximas entre si ou do continente, dificultando a divisão do mar, que passaria à propriedade indivisa dos estados costeiros (insulares ou não).

Mesmo consagrada na Convenção de Montego Bay e adotada pelo direito interno dos Estados convenientes, a natureza jurídica da *zona econômica exclusiva* continua a ser discutida na doutrina, na busca de conciliar o hibridismo que ela contém, levando a que muitos autores a considerem como de natureza jurídica “*sui generis*”, ou “*zona intermediária*”, “*quase alto mar*”, ou ainda, “*zona de soberania limitada*”.

Quenedeuc, citado por Celso de Albuquerque Melo<sup>10</sup>, analisa o tema com absoluta propriedade, ao dizer que a natureza jurídica da *zona econômica ex-*

---

<sup>10</sup> Mello, Celso de Albuquerque. op. cit. p. 1123.

*clusiva* vai depender da atividade que for enfocada: a) do ponto de vista dos recursos, ela é patrimônio do Estado; b) do ponto de vista da navegação, ela é alto mar; c) do ponto de vista da pesquisa e da proteção do meio marinho, ela é um complemento dos direitos do Estado sobre os recursos.

A grande questão é determinar se a *zona econômica exclusiva* é ou não território do Estado costeiro. Pode-se dizer que, no sentido estrito, clássico, de território, não o é. Mas, forçoso reconhecer que o Estado costeiro exerce, com exclusividade, alguns dos direitos inerentes à sua soberania territorial, como se mar territorial fosse.

A Convenção de Montego Bay reconhece e consagra, no art.56, 1,“a”, os *direitos de soberania*, quando trata dos direitos, jurisdição e deveres do Estado costeiro na *zona econômica exclusiva*. Entendo, portanto, que embora a doutrina venha dando denominações diversas à natureza jurídica da *Zona Econômica Exclusiva*, mas, na essência todos concordam que em matéria de exploração econômica, os ***direitos de soberania*** estão na mesma hierarquia e não se distinguem dos exercidos para o mesmo fim no *mar territorial*. Nesta hipótese, na minha opinião, direitos de soberania significa dizer ***soberania específica***, que não se confunde com soberania limitada. A diferença está em que a soberania limitada o é pela soberania de outro(s) Estado(s), no grau do seu exercício, enquanto que a *soberania específica é soberania plena sobre matéria(s) determinada(s) - ratione materiae , especificamente fixadas nas normas jurídicas de regência*.

Assim, por exemplo, a pesca, como atividade de inequívoca exploração econômica , ao ser praticada na *zona econômica exclusiva* de um Estado, estará submetida, em *razão da matéria*, às mesmas regras estabelecidas pelo direito do Estado costeiro.

Isto está claro na Convenção no art.56,1, “a”:

“Na *zona econômica exclusiva*, o Estado costeiro tem:

a) ***direitos de soberania*** para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não vivos das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo, e, no que se refere a outras atividades, com vista à exploração e aproveitamento da zona para fins econômicos, como a produção de energia a partir da água, das correntes e dos ventos”.

Recentemente, a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região decidiu pelo reconhecimento da soberania específica do Estado costeiro, no caso

a do Brasil, relativamente à incidência da lei brasileira para regular a condição de cidadãos estrangeiros integrantes da tripulação de navio de pesca de bandeira também estrangeira, embora arrendado a empresa brasileira, mas exercendo atividade de pesca na zona econômica exclusiva do Brasil ( costas da Paraíba).

A Convenção faz, também, distinção entre *direitos de soberania e jurisdição*, dando, assim, uma gradação decrescente, nos direitos do Estado costeiro, relativamente à *zona econômica exclusiva*. Observe-se que a Convenção enuncia as hipóteses em que o Estado costeiro tem *direitos de soberania* (art.56, 1, “a”) e aquelas matérias em que exerce, simplesmente, *jurisdição* ( art.56, 1, “b”), sem que fiquem muito claras as razões da diferenciação jurídica.

Reza a citada alínea “b” do inciso 1 do art.56:

**“b) jurisdição, de conformidade com as disposições pertinentes da presente Convenção, no que se refere a:**

- i) colocação e utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas;
- ii) investigação científica marinha;
- iii) proteção e preservação do meio marinho”.

A Convenção, quando trata dos direitos que os outros Estados têm na *zona econômica exclusiva*, enumera, no art. 58, 1, três das quatro clássicas liberdades consagradas para o alto mar, quais sejam: liberdade de navegação e de sobrevôo, de colocar cabos e oleodutos submarinos (nos termos do art.87), bem como de outros usos do mar internacionalmente lícitos, relacionados com as referidas liberdades, entre outros, os ligados à operação de navios e aeronaves, de cabos e oleodutos submarinos e compatíveis com as demais disposições estabelecidas na Convenção.

*“Art. 58: Direitos e deveres de outros Estados na zona econômica exclusiva:*

*1. Na zona econômica exclusiva, todos os Estados, quer costeiros, quer sem litoral, gozam, nos termos das disposições da presente Convenção, das liberdades de navegação e sobrevôo e de colocação de cabos e dutos submarinos, a que se refere o art.87, bem como de outros usos do mar internacionalmente lícitos, relacionados com as referidas liberdades, tais como os ligados à operação de navios, aeronaves, cabos e dutos submarinos e compatíveis com as demais disposições da presente Convenção”.*

O art.87 da Convenção estabelece as liberdades no alto mar.

É oportuno notar que a Convenção recomenda, tanto aos Estados costeiros, para considerar, no exercício dos seus direitos os direitos dos terceiros (art.56,2), como, no inciso 3º do referido art.58, está dito que os Estados terceiros terão em devida conta os direitos e deveres do Estado costeiro e cumprirão as leis e regulamentos por ele adotados, de conformidade com as disposições da Convenção e as demais normas de Direito Internacional, na medida em que não sejam incompatíveis com a Parte “V”.

Vale também considerar que a Convenção estabelece, no art. 58,2, a aplicabilidade na *zona econômica exclusiva* das normas relativas ao alto mar, ou seja, as previstas nos art.88 a 115:

*“2. Os artigos 88 a 115 e demais normas pertinentes de direito internacional aplicam-se à zona econômica exclusiva na medida em que não sejam incompatíveis com a presente Parte”.*

Entre as matérias versadas nos artigos mencionados, estão: a utilização do alto mar para fins pacíficos; ilegitimidade das reivindicações de soberania sobre o alto mar; direito de navegação, nacionalidade e estatutos dos navios; imunidade dos navios de guerra no alto mar; pirataria e sua repressão, direito de visita, direito de perseguição; direito de colocação de cabos e oleodutos submarinos, danos e indenizações correspondentes, entre outras matérias, o que vem a caracterizar **não** ser a *zona econômica exclusiva* território do Estado costeiro.

Introduziu, também, a Convenção, pelo art. 33, a chamada *zona contígua*, de natureza igualmente indefinida, com 12 milhas de largura, adjacente ao mar territorial, portanto, dentro da *zona econômica exclusiva*, destinada a permitir medidas de fiscalização pelo Estado costeiro. Assim, numa faixa da *zona econômica exclusiva* estão sendo reconhecidos ao Estado costeiro alguns direitos não elencados expressamente nas normas específicas da Parte “V” da Convenção.

*“Art. 33 Zona contígua:*

*1. Numa zona contígua ao seu mar territorial, denominada zona contígua, o Estado costeiro pode tomar medidas de fiscalização necessárias a:*  
*a) evitar as infrações às leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração ou sanitários no seu território ou no seu mar territorial;*  
*b) reprimir as infrações às leis e regulamentos no seu território ou no seu mar territorial.*

2. *A zona contígua não pode estender-se além de 24 milhas marítimas, contadas a partir das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial*”.

A *zona contígua* não é nova no direito do mar e era conhecida pela denominação “zona do alto mar contígua ao mar territorial”. Durante séculos a figura da zona contígua foi utilizada com finalidades econômicas e sanitárias, visando sobretudo a ampliar a área de pesca, como também a garantia da aplicação de leis fiscais e aduaneiras, além das regras sanitárias e de imigração .

Aparece na Inglaterra, no Século XVIII, perdurando até o final do Século XIX, embora este Estado tenha se oposto à criação de tal zona durante as Conferências da Haia, de 1930. Como se pode depreender, o sentido da criação da zona contígua, por ser ela parte do alto mar, seria o de ampliar a soberania do Estado costeiro, ou, pelo menos, de alguns direitos deste, a uma faixa fora do seu território.

Outra possível restrição aos direitos de soberania do Estado costeiro na sua *zona econômica exclusiva* diz respeito às novas figuras introduzidas na Convenção de Montego Bay: *Estados sem litoral* (LLS – Land Locked States) e os *Estados geograficamente desfavorecidos* (GDS – Geographical Disadvantages States).

Os *Estados sem litoral*, portanto sem acesso ao mar, poderão participar dos recursos vivos de zonas econômicas exclusivas, nas condições previstas no art.69 da Convenção, que é bastante explícito:

*Art. 69 Direitos dos Estados sem litoral*

*1. Os Estados sem litoral terão o direito a participar, numa base equitativa, no aproveitamento de uma parte apropriada dos excedentes dos recursos vivos das zonas econômicas exclusivas dos Estados costeiros da mesma sub-região ou região, tendo em conta os fatores econômicos e geográficos pertinentes de todos os Estados interessados e de conformidade com as disposições do presente artigo e dos artigos 61 e 62.*

Celso de Albuquerque Mello informa que na Conferência de Caracas de 1974, surgiu um grupo de Estados denominados de *Estados geograficamente desfavorecidos*, ou também, *Estado geo-economicamente desfavorecidos*. Embora não se tenha sobre eles uma caracterização pacífica, pode-se dizer que são

Estados com pequeno litoral, ou mar pobre em recursos, ou ainda, o seu mar é prejudicado pela localização dos Estados próximos.<sup>11</sup>

Continuando a análise, o citado autor apresenta outros fatores identificadores dos GDS, tais como: a) Estados cujas populações são especialmente tributárias dos recursos do mar para sua alimentação; b) Estados costeiros e em desenvolvimento que não podem ter uma zona econômica exclusiva própria.

A Convenção de Montego Bay, no art. 70, inciso 2, dá a sua caracterização, mais do que uma definição, do que vêm a ser Estados geograficamente desfavorecidos:

*“Art. 70 Direitos dos Estados geograficamente desfavorecidos*

*2 Para fins de presente Convenção, “Estado geograficamente desfavorecidos” significa os Estados costeiros, incluindo Estados ribeirinhos de mares fechados ou semifechados, cuja situação geográfica os torne dependentes do aproveitamento dos recursos vivos das zonas econômicas exclusivas de outros Estados da sub-região ou região para permitir um adequado abastecimento de peixe para fins nutricionais da sua população ou de parte dela, e Estados costeiros que não possam reivindicar zonas econômicas exclusivas próprias.*

Fora a caracterização do GDS, descrito no inciso 2 do art. 70, todas as demais normas são iguais às fixadas para os Estados sem litoral. Na verdade, a idéia da criação desses dois tipos de Estado era a busca da equidade na distribuição dos recursos naturais vivos do mar, todavia, é mais uma possibilidade de restrição dos *direitos soberanos* do Estado costeiro na sua *zona econômica exclusiva*.

Quanto à **plataforma continental**, deve-se ter em conta os aspectos geográficos (oceanográficos) e jurídicos que a envolvem.

A noção geográfica de plataforma continental já era conhecida há algum tempo, sabia-se que os continentes não caem abruptamente do litoral para as grandes profundidades oceânicas, as regiões abissais. Mesmo variando de região a região, o continente prolonga-se numa espécie de planície submarina, embora não seja tão plana como sugere a denominação, pois nela também há relevos (muitos até aparecem como ilhas), e que se inclina natural e gradualmente, formando a chamada plataforma continental, cuja profundidade média é de 200 metros e se estende até o talude ou rebordo continental.

---

<sup>11</sup> Mello, Celso de Albuquerque. op. cit. p. 1126.



A noção jurídica é relativamente recente. Só a partir da possibilidade tecnológica de aproveitamento dos recursos naturais existentes na plataforma é que a sua apropriação pelos Estados costeiros passou a ser reivindicada. Apon-ta-se como primeiro Tratado, visando à partilha de uma área submarina (ainda não denominada de plataforma continental), o celebrado entre a Grã-Bretanha e a Venezuela, especificamente sobre o golfo de Pária, situado entre a ilha de Trinidad e a costa venezuelana.

Mas, foi com as proclamações do Presidente Truman, de 28 de setembro de 1945, que apareceu num documento público oficial a plataforma continental. A proclamação norte-americana inspirou várias manifestações de países outros, entre os quais o Brasil. O fundamento apresentado pelo Presidente americano chamava atenção para as possibilidades de utilização dos recursos naturais das áreas submarinas adjacentes, e mostrava que o progresso científico tornava factível o aproveitamento dos recursos. Dizia a proclamação:

*“Os recursos naturais do subsolo e do fundo do mar da plataforma conti-nental e do fundo do mar da plataforma continental abaixo do alto mar próximo às costas dos Estados Unidos, como pertencentes a estes e sub-metidos à sua jurisdição e controle [...] a plataforma continental pode ser considerada como uma extensão da massa terrestre do país ribeirinho e como formando parte dela, naturalmente”<sup>12</sup>.*

Logo em 1950, o Brasil estabeleceu a sua plataforma continental pelo Decreto n.º 28.840, de 8 de outubro, considerando-a como um verdadeiro terri-tório submerso e constitui, com as terras adjacentes, uma só unidade geográfica.

Diz o Decreto n.º 28.840, de 8 de novembro de 1950:

*“Declara integrada ao Território Nacional a Plataforma submarina, na parte correspondente a esse território, e dá outras providências.  
Art. 1.º - Fica expressamente reconhecido que a plataforma submarina, na parte correspondente ao território continental e insular do Brasil se acha integrada neste mesmo território, sob jurisdição e domínio exclusivo da União Federal.*

---

<sup>12</sup> Nascimento Silva, Geraldo Eulálio; Accioly, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2000, p. 280.

*Art. 2º- O aproveitamento e a exploração de produtos ou riquezas naturais, que se encontram nessa parte do território nacional, dependem, em todos os casos, de autorização, ou concessão federal.”*

A Convenção de Genebra de 1958, sobre a Plataforma Continental, no seu art. 1º, dá a significação do termo:

*“Art. 1º: Para efeitos dos presentes artigos, a expressão ‘plataforma continental’ é utilizada para designar:*

*a) o leito do mar e o subsolo das regiões submarinas adjacentes às costas mas situadas fora do mar territorial, até uma profundidade de 200 metros, ou além deste limite, até o ponto em que a profundidade das águas sobrejacentes permita o aproveitamento dos recursos naturais das referidas regiões;*

*b) o leito do mar e o subsolo das regiões submarinas análogas, que são adjacentes às costas das ilhas”.*

Convém destacar que sobre a *plataforma continental geográfica*, incidem dois regimes jurídicos diferentes, e estão consagrados desde as Convenções de Genebra de 1958, sendo mantidos na atual Convenção de Montego Bay. Na parte da *plataforma continental* (leito e subsolo do mar) até a distância de 12 milhas da linha base, tal como o mar territorial que lhe é sobrejacente, o Estado costeiro exerce soberania plena. O art.2º da Convenção de Genebra, diz:

*“Art.2º: A soberania do Estado ribeirinho se estende ao espaço aéreo, acima do mar territorial, bem como ao leito e subsolo deste mar”.*

No mesmo sentido e quase com igual texto, reza o art. 2º, da Convenção de 1982:

*2. Esta soberania estende-se ao espaço aéreo sobrejacente ao mar territorial, bem como ao leito e ao subsolo deste mar”*

Já na *plataforma continental geográfica* para além das 12 milhas da linha de base, ou seja, além do mar territorial, o Estado costeiro tem *direitos de soberania*. Note-se que no regime da parte anteriormente tratada, ela é chamada de *leito e subsolo do mar*. A denominação de *plataforma continental* ficou reservada à segunda faixa, como uma *plataforma continental jurídica*.

Os *direitos de soberania*, como visto quando da zona econômica exclusiva, são mais restritos. As duas convenções têm alguns pontos diferentes, decorrentes do critério tomado por cada uma para a determinação da plataforma. Para a de Genebra, estendia-se até uma profundidade de 200 metros e para a de Montego Bay, compreende toda a extensão do prolongamento natural do seu território terrestre, até ao bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de 200 milhas marítimas das linhas de base, no caso em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância.

Tem sentido a determinação das 200 milhas como termo da plataforma, pois a faz coincidir com o termo da zona econômica exclusiva.

Os direitos soberanos do Estado costeiro na plataforma continental estão determinados no art.2º da Convenção de Genebra sobre Plataforma Continental, e foram acolhidos pela Convenção de Montego Bay, na Parte VI, artigo 76 e seguintes. Esses direitos são um pouco mais amplos do que os vigentes sobre a zona econômica exclusiva, posto que não admite naquela zona, o aproveitamento por terceiros, como ocorre com os Estados sem litoral ou geograficamente desfavorecidos na ZEE.

A redação dada pela Convenção de Genebra é extremamente clara quando diz que os direitos soberanos são para fins de exploração e aproveitamento dos seus recursos naturais, independentemente de ocupação efetiva ou proclamação expressa. E, se o Estado costeiro não os explorar, ninguém pode empreender tais atividades, nem reivindicar direitos sem o consentimento expresso deste.

Muito preciso ficou o sentido de recursos naturais, compreendendo os recursos minerais e outros recursos não vivos, assim como os organismos vivos, pertencentes às espécies sedentárias, isto é, os organismos que no período em que podem ser pescados, ou de captura, se acham imóveis sobre ou sob o leito do mar, e só podem mover-se em constante contato físico com o leito do mar ou o subsolo.

Também faz parte do território do Estado o *espaço aéreo* sobrejacente ao mesmo. Evidentemente antes da possibilidade da utilização desse espaço para a navegação aérea, como ocorreu com a plataforma continental, pouco interesse despertava para a promoção da sua regulamentação jurídica, pois o uso, a apropriação ou as formas de violação eram praticamente nenhuma.

O Embaixador Nascimento e Silva lembra com muita propriedade que até o fim do Século XIX o direito internacional era bidimensional, pois se ocupava

das questões vinculadas ao domínio terrestre e ao domínio marítimo. Só, segundo ele, graças a Santos Dumont passou a ser tridimensional.<sup>13</sup>

A Convenção sobre Aviação Civil Internacional, assinada em Chicago, em 7 de dezembro de 1944, inicia fixando a soberania dos Estados no espaço aéreo e determinando o que vem a ser território.

*“Art. 1º: Os Estados contratantes reconhecem que cada Estado tem a soberania completa e exclusiva sobre o espaço aéreo que cobre o seu território.”*

*Art. 2º: Para efeitos da presente Convenção, constituem território de um Estado as regiões terrestres e as águas territoriais adjacentes que estejam sob a soberania, jurisdição, proteção ou mandato desse Estado.”*

Essas regras internacionais sobre a soberania no espaço aéreo foram complementadas posteriormente, inclusive pelas Convenções sobre Direito do Mar quando estabeleceram, nos já transcritos artigos das Convenções de Genebra e de Montego Bay, que a soberania do Estado costeiro, exercida sobre o mar territorial, estende-se também ao espaço aéreo.

Portanto, a *soberania* do Estado costeiro se exerce no *espaço aéreo* sobrejacente ao seu território “terrestre”, suas águas interiores e seu mar territorial. Não há qualquer vestígio de soberania sobre a *zona econômica exclusiva*, incluindo-se nela a *zona contígua*.

Todavia, mesmo estabelecendo *soberania completa e exclusiva* sobre o Espaço aéreo, forçoso reconhecer que também nele há restrições, pelo princípio da travessia inofensiva, o sobrevôo do território dos Estados contratantes.

A Convenção de Chicago consagrou as cinco liberdades do ar: a) direito de sobrevôo ou passagem inocente; b) direito de pouso ou escala técnica para reparos; c) direito de desembarcar passageiros, malas postais e cargas procedentes do país de origem da aeronave; d) o direito de tomar passageiros, malas postais e cargas para o país de origem da aeronave; e) o direito de apanhar e deixar passageiros. Estas três últimas são conhecidas como liberdades comerciais.

Há, ainda, que tecer algumas considerações sobre os *navios* e as *aeronaves*.

---

<sup>13</sup> Nascimento Silva, Geraldo Eulálio; Accioly, Hildebrando. op. cit., p. 288.

A questão é saber qual o grau de soberania ou jurisdição que um Estado exerce nos navios e aeronaves.

A teoria da territorialidade do navio, surgiu na segunda metade do Século XVIII. Doutrinadores clássicos a defenderam, sendo os navios considerados território flutuante do Estado, representando um prolongamento do domínio do Estado.

A jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso Lotus, consagrou a territorialidade, todavia não foi uma decisão unânime e hoje perdeu a sua importância. Muitas críticas foram tecidas, entre várias objeções, como a que observa, se o navio fosse território não estaria sujeito ao direito de visita, nem em águas territoriais estrangeiras ficaria submetido à jurisdição do Estado costeiro.

Hoje pode-se fixar a jurisdição de um Estado sobre um navio ou aeronave, levando em conta a correlação: da *nacionalidade*, com a classificação dada ao equipamento (navio ou aeronave) e *local* onde se encontrar.

Há, assim, vários pontos a considerar. O primeiro deles diz respeito à nacionalidade, que é válido para os navios como para as aeronaves. Cada Estado estabelece as condições para a atribuição da sua nacionalidade aos equipamentos de navegação marítima ou aérea, que, devidamente registrados, poderão arvorar o pavilhão correspondente. Todavia, os critérios para fixação da nacionalidade são diferentes para os navios, dos utilizados para as aeronaves.

Com relação aos navios, este aspecto tem apresentado problemas, em razão de facilidades oferecidas por alguns Estados, atraindo o registro de navios e exibindo uma frota mercante simplesmente escritural. São os chamados pavilhões da complacência ou de conveniência, sem que haja um vínculo substancial (*genuine link*) entre o Estado e o navio (ou a pessoa jurídica a quem pertence o navio). É uma prática do início do Século XX, que continua sendo utilizada, inclusive com reflexos na Organização Marítima Consultiva Intergovernamental, onde Estados como Panamá e Libéria, em razão da *tonelagem* que apresentam, dispõem de grandes poderes dentro da Organização.

Quanto às aeronaves, as condições para a concessão da nacionalidade estão estabelecidas no art. 17 e seguintes da Convenção da Aviação Civil Internacional. Hoje, a questão tem se tornado mais complexa, em razão do sistema de *leasing*, e assim, embora a aeronave traga os sinais da sua nacionalidade, não significa que seja de propriedade da companhia de aviação civil cujos padrões visuais ostenta, mas pode pertencer a pessoas jurídicas de outros países.

Um segundo ponto, igualmente determinante da soberania ou jurisdição sobre os equipamentos, está correlacionado com a classificação que pode ser

feita dos mesmos. Válida para navios e aeronaves, podem ser classificados, quer em razão da propriedade dos mesmos, quer em razão da atividade exercida ou da sua destinação, em públicos e privados.

O critério da destinação utilizado para classificar os navios passou a ter razão de ser em virtude de alguns Estados, pela sua estrutura institucional, realizarem atividades mercantes com navios não pertencentes a particulares. Especificamente o caso da ex-URSS.

Daí ter sido feita a distinção em termos de *jus imperii* e *jus gestionis*, considerando-se o navio, mesmo que pertencente ao Estado, subordinado às normas relativas aos navios privados.

Os navios públicos se subdividem em: públicos de guerra e públicos civis. As aeronaves do Estado são igualmente públicas militares e públicas aduaneiras e policiais.

A distinção das aeronaves é dada pela Convenção sobre a Aviação Civil Internacional, no seu art.3, “a” e “b”.

A definição de *navio de guerra* foi dada pela Convenção de Genebra sobre Alto Mar, no art.8º e mantida pela Convenção de Montego Bay no art.29:

*“Para efeitos da presente Convenção, ‘navio de guerra’ significa qualquer navio pertencente às forças armadas de um Estado, que ostente sinais exteriores próprios de navios de guerra da sua nacionalidade, sob o comando de um oficial devidamente designado pelo Estado cujo nome figure na correspondente lista de oficiais ou seu equivalente e cuja tripulação esteja submetida às regras da disciplina militar”.*

Os *navios públicos civis*, considerados, na Convenção de Montego Bay, como navios de Estado utilizados para fins não comerciais, destinam-se ao serviço público civil, como navios oceanográficos, meteorológicos, alfandegários, sanitários, para transporte de Chefes de Estados.

Os navios privados, quando em fretamento para fins públicos, seguem o regime dos navios públicos, o mesmo ocorrendo com as aeronaves.

Os *navios privados* são aqueles destinados a atividades comerciais. São equiparados aos navios privados aqueles que, embora pertencentes ao Estado, destinem-se a atividades mercantes.

O local onde se encontra o navio pode fazer incidir jurisdições diferentes, ou seja, se estiver no alto mar, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva.

Os *navios públicos*, quer de guerra, quer civis, gozam de *imunidade de jurisdição*, onde quer que estejam, conforme estabeleceu a Convenção de Montego Bay, no art.32, excetuando as hipóteses de não cumprimento das leis e regulamentos do Estado costeiro, que pode exigir-lhe saia imediatamente do mar territorial, nos termos do art.30, e a responsabilidade por qualquer perda ou dano resultante do não cumprimento das leis e regulamentos, de acordo com o art.31, da mesma Convenção.

Especificamente com relação ao alto mar, estabelece o art.95, da Convenção:

*“Os navios de guerra no alto mar gozam de completa imunidade de jurisdição relativamente a qualquer outro Estado que não seja o da sua bandeira”.*

O mesmo teor é dado pelo art.96, em relação aos navios utilizados unicamente em serviço oficial não comercial

Alguns doutrinadores ainda admitem aos navios de guerra a ficção da extraterritorialidade, como que identificados com a própria personalidade do Estado. Todavia, da mesma forma como vem ocorrendo relativamente às sedes das Missões Diplomáticas, esta teoria vem perdendo espaço na doutrina, embora na prática não faça muita diferença. O fundamento hoje mais aceito para a imunidade de jurisdição é o do caráter representativo e do respeito mútuo que deve existir entre as nações.

Os *navios de guerra* têm imunidade de jurisdição civil e criminal. Estão imunes a seqüestro, arresto e outras medidas judiciais. Com relação à tripulação, nos casos criminais, é de se observar que se o delito cometido por um membro da tripulação a bordo ou fora de bordo, estando a serviço do comando, a jurisdição penal é a do Estado do pavilhão, mas a imunidade não protege os atos delituosos praticados pela equipagem fora de bordo, em caráter particular. Aí estarão submetidos à jurisdição penal do estado costeiro. As mesma hipóteses ocorrem em relação à jurisdição civil.

A legislação brasileira determina que as visitas de navios de guerra estrangeiros deverão ser precedidas de notificação às autoridades brasileiras, de forma que tais navios possam ingressar no mar territorial e águas interiores, na conformidade do Decreto n.º 56.515, de 28 de junho de 1965, que regula “as visitas de navios de guerra estrangeiros aos Portos e Águas do Brasil em tempo de paz”. Por ser tal decreto do ano de 1965, a terminologia utilizada é relativa ao

*mar*, ainda não está de acordo com as estabelecidas na Convenção de Montego Bay, todavia não deixa dúvidas quanto ao âmbito que abarca.

O Decreto n.º 56.515/65 classifica as visitas de navios de guerra estrangeiros, em: *oficiais*, quando o Governo estrangeiro a que pertencem as unidades, por via diplomática, em comunicação ao Governo brasileiro, lhe der formalmente esse caráter; ou quando se fizerem a convite deste Governo; *não oficiais*, quando na comunicação ao Governo brasileiro, o Governo estrangeiro respectivo lhe der formalmente esse caráter; *operativas*, quando na comunicação ao Governo brasileiro, o Governo estrangeiro informar estar o navio executando missão militar de transporte de pessoal, de carga, logístico, ou exercício para adestramento da guarnição.

Trata, ainda, o Decreto que não são consideradas visitas as de navios arribados, por motivo de avaria, mau tempo ou outra causa de emergência.

Qualquer visita, entretanto, deverá ser precedida de notificação do Governo do Estado a que pertença o navio ao Governo brasileiro, com a antecedência mínima de 60 dias, para oficiais e 30 dias, para as visitas não oficiais e as operativas.

Há limitação do número e de permanência de navios estrangeiros, fixado em três da mesma bandeira e em vinte e um dias, salvo autorização especial, encaminhada via diplomática.

Evidentemente que para os navios arribados não há que se falar em notificação prévia, nem fixação de número ou de permanência em decorrência das razões que motivaram o ingresso nas águas brasileiras, todavia o comandante deve providenciar para que o tempo de permanência seja o menor possível.

Estabelece expressamente o Decreto 56.515/65, que os navios de guerra estrangeiros deverão respeitar as normas nele contidas, além dos regulamentos dos portos brasileiros e da polícia sanitária.

O Decreto mencionado é explícito com relação aos submarinos e ao licenciamento para os exercícios militares, lançamento de torpedos e minas, atirar com artilharia, fazer embarque de tropas, etc.

Os *navios públicos civis* também gozam de imunidade, à semelhança do que é reconhecido para os navios de guerra, o fundamento é o mesmo, isto é, a destinação. Todavia, há algumas diferenças, como por exemplo, neles não pode ser concedido o asilo diplomático.

Os *navios privados* têm regimes diferentes em razão do espaço em que estejam navegando ou fundeados. Se o navio privado estiver no *alto mar*, a jurisdição aplicável é a do Estado do pavilhão, conforme o art. 92 da Convenção de Montego Bay.



*“Art. 92: Estatuto dos navios*

*1. Os navios devem navegar sob a bandeira de um só Estado e, salvo nos casos excepcionais previstos expressamente em tratados internacionais ou na presente Convenção, devem submeter-se, no alto mar, à jurisdição exclusiva desse Estado.*

Nas *águas interiores* a jurisdição do Estado costeiro se exerce da mesma forma do que no seu território terrestre.

Quanto ao *mar territorial*, o Estado costeiro tem competência bem mais restrita do que nas águas interiores, sobre os navios privados estrangeiros, e em razão do direito de passagem inocente. A Convenção de Montego Bay dedica a Subseção B, da Seção 3, sobre passagem inocente pelo mar territorial. O longo art.27, trata da jurisdição penal a bordo de navio estrangeiro, e o art. 28 cuida da jurisdição civil igualmente em relação a navios estrangeiros.

A norma geral é de que não será exercida a jurisdição penal do Estado costeiro a bordo de navio estrangeiro que passe pelo mar territorial com o fim de deter qualquer pessoa ou de realizar qualquer investigação, com relação a infração criminal cometida a bordo desse navio durante a sua passagem. Não se tratava de passagem inocente o caso referido no pedido de Extradução 722-6/99, tendo o Brasil se considerado competente para exercer a sua jurisdição penal.

Todavia, a regra geral admite algumas exceções, previstas expressamente nas alíneas do referido art.27, tais como: se a infração tiver conseqüências para o Estado costeiro; se perturbar a paz do país; se tiver havido solicitação do capitão do navio; se as medidas forem necessárias à repressão do tráfico de estupefacientes ou similares.

Quanto à jurisdição civil, o Estado costeiro não deve parar, nem desviar da sua rota um navio estrangeiro que passe pelo seu mar territorial a fim de exercê-la contra uma pessoa que se encontre a bordo. As medidas cautelares ou executórias só poderão ser tomadas se decorrentes de obrigações assumidas pelo navio durante a navegação ou quando de sua passagem pelas águas interiores.

Com relação à zona econômica exclusiva, em razão da sua natureza ainda pouco nítida, conforme visto, é de se considerar aplicável aos navios privados estrangeiros o mesmo regime do alto mar, salvo naquelas hipóteses decorrentes dos direitos soberanos do Estado costeiro. Mais precisamente, aplica-se a jurisdição do estado costeiro sempre que houver violação aos direitos exclusivos que a este foram assegurados pela Convenção de Montego Bay, quais sejam, os previstos na Parte V, da mesma Convenção. Assim, as atividades de pesca, como

compreendida dentre as correlacionadas com a exploração econômica, terão, os atos e relações que a compõem, direta ou indiretamente, submissão à jurisdição do Estado costeiro.

Quanto às aeronaves, além das regras previstas na Convenção da Aviação Civil Internacional, das normas aplicáveis ao espaço aéreo, na Convenção de Montego Bay, várias convenções internacionais foram especificamente celebradas visando ao estabelecimento de jurisdição em certos crimes.

No tocante às aeronaves militares, o regime é de imunidade, como também são aplicáveis às aeronaves estatais civis as mesmas regras dos navios da mesma espécie. O Estado pode, entretanto, estabelecer regras sobre transporte de armamentos, evitar acrobacias, etc.

Por uma questão de segurança de vôos, o Estado fixa as rotas aéreas que devem se respeitadas pelas aeronaves, mesmo quando utilizando o direito de sobrevôo.

A jurisdição competente em relação aos atos praticados durante o sobrevôo ou no alto mar, a bordo de aeronaves privadas, embora aparentemente simples, não é, na prática, de fácil determinação.

Quando o ato é praticado no espaço aéreo de um Estado, evidente que sendo o espaço aéreo parte do seu território, e sobre ele exercendo sua soberania plena, o princípio da territorialidade é aplicável como regra geral.

Mas, levando-se em conta os aspectos técnicos, a rapidez com que os aparelhos modernos cruzam o espaço aéreo de um Estado, de modo especial em determinadas regiões com Estados de pequena dimensão territorial, tornar-se-ia difícil e impreciso fazer a exata correlação entre o momento em que o fato foi praticado e o Estado subjacente. Igualmente poderia não existir interesse por parte deste em fazer incidir a sua jurisdição, até porque o aparelho não, necessariamente, teria nele pouso previsto.

Daí há os que defendem a competência do primeiro Estado onde houver aterragem, aplicando-se a lei do captor. Outros opinam pela aplicação da lei do Estado da nacionalidade do aparelho, o que seria uma fixação prévia da jurisdição, ou ainda o da nacionalidade do autor, ou ainda, a da vítima.

Em razão da grande freqüência de delitos praticados a bordo de aeronaves, com ameaças a pessoas, com prática de lesões corporais e de homicídios, com desvios de rotas e vários incidentes de graves proporções, que já na sua época levou o Prof. Haroldo Valladão a considerar o surgimento de um novo delito em Direito Internacional, a *pirataria aérea*, houve uma convergência internacional para o estabelecimento de uma Convenção sobre infrações e certos outros atos praticados a bordo de aeronaves.

Nessa premência, voltada para a aviação civil privada, e relativa aos delitos praticados no espaço aéreo sobrejacente ao alto mar ou outras zonas, fora da jurisdição do território de um Estado, foi celebrada a Convenção de Tóquio, de 1963.

*“Art. 1º A presente Convenção será aplicada:*

*a) às infrações às leis penais;*

*b) aos atos que, sendo ou não infrações, puderem pôr ou ponham em perigo a segurança da aeronave ou das pessoas ou bens a bordo ou que ponham em perigo a boa ordem e a disciplina a bordo.*

*2º Sem prejuízo do disposto no Capítulo III, esta Convenção será aplicada às infrações cometidas e aos atos praticados por uma pessoa a bordo de qualquer aeronave matriculada num Estado Contratante, enquanto se achar, quer em vôo, quer na superfície do alto mar ou na de qualquer outra zona situada fora do território de um Estado.*

*3º Para fins da presente Convenção, considera-se que uma aeronave está em vôo desde o momento em que se aplica a força-motriz para decolar até que termina a operação de aterrissagem.*

*4º A presente Convenção não será aplicada em serviços militares, de alfândega e de polícia.*

Na Convenção de Tóquio, a jurisdição prevista sobre as infrações praticadas a bordo de aeronaves é a do Estado de matrícula da aeronave, conforme reza o art. 3º, devendo cada Estado contratante tomar as medidas necessárias para tal fim.

Todavia, o art. 4º prevê as exceções à regra geral:

*“Art. 4º O Estado contratante, que não for o da matrícula, não poderá interferir no vôo de uma aeronave a fim de exercer sua jurisdição penal em relação a uma infração cometida a bordo, a menos que:*

*a) a infração produza efeitos no território desse Estado;*

*b) a infração tenha sido cometida por ou contra um nacional desse Estado ou pessoa que tenha aí sua residência permanente;*

*c) a infração afete a segurança desse Estado;*

*d) a infração constitua uma violação dos regulamentos relativos a vôos ou manobras de aeronaves vigentes nesse Estado;*

*e) seja necessário exercer a jurisdição para cumprir as obrigações desse Estado, em virtude de um acordo internacional multilateral”.*

A Convenção, no Capítulo III, reconhece poderes ao comandante da aeronave para as providências cabíveis, a fim de manter a segurança da aeronave e das pessoas, manter a disciplina e a boa ordem a bordo. Dentre as muitas atribuições reconhecidas ao comandante da aeronave, está a de entregar qualquer pessoa às autoridades de um Estado contratante em cujo território aterrissar a aeronave. Do mesmo modo, o Estado contratante permitirá ao comandante de uma aeronave matriculada em outro Estado contratante desembarcar qualquer pessoa ( art.8 § 1º , art. 9º e art.12 da Convenção de Tóquio), podendo até dete-la, caso as circunstâncias justifiquem, sendo-lhe dadas as condições de imediata comunicação com os representantes do Estado de sua nacionalidade.

Quando um Estado detiver uma pessoa em virtude do art.13, §§ 1º, 2º e 3º, da Convenção, notificará, imediatamente ao Estado de matrícula da aeronave e ao Estado da nacionalidade da pessoa detida e, se considerar conveniente, a todos os demais Estados interessados, sobre a detenção e os motivos que a justificaram.

O § 4º , do mesmo art.13, estabelece que o Estado contratante a que for entregue a pessoa, depois da prática do delito previsto no art.11, § 1º,<sup>14</sup> procederá imediatamente a um inquérito preliminar sobre os fatos. Após a conclusão do inquérito, ainda com fundamento no art.13 §5º, o Estado que houver procedido ao inquérito comunicará seus resultados aos Estados interessados e *indicará se pretende exercer sua jurisdição*.

Posteriormente, um novo texto internacional foi celebrado, na Haia, em 1970, denominado de “Convenção para a repressão ao *apoderamento ilícito de aeronaves*”, voltado também para as aeronaves civis privadas, sem fazer as referências à sua aplicabilidade, como na anterior, apenas limitada aos delitos praticados fora do espaço aéreo de um determinado Estado.

A denominação *apoderamento* foi criticada por alguns autores, que alegavam, na realidade, não se tratar de um confisco da mesma, nem de seqüestro, porque ninguém contestava o título de propriedade. É de se observar, entretanto, que a expressão *seqüestro* quando utilizada com aplicação à aeronave, tem significado análogo ao conceito de seqüestro de pessoas como previsto nas legislações penais e não à figura do direito privado. Várias denominações foram propostas, como: “hijacking” ou “skyjacking”, pirataria aérea, entre outras.

---

<sup>14</sup> Convenção de Tóquio, art. 11, § 1º: Quando uma pessoa a bordo, mediante violência ou intimidação, cometer qualquer ato ilegal de seqüestro, interferência ou exercício de controle de uma aeronave em vôo ou for iminente a realização desses atos, os Estados Contratantes tomarão todas as medidas apropriadas a fim de que o legítimo comandante da aeronave recobre ou mantenha o controle da mesma.

No preâmbulo da Convenção da Haia, os Estados-partes ressaltaram que o apoderamento ou o exercício do controle de aeronaves em vôo colocam em risco a segurança de pessoas e bens, além de afetarem seriamente a operação dos serviços aéreos e minarem a confiança dos povos do mundo na segurança da aviação civil, sendo de necessidade a fixação de medidas apropriadas à punição dos criminosos.

Tal Convenção se aplica aos casos em que o delito previsto no seu art. 1º<sup>15</sup>, se o local da decolagem ou o lugar da aterrissagem real da aeronave a bordo da qual o crime é cometido estiver situado fora do território do Estado de registro da referida aeronave, sendo irrelevante se a aeronave realiza um vôo internacional ou doméstico. Evidente que não se aplicará a Convenção se o lugar da decolagem e o da aterrissagem real da aeronave a bordo da qual o crime é cometido estão situados no território de um só Estado.

A Convenção da Haia, embora sem precisar quais, diz que cada Estado obriga-se a tornar o crime punível com severas penas.

O art.4º da Convenção, explicita:

*1º Cada Estado Contratante tomará as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre o crime e todo outro ato de violência contra passageiros ou tripulação cometido pelo suposto criminoso em conexão com o crime, nos seguintes casos:*

*a) quando o crime for cometido a bordo de uma aeronave registrada no referido Estado;*

*b) quando a aeronave a bordo da qual o crime for cometido aterrissar no seu território com o suposto criminoso ainda a bordo.*

*c) Quando o crime for cometido a bordo de uma aeronave arrendada sem tripulação a um arrendatário que possua o centro principal de seus negócios ou, se não possui tal centro principal de negócios, tenha residência permanente no referido Estado.*

*2º Cada Estado Contratante tomará igualmente as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre o crime no caso de o suposto crimi-*

---

<sup>15</sup> Convenção da Haia, art. 1º: Qualquer pessoa que a bordo de uma aeronave em vôo:

- a) ilicitamente, pela força ou ameaça de força, ou por qualquer outra forma de intimidação, se apodera ou exerce controle da referida aeronave, ou tenta praticar qualquer um desses atos, ou
- b) é cúmplice de uma pessoa que pratica ou tenta praticar qualquer um desses atos comete um crime (doravante referido como “o crime”).

*noso se encontrar presente no seu território e o referido Estado não o extraditar, segundo o artigo 8º, para qualquer dos Estados mencionados no parágrafo 1º do presente artigo.*

*3º A presente Convenção não exclui qualquer jurisdição criminal exercida nos termos da lei nacional.*

A Convenção da Haia manteve os mesmos dispositivos da Convenção de Tóquio relativos à detenção da pessoa que estiver sendo apontada como autora do crime, as comunicações, a elaboração de inquérito preliminar ( art.6º,2º) e a declaração se pretende exercer sua jurisdição.

Um terceiro tratado, denominado “Convenção para a Repressão aos Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil”, de Montreal – 1971 , está voltado principalmente para a segurança da aviação e das aeronaves (sem obviamente omitir a segurança das pessoas a bordo) e segue, com relação à jurisdição penal, as diretrizes das duas anteriores, de Tóquio e da Haia, com algumas modificações que merecem destaque, a respeito do território.

Assim, o art.5º, da Convenção de Montreal, difere do art.4º da Convenção da Haia, já transcrito, quando introduz a alínea “a”, sobre a territorialidade, mantendo para as demais alíneas e incisos a redação do art.5º, quando diz:

*“Cada Estado Contratante deverá tomar as medidas necessárias para estabelecer a sua jurisdição sobre os crimes nos seguintes casos:*

- a) quando o crime for cometido no território do referido Estado;*
- b) quando o crime for cometido contra ou a bordo de uma aeronave registrada no referido Estado*

Celso de Albuquerque Mello, citando Stefan Glaser, observa que as Convenções não abrem exceções para desvios de aeronaves considerados justos<sup>16</sup>, ou seja, quando praticados por motivos pessoais relevantes, quais sejam, entre outros, salvar a própria vida quando perseguidos por razões políticas.

Os desvios ou seqüestros de aeronaves têm no seu maior número, razões políticas, visando os seus autores: a) chamar atenção do mundo para determinados problemas políticos, religiosos ou raciais; b) para fugir de regimes a que se opõem, ou porque correm risco pessoal ou por desejarem alcançar espaços de

<sup>16</sup> Mello, Celso de Albuquerque. op. cit., p. 1237.

liberdade; c) os que visam a apropriação de cargas valiosas para obtenção de vantagens pessoais ou para organizações criminosas.

Pode-se constatar que em todos os espaços do território de um Estado há sempre alguns limites à sua soberania, restringindo a jurisdição, quer decorrentes de tratados, quer de costumes internacionais ou na sua própria lei interna. Cada tratado assinado sempre amplia um pouco mais a colaboração entre Estados, e, correlativamente condiciona a soberania Estatal aos interesses e valores comuns à humanidade.

Mas, é preciso ir mais longe. É preciso entender que não se pode com conceitos do passado enfrentar o mundo de hoje e muito menos o do amanhã. Se não nos coube escolher o modelo como ele está se estabelecendo – se bom ou mau, certo ou errado, cabe-nos, pelo menos, mantermo-nos atentos e conscientes, lutando, no que nos couber, para que ele seja mais justo.





## AS FUNDAÇÕES PÚBLICAS E A REFORMA DO ESTADO

**Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti**

*Professor Titular de Direito Administrativo da UFPE.*

*Juiz do TRF-5ª Reg. Doutor em Direito*

1. A figura da **fundação** apresentou-se no período subsequente à edição do Decreto-Lei no. 900/69 como um dos principais instrumentos para a atuação estatal nas áreas fruto da expansão do modelo do bem-estar social e que não tinham cunho econômico. Sobre ela surgiram várias discussões doutrinárias de relevo, sobretudo acerca do regime jurídico pertinente, o que refletia sobre o pessoal, bens e negócios jurídicos. Tais embates doutrinários foram aplacados com a Constituição de 1988 com a prevalência da tese da “autarquia fundacional” defendida por Celso Antônio. Com a reforma do Estado brasileiro, sobretudo após a EC no. 19/98, algumas questões voltam à tona acerca do regime jurídico e papel destinado a esse tipo de instituição na futura Administração Pública brasileira. Será relevante, também, fazer breve referência ao projeto do Código Civil, em tramitação no Congresso Nacional.

1.2. Antes da Constituição de 1988, a figura da *fundação instituída e mantida pelo Estado* foi muito utilizada, como instrumento para a prestação de serviços de interesse público de cunho não econômico. Surgiram, ou foram em tal “transformadas”, com extinção de anteriores autarquias, entidades com essa estrutura na área educacional [todas as Universidades Públicas Federais criadas no período], cultural [v.g. a Fundação Joaquim Nabuco], na área até de serviços públicos típicos [como o IBGE]. Festejava-se aquela espécie de ente como forma de prestação de serviços sem as peias do regime de direito público [tese privatista, majoritária, sobretudo nas décadas de sessenta, pós Decreto-Lei no. 900/69 e de setenta]. Progressivamente, a doutrina publicista brasileira, defendida a partir de Celso Antônio Bandeira de Mello, ganhou fôlego. Digladiavam-se os autores a partir de dois posicionamentos. O primeiro defendendo a natureza tipicamente privada das fundações instituídas e mantidas pelo Estado e o segundo defendendo serem meras espécies do gênero autarquia. Essa segunda corrente prevaleceu na CF/88, passando-se a entender, sem maiores discussões que as fundações nada mais seriam que espécies do gênero autarquia. Tal conclusão alicerçava-se em vários pilares de relevo, tais como: a unidade do regime de pessoal, a unidade do regime jurídico de regência dos bens e atos jurídicos, etc.

Com a reforma do Estado brasileiro, em implantação, surge uma indagação: Houve alteração do regime jurídico das fundações instituídas pelo Estado com a EC no. 19/98?

Antes de partir para a resposta a essa indagação, deve-se lembrar a estrutura atual dos Órgãos e Pessoas públicas e privadas responsáveis pela prestação de serviços atribuíveis ao Estado, próprios ou impróprios, típicos ou não.

