

ESTUDANTES

CADERNO ACADÊMICO

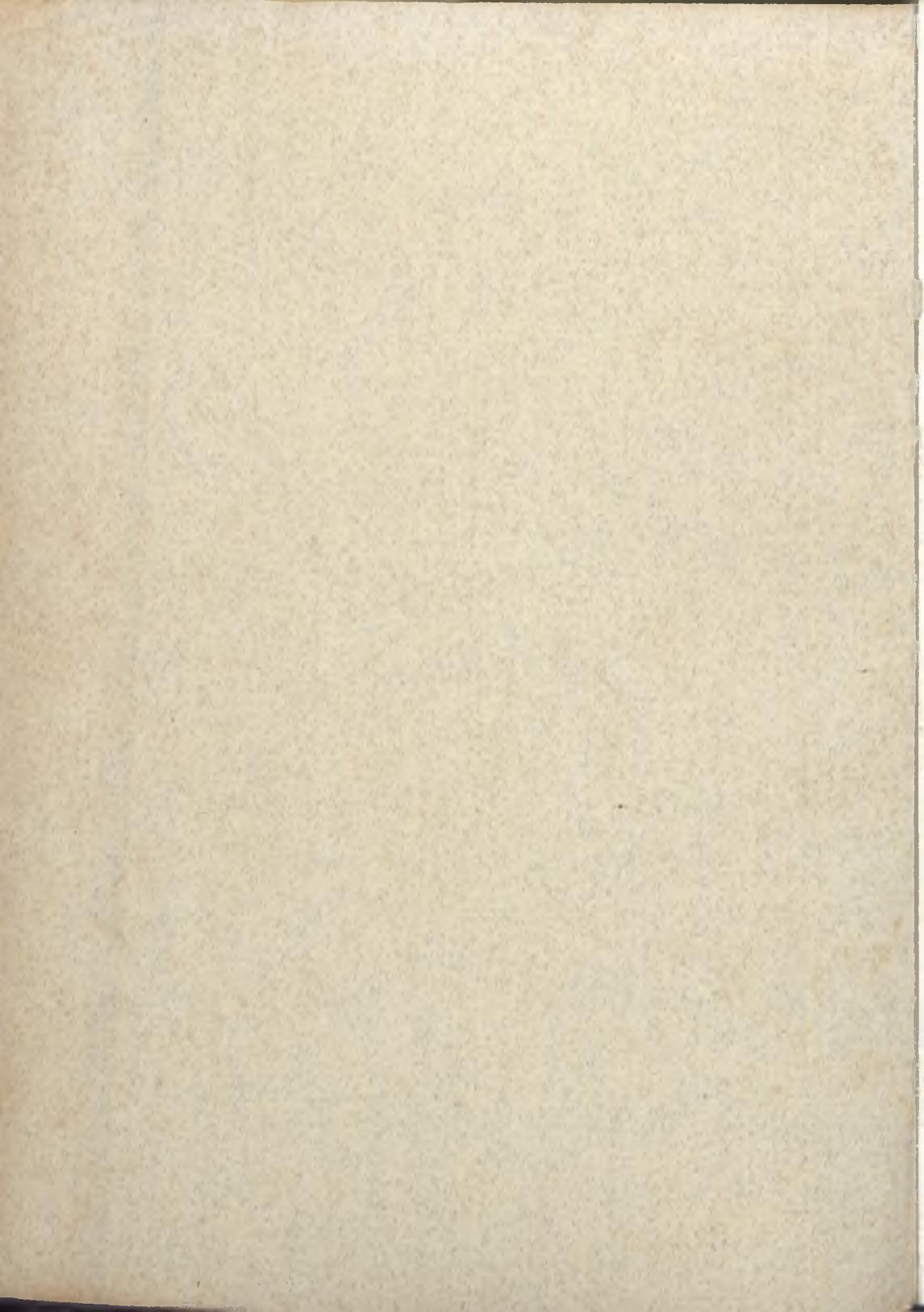
ÓRGÃO DE DIVULGAÇÃO CIENTÍFICO-LITERÁRIO DOS ESTUDANTES DA
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE



0.05
2

1998

140 ANOS DO NASCIMENTO DE ARTUR ORLANDO



DIRETÓRIO ACADÊMICO DEMÓCRITO DE SOUZA FILHO
NÚCLEO DE ESTUDOS ACADÊMICOS

ESTUDANTES CADERNO ACADÊMICO

ÓRGÃO DE DIVULGAÇÃO CIENTÍFICO-LITERÁRIO DOS ESTUDANTES DA
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Ano 2 - Número 3
Janeiro de 1998 a Junho de 1998

NÃO PODE SAIR
DA BIBLIOTECA

1998

140 ANOS DO NASCIMENTO DE ARTUR ORLANDO

ESTUDANTES -
CADERNO ACADÊMICO

Ac. 2087/66
En. 1
8926094

Estudantes – Caderno Acadêmico V.1 – No. 3
Recife, Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho e
Núcleo de Estudos Acadêmicos
1. Direito - Periódicos
340.05