1.3 Pode-se esboçar o seguinte esquema :

ADMINISTRAÇÃO DIRETA – representada pelo conjunto de Órgãos integrantes das pessoas Jurídicas Políticas [União, Estados Membros, Distrito Federal e Municípios], divididos em de direção, de execução e consultivos.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR TERCEIROS:

a) Através de Pessoas Jurídicas vinculadas ao Estado- *a Administração Indireta* .:

Pessoas jurídicas de Direito Público :

- Autarquias
- Fundações Públicas

Pessoas jurídicas de Direito Privado vinculadas ao Estado

- Empresas públicas em sentido estrito [art.5º I, do Decreto-Lei 200/67] e em sentido lato [art. 5º do Decreto-Lei 900/69] e suas subsidiárias
- Sociedades de Economia Mista e suas subsidiárias.

b) Através de Pessoas Jurídicas não vinculadas ao Estado:

- Em atividades de competência estatal, de cunho econômico[ em geral], através de concessões, permissões [regidas, em princípio, pela Lei 8.987/95] ou autorizações.
- Em atividades de cunho não lucrativo, assistenciais, culturais, etc., através de entes de colaboração como as “organizações sociais”.<sup>1</sup>

Pacífico é que o exercício de atividades econômicas, diretamente pelo Estado, ou por empresas sob seu controle, sofreu sensível redução no Brasil na década de noventa, a partir do Plano Nacional de Desestatização [Lei no. 8.018/90 e

<sup>1</sup> Deve-se referir, ainda à existência de outros mecanismos de parceria. Pode-se, inclusive, lembrar, que a Lei 9.790, de 23.03.99 permite que sejam firmados *Termos de Parceria*, entre Entes Públicos e *Organizações da Sociedade Civil, de Interesse Público* para a prestação de serviços que, embora não públicos, pois não inseridos no rol das competências dos entes públicos, sejam de interesse público.

a lei no. 9.491/97] e das alterações constitucionais ocorridas. O princípio da subsidiariedade em matéria econômica foi aguçado [vide arts. 173 e segs. Da CF/88]. Mesmo as atividades econômicas, ou de valor econômico, aquelas passíveis de exploração empresarial que permanecem na competência do Estado, foram desestatizadas, em sua maior parte, quanto à exploração e execução, sobretudo através do renascido instrumento das concessões e, em menor monta, de permissões, e autorizações, impondo-se ao Estado, ressalte-se, para assegurar o direito dos usuários, reforçar o seu papel regulador e fiscalizador, normalmente exercido através de pessoa de direito público especializada. Surge, inclusive, o questionamento no sentido de se só autarquias poderiam destinar-se a esse papel, ou se tal, também, poderia ser exercido por Fundações Públicas.

Mister se faz recordar a polêmica e examinar se, no direito brasileiro, as fundações públicas correspondem a uma espécie do gênero autarquia ,ou se, efetivamente, correspondem a uma *figura distinta*.

1.4 A natureza jurídica das fundações instituídas e mantidas pelo Estado foi, como sabido, até recentemente, objeto de acesas controvérsias doutrinárias, que, por certo , poderão ser em parte reavivadas face à nova redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98 à CF/88, Art.37...

**XIX . Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e *autorizada a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.***

2. Deve-se a essa altura, para melhor situar a questão, fazer um breve retrospecto sobre as fundações públicas no direito brasileiro, instituição que, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, conforme salientado, dividiu a doutrina quanto à sua natureza jurídica e ao seu regime. Tal diversidade de posicionamento, ressalte-se , foi algo peculiar à doutrina brasileira, não sendo objeto de grandes controvérsias na doutrina estrangeira.

2.1. A possibilidade de existirem fundações submetidas ao regime de direito público já era apontada por Otto MAYER no início deste século. Lecionava aquele jurista que a “*fondation publique [öffentliche Stiftung] on leur donne pour caractère particulier d’avoir comme base [abstract ] simplement un certain patrimoine à l’opposé de la corporation et de l’association Qui ont derrière*

*elles un même temps , un groupe de personnes*”<sup>2</sup> Demonstrava que o ser fundação dependia da estrutura jurídica da pessoa e não de ser a pessoa submetida a regime jurídico de direito privado ou público. Reconheceu, frente ao direito alemão, expressamente, a existência de Fundações Públicas.

Na mesma linha, poder-se-iam citar, dentre inúmeros outros publicistas germânicos, LEHMANN<sup>3</sup>, FORSTHOFF<sup>4</sup>. Por outro lado, LAUBADÉRE, VENEZIA e GAUMET, frente ao direito francês, citando Drago e L Constans, ressaltavam da existência de fundações submetidas ao regime de direito público distintas das corporações públicas. Lembravam “*une nouvelle distinction fondamentale entre les collectivités publiques qui sont à caractère de corporation [et engloberaient avec les actuelles collectivités territorielles , les actuels établissements publics rassemblant des groupes humains] et les établissements publics qui sont... à caractère de fondation.*”<sup>5</sup>

Na Itália, já desde o início do século, autores como Carlo GIROLA<sup>6</sup> se preocupavam com as fundações públicas. Mais recentemente, Guido ZANOBINI<sup>7</sup> também procurou apresentar traços distintivos dessas instituições em cotejo com as demais integrantes da Administração italiana. ALESSI, por sua vez, procurou caracterizar as fundações Públicas, identificando-as como *instituições* e apresentando seguinte formulação :

*“Las clasificaciones de las personas jurídicas públicas pueden ser varias segun los distintos elementos que se tomen com base de clasificación. Las clasificaciones mas importantes son las basadas sobre el distinto carácter del substracto del ente... en base al primer elemento, las personas jurídicas públicas se clasifican en entidades de base corporativa e entidades de base institucional. Esta distinción se funda en la de los entes jurídicos en general y de las personas privadas en particular , en las que distingue entre corporaciones e instituciones , conocida distinción basada en la distinta estructura y funcionamiento de ambas categorias”.*<sup>8</sup>

<sup>2</sup> MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand [édition française p/ l'auteur]*. Paris, 1906: V Giard & Brière, p. 268.

<sup>3</sup> LEHMANN, Henrich. *Tratado de Derecho Civil*. Vol I [parte general]. Madrid, 1956: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 634.

<sup>4</sup> FORSTHOFF, Ernst. *Traité de Droit Administratif Allemand* [Trad. Michel Fromont], Bruxelles, 1969: Émile Bruylant, p. 679.

<sup>5</sup> LAUBADÉRE, Andre de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*, tome I, Paris, 1988: LGDJ, p. 222.

<sup>6</sup> GIROLA, Carlo. *Teoria del Decentramento Amministrativo*. Torino, 1929: Fratelli Bocca, p. 237.

<sup>7</sup> ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*, 1º Vol. 5ª ed., 1974, Milano: Dott A Giuffrè, p. 88

<sup>8</sup> ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*, tomo I. Barcelona, 1970: Bosch, p. 54.

No direito português, dentre outros autores, Diogo FREITAS DO AMARAL lecionava, seguindo a trilha de Marcello CAETANO, sobre a figura das fundações públicas, com instituto autônomo, ao lado das fundações de direito privado :

*“Damos por conhecido o conceito de fundação. Acrescentar-se-á apenas que a fundação pública é uma fundação que se reveste da natureza de pessoa colectiva pública. Enquanto a generalidade das Fundações são pessoas colectivas privadas, reguladas pelo Código civil, há umas quantas fundações, que são pessoas colectivas públicas, reguladas pelo direito Administrativo. Trata-se, portanto, de patrimônios que são afectados à prossecução de fins públicos especiais.”<sup>9</sup>*

A existência das Fundações Públicas é aceita pelos principais ordenamentos jurídicos, normalmente tidos como referenciais para as construções jurídicas brasileiras e por seus doutrinadores.

2.2 No direito brasileiro, ressalte-se, antes do surgimento da polêmica dos anos sessenta e setenta, as fundações de direito público já eram mencionadas por clássicos como J M de CARVALHO SANTOS, que, inclusive, destacava que o Estado *“mantem diferentes organizações de difícil enquadramento no sistema legal, compreendendo diferentes espécies de pessoas jurídicas de Direito Administrativo, tais como:*

- a) as autarquias...*
- b) os estabelecimentos de ensino e cultura...*
- c) as organizações do tipo fundacional, subordinadas a organizações outras de interesse público...*
- d) as fundações de direito público interno, ou administrativo”...<sup>10</sup>*

Já publicistas como Themistócles BRANDÃO CAVALCANTI consideravam inadequado aquilo que denominavam de adaptação do modelo germânico, concluindo que *“pouco importam as analogias que existem entre as fundações e as entidades públicas autônomas, quer quanto à impertinência de seu elemento patrimonial à sua destinação especial, traço característico das fundações,*

<sup>9</sup> AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo*. Coimbra, 1986: Almedina. OBS.: Essa posição já era defendida por Marcello CAETANO, há várias décadas, em *Fundações*. Lisboa, 1962: Ática, p. 08.

<sup>10</sup> CARVALHO SANTOS, J.M. *Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro*, vol. XXIII. Rio de Janeiro, 1947: Borsoi, p. 225.

*quer quanto à finalidade coletiva de sua instituição, porque essas analogias se encontram na maioria das instituições jurídicas”<sup>11</sup>*

Essas divergências seriam aguçadas, com a entrada em vigor do Decreto-Lei 200/67 e, sobretudo, com sua alteração pelo Decreto-Lei 900/69, esse último tido como relevante parcela da doutrina, como evidência da adoção da tese da inexistência de fundações de direito público no direito brasileiro.

De um lado, autores como Manoel Oliveira FRANCO SOBRINHO afirmavam que *“fundações como públicas inexistem. A pessoa jurídica chamada fundação não há como forçar argumentos que se perdem na abstração sejam quais sejam os seus fins específicos, somente poderão ser de direito privado, porque assim está institucionalizado e consagrado pelo direito positivo”<sup>12</sup>*, ou Hely LOPES MEIRELLES<sup>13</sup>, ou Sérgio D’ANDRÉA FERREIRA<sup>14</sup>.

De outro lado, autores como José CRETELLA JUNIOR procuravam demonstrar da existência das Fundações de Direito Público. Aquele Mestre paulista, p.e., em respeitável monografia, procuraria demonstrar que *“partindo-se da categoria jurídica da fundação- patrimônio personalizado dirigido a um fim, atingem-se as das modalidades paralelas e inconfundíveis, a fundação de direito privado [patrimônio privado, personalizado pelo registro, afetado a fins particulares] e a fundação de direito público [patrimônio público personalizado pela lei e afetado a fins de interesse público] realidades absolutamente inconfundíveis, o que se verifica pela compreensão rigorosa entre os respectivos regimes jurídicos, levando-se em conta uma a uma todas as conotações... [argumentando, ainda]...” uma pessoa jurídica administrativa, de substrato patrimonial estatal, criada por lei, regida pelo direito Administrativo, que não pode auto-desfazer-se, que edita atos administrativos, sujeitas à tutela da entidade matriz criadora, que não pode receber liberações que importem em desvio de finalidade, cujas contas são fiscalizadas pelo Tribunal de Contas, de modo algum pode identificar-se como uma fundação de direito privado.”<sup>15</sup>* Miguel Reale seguiu pela mesma trilha, lembrando lições de mestres como Clóvis

<sup>11</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1943: Freitas Bastos, p.162.

<sup>12</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel Oliveira. *Fundações e Empresas Públicas*. São Paulo, 1972: Revista dos Tribunais, p.11.

<sup>13</sup> LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 12ª Ed., 1986: RT, p.317 e segs. (duas edições após a CF/88, o autor alteraria seu posicionamento, por entender que a nova Carta publicizara essas instituições).

<sup>14</sup> D’ANDRÉA FERREIRA, Sérgio. *Da posição na Administração Indireta das Fundações instituídas pelo Estado*, in \_\_\_\_\_ Revista de Direito Administrativo, vol 121. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1979[ também no comentário ao Acórdão no. 101.126 do STF, in RDA no. 161, p.50/75.

<sup>15</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Fundação de Direito Público*. São Paulo, 1976: Forense, p.92.

Beviláqua, Lacerda de Almeida e João Mendes , ressaltando os equívocos em se pretender entender como de direito privado as fundações instituídas pelo estado para o exercício de atividades tipicamente públicas.<sup>16</sup> Também, no mesmo sentido Lafayette PONDÉ.<sup>17</sup>

2.3 A matéria viria a ser, paulatinamente, pacificada, a partir da predominância dessa última posição, sendo marcante para tal a argumentação de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO , delineada na magistral tese *Natureza e regime jurídico das Autarquias*, onde aquele autor, após aprofundado exame da doutrina sobre a matéria, ressaltava do equívoco em rotular-se um instituto pela denominação que se lhe dá e de se supor que a fundação seria um instituto próprio do direito privado e não da teoria geral do direito. Admitiu aquele jurista que o Estado participasse da criação, instituição e manutenção de fundação de direito privado, não se confundindo essa hipótese com a de criação de fundações para o exercício de atividades típicas, com titularidade de competências estatais, sendo essas , evidentemente de direito público, espécies do gênero autarquia.<sup>18</sup>

Em verdade, no período de vigência da EC 01/69, sobretudo até os meados da década de oitenta, a divergência doutrinária, refletida na legislação, possibilitou o surgimento de algumas construções, no mínimo, esdrúxulas. P.e., a Lei n.º 6.860/80 que autorizou a criação da Fundação Petrônio Portella, vinculada ao Ministério da Justiça, o fez como ente de direito privado, embora atribuindo àquela fundação a gestão de serviços públicos e assegurando-lhe imunidade só pertinente a entes de direito público [art.19,III, a da EC 01/69]. No mesmo sentido a Lei n.º 7.555, de 18.12.86, autorizadora da criação da Fundação São João del Rey e a Lei n.º 6.687, autorizadora da criação da Fundação Joaquim Nabuco. Aos poucos, entretanto, observou-se tendência moralizadora, de publicização dessas entidades, com suas “reintegrações” à Administração Indireta e o conseqüente aumento de normas de controle incidentes, evitando-se, ou minorando, os abusos que estavam a ocorrer, sobretudo em relação à aplicação de verbas nos contratos de obras e serviços e nas contratações de pessoal, inclusive em relação à questão da acumulação de cargos e empregos. Nessa linha o Decreto-Lei n.º 2.299, de 29.11.86, cujo art. 4º expressamente as incluiu na ad-

<sup>16</sup> REALE, Miguel. *Direito Administrativo [Estudos e pareceres]*. Rio de Janeiro, 1969: Forense

<sup>17</sup> PONDÉ, Lafayette. *Considerações sobre o sistema Universitário*, in \_\_\_\_\_ Revista de Direito Administrativo, no. 146. Rio de Janeiro, 1981: FGV.

<sup>18</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio . *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo, 1968: RT, p.363 e segs. ; no mesmo sentido *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta* São Paulo, 1987 : RT, 2ª Ed., p.84 e segs.

ministração indireta e as subordinou aos mecanismos de gestão financeira e incluiu seus serviços no plano de classificação de cargos e salários então aplicáveis aos órgãos e pessoas jurídicas de direito público [cf. Lei n.º 5.645, de 10.12.70]. Também nesse sentido as modificações que se seguiram em relação ao regime de licitações e contratos. A jurisprudência, por sua vez, também evoluiu, no sentido da aceitação e reconhecimento da publicização desses entes fundacionais. Dentre outros, pode-se lembrar o conflito de jurisdição 6.073-MG, STF Pleno – Relator Ministro Cordeiro Guerra, admitindo a possibilidade de dois regimes jurídicos de fundações instituídas pelo Estado a depender do regime jurídico e do objeto. Pode-se afirmar que o STF apresentou várias fases interpretativas em relação a essa questão. Primeiramente adotou a tese privatista de Hely Lopes Meirelles e outros [nesse sentido, Recurso Extraordinário 75.315- GO, 1ª Turma, Conflito de jurisdição 6175- 2 Turma]. Posteriormente, aquela Corte passou a aceitar a tese da existência das Fundações de Direito Público, entendendo que aquelas que assumiam a gestão de serviços públicos seriam enquadráveis como espécie do gênero autarquia. Nesse sentido, dentre outros, o Recurso Extraordinário 101.126, de 24 de outubro de 1984, que teve como relator o Ministro Moreira Alves, com a seguinte Ementa:

**Nem toda Fundação instituída pelo Poder Público é fundação de Direito Privado. As Fundações instituídas pelo Poder Público que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécies do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o parágrafo 2º, do art. 99, da Constituição Federal.<sup>19</sup>**

Também, no mesmo sentido, o Conflito de Jurisdição 6.566 – Relator Aldir Passarinho, onde esse, em seu voto condutor, destacava :

*“... as fundações instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos estados membros, por leis estaduais, são fundações de direito público que*

<sup>19</sup> Revista de Direito Administrativo 161, 1985. Rio de Janeiro: FGV, p 50; e RTJ do STF, 113,\*\*, Brasília DF, p. 314



*integram o gênero autarquia. O mesmo obviamente ocorre em relação a fundações que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo no âmbito da União por leis federais.”<sup>20</sup>*

Essa tendência jurisprudencial, juntamente com os novos textos legais e com a postura doutrinária publicista, influenciaram decisivamente a Carta de 1988, que consagrou a figura da fundação de direito público, várias vezes referenciada em seu texto, inclusive, expressamente constando *administração fundacional* no texto original do Caput do Art.37. Sabido é que a redação desse dispositivo, alterada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, suprimiu a referência *fundacional*, não devendo, entretanto, tal ser entendida como afastamento das fundações públicas do elenco de entes da administração pública, mas de mera supressão de um equívoco, pois, ao referir-se o citado caput do Art.37 à administração indireta, estaria a alcançar aquele tipo de pessoa jurídica.

2.4 Encontram-se referências a essas entidades no Art. 37, XVII [acumulação de cargos, empregos e funções] e, ainda, Art. 37, XII e XIX, Art. 22, XXVII, Art. 38, Art. 150,VI, a e ADCT, Art. 19, parágrafo 2, sem esquecer o revogado Art. 39. Esse conjunto normativo aponta para um regime de direito público. Não se deve, entretanto, afirmar que o Estado não possa participar, devidamente autorizado por lei, da instituição, ou manutenção de alguma fundação de direito privado que exerça atividade de interesse público. Embora, nessa hipótese, vedada a criação para exercício com titularidade de serviço público e exercido, evidentemente, o devido controle, interno e externo, sobre as verbas oriundas dos cofres públicos.

Em relação às Fundações de Direito Público, predomina na doutrina a tese de que seriam espécie do gênero autarquia. É expressão dessa corrente Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, que defende:

*“em rigor as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias, às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm. É que, como se sabe, as pessoas jurídicas, sejam elas de direito público, sejam de direito privado, são classificáveis em dois tipos, no que concerne ao “**subtracto básico**” sobre que assentam: pessoas de*

---

<sup>20</sup> in Revista de Direito Administrativo 171, Riode Janeiro: FGV, p.124.

*base corporativa [ corporações , associações, sociedades] e pessoas de base fundacional [ fundações]. Enquanto as primeiras tomam como substrato uma associação de pessoas, o substrato das segundas é, como habitualmente se diz, um patrimônio personalizado ou, como mais corretamente dever-se-ia dizer, a personalização de uma finalidade.” [prossegue] ...” a Constituição referiu-se às Fundações Públicas em paralelismo com as Autarquias, portanto, como se fossem realidades distintas porque, simplesmente existem estes nomes diversos, utilizados no direito brasileiro para nominar pessoas estatais, seus objetivos foram pragmáticos. Colhê-las seguramente nas dicções a elas reportadas, prevenindo que, em razão de discussões doutrinárias e interpretações divergentes, pudessem ficar à margem dos dispositivos que as pretendiam alcançar.”<sup>21</sup>*

O pensamento desse Autor é brilhante e bem desenvolvido em termos de lógica jurídica. Parte de um conceito amplo de autarquia : “ **Pessoa jurídica de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa**”<sup>22</sup> , conceito esse que, dentre o rol das pessoas jurídicas de direito público interno, só exclui os entes políticos , o considera como gênero e a partir dessa idéia básica define as espécies: autarquias de base patrimonial , autarquias de base corporativa.

2.5 Parece, entretanto, que apesar da qualidade da construção daquela doutrina , não foi essa a previsão da Constituição de 1988, que pretendeu limitar o conceito AUTARQUIA a apenas uma das espécies de pessoas de direito público de capacidade meramente administrativa. Poder-se-ia até fazer uma digressão para ressaltar que, efetivamente, quase não existem entidades de direito público de base patrimonial, no Brasil. O que vem ocorrendo é que, em muitas situações, as pretensas fundações não têm qualquer base patrimonial. Nessa esteira, poder-se-ia exemplificar com o caso das “fundações públicas universitárias federais brasileiras”, que, efetivamente, não têm patrimônio e rendas capazes de gerar receitas suficientes para as suas manutenções, não se distinguindo, na prática, das autarquias federais universitárias brasileiras, a não ser por serem instituições mais recentes, criadas, normalmente nas décadas de sessenta e setenta, quando o modismo criador dessas entidades se justificava, sobretudo pela maior liberdade na aplicação de recursos e pela maior limitação em relação aos mecanismos de

<sup>21</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, 1998 : Malheiros, 110

<sup>22</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime Jurídico das Autarquias*, citado, p.226

controle pela idéia prevalente, à época, de serem instituições de direito privado, mesmo voltadas para a prestação de serviços públicos.

A Constituição de 1988 nos já referenciados arts. 37,22, 38, 150, etc., refere-se, sempre a dois tipos distintos de entidades: **fundações públicas e autarquias, devendo-se entender que apesar de serem ambas pessoas jurídicas de direito público interno, com traços comuns, não se confundem** Em tendo a Constituição expressamente consagrado a dualidade, não cabe à doutrina desprezar essa diversidade.

Nesse ponto, extremamente ponderada a lição de Odete MEDAUAR, ao afirmar sobre a matéria que *“aparecem , na doutrina e na jurisprudência, afirmações no sentido de que as fundações públicas são espécies do gênero autarquia, sendo, portanto, autarquias. Parece melhor aceitar que, embora possam ter semelhanças com as autarquias, as fundações foram criadas nas últimas décadas por iniciativa do Poder Público são uma nova forma de descentralização por serviço, um novo tipo de pessoa administrativa (Como afirmam Homero SENNA e Clóvis ZOBARAN MONTEIRO, na obra Fundações Públicas – No direito, na administração, 1970, p.231) . Parece estranho uma entidade ( fundação) ser tida como espécie de outra ( autarquia ) sem se confundirem nos seus conceitos (como bem ponderou o saudoso Hely LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo brasileiro, 15ªed. 1990, p. 311). Trata-se, portanto de outra entidade, como prevê a legislação brasileira. Mesmo distanciando-se das características das fundações apontadas no direito civil, sobretudo por faltar, muitas vezes, a reserva de patrimônio destinada a um fim. O ordenamento intitulou-as fundações públicas, como entidades da Administração indireta, que realizam atividades que o Poder Público assume para atendimento de fins de interesse geral.”*<sup>23</sup>

A ponderação é relevante. A Constituição referiu-se a duas figuras e tal fato não pode ser relevado. O que vinha ocorrendo era, tão somente, a criação de entidades rotuladas de fundações públicas, sem que os requisitos para a existência como tal estivessem presentes. É possível a criação de entidades de direito público com a forma de fundação, exigindo-se, entretanto, que seu patrimônio e suas rendas sejam suficientes para tê-las como auto-suficientes.

Não se olvide que a Emenda Constitucional n.º 19/98 diferenciou a autarquia em sentido estrito da fundação pública, inclusive quanto ao processo de criação.

---

<sup>23</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. São Paulo, 2ª ed., 1998: RT, p.87.

Enquanto em relação às autarquias o Art. 37, XIX, com a redação Emenda já referida, exige **lei especial para criação**, em relação às fundações públicas a lei especial é, de acordo com o citado dispositivo, apenas um **instrumento autorizativo**. Evidentemente, o objetivo da Emenda foi especializar as fundações, tanto que, novas só surgirão para atuar nas áreas a serem definidas por **lei complementar**, fazendo cessar a criação, sem critério, dessas entidades, como vinha ocorrendo. A necessidade do procedimento complementar à lei servirá, inclusive para afetação de patrimônio destinado a possibilitar ao ente fundacional alcançar seus objetivos. Com o novo texto constitucional, ora vigente, e a edição da prevista lei complementar, ter-se-á como critério diferenciador, além do substrato, o procedimento de criação e a área de atuação, podendo-se, por previsão legal, ter, inclusive, regime diferenciado de pessoal, face à modificação do Art.39 da Carta Constitucional e possibilidade de uma pluralidade de regimes jurídicos de pessoal. Poder-se-á precisar os contornos dessas fundações públicas a serem, doravante, criadas, como pessoas jurídicas públicas de direito público de substrato patrimonial, criadas a partir de uma lei autorizativa para atuação em áreas definidas em lei complementar. As fundações públicas, hoje existentes, não enquadráveis nessa conceituação, deverão, ou pelo menos deveriam ser transformadas em meras autarquias, ou até mesmo extintas, transformando-se em meros órgãos da administração direta.

3. Ressalte-se, ainda, que o projeto do Código Civil [nº 634/75], ora em tramitação no Senado Federal, é compatível com esse posicionamento. Prevê:

*Art. 41 São pessoas jurídicas de direito público interno:*

*I - a União;*

*II - os Estados, o Distrito Federal e os territórios;*

*III - os Municípios;*

*IV - as autarquias;*

*V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.*

*Parágrafo único – Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.*

3.1 Ora, em sendo aprovado esse texto, o conceito abrangente de AUTARQUIA, construído pelo brilhante Celso Antônio BANDEIRA DE

MELLO, afastado pela EC no 19/98, estará, definitivamente superado. Não se pode mais falar em Autarquia como sinônimo de pessoa jurídica de direito público com capacidade exclusivamente administrativa, pois esse conceito, contrastado ao de pessoa jurídica política, corresponde já hoje a um conjunto, formado por entidades com substrato e formas de criação distintos. A aprovação do texto do Código Civil possibilitará, em relação às fundações de direito público, a adoção de regras não incompatíveis por força do citado parágrafo único do Art. 42.

Resta aguardar, por outro lado, a edição da **lei complementar** definidora das **áreas de atuação das fundações públicas**. De logo, salienta-se que essas pessoas podem vir a ser de grande relevo, para atuação no chamado **terceiro setor e, também, como entes reguladores [desde que lhes seja assegurado patrimônio suficiente para tal, suprimindo-se a ficção da fundação com patrimônio “zero”]**. Caberá, ao legislador complementar, a fixação de tais balizas, que, evidentemente, não poderão alcançar a produção de bens e serviços de cunho econômico, reservada, à iniciativa privada e, subsidiariamente, a sociedades de economia mista, empresas públicas e as subsidiárias delas [art.173 da CF]. Até que tal lei venha a ser editada, novas fundações públicas não poderão ser criadas.



## O DIREITO DE RECORRER E A FORMAÇÃO DAS CORTES DE JUSTIÇA

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

*Juiz do TRF da 5a. Região  
Professor de Processo Civil da  
Faculdade de Direito da UFC*

**SUMÁRIO:** 1. *Primazia dos recursos na história do processo.* 2. *Centralização política e sistematização recursal.* 2.1. *O centralismo do poder no Mundo Arcaico.* 2.2. *O fenômeno do centralismo no Mundo Feudal.* 2.3. *A ratio centralizante do Estado Moderno.* 3. *O Direito no Liberalismo Burguês.* 3.1. *O Estado Social e a exegese construtiva.* Bibliografia.

### 1. PRIMAZIA DOS RECURSOS NA HISTÓRIA DO PROCESSO

Aparentemente, a história do processo, como algo organizado, se iniciou com o uso dos recursos ou, numa linguagem mais precisa, terá sido a sistematização do uso dos recursos *anterior* à sistematização das ações judiciais, ou à disciplina das ações perante o órgão que cumpria a função judicial, nas sociedades mais antigas.

Isso significa que *as ações judiciais foram objeto de racionalização posterior à do exercício dos recursos*, ou seja, que a elaboração das regras recursais primárias precede à estruturação do modo de exercer o direito de ação, nas suas várias modalidades.

O exercício da *potestade judicial*, entendida nas suas formas mais arcaicas, quicá envolvendo as *composições induzidas* entre os litigantes (quer por interferência ou pressão da autoridade tradicional ou de elementos do grupo familiar ou, ainda, de terceiros interessados no fim da disputa), dava-se de *modo difuso*, cabendo a algumas pessoas que, por várias razões (sobretudo as de fundo religioso), iam assumindo progressivamente esse papel.

Entre os povos da remota antigüidade se vê a clara mescla, de início informal, entre as autoridades religiosas e os julgadores, e isso se deve, certamente, à crença de que os sacerdotes estão mais próximos da divindade (a fonte primária

da Lei), quer pela *vida exemplar* que levavam, quer pela *prática do culto* (diálogo com Deus), contribuindo para a idéia de sua *elevação e santificação*, isso em voz moderna.

Quanto ao uso dos recursos, vê-se que o poder de reexame das questões *sempre esteve centralizada na figura do chefe militar (ou mesmo do chefe religioso, quando havia a separação dessas duas funções)*, daí por que se impunha, até por incontornável exigência prática, alguma forma de *seleção* dos assuntos que podiam *subir até essa instância*, quase sempre justificada por motivos de ordem política (conservação da autoridade do chefe e da Lei revelada por seu intermédio).

O crescimento das populações, o conseqüente aumento do número de litígios e também a evolução da sua complexidade terminam impondo a necessidade de os recursos serem decididos por *corpos julgadores intermediários* entre os juízes, que tiveram o primeiro contacto com a querela, e a própria *última instância*, assim tendo início a formação do *complexo recursal institucional*.

É muito compreensível, sem dúvida, que esses *corpos julgadores intermediários* fossem formados por pessoas que o próprio príncipe escolhesse (*já que a elas cometeria parte da sua própria função jurisdicional*) e que, portanto, inclusive em face dessa escolha, se tratasse de *cortes* mais afeitas à fiel exegese da Lei e às diretrizes judicantes do monarca.

Vistas as coisas por esse prisma, isto é, sob uma óptica essencialmente *política*, também se faz muito mais compreensível que os julgamentos dessas mesmas *cortes* fossem essencialmente *juízos de legalidade*, potencialmente distintos de eventuais *juízos de equidade* que poderiam *desfigurar* de algum modo as *pautas mais relevantes do sistema*.

Essa postura cognitiva (ou esse *viés cognitivo*, se se preferir) tem uma importância prática de conseqüências que logo se detectam e uma enorme repercussão no que respeita à solução da demanda: o pedido da parte e o exercício da jurisdição recursal são considerados *não do ponto-de-vista do sujeito que busca justiça, mas do ponto-de-vista do sistema jurídico, tal como é percebido pelos juízes do recurso*.

Em função disso, tem-se como quase-inevitável que a produção da solução pelo juízo recursal se oriente pela norma posta no sistema, qualquer que seja a sua fonte de revelação, considerando que ela (a norma) existe *para regulação de um caso concreto e singular, que aflora somente quando (e se) duas ou mais pessoas entram em relação de conflito jurídico*.

Nesse sentido, as normas recursais tradicionais são sobretudo *estritamente veiculantes das soluções dos casos* (solução legal), sendo exígua e quase



inexistente mesmo a alternativa de uma possível solução extraída da amplidão (*cosmos normativo*) do ordenamento; essa possibilidade, que dará suporte aos ulteriores *juízos de equidade*, somente surge quando o sistema passa a adotar a chamada *formulação abstrata das regras*, ainda assim limitada a *inovação interpretativa do juiz* aos seus limites.

Assim se mostra a dissemetria ou desuniformidade entre os sistemas jurídicos do passado e os contemporâneos, quanto ao conteúdo da função jurisdicional recursal; como leciona PIERO CALAMANDREI, naqueles predominava o *sistema da formulação para o caso concreto ou singular*, praticamente não se conhecendo o *juízo por equidade*.

Nas nascentes, todos os sistemas jurídicos vinculam os julgamentos ao *princípio da legalidade*, com a inevitável submissão do Julgador aos juízos políticos realizados pelo legislador e introjetados nas normas legais, como assinala o já citado processalista:

*“Num ordenamento em que predomine o método da formulação do direito para o caso singular, o Juiz, no momento em que é chamado para fazer justiça a respeito de uma relação concreta controvertida, não encontra diante de si uma norma pré-constituída da qual possa logicamente deduzir, em forma individualizada e concreta, o mandato já potencialmente contido na vontade, abstratamente manifesta pelo legislador.”* (Direito Processual Civil, tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez, BookSeller, 1999, vol. 1, p. 98).

Na estimação desse mestre, os *juízos de legalidade* são também juízos políticos, servientes da conservação do ordenamento e preservação das suas estruturas, com todos os efeitos e compromissos que daí decorrem:

*“No sistema da legalidade, existe entre o legislador e o Juiz uma divisão de trabalho: todos os fatores políticos devem ser levados à valorização dos órgãos competentes para criar as leis, não dos órgãos tais como, no primeiro lugar, os Juízes, aos que lhes corresponde somente aplicá-las tais como são.”* (op. cit., vol. 1, p. 99).

A *divisão entre o trabalho de legislar e o trabalho de aplicar as leis*, existente nos sistemas de legalidade, encerra, na sua formulação aparentemente simples e racional, uma divisão muito mais profunda e conseqüente, qual seja a

divisão entre o *jus condendum* e o *jus conditum*, impedindo-se ao juiz *invadir a seara* das proposições abstratas.

Nos quadros institucionais (da atualidade ou do passado) em que é observada essa *estrutura*, segue-se que a atividade de julgar não se mostra apta a *criar* soluções inéditas dentro do ordenamento do Direito, mas lhe cabe, quase que exclusivamente, *aplicar* as normas e regras postas pelo legislador, único autorizado a captar os elementos materiais que dão conteúdo às *leis abstratas*.

Nesses contextos, os exercentes da atividade de julgar, quaisquer que sejam ou venham a ser a forma e o modo de suas investiduras, tomam uma posição diante do quadro normativo preexistente, que expressa a respectiva noção de *ordem*, significando *algo a preservar ou algo a defender, sem (muitas vezes) uma maior atitude crítica*.

A *crítica* e a *atitude crítica* só aparecerão muito tempo depois, quando se desenvolvem na sociedade noções que de alguma maneira *questionam a ordem e o poder que a conserva e a defende*, como a de direitos individuais ou a de direitos subjetivos, por exemplo, mas isso comporia o núcleo de outra história.

Em livro realmente essencial, o eminente Professor NELSON SALDANHA, da Universidade Federal de Pernambuco, expõe o conteúdo de *milénar confronto* entre o *ser* (ordem e a sua expressão no quadro normativo) e o *pensar* (sempre envolvendo a crítica dos julgamentos), mostrando a imbricação de ambos:

*“No milénar confronto entre o pensar e o ser (confronto que só pode caracterizar-se a partir do pensar) se encontra a referência fundamental para todos os grandes e graves problemas relativos ao embasamento do entender e do julgar. Inclusive os problemas que também podem ser colocados com referência ao convívio entre o pensar e a ordem — antigo e problemático convívio, tornado problemático a partir das primeiras manifestações da consciência crítica, com seu questionamento e suas exigências. Como o ser é ser em função do pensar que o afirma, assim ocorre com a ordem: só que a ordem é um problema da vida, não apenas um objeto do pensar.”* (Ordem e Hermenêutica, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1992, p. 103).

E o mesmo mestre frisa que é imemorial a associação entre o poder e a ordem, as formas de ordem e as formas de poder, podendo-se concluir que ao longo da história social as duas realidades *mais do que coexistem*, na verdade se unificam e se fundem numa só:

*“É mais ou menos claro que as modalidades do poder correspondem, através dos tempos, às modalidades da ordem. Monarquia, tirania, democracia, vida urbana ou rural, vida em paz ou campanha militar: formas de ordem, formas de poder. Ocorre ainda que o poder, como elemento ou como componente do viver social, é sempre aquele que consagra ou impõe a ordem: neste caso, a ordem revela o poder, pressupõe-no, provém dele, mas por outro lado o poder a pressupõe, como um quadro sem o qual ele não teria nem necessidade nem contorno. Nos exemplos históricos ou antropológicos disponíveis, as duas coisas se apresentam já conjuntas: o poder se exerce dentro de uma ordem, a ordem se mantém por meio do poder.”* (op. cit., p. 104).

No que respeita à formação ou gênese das Cortes de Justiça e, conseqüentemente, das principais rotinas do direito recursal, seria equivocado supor que se tratasse de *processo* estranho a essa associação entre o poder e a ordem, sendo mais exato dizer que essas instituições (as Cortes) fazem parte fundamental da própria *estrutura do poder* e que existem para preservar a *ordem normativa* que lhe corresponde.

Dito assim, aceita-se que, de algum modo, a gênese da *estrutura judiciária e, dentro dela, a das Cortes de Justiça*, explica a indicação de sua vinculação ao poder centralizado, mantendo-se sempre esse aspecto, na verdade, como um ponto de grande interesse prático na elaboração de teorias sobre a independência dos julgadores.

Não são poucas as vozes que *acusam* os Tribunais, bem como os julgadores de primeiro grau, de *comprometimento institucional* com a potestade executiva e uma das razões para tal *crítica* é precisamente a origem da formação e da composição desses mesmos órgãos.

Apesar disso, a independência dos julgadores é um fato que vem afirmado por muitos estudiosos, com as exceções de praxe, mas as increpações adversas merecem atenção, como assinala DENNIS LLOYD, cuja análise toma como exemplo a organização do Judiciário na Inglaterra:

*“De um ponto de vista contrário (à dita independência dos julgamentos), pode ser afirmado que, como os juízes têm que ser nomeados por alguém, isso significa na prática a nomeação ou pelo governo ou por algum membro do governo, como, por exemplo, pelo Lord Chanceler ou o Primeiro Ministro, na Inglaterra, ou por um Ministro da Justiça, em muitos outros*

*países. Então, será perguntado, como pode a independência ser preservada, se as nomeações são, para começar, feitas por políticos?”* (A Idéia de Lei, tradução de Álvaro Cabral, Martins Fontes, São Paulo, 1985, p. 224).

Parece não haver dúvida de que essa *gênese* de fato cria algumas dificuldades para aceitar-se a independência dos Tribunais, *quando julgam causas em que há relevante ou estratégico interesse do poder central*, mas essas mesmas dificuldades podem ser superadas, como analisa o referido autor:

*“A experiência mostrou que existem formas de superar essas dificuldades, embora qualquer desses métodos não prove ser invariavelmente bem-sucedido. Um fator muito importante é o desenvolvimento de uma forte tradição favorável a que se ignorem as considerações políticas quando se fazem nomeações judiciais. Tal tradição, de fato, desenvolveu-se gradualmente na Inglaterra, embora a sua consolidação possa ser considerada relativamente recente, e os fortes vínculos anteriores entre a lei e a política, ainda se refletem em características tais como o duplo papel do Lord Chanceler como político e como chefe do Judiciário, e a pretensão dos procuradores de Justiça a certos tipos de promoções judiciais.”* (op. cit., p. 224).

Geralmente, a *despolitização* dos julgamentos dos recursos, máxime quando realizados nas Cortes de Justiça mais altas, sobretudo na Corte Suprema, é uma espécie de *meta* de respeitáveis estudiosos do Direito Processual, *mas essa proposição muitas vezes assume conotações também políticas e até mesmo viéses ideológicos*, como a de se querer substituir o entendimento dos julgadores por outro que também tem nítida matriz política, embora adversa.

A *democratização dos julgamentos*, quiçá uma idéia de maior força do que a da sua *despolitização*, mesmo sendo uma das mais afagadas da modernidade, envolve como principal pressuposto a *reforma do método de recrutamento dos juízes de todos os graus*, mas se observa que há uma forte resistência a essas mudanças - *e não apenas por parte da hierarquia judiciária*.

Nas seleções de juízes se vê um envolvente esforço no sentido de *minimizar* as exigências de requisitos e de se converter o procedimento seletivo apenas *numa espécie de árdua competição intelectual*, deixando-se em segundo plano (ou mesmo se descartando) outros elementos de relevo, como a demonstração de independência (que se requererá dos juízes), *que possa ser verificada em*

*desempenhos mais ou menos prolongados de atividades profissionais na área do Direito.*

## **2. CENTRALIZAÇÃO POLÍTICA DO ESTADO E SISTEMATIZAÇÃO DA ATIVIDADE RECURSAL**

Aceita, com as reservas devidas, a afirmação que *em todos os tipos de sociedade há alguma forma de organização estatal ou alguma forma de estrutura que desempenha o papel de aglutinação, defesa e expansão*, se haverá de visualizar e entender, desde os seus mais antigos momentos, o consórcio entre o poder e o Direito, tido e havido como coisa assente.

Tal consórcio se expressa, como é comum, através de um dos mais tenazes fenômenos na história social, que é o do chamado *centralismo*, consistente na íntima conexão entre os diversos *exercícios práticos do poder* e a sua *correspondente formatação jurídica* ou mediante figurações de Direito.

Também com os *descontos* sempre recomendáveis na análise de temas com conteúdos de história social, pois nesse continente as coisas geralmente não são uniformes, *nem mesmo quando contemporâneas*, será possível afirmar que o fenômeno do centralismo está presente em todo o percurso evolutivo dos grupos humanos.

### **2.1. O centralismo do poder no Mundo Arcaico**

Designa-se aqui pela expressão *Mundo Arcaico* o amplo conjunto (claro que não homogêneo, mas diversificado) das sociedades humanas com existência histórica documentada, anteriores à formação das chamadas *grandes civilizações do Mundo Antigo ou Mundo Clássico*, abrangente de um outro conjunto de sociedades, onde as instituições sociais já se apresentam com alguma dose de organização e racionalidade.

Alega-se que nessas sociedades arcaicas, ou pelo menos em quase todas elas, *a prática do que se poderia chamar de instituições jurídicas era toda informal*, eis que as *regras* eram sobretudo heranças imemoriais, *acumuladas de forma lenta, no decorrer do tempo, e aceitas sem oposições relevantes*.

Contudo, mesmo nesses primórdios civilizatórios, a função de julgar já era estratégica, como continuaria sendo nas sociedades históricas subseqüentes, logicamente com os progressos decorrentes da evolução social, *mas sempre se resumindo em mecanismo de conservação e expansão do poder*.

Tem importância assinalar essa nota de *lentidão na acumulação* das práticas jurídicas, nessas sociedades, formando o chamado *costume* (o *tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus*, como depois o definiriam os juristas romanos), para estabelecer o *contraste* com as sociedades posteriores, sob o sinal da racionalidade, *onde a positivação das regras se daria de forma rápida e sem maiores conexões com as precedentes*.

Mas não se mostra relevante, para essa constatação, questionar-se *qual a origem do poder*, mas apenas identificar a sua estreita correlação com o respectivo *quadro normativo consuetudinário*; embora essa expressão (quadro normativo) possa ter um sentido marcadamente *moderno*, será a que melhor e mais fielmente traduz o plexo de tradições (costumes) que compunha a base do *Direito Arcaico*.

A tática fundamental do centralismo no direito recursal (e isso não está adstrito a nenhuma forma social específica) pode ser resumida na *função de rever todas as decisões adotadas por órgãos julgadores disseminados de modo assistemático ou julgar todas as questões em último grau*, não sendo possível uma outra apreciação que *reforme* os seus termos ou conteúdos.

Esse *traço* é constante e revelador da permanência daquela prefalada *associação entre o poder e a ordem*, visível em toda e qualquer sociedade humana, no sentido de que toda sociedade possui um *centro de poder e uma correlata noção de organização*, cuja preservação ou continuidade é provida por intermédio da *aplicação* do respectivo Direito.

Voltando ao tema das *sociedades arcaicas*, dir-se-á que, nesses ambientes, essa associação era vista sem nenhuma dissimulação e como o poder arcaico era entendido como algo tradicional e as suas autoridades investidas pela força da tradição, *será mesmo aceitável se dizer que nessas sociedades o Direito também se formava por lenta acumulação de práticas vinculadas a procedimentos místicos (não racionalizados)*, mas nem por isso menos eficientes.

Já nas sociedades do Mundo Antigo, tomada a expressão no sentido mais genérico, essa associação continuou presente de todo modo e mesmo de um modo até mais explícito, eis que se verifica - talvez incipientemente - um início de algo que viria a ser a *completa racionalização da relação poder/Direito e Direito/poder*.

O *caso* do Direito Romano, para citar o conjunto jurídico antigo mais próximo, é *exemplar*, no sentido de que forneceu um *padrão* que ficou consistente e também *imitado* na história, passando-se (muitas vezes de forma quase íntegra) para os tempos posteriores.

## 2.2. O fenômeno do centralismo no Mundo Feudal

Nas sociedades do chamado Mundo Feudal (apesar de limitado ao espaço europeu e bastante heterogêneo), o vínculo da função julgadora com a figura central do feudo continuou sendo nitidamente visível, sendo clara, ademais, a absorção do *poder de julgar* pelo titular do poder territorial, *sem embargo da sua delegação eventual (temporária ou não) a colegiados escolhidos segundo o critério subjetivo do chefe do feudo*.

Nesse universo feudal coexistem e interpenetram-se a herança romana (já composta como *sistema jurídico*, provido, inclusive, de vasta literatura) e as práticas arcaicas ou antigas das sociedades que se integraram no caldeamento de povos no fim do Império, sendo aí uma *matriz* de experiências jurídicas que produzirá efeitos de longuíssima duração.

Na medida em que se pode *expandir* a experiência dos feudos para além dos horizontes europeus e fazer dela também algo *exemplar* (consistente e imitável), será legítimo afirmar que o fenômeno do seu centralismo territorial se impregnou nas instâncias de poder que lhe são posteriores, ou seja, que o *Direito Feudal* se insinua e se dissemina nas estruturas dos Estados Modernos, *especialmente na sua conhecida amálgama com o Direito Canônico ou da Igreja e, depois, na assimilação da recepção romanística, de que já se falou*.

Talvez a mais importante ou, seguramente, uma das mais importantes *heranças do medievo*, transmitida aos tempos modernos, *seja mesmo a noção de unidade e indivisibilidade do poder*, típica da investidura papal, repassada pelo Direito da Igreja, como o refere o Professor WALTER ULLMANN:

*“El concepto más relevante de gobierno papal de la Edad Media fue el concepto de auctoritas. Empleado originariamente en la constitución romana, expressaba el poder último, supremo de establecer normas de acción vinculatorias. Se tratada, sin duda, de un idea de inspiración carismática que habia dado origen al principatus, es decir, a una monarquía rectamente entendida. Pero la característica esencial de la auctoritas (romana y papal) era su indivisibilidad y, por tanto, el no poder ser poseída plenamente sino por un solo hombre, en tanto que su concepto correlativo, la potestas, sí era susceptible de división.”* (Princípios de Gobierno y Política en la Edad Media, Revista de Occidente, 1971, Cap. 3, p. 61).

Esse importante legado medieval é também assim considerado pelos historiadores CARLTON HAYES, MARSHALL BALDWIN e CHARLES COLE,

que assinalam a importância do desenvolvimento dos estudos jurídicos, nas Universidades criadas nesse período, a formação das *escolas* e o incremento das ciências e das artes em geral (História de la Civilización Occidental, Ediciones Rialp, 1967, vol. I, p. 279).

### **2.3. A *ratio* centralizante do Estado Moderno**

Foi na *era moderna*, com o surgimento dos Estados Nacionais, legatários em larga escala das tradições do Direito Romano, com as suas estruturas centralizadas, que se deu a consagração da *monarquia absolutista e hereditária*, com ainda mais estrita vinculação entre poder e ordem (quadro normativo e jurisdição).

Exprimiam-se, no plano da jurisdição, sobretudo, através das designações dos órgãos julgadores pelos príncipes (tanto os juizes da *instância básica* como os dos Tribunais e talvez principalmente estes últimos).

Talvez caiba repetir que a formação dos Estados Nacionais (às vezes chamados de Estados Modernos), é fruto da aglutinação inter-feudal, geralmente concluída por esforço de guerra, resulta de algo como uma *composição política na mesma base territorial*, mas com soldaduras de forte resistência aos episódicos esforços de dispersão.

Adite-se a esse quadro que os Estados Nacionais se organizaram *sob a forma estatal unitária*, reforçada pela coetânea implantação de *monarquias absolutas/hereditárias*, de modo que tudo induzia as tendências e forças centrípetas, no sentido do fortalecimento permanente das estruturas e dos dinamismos internos e externos que lhes são afins.

Foram os Estados Nacionais uma experiência de forte e intensa *centralização e concentração* política e jurídica, também, manifestada de muitas e variadas formas, dentre as quais: a unidade territorial, a nacionalidade única, a primazia do Direito Doméstico, *o monopólio da jurisdição*, a moeda única, o exército hierarquizado e a exclusividade estatal na esfera representativa internacional, *tudo isso no formato de uma unidade de poder, na sua conhecida e já falada imbricação com o respectivo Direito (e vice-versa)*.