ENTIDADES MANTENEDORAS

DIRETÓRIO ACADÊMICO DEMÓCRITO DE SOUZA FILHO

Diretoria

Gustavo Carvalho - Presidente
Hugo Sarubbi - 1º Vice Presidente
Luís Fernando Oliveira - 2º Vice Presidente
Fabiana Belli - Secretário Geral
Luiz F. Bandeira - 1º Secretário
André Meira - 2º Secretário
Gustavo Cunha - Secretário Administrativo
Thiago Antunes Aguiar - Secretário Acadêmico
Bianca Moreira - Secretário de Pesq. e Extensão
Ariosto Cunha - Tesoureiro
Fabiano Pessoa - Vice Tesoureiro

Representação Estudantil

Raul Cunha - Conselho Departamental
Diógenes Andrade - I Departamento
David Dantas - II Departamento
Aristóteles Câmara - III Departamento

NÚCLEO DE ESTUDOS ACADÊMICOS

Diretoria

George Rodrigo Bandeira Galindo - Presidente
Marcos André Couto Santos - Secretário

CONSELHO DIRETOR

André Melo Gomes Pereira
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto
Gilson Sales de Albuquerque Cunha

INFORMAÇÕES, CRÍTICAS, COMENTÁRIOS E ENVIO DE TRABALHOS:

ESTUDANTES - CADERNO ACADÊMICO

*Praça Dr. Adolpho Cirne, S/N - Faculdade de Direito do Recife - Sala do DADSF
Recife - Pernambuco*

CONSELHO EDITORIAL**Anamaria Campos Tôrres**

Professora de Direito Processual Penal da FDR/UFPE

Francisco Ivo Dantas Cavalcanti

Professor de Direito Constitucional da Pós-graduação da FDR/UFPE

Gentil de Carvalho Mendonça Filho (*in memoriam*)

Professor de Direito do Trabalho da FDR/UFPE

João Maurício Leitão Adeodato

Professor de Filosofia do Direito da Pós-graduação da FDR/UFPE

José de Moura Rocha (*in memoriam*)

Professor Catedrático de Direito Processual Civil da FDR/UFPE

José Gláucio Veiga

Professor de Direito Econômico da Pós-graduação da FDR/UFPE

Margarida de Oliveira Cantarelli

Professora de Direito Internacional Público da FDR/UFPE

Nelson Nogueira Saldanha

Professor de Teoria Geral do Direito da Pós-graduação da FDR/UFPE

Nilzardo Carneiro Leão

Professor de Direito Processual Penal da Pós-graduação da FDR/UFPE

Raimundo Juliano Rêgo Feitosa

Professor de Direito e Cidadania da Pós-graduação da FDR/UFPE

As opiniões expressas nos trabalhos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião dos editores e coordenadores deste periódico

SUMÁRIO

Editorial (8)

Apresentação (9)

Edital (10)

Trabalhos Científicos

➤ *Teoria Geral do Direito*

Causalidade Jurídica: Um Breve Estudo Comparativo das Obras de Hans Kelsen e Lourival Vilanova (11)

Fabiana Santos Dantas

O Direito como Sistema rumo a uma hermenêutica dos Princípios (27)

Marcos André Couto Santos

A Hermenêutica Jurídica e as Diversas Espécies de Interpretação do Direito (41)

Renato Cintra de Barros Pereira

➤ *Direito Civil*

A Indenização por Dano Moral e a Problemática Jurídica da Fixação do *quantum* (50)

Ana Carolina Lima Vieira

União Estável: Entidade Familiar ou Sociedade de Fato? (58)

Fabiola de Souza Queiroz

➤ *Direito Constitucional*

O Preâmbulo Constitucional (67)

Danilo Augusto Barboza de Aguiar; Thiago Brennand Jorge; Tomaz Souza

Aspectos Jurídico-Constitucionais da Crise Fiscal dos Municípios (78)

Domingos Augusto Paiva de Almeida

Poder Reformador não é Poder Constituinte (95)

Jacira Jardim de Souza Menezes

➤ *Direito Internacional e Comunitário*

Aspectos da Proteção Jurídico-Internacional à Liberdade Religiosa (108)

Christiano Sávio Barros Figueirôa

Imunidade de Jurisdição e Organizações Internacionais (enfoque especial na OEA) (123)

George Rodrigo Bandeira Galindo

A Arbitragem como Forma de Solução de Controvérsias no Âmbito dos Contratos Comerciais Internacionais (142)

Luciana de Medeiros Fernandes

O Caráter Humanitário do Asilo (160)

Sílvia Ferraz Sobreira Fonsêca

Mercosul e União Européia: A Proteção do Consumidor face ao Processo de Integração (171)

Ticiania A. Sales Nogueira

➤ *Direito do Trabalho*

Direito do Trabalho (186)

Edilton Borges Carneiro

A OIT e a Contribuição Sindical Compulsória no Brasil: Afronta à Liberdade Sindical (200)

Fabiana de Souza Queiroz

➤ *Contribuição*

Augusto de Anjos, Adolpho Cirne, Palmeira Imperial e a Praça da Faculdade (207)

André Melo Gomes Pereira; Mário Cunha

Antígona e Doação de Órgãos (210)

Cristiano Carrilho S. de Medeiros

Aspectos Introdutórios sobre a Psicologia do Povo Brasileiro (212)

Ricardo Souto

➤ *Resenhas*

Os Investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro (Luis Olavo Baptista) (218)

George Rodrigo Bandeira Galindo

EDITORIAL

“Resta-nos o otimismo, a crença, a certeza de estarmos sendo substituídos por moços com um mundo novo a descobrir...” (JOSÉ DE MOURA ROCHA).

Os alunos que fazem esta Revista não esquecerão este mandamento vivido e repetido tantas vezes pelos corredores da Faculdade de Direito do Recife por um de seus últimos Catedráticos e eminente Processualista, mas também amigo próximo e agora saudoso Professor Doutor José de Moura Rocha.

Durante os dois anos de existência deste periódico, foi o querido mestre o grande entusiasta, analisando artigos, corrigindo-nos no vernáculo e dispendendo manhãs em lições em que os bancos da Faculdade funcionavam como sala de aula e duravam até dobrarem os sinos.

A ausência do Prof. Moura Rocha na Faculdade de Direito do Recife é sentida não somente pela sua contribuição acadêmica, mas principalmente pela entrega, dedicação e sobretudo amor que dedicou a sua Faculdade.

... E atordoados, indagamo-nos: como caminhar sem um NORTE ??? As dúvidas nos invadem! Mas na eternidade dos mestres, até a esta indagação conseguimos resposta. Quando em seu último artigo “DISSABORES DO SABER”, publicado no Anuário do Mestrado, pregou a confiança nas jovens gerações, exercendo a profissão de fé que a si mesmo reservou. Fazendo-nos confiantes, deu-nos uma lição que o tempo não apaga, nem a memória perde, sobrevivendo até à indesejada das gentes.

APRESENTAÇÃO

O Conselho Diretor da Revista Estudantes-Caderno Acadêmico alegremente constata o êxito deste periódico de divulgação científico-literário dos estudantes da Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Única da espécie na UFPE e uma das poucas no Brasil, esta Revista deve seu sucesso à contribuição permanente dos Estudantes no empenho dos ilustres mestres do nosso Conselho Editorial.

Novamente reiteramos nossa gratidão à Professora Regina Rosa e Silva, e ao Professor Sérgio Torres, às Diretorias do NEA e DADSF - órgãos mantenedores desta iniciativa -, e aos Acadêmicos Kylce Anne de Araújo Pereira e Clístenes Patriota.

Comprova-se a consolidação de um projeto acadêmico sério, que revive o passado, olhando para o futuro, tornando viva e atual uma das tradições mais belas de nossa Faculdade: os periódicos estudantis.

Rendemos homenagem à memória de Artur Orlando, ex-aluno ilustre de nossa Faculdade, discípulo de Tobias Barreto, tendo sido membro das Academias Pernambuca e Brasileira de Letras.

Ao atingirmos o Terceiro Número, nós o dedicamos de modo especial aos Professores Gentil de Carvalho Mendonça Filho e José de Moura Rocha, sempre membros de nosso Colendo Conselho Editorial.

André Melo Gomes Pereira
Presidente do Conselho Diretor

EDITAL n. 01/98

O Conselho Diretor da Estudantes-Caderno Acadêmico faz saber que se encontra aberto o prazo para recebimento de trabalhos para publicação neste periódico.

Os trabalhos deverão ser entregues até 30 de junho de 1998 na Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife ou remetidos através dos Correios (com Aviso de Recebimento-AR) para o endereço “Praça Adolpho Cirne, s/n Faculdade de Direito do Recife – Sala do DADSF- Recife - PE”.

A ESTUDANTES-CADERNO ACADÊMICO destina-se à publicação de trabalhos científicos (jurídicos e áreas afins) de autoria de alunos da graduação.

1. Os trabalhos científicos devem conter entre duas e quinze laudas, fonte Times New Roman – 14 (WORD 97 ou inferior), margem padrão.
2. Notas devem vir ao pé de página e devidamente numeradas.
3. Os trabalhos artístico-literários devem conter entre uma e dez laudas (seguindo o mesmo padrão dos itens 1 e 2)
4. Os originais devem ser encaminhados ao Conselho Diretor digitados em duas vias (acompanhados do respectivo disquete)
5. Na primeira página deve constar informação sucinta sobre a formação e vinculação meramente acadêmica do autor.
6. O não cumprimento destas exigências poderá acarretar exclusão liminar do trabalho.

Gilson Sales de Albuquerque Cunha

Editor Júnior

CAUSALIDADE JURÍDICA: UM BREVE ESTUDO COMPARATIVO DAS OBRAS DE HANS KELSEN E LOURIVAL VILANOVA

Fabiana Santos Dantas (Aluna do 10º período da Graduação em Direito da UFPE; Ex-pesquisadora do PIBIC/CNPq; Ex-Monitora de Direito Civil 1)

Sumário: I – Introdução; II – A Lógica e a causalidade jurídica; III – A Relação Causal: O Fato Jurídico como causa; IV – A Relação Causal: O Nexo Causal “dever-ser”; V – A Relação Causal: a conduta prescrita como conseqüente; VI – Conclusão; VII - Bibliografia.

I - Introdução

O mundo fático, no qual insere-se o Homem, é articulado de forma a constituir um sistema. Os fatos que o compõem estão ligados pela causalidade, sendo uns causa e outros, conseqüência.

Para ordenar e conhecer o domínio fático, o Homem estabelece relações entre os fatos que o compõem: utilizando o “princípio ordenador” denominado causalidade, determina quais são causa e quais são efeitos, a fim de organizar a sua experiência. Estabelece, assim, relações de antecedência/conseqüência entre os fatos, de forma a constituírem um sistema.

Existem duas espécies de fatos a serem conhecidos pelo Homem: os fatos naturais e os fatos sociais. Para conhecer e ordenar cada uma destas espécies é necessário estabelecer relações adequadas, considerando que são objetos distintos.