É nessa forma de Estado (unitário e centralizado) e também nesse tempo (era moderna) que se completa a absorção de todas as formas de jurisdição pelo poder estatal, vindo daí a *proscrição* de formas concorrentes de tal função, o que dá significado à nota do *monopólio jurisdicional*; nos tempos anteriores, a jurisdição também era *componente* das funções do príncipe, mas agora, com a institucionalização do poder, essa relação adquire e assume *novas dimensões*.



Ver-se-á a magnitude da herança centralizante nos conceitos unitaristas que terão ampla aceitação nos tempos da formação do Estado Moderno, na sua forma original e na sua versão unitária, que o Professor PAULO BONAVIDES considera a expressão mais coerente e lógica de sua organização:

*“Das formas de Estado, a forma unitária é a mais simples, a mais lógica, a mais homogênea. A ordem jurídica, a ordem política e a ordem administrativa se acham aí conjugadas em perfeita unidade orgânica, referidas a um só povo, um só território, um só titular do poder público de império. No Estado unitário poder constituinte e poder constituído se exprimem através de instituições que representam sólido conjunto, bloco único, como se respondessem já nessa imagem à concretização daquele princípio de homogeneização das antigas coletividades sociais governantes, a cuja sombra nasceu e prosperou o Estado moderno, desde que este pôde com boa fortuna suceder à dispersão dos ordenamentos medievos.”* (Ciência Política, FGV, Rio de Janeiro, 1967, p. 102).

Em torno desse *modelo centralizado* também vai se desenvolver, aliás naturalmente, a idéia de *direito unitário* ou *ordenamento jurídico unitário*, que não teria paralelo no medievo, por exemplo, e isso traz reflexos e efeitos da mais alta monta para a própria noção de Direito Moderno, *sendo a mais expressiva, possivelmente, a noção de direito escrito*.

Dissemina-se, por igual (embora isso só venha a ter aceitação generalizada sob o Estado Liberal), a idéia de que o *Estado também se submete à jurisdição que, mesmo sendo função sua e por ele dirigida, sobrepõe-se ao próprio poder estatal*, por meio de processos que de algum modo *neutralizam* a sua potestade incontrastável ou a *nivelam* aos demais atores da relação processual.

A submissão do Estado à jurisdição talvez seja a *mais importante conquista da modernidade*, mesmo que conserve alguns traços da época em que essa submissão era *incogitável*, que hoje em dia se manifestam de privilégios processuais.

Naquela conjuntura, começam a se expandir as *primeiras formas das garantias*, passando-se progressivamente de concepções estreitas e marcadas pelo espírito corporativo, para concepções mais largas e mais abrangentes de novos (e outros) destinatários, bem como vêm à cena os *procedimentos indispensáveis à efetivação dessas mesmas garantias*.

É certamente o advento do *procedimento* a grande e notável novidade desses tempos, pois é nele e por ele que as *garantias* ganham possibilidade de

concreção; sem ele, como se dava antes, *as garantias pareciam mais enunciados solenes, que não chegavam a realizar a promessa da segurança*; quanto a esse ponto merece referência o *percurso* cumprido pela *garantia do Habeas Corpus*, como o relata PONTES DE MIRANDA (História e Prática do *Habeas Corpus*, BookSeller, São Paulo, 1999, vol. I, Parte I, Cap. IV).

As noções de *procedimento, processo e jurisdição* formam uma trilogia que indica o caminho da concreção das garantias, mais certas e seguras quando *escritas* e entregues à aplicação de um *poder de julgar* isento de injunções que sejam estranhas aos preceitos do ordenamento.

O *curso evolutivo do Estado Moderno* permite ver que muitas das suas instituições e, sobretudo, dos substratos que nele estiveram incorporados *migraram integralmente para os estágios posteriores que a estrutura estatal veio assumindo, ao longo da sua história*, inclusive a forma *liberal*, mas com as versões decorrentes da absorção de outros valores.

### **3. O DIREITO NO LIBERALISMO BURGUESES**

Na seqüência histórica e visando à superação imediata do absolutismo que o centralismo estatal favorecera, emerge o *modelo* do Estado Liberal, com a nítida vocação de *separar funções*, prestigiar a Lei como instrumento de controle do poder e consagrá-la como meio de disciplina e pacificação social.

O ambiente do Estado Liberal foi o ambiente propício à floração da *ideologia do culto à Lei*, vista como demiúrgica e necessária, louvada em abstrato, como bem relata o mestre NELSON SALDANHA:

*“No Ocidente, sobretudo nos séculos modernos, o culto à lei se faz in abstracto, à lei como tal, à legislação como expressadora de direito: distintamente do caráter de tal lei, de cada lei ou do passar das leis. A lei permite que alguém obedeça a alguém, porque nasce de competências previstas e de mandatos voluntários que legitimam a normação. Encontramos, portanto, uma ideologia da lei.”* (Legalismo e Ciência do Direito, Atlas, São Paulo, 1977, p. 52).

Ainda segundo o festejado professor pernambucano, a idéia ou noção de Lei, nesse referido ambiente, afasta-se daquela idéia antiga, pois, *“enquanto em Roma a idéia de lei abarcava todos os tipos de preceituação para uso do povo, e entre os antigos judeus havia uma conexão entre fonte jurídica e fonte religi-*

*osa (o Pentateuco era por excelência a lei escrita), o legalismo ocidental moderno se planta sobre uma distinção basilar entre a lei e as demais espécies de preceitos, éticos em geral e mesmo jurídicos, em particular.” (op. cit., p. 52).*

O momento liberal significa o apogeu do culto à Lei e a matriz do viés legalista na Ciência do Direito, do apego às formas e às positivações, em contraste com outros modos de ver e sentir a experiência jurídica; a divisão entre Direito Público e Direito Privado serve para realçar a supremacia do Estado e das suas razões, *tudo o mais, em termos jurídicos, se devendo curvar a essas superioridades.*

Os sistemas políticos posteriores tenderam a acolher a *separação de poderes* e consagram essa divisão, dando-lhe foros teóricos que se fundam na *necessidade de evitar o despotismo*, consideração de ordem essencialmente política que  *mascara* a realidade da manutenção das linhas sistêmicas ou, pelo menos, evita o seu questionamento nas instâncias judiciais.

Foi CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, conhecido como Barão de MONTESQUIEU, que teorizou consistentemente esse tópico, em formulação precisa, pois foi quem o desenvolveu largamente em um dos seus livros mais conhecidos - *De l'Esprit des Lois* (O Espírito das Leis), publicado pela primeira vez em 1748.

Nessa obra o Barão expôs, baseando-se em razões que reputa objetivas, *que a experiência política universal demonstra que os detentores do poder tendem naturalmente ao seu abuso e que somente um sistema de recíprocas contenções é capaz de favorecer a liberdade dos indivíduos*; esse sistema era precisamente este, o da ordem liberal, em que as funções estatais estão *separadas*, entregue o seu exercício a órgãos distintos.

É esta a famosa passagem de sua obra, onde semeou a idéia da separação de poderes:

*“A democracia e a aristocracia, por sua natureza, não são Estados livres. Encontra-se a liberdade política unicamente nos governos moderados. Porém, ela nem sempre existe nos Estados moderados: só existe nesses últimos quando não se abusa do poder; mas a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma Constituição pode ser de tal modo, que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga*

*e a não fazer as que a lei permite.”* (O Espírito das Leis, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leônico Martins Rodrigues, Editora UnB, 1982, Livro XI, cap. IV).

E, dando curso a tais reflexões, que se tornariam particularmente modelares, assim resumiu o inspirado Barão a sua concepção de liberdade política:

*“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.”* (op. cit., cap. VI).

Por fim, verberava ainda contra a concentração dos poderes, entendendo que era motivo de perdição da segurança dos indivíduos; ao seu ver, a concentração era a principal fonte de muitos males políticos, recomendando a *separação de poderes* como antídoto eficaz contra os seus efeitos:

*“Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos dirigentes, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.”* (id., ib.).

Uma organização política com essa orientação seria, de certo modo, *a matriz estruturante dos direitos subjetivos*, pois de ingente e desafiadora compreensão seria a efetividade desses direitos em ambientes concentrados de poder; *a existência de um Poder Judiciário liberto do príncipe e também liberto do poder do Parlamento (sujeito, portanto, apenas à Constituição e às leis) avulta como elemento institucional indispensável à afirmação daqueles referidos direitos, através das correspondentes garantias e do processo, tudo plasmado por escrito na Constituição.*

De inteira pertinência, nesse passo, mais esta observação do sempre citado Professor NELSON SALDANHA:

*“No entendimento liberal-burguês clássico, as constituições seriam a própria justificação do Estado. As constituições não apenas abrigariam listas de direitos e garantias, seriam elas mesmas garantias da caracterização jurídica do Estado e da segurança do cidadão e de sua certeza jurídica. Sobre aquele entendimento se assentou a frase de Houriou segundo a qual todo direito constitucional tem por ofício garantir as liberdades. Estas seriam o ponto de partida, o dado fundamental e a técnica jurídica consistente em seu asseguramento sistemático.”* (Estado de Direito, Liberdades e Garantias, Sugestões Literárias, São Paulo, 1980, p. 36).

Na implementação pragmática dessa estrutura, a repartição *horizontal* das funções estatais cumpriu um papel de relevo e foi mesmo a expressão acabada do seu conteúdo ideológico: *cada ramo ou dimensão do poder estatal recebe da Constituição o âmbito (ou espaço) em que exercita as suas competências, sem que entre elas haja lugar para hierarquias e desníveis funcionais*; todos os poderes do Estado têm a mesma *fonte legitimadora*, qual seja a Constituição em que eles se unificam.

Tal esquema institucional tende a fazer do Estado uma instituição que se auto-justifica, dispensando que a cada passo haja a necessidade de *explicações de certas posturas ou certas condutas*; melhor dizendo: quando vem a lume uma nova lei ou uma nova decisão judicial ou uma nova diretriz da administração, *pressupõe-se que se trata de atos dotados de legitimidade apriorística*, pela só circunstância de serem produzidos ou emanados do poder estatal.

Na perspectiva liberal, a doutrina jurídica, especialmente a doutrina do Direito Público, se desenvolve em torno desse eixo e as orientações das decisões judiciais seguem esse rumo, *formando-se, com o passar do tempo, um bloco conceptual sólido, uniforme, coerente e que tende a ser tornar imutável*.

Nessa conformação (liberal), em que a lei escrita é a referência lógica e axiológica, facilita-se a fluência das idéias que enaltecem a sua *estrita e fiel observância*, dando oportunidade ao surgimento da *versão literalista do Direito*, que identifica os seus conteúdos fundamentais não apenas com a *norma escrita*, mas com as suas palavras (literalidade), o que de algum modo desterra a *interpretação* que ultrapasse esses limites.

O tema da *interpretação das normas*, numa espécie de *busca sistêmica do Direito*, aqui se coloca com toda a sua magna expressão, provocando algo como uma abertura ou ruptura da *estreiteza normativa*, para atingir um possível *âmbito valorativo* até então oculto.

É nesse movimento da redescoberta dos valores jurídicos e dos seus *compromissos* com outros fins, que *estão além da simples conservação e segurança das coisas e da estabilidade das relações*, que esses *finalismos* incorporam novas dimensões.

### 3.1. O Estado Social e a exegese construtiva

Anota-se que sob o liberalismo e, por extensão, sob a *visão liberal* do Direito e das instituições jurídicas em geral se encartava de algum modo um *certo sabor meio metafísico ou metanormativo, quanto à elaboração da Lei*, por causa da insistente recorrência a princípios, notadamente o *princípio da separação de poderes*, que terminou *compreendido como vedação ao juiz de incluir, por via da sua interpretação da norma, qualquer elemento que não tivesse sido pré-acolhido pelo legislador*.

Criou-se, por causa e em torno do *mito legalista*, a exclusão da interpretação judicial extensiva, com conteúdo principiológico, valorativo ou criativo, *disseminando-se a noção, tantas vezes repetida, de que o juiz é a boca da lei*, cabendo-lhe apenas reproduzir as suas palavras; essa atitude é que criou ou pelo menos fundamentou o *legalismo* como sendo o eixo da Ciência do Direito.

Porém, o ambiente do Estado Social e das formas do Direito (ou dos direitos) que lhe foram correspondentes, deram à *invocação dos princípios*, uma outra dimensão ou uma outra perspectiva, *qual a da possibilidade de sua concreção ou de sua efetivação*, como que os fazendo descer das alturas metafísicas para o nível terra-a-terra das relações da vida social.

É o Estado Social, assim, um estágio evolutivo do próprio Estado-de-Direito, desde as suas nascentes históricas e absolutistas; não seria o caso de se negar que o Estado Absolutista *foi um Estado-de-Direito*, embora sem a nota de democracia que se acrescentou, como exigência posterior, do mesmo modo como o foi o Estado Liberal.

Seria correto afirmar, nessa linha de raciocínio, que o Direito incorpora, no decurso do tempo, valores novos ou renovados e é isso que traz mudanças para o modo-de-ser do Estado, sem maiores alterações, contudo, na estreita relação imemorialmente existente entre ambos (Estado e Direito).

Poder-se-á dizer, assim, numa linguagem elogiosa, que no Estado Social se criaram as condições para efetivação dos *direitos abstratos oriundos das nascentes liberais*, em especial os da liberdade e da igualdade; esse ambiente resulta, em grande parte, das reivindicações que foram sendo postas pelos chamados

*movimentos sociais*, impondo ao Estado *uma intervenção positiva, por via jurídica*, no sentido de absorver as tarefas do desenvolvimento econômico.

A *mudança* ou a *passagem* do Estado Liberal para o Estado Social não se opera através de uma única ou simples adaptação macro-estrutural, mas de várias transformações sucessivas, todas permeadas de alguma forma por sugestões oriundas dos *diversos socialismos*, tais como a intervenção estatal positiva em certas áreas do mercado, a absorção de atividades pelo Poder Público e o seu envolvimento direto em ações voltadas para produção de bens e serviços, o planejamento do desenvolvimento do setor privado da economia e muitas outras tarefas afetantes dos serviços públicos.

Os juristas do Estado Social, *não abandonaram as pautas do liberalismo*, inclusive a do culto à Lei, mas desvendaram as suas possibilidades ou potencialidades de certo até então *desconsideradas*, em razão da exclusividade ou da preponderância das preocupações com a *ordem estabelecida*, máxime com a sua dimensão de *ordem econômica*, como já foi visto e criticado, há algum tempo, por autores como PAULO BONAVIDES (Do Estado Liberal ao Estado Social, FGV, Rio de Janeiro, 1972, p. 46), EROS ROBERTO GRAU (Planejamento Econômico e Regra Jurídica, RT, São Paulo, 1978, p. 20) e MODESTO CARVALHOSA (Direito Econômico, RT, São Paulo, 1973, p. 95), dentre vários outros de igual nomeada.

O Estado Social é a matriz da *exegese construtiva* do Direito, sobretudo do Direito Público, *o que se expande para todas as suas instâncias, inclusive a judiciária, dando o contraponto do redirecionamento das decisões dos Tribunais e das decisões judiciais em sentido amplo*.

Há, no ambiente do Estado Social e sobretudo graças à sua *ideologia*, a redescoberta dos *fins sociais da Lei*, embora essa fosse uma regra existente desde 1916 (art. 5o. da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro); o *tempero* que a expressão *fins sociais* trouxe à interpretação das normas tem servido para *ajustamentos* de plúrimas relações jurídicas, inclusive as de base contratual, mitigando (ou até mesmo afastando, em muitos casos, como nas relações jurídicas afetadas ao Direito do Consumidor), a supervalidade daquela ancestral recomendação *pacta sunt servanda*.

No plano do processo, é também, nessas águas que emergem, primeiro, a desvinculação do direito de ação da pré-titularidade da relação jurídica básica-material e, depois, a disseminação da legitimidade para a defesa de interesses (e não apenas direitos) difusos, através de ações de alcance geral, a expansão do direito de recorrer (admitindo-se o uso de forma ampla) e a aplicação de *institu-*

*tos individualistas clássicos*, como o mandado de segurança e o *Habeas Corpus*, por exemplo, a situações bem diversas daquelas que inspiraram a sua gênese, em tempos passados.

Esse movimento em busca dos princípios jurídicos será algo como um pretexto para uma recuperação dos ideais do jusnaturalismo ou pelo menos daquele seu sentido *humanístico e universalista*, justamente o que nele há de mais generoso; *mas é preciso não se perder de vista que o Direito é também uma ordem e que a sua força é também um valor prezável, além de exigir na sua aplicação a atenção de não o desfazer, via individualismos perceptivos, decisionismos ocasionais ou topicismos incultos.*

## **BIBLIOGRAFIA**

- BONAVIDES, Paulo, *Ciência Política*, FGV, Rio de Janeiro, 1967.
- \_\_\_\_\_, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, FGV, Rio de Janeiro, 1972.
- CALAMANDREI, Piero, *Direito Processual Civil*, tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez, BookSeller, 1999, 3 vols.
- CARVALHOSA, Modesto, *Direito Econômico*, RT, São Paulo, 1973.
- GRAU, Eros Roberto, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, RT, São Paulo, 1978.
- LLOYD, Dennis, *A Idéia de Lei*, tradução de Álvaro Cabral, Martins Fontes, São Paulo, 1985.
- MIRANDA, Pontes de, *História e Prática do Habeas Corpus*, BookSeller, São Paulo, 1999, 2 vls.
- SALDANHA, Nelson, *Estado de Direito, Liberdades e Garantias*, Sugestões Literárias, São Paulo, 1980.
- \_\_\_\_\_, Nelson, *Legalismo e Ciência do Direito*, Atlas, São Paulo, 1977.
- \_\_\_\_\_, Nelson, *Ordem e Hermenêutica*, Renovar, Rio de Janeiro, 1992.
- SECONDAT, Charles-Louis de, Barão de MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leônico Martins Rodrigues, EdUnB, 1982.
- ULLMANN, Walter, *Princípios de Gobierno y Política en la Edad Media*, Revista de Occidente, 1971.



## AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

*Manoel de Oliveira Erhardt (\*)*

### SUMÁRIO:

**1. Introdução. 2. O Conceito de Serviço Público. 3. A Organização da Prestação de Serviços Públicos. 4. A Organização dos Serviços Públicos no Brasil. 5. O Projeto de Reforma da Administração e do Estado. 6. As Organizações Sociais. 7. Conclusões.**

### 1. INTRODUÇÃO:

O objetivo deste trabalho é estudar as organizações sociais como técnica de prestação de serviços à coletividade e a sua implantação no Brasil, no âmbito da reforma do Estado e da Administração ora em curso.

O tema requer o estudo do Estado e de suas funções, na perspectiva histórica, a partir do liberalismo político do Século XVIII, examinando-se o perfil social, assumido no início do Século XX até a fase atual em que se implantam reformas caracterizadas pelo retraimento das funções estatais.

Na nova visão que se pretende implementar, tem sido enfatizada a idéia de parcerias entre o Estado e a sociedade, suscitando o debate sobre os instrumentos jurídicos para tal colaboração.

É imprescindível examinar as técnicas que têm sido adotadas para estruturar a administração, bem como o conceito de serviço público e os meios estabelecidos para prestá-lo.

Essa apreciação levará ao estudo do chamado terceiro setor de atividades sociais, correspondente aos serviços públicos não-estatais.

Serão, em seguida, especificamente estudadas as organizações sociais, do ponto de vista jurídico, na função de instrumentos para a referida parceria entre

---

\* Juiz Federal da Seção Judiciária de Pernambuco. Diretor do Foro.

o Estado e a sociedade. Far-se-á a apreciação da Lei n° 9.637/98 que disciplinou as mencionadas organizações no plano da legislação federal brasileira.

Procurar-se-á demonstrar que a colaboração entre a sociedade e o Estado, embora salutar, oferece riscos de desvios de finalidade, que desafiam a argúcia do jurista para criticar as leis mal elaboradas e respaldar a importância da prevalência dos princípios constitucionais que regem o Estado e a Administração Pública.

Este estudo não desconhece, portanto, a relevância de novas formas de atendimento ao interesse público, sem descuidar, todavia, da crítica à disciplina legal estabelecida pela referida Lei n°9.637/98. Serão realizadas observações acerca dos riscos que podem advir com o desrespeito à impessoalidade e à excessiva liberação de controle administrativo.

Pretende-se, assim, contribuir para intensificar o debate sobre um tema que tem implicações muito relevantes sobre o interesse público.

## **2. O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO:**

Diversos são os entendimentos doutrinários sobre o assunto. Os autores fazem referência a várias perspectivas do conceito. Em sentido amplíssimo, toda a atuação do Estado seria Serviço Público, incluindo a atividade legislativa e jurisdicional. Em sentido menos amplo, serviço público corresponderia à atividade administrativa do Estado. Em sentido restrito, corresponde à prestação de utilidades materiais aos administrados. Adotando o último sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta o seguinte conceito: “ *Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público, portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo*”<sup>1</sup>

Em qualquer perspectiva utilizada para o conceito, ressalta-se a submissão do serviço público a regime jurídico especial, diferente do que se aplica às atividades particulares. Tal peculiaridade é decorrência da natureza do interesse que se busca realizar, evidentemente, o interesse público. É também consequência da posição em que está o Administrador, gestor de coisa alheia, necessitando da

---

<sup>1</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 2ª edição, pág 1.

autorização dos verdadeiros titulares dos interesses administrados, ou seja, nos regimes democráticos, o povo. Daí a necessidade de obediência aos princípios da Administração Pública, atualmente positivados na Constituição Brasileira.

### **3. A ORGANIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS:**

Sabe-se que existem duas técnicas básicas de organização administrativa, quais sejam, a centralização e a descentralização. Os serviços públicos podem ser prestados pelas próprias pessoas políticas, titulares da competência, através dos seus órgãos, sem que se faça necessária a existência de outra pessoa para desempenhá-lo. Em tal caso, existirá centralização administrativa.

Poderá, no entanto, a prestação de serviços públicos ser conferida a outras pessoas, integrantes ou não da estrutura administrativa, através das técnicas de delegação e outorga. Na primeira hipótese, haverá mera transferência da prestação, que poderá ser retomada pela pessoa titular, mediante atos administrativos, enquanto na segunda hipótese, haverá mudança na própria titularidade do serviço, que passará para outra pessoa integrante da estrutura administrativa, através de Lei, a exemplo do que ocorre com a criação de autarquias.

### **4. A ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL:**

Antes da reforma administrativa ora em implantação, a estrutura da Administração Pública Brasileira, estava definida no Decreto-Lei 200/67, que previu a existência de pessoas centralizadas, a União, os Estados e os Municípios e as pessoas descentralizadas, integrantes da Administração Indireta. Os doutrinadores sempre ressaltaram a insuficiência do conceito legal de Administração Indireta, que não abrangeu todas as possibilidades de descentralização administrativa, a exemplo das concessões e permissões de serviços públicos.

Após a Constituição de 1988, não restou dúvida de que o conceito positivo de Administração Indireta se aplica às autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais, eliminadas as divergências quanto ao posicionamento das últimas.

Também foi prevista a colaboração de entidades privadas com o poder público. É possível mencionar, de início, os chamados entes de cooperação, assim qualificados pela doutrina os serviços sociais autônomos (SESC, SENAC, SESI, SENAI). Trata-se de entidades de assistência aos trabalhadores de certas

categorias, constituídas sob a forma do direito privado, mas contempladas com a arrecadação de contribuições sociais, instituídas em seu favor por Lei.

Foi, ainda, reconhecida a atuação de outras pessoas privadas em colaboração com o Estado, a exemplo das associações profissionais e dos sindicatos.

O modelo de Administração implantado consagrou a prestação dos serviços de utilidade pública, através de empresas controladas pelo Estado, em substituição às concessões de serviços públicos a particulares, que predominaram no início do século. Surgiram, assim, as denominadas concessões impróprias, ficando em desuso as concessões contratuais. As Empresas estatais também passaram a desempenhar diversas atividades econômicas, caracterizando o Estado produtor.

Nos últimos dez anos, as deficiências do modelo ficaram evidentes. A Administração direta, com a sua estrutura burocratizada, transformada em fonte de empreguismo nos Estados e Municípios, submetida a controles meramente formais, não foi capaz de utilizar eficientemente os recursos públicos, deixando de atender principalmente às necessidades básicas de educação e saúde.

As empresas estatais, em grande parte, também afetadas pelo empreguismo, não produziram, de modo geral, os padrões de eficiência que se preconizava com a utilização de formas do direito privado.

Diante desse quadro, surgiram os estudos para a implantação de nova Reforma Administrativa. No entanto, desta vez, as propostas implicaram mudança significativa do próprio perfil do Estado e não apenas da Administração Pública.

## **5. O PROJETO DE REFORMA DA ADMINISTRAÇÃO E DO ESTADO:**

As propostas de reformas refletiram, evidentemente, a postura ideológica que caracteriza o chamado neoliberalismo. Preconiza-se o afastamento do Estado da exploração de atividades econômicas, bem como a delegação a empresas privadas dos serviços de utilidade pública, revivendo-se o antigo contrato de concessão de serviços públicos.

Desenvolveu-se, ainda, o conceito de serviço público não estatal, para ensejar a transferência a entidades privadas dos serviços que não envolvem o poder de império, tais como educação, saúde, pesquisa científica. Projetou-se a qualificação dessas entidades privadas como organizações sociais, habilitadas a receberem recursos orçamentários, bens e servidores públicos, para serem apli-

cados nos mencionados serviços, sob a fiscalização de conselhos da comunidade.

Houve a pretensão de assegurar a eficiência administrativa, com a eliminação do regime estatutário obrigatório para todos os servidores públicos, a possibilidade de perda do cargo público por insuficiência de desempenho, mesmo em relação aos estáveis, o estabelecimento de metas para os órgãos e entidades públicas, através dos contratos de gestão, substituindo-se os controles formais por controles de resultados e a qualificação de autarquias como agências executivas para flexibilizar a sua atuação.

O projeto reservou ao Estado o papel regulador. Deverá caber-lhe normatizar e fiscalizar o exercício das atividades econômicas que repercutem no interesse coletivo e a prestação dos serviços públicos delegados aos particulares.

A função regulatória deverá ser desempenhada, livre da burocracia e das amarras tradicionais da Administração. Por isso, foi prevista a criação das Agências Reguladoras, inspiradas no modelo norte-americano.

A reforma não poderia deixar de preocupar-se com a regulação estatal sobre a ordem econômica e social. Os mais insuspeitos defensores do capitalismo não são capazes de esconder que a regulação pelo Estado é imprescindível para a subsistência do sistema. A atuação do Estado, quer como produtor, quer na implementação de políticas públicas ou no estabelecimento de regras para a atividade econômica, sempre esteve voltada para a preservação do capitalismo. A inserção da economia, no âmbito internacional, hoje em pauta, não dispensa a regulamentação estatal para estabelecer as condições mínimas de competitividade para as empresas nacionais.

## **6. AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS:**

Conforme já foi mencionado, o projeto de reforma administrativa previu a criação de organizações sociais para desempenharem os serviços públicos não-exclusivos do Estado. Ainda na fase do projeto, ficou evidente o objetivo de permitir a transferência de atividades desenvolvidas por autarquias e fundações de direito público da União, nas áreas sociais e de ciência, tecnologia e desporto, para as novas entidades, conforme informação colhida em artigo de Nina Ranieri<sup>2</sup>

Segundo Maria Coeli Simões Pires, o tema está relacionado com a retomada do princípio da subsidiariedade ao primeiro plano da Filosofia política,

---

<sup>2</sup> RANIERI, Nilda. *Descentralização: O Projeto das Organizações Sociais*; Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 4, n° 15, p.97-105, jun-96.

ensejando a atuação supletória das grandes instituições e reconhecendo-se uma esfera pública da sociedade<sup>3</sup>. Trata-se, portanto, do denominado terceiro setor, abrangendo as atividades que nem estão entregues ao mercado, nem são exercidas pelo Estado.

A idéia presente está orientada em duas direções; de um lado, a participação do Estado em atividades privadas e, de outro, a participação popular na gestão administrativa, cumprindo-se, no nosso país, o princípio constitucional de democracia não apenas representativa, mas também participativa.

A participação da sociedade já vem sendo há muito tempo regulada no nosso direito, através, por exemplo, das antigas entidades de assistência social. Paulo Modesto, em artigo publicado antes da edição de lei federal sobre a matéria, apresentou os pontos de semelhanças e de distinções entre as organizações sociais e as entidades privadas de utilidade pública<sup>4</sup>.

Mencionou, como pontos comuns, a iniciativa privada voluntária na criação, a afetação a uma finalidade de interesse público ou socialmente relevante, o recebimento de favores do Estado, a submissão ao regime jurídico das pessoas de direito privado, com derrogações de direito público. Indicou, como traços distintivos, a presença, nas organizações sociais da participação do Estado nos órgãos diretivos, a celebração de contrato de gestão, o controle de resultados, a possibilidade de absorção de bens, materiais, recursos e pessoal de entidades estatais extintas.

A Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, implantou o projeto de organização social, no âmbito da legislação federal. Podemos apontar os seguintes aspectos mais importantes da disciplina legal dessas organizações:

- constituição de entidades, sem fins lucrativos, na forma do direito privado, para desenvolverem atividades relacionadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde;
- qualificação da entidade como organização social, por ato do Poder Executivo. Nada impede que sejam assim qualificadas entidades anteriormente constituídas;
- participação, no colegiado de direção superior, de membros da comunidade e de representantes do poder público;

<sup>3</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. *Terceiro Setor e as Organizações Sociais*. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo, v. 4, p. 245-255, abr. 1999.

<sup>4</sup> MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. *Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais*. p. 176-177.

- vínculo entre a Organização e o Estado estabelecido, através de contrato de gestão, que determinará as metas a serem cumpridas;
- destinação de recursos orçamentários, de bens públicos e possibilidade de cessão de servidores públicos às organizações sociais.

É necessário examinar a natureza jurídica do novo tipo de entidade. Inicialmente, registre-se que a constituição da entidade se faz nos moldes do direito comum, na forma de associações ou de fundações privadas, não apresentando quanto a esse ponto nenhuma peculiaridade. A qualidade de organização social vai ser atribuída pelo Poder Executivo, depende, portanto, de um ato do Estado. Deve-se indagar se as organizações sociais, assim qualificadas, correspondem a alguma figura já existente no Direito brasileiro. É evidente que a personalidade de direito privado e a constituição na forma da lei civil as afasta das autarquias. Tampouco se aproximam das empresas públicas e das sociedades de economia mista, pois não possuem finalidades lucrativas. Também não se estruturam como Fundações de Direito Público, inexistindo a exigência de lei específica para autorizar a sua criação. É possível, no entanto, que se pretenda aproximá-las dos serviços sociais autônomos e das entidades de assistência social, reconhecidas como de utilidade pública.

Segundo Maria Sylvia Zanella de Pietro<sup>5</sup>, tudo indica que a inspiração para o projeto das organizações sociais foram os chamados serviços sociais autônomos (o denominado sistema S, SESC, SENAC, SESI, SENAI, SENAR, SENAT e SEBRAE) e mais proximamente o Serviço Social Autônomo “Associação das Pioneiras Sociais”.

Deve-se considerar, todavia, que os referidos serviços foram instituídos por entidades privadas, cumprindo previsão contida em leis específicas, não correspondendo, assim, a um tipo de entidade, definido em Lei, de modo genérico, como é o caso das organizações sociais.

Também, conforme Maria Sylvia de Pietro<sup>6</sup>, tais serviços não foram criados para substituírem o Estado na prestação de serviços públicos. Por outro lado, as entidades de assistência social possuem disciplina própria estabelecida na Lei nº 9.790, de 23/03/99.

Pode-se, portanto, concordar com Juarez Freitas para quem o regime das organizações sociais desponta como atípico.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p.205

<sup>6</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. Cit., p.207

<sup>7</sup> FREITAS, Juarez. *As Organizações Sociais; Sugestões para o Aprimoramento do Modelo Federal*. Boletim de Direito Administrativo – São Paulo, v. 14, nº 10, pág. 617-622; out.1998.

O posicionamento das Organizações Sociais como forma de descentralização administrativa também não é pacífico. Poder-se-ia pensar em descentralização por colaboração. No entanto, as referidas entidades não vão prestar serviço público, no sentido estrito. Logo, não corresponderiam propriamente a descentralização administrativa, pois vão explorar as atividades como serviços da iniciativa privada. No entanto, a discussão é meramente técnica e não oferece maior relevância prática, pois é inegável a aplicação de preceitos do direito público às mencionadas entidades.

Os doutrinadores afirmam a incidência de regras e princípios do Direito Público sobre as Organizações Sociais, não obstante a estrutura de Direito Privado que apresentam. Recebendo recursos, bens e servidores públicos, essas entidades não se furtam à fiscalização dos Tribunais de Contas, podem ter os atos lesivos ao seu patrimônio impugnados por ação popular e estão submetidas aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. Os seus serviços devem ser oferecidos à comunidade com base em critérios objetivos, não se admitindo discriminações.

Tais serviços, quando desempenhados pelas Organizações Sociais, não são considerados públicos, no sentido previsto no art. 175 da Constituição. As referidas atividades podem ser prestadas como serviço público ou não. Correspondem a setores que podem ser explorados tanto pelo poder público como por particulares. Se caracterizassem sempre serviços públicos, não admitiriam o desempenho por outras pessoas, que não fossem os próprios entes públicos ou concessionários e permissionários, diante do que dispõe o referido artigo 175 da Constituição.

A personalidade de direito privado e a exploração de atividades que não caracterizam serviços públicos estatais fazem com que as organizações sociais não desfrutem das prerrogativas do poder público. Os seus atos não se beneficiam do regime jurídico administrativo e tampouco fazem jus às prerrogativas processuais da Fazenda Pública.

Compete ao Poder Executivo qualificar as organizações sociais. A Lei nº 9637/98 concedeu discricionariedade ao Executivo para tal qualificação. Tal regulação da competência tem sido criticada. O princípio da impessoalidade da Administração impõe que o Poder Público, ao deferir ao administrado situação para a qual possam existir vários interessados, adote procedimento objetivo para a escolha. A ampla discricionariedade prevista, no caso, pode dificultar o controle da legalidade da decisão tomada.

O vínculo entre a Organização Social e o Poder Público vai ser estabelecido, através do contrato de gestão. É necessária uma perfunctória apreciação dessa figura jurídica.



O contrato de gestão tem as suas origens no Direito francês e também foi utilizado por alguns países em desenvolvimento para a implantação de estruturas administrativas modernas. Destina-se a conceder maior flexibilidade a setores da Administração, substituindo os controles formais pelo de resultados, voltado para a verificação do cumprimento das metas a que o Administrador se compromete.

No Brasil, foi utilizado com o objetivo de dar maior autonomia a entidades paraestatais, sendo celebrado com a Cia Vale do Rio Doce, a Petrobrás e o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais. No entanto, não havia respaldo constitucional para que ajustes de natureza administrativa dispensassem entidades da Administração Pública das exigências formais decorrentes da Lei. Em consequência, o Tribunal de Contas da União não respaldou a dispensa de exigências prevista no contrato celebrado com a Cia Vale do Rio Doce.

A Emenda Constitucional nº 19 veio possibilitar a celebração dos referidos contratos para conferir autonomia gerencial, administrativa e financeira a setores administrativos. Atualmente, é possível firmar contrato de gestão entre a pessoa estatal e um órgão seu, entidade da administração indireta ou organização social.

É evidente que, no primeiro caso, não haverá verdadeiro contrato, por não existirem dois pólos contratuais.

Em regra, o contrato de gestão se destina a ampliar a autonomia dos órgãos e entes administrativos. No entanto, quando celebrado com Organização Social, vai limitar a liberdade originária de que desfrutava a entidade privada. O descumprimento das metas estabelecidas no contrato ensejará a desqualificação da entidade como Organização Social. O contrato de gestão é, portanto, o instrumento do controle a ser exercido pelo Estado sobre a atuação da Organização Social

Por outro lado, o controle da sociedade será desempenhado, mediante a participação de membros da comunidade no órgão colegiado de deliberação superior.

Marianne Nassuno entende que a Lei não assegurou adequadamente o controle social, vez que não tornou obrigatória a escolha dos representantes da comunidade entre os usuários do serviço.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> NASSUNO, Mrianne. *Oraanização dos usuários, participação na gestão e controle das organizações sociais*. In: PETRUCCI, Vera, SCHWARTZ, Letícia (org.) *Administração Pública Gerencial: a reforma de 1995: ensaios sobre a reforma administrativa brasileira*. Brasília: UNB: ENAP, 1999. P. 151-167

Os empregados admitidos pelas Organizações Sociais não terão a qualidade de Servidores Públicos. No entanto, poderão ser cedidos funcionários públicos às mencionadas entidades.

O patrimônio dessas organizações será privado. Todavia, haverá a possibilidade de cessão de bens públicos que, embora continuem integrados ao patrimônio público, serão utilizados nos serviços da pessoa privada para o atendimento das suas finalidades de interesse coletivo, podendo os bens móveis ser permutados, mediante autorização estatal.

Considerando-se a natureza do serviço prestado, defende-se a aplicação da responsabilidade objetiva aos danos decorrentes da atuação das referidas entidades. O argumento é reforçado, quando se recorda que a idéia de criação de organizações sociais teve em vista substituir a prestação de serviços públicos que vinha sendo realizada por entes integrantes da Administração.

O modelo de organização social também vem sendo adotado pelos Estados-membros da federação brasileira. O Pará e a Bahia editaram leis sobre a matéria, respectivamente, em 1996 e 1997. O Estado de Pernambuco disciplinou o assunto, através da Lei nº 11.743, de 20.01.2000.

A Lei pernambucana adotou o modelo estabelecido na Lei federal. Previu, no entanto, que deverão ser adotados critérios objetivos para a escolha da entidade a ser qualificada como organização social. Tais entidades serão fiscalizadas pela Agência Reguladora dos Serviços Públicos Estaduais.

É necessário, agora, fazer uma apreciação crítica sobre as Organizações Sociais e a disciplina normativa que lhes vem sendo dada no direito brasileiro. Não se pode ser refratário à implantação de novas técnicas para a prestação dos serviços à comunidade. A parceria da Administração com o setor privado é salutar. Deve-se, todavia, atentar para a realidade social e cultural brasileira. Um dos fatores de dificuldades para o bom desempenho da atividade administrativa tem sido a tradição patrimonialista e clientelista do Estado e da Sociedade brasileira.

A tendência de considerar o público como extensão dos bens e interesses privados de camadas sociais e de ocupantes de cargos está presente, indiscutivelmente, na realidade brasileira. Daí a necessidade de controles mais rígidos para a Administração Pública, de que é exemplo a extensão com que o princípio da legalidade tem sido positivado no Brasil. O desvirtuamento de valores ocorre não apenas nos setores dominantes como nas camadas mais sacrificadas, que, sem consciência política, concorrem para a permanência do sistema espoliatório.

A primeira crítica que a Lei federal merece é por não haver definido critérios objetivos para a qualificação de uma entidade como organização social. As

implicações do ato de reconhecimento são muito amplas para o interesse público. Bens, servidores e recursos orçamentários serão deslocados para entidades particulares. É possível que haja mais de uma entidade interessada em obter a qualificação na mesma área. Torna-se imprescindível, portanto, definir critérios para a escolha.

A segunda crítica que se pode fazer é decorrente dos propósitos que inspiraram a criação das organizações sociais. Inegavelmente, destinaram-se a substituir órgãos e pessoas da Administração. Estão, portanto, recebendo o acervo patrimonial, os recursos e os servidores de entidades públicas extintas. Parece que tal origem desnatura a própria idéia de parceria. O chamado terceiro setor corresponde à colaboração do setor privado com o público. Logo, deve resultar em acréscimo dos recursos que serão utilizados para o atendimento de necessidades coletivas. Não se pode entender como parceria a mera utilização dos recursos públicos por entidades privadas .

Por outro lado, a colaboração requer que se identifiquem os setores da sociedade que teriam interesse de prestá-la. A entidade, portanto, deveria ser constituída por esses setores e, posteriormente, obter a qualificação como organização social. No entanto, o propósito de substituir entes públicos extintos não tem permitido que assim se proceda. As organizações sociais são formadas sem qualquer legitimidade, não refletindo, portanto, a intenção de colaborar do setor privado. Na realidade, o surgimento das organizações tem sido apenas uma forma de flexibilizar a prestação de serviços públicos, liberando-a das chamadas amarras da administração. Tal objetivo pode ter a sua utilidade , no entanto, é possível alcançá-lo com o emprego de outras técnicas administrativas, vez que a Administração já dispõe do contrato de gestão para conferir autonomia gerencial , orçamentária e financeira aos seus órgãos e entidades.

## **7. CONCLUSÕES:**

A Administração Pública brasileira tem recebido diversas reformas, na sua história, que, no entanto, não lhe trouxeram os padrões de eficiência desejados. A dificuldade maior para o êxito desses processos é de natureza cultural, tendo em vista a ausência de consciência política e de noção de cidadania, na maior parte do povo.

Desenvolve-se a idéia de um terceiro setor de atividades públicas, que não é exercido pelo Estado e sim pelos particulares em colaboração com o poder

público. Esse terceiro setor desempenhará os serviços públicos não-estatais, que correspondem às atividades cuja exploração pode ser realizada, tanto pelo Estado como pelos particulares. Exercidas pelo Estado são serviço público. Desempenhadas por particulares, não têm a natureza de serviço público, estando apenas submetidas à autorização do poder público. Apontam-se, como exemplos, os setores de saúde e educação.

As Organizações Sociais serão assim qualificadas para desempenharem os mencionados serviços públicos não estatais. Transferidos para as organizações, os serviços deixam de ser considerados públicos no sentido estrito, ensejando, portanto, a sua exploração por entidades privadas, sem ofensa ao art. 175 da Constituição.

A idéia de implantar organização sociais para substituir entes estatais extintos não se harmoniza com a visão que se tem de parceria, a qual envolve colaboração entre os dois setores, soma de recursos e não simplesmente a transferência do serviço para o setor privado. Por outro lado, é preciso que as organizações tenham legitimidade social, representem uma forma de mobilização da sociedade para resolver os seus problemas. Não podem ser formadas, artificialmente, apenas para flexibilizar a prestação de serviços, liberando-os dos controles da Administração.

A Lei nº 9637/98 merece críticas. A escolha da entidade a ser qualificada como organização social foi regulada de modo discricionário, não se estabelecendo o critério a ser adotado, caso haja mais de uma entidade interessada no reconhecimento, na mesma área. Também não estabeleceu a Lei critérios para a escolha dos representantes da comunidade nos órgãos superiores das organizações sociais, o que pode ensejar manipulações que retirem qualquer eficácia à atuação dos referidos órgãos.

As organizações sociais se submetem ao controle dos Tribunais de Contas, na medida em que utilizam bens, recursos e servidores públicos.

Trata-se, portanto, de inovação importante que desafia os estudos dos juristas e também requer o acompanhamento dos formadores de opinião pública para que não sejam transformadas em mais um instrumento de manutenção do patrimonialismo e do clientelismo. O assunto requer tratamento jurídico, sem emocionalismos, para que as organizações sociais possam efetivamente servir ao propósito de colaboração entre os setores público e privado.

**BIBLIOGRAFIA:**

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3a ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Considerações sobre seu Regime Jurídico. In: (*Revista de Direito Administrativo*.) Rio de Janeiro, 217: 105-118, jul/set. 1999.
- FREITAS, Juarez. *As Organizações Sociais: sugestões para o aprimoramento do modelo federal*. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo, v. 14, n. 10, out. 1998.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. *Reforma Administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais*. In: PETRUCCI, Vera; SCHWUARZ, Letícia (org.). *Administração Pública Gerencial: a reforma administrativa brasileira no limiar do século XXI*. Brasília: UNB: ENAP; 1999.
- NASSUNO, Marianne. *Organização dos usuários, participação na gestão e controle das organizações sociais*. In: PETRUCCI, Vera; SCHWUARZ, Letícia (org.). *Administração pública Gerencial: a reforma de 1995: ensaios sobre a reforma administrativa brasileira*. Brasília: UNB: ENAP, 1999.
- PIRES Maria Coeli Simões. *Terceiro Setor e as Organizações Sociais*. Boletim de Direito Administrativo. V. 4. São Paulo: NDJ, abr. 1999.
- RANIERI, Nina. *Descentralização: o projeto das organizações sociais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v.4, n.15, abr./jun. 1996.



**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:  
MODELOS BRASILEIRO E ITALIANO (BREVE ANÁLISE  
COMPARATIVA)\***

**Edilson Pereira Nobre Júnior\*\***

I. Introdução. II. Supremacia constitucional e inconstitucionalidade. III. Natureza do órgão controlador. IV. Competência para a atuação controladora. V. Modos de manifestação. VI. Atos impugnáveis. VII. Parâmetros. VIII. Visão de confronto entre as decisões da Corte Constitucional e do STF. IX. Considerações finais. X. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### **I – Introdução**

Uma das poucas premissas de constatação inabalável é a de que o direito, como instrumento retor da vida gregária, é um fenômeno universal, não podendo dele nenhuma comunidade prescindir.

A par disso, o entrelace entre os povos – cuja larga prática histórica vem, em tempos de globalização, alcançando frequência cada vez mais crescente – tem mostrado a coincidência, em mais de um sistema jurídico, de princípios e institutos jurídicos semelhantes.

De logo se conclui que não se pode esquecer a importância do estudo do direito comparado, a qual, esvaindo-se bem mais além do deleite intelectual,

\* Exposição ministrada, no dia 09 de outubro de 2000, em seminário da disciplina Teoria do Direito Comparado, do Curso de Doutorado da Faculdade de Direito do Recife, cuja regência coube ao Prof. Ivo Dantas, titular de Direito Constitucional.  
\*\* Juiz Federal, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, mestre e doutorando pela Faculdade de Direito do Recife.

desemboca, como frisa **IVO DANTAS**,<sup>1</sup> na finalidade profissional, afeiçoada à técnica e política jurídicas, ou mesmo política legislativa, no sentido de pôr à disposição dos operadores do direito, para uma melhor compreensão, os institutos existentes em outros ordenamentos, principalmente quando recepcionados pelo sistema nacional.

Nessa ordem de idéias, sobreleva notar a enorme relevância ostentada pela comparação na área do direito constitucional. Isso porque a sociedade hodierna é rotulada por um traço primordial, consistente na sua organização sob as vestes constitucionais. À sua Constituição, escrita ou não, compete, através de lineamentos gerais, não só proceder à estruturação dos poderes políticos, mas gizar os contornos da vida dos cidadãos, o que é realizado pela previsão dos chamados direitos de primeira (direitos individuais), segunda (direitos sociais), terceira (direitos à qualidade de vida, como a proteção do meio ambiente, ao consumidor etc.) e quarta (disciplina da pesquisa biológica e científica) gerações.

Apreendendo o valor da comparação no campo do direito constitucional, **GIUSEPPE DE VERGOTTINI** predica a ela múltiplas funções, sobressaindo-se as de: a) aquisição de novos conhecimentos indispensáveis para a compreensão do direito constitucional; b) elemento de controle para a verificação do fundamento dos conhecimentos pesquisados; c) servir de técnica de interpretação dos institutos constitucionais, principalmente quando realizada pelos órgãos jurisdicionais nacionais; d) auxílio na formulação das experiências normativas; e) cooperação na harmonização e unificação dos sistemas normativos.

Dito isso, não se deve perder de vista que da supremacia imanente às normas constitucionais, quando estas são dotadas de rigidez, segue-se o controle de constitucionalidade como meio indispensável para que se possa assegurar a permanência dos valores consagrados como fundamentais pela ordem jurídica. Essa a razão para a escolha do tema versado.

Nossa explanação, atenta aos imperativos da brevidade, pautar-se-á pela abordagem das semelhanças e distinções mais notáveis na tutela constitucional envidada pelos modelos nacional e italiano, tais como as inerentes à natureza e

---

<sup>1</sup> *Direito constitucional comparado* : Introdução. Teoria e metodologia. Rio de Janeiro : Renovar, 2000. p. 62. Um pouco mais à frente (fls. 63), formula o autor duas advertências: a) não possui o direito comparado funções práticas, mas sim as conclusões dele resultantes, que terão valia para os legisladores, magistrados e advogados, a fim de propiciar uma melhor regulamentação do comportamento de uma determinada sociedade; b) a comum referência à universalização dos conceitos da ciência jurídica não deve implicar a crença de que se possa transportar um instituto de uma comunidade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos e peculiaridades de cada uma delas.