Frente aos fatos naturais, o Homem descreve a relação de causalidade que verifica nas coisas. A construção conceitual da causalidade física é uma descrição das relações que já existem no mundo dos fatos. Entretanto, mesmo tratando-se de fatos sociais, a posição do Homem pode ser apenas descritiva: a História, por exemplo, descreve os fatos sociais, construindo uma relação causal idêntica àquela do domínio dos fatos físicos.

No domínio ético, o Homem não se limita a descrever as relações que percebe nas coisas. Aqui, ele cria a causalidade, pois prescreve conseqüências a antecedentes que previamente selecionou, através de juízos de valor.

A distinção entre causalidade física e normativa (ou imputação) foi uma conquista da civilização. Kelsen destaca que primitivamente o Homem só conhecia a causalidade normativa: os fatos da natureza eram relacionados com a

vontade dos deuses, que prescreviam conseqüências às condutas humanas. Assim, uma catástrofe natural era considerada uma conseqüência de determinada má conduta humana; uma boa colheita era conseqüência de um comportamento adequado aos desígnios superiores. No Animismo, os fatos naturais eram interpretados como conseqüências de prescrições divinas.

A aplicação do princípio retributivo (ligando prêmios ou castigos) aos fatos naturais foi uma primeira tentativa de sistematização, embora inadequada para relacionar fatos físicos. Transformando a causalidade normativa em causalidade física, o Homem pôde estabelecer relações entre os fatos da Natureza sem recorrer a uma ordenação transcendente: a ordem, neste caso, é imanente ao domínio dos fatos naturais pois já está estabelecida nas coisas, independentemente da vontade humana.

Segundo Castro Júnior¹, o termo "causalidade" foi inserido no domínio jurídico por Ernst Zittelmann, conforme o modelo das Ciências Naturais, embora a causalidade normativa seja anterior à causalidade física no pensamento humano. A construção teórica do princípio causal normativo é, sem dúvida, posterior à construção da causalidade física: a sistematização do Direito é, conseqüentemente, posterior à das Ciências Naturais.

Só com Doutrina do Fato Jurídico, elaborada pelos Pandectistas alemães e italianos no século XIX, a causalidade jurídica foi definida como o princípio ordenador característico do domínio ético.

Visando à melhor compreensão do tema, procedemos à análise comparativa entre as obras de Hans Kelsen e Lourival Vilanova, para identificar as convergências e divergências conceituais, desenvolvendo o presente trabalho sob a orientação do Professor Alfredo Morais Antunes, do Departamento de Filosofia da UFPE, dentro do Programa de Iniciação Científica do CNPq.

Justifica-se a escolha de Kelsen e Vilanova pelo tratamento científico e original do tema "Causalidade Jurídica" em suas obras, tornando-as leitura obrigatória para quem deseja compreender melhor a matéria, além da indiscutível importância de ambos para a construção de uma Teoria Geral do Direito.

O tema "causalidade" é matéria de extrema importância no campo da Filosofia do Direito e da Teoria Geral do Direito. Compreender a relação estabelecida pela norma jurídica entre o fato jurídico e sua eficácia é fundamental para o operador do Direito e é também uma exigência científica: é preciso fixar corretamente a eficácia de um fato jurídico, estabelecendo o conteúdo e a extensão de poderes e deveres que lhe são atribuídos pela norma jurídica.

¹ CASTRO JÚNIOR, Torquato. A nulidade como qualificação jurídica negativa. Recife: 1992.

Só assim é possível aplicar corretamente o Direito e compreender fenômenos como inexistência, nulidade, anulabilidade, ineficácia, e tantos outros que tornam o fenômeno jurídico único.

II – A Lógica e a Causalidade Jurídica

A causalidade é um nexos formal, lógico, estabelecido pelas normas jurídicas. Tratamos, então, com uma estrutura formal, que liga o termo-antecedente ao termo-conseqüente.

Há, no Direito, duas dimensões a serem consideradas quando tratamos da “causalidade jurídica”: a primeira delas é a Ciência do Direito, um sistema de conhecimento que tem por objeto o Direito Positivo. A Ciência do Direito é, em relação a este último, uma meta-linguagem material. Suas proposições fazem menção ao Direito Positivo, transformando-o em seu objeto e formulando sobre ele proposições descritivas do tipo “Q é R”.

Significa que as proposições da Ciência do Direito, segundo a Lógica das Afirmações, possuem valores de verdade e falsidade, inaplicáveis às relações estabelecidas pelas normas. Por isto, desde já, devemos fixar que a causalidade jurídica é um nexo lógico estabelecido pelo Direito Positivo, a segunda dimensão do Direito.

Para conhecer a causalidade jurídica é preciso observar a diferença estrutural formal que existe entre proposições descritivas e prescritivas. Kelsen destaca que a Lógica Clássica, ou “Lógica das afirmações”, só se aplica às proposições descritivas, devendo aplicar-se a Lógica Jurídica ao Direito Positivo, como método adequado¹.

Este ponto de vista foi amplamente defendido por Vilanova em sua obra “Lógica Jurídica”, que destaca as diferenças estruturais entre as proposições descritivas da Ciência do Direito e as proposições prescritivas do Direito Positivo.

A norma jurídica, por ser uma estrutura lógica, pode ser formalizada, retirando-se sua significação concreta para por em evidência a sua estrutura formal. Pela formalização chegamos à estrutura lógica da norma jurídica (A dever ser B), que estatui o nexos causal entre o antecedente lógico e o conseqüente lógico.²

Por isso é tão importante o uso da Lógica Simbólica para Vilanova: o significado lógico da norma jurídica é melhor expresso quando substituímos as palavras por símbolos sem relação com o mundo dos objetos³. Não obstante,

¹ KELSEN - KLUG. Normas jurídicas e análise lógica. Rio de Janeiro: Forense, 1984. Página 11.

² VILANOVA, Lourival. “Lógica, Ciência do Direito e Direito”. In: *Justitia*, vol 81. Página 193

³ VILANOVA, Lourival. “Ciência do Direito e Lógica Jurídica”. *Revista da Faculdade de Direito de Cruz Alta*, 1972. Página 87.

observa que os símbolos guardam sua significação lógica como termos-sujeito, termos-predicado e quantificadores.¹

A causalidade jurídica é estatuída por normas jurídicas, que são estruturas deônticas, irredutíveis às proposições descritivas, sendo impossível aplicar-lhe os valores "verdade/falsidade". As descrições, que só revelam a relação existente nas coisas mesmas, podem ser verdadeiras ou falsas, mas uma prescrição só pode ser válida ou inválida, segundo as relações de pertinência com um determinado ordenamento jurídico (ou moral, ou religioso).

Ademais, as relações verificadas pelas descrições têm sempre um caráter de necessidade, enquanto que as relações estabelecidas normas éticas são contingentes, porque condicionadas pela liberdade humana. Desta maneira, as proposições prescritivas (ou deônticas) são diferentes e irredutíveis às proposições apofânticas (ou descritivas), sendo essa diferença a justificativa para a existência de uma causalidade específica do Direito.

Neste aspecto, localizamos a primeira divergência entre os dois autores: Kelsen afirma que a imputação é o princípio utilizado pela Ciência do Direito. Textualmente: "na descrição de uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é aplicado aquele outro princípio ordenador, diferente da causalidade, que podemos designar como **imputação**".² Observando que Kelsen utiliza o termo "imputação" para designar o que chamamos de causalidade jurídica e que "proposição jurídica" é um juízo ("enunciado sobre um objeto dado ao conhecimento"), conclui-se que para Kelsen a imputação se dá no âmbito da Ciência do Direito.

Para Vilanova, ao contrário, a causalidade é um nexó lógico estabelecido entre o fato jurídico, como causa, e a eficácia jurídica (poderes e deveres), localizando-a no nível do Direito Positivo.

Corroborando este entendimento, expõe que nas descrições há uma referência direta aos fatos relacionados. Já na causalidade jurídica, uma relação estabelecida por normas jurídicas, as proposições descritivas da Ciência do Direito só se referem indiretamente aos fatos relacionados.

Isto ocorre porque a Ciência do Direito é meta-linguagem material em relação ao Direito Positivo. Seu objetivo é descrever as normas do Direito Positivo, referindo-se por meio destas aos fatos jurídicos e às condutas conseqüentes³. É exatamente a intermediação das normas (entre a descrição e os fatos) que torna a causalidade jurídica diferente da causalidade física, levando-nos a considerar que aquela ocorre no âmbito do Direito Positivo.

¹ VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1976. Página 46.

² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 119.

³ VILANOVA, Lourival. "Níveis de Linguagem em Kelsen". *Revista Brasileira de Filosofia*, Vol XXXII. São Paulo, Instituto Brasileiro de Filosofia, jan./mar.1982. p. 6.

III – A Relação Causal: O Fato Jurídico como causa

O antecedente, ou causa, na causalidade jurídica, é sempre o **fato jurídico**: todo evento natural ou humano, inserido no mundo do Direito por um ato de valoração, a que o ordenamento jurídico confere a eficácia jurídica. É o fato social considerado relevante para o Direito, e que está previsto abstratamente na parte descritiva da norma jurídica.

Logicamente, a norma jurídica é anterior ao fato jurídico. Embora o Direito tenha o seu ponto de partida em um fato social, por um ato de valoração do sistema, confere-se o qualificativo “jurídico” ao fato social, transformando - o em **fato jurídico**.

Assim, o mero fato social ingressa no mundo jurídico pelas fontes do Direito, integrando o descritor de uma norma jurídica. Quando ocorre o fato descrito abstratamente na norma jurídica, dá-se o fenômeno da incidência normativa.

No mundo do Direito só habitam os fatos jurídicos. O fato social não é, por si só, jurídico: é necessário um ato de valoração para que se transforme em **fato jurídico**. A percepção da juridicidade de um fato social não é imediata, devendo haver correspondência entre o evento e a descrição abstrata deste fato no descritor de uma norma, que prescreve efeitos jurídicos.

O fato jurídico é causa da eficácia jurídica. Quando postos em relação causal, o fato jurídico é o antecedente. Valiosa é a lição do Professor Torquato de Castro: *o fato jurídico - o fato abrangido pela hipótese de direito, seja dentro da lei, ou dentro das decisões jurisprudenciais - não se comporta como objeto do direito, mas, em seu significado para a vida da coexistência humana, como a razão que fundamenta a solução jurídica.*”

Por isso, se diz que o fato é causa, uma causalidade indelsgável do direito ou da solução jurídica, que será outra, se outro o fato-causa.¹

A causa, na relação causal jurídica, é o fato jurídico. Entretanto, o fato não é necessariamente um evento positivo: pode tratar-se de uma omissão, que por definição é ausência de conduta, e não obstante, é capaz de produzir efeitos. Por exemplo: a omissão de socorro, tipificada no artigo 135 do Código Penal, é causa da pena (eficácia jurídica) de detenção variando entre um mês e seis meses ou multa. Então, mesmo que não exista evento, acontecimento, é possível existir eficácia jurídica.