<sup>2</sup> *Diritto costituzionale comparato* . 4. ed. Padova : CEDAM, 1993. p. 5-30.



competência do órgão de controle, o modo de manifestação deste, tipos de ilegitimidade constitucional, os parâmetros de verificação, os atos impugnáveis e as singularidades das decisões. Antes do ingresso no objeto a ser analisado, não passarão despercebidos comentários sobre a noção de supremacia constitucional e a idéia de inconstitucionalidade.

A escolha do paradigma decorreu do fato de, malgrado integrante do conjunto de países pertencentes à denominada família romano-germânica, ou do *civil law*, o exemplo de fiscalização constitucional da Itália não mereceu maiores atenções dos estudiosos do assunto no Brasil.

## II – Supremacia constitucional e inconstitucionalidade

Não constitui monopólio das duas últimas centúrias a aceitação da existência de normas de posição hierárquica diversa, umas servindo de fundamento de validade das demais. Para que não retroajamos demasiadamente no curso do tempo, pode-se dizer que, na Idade Média, **SÃO TOMÁS DE AQUINO**, principal representante da escolástica, salientava a presença da lei eterna, da lei natural e da lei humana, para sustentar que a obediência desta última somente estaria legitimada caso não contrariasse as duas primeiras.

Significa dizer, então, que a doutrina medieval pôs em relevo dicotomia entre duas classes de normas, quais sejam: o *jus naturale*, superior e incontrastável, e o *jus positum*, insuscetível de atritar-se com aquele.

Sem embargo, é no jusnaturalismo, iniciado a partir da segunda metade do Século XVI, e amplamente divulgado no Século XVIII, que surge, com maior nitidez e prestígio, a noção de Constituição.

Ressaibo embrionário dessa concepção está fincado em um dos documentos mais preciosos de nossa literatura constitucional, consistente em discurso proferido na instalação dos trabalhos da assembléia constituinte, que importou na promulgação da vigente Lei Maior, no qual **JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES**, então dignificando a presidência do Supremo Tribunal Federal, afirmava haver, na França do final do Século XVI, cidadela inexpugnável do absolutismo, **DE HARLAY** sustentado a **HENRIQUE III** a distinção entre leis do rei e leis do reino, afirmando: *‘Temos, senhor, duas espécies de leis: umas são as ordenanças de nossos reis, que podem alterar-se conforme a diversidade dos tempos e dos negócios; outras são as ordenanças do reino, que são invioláveis,*

*e pelas quais vós subsistes ao trono, e esta coroa foi conservada por vossos predecessores”.*<sup>3</sup>

Tratava-se, ainda à época do *ancien régime*, de exemplo da manifestação dos parlamentos franceses, cuja funcionalidade se assemelhava à de uma corte de justiça, dirigida ao soberano, com o propósito de proceder ao exame dos editos régios ante as leis fundamentais do reino (*lois fondamentales du royaume*).

Florescia, assim, o movimento contrário à monarquia absoluta, nascida em substituição ao feudalismo, modelo a notabilizar-se pela desmedida concentração de poderes em favor do monarca, o que, inexoravelmente, conduziu ao arbítrio.

No afã de combater esse estado de coisas, procurou-se a implantação de controle sobre o poder régio, a fundar-se na divisão das funções estatais, com o deslocamento do seu exercício do centro monopolizador existente, com a finalidade de preservação dos direitos fundamentais, calcados na igualdade e na liberdade do homem.

Para que tal conquista se vocacionasse à perenidade, concebeu-se, de logo, que não poderia ter as suas bases fincadas unicamente na lei, embora esta fosse apontada como a única forma de restrição da liberdade individual,<sup>4</sup> simplesmente porque bastaria uma outra lei para que fosse extinta a separação de poderes e os direitos individuais oponíveis ao Estado.

Isso se justificava em face de que, na trilha do jusnaturalismo, a existência, em prol do ser humano, de direitos inatos, intangíveis e irrenunciáveis, pressupunha o estabelecimento de limites para o próprio legislador.

Essa idéia fora encampada por **JOHN LOCKE**, que, mesmo atuando como um dos mais ardorosos defensores da supremacia do Parlamento ante os demais poderes, não desconsiderava devesse aquele encontrar limites no direito natural.<sup>5</sup> Reputando-se que a função legislativa é deferida pelos cidadãos aos seus

---

<sup>3</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Instalação. *Revista de Informação Legislativa*. a. 24, n. 93, p. 5-14, jan./mar. 1987.

<sup>4</sup> Percebe-se do texto do art. 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, a exaltação da lei como mecanismo hábil para a contenção de direitos e liberdades individuais.

<sup>5</sup> É o que se infere de passagens de sua obra Segundo tratado sobre o governo, pois se é certo que afirmara que “enquanto subsiste o governo, o legislativo é o poder supremo; o que deve dar leis a outrem deve necessariamente ser-lhe superior” (Capítulo XIII, § 150), não menos correto haver, no parágrafo antecedente, precatado a seguinte sentença: “Embora em uma comunidade constituída, erguida sobre a sua própria base e atuando de acordo com a sua própria natureza, isto é, agindo no sentido da preservação da comunidade, somente possa existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual tudo deve ficar subordinado, contudo, sendo o legislativo somente um poder fiduciário destinado a entrar em ação para certos fins, cabe ainda ao povo um poder supremo para afastar ou alterar o legislativo quando é levado a verificar que age contrariamente ao encargo que lhe confiaram” (Capítulo XIII, § 149).

representantes, com vistas à realização de um determinado objetivo (que, no breviário liberal, era a proteção da liberdade e propriedade individual), segue-se que tal prerrogativa deverá retornar às mãos daqueles que a concederam, desde que os mandatários escolhidos desprezem ou contrariem flagrantemente a finalidade para cuja satisfação aquela fora concedida.

A saída, então, recaiu na inscrição da repartição de funções estatais, bem como dos direitos dos indivíduos, em uma norma de hierarquia superior à lei, que seria fruto de um poder soberano e criador do Estado. A tarefa caberia à Constituição, oriunda do poder constituinte, pertencente ao povo, e cujo fundamento reside no direito, conatural a cada comunidade, de escolher as instituições por que há de ser regida.

Está-se ante o que se convencionou denominar de supremacia constitucional, expressando que a Constituição, como pacto fundador da organização estatal, posiciona-se com superioridade diante das demais normas de determinado sistema positivo.

Essa qualidade constou de reconhecimento explícito no Artigo VI, inc. 2º, da Constituição dos Estados Unidos da América: “*Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados, ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos, constituirão o direito supremo do país. Os juízes de todos os Estados dever-lhes-ão obediência, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário*”.

Todavia, é de salientar que a concreção da cláusula demorou aproximadamente mais uma década e meia. Coube à Suprema Corte norte-americana, no julgamento do famoso caso *Marbury v. Madison* (1 Cranch 137), fincar, no ano de 1803,<sup>6</sup> através do labor do Juiz **JOHN MARSHALL**, o ponto de vista de que uma lei do Congresso, quando contrária à Constituição, carece de validade.

Tratava-se de *mandamus*, impetrado originariamente perante o Tribunal Supremo, em virtude de competência deferida pela Lei do Poder Judicial de 1789. **MARSHALL** partiu do pressuposto de que a jurisdição da Suprema Corte era exercida originariamente, ou em grau de recurso, sendo a primeira hipótese de enunciação constitucional. Em vista disso, com base na impossibilidade de

---

<sup>6</sup> Informa **CHRISTOPHER WOLFE** (*La transformacion de la interpretacion constitucional*. Madri: Civitas, 1991. p.115) que, com exatidão, o controle de constitucionalidade por juízes federais fora exercitado pela primeira vez nos anos da década de 1790, nos quais vários presidentes de tribunais de circuito se negaram a reconhecer a vigência de uma lei que àqueles impuseram obrigações não judiciais, sem contar que a Suprema Corte, no ano de 1795 (*Hylton v. united States*, 3 Dallas 171), examinara lei tributária federal ante a Constituição, muito embora tenha concluído pela valência do imposto discutido.

o legislador, pena de enfrentar o Texto Magno, ampliar o rol da competência originária da Suprema Corte, votou pela incompetência do tribunal para o conhecimento do pedido. Em conclusão, assentara que se uma lei ingressa em contenda com a Constituição, indiscutível o seu caráter de lei inconstitucional, não merecendo, por isso, ser observada.

A invalidade, portando, da lei violadora da Constituição é uma decorrência da posição superior em que esta se encontra. Essa superioridade se faz presente nos países que abraçam a rigidez constitucional, onde, explanou **OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO**, em obra pioneira na literatura jurídica pátria, nos países que abraçam a rigidez constitucional, *“a Constituição é a autoridade mais alta, e derivante de um poder superior à legislatura, o qual é o único poder competente para alterá-la. O poder legislativo, como os outros poderes, lhe são subalternos, tendo as suas fronteiras demarcadas por ele, e, por isso, não podem agir senão dentro destas normas”*.<sup>7</sup>

### **III – Natureza do órgão controlador**

O primeiro aspecto a servir de confronto é o inerente às características ostentadas pelo órgão, ou órgãos, com competência para zelar pelo respeito à lei fundamental.

Grosso modo, podemos agrupar de duas formas principais as maneiras pelas quais as constituições hodiernas atribuem a missão de conhecer de pleitos inerentes à violação de suas normas.

Assim, tem-se, inicialmente, o controle exercitado por órgãos políticos, podendo recair no próprio Poder Legislativo. Como exemplos pode ser apontado o Conselho Constitucional da atual Constituição Francesa (arts. 56 a 63) e o *Presidium* do Soviete Supremo da Constituição da extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas de 07-10-77 (art. 121º, nº 4), a Comissão Constitucional e Jurídica da Constituição romena de 20-08-65 (art. 53), com as revisões de 27-12-74 e de 18-03-75, e a Comissão Constitucional da Constituição tchecoslovaca de 11-07-60 (arts. 87, 88, 90 a 92), com as alterações da Lei Constitucional de 20-12-70.

A escolha de tal via decorre da opinião de que, resultando a lei da manifestação de órgão representativo da soberania popular, não seria de bom grado que

<sup>7</sup> *Teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo : José Bushatsky Editor, 1980. p. 48.

os seus atos estivessem submetidos à viglância por outro poder, como é o caso do Judiciário.

Isso é bem explicado por **BISCARETTI DI RUFFIA** quando afirma que a utilização, para fins de fiscalização constitucional, dos próprios órgãos legislativos, fora sugerida “*pela convicção da oportunidade de atribuir aos órgãos mais representativos da vontade popular algumas funções jurisdicionais, de notável relevo, nas quais aparece particularmente avaliável o elemento político*”.<sup>8</sup>

Outro modelo, cujo berço fora o *judicial review* do direito norte-americano, confere a organismo do Poder Judiciário a missão de declarar a invalidade das leis, e outros atos estatais, infringentes da Lei Maior, tendência que vem se acentuando, cada vez mais, a partir da Primeira Conflagração Mundial.

O Constituinte de 1988, mantendo tradição inaugurada com a Constituição de 1981, optou por outorgar aos tribunais o reconhecimento da incompatibilidade dos atos normativos ante a Lei Básica, segundo se depreende da redação do art. 97: “*Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público*”.

O dispositivo, complementado pelos arts. 102, I, letras *a* e *q*, §1º, 103, §2º, 105, letra *h*, todos da Constituição Federal, não exclui a atuação do Executivo e do Legislativo na fiscalização constitucional,<sup>9</sup> o que se dá durante o processo de formação das leis, através do veto (art. 66, §1º, CF), e das decisões de admissibilidade proferidas pelas comissões parlamentares, nos termos dos regimentos internos das casas legislativas.

Não esquecer ainda a competência que a Constituição, no seu art. 49, V, outorgou ao Congresso Nacional, a fim de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (regulamentos), ou dos limites de eventual delegação legislativa (lei delegada). Ao contrário das situações referidas no parágrafo anterior, trata-se de atuação parlamentar, levada a cabo em instante posterior à perfeição do ato questionado.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> “dalla convinzione dell’opportunità d’attribuire agli organi più rappresentativi della volontà popolare alcune funzioni giurisdizionali, di notevole relevo, in cui apparisse particolarmente valutabile l’elemento politico”. (**RUFFIA**, Paolo Biscaretti Di. *Diritto costituzionale*. 15. ed. Napoli: Jovene, 1989. p. 643).

<sup>9</sup> Acerca do assunto, consultar **GILMAR FERREIRA MENDES** (O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 134, p. 11-39, abr./jun. 1997).

<sup>10</sup> Sem embargo de não poder o Executivo declarar inconstitucional uma regra de direito, tem-se reconhecido, tanto à época da Lei Maior pretérita (STF, Pleno, mv, Rep. 980-SP, rel. Min. **MOREIRA ALVES**, RTJ 96/496, encontrando-se no voto-condutor menção a vários precedentes no mesmo sentido) quando da atual (STF, Pleno, ac. un., ADINMC 1.292 - MT, rel. Min. **ILMARGALVÃO**, DJU de 15-09-95, pág. 29.508), a possibilidade de a chefia daquele determinar aos órgãos que lhe são subordinados que deixem de aplicar leis, ou atos com força de lei, que repute inconstitucionais, entendimento aplicável ao Legislativo e ao Judiciário quando no exercício do desempenho de função administrativa.

Passando-se ao arquétipo constitucional italiano, moldado pela Constituição de 23 de dezembro de 1947, tem-se, nos termos do seu art. 134, a atribuição à Corte Constitucional das controvérsias relativas à legitimidade constitucional dos atos normativos do Estado e das Regiões.

Superados, nos trabalhos preparatórios da referida Lei Fundamental, os pontos de vista que apregoavam a necessidade de que tal controle fosse realizado por órgão político, ou que competisse a cada um dos juízes, no âmbito de suas competências, prevaleceu a criação de um órgão novo, com o propósito de canalizar as contendas que envolvessem a incidência da Constituição.

Embora a ausência de menção à Corte Constitucional no Título V da Constituição italiana, possa haver servido para que se pudesse sustentar a condição de órgão político daquela, a doutrina vem convergindo à sua qualificação como organismo jurisdicional, embora dotado de traços peculiares. Dentre alguns autores, essa é a opinião sustentada por **LIVIO PALADIN**<sup>11</sup>, a qual se encontra ratificada em obra escrita com a colaboração de **VEZIO CRISAFULLI**<sup>12</sup>, **GIUSEPPE DI VERGOTTINI**<sup>13</sup>, **FAUSTO CUOCULO**<sup>14</sup>, **ROBERTO BIN**<sup>15</sup> e **GONZALEZ RIVAS**<sup>16</sup>.

O próprio Diploma Básico italiano nos oferta tal conclusão, conforme se infere do emprego das seguintes expressões: a) *giudica* (julga), no seu art. 134, *caput*; b) *giudici* (juízes), nos arts. 135, n.ºs 1 a 3 e 7, e 137, n.º 1; c) *giudice* (juiz), no art. 135, n.ºs 4 e 6; d) *giudizi* (juízos, podendo também ser traduzida como julgamentos), nos arts. 135, n.º 7, e 137, n.º 1.

Além disso, reforça o caráter judicial das funções da Corte Constitucional o fato de os seus membros estarem sujeitos a uma série de incompatibilidades e garantias, necessárias para a preservação de sua independência funcional.

De logo, tem-se, de acordo com o art. 135, n.º 5, da Lei Fundamental itálica, que a função de juiz constitucional é incompatível com a de parlamentar,

<sup>11</sup> *Diritto costituzionale*. 2. ed. Padova : CEDAM, 1995. p. 705.

<sup>12</sup> *Commentario breve alla costituzione*. Padova : CEDAM, 1990. p. 796.

<sup>13</sup> *Diritto costituzionale*. Padova : CEDAM, 1997. p. 618.

<sup>14</sup> *Principi di diritto costituzionale*. Milano : Giuffrè, 1996. p. 731 e seguintes. O pensamento do autor assoma, com maior clareza, às fls. 741 da obra referenciada, quando afirma: “Como dito, a Corte constitucional no nosso ordenamento é órgão de garantia e, enquanto tal, exercita um controle, de forma jurisdicional, sobre alguns atos do Estado e das regiões e julga sobre os comportamentos, penalmente relevantes, do presidente da República, nos limites estabelecidos pela Constituição”. “Como si è detto, la Corte costituzionale nel nostro ordinamento è organo de garanzia e, in quanto tale, esercita un controllo, in forma giurisdizionale, su taluni atti dello Stato e delle regioni e giudica sui comportamenti, penalmente rilevanti, del presidente della Repubblica, nei limiti stabiliti dalla Costituzione”.

<sup>15</sup> *Capire la costituzione*. Roma : Editori La perza, 1998. p. 7.

<sup>16</sup> *La justicia constitucional: derecho comparado y español*. Madrid : Editoriales de Derecho Reunidas, 1985. p. 59. O autor, mesmo notando que a Corte Constitucional italiana não está compreendida na parte referente ao Judiciário, enfatiza que aquela desenvolve funções materialmente jurisdicionais, ao exercer o controle da constitucionalidade normativa.

de membro de Conselho Regional, com o exercício da atividade de advogado, bem como com qualquer outro cargo ou função indicados em lei. Vale notar que a Lei 87, de 11 de março de 1953, acrescentou, nos seus arts. 7º e 8º, as proibições derivadas do exercício das atividades de comerciante, ou industrial, de qualquer função ou emprego, público ou privado, ou quanto ao desenvolvimento de atividades em associações ou partidos políticos.

Doutro lado, na forma da Lei Constitucional nº 1, de 09 de fevereiro de 1948, com as alterações da Lei Constitucional nº 1, de 11 de março de 1953, os juízes da Corte Constitucional são invioláveis pelas opiniões contidas nos votos, proferidos no desempenho de suas funções, juntamente com a extensão da imunidade, de cunho processual e ante a prisão, conferida pelo art. 68, nº2, da Constituição, aos parlamentares.

De destacar que os diplomas legais citados garantem a impossibilidade de os juízes, no curso do seu mandato, serem removidos, ou suspensos de suas atividades, salvo as hipóteses de incapacidade física ou civil superveniente, ou do cometimento de graves faltas durante o desempenho do mister, a serem apreciadas pela Corte Constitucional, mediante a maioria de dois terços.

A despeito do caráter jurisdicional, ostentado pela Corte Constitucional da Itália, não se pode negar a existência de características especiais desta, não ocorrentes na organização judiciária brasileira. Tais singularidades, que motivaram a qualificação, por **BISCARETTI DI RUFFIA**,<sup>17</sup> da Corte Constitucional itálica como órgão constitucional, de natureza jurídico-política, consistem na: a) temporariedade do exercício do *munus* judicante que, segundo o art. 135, nº 3, da Lei Maior de 1947, não poderá ultrapassar nove anos, contados do dia em que tomado o compromisso, sendo incabível nova designação, ao passo que, tanto no Supremo Tribunal Federal, quanto nos demais juízos e tribunais brasileiros, a investidura se vocaciona à vitaliciedade; b) nomeação dos seus membros pelo Presidente da República, pelo Parlamento, em sessão comum, e pelas supremas magistraturas ordinária e administrativa, à proporção de um terço cada qual (art. 135, nº 1),<sup>18</sup> enquanto os ministros do Supremo Tribunal Federal são, sem exce-

<sup>17</sup> *Diritto costituzionale*. 15. ed. Napoli : Jovene, 1989. p. 647.

<sup>18</sup> Daí que, dos quinze juízes da Corte Constitucional, cinco são escolhidos pelo Presidente da República (sem anteceder proposta do Governo, de modo a que tais nomeações sejam subtraídas da ingerência política), cinco pelo Parlamento (o que é feito mediante maioria qualificada, com o propósito de evitar vinculação particular do eleito com determinado bloco político) e cinco pelas supremas magistraturas, cabendo três vagas à Corte de Cassação (suprema magistratura ordinária), uma ao Conselho de Estado (suprema magistratura administrativa) e, por último, uma à Corte de Contas (suprema magistratura em matéria de contabilidade pública). A designação deverá recair entre magistrados, conquanto aposentados, das jurisdições superiores ordinária e administrativa, professores universitários de matérias jurídicas e advogados, estes desde que contem com mais de vinte anos de profissão (art. 135, nº 3). Nos julgamentos de acusação promovida contra o Presidente da República e os membros do Governo, a Corte terá a sua composição acrescida de dezesseis cidadãos, sorteados dentre os integrantes de lista formada pelo Parlamento no início de cada legislatura e que preencham os requisitos de elegibilidade para senador.

ção, nomeados pelo Presidente da República, malgrado tal escolha depender de prévia aprovação de uma das casas do Congresso Nacional, qual seja o Senado Federal (art. 101, parágrafo único, CF).

É preciso atentar que, embora na Itália a apreciação da alegação de inconstitucionalidade de atos normativos pertencer à Corte Constitucional, tal exclusividade se manifesta quando já perfeita a lei, ou ato com força de lei, suscetível de impugnação.

Por essa razão, lembra-nos **GIUSEPPE DE VERGOTTINI**,<sup>19</sup> ser preciso observar que, durante o *iter* de conversão em lei de um *decreto-legge*, prevêem os regulamentos parlamentares (art. 96, Regulamento da Câmara; art. 78, Regulamento do Senado) controle político, voltado à presença dos pressupostos constitucionais de necessidade e urgência, a ser desenvolvido por comissões. Caso haja conclusão pela não admissibilidade, a matéria tocará ser apreciada, em via prejudicial, pelo plenário da respectiva casa.

Da mesma maneira, o art. 127, n.ºs 3º e 4º, do Texto Supremo italiano, prevê, quando da estimativa de que lei regional colida com os interesses nacionais, ou de outras Regiões, a possibilidade de recurso do Estado perante as Câmaras. Isso somente terá lugar quando, a pedido do governo da República, o Conselho Regional voltar a aprová-la por maioria absoluta dos seus membros.

O Executivo, quer o Presidente da República, quer o Governo (Conselho de Ministros), não dispõe de qualquer prerrogativa, no intuito de obstar a transformação em lei de projeto que apresente alguma mácula de inconstitucionalidade, uma vez que, ao contrário das constituições dos países presidencialistas, como a brasileira, aquele não dispõe da prerrogativa de veto, substituído pelo *potere di rinvio*, previsto no art. 74 da Lei Fundamental de 1947.

#### **IV – Competência para a atuação controladora**

Ficou assentado que, tanto no Brasil como na Itália, a guarda da autoridade do Estatuto Supremo compete, primacialmente, a órgãos jurisdicionais, sendo escassas as situações de controle político. Resta agora indagar se, em ambos os sistemas jurídicos, podem os diversos órgãos judiciais, cada qual no âmbito de sua competência, conhecer e decidir questões que envolvam a suscitação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, muito embora tais decisões não sejam capazes de produzir o alijamento da norma do ordenamento.

Sob essa ótica, tem-se a linha divisória entre os chamados modelos concentrado e difuso. O primeiro, de maior frequência no continente europeu, onde



tiveram início com a Constituição Austríaca de 1920, reservam a um único órgão, normalmente denominado como corte ou tribunal constitucional (o qual poderá coincidir com o órgão jurisdicional de maior hierarquia, ou em organismo especialmente criado para esse fim), a tarefa de sindicar as ofensas à supremacia constitucional. Funda-se no objetivo de se alcançar a certeza do direito, a qual ficaria imposta a contrastes ante a flutuação jurisprudencial, resultante do entendimento de vários juízes.

Em contraposição, há o modelo difuso, protagonizado nos Estados Unidos da América, onde os julgamentos sobre a legitimidade constitucional são considerados como um reflexo da função jurisdicional, sendo atribuídos a todos os juízes indistintamente. A sua inspiração parece recair nas extremas consequências, a serem conferidas à supremacia constitucional, implicando na imediata inobservância das leis e regulamentos contrários à *Lex Mater*.

O sistema jurídico nacional, filiado ao modelo difuso desde a Constituição de 1891, em face da influência americana que, na sua elaboração, recebera por intermédio de **RUI BARBOSA**, passou, com a Emenda Constitucional 16/65 à Constituição de 1946, criadora da saudosa representação de inconstitucionalidade, a ostentar natureza eclética.

Daí competir a todos os juízos, singulares ou colegiados, na solução dos casos concretos que lhes são submetidos, conhecer de questionamentos inerentes à contrariedade entre uma lei, ou um regulamento, ante a Constituição, tendo como consequência, na hipótese do reconhecimento do vício apontado, a não aplicação da norma impugnada, a qual continuará integrando o sistema.

A despeito disso, a Constituição de 1988 prevê o controle mediante o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, cujo conhecimento é exclusivo do Supremo Tribunal Federal, podendo resultar, em havendo a procedência do seu pedido, na perda de eficácia da norma combatida, com a sua retirada do sistema. Em outras situações, a Constituição também reserva o conflito constitucional ao descortino único do Supremo Tribunal Federal. São elas: a) a ação declaratória de constitucionalidade, ajuizada com o propósito de afastar dúvidas quanto à validade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, *a*, §2º, CF); b) o mandado de injunção, nas hipóteses do art. 102, I, *q*, da CF; c) a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, CF), atualmente regulamentada pela Lei 9.882, de 03-12-99; d) a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF).

Diferentemente, no sistema jurídico peninsular, conforme decorre do dito contido no art. 101, segunda parte, da Constituição de 1947, os magistrados

estão sujeitos somente à lei. Ainda que se possa, com certa dose de acerto, sustentar que a Constituição é uma lei, sendo inclusive a de maior grau hierárquico, o juiz se encontra adstrito a fazer aplicação da legislação ordinária. Na hipótese de o julgador vislumbrar contraste entre esta e a ordem constitucional, jamais poderá deixar de pôr em prática a primeira, substituindo-a pela segunda. Se entende insuperável a antinomia, deverá suspender o feito, submetendo a questão à Corte Constitucional.

Para ser mais exato, como o faz **ROBERTO BIN**, “*é somente a Corte constitucional que pode declarar a **ilegitimidade constitucional** de uma lei, eliminando-a do ordenamento: os juízes não podem fazer outra coisa que manifestar a sua dúvida, a qual será pela Corte desatada, resolvendo a **antinomia**”.*<sup>20</sup>

Esse rigorismo não quer dizer seja impossível ao julgador ordinário ou administrativo, na sua faina de compor litígios, adequar, através do esforço hermenêutico, o texto legal à Constituição, solucionando contradição aparente. Interessante o exemplo mencionado pelo próprio **ROBERTO BIN**<sup>21</sup>, noticiando que um jovem professor de ginástica, dispensado de seus serviços em escola católica, em virtude de haver contraído núpcias pelo rito civil, resolvera impugnar a sua dispensa, havendo o caso sido levado até a Corte de Cassação, a qual lhe deu razão.

Para assim concluir, encontrava-se o Tribunal ante obstáculo posto em lei ordinária, a qual permitia às organizações de tendência (escolas confessionais, movimentos políticos, jornais de partidos, etc.) dispensar os seus empregados que tivessem comportamentos incompatíveis com a ideologia professada pela instituição. A saída foi utilizar a Constituição, a qual protege, às expensas, o direito ao trabalho (art. 4º), entendendo a Corte que os atos da vida privada de um professor, cuja atividade é o ensino de ginástica, não eram capazes de incidir sobre a linha ideológica do ensino da organização, a fim de respaldar uma lesão assim tão drástica ao direito ao labor.

Nada mais fez a Corte de Cassação senão interpretar a lei em causa de maneira a que pudesse se conformar à Lei Maior, procedendo, de conseqüência, à anulação do ato de dispensa. Caso o dispositivo legal não permitisse uma adequação interpretativa, capaz de torná-la compatível com a Constituição, outra saída não teria a jurisdição ordinária a não ser submeter à Corte Constitucional a questão, com vistas a que esta declarasse a ilegitimidade da norma legal.

<sup>20</sup> “è solo la Corte costituzionale che può dichiarare l’**ilegittimità costituzionale** di una legge, eliminandola dall’ordinamento: i giudici non possono far altro che manifestare il loro dubbio, che sarà la Corte a sciogliere, resolvendo l’**antinomia**”. (Capire la costituzione. Roma: Editori La perza, 1998. p. 8).

<sup>21</sup> *ibidem*, p. 6-7.

A título de curiosidade, diga-se que, durante breve período depois de vigente a Constituição de 1947, o controle de constitucionalidade na Itália ainda permanecera submetido à jurisdição difusa. É que o item VII, Segunda parte, das disposições transitórias e finais, prescrevia que, enquanto não entrasse a Corte Constitucional em funcionamento, as decisões sobre as controvérsias indicadas no art. 134 da Lei Maior teriam lugar nas mesmas formas e limites preexistentes à entrada em vigor da Constituição. Somente em 23 de abril de 1956, ou seja, aproximadamente oito anos após, é que a Corte Constitucional realizara a sua primeira audiência. Nesse ínterim, ocorreram a promulgação das Leis Constitucionais 01/1948 e 01/1953, e da Lei 87/1953, juntamente com a escolha e designação dos juízes.<sup>22</sup>

### **V – Modos de manifestação**

Duas são as formas principais, em face das quais se realiza o controle de constitucionalidade mediante a provocação da jurisdição. A primeira delas é a denominada incidental, exercitada durante o tramitar de um caso concreto, onde a arguição de legitimidade constitucional é assestada como prejudicial ao julgamento da causa.

Nessa modalidade, também conhecida como fiscalização por via de exceção, não há insurgência contra o ato normativo, indigitado como violador da Lei Básica, mas, no exato dizer de **C. A. LÚCIO BITTENCOURT**, “*o lesado, em vez de atacar o ato diretamente, limita-se a se defender contra ele, se a autoridade tenta submetê-lo à sua aplicação*”.<sup>23</sup>

A diferença entre as ordens nacional e itálica reside aqui em um ponto fundamental. No direito brasileiro, compete às partes, aos terceiros (assistentes, oponentes, etc.), ou ainda ao Ministério Público, suscitar a incompatibilidade vertical de uma norma inferior, em torno da qual gravita a pretensão ou sua resistência, ante o ordenamento magno, devendo a decisão ser proferida pelo juízo ao qual está afeto o processo.

A sistemática italiana, traçada pela Lei Constitucional nº 01/48, dispõe, no seu art. 1º, que qualquer das partes, ou o juiz (ordinário ou administrativo),

---

<sup>22</sup> Nesse curto espaço de tempo, funcionou, criada pelo art. 24 do Estatuto da Região da Sicília, a Alta Corte de Justiça siciliana, com a atribuição de controlar a validade das leis emanadas da Assembléia Regional.

<sup>23</sup> *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Brasília : Ministério da Justiça, 1987. p. 97.

poderá, no curso de uma causa, trazer a lume indagação da legitimidade constitucional de uma lei, ou ato com força de lei, tendo a Lei 87/53 estendido tal iniciativa ao Ministério Público.

No entanto, a decisão da questão suscitada não tocará ao magistrado que dirige o processo. Caberá a este, caso, após os debates de praxe, entenda relevante a discussão, submetê-la à Corte Constitucional em autos próprios (autos de remissão), suspendendo o andamento do processo sob sua direção.

Para tanto, exigem-se alguns requisitos, quais sejam: a) a relevância do tema focado para o desenlace do litígio; b) não se apresentar manifestamente infundada a arguição, porquanto não se justifica a provocação da Corte Constitucional quando a lei em tela se revela, de maneira indiscutível, em compasso com a Lei Mor; c) haver, de acordo com o art. 1º da Lei 01/48, ratificado pelo art. 23 da Lei 87/53, a impugnação tido lugar “*nel corso di un giudizio*” (no curso de um juízo) e diante de uma “*autorità giurisdizionale*” (autoridade jurisdicional).<sup>24</sup>

Vê-se, portanto, que, enquanto no Brasil o controle incidental, ou por via de ação, é da alçada do juiz competente para o processo, no qual fora suscitado, ou seja, a sua apreciação se dá perante jurisdição difusa; na Itália, tal ocorre apenas quando de sua instauração, porquanto, quando da análise do mérito da questão, vem à ribalta concentração de competência em prol da Corte Constitucional.

Nota-se, doutro lado, convergência quanto à possibilidade, reconhecida às expressas pelo art. 1º da Lei Constitucional de 01/48, bem como pela doutrina patrial,<sup>25</sup> no sentido de permitir ao juiz, conforme a situação, suscitar a dúvida de constitucionalidade, ou reconhecê-la, *sponte propria*, sem depender da iniciativa de qualquer das partes, ou do Ministério Público.

<sup>24</sup> Sobre esse aspecto, comentam **CRISAFULLI & PALADIN** (*Commentario breve alla costituzione*. Padova: CEDAM, 1990, p. 781) orientar-se a Corte Constitucional mediante critérios ampliativos, de maneira a compreender sob a expressão *giudizio* não somente os feitos contenciosos, abrangendo também os procedimentos de jurisdição voluntária, haja vista que a instauração da fiscalização constitucional não pressupõe um conflito entre partes, em torno da incidência da norma impugnada, mas a necessidade de se alcançar uma certeza jurídica, abalada pela dúvida de inconstitucionalidade (*sentenze* 129/1957, 142/1971 e 17/1980). Na mesma linha, a Corte reputou *autorità giurisdizionale* órgãos que, a despeito de estranhos à organização da justiça, estão, excepcionalmente, investidos em funções judicantes, para fins de aplicação da lei, encontrando-se em posição equidistante das partes. Assim, foram admitidas contestações provenientes: a) dos conselhos comunais e provinciais, em sede de contencioso eleitoral (*sentenze* 41 a 44/1961, 92/1962, 93/1965, 58/1966 e 19/1967); b) do Conselho Nacional Forense, no que concerne às decisões em matéria de recursos, dirigidos contra os procedimentos adotados nos conselhos singulares (*sentenza* 114/1970); c) da Seção Disciplinar do C.S.M. (*sentenze* 12/1971, 145/1976 e 69/1977); d) da Corte de Contas (*sentenze* 54/1975, 164/1982); e) do Comissário Liquidador dos Usos Cívicos (78/1961).

<sup>25</sup> **C.A. LÚCIO BITTENCOURT** (*O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1987. p. 113); **NAGIB SLAIBI FILHO** (*Anotações à constituição de 1988*; aspectos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 87); **CLÊMERTON MERLIN CLÈVE** (*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 79).

Resta analisar o controle dito principal, ou por via de ação, consistente em um processo instaurado diretamente contra o ato apontado como inconstitucional (lei ou ato normativo). Afasta-se do incidental, principalmente em face de: a) sua natureza abstrata, dispensando qualquer problema de aplicação, perante casos concretos, da disposição atacada; b) corresponder, acima de tudo, à função de garantia da higidez do texto constitucional.

Passaremos a analisar os protótipos brasileiro e italiano, conforme vários aspectos, concernentes à origem dos atos impugnados, à legitimação ativa, aos tipos de feitos, à caducidade, à existência de partes, à possibilidade de cautelar, à admissibilidade da inconstitucionalidade por omissão e ao quorum necessário à declaração de inconstitucionalidade.

Quanto à origem das normas contestadas, a diferença resulta da forma em que organizados os estados brasileiro e italiano. Enquanto entre nós é possível o ataque, mediante ação direta de inconstitucionalidade, de atos normativos federais, estaduais e, em situações especiais, também municipais<sup>26</sup>, a Constituição italiana (art. 134, I) restringe a competência da Corte Constitucional à apreciação dos vícios de legitimidade das leis do Estado (ou da República) e das Regiões.

A circunstância de, apesar da estrutura territorial itálica compreender também Províncias e Municípios, não haver necessidade da aferição da compatibilidade das leis destas, em face da Constituição do Estado, tributa-se ao fato de as suas competências não encontrarem delimitação em sede de Lei Maior, o que lhes garantiria autonomia política, constando, ao invés, de leis gerais da República (art. 128).

A legitimidade ativa também é diferente. No Brasil, a qualidade para o ajuizamento das diversas demandas diretas, consagradas pela Constituição Federal, está repartida conforme se trate de: a) ação direta de inconstitucionalidade, incluindo a destinada a sanar omissão (art. 103, I a IX, CF)<sup>27</sup>; b) ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, §4º, CF)<sup>28</sup>; c) arguição de descumprimento

---

<sup>26</sup> Consultar recente decisão no RE 213.120 – 2 – BA (2ª T., ac. un., rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJU de 02-06-2000) que, alinhada à jurisprudência dominante, concebe o ajuizamento de ação direta perante o STF quando a lei municipal é arrostada com base em preceitos da Constituição Federal, não reproduzidos pela do Estado-Membro.

<sup>27</sup> Dispõe o referido dispositivo: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa da Assembléia Legislativa; V – o Governador do Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

<sup>28</sup> Aqui circunscreveu-se a legitimação ao Presidente da República, Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e Procurador-Geral da República.

mento de preceito fundamental, cabendo a aplicação, nos termos do art. 2º, I, da Lei 9.882/99, do art. 103, I a IX, da CF; d) ação direta interventiva (art. 36, III, CF), cuja titularidade exclusiva de sua provocação cabe ao Procurador-Geral da República.

No sistema peninsular, o recurso, ativador da via principal, somente poderá ser promovido pelo Estado (tocando a sua representação ao Governo, sendo indispensável, a teor dos arts. 30 e 31 da Lei 87/53, prévia deliberação favorável do Conselho de Ministros, tanto que a Corte Constitucional, na *sentenza* 116/1966, somente admitira a iniciativa isolada do seu Presidente, mesmo em caso de urgência, com a posterior ratificação do Conselho de Ministros), pelas Regiões (sendo necessária a autorização da Junta Regional), pelas Províncias de Trento e Bolzano e, finalmente, por grupos lingüísticos, com restrição, nesta última hipótese, às leis aprovadas pelas Regiões e pela Província de Bolzano.<sup>29</sup>

A Lei Fundamental de 1988, ao contrário da anterior, que se limitava a contemplar a representação de inconstitucionalidade e a interventiva, criou vários mecanismos idôneos a provocar o controle por via de ação, sendo eles a ação declaratória de inconstitucionalidade (por ação e omissão), a ação direta interventiva<sup>30</sup>, a ação declaratória de constitucionalidade (criação, a nosso ver desnecessária, da EC 03/93, bastando que a construção jurisprudencial legasse à ação direta de inconstitucionalidade, quando da rejeição do seu pedido, o mesmo efeito a ser almejado com a iniciativa do constituinte reformador) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Mais simples, o direito italiano contenta-se, no particular, com a figura do recurso à Corte Constitucional.

Diversamente do praticado nestas plagas, onde prevalece o entendimento de que a inconstitucionalidade pode ser declarada qualquer que seja o tempo de vigência da lei a ser atacada, o mesmo não acontece no regime italiano. Neste, com exceção da fiscalização incidental, a qual cabe ser encetada a qualquer tempo, possui o Estado prazo, que entendo melhor denominá-lo de caducidade ou decadência, para impugnar as leis regionais, mediante recurso direto à Corte Constitucional. É de quinze dias, contados da data em que, na forma do art. 127, nº 4, da Constituição, o Presidente do Conselho de Ministros receber a comunicação do Presidente da Junta Regional, noticiando que a lei em tela fora, ao ser novamente submetida ao beneplácito do Conselho Regional, aprovada com a maioria absoluta de seus integrantes.

<sup>29</sup> O Estatuto *Trentino-Alto-Adige* exclui dos grupos lingüísticos a legitimidade para questionar as leis da Província de Trento.

<sup>30</sup> O Constituinte de 1988, persistindo em equívoco, ainda menciona o vocábulo “representação” no art. 36, III, de sua obra.

Quanto aos recursos regionais, a serem interpostos contra leis do Estado ou de outras Regiões, o prazo decadencial será, respectivamente, de trinta a sessenta dias, cujo termo *a quo* será o da respectiva publicação oficial, conforme os arts. 32 e 33, da Lei 87/53.

Outra distinção recai no caráter objetivo, que se costuma irrogar ao controle principal, ou por via de ação, de sorte a se manifestar mediante processos sem sujeitos, cujo objetivo precípua é a guarda da Constituição. Seguindo essa linha, o Supremo Tribunal Federal, desde a época da já vetusta representação de inconstitucionalidade, entendeu ser inconcebível a desistência,<sup>31</sup> posicionamento mantido a partir da atual ordem sobranceira,<sup>32</sup> tendo inclusive merecido consagração legislativa (art. 5º, *caput*, Lei 9.868, de 10-11-99). Informada pelo mesmo fundamento, restou vedada também a possibilidade de intervenção de terceiros (art. 7º, *caput*, da Lei 9.868/99).<sup>33</sup>

Na Itália, o controle principal, como bem enfocam **CRISAFULLI & PALADIN**,<sup>34</sup> é estruturado como processo de partes, tanto por concernir ao recorrente delimitar a matéria da contenda quanto pela faculdade daquele em desistir do prosseguimento da controvérsia, o que denota o seu caráter disponível.

Essa constatação também resulta de **ALESSANDRO PIZZORUSSO** quando assenta que as regras procedimentais estabelecidas para os juízos em via principal “*se diferenciam das examinadas até agora, em virtude do caráter de processo «entre partes», que caracteriza estes procedimentos»*,”<sup>35</sup> para, linhas adiante, rematar: “*Aplicam-se aos processos em via principal, normalmente, as normas já consideradas ao tratar dos juízos incidentais, se bem devem ter em conta as diferenças, derivadas de que aqui estamos ante um processo entre partes necessárias*”.<sup>36</sup> Com base nessas considerações, aproveita o autor para sustentar a possibilidade de litisconsórcio.<sup>37</sup>

<sup>31</sup> RTJ 23/1.

<sup>32</sup> Pleno, ADIN 164 – DF, ac. un., rel. Min. **MOREIRA ALVES**, DJU de 17-12-93, p. 28.049.

<sup>33</sup> Vedando a assistência no processo de declaração de inconstitucionalidade, o § 2º do art. 169 do Regimento Interno do STF, acrescentado pela Emenda Regimental 2, de 04-12-85, teve sua recepção afirmada pelo STF no AgRg na ADIN 748 – 4 – RS (Pleno, ac. un., rel. Min. **CELSONE DE MELLO**, RT 715/309).

<sup>34</sup> *Commentario breve alla costituzione*. Padova: CEDAM, 1990. p. 787.

<sup>35</sup> “*se diferencian de las examinadas hasta ahora en virtud del carácter de proceso «entre partes» que caracteriza a estos procedimientos*”. (*Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. t. II, p. 58).

<sup>36</sup> “*Se aplican a los procesos en vía principal, normalmente, las normas ya consideradas al tratar los juicios incidentales, si bien deben tenerse en cuenta las diferencias derivadas de que aquí estamos ante un proceso entre partes necesarias*”. (*ibidem*, p. 61).

<sup>37</sup> *ibidem*, p. 61.

Nestas plagas, uma exceção nos aproxima do sistema praticado na Itália: é a ação direta interventiva, instaurada a fim de reprimir afronta aos princípios constitucionais sensíveis, enumerados, de forma taxativa, pelo art. 34, VII, da CF. Apesar de se tratar de controle pela via principal, está ante a processo entre partes, “*cujá autora – acentuara OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO – seria a União, representada pelo Procurador-Geral da República, e o Réu, o Estado federado, a que se atribuía haver violado o princípio constitucional da União, e que devia ser citado na pessoa do seu representante legal, para deduzir a sua defesa, ante o Supremo Tribunal Federal. Na verdade, ocorre uma controvérsia jurídica entre partes sobre matéria sub judice*”.<sup>38</sup>

Sem nenhuma pretensão de aprofundamento do tema nestas páginas, é de observar uma certa similitude entre a demanda interventiva e a atribuição, deferida à Corte Constitucional pelo art. 134, nº II, do Estatuto Máximo da República italiana, de solver os conflitos de atribuição entre os poderes do Estado e das Regiões, e entre os destas, cujo objetivo se volta para assegurar o respeito das normas constitucionais de organização.<sup>39</sup>

Também é de notar que, ao contrário da nossa Constituição, a qual prevê, expressamente, a possibilidade de concessão de medida cautelar (art. 102, I, p),<sup>40</sup> o direito itálico é silente, havendo de ressaltar-se o seu não cabimento, consoante as penas abalizadas de **CRISAFULLI & PALADIN**,<sup>41</sup> os quais fazem referência a outros doutrinadores que partilham da mesma opinião.

Outra divergência entre os arquétipos brasileiro e italiano está no que concerne à aferição de inconstitucionalidade por omissão. Esta, como frisa **IVO DANTAS**, “*é de caráter negativo, ou seja, determinada a obrigação de legislar-se sobre matéria constante de norma que não seja de eficácia plena, não o fazendo o órgão para tal encarregado, configura-se a omissão e, conseqüentemente, a inconstitucionalidade*”.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> *Teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo : José Bushatsky Editor, 1980. p. 192. No mesmo sentido, **CLÊMERTON MERLIN CLÈVE** (*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 102) e **GILMAR FERREIRA MENDES** (*Controle de constitucionalidade; aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo : Saraiva, 1990. p. 222).

<sup>39</sup> **IVO DANTAS** (*O valor da Constituição – Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro : Renovar, 1996. p. 61) considera a ação direta interventiva exemplo do pensamento de **KELSEN**, exposto no ano de 1928.

<sup>40</sup> Tal prerrogativa, que se vem revelando de grande utilidade atualmente, decorrerá da letra p, acrescentada ao art. 119, I, da Constituição pretérita, pela EC 07/77.

<sup>41</sup> *Commentario breve alla costituzione*. Padova : CEDAM, 1990. p. 788.

<sup>42</sup> *O valor da Constituição – Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro : Renovar, 1996. p. 61.



A Constituição de 1988, observando o exemplo das Constituições da República Socialista Federativa da Iugoslávia, de 1974 (art. 377), e a da República Portuguesa de 1976 (art. 279), previu um dispositivo, mais precisamente o seu art. 103, §2º, acolhendo o instituto, malgrado a falta de cominação de qualquer consequência ao reconhecimento da ilegitimidade do legislador havê-la desprovido de qualquer efetividade.

Contrariamente, a Norma Ápice de 1947 restringiu a atuação controladora da Corte Constitucional às situações de transgressão positiva do seu texto, ou seja, com relação a leis, ou atos com a força destas, já existentes no cenário jurídico. Sanciona-se apenas a atuação material do legislador, postergando-se maiores consequências à sua inércia. Prova disso é que a utilização, nas pegadas do assentado pela Corte Constitucional (*sentenza* 14/1964), das normas programáticas como parâmetro aferidor de inconstitucionalidade se dá quando o legislador emite mandamento em contraposição direta ao seu programa.

Não confundir a inconstitucionalidade por omissão com as *sentenze additive*, a serem abordadas doravante, porquanto estas pressupõem a ilegitimidade de dispositivo legal existente, por a sua disciplina não haver abrangido certas situações, enquanto que aquela reclama o silêncio do legislador em regulamentar direito, liberdade, ou garantia constitucional.

Essa distinção não se apresenta apenas no controle por via de ação, mas também no incidental, uma vez a Lei Máxima nacional, ao contrário da italiana, acolher remédio jurídico, consubstanciado no mandado de injunção (art. 5º, LXXI), com o escopo de assegurar ao interessado o exercício de direitos, liberdades constitucionais, ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando sua aplicação tornar-se inviável à minguada de norma regulamentadora, sem embargo de que a interpretação conferida ao instituto pelo Supremo Tribunal Federal haver-lhe retirado qualquer potencialidade de concreção.<sup>43</sup>

Um ponto a ser observado condiz com o quorum para a tomada de deliberações. *Ex vi* de injunção do art. 97 da Lei Magna, a declaração de inconstitucionalidade somente poderá ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal mediante o voto da maioria absoluta dos seus membros, exigência estendida à ação direta de constitucionalidade (art. 23, *caput*, da Lei 9.868/99). Dessa maneira, não se

---

<sup>43</sup> Após um tímido desenvolvimento acerca dos efeitos da inovação trazida com a Constituição de 1988 (MI 283 – DF, LEX JSTF 158/98; MI 232-1/400-RJ, LEX JSTF 167/105), o STF retrocedeu, de forma claudicante, à posição original, equiparando-a à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sendo nessa linha os acórdãos mais recentes (LEX JSTF 203/109, 196/96, 194/93 e 193/118).

alcançando tal votação, em virtude de licença ou ausência de alguns de seus ministros, o julgamento será sobrestado até o comparecimento dos ausentes (arts. 23, parágrafo único, da Lei 9.868/99, e 173, parágrafo único, RISTF). Indispensável, portanto, o voto de seis ministros para que o reconhecimento da inconstitucionalidade produza os seus efeitos. Ademais, exige-se, para que se possa iniciar a discussão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, a presença de, no mínimo, oito ministros à respectiva sessão.

Segundo o art. 16 da Lei 87/53, o funcionamento da Corte Constitucional depende da presença de, pelo menos, onze de seus integrantes, devendo participar da deliberação os juízes que estiveram presentes a todas as audiências relativas ao feito, não sendo permitida qualquer substituição, salvo se para completar o número mínimo para a instalação da audiência de julgamento. As decisões são tomadas mediante a maioria dos juízes, possuindo o presidente voto de qualidade em caso de empate. Assim, tem-se que a inconstitucionalidade poderá ser reconhecida com o voto de seis juízes, ainda que a Corte seja composta de quinze membros, o que seria aqui inadmissível em face do art. 97 da atual Constituição.

## **VI – Atos impugnáveis**

Neste tópico, nossas atenções voltar-se-ão à busca de quais atos estão sujeitos ao exame do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional italiana, no desenrolar da fiscalização de legitimidade constitucional por via de ação direta e, no que tange à segunda, tanto em forma principal quanto incidental. Será, assim, delimitada pela confrontação entre os artigos 102, I, letra *a*, da Norma Básica de 1988, e 134, nº I, da Constituição da Itália, com o propósito de se listar as principais diferenças entre os dois sistemas.

O primeiro aspecto condiz ao conceito de lei, ou ato normativo, capaz de ensejar a ativação do contencioso de constitucionalidade. Entre nós, prevalece o entendimento de que não basta o ato emanar do cumprimento das formalidades do processo legislativo (lei formal), sendo indispensável ainda que ostente generalidade e abstração, sujeitando sob o seu comando situações concretas e pessoais.

Com vistas a fincar importante premissa em tema de controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, na ADIN 647 – DF, relatada pelo Min. **MOREIRA ALVES**,<sup>44</sup> manifestou-se pelo não cabimento da ação ajuizada.

Impugnavam-se dispositivos da Lei 8.029/90 (arts. 7º e 9º), que autorizavam o Poder Executivo a transferir o acervo técnico, físico, material e patrimonial da Fazenda Experimental do Café, situada no Município de Varginha (MG), e do Programa Nacional de Melhoramento da Cana-de-Açúcar, para a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – EMBRAPA, juntamente com a transferência de bens de autarquias e fundações à União. Em seu voto, o relator, no que fora acompanhado sem discrepância, assentara que a ação direta de inconstitucionalidade, sendo meio pelo qual o Judiciário realiza a sua função de fiscalizar a constitucionalidade de normas jurídicas em abstrato, não se prestava para aferir a legitimidade constitucional de atos que, embora editados sob a roupagem de lei, consubstanciam atos administrativos, possuidores de objeto determinado e destinatários certos. Noutra oportunidade, embora sem unanimidade de votos, não se conheceu da ADIN 842 – DF,<sup>45</sup> dirigida contra o art. 56 da Lei 8.541/92, ao autorizar o Ministro da Fazenda a convocar para a segunda etapa do concurso público para o provimento do cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, relacionado com o Edital 18/91, da Escola de Administração Fazendária, os candidatos habilitados na 1ª etapa e classificados além do quingentésimo. Ainda no mesmo sentido, há decisão não admitindo seja intentada ação direta perante lei orçamentária anual (Lei 9.438/97), por entender que a norma atacada reflete, na verdade, ato administrativo e não conteúdo de lei.<sup>46</sup>

Contrariamente, o direito italiano vem influenciado pelo critério exclusivamente formal, prescindindo da generalidade e da abstração do objeto controlado. É o que se percebe da doutrina, conforme ressalta **FAUSTO CUOCULO**, ao delimitar o alvo da fiscalização: “*Tais são, de fato, aqueles atos que apresentam os elementos formais mínimos, indispensáveis para serem considerados leis*”.<sup>47</sup> Na mesma linha, **GIUSEPPE DE VERGOTTINI** quando, a pretexto de enumerar os atos sujeitos à sindicância da Corte, menciona “*as leis ordinárias do estado, a prescindir do seu conteúdo, o qual pode ser também substancialmente administrativo (leis-providências)*”.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> Pleno, RTJ 140/36.

<sup>45</sup> Pleno, Rel. Min. **CELSODEMELLO**, RTJ 147/545.

<sup>46</sup> Pleno, ADIN 1.640 – DF, ac. un., rel. Min. **SIDNEY SANCHES**, julg. em 12-02-98, Informativo STF 99.

<sup>47</sup> “*Tali sono, infatti, quegli atti che presentano gli elementi formali minimi indispensabili per essere considerati leggi*”. (Principi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1996. p. 743).

<sup>48</sup> “*le leggi ordinarie dello stato, a prescindere dal loro contenuto che può essere anche sostanzialmente amministrativo (leggi-provvedimento)*”. (Diritto costituzionale. Padova: CEDAM, 1997. p. 626). A mesma idéia pode ser vislumbrada em **BISCARETTI DIRUFFIA** (Diritto costituzionale. 15. ed. Napoli: Jovene, 1989. p. 664) e em **CRISAFULLI & PALADIN** (Commentario breve alla costituzione. Padova: CEDAM, 1990. p. 776).

Outra faceta que separa os dois sistemas se dá a propósito das leis anteriores à Constituição. A possibilidade de se reputá-las derogadas, quando contrastem com normas constitucionais posteriores, provoca dissenso, a se refletir no cabimento da instauração do contencioso constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, em posição forjada quando da malsinada representação de inconstitucionalidade, com ratificação perante a nova ordem sobranceira, inclinou-se na direção de que a hipótese não patenteia inconstitucionalidade, mas revogação, sendo, portanto, descabida a sua suscitação como fundamento para a propositura de ação direta. Prevaleceu a crença inabalável de que, se uma lei é inconstitucional quando o legislador exorbita os poderes que lhe foram assinados pela Constituição, é porque se trata da Lei Maior vigente quando da atuação legislativa, já que aquele não deve obediência à Constituição antiga, já revogada, nem à Constituição futura, a qual não existia quando da formação da regra de direito e, portanto, não poderia limitar a sua atividade.<sup>49</sup>

O exemplo italiano se pautou em senda oposta. A Corte Constitucional, em foros de definitividade, resolveu o problema, assentando a plena verificação da inconstitucionalidade das leis anteriores diante da Lei Máxima, desde que decorrentes de vícios materiais, configurando-se o que se pode denominar de *incostituzionalità materiale sopravvenuta* (inconstitucionalidade material sobrevinda ou superveniente), orientação materializada na *sentenza* 01/1956 e em outras que lhe sucederam. De destacar, no corpo do paradigma líder, o trecho seguinte: “*O assunto, segundo o qual o novo instituto da ilegitimidade constitucional somente se refere às leis posteriores à Constituição, e não também àquelas anteriores, não pode ser acolhido, seja porque, do lado textual, tanto o art. 134 da*

<sup>49</sup> O posicionamento vencedor se acha exposto pelo Min. **PAULOBROSSARD** em trabalho de doutrina (A constituição e as leis a ela anteriores. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, a. 45, n. 180, p. 125-148, jul./dez. 1992), onde são mencionados inúmeros precedentes do STF durante as ordens constitucionais anteriores, entre os quais podem ser indicados: RT 231/665, RTJ 71-291, 76/538, 82/44, 95/980, 95/993, 98/952, 99/544, 116/652, 109/1.220, 124/415 e DJU de 01-08-86, bem como o fato de que, em 06-02-92, data em que ultimado o julgamento da ADIn. 2, de 1988, de sua relatoria, a Excelsa Corte reafirmara sua postura anterior, decidindo, logo após, trinta e duas ações idênticas. Em que pese o ponto de vista majoritário, somos da opinião de que mais ajustado aos dias atuais estava o voto discordante do Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, malgrado contra este pudesse conspirar a falta de rigor acadêmico. Sem a menor dúvida, a posição defendida por S. Exa., cujas razões, acompanhadas pelos Ministros **NÉRI DA SILVEIRA** e **MARCO AURÉLIO**, foram igualmente reduzidas ao universo doutrinário (Ação Direta de Inconstitucionalidade e as normas anteriores: as razões dos vencidos. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, a. 45, n. 180, p. 149-174, jul./dez. 1992), postam-se mais afinadas com o objetivo do controle concentrado da constitucionalidade, qual seja o de proporcionar certeza ao sistema jurídico, com a solução mais rápida de suas antinomias, a qual, se confiada às várias instâncias da jurisdição difusa, levaria longos anos para ser resolvida, com enormes prejuízos aos jurisdicionados. Ademais, bem disse S. Exa., forte em **NORBERTO BOBBIO**, nada impede que dada contradição sistemática possa ser afastada pela aplicação de mais de um dos critérios hábeis para tanto (cronológico, hierárquico e o da especialidade), sobrelevando que o qualificativo de revogação não exclui cogitar-se o desacordo entre a lei anterior e a Constituição como sendo primariamente uma relação de inconstitucionalidade.

*Constituição quanto o art. 1º da lei constitucional de 9 de fevereiro de 1948, n. 1, falam de questões de legitimidade constitucional das leis, sem fazer alguma distinção; seja porque, do lado lógico, é inegável que o relacionamento entre leis ordinárias e leis constitucionais, e o grau que a elas, respectivamente, compete na hierarquia das fontes, não muda inteiramente, sejam as leis ordinárias anteriores, sejam posteriores àquelas constitucionais”.*<sup>50</sup>

Ao revés, não aceitou que tal ocorresse por vício formal, ou procedimental, dada a impossibilidade de retroação das novas normas constitucionais disciplinadoras da formação das leis (*sentenza* 04/1959 e posteriores).

Interessante notar, como informa **ALESSANDRO PIZZORUSSO**,<sup>51</sup> ser, de acordo com a tendência mais difundida na Itália, plenamente admissível a coexistência entre inconstitucionalidade e derrogação, tocando a primeira à Corte Constitucional, cuja decisão é eficaz *erga omnes*, enquanto que a segunda, pertencendo à alçada das justiças ordinária e administrativa, surtirá efeitos apenas no caso concreto.

Quanto ao *decreto-legge* do art. 77 do Estatuto Magno italiano, instituto aqui recepcionado através da medida provisória do art. 62 da Constituição, também se pode colacionar divergência quanto à sua sujeição ao controle de constitucionalidade.

Apesar de favorável à impugnação do *decreto-legge*, a Corte Constitucional italiana, tal como ilustrado nas *sentenze* 75/1967 e 84/1974, restringe-a ao momento posterior à sua conversão em lei, se bem que o faz com referência aos efeitos produzidos no período de sua provisória vigência.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal admite que o controle, via ação direta, principie antes mesmo da transformação em lei da medida provisória,<sup>52</sup> se bem que o vazo da reedição tenha vindo a servir de obstáculo ao êxito da atividade fiscalizadora, haja vista a necessidade intransponível de aditamento, mesmo quando a medida renovada guarde identidade substancial com relação àquela atacada.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> “L’assunto che il nuovo istituto della illegittimità costituzionale si riferisce solo alle leggi posteriori alla Costituzione e non anche a quelle anteriori, non può essere accolto sai perché, dal lato testuale, tanto l’art. 134 della Costituzione quanto l’art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, parlano di questioni di legittimità costituzionale delle leggi, senza fare alcuna distinzione, sai perché, dal lato logico, è innegabile che il rapporto tra leggi ordinarie e leggi costituzionali e il grado che ad esse rispettivamente spetta nella gerarchia delle fonti non mutano affatto, siano le leggi ordinarie anteriori, siano posteriori a quelle costituzionali”. (Cf. **LIVIO PALADIN**, *Diritto costituzionale*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1995. p. 747).

<sup>51</sup> *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. t. II, p. 22.

<sup>52</sup> Pleno, ADIMC 162 – DF, mv, rel. Min. **MOREIRA ALVES**, julg. em 14-12-89, DJU de 19-09-97; ADIN 1.397 – 1 – DF, Pleno, mv, rel. Min. **CARLOS VELLOSO**, DJU de 27-06-97; ADIN 1.753 – 2/DF, Pleno, ac. un., rel. Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE** DJU de 12-06-98.

<sup>53</sup> AgRgADIN 1.387, Pleno, ac. un., rel. Min. **CARLOS VELLOSO**, DJU de 29-03-96.

Discrepância pode ser visualizada quanto à possibilidade de controle do desenvolvimento da competência regulamentar. A Corte Constitucional, à consideração de que o art. 134, nº I, da Constituição de 1947, perfilhara critério formal, afirmou, na *sentenza* 21/1980, e, posteriormente, na *sentenza* 484/1993, que a jurisdição constitucional não pode ser impulsionada para questionar regulamentos administrativos, ainda que estes contenham normas primárias (regulamentos independentes). Isso, contudo, não impede que os juízes administrativos possam, diante dos conflitos de interesses que lhes são trazidos, anulá-los, em virtude de eventual vício de constitucionalidade.

Essa possibilidade consta de passagem extraída da *sentenza* 484/1993: “*à assumida violazione do parâmetro constitucional evocado pode ser sempre averiguada, incidentalmente, pelo juiz ordinário, para o fim da desaplicação da norma regulamentar*”.<sup>54</sup>

Esse entendimento alcançou alargamento, para o fim de justificar a impossibilidade da investigação de constitucionalidade com relação aos regulamentos da Corte Constitucional (*sentenza* 572/90) e aos regulamentos parlamentares (*sentenza* 154/85). Essa postura mereceu sólida censura por parte de **ROBERTO GAROFOLI**,<sup>55</sup> o qual, apoiando-se na premissa de que tais regulamentos provêm de competência de porte constitucional, afirma serem portadores de primariedade, de sorte a identificarem-se com os atos com força de lei.<sup>56</sup>

O pensar prestigiado pelo Supremo Tribunal Federal, exemplificado pela razão de decidir contida na ADIN 708- DF<sup>57</sup>, biparte os regulamentos em executivos e autônomos, não admitindo o ajuizamento de ação direta quanto aos primeiros, porquanto, atritando-se com a lei regulamentada, padecem da mácula da ilegalidade. Já quanto aos segundos, a que se assemelham os *regolamenti indipendenti*, seria cabível a medida, a fim de aferir se a autoridade administrativa se afastara dos lindes de atuação demarcados sobranceiramente.

<sup>54</sup> “*l’assunta violazione del parametro costituzionale evocato può essere sempre accertata incidentalmente dal giudice ordinario al fine della disapplicazione della norma regolamentare*”. (Apud **ROBERTO GAROFOLI**, Sulla Sindacabilità in Sede di Giudizio di Legittimità dei Regolamenti della Corte Costituzionale. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, p. 665-718, 1997).

<sup>55</sup> Sulla Sindacabilità in Sede di Giudizio di Legittimità dei Regolamenti della Corte Costituzionale. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3, p. 665-718, 1997).

<sup>56</sup> Em sua exposição, aponta o autor (*ibidem*, p. 681-687), com o intento de justificar a fonte constitucional da competência normativa da Corte, a existência, no manancial doutrinário, de duas vertentes, a entenderem ora que se trata de poder expresso (a emanar dos arts. 14 e 22 da Lei 87/53, cujo *status* constitucional é reconhecido em face do art. 1º da Lei Constitucional 01/53), ora implícito, decorrente de sua natureza de órgão constitucional, sito em posição de independência ante os demais poderes estatais. Já quanto aos regulamentos parlamentares, acrescenta (*ibidem*, p. 704-706), a sua origem magna resulta do art. 64 da Lei Maior de 1947.

<sup>57</sup> Pleno, ac. un., rel. Min. **MOREIRA ALVES**, RTJ 142/718.

Em suma, demanda o Supremo Tribunal Federal a presença de dois pressupostos, a saber: a) o caráter de lei material (regra de direito) do preceito impugnado; b) não se mostrar a disposição acoimada de inconstitucional na condição de propiciar a execução de norma legal, porquanto estar-se-ia diante de ilegalidade e não de inconstitucionalidade, esta última consistindo em defeito da lei regulamentada.

Essa orientação alcança os regimentos internos dos tribunais, elaborados em atenção à competência a estes deferida pelo art. 96, I, *a*, da CF. Segue-se daí que, enquanto ofendam as leis de processo, os dispositivos regimentais perpetrariam ilegalidade, não desafiadora de ação direta, hipótese que se verificará quando contrastarem diretamente com o texto da Constituição. *Mutatis mutandi*, idêntica disciplina observam os regimentos das casas legislativas.

Noutros aspectos, são lembradas algumas semelhanças entre os sistemas enfocados, quais sejam as inerentes à: a) possibilidade de serem as emendas constitucionais (e, na Itália, também as leis constitucionais)<sup>58</sup> passíveis de submissão ao controle de constitucionalidade, em face da desobediência às limitações impostas ao poder constituinte derivado, quer formais (limitações circunstanciais e procedimentais), quer materiais (cláusulas pétreas),<sup>59</sup> b) encontrarem-se excluídos do contencioso constitucional os atos normativos estrangeiros, entre os quais se incluem, para o direito italiano, os regulamentos comunitários, ressalvada, no entanto, a possibilidade de aferição da legitimidade constitucional dos atos que impliquem na incorporação ao sistema dos tratados e convenções, visto que são considerados atos de direito interno;<sup>60</sup> c) lei delegada, inclusive com o fim de verificar a adequação à Lei Magna do ato de delegação.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Interessante, de logo, salientar que, em solo italiano, o poder constituinte derivado do Estado (art. 138 da Constituição) se exerce mediante o uso de duas espécies normativas: a) as leis de revisão constitucional, veiculadoras de emendas ou modificações no texto constitucional; b) as leis constitucionais (ou de integração), voltadas ao complemento da Lei Máxima, podendo incidir, como sistematiza **CRISAFULLI** (*Lezioni di diritto costituzionale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1993. p. 85), nas seguintes situações: a) quando há referência expressa do Constituinte (arts. 71, 116, 117, nº2, 132, 137 e XI das disposições transitórias); b) nas matérias privadas de forma constitucional por óbice implícito, o qual pode ser removido (melhor dizendo, derogado) pela lei constitucional, sem que, para tanto, venha substituir o teor da norma que imponha tal limitação; c) todos os assuntos em que o Parlamento tenha julgado que a sua disciplina deva fazer-se mediante lei constitucional.

<sup>59</sup> Sob o império da Constituição de 1988, o STF, em mais de uma oportunidade (Pleno, ADIN 939 – DF, mv, rel. Min. **SYDNEY SANCHES**, RTJ 151/755; Pleno, ADINMC 1.946, ac. un., rel. Min. **SYDNEY SANCHES**, julg. em 07-04-99, Informativo – STF nº 144), admitiu tal hipótese.

<sup>60</sup> Cf., a respeito, as *sentenze* 90/1965, 20/1966, 183/1973 e 18/1982, da Corte Constitucional. Diferente não se mostra a jurisprudência do STF, consoante precedentes afirmados nas RTJ 84/724 e 121/270 e, recentemente, na ADINMC 1.480 – 3 – DF (Pleno, mv, rel. Min. **CELSO DE MELLO**, julg. em 04-09-97, Informativo - STF nº 82), ajuizada contra o Decreto 1.855/96, responsável pela promulgação da Convenção 158 da OIT, sustentando que os tratados e convenções internacionais, quando integrados à ordem jurídica pátria, possuem o caráter de lei ordinária.

<sup>61</sup> Em face da maior frequência da delegação legislativa, devido à estrutura parlamentar de governo da Itália, a Corte Constitucional italiana, ao contrário do STF, já se defrontara com o tema em várias oportunidades (cf. *sentenze* 39/1959, 129/1963, 106/1967 e 28/1970).

## VII – Parâmetros

Impende aqui verificar quais os padrões que devem ser levados em conta, tanto pelo Supremo Tribunal Federal, quanto pela Corte Constitucional italiana, no julgamento das questões constitucionais que a eles são submetidas. O resultado, adiante-se, importará em maior aproximação dos sistemas do que em seu distanciamento.

Em primeiro lugar, emerge a conclusão de que o juízo de constitucionalidade terá, como baliza, o ordenamento constitucional formal, composto dos dispositivos contidos na parte permanente e nas disposições transitórias, e, com especificidade para o modelo italiano, também pelas leis constitucionais.

De observar que, em ambos os campos de análise, a inconstitucionalidade poderá advir, inicialmente, de vícios formais, quando desrespeitados os dispositivos constitucionais sobre o procedimento de formação do ato atacado.

Nesse ponto, a Corte Constitucional italiana, ao depois da superação do dogma da separação de poderes, na forma em que perfilhado pelo Estatuto Albertino, amostra de documento flexível, passou a admitir o controle dos atos *interna corporis*, calcado na atividade procedimental realizada no interior das câmaras quando da elaboração das leis. Exige-se apenas, conforme resulta das *sentenze* 09/1950 e 134/1969, que a fiscalização se faça com referência ao maltrato de disposições constitucionais.

O combate à infração ao processo legislativo não escapou ao descortino do Supremo Tribunal Federal, o qual não se recusa a investigar, sob o plano formal, a violação das normas constitucionais que regulam a elaboração das leis. Exemplos estão nas ADINMC 2.182 - DF<sup>62</sup> e 2.235 - AP<sup>63</sup>. Preciso não confundir com a conceituação restrita que a nossa Excelsa Corte traça sobre as questões *interna corporis*, condizentes ao desacato de normas regimentais, cuja solução pertence, unicamente, ao Legislativo, descabendo revisão pelo Judiciário<sup>64</sup>.

Com maior razão, são perscrutados os vícios substanciais, concernentes à violação, pelo preceito impugnado, do conteúdo, expresso ou implícito, das de-

<sup>62</sup> Pleno, mv, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Informativo – STF nº 191.

<sup>63</sup> Pleno, ac. un., rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, Informativo – STF nº 195. Consultar também: Pleno, ac. un., ADIN 1.254 – RJ, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Informativo – STF nº 174; Pleno, ac. un., ADIN 774 – RS, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Informativo – STF nº 135.

<sup>64</sup> Cf. pleno, ac. un., MS 20.247 – DF, rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 102/27; pleno, ac. un., MS 20.464 – DF, rel. Min. SOARES MUÑOZ, RTJ 112/598; Pleno, ac. un., ADIN 2.038 – BA, rel. desig. Min. NELSON JOBIM, Informativo – STF nº 158. Chamo atenção para o MS 22.503 – DF (Pleno, mv, rel. desig. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJU de 06-06-97, pág. 24.872), em cujo texto se acha cristalina a diferenciação entre a violação de normas constitucionais inerentes ao processo legislativo, cujo questionamento faz-se possível, e a ofensa de disposições regimentais, a circunscreverem o espaço de economia doméstica do Legislativo, imune à jurisdição.



mais normas da Constituição formal, inclusive dos princípios informadores desta. De advertir, porém, não ser de bom tom falar em hierarquia entre normas advindas do Constituinte originário, no sentido de que algumas delas seriam inconstitucionais perante outras, fundadas em valores suprapositivos consagrados pela Lei Fundamental<sup>65</sup>.

Critério aproximativo dos modelos sob cotejo é o que permite ao julgador, no exercício da fiscalização de constitucionalidade, controlar os atos normativos, notadamente quando restritivos de direitos, sob o prisma da razoabilidade, de modo a se investigar se o legislador atuou de maneira arbitrária ou aberrante da razão. O seu terreno privilegiado de incidência, como expõe **OMAR CHES-SA**<sup>66</sup>, liga-se ao juízo de igualdade, previsto no art. 3º da Constituição da Itália, a fim de constatar se a discriminação legislativa é justificável.

Discorrendo sobre a *ragionevolezza*, a qual qualifica como *una parola magica* (uma palavra mágica), afirma **ROBERTO BIN**<sup>67</sup> que a aferição daquela impõe diligências ao magistrado, entre as quais valorar se: a) a finalidade perseguida pelo legislador não é abertamente ilegítima, b) a disposição questionada configura um instrumento apto à realização do fim visado; c) o legislador, para alcançar o objetivo pretendido, não poderia servir-se de meios igualmente hábeis, mas menos gravosos.

A Corte Constitucional tem feito uso do critério em várias ocasiões, ilustradas, dentre muitas, pelas *sentenze* 133/1970, 108/1986, 197/1981 e 195/1982. Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal vem, ao menos desde a Constituição de 1946, buscando serventia na razoabilidade para controlar eventuais abusos legislativos. Consultar: RE 18.331,<sup>68</sup> HC 45.232,<sup>69</sup> Rp 930 – DF,<sup>70</sup> Rp 1.077 – RJ,<sup>71</sup> Rp 1.054 – DF,<sup>72</sup> ADIN 855 – 2/PR,<sup>73</sup> ADIN 1.040 – 9/600,<sup>74</sup> ADINs 966-4 e 958 – 3,<sup>75</sup> ADIN 1.158 – 8/AM,<sup>76</sup> ADIN 1.753 – 2/DF<sup>77</sup> e ADIN 2.019 – MS.<sup>78</sup>

<sup>65</sup> Cuida-se da tese alemã da inconstitucionalidade das normas constitucionais, cujo rechaço consta dos anais do STF (Pleno, ADIN 815 – 3 – DF, ac. un., rel. Min. **MOREIRA ALVES**, DJU de 10-05-96).

<sup>66</sup> Bilanciamento **ben temperato** – O Sindacato Esterno di Ragionevolezza? Note sui Diritti Inviolabili come Parametro del Giudizio di Costituzionalità. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano: CEDAM, a. XLIII, n. 6, p. 3926, nov./dic. 1998.

<sup>67</sup> *Capire la costituzione*. Roma: Editori La perza, 1998. p. 104-106.

<sup>68</sup> 2ª Turma, ac. un., rel. Min. **OROZIMBONATO**, RF 145/164-169.

<sup>69</sup> Pleno, mv, rel. Min. **THEMÍSTOCLES CAVALCANTI**, RTJ 44/322.

<sup>70</sup> Pleno, mv, rel. desig. Min. **RODRIGUES ALCKMIN**, DJU de 02-09-77.

<sup>71</sup> Pleno, ac. un., rel. Min. **MOREIRA ALVES**, RTJ 112/32.

<sup>72</sup> Pleno, rel. desig. Min. **MOREIRA ALVES**, RTJ 110/937.

<sup>73</sup> Pleno, mv, rel. Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, DJU de 01-10-93.

<sup>74</sup> Pleno, mv, rel. Min. **NÉRI DA SILVEIRA**, DJU de 17-03-95.

Ainda no diapasão do julgamento de razoabilidade, de notar que a Corte Constitucional, na sua atividade, não deixa de lançar mão do método do *bilanciamento degli interessi* (balanceamento dos interesses), a fim de resolver eventual conflito entre princípios constitucionais, conforme deflui das *sentenze* 363/91 e 467/91.

Nesse particular, tem-se mostrado mais tímido o Judiciário nacional. Ao indeferir liminar na ADIN 223 – DF, voltada contra a proibição de liminares contidas na MP 173/90, assentou o Supremo Tribunal Federal, na linha do voto vencedor do Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**,<sup>79</sup> a dificuldade de se demarcar, em tese, máxime em juízo de delibação, a ponderação entre a garantia da ordem pública, ameaçada pelo abuso do poder cautelar, e o cerceamento da universalidade de jurisdição, a fim de que fosse, de pronto, examinada se a providência legislativa desbordara da razoabilidade. Entendeu-se mais apropriado confiar tal a cada um dos magistrados no exame do caso concreto que lhe for submetido.

Outro parâmetro de controle, cujo maior desenvolvimento se manifestara na Itália, respeita ao problema da normatividade interposta, isto é, de normas que, *ex vi* de disposições formalmente constitucionais, são reclamadas como condições de validade de leis, em setores determinados.

Assim, tem-se que: a) os decretos legislativos, introdutores de leis delegadas, não de conformar-se aos princípios e critérios diretivos estatuídos na lei de delegação, por injunção do art. 76 da Constituição de 1947, pena de inconstitucionalidade (*sentenze* 39/1959, 129/1963, 106/1967 e 28/1970); b) os princípios fundamentais, constantes das leis do Estado, devem servir de limite às leis regionais, conforme o art. 117 da Constituição; c) a vinculação das leis regionais de referendo consultivo à legislação do Estado, mencionada no art. 133 da Lei Maior (*sentenza* 107/1983); d) as normas de direito internacional geralmente reconhecidas, às quais deve se conformar o ordenamento italiano, nos termos do art. 10 da Lei Maior.

Especificamente quanto à última das hipóteses, digno de atenção o comentário de **GIUSEPPE DE VERGOTTINI**, ao momento em que, sem embargo de afirmar que as normas internacionais inseridas no ordenamento italiano em razão do instituto da adaptação automática, prevista no art. 10 da Lei Funda-

<sup>75</sup> Pleno, mv, rel. Min. **MARCOAURÉLIO**, DJU de 11-05-94.

<sup>76</sup> Pleno, mv, rel. Min. **CELSO DE MELLO**, DJU de 26-05-95.

<sup>77</sup> Pleno, ac. un., rel. Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, DJU de 23-10-98.

<sup>78</sup> Pleno, ac. un., rel. Min. **ILMAR GALVÃO**, RTJ 171/800.

<sup>79</sup> RTJ 132/571.

mental peninsular, não ostentam uma posição superior àquelas fruídas pelas normas constitucionais, timbra em sublinhar que “*considerada a vontade do constituinte de assegurar relevância e observância aos costumes internacionais, é evidente também que os órgãos do estado italiano não podem adotar atos que se ponham em contradição com o quanto neles disposto. De conseqüência, a Corte constitucional considera ilegítimas as normas legais em contraste com os costumes (13571963, 48/1967)*”.<sup>80</sup>

Mais retraído, o direito brasileiro não descarta totalmente o problema das normas interpostas como paradigma para a declaração de inconstitucionalidade. Tal vem ocorrendo quando a regra de direito impugnada usurpa território demarcado, pela Constituição, à lei complementar.

Uma evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal bem coloca a problemática. Princípio pelo RE 84.994 – SP,<sup>81</sup> no qual restou declarado inconstitucional o acréscimo do art. 1º da Lei 10.421, de 03-12-71, do Estado de São Paulo, uma vez não encontrar apoio nos art. 113 e 201, ambos do Código Tributário Nacional. Não obstante se posicionar no sentido do voto do relator, e do Ministro **CUNHA PEIXOTO**, o Min. **MOREIRA ALVES** votou pela alteração da forma em que posta, originariamente, a decisão, propensa ao provimento do recurso. Para tanto, asseverou: “*Parece-me, entretanto, que o conflito da norma ordinária estadual com dispositivos do Código Tributário Nacional (lei complementar) acarreta, não a ilegitimidade ou a ilegalidade daquela, mas, sim, a sua inconstitucionalidade, por invasão indébita em área reservada, pela Constituição Federal, à lei complementar*”<sup>82</sup>. Bastou essa ponderação, acompanhada da menção afirmativa de escólios doutrinários, a fim de que o resultado final concluísse, na via incidental, pelo reconhecimento da incompatibilidade vertical do dispositivo cuja execução se impunha.

<sup>80</sup> “considerata la volontà del costituente di assicurare rilevanza e osservanza alle consuetudini internazionali è anche evidente che gli organi dello stato italiano non possono adottare atti che si pongano in contraddizione con quanto disposto. Di conseguenza la Corte costituzionale considera illegittime le norme di legge in contrasto con le consuetudini (135/1963, 48/1967)”. *Diritto costituzionale*. Padova : CEDAM, 1997. p. 37-38. Acresça-se as decisões 67/1961, 104/1969, 169/1971 e 69/176. Peculiaridade retratou a discutida *sentenza* 48/1979, a qual, com base no critério da especialidade, deliberou pela prevalência do costume internacional da imunidade do diplomata, de nacionalidade estrangeira, com relação à jurisdição civil, mesmo que o seu contendor, em virtude dessa circunstância, ficasse privado do direito de acesso à justiça, garantido pelo art. 24, nº 1, da Constituição de 1947.

<sup>81</sup> Pleno, ac. un., rel. Min. **XAVIER DE ALBUQUERQUE**, RTJ 87/204.

<sup>82</sup> RTJ 87/210. Ainda merecedora de transcrição passagem do voto do Min. **THOMPSON FLORES**, então ocupante da Presidência do Augusto Sodalício: “*Embora o preceito local conflite com as disposições dos arts. 113 e 201 do Código Tributário Nacional, reconheço também que melhor correção jurídica será declarar sua inconstitucionalidade em lugar de reconhecer a ilegitimidade da cobrança, expressão adotada preferentemente na Itália e por alguns julgados do Supremo Tribunal Federal (RE número 79.822, Primeira Turma, em 17-2-75, Relator Ministro Aliomar Baleeiro). O que, em verdade, faz prevalecer sobre a norma local impugnada, é a autorização prevista no art. 18, §1º, em conjugação com o art. 8º, XVII, ambos da Constituição.*” (RTJ 87/213-214).

Passado algum tempo, pareceu refluir a posição da Suprema Corte, ainda agitada na via de exceção, quando, no Agravo de Instrumento 88.456 - SP<sup>83</sup>, reconheceu que a violação de lei complementar se equiparava à de lei ordinária, não ensejando o conhecimento de recurso extraordinário.

Durante o descortino da Rp 1.141 – MA<sup>84</sup>, assestada contra o Assento 17/80 do Tribunal de Justiça do Maranhão, que dispunha sobre o período de férias forenses de seus integrantes, decidiu-se que, uma vez ferido o art. 66, §1º, da Lei Complementar 35/79, violado remanesce também o art. 112, parágrafo único, da Constituição Federal revogada, o qual destinava à lei complementar, de competência da União, dispor sobre o assunto.

A esses exemplos, transcorridos à época da vigência da Constituição de 1969, pode ser aditada a ADINMC 1.480 – 3 – DF<sup>85</sup>, onde se discutia sobre a legitimidade do ato de transladação ao nosso ordenamento da Convenção 158 da OIT, haja vista que um dos autônomos fundamentos do voto do relator, Min. **CELSO DE MELLO**, partira, justamente, da consideração de que, a despeito dos tratados e convenções internacionais guardarem paridade normativa com o ordenamento infraconstitucional, não poderiam disciplinar matéria sujeita à reserva de lei complementar.

### **VIII – Visão de confronto entre as decisões da Corte Constitucional e do STF**

Na perspectiva a ser seguida, traçaremos um panorama, conquanto singelo, acerca das deliberações da Corte Constitucional italiana. À medida que desenvolvido o assunto, procederemos à comparação ante a realidade nacional.

De pronto, é de salientar a divisão entre as decisões que examinam o mérito da discussão suscitada (*sentenze*) e aquelas de conteúdo meramente processual (*ordinanze*). Estas últimas são as deliberações que, por diversos motivos (falta de legitimação do órgão suscitante, não possuir a disposição indicada força de lei, não ser o questionamento relevante, for manifestamente infundada a dúvida de inconstitucionalidade, etc.), não admitem seja agitado o contencioso constitucional. São adotadas em procedimentos mais simples, como a deliberação em câmara, sem necessidade de audiência pública.

<sup>83</sup> 1ª T., ac. un., rel. Min. **ALFREDO BUZAI**D, RTJ 103/1.062.

<sup>84</sup> Pleno, ac. un., rel. Min. **DÉCIO MIRANDA**, RTJ 105/487.

<sup>85</sup> Pleno, mv, julg. em 04-09-97, Informativo – STF nº 82.

Quanto às diversas modalidades de ações diretas, a sua impropriedade, normalmente, é de ser reconhecida quando do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, de pedido de cautelar, ou do mérito, admitindo-se possa, monocraticamente, o relator fazê-lo quando a inicial for inepta, ou não estiver fundamentada, ou o pleito for manifestamente improcedente, cabendo do despacho agravo (arts. 4º, parágrafo único, e 15, parágrafo único, Lei 9.868/99), prerrogativa que cuidara o legislador de estender à argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 4º, §2º, Lei 9.882/99).

Voltando-se nossos cuidados às decisões de mérito, principiamos pelas *sentenze d'accoglimento*, as quais reconhecem fundadas as questões de constitucionalidade submetida à Corte Constitucional, em via incidental ou principal, e, em conseqüência, declaram a ilegitimidade constitucional das disposições impugnadas.

A primeira indagação reporta-se à sua eficácia temporal, tendo, para a sua solução, o art. 136 da Constituição afirmado que, havendo a Corte declarado a ilegitimidade constitucional de uma lei, ou ato com a força desta, a norma em foco cessa de produzir seus efeitos do dia seguinte à publicação da decisão. Complementando-o, há, a meu sentir, sem maiores diferenças, o art. 30, nº 3º, da Lei 87/53, precisando que as normas declaradas inconstitucionais não podem ter aplicação a partir do dia seguinte ao de sua publicação.

Pelos dispositivos referidos, salta a aparência de que os efeitos da sentença da Corte são *ex nunc*, isto é, desde o momento de sua pronúncia, tendendo valer apenas para o futuro. Todavia, a interpretação que àqueles vem sendo conferida é mais elástica, de modo que a cessação de eficácia do dispositivo ilegítimo se dá não só ante o processo suspenso perante o juiz *a quo*, mas perante todas as relações jurídicas pendentes antes da decisão, quer sejam objeto de processo em curso ou não. Ressalvam-se apenas as situações cujos efeitos já se encontram exauridos, tais como as abrangidas pelas sentenças passadas em julgado (*sentenza* 74/1980), os atos administrativos definitivos, ou os casos nos quais certa faculdade se acha prejudicada pela ocorrência dos termos de prescrição ou de decadência (*sentenza* 127/1966). Deixa-se entrever, assim, laivos de retroatividade na paralisação das conseqüências da norma inconstitucional.

Por essa razão, **ALESSANDRO PIZZORUSSO** aponta que os efeitos de tais decisões não podem ser descritos '*falando de efeitos ex tunc (retroativos), ou de efeitos ex nunc ou pro futuro; a sentença será eficaz frente a todas aque-*

*las relaciones (anteriores ou posteriores à sua publicação), nas quais a disposição, ou norma declarada inconstitucional, pudesse ser objeto de aplicação”.*<sup>86</sup>

Merece o cuidado, é bom que não se esqueça, a previsão contida no art. 30 da Lei 87/53, estabelecendo uma importante previsão quanto à abrangência das *sentenze d'accoglimento* no campo penal, de sorte que, em se tratando de decisão que beneficie o condenado, surtirá aplicação mesmo em havendo trânsito em julgado.

No Brasil, pacificado, de há muito, que a decisão judicial, ao reconhecer uma lei inconstitucional, exara provimento declaratório, pelo que os seus efeitos são *ex tunc*<sup>87</sup>.

Excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal, considerando que a tutela da boa-fé implica na necessidade de se resguardar efeitos produzidos, durante largo espaço de tempo, pela lei ilegítima, cuja presunção de validade perdurou até o reconhecimento da sua inconstitucionalidade, propendeu a temperar o dogma da nulidade *ex tunc*<sup>88</sup>. O abrandamento, tanto na esteira do voto do Min. **LEITÃO DE ABREU** no RE 79.343 – BA, como na das ensinanças de **C.A. LÚCIO BITTENCOURT**<sup>89</sup> e **MAURO CAPPELLETTI**<sup>90</sup>, encontra suporte na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana.

Esse entendimento mereceu o beneplácito da Lei 9.868/99. É, ao menos, o que clarividente resulta do seu art. 27, secundado pelo art. 11 da Lei 9.882/99, relativo à arguição de descumprimento de preceito fundamental, ao dizer que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, poderá dispor, louvado em razões de segurança jurídica, ou de excepcional interesse social, que a decisão somente produzirá eficácia a partir do seu trânsito em julgado (*ex nunc*), ou de outro momento que venha a ser fixado. Se assim permite o legislador, é porque a regra geral é a eficácia retroativa dos reflexos produzidos pela declaração de inconstitucionalidade<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> “*hablando de efectos ex tunc (retroactivos) o de efectos ex nunc ou profuturo; la sentencia será eficaz frente a todas aquellas relaciones (anteriores o posteriores a su publicación) en las que la disposición o norma declarada inconstitucional pudiese ser objeto de aplicación*”. *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. t. II. p. 56).

<sup>87</sup> RTJ 82/791, 87/758, 89/367 e 102/671.

<sup>88</sup> 2ª T., RE 79.343 – BA, ac. un., rel. Min. **LEITÃO DE ABREU**, RTJ 82/791; 2ª Turma, RE 93.356 – MT, ac. un., rel. Min. **LEITÃO DE ABREU**, RTJ 97/1.369; 2ª Turma, RE 122.202 – 6 – MG, ac. un., rel. Min. **FRANCISCO REZEK**, DJU de 08-04-94.

<sup>89</sup> *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1987. p. 147-149. O autor faz referência a alguns precedentes.

<sup>90</sup> *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 122-124. Da mesma forma, há também citação a outros julgados, de ocorrência posterior àqueles que mencionara o ilustre professor brasileiro.

<sup>91</sup> Em caso de decisão que defere cautelar, a Lei 9.868/99 (art. 11, *caput*), guiando-se pela jurisprudência anterior (RTJ 124/80), afirma que sua eficácia é *ex nunc*, sem embargo de permitir que tal ocorra de maneira retroativa.

À míngua de mandamento legal, a Corte Constitucional itálica houve por bem, em algumas situações, nas quais a *sentenza d'accoglimento* é capaz de provocar fortes repercussões nos planos social e econômico-financeiro, limitar, a partir de determinado instante, a sua eficácia temporal (*sentenze* 266/1988, 501/1988, 01/1991 e 124/1991).

Doutro lado, a *sentenza d'accoglimento* importa na perda *erga omnes* do componente eficaz da norma, a não mais permitir o seu emprego por qualquer juiz, ou qualquer sujeito público ou privado. Tal ocorre com a sua publicação na *Gazzetta Ufficiale* (e além disso, eventualmente, no *Bollettino Regionale*), enquanto que a comunicação providenciada pela Chancelaria da Corte dirige-se ao juiz *a quo*.

As decisões do Supremo Tribunal Federal, nesse aspecto, comportam uma distinção, consoante sua pronúncia se dê em via incidental, ou mediante o acolhimento de ação direta. Reconhecida a inconstitucionalidade, pela maioria qualificada de seu plenário, no desfecho, por exemplo, de mandado de segurança de competência originária, ou mediante recurso extraordinário, a decisão, ao inverso do que se verifica na Itália, não basta por si para desembocar na ineficácia da norma. Faz-se, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, necessária a intervenção do Senado Federal, para deliberar, no âmbito de sua discricção, pela suspensão da execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional pela Excelsa Corte.

Havendo a decisão sido proferida em ação direta de inconstitucionalidade, ou declaratória de constitucionalidade, inclusive em sede de cautelar, a eficácia contra todos da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, respectivamente, depende apenas da deliberação do Supremo Tribunal Federal, tomada com observância do quorum exigido.<sup>92</sup>

Com relação à ação declaratória de constitucionalidade, a Emenda Constitucional 03/93, responsável pela sua introdução em nosso sistema jurídico, agre-

---

<sup>92</sup> A origem dessa propriedade mirífica defluiu de alteração regimental, procedida pela deliberação constante do Processo Administrativo 4.477 – 72, para a qual foram determinantes os pareceres dos Ministros **MOREIRA ALVES**, (sem dúvida o opinamento condutor), **XAVIER DE ALBUQUERQUE**, **THOMPSON FLORES**, **RODRIGUES ALCKMIN**, **OSWALDO TRIGUEIRO**, **LUIZ GALLOTTI** e **ELOY DA ROCHA**, na condição de membros da Comissão de Regimento (cf. DJU de 16-05-77, págs. 3.123-4). Destacável a visão de **PAULO LUIZ NETO LOBO** (O controle da constitucionalidade das leis e o direito adquirido. *Revista de Direito Civil*, São Paulo : Revista dos Tribunais, n. 48, p. 104, abr./jun., 1989), ao parecer projetar que tal divisor de águas não se encontra autorizado pelo preceituado no art. 52, X, da Lei Mor.

gou a ela o efeito vinculante diante dos demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública, dom estendido à ação direta de inconstitucionalidade pela Lei 9.868/99 (art. 28, parágrafo único), a qual, neste ponto, não entra em desinteligência com a Lei Maior. A partir daí, já se pode aventar o possível cabimento de ser ajuizada reclamação também para assegurar-se o respeito às decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade, principalmente levando-se em conta que tal opção fora, em caráter excepcional, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 397.<sup>93</sup>

Razoável, a partir do referimento legal à publicação de tais decisões (arts. 21, *caput*, e 28, *caput*, da Lei 9.868/99), que tais reflexos somente se façam ao depois da sua comunicação através dos órgãos da imprensa oficial, porquanto somente a partir daí ter-se-á a ficção de que todos os cidadãos e agentes estatais tiveram conhecimento da provisão judicial.

Preciso dizer é que esse discrimen, envolvendo os efeitos *erga omnes* e vinculante, bem esgrimido entre nós pela pena de **JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES**<sup>94</sup>, não tem sentido na Itália, havendo a Corte Constitucional, com a *sentenza* 49/1979, asseverado ser “*perfettamente logico che seja vetado a todos, a começar pelos órgãos jurisdizionali, de tomar as normas declaradas inconstitucionais como princípio de valoração de qualquer fato ou relação, ainda que anterior à pronúncia da Corte*”<sup>95</sup>.

Característica das *sentenze d'accoglimento* é a de que, malgrado a atuação da Corte Constitucional haja de conformar-se aos limites da impugnação (art. 27 da Lei 87/53), tem a praxe consagrado a possibilidade de a decisão abarcar disposições não questionadas, cuja presença no sistema ficaria sem sentido com a declaração de inconstitucionalidade da norma objeto do pedido (*illegittimità consequenziale*).

Essa não é a postura seguida pelo Supremo Tribunal Federal, como resulta da ADIN 1.187 – 1 – DF,<sup>96</sup> dirigida contra os arts. 14 e 15 da Lei Complementar 76/93. Ao invés de confirmar a liminar anteriormente deferida, alargando o lastro objetivo da decisão, o Excelso Tribunal, durante o julgamento do mérito,

<sup>93</sup> Pleno, ac. un., rel. Min. **CELSO DE MELLO**, RDA 193/242.

<sup>94</sup> O controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 9, p. 131, jul./dez. 1996.

<sup>95</sup> “*perfettamente logico che sia vietato a tutti, a cominciare dagli organi giurisdizionali, di assumere le norme dichiarate incostituzionali a canoni di valutazione di qualsivoglia fatto o rapporto, pur se venuto in essere anteriormente alla pronuncia della Corte*”. (Apud **LIVIO PALADIN**, *Diritto costituzionale*. 2. ed. Padova : CEDAM, 1995. p. 770).

<sup>96</sup> Pleno, mv, rel. desig. Min. **MAURÍCIO CORRÊA**, DJU de 30-05-97. Idem na ADINMC 1.851 – AL, ac. un., rel. Min. **ILMAR GALVÃO**, Informativo – STF nº 121.



acatou preliminar do Min. **MAURÍCIO CORRÊA**, voltada para o não conhecimento do pedido, em face de este não haver englobado o art. 16 do referido diploma, dispositivo que, ao sentir do ilustrado julgador, albergava nexos lógicos com os artigos cuja compatibilidade vertical fora posta em dúvida.

Consequência da decisão da Corte Constitucional, no acolher a inconstitucionalidade de norma revogadora, está no fato de que as normas revogadas por aquelas tidas como ilegítimas recuperam a sua vigência. É o que se denomina de *reviviscenza*. A solução encontra convergência no Brasil, inicialmente em virtude do engenho jurisprudencial,<sup>97</sup> e, na atualidade, por força do legislador, ao dispor, em compasso com a Lei Maior, que a concessão de medida cautelar, salvo manifestação em contrário, torna aplicável a legislação anterior acaso existente (art. 11, §2º, Lei 9.868/99).

Em sentido oposto, estão as chamadas *sentenze di rigetto*, através das quais a Corte Constitucional não reputa fundada a questão de constitucionalidade que lhe fora submetida, rejeitando a exceção ou o recurso. Em oposição às *sentenze d'accoglimento*, tais provisões não têm eficácia geral, podendo, quando muito, repercutir no caso concreto, se decorrente de fiscalização incidental.