¹ CASTRO, Torquato. “O fato jurídico”. *Anuário do Mestrado em Direito*. Recife: UFPE, jan/dez. 1983.

É tão particular a relação causal jurídica que a omissão, fato negativo, pode provocar eficácia jurídica. Este tipo de relação causal seria impossível no mundo físico, no qual a causa é necessariamente um fato positivo.

Analisando o fato jurídico, observa-se que sua base é o fato social (suporte fático), constituído de diversos elementos. Quando a norma jurídica, em sua primeira parte, faz a descrição do suporte fático, *in abstracto*, este passa a denominar-se suposto jurídico ou hipótese de incidência. Não há relação causal entre o fato social e a norma, mas entre o fato jurídico e a relação jurídica.

A causa, ou fato jurídico, pode ser simples (um evento apenas) ou complexa (vários eventos). Ainda: o suporte fático pode ser um evento meramente natural ou ato de vontade, conforme a Doutrina, juntando Pontes de Miranda uma terceira espécie, o “ato-fato jurídico”, em que há vontade humana porém é desconsiderada pelo ordenamento jurídico para a produção dos efeitos.

Sucintamente, conceituando cada uma das espécies de fato jurídico, temos:

A) Fato jurídico *stricto sensu* lícito: é todo evento natural, independente da vontade humana, ao qual a ordem jurídica confere eficácia. Exemplos: nascimento, morte, avulsão e aluvião.

B) Fato jurídico *stricto sensu* ilícito: em geral, a Doutrina nega a existência desta espécie, pois a “ilicitude” pressupõe uma manifestação da vontade, ausente nos fatos jurídicos em sentido estrito. Entretanto, cabe à ordem jurídica definir o que é lícito e o que não o é, sendo possível existir um fato natural ilícito, notadamente nos casos fortuitos e de força maior.

C) Ato-fato lícito: ocorre quando, no suporte fático, existe uma manifestação de vontade que, entretanto, é desconsiderada pela norma jurídica para a produção de eficácia.

D) Ato-fato ilícito: é aquele em que há contrariedade ao direito decorrente de fato produzido pelo homem, considerando apenas o seu resultado fático.

E) Ato jurídico *lato sensu* lícito: caracteriza-se por exigir a manifestação de vontade apta à produção de eficácia, visto que esta modalidade de fato jurídico passa pelo plano da validade.

Engloba o ato jurídico lícito “*stricto sensu*” e o negócio jurídico lícito. A diferença específica entre ambos é que nos atos jurídicos a eficácia jurídica é predeterminada pelo sistema, enquanto que nos negócios jurídicos a eficácia é determinada pela vontade ou vontades manifestadas.

F) Ato jurídico *lato sensu* ilícito: é a ação ou omissão voluntárias que traga lesão ao interesse de outrem.¹

Esquemáticamente, podemos assim resumir as diversas espécies de fatos jurídicos:

¹ MELL(), Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico. Saraiva, 1995.pp.107-223.

- 1 - Fato jurídico "stricto sensu" : lícito e ilícito
- 2 - Ato-fato jurídico : lícito e ilícito
- 3 - Ato jurídico "lato sensu"
 - 3.1- ato jurídico stricto sensu lícito ou ilícito
 - 3.2 - negócio jurídico

Esta classificação é de suma importância para o estudo da causalidade, uma vez que a eficácia é diferente em cada uma das modalidades de fatos jurídicos. Assim:

I) Nos fatos jurídicos em sentido estrito lícitos e ilícitos, a relação causal é imediata. Dado o evento natural, a ordem jurídica atribui os efeitos direta e imediatamente. Essa modalidade não atravessa o plano da validade, passando diretamente do plano existencial para o plano eficaz.

II) Nos atos-fatos lícitos e ilícitos, apesar de haver em seu suporte fático o elemento volitivo, a eficácia também é imediata. Não são considerados os elementos do plano da validade, que condicionam a produção da eficácia jurídica.

III) Nos atos jurídicos lícitos, a eficácia não é imediata pois atravessam o plano da validade, em que se indaga a capacidade do agente, a forma do ato, sua finalidade, objeto e legitimidade. Se não forem atendidos os requisitos de validade teremos um ato existente, porém inválido e ineficaz. A ineficácia pode, ainda, ser graduada: há a anulabilidade (o ato inválido é capaz de produzir alguns dos seus efeitos), a nulidade relativa (produção precária de seus efeitos) e a nulidade absoluta (não há produção de efeitos).

A questão da validade, indagada apenas nos atos jurídicos lícitos, é de extrema importância para o estudo da sua causalidade jurídica, pois a eficácia está condicionada à observância dos seus requisitos. Diferentemente do que ocorre na causalidade física, existem graus de ineficácia no plano jurídico. Assim, um ato inválido pode produzir alguns ou nenhum efeito; as irregularidades do ato-causa podem ser sanadas, produzindo este sua eficácia normal; ou ainda, pela revogação do ato válido, torna-se este ineficaz. Aliada ao estudo dos termos e condições (plano eficaz), a validade é um dos elementos caracterizadores da causalidade jurídica.