Um detalhe interessante é o de que a *sentenza di rigetto* não representa, nem implicitamente, um julgamento de conformidade da lei controvertida com a Constituição, mas, tão-só, restringe-se a examinar a dúvida de inconstitucionalidade nos termos em que formulada. Não adquire, assim, a imutabilidade conatural à coisa julgada, não tolhendo que, mais adiante, a lei venha a ser tida como inconstitucional em outro processo, movido com fulcro em argumentos diversos (*sentenza* 07/1958).

Aparenta-se tal provisão à decisão que julga improcedente a postulação inserida na ação direta de inconstitucionalidade, de maneira a não impedir seja novamente impugnada a norma que constituía seu objeto.

Peculiaridade do direito brasileiro está na, esdrúxula e desnecessária, ação declaratória de constitucionalidade, onde o autor, ao dirigir-se ao Supremo Tribunal Federal, colima, justamente, o reconhecimento da compatibilidade do ato normativo indicado com a estrutura constitucional. Mesmo nessa hipótese, evidencia-se ser admissível que, reconhecida a constitucionalidade de uma norma, venha, posteriormente, ser ajuizada ação direta de inconstitucionalidade. Essa possibilidade ficou ressalvada no voto do Ministro **CARLOS MÁRIO VELLOSO** durante o julgamento da ADC 1 – 1 – DF<sup>98</sup>.

<sup>97</sup> RTJ 101/503.

<sup>98</sup> Cf. a íntegra do pronunciamento em apenso no livro coordenado por **IVES GANDRA DA SILVA MARTINS** e **GILMAR FERRERIAMENDES** (*Ação declaratória de constitucionalidade*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo : Saraiva, 1195. p.231-235).

Importante, outrossim, constatar a correspondência, em nosso direito positivo, de algumas peculiaridades de que são dotadas algumas decisões da Corte Constitucional italiana.

Inicialmente, seria de referir às *sentenze additive e sostitutive*, ambas compreendidas no universo das *sentenze d'accoglimento*. As primeiras, também designadas *sentenze aggiuntive*, notabilizam-se pela peculiar formulação do seu dispositivo, no qual se declara a inconstitucionalidade de uma disposição normativa, justamente na parte em que não prevê algo que, com a sua prolação, passa a integrar a regra jurídica.

Ultimamente, a Corte Constitucional vem impondo algumas restrições a tais decisórios, como a sua interdição em matéria de definição de crimes e penas, em face do princípio da reserva legal (*sentenze* 73/1977, 71, 148, 177, 232, 295 e 317/1983, 02/1984 e 249/1988), ou nas extensões de vantagens pecuniárias a determinadas categorias de sujeitos, haja vista a necessidade de suporte financeiro. Desta espécie foi a *sentenza* 219/75 que, a pretexto de isonomia, inseriu os professores universitários no âmbito de determinado benefício, tendo encontrado resistências no Parlamento, o qual, a princípio, ensaiou desconhecer seu valor vinculativo, em razão do agravo econômico que seria capaz de produzir.

O Supremo Tribunal Federal rejeita tal prática. Em torrencial jurisprudência, sustenta que o Judiciário, ao fiscalizar a compatibilidade das leis com a Constituição, atua como legislador negativo, não lhe sendo dado alargar a incidência do comando impugnado, ainda que para sanar violação ao cânon da igualdade<sup>99</sup>. Para aquele a saída correta está na declaração de inconstitucionalidade, se requerida, do dispositivo que implicou em trato desigualitário.

Isso é facilmente evidenciado com o reconhecimento, em liminar na ADIN 2.251<sup>100</sup>, da inconstitucionalidade do art. 4º - A da Lei 8.437/92, na redação da MP 1.984/2000, o qual previa a possibilidade de medida cautelar em ação rescisória, restringindo-a em prol da União, Estados, Municípios, suas autarquias e fundações. A nosso sentir, perdeu-se uma grande oportunidade para a construção da teoria das sentenças aditivas em nosso país, precisamente por a espécie não implicar em extensão de dispêndios ao erário público.

Mediante as *sentenze sostitutive* ou *modificative*, a pronúncia de inconstitucionalidade acarreta a inclusão de uma disposição no lugar daquela tida como

---

<sup>99</sup> Pleno, mv, ADINMC 1.755 – DF, rel. Min. NELSON JOBIM, julg. em 15-10-98, Informativo – STF nº 127; Pleno, ADIN 652 – MA, ac. un., rel. Min. CELSO DE MELLO, RTJ 146/461.

<sup>100</sup> Plenário, ac. un., rel. Min. SYDNEY SANCHES, Informativo – STF 199.

inválida. Pode-se mencionar a *sentenza* 15/1969, ao declarar inconstitucional o art. 313, nº 3º, do Código Penal italiano, na parte em que atribuía ao Ministro da Justiça a autorização para o processo por crime de vilipêndio à Corte Constitucional, antes de fazê-lo ao próprio Tribunal. Com a sua atividade, restou substituída a regra ilegitimamente enunciada (competência do Ministro da Justiça para autorizar a instauração do processo) pela indevidamente omitida (competência à Corte autorizar a persecução criminal). Mais recentes, as *sentenze* 168/1972, 11/1973, 15 e 86/1977, 01/1985, 182 e 235/1988).

Não há, pelo nosso conhecimento, registro de discussão idêntica nos anais do Supremo Tribunal Federal. Não obstante, pelo que se percebe da posição deste, ao rejeitar a possibilidade das *sentenze additive*, é de concluir-se, com maior margem de acerto, pela não admissibilidade das *sentenze sostitutive* no sistema brasileiro de controle da constitucionalidade, máxime quando se percebe que estas, mais do que aquelas, sofrem a crítica ácida da doutrina, no rumo de que tal função se qualifica como substancialmente legislativa. Essa futura tendência já pode ser esboçada através da ADIN 1.822 – 4 – DF<sup>101</sup>, onde a pretensão de eliminar do inciso I do §2º do art. 47, da Lei 9.504/97, a expressão “um terço”, poderia implicar na alteração do sentido da norma atacada.

Em muitas ocasiões, a Corte Constitucional, sem acolher ou desacolher o pedido de forma peremptória, lança mão de nova exegese do texto impugnado, com vistas a delimitar neste a presença de conteúdo normativo que não colida com a Lei Máxima. Pode, com esse mecanismo, a Corte fixar que haveria inconstitucionalidade caso o dispositivo fosse interpretado de uma determinada maneira (*sentenze interpretative d'accoglimento*), ou estabelecer a não existência de ilegitimidade se aquele for compreendido na direção que indica (*sentenze interpretative di rigetto*).

Antes mesmo da entrada em vigor da Constituição de 1988, já havia o Supremo Tribunal Federal, na Rp. 948 – SE<sup>102</sup>, perfilhado o caminho de que não se decreta inconstitucionalidade quando se puder encontrar na norma combatida um significado que a harmonize com a Constituição.

Na Rp. 1.417 – 7 – DF<sup>103</sup>, igualmente vivenciada sob o jugo da Lei Maior revogada, o Augusto Pretório, em aresto de percuciente motivação, persistiu no manuseio da interpretação conforme à Constituição, situando-a o Min. **MOREIRA ALVES**, ao desincumbir-se da relatoria, como integrante do universo

<sup>101</sup> Pleno, ac. un., rel. Min. **MOREIRA ALVES**, DJU de 10-12-99.

<sup>102</sup> Pleno, ac. un., rel. Min. **MOREIRA ALVES**, RTJ 82/51.

<sup>103</sup> Pleno, ac. un., DJU de 15-04-88.

do controle da constitucionalidade, ao invés de simplesmente reduzi-la a uma regra exegética. Aproveitando a oportunidade, o referido magistrado deixara claro que a interpretação conforme é inviável toda vez que as tentativas de compatibilização do preceito discutido com a Lei Maior contrastar com o sentido inequívoco que o legislador pretender conferir-lhe.

Durante a atual ordem magna, são vários os exemplos de decisões interpretativas<sup>104</sup> até a sua positivação explícita no art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99.

Outros espécimes, de que se tem valido a Corte Constitucional da Itália, são as: a) *sentenze legislative* (ou de *indirizzo*), em que, ao depois de verificada a ausência de regulamentação normativa reclamada constitucionalmente, aquela estatui orientações a serem observadas pelo legislador, como ocorreu com a *sentenza* 225/1974, ao fixar uma série de cautelas, relativas ao sistema de radio-difusão sonora e de sons e imagens, que, posteriormente, constaram da Lei de 14 de abril de 1975; b) *sentenze-monito*, as quais, estando bastante próximas das anteriores, estatuem condições à atividade legislativa.

Não se encontra, no seio da atividade do Supremo Tribunal Federal, qualificativos semelhantes para os seus julgados. Isso não quer dizer, contudo, esteja excluída a possibilidade de aquele órgão, ao interpretar a Lei Maior, utilizar como técnica a de traçar recomendações ao legislador. Invoque-se a ADin 1434 – SP,<sup>105</sup> em que o Augusto Pretório, demais de enfatizar depender de lei a materialização da isonomia estipendiária do art. 39, §1º, da Constituição Federal, em sua redação originária, estabeleceu competir ao legislador tomar em consideração a igualdade ou similitude do conteúdo ocupacional de determinados cargos públicos, além da circunstância de que tais núcleos de competência devam situar-se na estrutura da Administração Direta.

De destacar, nos termos do art. 137, nº 3º, da Lei Maior de 1947, não estarem sujeitas a qualquer impugnação as decisões tomadas pela Corte Constitucional. Esta, após rejeitar o conhecimento de demandas onde vergastado preceito que já declarara inconstitucional (*sentenze* 93/1986, 86/1987, 265/1987, 431/1988 e 224/1989), tem-se limitado a admitir pleitos de correção de seus acórdãos, em decorrência de omissão ou erros materiais (*sentenze* 77/1988 e 178/1989).

---

<sup>104</sup> Pleno, ADIN 234 – 1/600 – RJ, ac. un., rel. Min. **NÉRIDA SILVEIRA**, DJU de 15-09-95; Pleno, ADIN 1.348 – 3 – RJ, mv, rel. Min. **OCTÁVIO GALLOTTI**, DJU de 07-12-95; Pleno, ADIN 1.194 – 4 – DF, ac. un., rel. Min. **MAURÍCIO CORRÊA**, DJU de 29-03-96.

<sup>105</sup> Pleno, mv, rel. Min. **CELSODEMELLO**, DJU de 22.11.96, p. 141.

Proximidade há com o sucedido em nossas plagas, em sede de fiscalização pela via principal, de modo a enunciar o art. 26 da Lei 9.868/99: “ *A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória*”.

### **IX – Considerações finais**

Ao encerrar este trabalho, abandonarei a prática, comum em trabalhos científicos, de resumir os temas expostos em cada uma das suas partes. Mais aconselhável, em se tratando de microcomparação procedida entre sistema estrangeiro e nacional, proceder-se à formulação, a partir do paradigma indicado, de propostas de aperfeiçoamento do modelo positivo de controle da constitucionalidade, cuja adoção ora não prescindirá de reforma constitucional, ora poderá ser materializada pela senda interpretativa.

Quanto às sugestões, para a implementação das quais se torna indispensável a mudança da Lei Básica, advém, em primeiro lugar, a relativa à concentração, em favor de determinado órgão, integrado no Judiciário, e cujos membros, no que for possível, ostentem as prerrogativas e vedações assecuratórias da imparcialidade da magistratura (que poderá recair no Supremo Tribunal Federal, haja vista a criação do Superior Tribunal de Justiça), da competência de julgar dos litígios, para cuja solução seja relevante a discussão em torno da compatibilidade vertical de lei ou ato normativo.

A vantagem da inovação estaria em prestigiar-se a certeza do direito, de modo a evitar-se, dados os inúmeros juízos e tribunais, uma multiplicidade de interpretação sobre uma mesma norma, com enorme contribuição para o desenlace ágil dos feitos.

Substituir-se-ia, assim, a atividade dos juízes e tribunais ordinários pela de uma corte constitucional, na esteira da prática adotada pela maioria dos países do oeste europeu do segundo pós-guerra<sup>106</sup>, a qual, bem sucedida, espalhou-se para grande parte das constituições dos países que outrora seguiam o socialismo soviético<sup>107</sup>.

<sup>106</sup> Cf. a Lei Fundamental de Boon de 23-05-49 (arts. 93 e 94), as Constituições da República Portuguesa de 02-04-76, na forma estabelecida pelas sucessivas revisões (arts. 277º a 283º), e da Espanha de 29-12-79 (arts. 159º a 165º).

<sup>107</sup> Dentre vários exemplos, cite-se as Constituições da República da Eslovênia de 23-12-91 (Parte Oitava, arts. 160 a 167), da República da Eslováquia de 01-09-92 (Parte Sétima, Cap. I, arts. 124 a 140), da República Tcheca de 16-12-92 (Cap. IV, arts. 83 a 89).

Assim, quando o magistrado se defrontasse, em um processo sob a sua jurisdição, com uma forte dúvida de constitucionalidade, poderia, a pedido das partes, do Ministério Público, ou de ofício, remeter o exame da questão ao tribunal para tais assuntos competente. Pronunciando-se este, a mensagem contida em sua decisão permitiria, demais da solução da questão analisada, como das demais relações jurídicas não estabilizadas.

Nos moldes italianos, a estruturação desse organismo dependeria, ao menos, de duas outras providências normativas. A uma, do estabelecimento da investidura temporária dos seus membros, através de mandato (possivelmente entre oito a dez anos), a fim de permitir uma adaptação da sua jurisprudência à alteração das circunstâncias sociais. A outra, seria a participação direta do Judiciário e do Legislativo na escolha dos seus membros, a qual não mais continuaria dependente quase unicamente da vontade da chefia do Executivo, cautela a resultar em garantia de maior independência do tribunal constitucional.

De conseguinte, outra necessidade de modificação no texto da Lei Fundamental, *in casu* derogatória, seria a exclusão da anacrônica competência do Senado Federal para determinar, em juízo discricionário, a suspensão da execução da lei, ou ato normativo, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Independentemente da intervenção do poder constituinte reformador, o engenho jurisprudencial poderia, inspirado pelos eflúvios, conduzir a alguns esmeros, tais como: a) o conhecimento de ação direta de inconstitucionalidade mesmo nos casos de leis antecedentes à Constituição, uma vez não serem excludentes, na superação de contradições no sistema jurídico, os critérios da hierarquia (da ilegitimidade constitucional) e cronológico (revogação); b) a utilização, no controle mediante ação direta, da técnica de ponderação de interesses, a fim de verificar, com maior profundidade, se a restrição de direito ou liberdade constitucional se assenta em bases razoáveis; c) validar, mediante a interpretação conforme à Constituição, a previsão de efeito vinculante outorgada à ação direta de inconstitucionalidade pelo art. 28, parágrafo único, da novel Lei 9.868/99, igualando os efeitos do seu julgamento de procedência aos das *sentenze d'accoglimento*; d) o reconhecimento da possibilidade do dispositivo da ação direta, ao acatar o pedido, abarcar preceitos normativos não impugnados quando a eficácia destes depender da norma invalidada (*illegittimità consequenziale*); e) a adoção das decisões aditivas nas hipóteses onde não se cogite a realização de gastos desprovidos de cobertura orçamentária.

## **PROCURA-SE UM ARTIGO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA**

Hélio Sílvio Ourem Campos (1)

O Brasil já teve Constituições de várias espécies: rígida, flexível, mista etc. O Brasil, segundo consta na história, chegou mesmo a ter uma Constituição por apenas um dia, ao adotar, em 1821, a Constituição espanhola de 1812<sup>2</sup>.

Como também se sabe, a Constituição de 1824 (a que mais tempo demorou em vigor) chegou a passar, enquanto Projeto<sup>3</sup>, por um plebiscito entre as Províncias. Pernambuco não a aprovou, e foi desencadeada a Confederação do Equador, ficando ao nosso lado a Paraíba, o Rio Grande do Norte, o Ceará e o Piauí<sup>4</sup>. A Constituição de 1891, embora haja se sujeitado a uma Assembléia, encontrou na mesma uma atuação muito tímida, porquanto ela praticamente se limitou a questões formais, com a ressalva da discussão sobre a repartição de rendas entre as unidades da Federação que surgia. A Constituição de 1934 durou

<sup>1</sup> **HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS**. Professor Titular da Escola Superior da Magistratura/PE. Professor Adjunto da Universidade Católica/PE. Juiz Federal/PE. Doutorando pela Faculdade de Direito de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal/PE. Delegado pela Seção Judiciária do Estado de Pernambuco na AJUFE - Associação Nacional dos Juizes Federais. Ex-Procurador do Município do Recife e do Estado de Pernambuco.

<sup>2</sup> Foi um Decreto de 21 de abril de 1821 que estabeleceu a adoção provisória da Constituição espanhola de 1812 (Constituição de Cadiz). Esta Constituição, que vigorou por apenas dois anos na Espanha, chegou a ser utilizada pelo Brasil, por Portugal e pelos Reinos de Nápoles, da Sicília e do Piemonte. Nela, estavam contidos princípios como o da tripartição dos poderes, a adoção da religião católica apostólica romana e a liberdade de imprensa.

<sup>3</sup> D. Pedro I, na proclamação imperial que dissolveu a Assembléia Constituinte e Legislativa (13.11.1823), convocou uma nova Assembléia - Conselho de Estado - com o objetivo de elaborar um Projeto de Constituição. Foi ao Conselheiro Carneiro de Campos que coube a tarefa de redigi-lo, havendo o Conselho terminado os seus trabalhos já aos 17.12.1823. Exemplos deste Projeto foram encaminhados a todas as Câmaras Provinciais. A adesão a ele não foi plena, havendo algumas Câmaras o recusado. Em Pernambuco, foi isto o que ocorreu, dado às idéias republicanas que então vingavam. No entanto, a maioria das Câmaras foram favoráveis ao Projeto, que se tornou a Constituição Política do Império, pelo Decreto datado de 11.03.1824 (o ato solene de juramento ocorreu em 25.03.1824).

<sup>4</sup> Nesta Confederação, ocorreram fortes divergências internas, pois os setores populares apresentavam-se favoráveis à abolição da escravatura, enquanto os proprietários rurais não o eram. O movimento foi sufocado, e foram condenados à morte os seus líderes, entre eles Frei Caneca. A reação ao Texto Constitucional, e a mudança das contingências políticas da época, terminaram por provocar o Ato Adicional de 1834, que conferiu autonomia às Províncias, constituindo as mesmas Assembléias Legislativas Provinciais. Este Ato foi votado pela Câmara dos Deputados, sem a presença dos Senadores, dado que os mesmos não estavam investidos de poderes para alterar a Constituição. Por isto, aos 17.06.1834, decidiram os Deputados que o Senado não deveria participar da Reforma Constitucional. O Senado, embora com algumas reações, concluiu por acatar a decisão.

muito pouco, pois, já em 1937, fez-se surgir a “polaca”. Esta previa a realização de um plebiscito para legitimá-la, o que naturalmente não ocorreu, ficando o mandamento apenas como uma estratégia idealizada pelo chamado “Chico Ciência” (o jurista FRANCISCO CAMPOS). Depois, veio a Constituição de 1946. Após, a de 67. Nesta, através do Ato Institucional nº 04<sup>5</sup>, fez-se transformar o Congresso Nacional em Poder Constituinte, não se podendo dizer ao certo se foi outorgada ou promulgada. Quanto à Emenda nº 01/69, até hoje ainda se discute se foi mesmo uma nova Constituição, dado as grandes modificações que provocou no regime jurídico constitucional. Sobre a Constituição antecedente à de 1988, falava-se que era uma “colcha de retalhos”, dado que atingida por 25 emendas (a 26ª foi para instalar a Assembléia Constituinte que elaborou a atual Constituição). A atual, considerando a aprovação da Reforma Administrativa, já atingiu este número, e, com folga, irá superá-lo, pois já se fala em Reforma Previdenciária, Tributária, do Poder Judiciário etc.

Esta é a tradição brasileira. Ao menor sinal de problema, aponta-se como resposta mudar novamente a Constituição. Estamos sempre à procura de uma nova Constituição.<sup>6</sup>

Ainda quanto à Constituição de 1988, também em face de não haver partido de um projeto padrão, permitiu o acolhimento de propostas as mais variadas, cabendo às Subcomissões temáticas tentar conferir um mínimo de unidade ao que se fazia. Depois, com a Comissão de Sistematização, lançou-se na difícil tarefa de conferir unidade a algo que efetivamente não possuía, até porque pretendia-se um sistema de governo parlamentar, e foi votado o presidencialismo, inclusive no plebiscito previsto no art. 2º, das Disposições Transitórias.

Além do mais, vários foram os dispositivos que, embora promulgados, tinham contra si forte oposição, especialmente aqueles que envolviam matéria econômica e financeira.

Assim, a Emenda Constitucional nº 06, de 15 de agosto de 1995, terminou por fazer uma série de modificações no Texto Constitucional, entre elas a que

---

<sup>5</sup> O Ato Institucional nº 04, de 07.12.1966, convocou o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, entre 12.12.1966 a 24.01.1967, devendo discutir, votar e promulgar o Projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República. Este Projeto, cuja confecção foi coordenada pelo Ministro da Justiça, Carlos Medeiros Silva, e pelo Presidente Castelo Branco, contou com a participação de juristas ilustres, como Orozimbo Nonato, Themístocles Brandão Cavalcanti e Miguel Seabra Fagundes. Sendo assim, é discutível se falar em promulgação ou em outorga, pois se estaria diante de uma situação intermediária.

<sup>6</sup> A própria Constituição da República de 1988 colocou, ao lado do seu procedimento de emenda (art. 60), aquilo que chamou de *revisão constitucional* (art. 3º, ADCT), dizendo: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.



eliminava a figura da empresa brasileira e da empresa brasileira de capital nacional (arts. 170, inc. IX; 171), a que interferia na pesquisa e na lavra de recursos minerais e potenciais de energia hidráulica (art. 176, § 1º); a que fixava a possibilidade de a União contratar com empresas estatais ou privadas a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural; bem como a refinação e o transporte marítimo do petróleo, *excetuando-se daí a pesquisa, a lavra e a industrialização dos minerais nucleares e os seus derivados* (art. 177, § 1º)<sup>7</sup>, e também, *agora pela Emenda nº 7/95*, chegou-se mesmo a alterar a regra geral de que a navegação de cabotagem e a interior seriam privativas de embarcações nacionais.<sup>8</sup>

Ainda no campo da ordem econômica, cabe destacar que a Emenda nº 08/95 veio a ampliar as possibilidades de o setor privado vir a explorar os serviços de telecomunicações.<sup>9</sup>

É bem possível que se diga que tudo isto vai no caminho de que o mundo está a exigir que o Estado diminua de tamanho, dado que a burocracia oficial não se apresenta como a argamassa para se construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I, CF/88), o que é um dos objetivos fundamentais da República. Após 1988, caiu o muro de Berlim, e isto permitiria a mais ampla abertura ao capital privado.

Pode ser que nisto haja razão, mas, seguramente, nos setores onde a lucratividade não se apresente, será necessária a atuação do Estado, sob pena de nem o Estado nem o capital privado virem a atendê-los. Ou, dito de outro modo: quando a atividade for lucrativa, cabe às empresas particulares tirarem proveito; quando não o fôr, cabe ao Estado arcar com o prejuízo. Parece que esta é a interpretação que se vem dando ao art. 173, “caput”, da Constituição da República, que predica que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou *ao relevante interesse coletivo*. Particularmente, no entanto, não me parece que

<sup>7</sup> A Emenda Constitucional nº 09/95 fez inserir o § 2º, no art. 177.

<sup>8</sup> O Texto original da CF/88 previa: “A navegação de cabotagem e a interior são privativas de embarcações nacionais, salvo caso de necessidade pública, segundo dispuser a lei.” (art. 178, § 3º). O atual Texto Constitucional prevê: “Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.”

<sup>9</sup> O Texto original tinha a seguinte redação: “Compete à União explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob o controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado, através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.” O atual Texto prevê: “Compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.” (art. 21, inc. XI)

seja a melhor interpretação. Afinal, não se pode atribuir a alguém apenas o que dá prejuízo; não sendo razoável admitir que se retire como compatível com o interesse coletivo esta consequência hermenêutica.

Em verdade, na ordem econômica, foram tais as modificações e a pressa com que elas foram feitas que até se redundou por provocar um artigo que não possui nenhum texto. É a situação do art. 171, da Constituição da República, que, ao seu lado, tem apenas o seguinte registro: “Revogado pela Emenda Constitucional nº 06, de 15 de agosto de 1995.”

Neste caso, seria até covardia procurá-lo, pois ele efetivamente desapareceu.

Mais: as Emendas nºs 06 e 07, que têm a mesma data (15.08.95), aprovaram, cada uma, o mesmo artigo constitucional. Acredite se quiser. O art. 246, da Constituição da República foi aprovado duas vezes, e com idêntico teor, tal a desatenção que vem merecendo a Constituição no Brasil. Algo bastante semelhante, mas ainda pior, do que adotar uma Constituição por um dia. Na hipótese, sequer se procurou saber que o artigo já havia sido aprovado.

Diz o art. 246 que: *“É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.”*

Diante dele, apresento duas situações:

1. se a Constituição chegou ao exagero de ver aprovado um mesmo artigo duas vezes, também entre as suas matérias há aquelas que vêm repetidas em mais de um artigo<sup>10</sup>. Ora, se um destes vier a ser alterado por Emenda, e os outros não

<sup>10</sup> Como exemplo disto, veja-se: no “caput”, do art. 5º, tem-se que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.” Ainda no “caput” deste artigo, tem-se a inviolabilidade “do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade.” No inc. I, do mesmo artigo, diz-se: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.” No art. 226, § 5º, vem disposto: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” No art. 150, inc. I, diz-se que é vedado às pessoas políticas “instituir *tratamento desigual* entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente”, não sendo outra coisa o que diz o art. 145, § 1º, quando trata da *capacidade econômica do contribuinte*.

Quanto à redução das desigualdade entre as regiões, pode-se, ao menos, citar-se os arts. 3º, inc. III; 151, inc. I; 165, § 7º e 170, inc. VII.

Sobre o princípio da *irretroatividade* é o mesmo que ocorre, conforme se retira dos arts. 5º, “caput” (segurança jurídica); 5º, inc. XXXVI (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”); 150, inc. III, al. “a” (“é vedado às pessoas políticas cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado).

É bem verdade que se poderia dizer que todos eles se referem a cláusulas pétreas; por isto irremovíveis da Constituição (art. 60, § 4º, CF/88). No entanto, cabe sopesar que nada é mais fundamental nos tempos modernos do que a educação de um povo, e entre os direitos e garantias individuais é obrigatória a presença da educação. Assim, reconhecida esta como um direito de todos e um dever do Estado (arts. 205 e ss), havendo o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou mesmo sendo a sua oferta irregular, haverá a referida situação de importar em responsabilidade da autoridade competente (art. 208, § 2º), sendo preciso que, na interpretação dos predicamentos constitucionais, não se esqueça de que a cidadania se constrói com a melhoria da qualidade de ensino, com a universalização do atendimento escolar etc; e tudo isto exige recursos.

o forem, poderiam estes últimos servirem de fundamento de validade para novas medidas provisórias, posteriores a 1995?

2. se um artigo alterado por Emenda tratasse originalmente de dois ou mais assuntos, e apenas um houvesse sofrido alteração, estaria o outro impossibilitado de vir a ser regulado por meio de medida provisória, mesmo estando manifestamente presentes os requisitos constitucionais para a sua edição (relevância e urgência. Vide art. 62)

Não se pense que isto só tenha importância teórica, senão vejamos.

A **contribuição social sobre o salário educação** vem disciplinada no art. 212, § 5º<sup>11</sup>, que foi alterado em 1996, pela Emenda nº 14, que lhe retirou a expressão: “*que dela poderão deduzir a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes*”, embora a remissão feita à lei disciplinadora pudesse vir a restabelecer regulamentação neste mesmo sentido.

Ora, embora não de maneira especial, é sabido que o art. 149, da vigente Constituição, trata das contribuições especiais, entre elas as sociais.

Abstraindo a existência de outros defeitos apontados nesta contribuição social, cabe perquirir se este pode ser visto como mais um.

Particularmente, isto me faz lembrar um chavão tantas vezes repetido: “quando não se quer, qualquer desculpa serve.”

Enfim, alterado um artigo da Constituição, e se pretendendo regular a matéria por medida provisória, bastaria ou não procurar um outro artigo ?

Desde o início se falou que a Constituição de 1988 era extensa, com muitas normas e princípios expressos e implícitos.

Assim, passo ao leitor a palavra, desde já dizendo que a educação e a cidadania, no Brasil, não merecem passar por uma brincadeira de esconde-esconde.

---

<sup>11</sup> A redação atual do § 5º, do art. 212 é a seguinte: “O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas, *na forma da lei.*”



## **PARTIDOS POLÍTICOS: AUTONOMIA, PROPAGANDA E CONTROLE JUDICIAL**

*Ivan Lira de Carvalho*

Professor da UFRN. Juiz Federal. Juiz do TRE/RN

**SUMÁRIO.** 1. DETALHES HISTÓRICOS DA FORMAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS. Do *forum* romano à Revolução Francesa. 2. OS PARTIDOS POLÍTICOS DIVIDINDO OPINIÕES. 3. O PERFIL JURÍDICO ATUAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL. 4. ENFOQUE CONSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS. 5. LIMITES DA AUTONOMIA PARTIDÁRIA, FRENTE AO CONTROLE JUDICIAL. 6. A AUTONOMIA PARTIDÁRIA E A PROPAGANDA POLÍTICA. 6.1. Notas introdutórias da matéria. 6.2. Censura prévia ou poder de polícia? 6.3. A co-responsabilidade dos partidos políticos e dos candidatos e adeptos, na propaganda eleitoral irregular. 7. CONCLUSÕES.

### **1. DETALHES HISTÓRICOS DA FORMAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS. Do *forum* romano à Revolução Francesa.**

Do ponto de vista histórico, os partidos políticos sempre representam um desafio para quem toma a iniciativa de estudá-los, especialmente pela forma pouco definida da sua gênese. Como instituição gregária de quereres e aspirações humanas, o partido político não tem uma origem formal ou imposta. Pelo contrário, é fruto da amalgamação de inúmeros componentes que permeiam o viver em sociedade, especialmente de cunho econômico, psicológico e laboral, entre tantos.

Assim, de uma forma mais singela, pode ser dito que, sendo decorrente natural da característica gregária do homem, o partido político tem a sua origem atribuída à sociabilidade humana, a exemplo do que ocorreu com a formação da família, do clã, da tribo e do Estado. Apareceram e tomaram corpo, segundo Robert Michels<sup>1</sup>, devido à “impossibilidade de as massas gerirem seus próprios

<sup>1</sup> *Os Partidos Políticos*, tradução de Hamilton Trevisan. São Paulo: Editora Senzala. p. 52.

interesses tornando necessária a inexistência de especialistas que o façam por elas”.

No *forum* de Roma, a disputa entre o povo e a aristocracia bem pode ser apontada como o esboço primacial do atual modelo partidário. A isto some-se, como raiz histórica, os embates, ali bem perto, travados anos seguidos entre as famílias Capulleto e Montecchio em torno do poder local, bem assim os conflitos havidos entre Guelfos e Guibelinos, defensores, respectivamente, do Papado e do Império Germânico, do Século XII ao Século XV.

Durante a Revolução Francesa, tiveram relevância, na própria formulação do movimento, entidades informais, agregadoras de parcelas da população e de deputados, em clubes e cafés, constituindo verdadeiros embriões partidários. Fala-se da *Gironda*, que envolvia os federalistas e os constitucionalistas, por isso mesmo denominados de *girondinos*; da *Montanha*, que reunia os *jacobinos*, militantes mais exaltados e audaciosos e o *Marais*, congregador dos moderados.

Esse quase involuntário modelo francês de organização partidária, contemporâneo da Constituição daquele País (1789), é tido como o momento inicial da formação dos partidos políticos mais ou menos nos moldes atualmente conhecidos. Essa formação quase sempre decorreu de blocos parlamentares, influenciados pela ação externa das entidades classistas e de outros influenciadores de opinião, máxime a imprensa. Assim explica Maurice Duverger<sup>2</sup>: “O mecanismo geral dessa gênese é simples: criação de grupos parlamentares, de início; surgimento de comitês eleitorais, em seguida; enfim, o estabelecimento de uma ligação permanente entre esses dois elementos.”.

Apesar da dificuldade em estabelecer, com certeza histórica, o nascedouro dos partidos políticos, pelo menos em um ponto a maioria da doutrina é convergente: os partidos políticos, como entidades jurídico-político-sociais, são fenômenos do Século XIX para cá. Mesmo no Brasil, “blocos” políticos somente foram organizados em partidos por volta de 1834, com a criação do Partido Liberal (aglutinando revolucionários, anarquistas e republicanos) e do Partido Conservador (unia moderados e restauradores). Os prenúncios da queda do Império fizeram surgir, em 1879, o Partido Republicano, que teve vida forte até 1930. Daí em diante a história partidária brasileira teve como tônica a fragilidade das suas agremiações, com a ressalva de poucas exceções, conforme aborda este trabalho, em outro tópico.

---

<sup>2</sup> *Os Partidos Políticos*, tradução de Cristiano Monteiro Oiticica. 2ª edição. Rio de Janeiro: co-edição da Zahar Editores e da Editora da Universidade de Brasília, 1980. p. 20.

## **2. OS PARTIDOS POLÍTICOS DIVIDINDO OPINIÕES.**

O partido político, quiçá pela própria controvertibilidade que marca a atuação do homem em todas as searas sociais, é instituto e instituição que ensancha as mais desconstruídas opiniões axiológicas acerca da sua utilidade e da sua importância. Assim, enquanto para Hans Kelsen os partidos políticos eram “a vida da democracia”<sup>3</sup>, para outros importantes vultos do pensamento humano representavam exatamente o inverso. Diz Torquato Jardim<sup>4</sup>: “George Washington, no seu discurso de despedida à Nação (*‘Farwell Address’*, 1796), advertiu sobre a ameaça que os partidos políticos representavam para o Estado, o quanto dividiam e agitavam o povo. Rousseau os condenava no Contrato Social, pelo quanto corrompiam e particularizavam a vontade geral. O Código Penal francês de 1810 os proscruvia.”.

No Brasil, uma das melhores definições institucionais dos partidos políticos foi lançada em um acórdão do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1096 – RS), que teve como relator o Ministro Celso de Mello, com trecho que merece destaque: “A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo - fonte de que emana a soberania nacional, tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado.”<sup>5</sup>.

Os registros históricos da importância dos partidos políticos como vetores da realização da democracia, nos mais díspares cantões do planeta, bem mostram quão equivocada é a opinião dos que combateram ou combatem a importância desses híbridos de instituto/instituição de cunho político e jurídico.

## **3. O PERFIL JURÍDICO ATUAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL.**

O advento da Constituição de 1988 ampliou a participação institucional dos partidos políticos na vida pública brasileira. Essa evolução, que deságua na

<sup>3</sup> Cf. JARDIM, Torquato. *Direito Eleitoral Positivo*. 2ª edição. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. p. 94.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, p. 94.

<sup>5</sup> Publicado no DJU de 25.set.1995.

edição da Lei 9.096, de 19.9.1995, tem merecido a preocupação dos estudiosos da matéria, inclusive com âncoras históricas mais pretéritas. Assim, considerando que um partido político “se manifesta sempre como uma organização de um grupo social, que se propõe influir na orientação política”, conforme Jorge Xifras Heras<sup>6</sup>, constata-se sua crescente institucionalização nos mais díspares sistemas de governo. Entre nós, foi em 1932, por intermédio do DL nº 21.076, que os partidos políticos lograram regulamentação. Extintos pela Constituição de 1937, ressurgiram na Carta de 1946, já como pessoas jurídicas de *direito público*, ao contrário da sua existência legal anterior, quando tinham a feição de pessoa jurídica de *direito privado*, submissa às regras do Código Civil (art. 16, I).

A Carta Política de 1988 atendeu aos reclamos do pensamento jurídico nacional, conforme registra José Afonso da Silva<sup>7</sup>, que pugnava pelo enquadramento formal dos partidos políticos como pessoa jurídica de *direito privado*. Assim, dispõe a vigente *Lex Legum*, art. 17, § 2º, que os partidos políticos registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral, “após adquirirem personalidade na forma da lei civil”. Sobre o tema, comenta José Afonso da Silva<sup>8</sup>: “Se adquirem personalidade na forma da lei civil é porque são pessoas jurídicas de direito privado, devendo, pois, registrar-se no Cartório de Registro de Títulos e Documentos; depois disso é que seus estatutos serão levados a registro no Tribunal Superior Eleitoral. Fica, pois, superado o disposto no art. 2º da Lei 5.682/71, que lhes reconhecia a natureza de pessoa jurídica de direito público interno.”.

Pessoa jurídica de direito privado que é, o partido político enquadra-se com maior facilidade no perfil da *associação*, próximo do que está previsto no Código Civil, art. 16, inciso I, conforme magistério de Célio Silva Costa<sup>9</sup>: “Como *associação* civil, o partido político tem seus atos constitutivos registrados no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, para isso orientando-se pelo que preceitua a respeito a Lei dos Registros Públicos. Uma vez realizado assim o registro, passa a *associação* a ter personalidade jurídica. Antes disso, seria *uma associação* de fato. Mas mesmo depois de realizado tal registro, sua eficácia jurídica, para fins eleitorais, dependerá de registro no Tribunal Superior Eleitoral. Cabe a este fazer as exigências decorrentes do que dispõem a Constituição e

<sup>6</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 348.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, p. 351.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 352.

<sup>9</sup> *A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Liber Jus, 1992. p 758, com destaques que não estão no original.



leis complementares ou ordinárias, para que os estatutos sejam emendados, **quantum satis**.”.

Em que pese a clareza do texto constitucional, bem assim a publicação de textos doutrinários irresponsáveis como os acima transcritos, antes da edição da Lei 9.096/95, ainda eram localizadas resistências ao caráter privatístico dos partidos políticos. Exemplo disto era a opinião de Maria Helena Diniz<sup>10</sup>, que classificou como pessoas jurídicas de *direito público interno*, dentre outras, “os partidos políticos (Lei n. 5.687/71, art. 2º; CF, art. 17, I a IV, §§ 1º ao 4º).” Também Arnoldo Wald<sup>11</sup> incorreu no mesmo equívoco, ao listar os partidos políticos como se fossem pessoas jurídicas de direito público.

A entrada em vigência da Lei 9.096/95 espancou as dúvidas porventura ainda reinantes acerca do *status* jurídico dos partidos políticos. É que no pórtico do referido diploma, artigo 1º, está lançado que o partido político é uma “pessoa jurídica de direito privado”. Assim, diante desta nova realidade jurídica, que conjuga os preceitos de ordem constitucional (do art. 17 da Carta Maior) e de ordem infraconstitucional (a Lei 9.096/95), pode ser dito, com ínfima margem de erro, que o partido político, pessoa jurídica de direito privado, é do tipo *associativo*, congregando pessoas que têm objetivos e idéias políticas comuns. Malgrado a peremptoriedade desta afirmação, não deve ser olvidado que em razão da delegação estatal que recebe, inclusive para deter o monopólio de candidaturas, o partido político por vezes atua em larga semelhança com as pessoas jurídicas de direito público, inclusive sendo alvo de mandado de segurança, funcionando os seus dirigentes como perfeitas autoridades, para fins de controle pelo *writ*.

É também o partido político um ente de caráter *permanente*, compatível assim com a sua missão institucional, que não seria perfeita (ou até mesmo possível) se timbrado de provisoriedade. Por isso mesmo, no entender de Pietro Virga<sup>12</sup>, é uma instituição onde “exista a submissão estável de um corpo social a um autoridade comum e a redução à unidade de elementos pessoais e materiais diversos mediante uma organização permanente.”.

Os objetivos e as finalidades dos partidos políticos, no caso brasileiro, já estão suficientemente traçados no texto constitucional (art. 17, *caput* e parágrafos), não reclamando, portanto, integração por diploma de inferior hierarquia, nesse particular. O objeto e as metas dos partidos políticos serão abordados neste mesmo ensaio, linhas adiante.

<sup>10</sup> *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 8ª edição aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1991. 1º volume. p. 119.

<sup>11</sup> *Curso de Direito Civil Brasileiro, Introdução e Parte Geral* 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: RT, 1989. v. I. p. 133.

<sup>12</sup> Citado por SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 352.

Os partidos viabilizam a *organização* e a *participação* política do corpo social do País, sendo recusada, inclusive, a idéia de candidaturas avulsas. Assim, cabe aos partidos políticos o monopólio do lançamento de candidaturas, recrutadas nos seus quadros de filiados. A propósito, o Tribunal Regional Eleitoral, em voto do Juiz Walter Nunes da Silva Júnior, enfrentou essa particularidade da missão dos partidos políticos, concluindo que “em que pesem os partidos políticos brasileiros constituírem-se de associações privadas, expressão da liberdade de associação dos cidadãos, e não de órgãos dos Estados, eles detêm, em nosso sistema jurídico, o monopólio da ação política do País, vez que defeso, a quem quer que seja, exercer o direito sagrado de participar, na qualidade de agente passivo, do processo eleitoral, se não regularmente inscrito em uma agremiação partidária. 22.- Tem-se, assim, que não permitidas, quer para o exercício do cargo eletivo de Vereador, quer ao de Presidente da República, candidaturas avulsas, desvinculadas de um partido. Esse monopólio, da ação política, exercida pelas agremiações partidárias, só se pode conceder como ato de delegação estatal.”<sup>13</sup>.

Há também, nos partidos políticos, a índole de *fiscalização e colaboração* para com todos os atos e fases do processo eleitoral conduzido pela Justiça Especializada Eleitoral.

#### **4. ENFOQUE CONSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS.**

De uma espécie de desprezo institucional até a inserção das suas linhas mestras no texto constitucional, os partidos políticos ocuparam diversas fases da história brasileira. Lembra Palhares Moreira Reis<sup>14</sup> que a existência e a regulamentação dos partidos políticos, no Brasil, ocupou pelo menos quatro momentos. Num primeiro, havia um alheamento jurídico quanto ao assunto e “até o final do Século XIX, a presença era, se não contestada, pelo menos não reconhecida pelo próprio sistema político.”. Depois foram eles organizados como associações de direito comum, nada guardando de diferente em relação às demais associações de pessoas. Numa terceira fase, foram regulamentados por leis específicas, passando assim a ter existência legal, sob a supervisão do poder público. Na derradeira fase, os partidos políticos lograram amparo nos textos constitucionais “muitos desses permitindo que essas agremiações fossem os efetivos canais de

<sup>13</sup> Mandado de Segurança 397/92, julgado em 27.jul.1992, com acórdão publicado no *Boletim Eleitoral do TRE/RN* v. 4. t. 1, p. 12.

<sup>14</sup> *Cinco estudos sobre os partidos políticos*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1999. p. 20.

opinião pública e, em outros casos, indo mais longe, somente permitindo que houvesse apresentação de candidaturas partidárias, isto é, que apenas os candidatos inscritos por partidos políticos pudessem concorrer a cargos eletivos”, conforme registra Palhares Moreira Reis<sup>15</sup>.

Na atual quadra histórica, a Carta Política de 1988 cuida do assunto no seu art. 17. De acordo com o texto magno, está consagrada a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, desde que respeitados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana. São princípios essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito, do qual o partido político deve ser sempre um vetor propulsor, nunca podendo ser criado ou funcionar para labutar contra as pilastras da democracia.

Outra regra passada pelo texto constitucional diz respeito à extensão territorial da base dos partidos políticos. Assim, pelo querer constituinte, os partidos têm sempre dimensão nacional, sendo incabida a repetição dos partidos de cunho regional ou local, a exemplo do PRP, que era uma agremiação nitidamente paulista. Durante a República Velha, o Partido Liberal foi outra congregação de interesses puramente estaduais, embora a denominação fosse igualmente empregada em vários Estados da Federação.

Diz também a Carta Magna que os partidos políticos não podem receber recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros, também não podendo estar subordinados a essas entidades ou a esses governos exógenos. Atente-se para o limite da vedação da percepção de recursos oriundos do estrangeiro, vez que essa proibição é vinculada apenas às ajudas de finanças, sendo possível, pois, a percepção de outro tipo de colaboração (instrução de quadros, intercâmbio de idéias, admissão em confederações ou outros agrupamentos internacionais, a exemplo da Internacional Socialista etc.).

Os partidos políticos prestam contas à Justiça Eleitoral, numa clara relativização da autonomia partidária, cedendo espaço ao controle jurisdicional das contas das entidades em apreço. São tecidas várias e procedentes críticas quanto a essa determinação constitucional, que finda por ensejar, na prática, apenas um controle *formal* da documentação que é encaminhada à Justiça Eleitoral pelos partidos políticos.

Só subsistem se demonstrarem densidade em termos de funcionamento parlamentar, “de acordo com a lei” (CF, art. 17, IV). É a consagração da chamada *cláusula de desempenho*, que inviabiliza a existência de partidos políticos que

---

<sup>15</sup> *Op.cit.*, pp. 20 e 21.

não consigam atingir bancada de representação no parlamento nacional, em número mínimo fixado em lei infraconstitucional.

Adquirem, os partidos políticos, personalidade jurídica de acordo com a lei civil. Depois registram os seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral, reforçando a marca de instituições nacionais. Há quem diga que a dupla exigência para a constituição de um partido político, dando-lhe forma de ente moral de direito privado, mas reclamando também a inscrição no Tribunal Superior Eleitoral, vem a conferir-lhe feição híbrida ou anômala, sendo o partido, a um só tempo, uma pessoa jurídica de direito privado e uma pessoa jurídica de direito público, argumento que é reforçado pelo fato de receber recursos do fundo partidário. O argumento a mim não convence, pois o que há, em veras, é a existência de funções públicas delegadas pelo Estado ao partido político. E o agir por delegação, por si só, não transmuda a natureza jurídica da instituição.

É franqueado, pela Constituição Federal, o acesso dos partidos políticos ao rádio e à televisão, “na forma da lei”, para divulgar os seus programas e as idéias dos seus componentes, acesso este não confundido com propaganda eleitoral ou pessoal.

Vedada é também a utilização, pelos partidos políticos, de organização paramilitar. Assim, a melhor leitura que pode ser feita do quarto parágrafo do art. 17 da CF/88 é a de que a proibição atinge também o partido político de atuar como grupo paramilitar, e não somente de tomar os préstimos deste.

Por fim, é oportuno lembrar que a Magna Carta assegura aos partidos políticos autonomia para: a) definir a sua estrutura interna; b) organizar-se e arregimentar quadros; c) estruturar o seu funcionamento. Tudo isto debaixo de normas de fidelidade e de disciplina partidárias, e com os temperamentos impostos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

## **5. LIMITES DA AUTONOMIA PARTIDÁRIA, FRENTE AO CONTROLE JUDICIAL.**

Embora adquiram personalidade jurídica na forma da lei civil (CF, art. 17, § 2º), os partidos políticos só tomam sentido próprio de vetor político após o registro dos seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. Aí, segundo entendimento daquela Corte Superior, eles passam a ser, também, pessoas jurídicas de direito público interno<sup>16</sup>. Com a maior vênua, penso diversamente, conforme defendido em outra parte deste trabalho.

<sup>16</sup> Ac. 12.209, Rel. Sepúlveda Pertence, DJU 27.4.92.

Curiosamente, apesar da natureza publicística que ronda a sua existência, segundo a visão do TSE, o partido político não pode ter dirigente seu como alvo de mandado de segurança. Ou seja, os atos praticados pelos dirigentes partidários não são, *stricto* ou *lato sensu*, atos de autoridade para fins de mandado de segurança. Isto decorre da dicção que a Lei 9.259/96 emprestou ao § 1º do art. 1º da Lei 1.533/51, excluindo do rol dos legitimados passivos para o MS os “representantes ou órgãos dos Partidos Políticos...”. Nesta linha já decidiu o TRE de Santa Catarina pela impossibilidade jurídica do pedido<sup>17</sup>. Igual é o pensamento de Torquato Jardim<sup>18</sup>.