IV) Os atos ilícitos não passam pelo plano da validade. Seus efeitos, tal como o que ocorre com os fatos jurídicos "stricto sensu" e atos-fatos, são produzidos imediatamente. A explicação é lógica: privar um ato ilícito da sua eficácia própria (sanção), por considerá-lo inválido, significa incentivar a prática criminosa, concedendo à impunidade um fundamento teórico e também normativo.

O fato jurídico, diferentemente das outras espécies de fatos, não existe apenas. Ao ingressar no mundo jurídico pela incidência da norma, o fato passa por três planos distintos: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia.

Necessariamente, todo fato jurídico passa pelo plano da existência, afinal, antes de tudo, o fato é. Ocorre no tempo e no espaço, por isto o fato existe. E só depois de existir um fato pode produzir sua eficácia.

A existência do fato jurídico, porém, é diferente da existência dos fatos naturais: pode haver eficácia jurídica de um fato que não ocorreu no mundo (omissão) e, não obstante, existe no mundo jurídico e é capaz de produzir eficácia. Tal relação, como já destacamos, seria impossível no plano físico.

Um exemplo interessante é a confissão decorrente da revelia: caso o réu não conteste a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, artigo 319 do Código de Processo Civil. Então, mesmo que o fato jurídico não ocorra é possível, através de uma presunção legal *juris tantum*, que produza eficácia jurídica.

Só depois de existir, positiva ou negativamente, pode o fato jurídico alçar o plano da validade (tratando-se de um ato jurídico lícito em sentido amplo) e o plano da eficácia.

O plano da validade é de fundamental importância pois a eficácia de um ato jurídico lícito pode estar condicionada pelas observância dos seus requisitos. Devemos considerar que a nulidade e a anulabilidade podem interferir na relação causal de um ato lícito, sendo definidas por alguns doutrinadores como graus de ineficácia. São particularidades da causalidade normativa, verificada apenas no mundo ético (Moral, Religião e, especialmente, Direito).

IV - A Relação Causal: O Nexo Causal “dever-ser”

Como já afirmamos, a causalidade é uma relação lógica estatuída pelas normas jurídicas, entre o fato jurídico (antecedente) e a relação jurídica (conseqüente).

Tratando-se de uma estrutura formal, é fundamental realizar uma análise do functor, isto é, da partícula invariável que relaciona os termos integrantes da proposição, também denominada operador lógico.

Este functor causal pode ser de duas espécies: É, nas proposições do tipo O É R, descritivo, relacionando sintaticamente os termos da proposição com valores de verdade e falsidade; e o DEVER-SER, sendo denominado functor deôntico, indicando uma relação contingente entre os termos da proposição, que assume valores de validade/invalidade.

O Dever-ser é uma partícula operatória que compõe internamente a proposição lógica, que neste caso é uma norma jurídica.¹ É este functor que diferencia as prescrições dos enunciados descritivos pois estabelece uma relação contingente entre os termos da norma jurídica, submetidos aos valores de validade/invalidade.

A estrutura lógica da norma jurídica (A deve-ser B) é uma proposição condicional, do tipo "Se ..., então...". Normalmente, referem-se à estrutura **hipotética** da norma jurídica, havendo apenas uma divergência terminológica pois, na verdade, proposições hipotéticas e condicionais são essencialmente iguais.²

Como afirma Vilanova, a relação causal é traduzida no plano lógico pela relação implicacional (ou condicional ou hipotética), na forma de proposição hipotética.

O Dever-ser, então, atua como termo relacional, caracterizador da relação causal jurídica. E, apesar de se tratar de uma proposição condicional, a relação do antecedente/conseqüente não se confunde com a relação fática de causa/efeito. Neste caso, o antecedente é mera posição funcional.³

Considerando sua particularidade, o dever-ser (functor deontico) pode ser modificado por modos, assumindo três formas distintas: permissivo, obrigatório e proibitivo.

Por se tratar de uma prescrição, a norma pode permitir, obrigar ou proibir determinada conduta de um sujeito face a outrem, constituindo assim a relação jurídica no plano da eficácia.⁴ Para Vilanova, o dever-ser é um operacional deontico, normativo, que integra a estrutura lógica da norma jurídica, afirmando que as proposições da Ciência do Direito são descritivas, logo seu functor é apofântico e não deontico, sendo esta a principal diferença entre a relação causal física e a jurídica.

Para Kelsen, ao contrário, o dever-ser (ou imputabilidade), contrapõe-se à causalidade física, colocando-o no nível das proposições da Ciência do Direito.

Neste ponto, é interessante destacar a diferença existente entre a concepção de norma jurídica kelseniana daquela de Vilanova, especialmente considerando que não se pode extremar as proposições normativas das descritivas de forma absoluta. Vejamos:

¹ VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*, op. cit, página 102.

² COPI, Irving Marmer. *Introdução à Lógica*. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p.10.

³ VILANOVA, Lourival. "O Universo das formas lógicas e o Direito". *Estudos Universitários*. Números 1 e 2. Recife: UFPE, Jan/jun 1975.