Não comungo do entendimento supra, dada à clara função pública dos partidos políticos de viabilizarem as candidaturas (monopólio das candidaturas), não sendo lógico que os dirigentes arbitrários fujam do controle judicial.

Ademais, restaria ainda no § 1º do art. 1º da Lei 1.533 a possibilidade (questionável, é claro) de enquadrar os partidos políticos como pessoas jurídicas “com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções”, já que nesta parte permaneceu hígido o referido dispositivo legal, pois o monopólio para viabilizar candidaturas é uma autêntica delegação do Poder Público aos partidos políticos.

A autonomia dos partidos políticos, assegurada pela CF (art. 17), não pode sobrepor-se ao princípio da inafastabilidade, também com sede constitucional (art. 5º, inciso XXXV), segundo o qual nem a lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito. Há um choque de princípios (inafastabilidade *versus* soberania partidária) que se resolve em prol do primeiro, homenageando a supremacia dos interesses públicos, políticos e sociais, na linha do que decidiu o já referido Tribunal Superior Eleitoral<sup>19</sup>.

## **6. A AUTONOMIA PARTIDÁRIA E A PROPAGANDA POLÍTICA.**

### **6.1. Notas introdutórias da matéria.**

Tanto a doutrina como a jurisprudência registram acirrados debates acerca do tema *autonomia partidária*, instituto não raro esgrimido com o intuito de justificar a escolha, feita pelos partidos políticos, de “convidados” para participar dos seus programas institucionais, veiculados pela mídia televisiva, por exem-

<sup>17</sup> MS contra ato de dirigente partidário – Ac. 14.896, Rel. João José Ramos Schaefer, DJSC 18.2.98.

<sup>18</sup> *Op. cit.*, p. 97.

<sup>19</sup> Rec. 12.990, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 23.09.1996.

plo. Nessa linha de pensamento, por ser uma pessoa jurídica de direito privado (Lei 9.096, art. 1º), desprovida de umbilicalidade com a estrutura da Justiça Eleitoral, o partido político pode fazer tudo o que estiver na vontade dos seus dirigentes. Algo assim como a “livre iniciativa” pregada pelos liberais ortodoxos e desavisados que lêem vespugamente a Constituição Federal, a partir do art. 1º, inciso IV, da Lei Maior.

Há engano.

A autonomia partidária, festejada pelas pessoas realmente comprometidas com a consolidação das instituições democráticas, é relativa, posto que limitada à *moralidade das eleições* e à *igualdade na disputa que envolve os cidadãos postulantes a cargos eletivos*. Assim foi expresso o querer do constituinte de 1988, que, ao prever a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, não olvidou em colocar freios a certos privilégios (privilégios necessários, diga-se) conferidos às referidas agremiações. É o caso do disposto no art. 17, § 3º, da Carta Magna, assim redigido: “Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, *na forma da lei*.”

*Assim, a Constituição conferiu ao legislador ordinário a tarefa de disciplinar como deve ser feito o acesso dos partidos políticos aos meios de comunicação especificados. Trata-se de norma daquelas apontadas como portadoras de eficácia limitada, por dependerem “da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhe a eficácia, mediante lei ordinária, lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados”, conforme registra Michel Temer<sup>20</sup>.*

*E na Lei 9.096, art. 45, foi disciplinado o acesso dos partidos políticos às mídias de radiodifusão e de televisão, estabelecendo:*

a) como *objetivos*:

“I - difundir os programas partidários;

II - transmitir mensagens aos filiados sobre a execução do programa partidário, dos eventos com este relacionados e das atividades congressuais do partido;

III - divulgar a posição do partido em relação a temas político-comunitários.”;

b) como *vedações*:

“I - a participação de pessoa filiada a partido que não o responsável pelo programa;

---

<sup>20</sup> *Elementos de Direito Constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Editora RT, 1990. p. 27.

- II - a divulgação de propaganda de candidatos a cargos eletivos e a defesa de interesses pessoais ou de outros partidos;
- III - a utilização de imagens ou cenas incorretas ou incompletas, efeitos ou quaisquer outros recursos que distorçam ou falseiem os fatos ou a sua comunicação.”.

Torquato Jardim<sup>21</sup> tece comentários acerca da autonomia partidária, na linha aqui defendida, *verbis*:

“105. A autonomia constitucional dos partidos políticos, todavia, não exclui a apreciação pelo Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito de sede constitucional (Const., art. 5º, XXXV). É o quanto se impõe o equilíbrio das duas normas constitucionais.”.

Assim, intervirá o Juiz Eleitoral quando dissolvido diretório sem observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa previstos no próprio estatuto partidário (TSE., Rec. 14.713, rel. Min. ANDRADA, DJU 13. nov. 96; Rec. 12.990, rel. Min. F. RIBEIRO, 23.set.96).”

Tome-se por paradigma este voto:

‘A autonomia a que se refere o preceito constitucional diz respeito ao estabelecimento de normas que tenham por escopo delinear a estruturação de seus quadros, o estabelecimento de órgãos partidários e seu funcionamento.

Esse mister se desempenha precipuamente na definição das normas estatutárias, que se destinam a reger, entre outras coisas, as relações jurídicas entre seus filiados e entre estes e o Partido. Contudo, uma vez estabelecidas tais normas, delas decorrerão direitos subjetivos que, uma vez violados, poderão ser amparados pelo Poder Judiciário, a teor do art. 5º, XXV, da Constituição Federal. E nisso não haverá qualquer vilipêndio ao princípio da autonomia partidária; ao contrário, cuidar-se-á de revelar o exato sentido das normas definidas pelo próprio partido.

*Poder-se-ia, em sentido oposto, argumentar que essa tarefa haveria sido cometida aos órgãos internos do partido, não sendo dado ao Poder Judiciário nele imiscuir-se. Tal conclusão, contudo, (...) denegaria vigência ao (...) inciso XXXV (...) pois estar-se-ia admitindo a exclusão de violação de direito ou ameaça da apreciação do Judiciário. Seria deferir à autonomia partidária elastério extremamente largo, a ponto de afastar a incidência de outra norma constitucional. Antes, porém, impõe-se a regra*

<sup>21</sup> *Op. cit.*, pp.97 e 98.

*da hermenêutica, que exige a compatibilização dos mandamentos postos em confronto.*

Não entendo, assim, ser possível caracterizar o partido político como um verdadeiro enclave, em que o único remédio deixado à disposição dos filiados desrespeitados em seus direitos seria o de abandonar a agremiação.’(TSE, Rec. 13.750, rel. Min. ALCKIMIN, 12. nov. 96).

106. Outras hipóteses no Tribunal Superior Eleitoral:

- ‘a autonomia assegurada aos partidos políticos não significa estejam imunes ao cumprimento das leis, devendo a Justiça Eleitoral por isso zelar quando proceder ao registro de candidaturas’ (Rec. 12.290, rel. Min. E. RIBEIRO, DJ 12. nov. 96).”

Vê-se, destarte, que, no trato de propaganda partidária, o partido político não veicula tudo aquilo que quer, estando proibido, especificamente, de inserir a participação de toda e qualquer pessoa que seja simpática ou útil aos seus dirigentes.

São regras do Estado Democrático de Direito, que uns aplaudem porque nele acreditam e com ele estão comprometidos. E outros criticam porque essas regras não facilitam os seus projetos pessoais. Uns e outros, entretanto, a elas estão submetidos.

## **6.2. Censura prévia ou poder de polícia?**

É apresentado o argumento, por outro lado, de que o juiz que maneja o poder de polícia, fazendo cessar a propaganda irregular realizada por partido político, age em desacordo com a regra constitucional que proíbe a censura prévia, dê que é assegurada a todos a liberdade de comunicação e de informação. A proibição, pelo Judiciário, de propaganda eleitoral irregular é, no pensar dessa corrente, autêntica censura prévia.

Não é desconhecido o teor da Constituição Federal, que no art. 5º, IX e no art. 220, § 2º, consagra a liberdade de comunicação e de informação. Entretanto, sequer de longe se poderia confundir o regular exercício do poder de polícia, bem como a eficácia do princípio da inafastabilidade, com o reles e repugnável instituto da censura prévia. Esta - a censura prévia - não encontra acolhida no Estado Democrático de Direito, para a felicidade de muitos e para o desespero de poucos, nestes últimos perfilados os censores profissionais e os instrutores destes que serviram ao *ancien régime*. Com efeito, determinar às partes e às



emissoras de rádio e televisão que cumpram a lei não é fazer censura prévia. Censura prévia haveria, v. g., se as peças publicitárias tivessem que passar pelo crivo do juiz eleitoral antes da veiculação pelo rádio ou pela televisão. A lei presume-se sabida por todos (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 3º). E para aqueles que potencialmente poderiam “ignorar” o alcance da lei, existem as medidas judiciais liminares que têm, sem sombra de dúvidas, efeitos pedagógicos.

A propósito, sobre o tema censura prévia, abordado debaixo de uma temática maior de discussão imprensa *versus* judiciário, Carlos Alberto Etcheverry explicou: “Entende-se por censura prévia a ação estatal voltada, de forma institucional e arbitrária, ao controle sistemático do conteúdo de matérias jornalísticas.”<sup>22</sup>

*Traçando limites entre o direito de propaganda e o poder de polícia, o Código Eleitoral dispõe:*

“Art. 249. O direito de propaganda não importa restrição ao poder de polícia quando este deve ser exercido em benefício da ordem pública.”.

*A perfeita compatibilidade entre o direito subjetivo de dar informações, conferido aos partidos políticos, e o dever de coibir os excessos, cometido à Justiça Eleitoral, está retratada no acórdão do Tribunal Superior Eleitoral assim ementado:*

“PROPAGANDA ELEITORAL.

Emissora radiofônica que, por inobservância da lei, além de ter sido multada, teve sua programação suspensa. Alegada afronta aos arts. 66 e parágrafo 9º, da Lei 9.100/95 e 220 da Constituição.

Ausência de indicação das normas legais tidas por afrontadas. Exigência de reexame de provas.

Caso de punição de flagrante inobservância de normas disciplinadoras da propaganda eleitoral por via radiofônica, não havendo espaço para falar-se em afronta ao princípio da vedação da censura.

Recurso não conhecido.”<sup>23</sup> .

Outro julgado do Tribunal Superior Eleitoral, no mesmo sentido:

“PROPAGANDA ELEITORAL. NOTIFICAÇÃO.

Advertência para que programa do horário eleitoral gratuito se atenha ao permitido em lei não implica em censura prévia.

Precedentes. Recurso não provido.”<sup>24</sup> .

---

<sup>22</sup> Controle judicial não é censura prévia, em <http://www.ajuris.org.br>, acessada em 14.6.98.

<sup>23</sup> REsp 14.263, unânime, relator Min. Ilmar Galvão, DJU 12.05.97, p. 16.635.

<sup>24</sup> REPAG - Agravo em Representação 14.736, relator Min. Costa Leite, DJU 28.4.95, p. 11.218.

JOEL JOSÉ CÂNDIDO oferece valioso esclarecimento:

“A propaganda ilícita poderá sofrer uma outra espécie extraordinária de restrição, determinada pelo Poder de Polícia que, em matéria eleitoral é, sempre e exclusivamente, de competência dos órgãos da Justiça Eleitoral (CE, art. 249). No exercício do Poder de Polícia, a Justiça Eleitoral age como Justiça-Administração Pública, regulando, controlando e contendo os excessos da propaganda, em nome do interesse público. ‘Poder de Polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado’, como ensina Hely Lopes Meirelles. Porém, de nada valeria a regra desse artigo, criadora do Poder de Polícia, para regular e controlar a enorme gama inominada de situações específicas que pode surgir, em matéria eleitoral, se não houvesse sanções administrativas e penais para garantir o efetivo cumprimento dessas determinações.”<sup>25</sup>.

Indiscutível o poder de polícia que o Estado detém, por seu braço judiciário especializado, para fazer cessar toda e qualquer propaganda irregular, atentatória, não raro, a todos os princípios que regem a propaganda política, quais sejam: a) o princípio da legalidade; b) o princípio da liberdade; c) o princípio da responsabilidade; d) o princípio igualitário; e) o princípio da disponibilidade e f) o princípio do controle judicial da propaganda<sup>26</sup>. Os efeitos do correto manejo desse poder judicial-administrativo são de caráter mediato e/ou imediato, conforme lição de Odyr Porto e Roberto Porto: “A propaganda intempestiva justifica a sua remoção ou sustação, se isso for materialmente possível, podendo tipificar crime de desobediência a resistência a ordem judicial nesse sentido (art. 347 do CE; TRE-SP, Rec. 794, Cl, 3a. rel. Juiz Rubens Approbato Machado, v. u., 10.3.94, Cads 29/180-182). E sujeita o responsável pela divulgação e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário, de regra o candidato, à multa (§ 3º do art. 36)”<sup>27</sup>.

### **6.3. A co-responsabilidade dos partidos políticos e dos candidatos e adeptos, na propaganda eleitoral irregular.**

Outro ponto que freqüentemente é abordado, diz respeito a como definir a responsabilidade dos partidos políticos, bem como aos candidatos ou aos adeptos

<sup>25</sup> *Direito Eleitoral Brasileiro*. 7ª edição. Bauru: Edipro, 1988. p. 164.

<sup>26</sup> O rol de princípios aqui exposto é traçado por JOEL JOSÉ CÂNDIDO, *op. cit.*, pp. 156 e 157.

<sup>27</sup> *Apontamentos à Lei Eleitoral (Lei n. 9.504, de 1997)*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 75.

tos das referidas agremiações, que participam de propaganda eleitoral irregular, disfarçada de “propaganda partidária”. E vem à tona o Código Eleitoral, que assim dispõe:

“Art. 241. Toda propaganda será realizada sob a responsabilidade dos partidos políticos e por eles paga, imputando-se-lhes solidariedade nos excessos praticados pelos seus candidatos e adeptos.”.

Cuida-se aí de solidariedade, no sentido cível ou de co-responsabilidade, com conotação penal?

Se a opção for pela primeira conotação (de solidariedade em sentido civil), temos a definição do instituto no CC, art. 896, parágrafo único:

“Há solidariedade quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado à dívida toda.”.

Mas, se o assunto for tratado estritamente sob a ótica penal, o regramento deve ser o do Código Penal, art. 29, *caput*:

“Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a ele cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

Creio que a solução exegética para o assunto discutido é a temperança. Mesmo quando não está sendo tratada a prática de crime (fato típico, antijurídico e culpável), circunstância que inclinaria o operador jurídico a acolher, de plano, a solidariedade civil entre partido político e cidadão (chamado “adepto”) que realizaram a propaganda irregular, não se pode esquecer que o preceito do art. 36, § 3º, da Lei 9.504/97 é de cunho sancionatório (“A violação do disposto neste artigo sujeitará o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário, à multa no valor de vinte mil a cinquenta mil UFIR ou equivalente ao custo da propaganda, se este for maior.”). E configurando possibilidade de sanção, quer dizer, de punição, com a aplicação de pena pecuniária, melhor andarás o aplicador do direito que render homenagens aos princípios de Direito Penal que regem a matéria, pois assim guardará a consciência tranqüila de que assegurou uma justa resposta judicial aos infratores, assegurando a estes o sagrado direito de somente serem punidos na proporcionalidade da sua participação nos atos infracionais questionados. Distanciar-se-á o julgador da horizontalidade sugerida pela norma civil, traduzível

no adágio popular “tudo ou nada”. Assim, cada um dos infratores, cidadãos e partidos políticos, receberá, particularizadamente, a sua sanção, como recomendam o princípio da pessoalidade e o princípio da individualização da pena, consagrados na Constituição Federal, art. 5º, incisos XLV e XLVI, bem estudados por Luiz Luisi<sup>28</sup> e atestadores de que o nosso sistema jurídico volta as costas à chamada responsabilidade penal objetiva, que finda por tratar desigualmente os iguais e igualmente os desiguais, em contraposição ao princípio da isonomia, que abre o art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

A posição aqui defendida tem apoio, também, nas lições de Carlos Maximiliano, que ao comentar a exegese e a aplicação das leis penais, esclarece:

“395 - A rubrica - Leis Penais, aposta neste capítulo, compreende todas as normas que impõem penalidades, e não somente as que alvejam os delinquentes e se enquadram em Códigos criminais. Assim é que se aplicam as mesmas regras de exegese para os regulamentos policiais, as posturas municipais e as leis de finanças, quanto às disposições cominadoras de multas e outras medidas repressivas de descuidos culposos, imprudências ou abusos, bem como em relação às castigadoras dos retardatários no cumprimento das prescrições legais.”<sup>29</sup> .

José Antonio de Almeida, ao estudar o alcance do § 3º do art. 36, da Lei 9.504, deixa claro que a sanção ali prevista (multa de vinte a cinquenta mil UFIR para quem faz propaganda eleitoral indevida) deve ser aplicada ao partido político e ao beneficiário da propaganda. A um e a outro, sem sequer sugerir um “rateio” da multa entre os envolvidos. Palavras do professor maranhense:

“Finalmente, o § 3º, que prevê a aplicação de multa de vinte mil a cinquenta mil UFIR ao responsável pela divulgação violadora das regras do artigo, bem como ao beneficiário da propaganda (se não for ele, como é óbvio, o mesmo responsável pela sua divulgação), mas nesse caso apenas se provado que teve ele prévio conhecimento da propaganda.”<sup>30</sup> .

Assim, a sanção prevista no art. 36, § 3º, da Lei 9.504/97, deve ser aplicada, em caso de concurso de agentes, a cada um dos envolvidos na conduta recusada pela lei, em quantificação que deve ser apurada tendo em vista o grau da sua participação.

<sup>28</sup> *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. pp. 36 a 37.

<sup>29</sup> *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997. pp. 327 a 328.

<sup>30</sup> *Eleições 1998 – Comentários à Lei nº 9.504/97*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. p. 102.

As querelas geradas especialmente durante o processo eleitoral que rodeou as eleições de 1998, as primeiras depois do advento da Lei 9.504/97, findaram por apresentar uma jurisprudência dúbia, ora acatando a responsabilidade objetiva dos candidatos e partidos, ora rechaçando-a. A tranquilização dos pronunciamentos jurisdicionais só veio com a edição da Súmula nº 17, assim gizada:

“Não é admissível a presunção de que o candidato, por ser beneficiário de propaganda eleitoral irregular, tenha prévio conhecimento de sua veiculação. (Arts. 36 e 37 da Lei 9.504, de 30.9.97).”.

Conquanto diga respeito especialmente à responsabilidade subjetiva dos candidatos, em termos de propaganda eleitoral, a súmula acima transcrita é o maior testemunho de que o sistema jurisdicional especializado brasileiro não tolera os focos de responsabilidade objetiva, inclusive em relação aos partidos políticos.

## 7. CONCLUSÕES

I. Como entes de índole jurídica, política e social, os partidos políticos são fenômenos constatados do Século Dezenove para cá. Mesmo no Brasil, os blocos políticos somente foram organizados em partidos por volta de 1834. A história partidária brasileira teve como marca registrada a fragilidade das suas agremiações, com raras exceções.

II. Talvez em razão da controvertibilidade que marca a atuação do homem em todas as searas sociais, o partido político é instituto que dá margem às mais desencontradas opiniões valorativas acerca da sua utilidade e da sua importância.

III. A História dá conta da importância dos partidos políticos como vetores da realização da democracia, em várias partes do planeta, demonstrando que está equivocada a opinião dos que combateram ou combatem a importância dessas instituições.

IV. A Constituição de 1988 ampliou significativamente a participação institucional dos partidos políticos na vida pública nacional, atendendo aos reclamos do pensamento jurídico nacional, que pedia o enquadramento formal dos partidos políticos como pessoa jurídica de direito privado.

V. A Lei 9.096/95 dirimiu dúvidas quanto ao caráter de pessoa jurídica de direito privado ostentado pelos partidos políticos. Nada obstante, em razão da delegação estatal que recebe, inclusive para deter o monopólio de candidaturas, o partido político por vezes atua em larga semelhança com as pessoas jurídicas

de direito público, inclusive figurando no pólo passivo de mandado de segurança, funcionando os seus dirigentes como perfeitas autoridades, para fins de controle pelo *writ*.

VI. Os objetivos e as finalidades dos partidos políticos estão suficientemente traçados no texto constitucional (art. 17, *caput* e parágrafos), não reclamando, nesse ponto, portanto, integração por diploma de inferior hierarquia.

VII. Cabe aos partidos dar ensejo à organização e à participação política do corpo social do País, detendo o monopólio para apresentar candidaturas aos cargos eletivos, vez que estas não podem ser avulsas.

VIII. Têm os partidos políticos a missão de fiscalizar e colaborar para que todos os atos e fases do processo eleitoral sejam legítimos e lícitos.

IX. Os partidos políticos ocuparam diversas fases da história brasileira, desde o desprezo institucional, até a figuração no texto constitucional.

X. De acordo com a CF/88, está consagrada a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, desde que respeitados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana.

XI. A Constituição Federal franqueia o acesso dos partidos políticos ao rádio e à televisão, “na forma da lei”, desde que para divulgar os seus programas e as idéias dos seus componentes, não podendo ser confundido esse acesso com propaganda eleitoral ou pessoal.

XII. A Magna Carta assegura aos partidos políticos autonomia para: a) definir a sua estrutura interna; b) organizar-se e arregimentar quadros; c) estruturar o seu funcionamento, sempre em atenção às normas de fidelidade e de disciplina partidárias, e com os temperamentos impostos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

XIII. A autonomia dos partidos políticos, assegurada pela CF (art. 17), não pode sobrepor-se ao princípio da inafastabilidade, também com sede constitucional (art. 5º, inciso XXXV), segundo o qual nem a lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito.

XIV. A autonomia partidária é relativa, posto que limitada à moralidade das eleições e à igualdade na disputa que envolve os cidadãos postulantes a cargos eletivos.

XV. Determinar às partes e às emissoras de rádio e televisão que cumpram a lei não é fazer censura prévia. Censura prévia haveria, por exemplo, se as peças publicitárias tivessem que passar pelo crivo do juiz eleitoral antes da veiculação pelo rádio ou pela televisão.

XVI. O Estado detém o poder de polícia, por seu judiciário eleitoral, para fazer cessar toda e qualquer propaganda irregular, atentatória, não raro, a todos os princípios que regem a propaganda política.

XVII. A sanção prevista no art. 36, § 3º, da Lei 9.504/97, deve ser aplicada, em caso de concurso de agentes, a cada um dos envolvidos na conduta recusada pela lei, em quantificação que deve ser apurada tendo em vista o grau da sua participação.

XVIII. O teor da Súmula nº 17 do TSE atesta que o sistema jurisdicional especializado brasileiro não aceita a responsabilidade objetiva, mesmo residual, inclusive em relação aos partidos políticos.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALMEIDA, José Antonio de. *Eleições 1998 – Comentários à Lei nº 9.504/97*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. p. 102.
2. CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 7ª edição. Bauru: Edipro, 1988. pp. 156, 157 e 164.
3. COSTA, Célio Silva. *A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Liber Jus, 1992. p 758.
4. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 8ª edição aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1991. 1º volume. p. 119.
5. DUVERGER, Maurice. *Os Partidos Políticos*, tradução de Cristiano Monteiro Oiticica. 2ª edição. Rio de Janeiro: co-edição da Zahar Editores e da Editora da Universidade de Brasília, 1980. p. 20.
6. ETCHEVERRY, Carlos Alberto. *Controle judicial não é censura prévia*, em <http://www.ajuris.org.br>, acessada em 14.6.98.
7. JARDIM, Torquato. *Direito Eleitoral Positivo*. 2ª edição. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. pp. 94, 97 e 98.
8. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. pp. 36 a 37.
9. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997. pp. 327 a 328.
10. MICHELS, Robert. *Os Partidos Políticos*, tradução de Hamilton Trevisan. São Paulo: Editora Senzala, p. 52.
11. PORTO, Odyr; PORTO, Roberto. *Apontamentos à Lei Eleitoral (Lei n. 9.504, de 1997)*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 75.

12. REIS, Palhares Moreira. *Cinco estudos sobre os partidos políticos*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1999. pp. 20 e 21.
13. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 1992. pp. 348, 351 e 352.
14. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Editora RT, 1990. p. 27.
15. WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Introdução e Parte Geral*. 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: RT, 1989. v. I. p. 133.



## **CARÁTER NORMATIVO (VALIDADE) DAS REGRAS PROGRAMÁTICAS: UM ENSAIO INTRODUTÓRIO**

Ubiratan de Couto Mauricio  
Juiz federal em PE e professor da UNICAP

Sumário: Introdução. Título I - Abordagem Propedêutica. Capítulo único - Normas programáticas. 1. Origem remota. 2. Origem próxima. 3. Posição atual à luz da doutrina brasileira. 4. Conceito. Título II - Caráter normativo (Validade) das regras programáticas. Capítulo I - Posição jusfilosófica de Alf Ross. 1. Metodologia. 2. Norma jurídica. 3. Validade, vigência e eficácia. 4. Graus de vigência (validade). 5. Direito vigente sem efetividade. 6. Aplicação das teorias às normas programáticas. Capítulo II - Posição jusfilosófica de Hans Kelsen. 1. Metodologia. 2. Norma jurídica. 3. Direito: ordem coativa. 4. Normas não-autônomas. 5. Validade. 6. Vigência. 7. Eficácia. 8. Validade/eficácia. 9. Indeterminação das normas. 10. Aplicação da posição kelseniana às normas programáticas. Capítulo III - Posição jusfilosófica de H. L. A. Hart. 1. Metodologia. 2. Aspectos interno e externo das regras. 3. Regras primárias e secundárias. 4. Regras de reconhecimento e validade. 5. "Standards". 6. Aplicação da teoria às normas programáticas. Capítulo IV - Posição jusfilosófica de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 1. Metodologia. 2. Norma jurídica. 3. Validade. 4. Técnicas de validação. 5. Efetividade. 6. Imperatividade. 7. Sistema normativo aberto. 8. Aplicação da teoria às normas programáticas. Considerações finais. Bibliografia.

### **INTRODUÇÃO**

O enunciado semântico de cada termo que forma a expressão-título deste trabalho, por si só, já revela noções conceituais bastante tormentosas para a teoria geral do direito. Se assim o é, o que se poderá dizer da abordagem, à luz da doutrina, do que se constitui como caráter normativo (validade) das normas programáticas?

*Enfrentar-se-á o tema, metodologicamente, a partir dos filósofos do direito Hart, Kelsen, Ross e Tércio Ferraz. À luz do pensamento jurídico desses*

*filósofos, como ensaio introdutório, serão realçados os enfoques mais relevantes que o assunto enseja.*

**Título I**  
**ABORDAGEM PROPEDÊUTICA**  
**Capítulo único**

**NORMAS PROGRAMÁTICAS**

**1. Origem remota**

A “vexata questio” da classificação das normas, no plano da teoria geral do direito, vem sendo enfrentada pelos estudiosos com o propósito de elucidar, sobretudo, a imperatividade das mesmas. Foge ao objetivo deste ensaio dissertar sobre todas as teorias que se propuseram explicar como o imperativo das normas se manifesta. Entretanto, não se pode deixar de fazer alguma referência, ainda que breve, ao critério jurídico-metodológico da eficácia jurídica das normas, tomado como ponto de partida pelos juristas para explicitação do fenômeno, vez que partindo da eficácia é que a doutrina firmou o conceito de normas programáticas.

Em considerando, pois, que a eficácia de uma norma é sua possibilidade de produção de efeitos jurídicos – aspecto intimamente relacionado com sua aplicabilidade, portanto – a jurisprudência e a doutrina norte-americanas distinguiram as normas constitucionais em “self-executing provisions” e “not self-executing provisions”, traduzidas para o nosso idioma, respectivamente, como normas auto-aplicáveis ou auto-executáveis, ou aplicáveis por si mesmas ou, ainda, bastantes em si e normas não auto-aplicáveis ou não auto-executáveis, ou não auto-executáveis por si mesmas, ou ainda, não bastantes em si. As primeiras são desde logo aplicáveis, porque dotadas de eficácia jurídica em plenitude, por disciplinarem, de forma direta, as matérias objeto que regulam. A aplicabilidade das segundas, por sua vez, depende de ulteriores leis ordinárias integrativas.

A distinção levada a efeito surgiu da constatação de que as constituições albergam normas, princípios e regras de caráter geral que serão convenientemente desenvolvidas e aplicadas pelo legislador ordinário.

Em que pese a procedência desta posição, também conhecida por clássica, sugere esta teoria, sem dúvida, a existência, nas constituições, de normas ineficazes e destituídas de imperatividade, o que a torna insustentável, tendo em vista

que todas as disposições constitucionais têm força imperativa vinculante para os seus destinatários.

## **2. Origem próxima**

Em função da insustentabilidade da teoria clássica norte-americana, a jurisprudência e a doutrina italianas, após superadas as divergências internas, elaboraram uma classificação das normas constitucionais, a partir, também, da eficácia jurídica. Três espécies de disposições constitucionais foram identificadas: a) normas diretivas ou programáticas, dirigidas essencialmente ao legislador; b) normas preceptivas, obrigatórias, de aplicabilidade imediata; c) normas preceptivas, obrigatórias, mas não de aplicabilidade imediata.

As disposições diretivas ou programáticas não trazem em seu bojo qualquer preceito concreto, porém delas emanam diretivas ao legislador futuro, e não fica excluída, de forma absoluta, a possibilidade de que sejam postas leis dissonantes delas, como também não afetam leis preexistentes. As preceptivas de aplicabilidade imediata compreendem comandos jurídicos de aplicação direta e imediata, tornam inválida qualquer lei contrária e alteram ou ab-rogam as anteriores que dela discordem. As normas preceptivas de aplicabilidade direta, mas não imediata, por terem necessidade de outras disposições integrativas, invalidam novas leis infringentes, porém, enquanto dura sua aplicação, não atingirão a eficácia das leis anteriores.

Em que pese o objetivo desta corrente, de reelaborar a concepção da teoria clássica norte-americana, incorre no mesmo erro desta, vez que, basicamente, calca-se na diferença entre normas constitucionais jurídicas e não jurídicas, pelo que é, também, insustentável. Disposições exclusivamente diretivas inexistem nas cartas constitucionais, vez que toda norma constitucional tem imperatividade, mesmo as permissivas. O mero fato de qualquer disposição ser inscrita na constituição, confere natureza de norma imperativa, não se podendo, sequer, duvidar de sua juridicidade, nem de seu valor normativo. Toda norma constitucional é sempre executável por si mesma, até onde possa, até onde é suscetível de execução. A “questio” ubica-se na determinação desse limite, na constatação fática de quais os possíveis efeitos de cada uma.

É nesta fase que é dado a conhecer uma categoria de normas que recebem o “nomen iuris” de *programáticas*.

## **3. Posição atual à luz da doutrina brasileira**

Entre nós o tratadista da matéria é José Afonso da Silva<sup>1</sup>. Como ponto de partida, deixa bem claro que inexistente norma constitucional destituída de eficácia,

<sup>1</sup> *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968.

o que não o impede de reconhecer que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo legislador constituinte até que não sejam emitidas posteriores normas que lhes integrem. Assim, centra sua divisão visando classificar as normas constitucionais procurando diferenciá-las tão só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos.

Nesta linha de raciocínio é a sua classificação: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida; e c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

Normas de eficácia plena são aquelas que, tão logo vigentes, produzem todos os efeitos essenciais (ou têm possibilidade de produzi-los), em virtude de que todos os objetivos desejados pelo constituinte incidem direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto, pelo que são de aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses-objeto de sua regulamentação jurídica.

Já as normas de eficácia contida são aquelas que também incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos desejados. Mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias, pelo que são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade.

Nas normas de eficácia limitada ou reduzida, a aplicabilidade se apresenta diversamente, de uma vez que não produzem, com a vigência, todos os seus efeitos essenciais, tendo em vista que o constituinte, por qualquer motivo, não estabelece sobre a matéria normatividade para isso suficiente, deixando tal mister ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado, razão pela qual são de aplicabilidade direta, imediata e reduzida, porque só incidem totalmente sobre esses interesses, após normatividade ulterior que lhes desenvolve a eficácia, apesar de terem incidência reduzida e produzirem outros efeitos não essenciais, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas, apenas, a certos valores-meios e condicionantes.

As normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, por sua vez, subdividem-se em a) normas de princípio institutivo e b) normas constitucionais de princípio programático. Por aquelas o legislador constituinte traça esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, como, por exemplo, a que dispõe que “a criação de Estados e Territórios dependerá de lei complementar”. Quanto às normas constitucionais de princípio programático, ou mais abreviadamente, normas programáticas, tratar-se-á a seguir.

#### **4. Conceito**

O embate entre liberalismo capitalista e o intervencionismo socializante travado na ordem social tem influenciado bastante as constituições contemporâneas. Estas têm se constituído “documentos jurídicos de compromisso”<sup>2</sup> para com uma daquelas correntes de pensamento social, no sentido da consagração, nos textos constitucionais, de seus princípios de direitos econômicos e sociais, em forma de normas jurídicas. São estas que constituem as normas constitucionais de princípios programáticos, historicamente conhecidas a partir da Constituição de Weimar de 1919, que se fazem ressoar nas Constituições brasileiras a partir de 1934.

A abordagem metodológica do fenômeno impõe, em primeiro lugar, a delimitação do conceito das normas programáticas. Para ficar só adstrito à doutrina brasileira há necessidade de recordar o entendimento de nossos melhores juristas.

Ruy Barbosa as conceituou como “largas sínteses, sumas de princípios gerais, onde, por via de regra, só se encontra o ‘substractum’ de cada instituição nas suas normas dominantes, a estrutura de cada uma, reduzida, as mais das vezes, a uma característica, a uma indicação, a um traço. Ao legislador cumpre, ordinariamente, revestir-lhes a ossatura delineada, impor-lhes o organismo adequado, e lhes dar capacidade de ação”.<sup>3</sup>

Para Pontes de Miranda, “regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à função legislativa”<sup>4</sup>.

Na respeitável posição, inegavelmente, de melhor tratadista da matéria, José Afonso da Silva concebe como “programáticas, aquelas normas constitucionais, através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.”<sup>5</sup>

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p.129.

<sup>3</sup> BARBOSA, Ruy (apud Silva, José Afonso da, 1968, p. 66)

<sup>4</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970. Tomo 1, p.126-127.

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p.132.

Das posições elencadas ressalta, de pleno, a idéia central de normas que não têm força suficiente para se aplicarem integralmente, sendo acolhidas em princípio, como ditame, como diretiva, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de seus órgãos. Vale dizer, princípio de hierarquia constitucional, que informe toda a atividade dos fins estatais a serem atingidos, princípio de ordem constitucional, portanto.

Exemplos de normas programáticas, entre outras, são as disposições constitucionais que asseguram aos trabalhadores direitos que visem à melhoria de sua condição social, as que conferem à família direito à proteção pelos poderes públicos, as que asseguram o dever do Estado de amparar a cultura.

Pode-se dizer, como deflui dos exemplos trazidos à colação, que o objeto das normas programáticas é a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: justiça social, proteção aos trabalhadores, amparo à família, estímulo à cultura etc. Portanto, interesses sociais dos membros da ordem jurídica é que são objeto das normas programáticas.

Importante frisar que, mesmo como portadora de eficácia limitada ou reduzida, produzem, inegavelmente, efeitos jurídicos. E a primeira idéia de produção de efeitos jurídicos está relacionada com o aspecto de sua vinculação aos destinatários, afastada desde já, repetindo, a pretensão de considerá-la como mero princípio. Que se trata de princípio é inquestionável, mas não é só um princípio. É um princípio que tomou a forma e os atributos de uma norma jurídica válida, eis que inserida na constituição. Elas são normas jurídicas, porque emanadas por órgãos competentes legítimos. Regulam comportamentos públicos destinados a incidir sobre matérias que lhes são objeto, sendo, por isso, vinculantes. Vinculantes porque limitam a atividade dos órgãos legislativos, executivos e jurisdicionais do Estado, no sentido de que cerceiam as autoridades, “que, no assunto programado, não podem ter outro programa”<sup>6</sup>, razão por que os órgãos públicos, ao cuidarem da matéria, enunciada programaticamente, só podem tratá-la dentro da esfera, da área, da pauta, do esquema, da moldura, da diretriz, do ditame fixado constitucionalmente.

Assim é, em linhas gerais, o regime jurídico das normas programáticas, tal como admite o direito positivo. Mas não é este o problema a ser aqui enfrentado. As considerações aqui apressadamente, grosso modo, delineadas, são apenas o substrato mínimo indispensável para enfrentar o antecedente da “questio” central do presente trabalho.

<sup>6</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de *op. cit.*, p.127.

**Título II**  
**CARÁTER NORMATIVO (VALIDADE) DAS REGRAS**  
**PROGRAMÁTICAS**

**Capítulo I**

**POSIÇÃO JUSFILOSÓFICA DE ALF ROSS**

**1. Metodologia**

O ponto central do pensamento de Ross é a fixação do conceito de direito vigente e suas conseqüências. Para isso, não comunga com a maioria dos filósofos do direito que sustentam que a noção de direito vigente só pode ser explicada a partir da metafísica. De uma perspectiva metafísica, o direito não é apenas um fenômeno empírico, não é algo que possa ser observado só no plano fático, do ser, vez que sua noção de validade é puro conceito de razão, que exige uma explicação metafísica. Este postulado não é considerado por Ross, que se serve, ao fundamentar sua posição, de elementos extraídos da ordem do ser, do plano fático, de experiência. Este dado é a efetividade, no sentido de que o estabelecimento do conceito de validade do direito depende de uma correspondência com a realidade empírica dos comportamentos humanos regulados.

**2. Norma jurídica**

Antes de enfrentar o âmago do pensamento do autor, é necessário precisar a noção de norma jurídica tal como é por ele vislumbrada, vez que, como conceito instrumental, dela aqui se utilizará na abordagem do aspecto da validade do direito.

Na visão de Ross norma jurídica não se confunde com proposição doutrinária. São categorias diferentes. A primeira é uma diretiva (alógica); a segunda é uma asserção (lógica) que explicita que certa diretiva é direito válido. Norma jurídica, pois, é uma diretiva. Ou, noutras palavras, uma diretiva é que constitui o conteúdo da norma jurídica. Se a norma é uma diretiva, há de ser diretriz para alguém, para algum destinatário. Este destinatário é o juiz ou tribunal, entendido “el termo ‘juez’ em sentido amplo, capaz de denotar entes jurídicos administrativos”<sup>7</sup>. A sentença judicial, por sua vez, constitui, em potencial, o exercício da força física contra quem não acatá-la. Segue-se, portanto, que as normas jurídicas são diretivas que concernem, em última análise, à determinação de con-

<sup>7</sup> ROSS, Alf (apud Ramón Capella, Juan, 1968, p. 115)

dições sob as quais se deve exercer a força através do aparato do Estado, ou mais sucintamente, normas jurídicas são diretivas que regulam o exercício da força pelos tribunais.

Divide Ross as normas jurídicas, segundo o seu conteúdo imediato, em normas de conduta e normas de competência. As normas de conduta prescrevem uma certa linha de ação e as normas de competência dispõem que as regras estabelecidas segundo um dado procedimento serão consideradas normas de conduta. Uma norma de competência é, pois, uma norma de conduta indiretamente expressada. Quer de conduta, quer de competência, a norma é sempre uma diretiva ao juiz ou tribunal, mesmo que assim não seja lingüisticamente formulada. A diretiva a um particular só se apresenta desde que ela seja entendida como norma jurídica derivada ou norma jurídica em sentido figurado.

### **3. Validade, vigência e eficácia**

Por eficácia a doutrina tem se referido como a possibilidade de produção dos efeitos jurídicos da norma. A norma, como visto, é uma diretiva para o juiz. Em assim sendo, para ser eficaz há de ser efetivamente aplicada pelo juiz. Em que pese não se ter, aqui, examinado a fundo a noção de eficácia, impõe-se analisar, a esta altura, o conceito de vigência do direito, como Ross o admite: “derecho vigente significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efetivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas (experienced and felt) como socialmente obligatorias”<sup>8</sup>.

À exata compreensão de “direito vigente”, necessário se faz, antes, uma elucidação, à luz de Ross, da expressão “fenômenos del derecho en acción” utilizada pelo conceituante em outra passagem<sup>9</sup>: quer dizer os fatos condicionantes de aplicação do direito, como fenômenos jurídicos em sentido amplo, ou direito em ação, que só terão a significação específica de atos jurídicos, se à luz de uma interpretação ideológica feita pelos juízes, transformarem-se em fatos jurídicos em sentido restrito, vale dizer, em direito aplicado pelos tribunais. Daí a razão de, para Ross, o direito como um todo ser considerado como algo que consiste em fenômeno jurídico e em normas jurídicas. As normas jurídicas, como diretivas, fornecem aos juízes os fatos condicionantes da aplicação, isto é, as condições,

<sup>8</sup> ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Traducción de Genaro R. Carrió. 4. ed. Buenos Aires : Eudeba, 1977. p.18.

<sup>9</sup> ROSS, Alf. *op. cit.*, p. 35.



para transmutação dos fenômenos jurídicos em sentido amplo (direito de ação) em fenômenos jurídicos em sentido restringido (direito aplicado). Enquanto fenômeno jurídico em sentido amplo, eles existem na realidade social. Aplicados pelo destinatário da diretiva normativa, adquirirão o “status” de atos jurídicos ou fenômenos jurídicos em sentido específico (direito aplicado).

Em vista de o autor repelir o posicionamento metafísico para explicação do direito e pautar sua posição fundamentando-se em dados da realidade dos fatos, da experiência fático-social – ordem do ser, portanto – a noção de validade é encontrada por uma redução do *válido* ao *vigente*, se bem que Ross expressamente assim não se refira. Mas é o que se depreende, por compreensão sistemática. E assim o é, porque validade é um conceito da razão não podendo ser empiricamente explicado. Essa redução do *válido* ao *vigente* é coerente com todo seu posicionamento. Nestes termos uma norma é válida se ela é direito vigente.

Restringida a validade à vigência da norma, cumpre aludir a eficácia. Posto este esclarecimento, pode-se retornar ao conceito de direito vigente, considerando doravante que normas jurídicas são diretivas de idéias normativas, existentes “in abstracto”, com a finalidade de servirem, aos juízes e tribunais, de esquemas de interpretação dos fenômenos jurídicos em sentido amplo (direito em ação). Assim, para Ross, a norma jurídica só se constituirá em direito vigente na medida em que for, pelo seu destinatário, juiz ou tribunal, efetivamente obedecida e vivida como socialmente obrigatória.

Ora, se eficácia, pela doutrina tradicional, é a possibilidade de produção dos efeitos jurídicos da norma e se a norma para ser eficaz há de ser aplicada e, ainda, se direito vigente é a norma efetivamente aplicada pelos juízes ou tribunais, infere-se, logicamente, que a eficácia (ou efetividade) é condição necessária, porém não suficiente, para configuração do direito vigente. Só é direito vigente o que for efetivamente aplicado pelos tribunais. A efetividade é condição não suficiente, porque outra exigência é feita por Ross para se constituir em direito vigente: a crença de que a norma é socialmente obrigatória. Crença dos destinatários da diretiva normativa, ressalte-se. O conceito de direito vigente reúne, pois, dois elementos: um observável externamente, a efetividade da norma; outro, interno, a consciência de aplicação da norma como socialmente obrigatória.

A vida espiritual do juiz, o efeito psicológico da ideologia das normas no tribunal, passam a ser ponto vital na determinação de saber se uma norma é vigente, o que evitará a possibilidade de que a observação externa da conduta

judicial (aplicação pura e simples, tão somente) ,determine, por si só, o direito vigente. O *teste* da vigência, como alude Ross<sup>10</sup>, é a capacidade de predizer decisões judiciais.

#### **4. Graus de vigência (validade)**

A vigência, para Ross, admite uma graduação, que variará com o grau de probabilidade da predição de que a norma será aplicada.

Tem-se alta probabilidade e a norma corresponde a um alto grau de vigência, quando a predição se calca em precedentes normativos indiscutíveis, ou em unânime interpretação de disposição legal. Em extremo, ocorre pequena probabilidade e a norma corresponde a um grau menor de vigência se a predição apóia-se em um só e duvidoso precedente, em argumento de boa razão ou mero princípio.

#### **5. Direito vigente sem efetividade**

Ross admite, taxativamente, que uma norma jurídica se caracterize como direito vigente, mesmo que não tenha sido, ainda, efetivamente aplicada pelos destinatários da diretriz normativa. Isso ocorre, excepcionalmente, quando se trata de norma promulgada recentemente, em havendo razões para predizer da efetividade futura. Só que Ross não fornece nenhum subsídio que aclare que *razões* são essas.

#### **6. Aplicação da teoria às normas programáticas**

As normas programáticas, considerando-as a partir do conceito esboçado, podem ter o seu caráter normativo explicado pela teoria de Alf Ross nos seguintes aspectos:

1 - Como norma jurídica que fixa uma diretiva para o juiz ou tribunal, no sentido de servir de esquema de interpretação dos fenômenos jurídicos em sentido amplo. Isso se aplica às normas programáticas, na medida em que elas também têm como destinatários os juízes ou tribunais e que estes não podem interpretar os casos que lhes forem submetidos de forma diferente da programada, isto é, têm que ficar adstritos ao princípio programático consagrado no esquema.

2 - Como norma jurídica, segundo o conteúdo, como norma de conduta. Adequa-se, nesse tópico, às normas programáticas, que traçam uma linha de ação para os órgãos do Estado.

<sup>10</sup> ROSS, Alf, *op. cit.*, p. 34.

3 - Como direito vigente. Assim podem ser consideradas as normas programáticas, enquanto sejam efetivamente aplicadas pelos destinatários normativos, com a crença (obedecida e vivida) de serem socialmente obrigatórias.

4 - Como portadores de vigência de graus diferentes, enquanto a predição de que as normas programáticas são direito vigente se fundamente em precedentes unânimes ou duvidosos.

5 - Como norma programática vigente, mesmo que efetivamente ainda não aplicada, quando ela tenha sido recentemente promulgada, em se tendo razões para se predizer da sua aplicação futura.

## **Capítulo II**

### **POSIÇÃO JUSFILOSÓFICA DE HANS KELSEN**

#### **1. Metodologia**

*Kelsen, filósofo vienense, elaborou uma teoria pura do direito, no sentido de um conhecimento apenas dirigido ao direito, excluindo tudo o que no seu entender, essencialmente, é estranho e não pertine de forma direta ao objeto da ciência jurídica. Quer isso dizer que sequer considerou os alegados possíveis fatores tematizados pela psicologia, pela sociologia, pela ética e pela teoria política, que pelas suas relações diretas ou indiretas - segundo outras correntes do pensamento jurídico, repercutem no direito. Preferiu Kelsen, “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos”<sup>11</sup> como princípio fundamental.*

#### **2. Norma jurídica**

Como ato de vontade de autoridade jurídica, a norma é um “dever-ser” no sentido de que ordena (proibindo/obligando), permite (facultando) uma determinada conduta humana ou confere poderes (competência). Constitui-se, a norma, para Kelsen, um ato de vontade em sentido subjetivo.

O sentido subjetivo de todo ato de vontade é um dever-ser, que já estando objetivamente fundado por uma norma válida anterior confere-lhe sentido objetivo. Configurados o dever-ser nos dois sentidos tem-se a norma.

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: A. Amado, 1976. p.17.

Normas jurídicas e proposições jurídicas não se confundem. Estas são apenas enunciados descritivos daquelas. Normas jurídicas não são asserções, são – conforme os seus comandos – prescrições ( comando, imperativos, atribuições de poder ou competência) produzido por ato de vontade dos órgãos jurídicos.

### **3. Direito: ordem coativa**

Ordenação da conduta humana, o Direito é um dos sistemas sociais normativos que disciplinam a ação dos indivíduos reagindo contra as situações socialmente indesejáveis, através do ato de coação, isto é, como um mal. Mas que é aplicado contra a vontade de seu destinatário. Neste sentido distingue-se das demais ordens coativas, vez que só o Direito é quem pode impor, valendo-se da força física por ele instituída, sanção à conduta oposta à prescrição, mesmo que o destinatário tente oferecer-lhe resistência.

### **4. Normas não-autônomas**

Para Kelsen, como o direito é uma ordem coercitiva, infere-se, à primeira vista, que todas as normas jurídicas têm que estabelecer o ato coercitivo que funciona como sanção, em caso de ocorrência da conduta contrária à prescrita. Mas, na verdade não é bem assim, pois existem normas no sistema que não prevêem sanção. Quando isto ocorre é porque a sanção está fixada por outra norma. Àquela diz-se autônoma, esta não-autônoma. Ambas estão essencialmente ligadas entre si.

Assim, em que pese o direito ser uma ordem coercitiva, se bem que nem todas as suas normas estatuem atos de coerção, pode uma ordem jurídica ser caracterizada como ordem coativa, na medida em que todas as suas normas jurídicas que não fixem, elas próprias, um ato coercitivo, são normas não-autônomas, vez que tão somente têm validade em ligação com uma norma autônoma instituidora de um ato de coerção.

### **5. Validade**

Por que uma norma vale? O que é que constitui o seu fundamento de validade? De plano, a idéia de norma válida significa que ela é vinculativa, que o indivíduo deve pautar sua conduta tal como prescrito pela norma. Pode-se dizer, numa tentativa de síntese do pensamento positivista de Kelsen, que uma norma vale, é tida como válida, porque posta como ato de vontade de autoridade jurídica competente, o seu enunciado em sentido objetivo (comando positivo ou proibitivo, permissão ou atribuição de poder ou competência), que vincula todos

os destinatários, encontra-se subjetivamente motivado e embasado por outra norma anterior, de enunciado igualmente objetivo, que lhe conferiu poder para, obedecendo certas condições (procedimento, conteúdo) estabelecidas neste ato normativo anterior, regular, também objetivamente, a conduta humana, além dos requisitos de a norma existir no plano do dever-ser, isto é, estar vigente, em vigência e em seu bojo trazer alguma possibilidade, mesmo ínfima de a conduta prescrita ser, real e efetivamente, observada na ordem do ser, isto é, seguida e obedecida no plano dos fatos, vale dizer, ser eficaz, ter um mínimo de eficácia.

Posta a noção de norma válida, impõe-se considerar a validade do sistema como um todo. A ordem jurídica é um sistema de normas cuja unidade da pluralidade de normas é constituída pelo fato de todas as normas terem o mesmo fundamento de validade. A validade de uma norma decorre de outra norma que lhe é hierarquicamente superior, que por sua vez já é válida em função do fundamento de validade extraído por outra norma superior, e assim sucessivamente até ser reconduzida a uma norma que fundamenta todo o sistema normativo. As normas que podem extrair seu fundamento de validade de uma mesma norma hierarquicamente superior pertencem a um sistema jurídico. Esta norma que fundamenta a validade de um sistema jurídico chama-se norma fundamental. Da norma fundamental decorre a validade de todo o ordenamento jurídico. Daí por que diz Kelsen que a norma fundamental é o fundamento último de validade do sistema e constitui a unidade da pluralidade das normas de um sistema.

Como toda norma válida é positivada por processo previsto pelo sistema e por autoridade competente também definido por normas, a cadeia de indagação da validade há de encontrar limite na norma fundamental que se pressupõe como última e mais elevada. Resulta, pois, a norma fundamental, de pressuposição lógico-transcendental, pensada pela razão humana para justificar a unidade e a validade dos sistemas jurídicos positivos. Como norma pensada, anterior à primeira constituição histórica, não é norma positivada, posta, mas pressuposta. Como norma pressuposta é ponto lógico de partida do processo de criação do direito positivo. Daí ser denominada de constituição no sentido lógico-jurídico, vez que não é conceito jurídico-positivo. A norma fundamental resulta de pressuposição do pensamento jurídico, no sentido de, numa construção teórica, assegurar, logicamente, o ordenamento jurídico a fundamentar sua validade em si mesmo, sem ter que recorrer a explicações fora do universo jurídico.

## **6. Vigência**

A vigência de uma norma situa-se na ordem do dever-ser. Dizer que uma norma é vigente, está em vigor, fazendo uma transposição, só com finalidade

didática, para a ordem do ser, equivale a referir-se que a norma existe. A partir desse dado, na linha do pensamento kelseniano, vigência é a existência específica da regra do plano do dever-ser. Com efeito, a *existência* de uma norma positiva é a sua vigência.

### **7. Eficácia**

É na ordem do ser, da realidade empírica, que ocorre a eficácia normativa. Eficácia é a situação fática de ser a norma efetivamente aplicada e observada, vale dizer, não é apenas o fato de ser a norma aplicada pelos tribunais, no sentido de aplicação de atos coercitivos tidos como sanção, mas também o cumprimento, a obediência da norma pelos membros do ordenamento. Pode perfeitamente se verificar a efetividade normativa impulsionada, não em função da norma jurídica, mas tendo em vista motivos de cunho moral, religioso etc. Tal ocorre quando a prescrição jurídica tem o mesmo sentido das normas morais, religiosas etc.

### **8. Validade/eficácia**

A relação entre validade e efetividade é, como alude Kelsen, “apenas um caso especial da relação entre o dever-ser da norma e o ser da realidade natural”<sup>12</sup>. Para a Teoria Pura uma norma para ser válida há de ter um mínimo de eficácia, só que quanto a este *mínimo* de efetividade não são tecidas maiores referências no sentido de fornecer critérios de precisá-lo. De qualquer forma, eficácia é uma condição de validade. Eficácia e validade não são a mesma realidade. A condição não se identifica com o condicionado.

### **9. Indeterminação das normas**

Kelsen considera que a norma é um esquema de interpretação da conduta humana. Ante a aplicação das normas deverá o aplicador precisar o sentido delas. Essa atividade do órgão aplicador chama-se de interpretação, que é exercida tendo em vista as normas não regularem a ação humana em todas as suas direções, em todos os seus multiformes aspectos de manifestação. Isso porque os esquemas interpretativos dos atos jurídicos do homem nunca são determinados de forma completa. Essa limitação é própria de toda relação que envolve comportamentos humanos.

Em função de tal condicionamento, sempre fica uma margem, maior ou menor, de possibilidade de indeterminação de conduta. Sugere Kelsen que as

<sup>12</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra : A. Amado, 1976. p.292

regras sejam tomadas como quadro ou moldura, no sentido de que, ao se aplicar o direito, as decisões fiquem adstritas à moldura ou quadro. Agirão os intérpretes procurando preencher o esquema, o quadro, a moldura.

Como o problema é de interpretação, a solução se complica mais ainda, tendo em vista a inexistência, sob o ponto de vista da teoria pura, de princípios de direito positivo que impliquem, necessariamente, em uma decisão mais *correta, certa, precisa*. Quanto a esse aspecto Kelsen é taxativo em afirmar que proferida uma norma individual, não significa que ela é a única possível depreendida da norma geral, mas que se trata, apenas, de uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura em quadro da regra geral.

Essa regra geral pode trazer uma indeterminação da conduta regulada intencional ou não intencional. No primeiro caso porque assim o quis o legislador, no segundo o fenômeno com a utilização, na formulação da norma, de vocábulos de sentido não muito claros; com a presunção de discrepância entre a vontade do legislador e a expressão da norma; com a ausência de correspondência entre o acordado pelas partes e o que como tal consta no instrumento do negócio jurídico etc. Esse elenco de possibilidades, por si só, já evidencia a idéia de indeterminação a que alude Kelsen. Daí o seu ensinamento: "O Direito a aplicar forma uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível"<sup>13</sup>.

#### **10. Aplicação da posição kelseniana às normas programáticas**

Quanto à possibilidade de explicação do caráter normativo (validade) das normas programáticas à luz da concepção da teoria pura, cabem as seguintes considerações:

1. Em conclusão apressada talvez fosse possível se admitir que para Kelsen as normas programáticas podem ser consideradas como normas não-autônomas. Entretanto, refletindo-se mais sobre tal adequabilidade, não parece que assim o seja.

Como para o pensamento kelseneano o direito é uma ordem coercitiva, ante a existência comprovada, no sistema, de normas que não estabelecem, elas próprias, sanções à conduta contrária à prescrita, por coerência teórica, diz-se que estas são normas não-autônomas porque estão em essencial ligação com a norma autônoma que fixa o ato coercitivo que funciona como sanção. E esse

---

<sup>13</sup> KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 467.

aspecto de ligação da norma não-autônoma com a autônoma é, realmente, comum às cinco hipóteses catalogadas por Kelsen<sup>14</sup> como casos típicos de normas não-autônomas. Em linhas gerais, assim, têm-se a abordagem da teoria no que se refere às normas não-autônomas.

Ora, se a tônica das normas não-autônomas é que a sanção para a conduta contrária prescrita situa-se em outra norma, isto é, na autônoma, no que tange às normas programáticas que não fixam sanção, em que norma autônoma estaria a sanção? Existirá sanção, por exemplo, para o legislador que faça emanar lei ordinária que discipline matéria de forma diametralmente oposta à consagrada nas normas constitucionais programáticas? Não se localizou, na pesquisa empreendida, sanção para tal conduta oposta à prescrita. Tal lei ordinária poderá, quando muito, ter sua constitucionalidade questionada, ou na terminologia kelseniana, é anulável, válida provisoriamente até que, consoante procedimento estabelecido pelo ordenamento jurídico, a mesma seja retirada do sistema. Consoante o conceito da teoria pura de que a sanção é aquela que é recebida como um mal, ante a eventual revogação da dita lei ordinária argüida de inconstitucionalidade, poder-se-á admitir que a revogabilidade dela representa um mal a quem o recebe – sanção, portanto?

Em se admitindo a revogação efetiva como a sanção, poder-se-á considerar as normas programáticas como normas não-autônomas, tendo em vista que a sanção, como aqui se está sugerindo, repousaria na norma que garante a revogabilidade de lei eivada de inconstitucionalidade? Não, pois implicaria em equiparação, contra a natureza, de institutos jurídicos diferentes. Sanção e revogação não se assemelham.

As normas programáticas por não fixarem sanção escapam da concepção kelseniana do direito como uma ordem normativa.

2. Em função do conceito de normas programáticas e da posição kelseniana, pode-se dizer que a validade de tais normas resulta da circunstância jurídica de que foram postas por autoridade competente, obedecendo ao procedimento estabelecido pelo ordenamento – fundamento extraído de hierarquia superior, portanto – bem como porque têm existência específica na ordem do dever-ser, isto é, estão vigentes e, também, são portadoras de um mínimo de eficácia. Considerados presentes estes elementos, à luz do positivismo de Kelsen, está explicada “*ipso facto*” a validade das normas programáticas.

<sup>14</sup> KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 89-92.



3. Poderá ocorrer que o conteúdo das normas programáticas venha tornar-se efetivo na realidade fática, não propriamente em razão dos fins prescritos pelas normas programáticas, mas em função de que os destinatários normativos, por motivos sociais, éticos, religiosos, consuetudinários etc. já venham pautando seus atos no mesmo sentido dos programados.

4. As normas programáticas, de forma muito particular, em função da margem de indeterminação intencional da conduta regulada pelo legislador constitucional, constituir-se-ão em quadro ou moldura, vez que os destinatários normativos assim passarão a nortear ou conduzir as atividades do Estado.

### **Capítulo III** **POSIÇÃO JUSFILOSÓFICA DE H.L.A. HART**

#### **1. Metodologia**

O filósofo inglês H. L. Hart, em sua obra *‘O conceito de direito’*, propõe-se, apenas, a aclarar a estrutura geral do pensamento jurídico, afastando, de plano, qualquer idéia de crítica ou de política do direito. Por isso, sua posição é meramente analítica.

O cerne de seu pensamento é estruturado a partir da divisão que estabelece entre ponto de vista interno e ponto de vista externo, como necessário e indispensável à compreensão da estrutura, não só do direito, mas, também, de qualquer forma de controle social.

#### **2. Aspectos interno e externo das regras**

Em todas as regras de condutas cumpre distinguir dois planos: o ponto de vista interno e o externo. Os enunciados que são feitos sobre o direito como sistema de regras de conduta tanto se referem ao aspecto interno como ao ponto de vista externo.

Do ponto de vista interno são as asserções levadas a efeito pelas pessoas, no sentido de que estão submissas às regras, como membros do grupo social que as aceitam e as utilizam como pauta de conduta, enquanto que o do ponto de vista externo são as afirmações de algum observador que não faz parte do corpo social disciplinado pelas regras. Não há, aqui, aceitação, mas apenas, descrição de como o aspecto interno das regras é vivido pelos membros da sociedade. Já no ponto de vista interno a afirmativa não se limita a registrar e discorrer a conduta que se conformiza às regras, mas as usa como critério ou pauta para

valorar a conduta de quem assim se refere às regras e dos demais membros do corpo social. Esta distinção preside toda a posição jusfilosófica de Hart.

### **3. Regras primárias e secundárias**

O sistema jurídico é explicado por Hart como uma união de regras básicas primárias de obrigação e regras secundárias. As regras primárias são as que prescrevem a conduta, por ação ou omissão que deverão ter as pessoas cujas regras, do ponto de vista interno, se destinam – impõem deveres, portanto. As secundárias dependem, em certo sentido, das primárias, daí por que são secundárias em relação a estas. Estabelecem as regras secundárias como aplicar, introduzir, modificar ou extinguir regras primárias e seus efeitos, bem como o “modus” de controle destas, além de, paralelamente, a tais comandos, instituírem a sanção. Este tipo de regra confere, como se depreende, competências e poderes públicos e privados.

Como subdivisão das secundárias, admite Hart regras de câmbio, regras de adjudicação e regras de reconhecimento. Pelas regras de câmbio é facultado aos indivíduos ou corpo de indivíduos assegurar o dinamismo do sistema jurídico: introdução, modificação, derrogação das regras primárias por via legislativa, especificam as pessoas ou órgãos competentes para prática de atos jurídicos, ditam o procedimento da atividade legislativa. Por sua vez, as regras de adjudicação asseguram que em caso de transgressão das primárias, são aplicadas, adjudicadas as sanções do sistema. Essa é a idéia central das regras de adjudicação que, também, indicam as pessoas competentes para o julgamento da transgressão, bem como o procedimento judicial, além de, a exemplo das demais regras secundárias, fixarem certos conceitos jurídicos, tais como, juízes, tribunal, jurisdição, sentença etc. As regras de reconhecimento, por estarem intimamente relacionadas com o conceito hartiano de validade, serão tratadas em separado.

### **4. Regras de reconhecimento e validade**

As regras de reconhecimento são aquelas que fixam os pressupostos ou requisitos para existência válida das regras primárias. É esta a finalidade das regras de reconhecimento, conforme expõe Hart, para quem o conceito de validade de uma regra é extraído a partir das regras de reconhecimento. Poder-se-á dizer que sua correta denominação é regra secundária de reconhecimento de validade da regra primária, como também é correta, abreviadamente, chamá-la, apenas, regra de reconhecimento.

A utilização de regras de reconhecimento para identificação das normas válidas do sistema, na linha do pensamento hartiano, é própria de quem alude às regras sob o ponto de vista interno, de uma vez que quem as usa expressa sua própria aceitação como pauta de conduta. Tanto é assim que ao valer-se das regras de reconhecimento o faz através de linguagem diferente das expressões daqueles que a elas se referem no aspecto externo. Estes dizem “na França reconhecem como direito que...”, aqueles afirmam “o direito dispõe que...”. Assim, a regra de reconhecimento é, pois, usada por pessoas que no aspecto interno das regras, referem-se às regras para enunciar as normas que constituem o ordenamento jurídico do ponto de vista interno. Essas pessoas são os juízes, desembargadores, demais funcionários estatais, particulares e seus assessores, ante a eventual necessidade de precisarem a validade de uma regra, que, ao assim procederem, caracterizam um processo reconhecedor típico do ponto de vista interno, pois implicará na aceitação das regras de reconhecimento como fundamento de validade das normas. Daí por que a conclusão de que a regra é válida expressar-se-á através de enunciados internos e será usada por quem a aplica a reconhecê-la como válida.

Na grande maioria dos sistemas jurídicos a regra de reconhecimento não figura expressamente, sua existência – como questão de fato, admite Hart – evidencia-se no “modus” como as regras, em cada caso concreto, são declaradas válidas pelos órgãos jurisdicionais, demais órgãos estatais e particulares.

Nos sistemas jurídicos em que a regra de reconhecimento não é formulada expressamente, saber quais são as regras de reconhecimento de validade importa investigar a maneira como, na prática, as normas são identificadas pelos tribunais, no que pertine, exclusivamente, aos critérios que, a contento, foram levados em consideração para tanto. Os utilizados pelos órgãos jurisdicionais gozam, quanto ao mérito, do “status” especial de *autoridade*, em relação aos demais.

Em função dos critérios consagrados, expressamente ou não, para identificação das normas válidas de um sistema jurídico, podem existir várias regras de reconhecimento. Esses critérios, dependendo da complexidade do sistema jurídico, exemplificadamente, podem se referir a: a) uma constituição escrita; b) sanção legislativa; c) vigência consuetudinária; d) relação com decisões judiciais já transitadas em julgado (precedentes judiciais); e) declaração de determinadas pessoas competentes; f) eficácia; g) emanção por certos órgãos, etc.

Com vistas a evitar conflitos, as regras de reconhecimento são hierarquizadas em uma ordem de subordinação e relativa primazia, ensejando uma que fixará o

critério supremo, vez que é o hierarquicamente superior e que os outros lhe estão subordinados. Por fixar os critérios de validade de regras, Hart chama as regras de reconhecimento de regras *últimas* do sistema.

Como última regra do sistema, face sua existência fática, a regra de reconhecimento *se dá por admitida* porque é efetivamente aceita e aplicada pelos juízes e tribunais para o funcionamento geral do sistema. Daí sua existência ser uma questão de fato.

Como a validade das normas decorre da regra de reconhecimento “decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla de sistema”<sup>15</sup>.

### **5. “Standards”**

Na concepção hartiana, as regras são pautas de conduta para os indivíduos que, do ponto de vista interno, passarão a submeter-se a elas; ação humana tal como foi disciplinada na pauta será obedecida pelos membros do corpo social.

Por vezes, entretanto, as mutações da ação humana são tão grandes que se torna, de fato, impossível prever juridicamente, por antecipação, todas as esferas de dinamismo da conduta humana. Precisar, com segurança, é impossível para as regras. Para suprir isso, a regra passa a exigir que a conduta seja pautada dentro de certos “standards” por ela fixados, em que os membros do grupo social passarão a nortear seus comportamentos a partir dos “standards” estabelecidos.

Neste caso, as regras delegam que um órgão emane outras regras mais específicas, especiais, possibilitam que os indivíduos, com maior margem de segurança, não se afastem dos “standards”.

### **6. Aplicação da teoria às normas programáticas**

Em função do conceito de validade das normas como o concebe Hart, as normas programáticas têm seu caráter normativo, à luz da posição desse filósofo, explicado pelos seguintes fundamentos:

1 - As normas programáticas estabelecem fins que informarão toda a atividade do Estado. Estes fins, nas funções estatais, são perseguidos nos atos normativos, no sentido de que estes não podem dispor de forma diferente do programado como meta a ser atingida. Considerando esse o conceito de normas

---

<sup>15</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. 2 ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1977, p. 129.

programáticas, temos que elas estabelecem critérios que não podem ser contrariados, sob pena de eivadas de invalidade. Em assim sendo, tem-se que elas funcionam com regras secundárias de reconhecimento de validade das normas primárias, isto porque estas para serem válidas devem satisfazer o requisito fixado naquelas. Regra primária que imponha obrigação dissonante de algum critério de reconhecimento de validade determinado por regra secundária, se configurará como norma inválida, não sendo, pois, regra de sistema no aspecto interno. O fato de a norma programática ser expressa no sistema não significa, por isso, que ela não funcione como regra de reconhecimento, pois Hart apenas informa que na maioria dos sistemas jurídicos a regra não é expressa, o que se depreende, logicamente, que em algum sistema é expressamente prevista. Relevante é – quer expressa, quer não – que a norma programática tenha a sua aceitação, pelos tribunais, efetivamente caracterizada. Em sendo aceita e aplicada como regra de reconhecimento de validade é o que importa. Por isso, não obsta, em termos de Hart, que a norma programática, de fato, seja tida pelos órgãos jurisdicionais como regra de reconhecimento.

2 - Na medida em que as normas programáticas fixam princípios ou programas a serem ulteriormente desenvolvidos, caracterizam-se como "standards", dentro dos quais o dinamismo das várias áreas imprevisíveis da ação humana deverão, no aspecto interno, se pautar.

## **Capítulo IV**

### **POSIÇÃO JUSFILOSÓFICA DE TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR**

#### **1. Metodologia**

Propõe-se Tércio Ferraz a abordar o direito enquanto este necessita, na sua existência, da linguagem. A investigação não é de lingüística, mas do ponto de vista da teoria geral do direito, porém ao nível lingüístico, considerando, pois, a norma jurídica a partir de uma situação comunicativa normativa, como um discurso, qual seja, um discurso normativo.

Como o enfoque é a partir da comunicação, há uma delimitação da abordagem a, apenas, uma das espécies de análise que a semiologia jurídica sugere: a pragmática da comunicação jurídico-normativa, ou, mais simplesmente, pragmática jurídica, tendo como objeto central da análise o discurso jurídico pelos seus usuários.

Para tal empresa, o princípio da integração preside toda a abordagem e, instrumentalmente, utiliza-se Tércio Ferraz de todas as propriedades pragmáticas fundamentais do discurso, tais como, elementos do discurso ( orador ou emissor, endereçado ou receptor e mensagem ou objeto, este como “questio certa” ou “questio dubia”), formas de expressão do discurso (digital ou analógica), níveis do discurso (relato e cometimento), tipos de discurso (discurso-com e discurso-contra), estrutura do discurso (dialógica e monológica), relações conseqüentes do discurso (simetria ou homologia e heterologia ou meta-complementaridade), estratégia do discurso (convicção e persuasão), além da adoção do modelo operacional discursivo da pergunta e da resposta, como também da opção pelo discurso fundamentante ou racional informado pela regra geral do dever de prova que impõe ao orador provar o que afirma e que o endereçado exige do emissor cumprimento dessa obrigação. Isso não significa que os agentes ocupem na situação comunicativa papéis fixos e predeterminados. Ao contrário, são substituíveis, dependendo da posição de cada um no curso da situação comunicativa interacional, de tal forma que o “onus probandi” pode ser obrigação tanto de um como de outro usuário, como, por exemplo, o discurso processual.

Em que pese a explicação do discurso normativo, à luz da pragmática, valer-se do instrumental terminológico dos demais tipos de discursos, a situação comunicativa normativa reúne características ambíguas peculiares, em função da introdução de um terceiro agente, o comunicador normativo, com a finalidade de, tendo em vista a interrupção conflitiva da comunicação, não resolver os conflitos surgidos na interação, mas de institucionalizá-los; os conflitos não serão eliminados, serão apenas encerrados, é posto um fim neles. É para isso que surge o comunicador normativo, que na situação comunicativa goza de uma posição privilegiada em relação aos demais comunicadores sociais, no sentido de que a decisão que encerra o conflito passa a valer independentemente das expectativas dos endereçados, pelo que ela é contra-fática, permanecendo e produzindo efeitos, mesmo que os endereçados insistam em desiludi-la. Como contra-fática, o comunicador normativo tem garantida sua expectativa, o que configura sua posição meta-complementar em relação aos comunicadores sociais.

## **2. Norma jurídica**

Tércio Ferraz denomina o comunicador normativo de norma jurídica, como um sinal de ligação entre as posições dos endereçados normativos. Por institucionalizar o conflito surgido na situação comunicativa interativa, a norma

jurídica é uma decisão que assegura que certas decisões serão levadas a efeito. Estabelece, pois, a norma jurídica controles, vale dizer, pré-decisões que fixam outras decisões. Como decisão que é, está isenta do dever de prova pelo que afirmar, o que manifesta a sua posição de meta-complementaridade.

A relação meta-complementar da norma, como autoridade contra-fática face aos endereçados normativos, sujeitos da situação comunicativa conflitiva, se manifesta, no nível do cometimento do discurso normativo, que, aqui, tende a se digitalizar, digitalização esta que vem verbalizada pelos operadores normativos (obrigatório que, proibido que, permitido que; este último functor também encerra meta-complementaridade, no sentido de que tem que se acertar a relação de simetria imposta) .

Quanto ao relato da norma, não há dificuldade de identificação: é a informação transmitida no enunciado da norma, inclusive a ameaça de sanção. E o relato é dialógico para os sujeitos, endereçados normativos, no sentido de que podem os comunicadores sociais discuti-lo. O aspecto monológico do discurso normativo está no cometimento, vez que os sujeitos não podem questioná-lo. Os sujeitos são convidados a questionar o relato da norma, ao mesmo tempo que lhes é vedado assim proceder quanto ao cometimento. Daí que no relato a norma é um “dubium” e um “certum” no cometimento. São, entre outras, situações ambíguas próprias do discurso normativo.

### **3. Validade**

A literatura jurídica mostra que a abordagem dos controvertidos temas da validade, da eficácia e de imperatividade, tal como é feita pela teoria tradicional, está motivada em função do problema do controle das situações normativas.

Como a pragmática adota a interação como princípio diretor, o aspecto do controle da interação entre a autoridade (editor normativo) e os sujeitos (endereçados, comunicadores sociais), na situação normativa interacional, a validade se expressa como uma propriedade interacional. E assim é porque a autoridade, pondo fim às situações conflitivas surgidas entre os sujeitos, sendo contra-fática, quer sempre manter a sua posição de meta-complementaridade. Daí o objetivo da autoridade de manter *controlada* a situação normativa. É objetivo da autoridade que os endereçados a obedeam, a respeitem, porque, assim, com tal comportamento, ela se manterá, meta-complementarmente, como autoridade, sempre.

A autoridade se manterá como tal, na medida em que for capaz de se manter imune aos eventuais comportamentos críticos dos sujeitos em relação a ela,

enquanto autoridade. Esta possibilidade de imunização da autoridade designa a idéia de validade.

Para a pragmática, a validade é uma relação de imunização. Como o interesse da autoridade é manter-se meta-complementarmente e a meta-complementaridade se verifica no cometimento da norma, o cometimento é que fica imune à crítica. A imunização do cometimento denomina-se validade. Assim, para Tércio Ferraz, “validade é uma propriedade do discurso normativo que exprime uma conexão de imunização”<sup>16</sup>. Nestes termos, diz-se válida a norma cujo aspecto cometimento não está apenas definido como meta-complementar, mas está imunizado contra críticas e pelo relato de uma norma que o cometimento de outra norma é imunizado. Imunização é, pois, uma relação entre o aspecto-relato de uma norma e o aspecto-cometimento de outra norma. Que uma relação meta-complementar está imunizada significa que o editor já se definiu como superior, não necessitando demonstrar razões para tal.

#### **4. Técnicas de validação**

Como a validade é uma relação entre normas, duas normas são necessárias para que ocorra a imunização. Uma norma é a imunizante, a outra, a imunizada. A primeira, pelo seu relato, imuniza o cometimento da outra.

Dois são as técnicas de imunização admitidas pela pragmática: pela disciplina da edição e pela fixação do relato. Valendo-se de uma terminologia cibernética, Tércio Ferraz, chama a primeira técnica de validação ou imunização de programação condicional e a segunda, de programação finalística. Tanto numa como noutra, o conceito de validade não se altera, permanece o mesmo.

No primeiro caso, programação condicional, o relato da norma imunizante disciplina a emanção de outras normas que serão imunizadas no aspecto-cometimento. Nesta técnica de validação, há restrição dos meios aos previstos pelo relato da norma imunizante, sendo irrelevantes os efeitos atingidos. Esta via é apropriada aos procedimentos de delegação de poderes e a validade se contida hierarquicamente, pelo que cabe dizer, aqui, a norma inferior tem seu fundamento de validade em norma superior.

No modo de validação por programação finalística, a norma imunizante delimita o conteúdo do relato da norma imunizada, no sentido de que são fixados os fins a serem atingidos pela norma imunizada, mas a validade continua a ser a

---

<sup>16</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro : Forense, 1978, p. 106.



relação entre o aspecto-relato da norma imunizante e o aspecto-cometimento da norma imunizada. Nesta técnica, não há disciplina de edição de outra norma; o que se verifica é a determinação dos fins a serem atingidos. Há uma liberdade na escolha dos meios com vistas à realização da finalidade programada. Relevantes, aqui, são os aspectos finalísticos.

Dar-se-á o fenômeno pragmático da imunização, ou validade, quando há concorrências das duas técnicas da validação, caso que, em sendo contrário, a norma será inválida.

Postas estas considerações, tem-se, para Tércio Ferraz, que validade é uma relação de imunização do cometimento da norma imunizada, pelo relato da norma imunizante, o que significa, em outros termos mais simplórios, a exigência de que o sujeito tenha o comportamento regulado, vale dizer, é uma relação da imunização, de garantia de exigibilidade da conduta dos endereçados normativos, face ao editor.

### **5. Efetividade**

Como a validade é uma relação de imunização entre normas, é impossível a identificação de uma norma como válida, considerando-a apenas isoladamente. Já quanto à efetividade nada obsta que se possa saber se uma norma isolada é efetiva. E assim o é porque efetividade é uma relação entre o relato e o cometimento de uma mesma norma. É uma relação de adequação. Adequação entre o relato e o cometimento da mesma norma.

Em função da ser a interação o princípio informador da pragmática, diz-se que uma situação normativa é eficaz, é dotada de efetividade, quando tal situação normativa é bem sucedida. A noção de efetividade, na pragmática, está ligada à noção de sucesso, onde a comunicação, no discurso normativo, é realizada com sucesso, bem sucedida. Daí efetividade ser uma relação de adequação entre o relato e o cometimento de uma mesma norma. As normas são tanto mais efetivas quanto mais isto é levado a efeito, o que enseja, simplificadamente, que as normas efetivas são as normas obedecidas, mas – importa ressaltar – a obediência é consequência e não a própria efetividade com a qual não se confunde.

Sob o ponto de vista da pragmática, a efetividade admite graus; pode, pragmaticamente, falar-se em norma mais ou menos efetiva, o que é inadmissível em termos de validade. Quanto mais a adequação entre o relato e o cometimento da norma for maior, ter-se-á, “ ipso facto”, um maior grau de efetividade. Isso pode ocorrer tendo em vista a adequação depender de condições de aplicabilidade. Tanto é assim que, por exemplo, a) nas normas plenamente eficazes, o relato é

inteiramente adequado ao cometimento: a meta-complementaridade não é restringida; b) nas normas de eficácia contida, a adequação é parcial, a relação meta-complementar autoridade/sujeito sofre as restrições por elas mesmas impostas; c) nas normas limitadamente eficazes, a possibilidade de produção de efeitos é mediata, dependente de ulterior normação integrativa, eis que a adequação está à beira da inadequação, pelo que a relação de meta-complementaridade apenas é exercida de forma negativa, isto é, é possível reconhecer o que o endereçado normativo não deve fazer, porém não o que, positivamente, ele está obrigado a fazer.

No entendimento de Tércio Ferraz, a efetividade é, pois, uma relação de adequação entre o relato e o cometimento, como garantia da possibilidade de obediência, enquanto que validade é garantia da possibilidade de exigibilidade do comportamento. A relação entre validade e efetividade para ser, pragmaticamente, delineada, necessário se faz que se utilize outro conceito, qual seja, o da imperatividade.

## **6. Imperatividade**

A noção de imperatividade, grosso modo, enseja a possibilidade de vinculação, de obrigatoriedade da conduta regulada, de *força de lei*. A idéia de obrigatoriedade de cumprimento de uma ordem (heterologia) ocorre na pragmática em função da relação de meta-complementaridade expressada no cometimento da norma. Por isso, na concepção de Tércio Ferraz, a imperatividade do sistema normativo é explicada a partir dos cometimentos de normas. Assim, a imperatividade é uma relação entre o aspecto cometimento de uma norma e o aspecto cometimento de outra.

Da mesma forma que a validade e a efetividade, a imperatividade não é algo ontológico às normas, mas uma qualidade, propriedade ou atributo que decorre da interação do discurso normativo. É uma qualidade pragmática do discurso normativo que se verifica entre cometimentos, através da qual a norma se adapta a mudanças e desvios. Desvios previstos e não previstos pela ordenação jurídica. Os previamente admitidos fazem com que – aplicando sanções, medidas disciplinares, declarando nulidades, por exemplo – a norma adapte-se à situação, retornando à normalidade. Em outro nível pode ocorrer desvio do padrão normativo não previsto e, mesmo assim, subsiste a imperatividade, pois o sistema normativo, via imperatividade, tem a qualidade de adaptar-se às mudanças. Essa adaptação a mudanças e desvios do padrão normativo se dá porque a ordenação jurídica *calibra* a si própria. Daí por que a pragmática define a

imperatividade não só como uma mera relação entre cometimentos de normas, mas uma relação de calibração, vez que pela relação de calibração a imperatividade tem a qualidade pragmática de manter a constância das variações de situações interacionais previstas ou não previstas pelo padrão normativo.

A imperatividade significa regulagem (calibração), ou seja, “enumerado das possibilidades admitidas de variações ao nível de relação, num determinado âmbito”<sup>17</sup>. Logo, uma norma é obrigatória quando tem força vinculante; significa que as variações de possibilidades estão vinculadas por regulagem ou calibração em que se calca a imperatividade.

Como a imperatividade é uma relação entre cometimentos, ela não toma forma digital, inexistem numa cadeia normativa, enunciados cujo conteúdo a preveja. Não há normas que estabeleçam a imperatividade. A calibração do sistema é que a mantém. Tanto é assim que a imperatividade se revela como regulagem (calibração), como em conjunto de regras responsáveis pelas relações entre a autoridade e o sujeito.

Ocorre o fenômeno de calibração quando há uma mudança no padrão de funcionamento do sistema, que se numa relação normativa meramente sintático-linear, resultaria em norma inválida. Mas sob o ponto de vista pragmático tal não ocorre, para as regras que calibram o sistema não constituem um corpo normativo linear e unitário. Ao contrário, elas figuram no sistema de forma esparsa, *espalhadas*, possibilitando um relacionamento com todo o sistema, de forma circular e entrecruzada. Isto se explica, porque a interação é o princípio diretor da abordagem pragmática.

À luz da pragmática, a imperatividade repousa, pois, na calibração do sistema, no sentido de que através de regras está sempre regulando as possibilidades de mudança de padrão do sistema e mantendo, sempre, a relação de meta-complementaridade.

### **7. Sistema normativo aberto**

O sistema normativo jurídico, tal como o concebe a pragmática, não se configura como de tipo cerrado, vez que está em uma constante relação de importações e exportações de informações de outros sistemas. Para a pragmática, o sistema jurídico não se compõe só de normas positivadas, mas também de princípios e regras que são albergados por ele, no sentido de que, quando há

---

<sup>17</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *op. cit.*, p. 133.

calibração, tais princípios e regras são introduzidos como normas para a solução dos conflitos surgidos na situação comunicativa normativa. Está o sistema sempre disponível para receber novos padrões de funcionamento. Não se reduz só a normas positivas. Daí ser considerado como sistema de tipo aberto.

Essa abertura não significa que o sistema seja um emaranhado caótico de normas. Não é bem assim, pois a coesão do sistema é garantida pelas relações de imunização e de produção de certas relações (exigência e obediência). Estas relações, por sua vez, são reguladas pelas regras de calibração do sistema, que constituem a imperatividade do sistema normativo jurídico.

A título de exemplo, figuram como fonte perene de calibração do sistema o princípio da equidade, os princípios gerais do direito, enfim, todos os princípios jurídicos. Estes, introduzidos no sistema pelas regras de calibração, podem ensejar, como o sistema é aberto, várias normas-origens que darão início a várias cadeias normativas, que em si não serão válidas nem inválidas, mas, apenas, efetivas, pelo que conclui Tércio Ferraz, comungando com Capella, “que o critério de validade de uma norma é a efetividade e não a validade da norma que regula o ato de sua edição (normas-origens não são autoválidas)”<sup>18</sup>. Nesta linha de raciocínio, em última análise, tem-se que a efetividade funda-se na imperatividade, vez que esta calibra a relação entre validade e efetividade.

Podem coexistir no sistema, pela calibração, várias normas-origens. Estas, dando início a cadeias normativas, constituirão, no sistema, diversos subsistemas, de cujas normas-origens surgirão normas derivadas (cadeia normativas). Normas-origens, entre si, podem ser inválidas, porém, em si não são válidas nem inválidas, mas efetivas. Por sua vez, as normas derivadas das normas-origens, em relação às suas originárias, são válidas, podendo ser inválidas face a outras normas-origens. Em si, as normas derivadas são efetivadas ou inefetivas, mas sua inefetividade afeta a validade das normas-origens, vez que, para a pragmática, o critério de validade é a efetividade.

Inválidas podem ser, entre si, as normas origens. Isso, por si só, explica que o sistema jurídico alberga normas válidas e inválidas. Oportuno observar que a norma válida não é a antítese lógica da norma inválida. São entes diferentes, mas não negação lógica. Validade, repetindo, é a relação de imunização do cometimento de uma norma pelo relato de outra. Na invalidade também ocorre imunização, mas não por outra norma, porém pelas regras de calibração do sistema.

<sup>18</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *op. cit.*, p. 142.

Cabe ressaltar que, dentro do sistema, consoante exposto, as normas sejam classificáveis em normas-origens, normas derivadas imunizantes e normas derivadas imunizadas (estas, as do limite da cadeia). Assim, toda norma-origem é uma norma imunizante, porém nem toda norma imunizante é norma-origem; toda norma derivada limite da cadeia normativa é apenas imunizada.

Finalmente, impõe-se registrar que o fundamento último do sistema normativo (legitimidade) repousa na ideologia.

### **8. Aplicação da teoria às normas programáticas**

A concepção pragmática do direito presta-se para explicar o caráter normativo (validade) das normas programáticas nos seguintes aspectos:

1. Como técnica de imunização por programação finalística, no sentido de que a norma programática impõe os fins a serem atingidos pela atividade do Estado. A norma programática imunizante, em seu relato, delimita o relato do ato normativo imunizado. O conteúdo do relato deste é fixado, “a priori”, pelo relato daquela. É nisto, para a pragmática, que consiste o modo de validade denominado programação finalística. E isso se aplica às normas programáticas, tendo em vista que estas, ao fixarem os programas a serem cumpridos pelos órgãos estatais, estão caracterizando, exatamente, a técnica de imunização de programação finalística. Tanto é assim que qualquer ato normativo a ser editado, para que seja válido no sentido de assegurar a posição meta-complementar de seu editor, não pode contrariar, no conteúdo do seu relato, o que for determinado no relato da norma programática imunizante. Só assim estará garantida a possibilidade de exigência do comportamento regulado, como finalidade fixada nas normas programáticas, ou, em outros termos, constituída estará a relação de imunização entre o cometimento do ato normativo imunizado, com a determinação do conteúdo do seu relato, e o relato da norma programática imunizante.

2. Na gradação da efetividade, tendo em vista que as normas programáticas são, na classificação de José Afonso da Silva, limitadamente eficazes, como a pragmática admite graus de efetividade, temos nas normas programáticas um caso típico de grau pequeno de efetividade, pois a relação de adequação entre o relato e o cometimento da norma programática não se deu em plenitude, vez que o legislador, propositadamente, preferiu que ato normativo ulterior estabelecesse melhor tal adequabilidade. Tanto as normas programáticas são efetivas em grau reduzido, que a relação de adequação entre o seu relato e o seu cometimento é tão tênue que está quase à beira da inadequação. É prova disso a relação de meta-complementaridade, que apenas é exercida de forma negativa, melhor dizendo, apenas é possível reconhecer o que o endereçado normativo, ao obedecer

o editor, não deve fazer, porém não o que o comunicador social está obrigado a fazer. Isto porque, na relação de adequação, falta, por deliberação do legislador, ou sujeitos, ou condições de aplicação que não estão especificados. Por isso, a adequabilidade entre o relato e o cometimento tem sucesso pleno e há efetividade em grau reduzido.

3. Como calibração do sistema, vez que as normas programáticas, por trazerem em seu bojo princípios tornados normas, podem funcionar como regras de calibração do sistema, no sentido de que em ocorrendo desvio no padrão normativo, os princípios nelas consagrados poderão passar a regular (calibração), como novo padrão, várias possibilidades de situações interacionais introduzidas, por calibração, na ordenação jurídica. Afigura-se assim, porque tomados os princípios programados, eles, como princípios que são, adaptarão, em outro padrão, as mudanças operadas na ordem jurídica, sem que implique em alteração da posição de meta-complementaridade do editor normativo, caracterizando, pois, o fenômeno da retro-alimentação negativa (mantendo o sistema). As normas programáticas, ao lado da jurisprudência, dos princípios gerais do direito, do princípio de equidade, entre outros, são, pois, fontes de regras de calibração, tal como concebe a pragmática.

4. Como normas-origens, introduzidas pelas regras de calibração no sistema normativo aberto, as normas programáticas darão ensejo a uma cadeia normativa, como subsistema do sistema jurídico. Convertida pela calibração em norma origem, os princípios tornados normas nas leis programáticas, em relação às demais normas-origens, tal norma-origem poderá ser válida ou inválida, entretanto, em si mesma, ela não é válida nem inválida, mas apenas efetiva, cujo fundamento último repousa na imperatividade. O subsistema ou cadeia normativa surgida dos princípios programáticos convertidos em norma-origem é constituído pelas normas derivadas, que são válidas em face à norma de onde se originou, podendo ser inválidas em relação a outras normas-origens do sistema. Vez que para a pragmática, a validade é efetividade, a validade ( efetividade) da norma programática introduzida no sistema, pela calibração, como norma-origem, poderá ser afetada na medida em que suas normas derivadas tornem-se inefetivas. Como normas-origens que são, os princípios programáticos admitidos como regras de calibração imunizam toda a cadeia normativa de normas derivadas.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Entre as posições jusfilosóficas abordadas, a de Tércio Sampaio Ferraz é a que melhor explica o objetivo central estudado no presente trabalho. Tanto é

assim que devem considerar-se como conclusões deste ensaio todas as inferências que se defluem da pragmática da comunicação normativa, tal como aqui sintetizada. Não é desmotivadamente que se comunga com o pensamento jurídico de Tércio Ferraz.

É que o ordenamento jurídico não se reduz, apenas, às normas. As normas fazem parte da ordem jurídica, mas o ordenamento jurídico não se limita só às normas. Outros elementos, conquanto não se expressem normativamente, também compõem a ordenação jurídica de um povo. Esses elementos, tais como os conceitos jurídicos, a doutrina, os princípios jurídicos, o ideal de justiça, integram o universo jurídico. Reduzir o Direito às normas implica *desconfirmar* o papel importante que tais elementos, ainda não transformados em normas, exerceram, estão exercendo e continuarão a exercer na aplicação do “jus dicere”. De certa forma, a esse reducionismo chegaram, por trilhos diferentes, Hart, Kelsen e Ross.

Desta feita, o grande mérito do pensamento jusfilosófico de Tércio Ferraz reside em admitir o sistema jurídico como de tipo aberto a todas as informações dos princípios, da doutrina etc., como também às mensagens de outros sistemas.

Segue-se, portanto, que a pragmática jurídica – por albergar em seu bojo, via regras de calibração, os elementos que até então normativamente não integraram o sistema jurídico – é a posição jusfilosófica que fundamente explica o caráter normativo ( validade) das regras programáticas.

## BIBLIOGRAFIA

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro : Forense, 1978.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. 2.ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1977.

KELSEN, Hans. Una teoría realista y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y la justicia. In: \_\_\_\_\_. *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. Traducción de Eduardo Vásquez. Buenos Aires : Centro Editor de America Latina, 1969.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra : A. Amado, 1976.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970. Tomo I.

RAMÓN CAPELLA, Juan. *El derecho como lenguaje*. Barcelona : Ariel, 1968.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Traducción de Genaro R. Carrió. 4. ed. Buenos Aires : Eudeba, 1977.

\_\_\_\_\_. Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional. In: \_\_\_\_\_. *El concepto de validez y otros ensayos*. Traducción por Eugenio Bulygin Ernesto Garzán Valdés. Buenos Aires : Centro Editor de America Latina, 1969.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968.

WRIGHT, Georg Henrik Von. *Norma y acción: una investigación lógica*. Traducción por Pedro Garcia Ferrero. Madrid : Tecnos, 1970.



**ESCOLA NACIONAL DE MAGISTRATURA**

***RESOLUÇÃO Nº 1, DE 20 DE SETEMBRO DE 2000***

**A Escola Nacional da Magistratura,  
por seu Diretor-Presidente, ao final assinado,  
delibera regulamentar a participação nos seus  
eventos culturais nacionais e internacionais,  
nos seguintes termos,**

Art. 1º. Sem prejuízo da representação da Associação dos Magistrados Brasileiros e da Escola Nacional da Magistratura, que se realizará nos respectivos termos estatutários, a participação de associados em eventos culturais, nacionais ou internacionais, promovidos pela ENM, obedecerá às regras estabelecidas neste regulamento.

Art. 2º. À Diretoria da ENM, com a composição prevista nos artigos 4º e 8º do seu Estatuto, compete conhecer e decidir previamente, em reunião ordinária ou extraordinária, sobre qualquer auxílio financeiro para participação em evento cultural a ser concedido a associado.

Parágrafo único – O auxílio financeiro a associado poderá ser integral, compreendendo as despesas de transporte, estada e alimentação, além de eventual taxa de inscrição, ou apenas parcial, considerando-se, precipuamente, as possibilidades financeiras momentâneas e o número de associados beneficiados.

Art. 3º. A seleção de magistrados para participar dos eventos será feita através de consulta da ENM às Escolas de magistrados estaduais ou setoriais, as quais, em prazo a ser estabelecido pela Escola Nacional, fornecerão os nomes dos interessados, procedendo-se a sorteio se o número de candidatos for superior ao de vagas, para apurar a lista dos habilitados.

Parágrafo 1º. Se circunstâncias especiais impossibilitarem a seleção na forma prevista no “caput” deste artigo, a ENM fará a escolha em regime de urgência, sendo este admitido quando houver no máximo 60 dias entre a data do conhecimento e a da realização na América Latina, e de 120 dias entre a data do conhecimento e a da realização nos outros continentes.

Parágrafo 2º. Na hipótese de cursos destinados a uma classe especial de associados, em razão das atividades exercidas ou da matéria a ser ministrada, a

seleção poderá ser feita através de concurso de monografias ou exame de currículos, através do mesmo processo de comunicação às Escolas estaduais ou setoriais.

Parágrafo 3º. A Direção da ENM, ouvido o Conselho Consultivo, poderá convidar membros do Poder Judiciário, desde que o número de convidados seja inferior a 20% (vinte por cento) do total de vagas oferecidas.

Art. 4º. A ENM divulgará o nome dos selecionados em prazo mínimo de 30 dias de antecedência em relação ao evento, através de publicação na Internet e por meio de mensagem via fax, correio eletrônico ou outro meio de comunicação, fixando prazo de 5 a 10 dias para confirmação, sob pena de substituição.

Parágrafo único – Junto aos selecionados, sempre que possível, serão escolhidos suplentes em número igual ao número de vagas.

Art. 5º. O candidato habilitado que vier a freqüentar o curso assumirá, por força deste regulamento, o compromisso de apresentar relatório escrito do evento à ENM, em prazo não superior a 30 dias de seu encerramento, ficando a ENM autorizada a publicá-lo, se houver interesse.

Art. 6º. O sorteio a que se refere o art. 3º “caput” deste Regulamento realizar-se-á em data e local previamente anunciados, sempre que possível na sede da ENM, sob a presidência de seu Diretor ou de um dos Diretores Adjuntos, lavrando-se ata.

Art. 7º. Nos casos em que a seleção for feita através de concurso de monografias ou avaliação de currículos (art. 3º, par. 2º), as regras do certame serão previstas no edital de abertura.

Parágrafo único – Havendo empate, o associado nunca contemplado prefere ao já contemplado em ocasião anterior, e o contemplado menos vezes prefere ao contemplado mais vezes.

Art. 8º. Será condição indispensável para participação nos eventos ser sócio da AMB e, nos cursos realizados no exterior, esta o magistrado em atividade.

Art. 9º. Os casos omissos serão resolvidos pela Diretoria.

Brasília, 20 de setembro de 2000.

Desembargador Sidnei Beneti  
Diretor-Presidente da Escola Nacional da Magistratura.