⁴ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

Para Kelsen, a proposição normativa tem a seguinte estrutura, elípticamente tratada: "A deve-ser B". Percebe-se que há apenas o functor deôntico ligando os termos da proposição, considerando a imputação como logicamente diferente da causalidade física, pois possuem estruturas absolutamente distintas, irredutíveis uma à outra.

Para Vilanova, a estrutura da norma é, analiticamente, a seguinte:
A deve-ser B

"Q É R"

" P deve-ser S"

Percebe-se que a proposição acima é formada por duas outras proposições: uma descritiva (Q É R), localizada no descritor ou hipótese de incidência, e uma prescritiva (P deve-ser S) localizada na parte prescritiva da norma jurídica.

Talvez por isso Vilanova faça referência a um functor de functor, ao tratar da forma sintática da causalidade². O primeiro dever-ser, que liga o fato jurídico ao complexo da eficácia jurídica, indica que a estrutura formal traduz uma prescrição irredutível à forma descritiva, sendo um functor de functor. O segundo dever-ser indica a ligação entre a relação poderes/deveres e as condutas prescritas, que são o conseqüente da relação causal.

Embora considere irredutível o "dever-ser" ao "ser", Vilanova alerta para a existência de uma proposição descritiva dentro do corpo da norma jurídica. É o descritor, ou hipótese de incidência, em que há a descrição do fato jurígeno, ao qual é ligada a eficácia jurídica por uma prescrição. Em toda norma jurídica existe uma proposição descritiva, que diferentemente das demais, não possui valores de verdade e falsidade, e o conjunto dessas proposições representa os fatos que compõem o mundo jurídico.

Assim, a diferença entre a concepção de Vilanova e Kelsen do fenômeno causal jurídico pode fundar-se nesta concepção dos funtores "ser" e "dever-ser". Kelsen, considerando-os irredutíveis e absolutamente extremados, entende a imputação como um princípio diferente da causalidade, embora análogo. Vilanova, por considerar o dever-ser irredutível mas destacando a existência de uma proposição descritiva na norma jurídica, entende a causalidade jurídica como espécie do princípio causal geral não havendo contrariedade, mas complementariedade entre ambos. Como já ressaltamos, não se trata de uma mera diferença terminológica.

¹ VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*, op. cit, página 115.

² VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. São Paulo: Saraiva, 1989. p.55.

V - A Relação Causal: A Conduta prescrita como conseqüente

Ocorrido o fato jurídico, descrito na hipótese de incidência, dá-se a produção da eficácia jurídica (poderes/deveres), prescrita pela norma jurídica.

O plano eficaz pode ser dividido em dois momentos: no primeiro, há a eficácia jurídica constituída por poderes e deveres em sentido amplo; no segundo, há a conduta intersubjetiva. A relação jurídica é a junção da conduta determinada pela norma como obrigatória, facultada ou proibida, e o efetivo cumprimento (agir ou omitir) por parte dos sujeitos de direito.

Genericamente, temos que a eficácia é composta por poderes e deveres, que são o conteúdo determinante da conduta dos sujeitos postos em relação. Os poderes são uma faculdade do sujeito ativo, que pode exigir do sujeito passivo o cumprimento de determinada conduta devida, genericamente denominada de "dever jurídico".

Os poderes do sujeito ativo são variados, embora geralmente reduzidos à modalidade de direitos subjetivos (poder para realizar um interesse próprio)¹. A esse, corresponde o dever positivo do sujeito passivo agir segundo a vontade do sujeito ativo, denominado obrigação (patrimonial) ou simplesmente dever jurídico.

Mas existem outras modalidades de direitos ou poderes, que integram o plano eficaz (polo ativo), e que não se confundem com o direito subjetivo.

Assim, temos o direito potestativo, que é o poder de realizar um interesse próprio, cabendo ao sujeito passivo apenas o dever de suportar a sua ação, denominado "sujeição". A "potestas" é um direito que prescinde da colaboração do sujeito passivo para ser exercido. Isto também ocorre com os direitos absolutos, como a propriedade, por exemplo. Mas há uma diferença importante: nos direitos potestativos, o dever correlato é uma sujeição; nos direitos absolutos, o sujeito passivo não tem o dever de suportar a ação do outro, mas tem o dever genérico de abstenção.

O Direito de Garantia, terceira modalidade, é um poder acessório para assegurar o adimplemento de um dever, pelo próprio devedor ou por terceiro (hipotecas, penhor, por exemplo).

Os poderes-deveres são faculdades para realizar um interesse alheio, aos quais corresponde o dever de sujeição. Em geral, os poderes da Administração do Estado são deste tipo, pois as pessoas e órgãos do Estado atuam para realizar um interesse alheio, coletivo, do qual é titular o povo.² No Direito Privado também há exemplos de poder-dever, notadamente o pátrio-poder, no Direito de Família.

¹ SANTORO-PASSARELLI. Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra: Atlântida, 1962.

² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, Malheiros, 1992. página 89.

Ainda, há o ônus: um poder condicionado que, na verdade, é pressuposto para a realização de um poder do titular. É uma figura intermediária que ora confunde-se com poder, ora com dever. No Direito Processual Civil o exemplo mais característico é a contestação: o réu tem a faculdade de defender-se, entretanto, se não o fizer, será aplicada a confissão. Como se vê é uma faculdade, cujo não exercício pode implicar um prejuízo para o seu titular.

Os deveres são o conteúdo da conduta devida pelo sujeito passivo, cujo inadimplemento implica a atribuição de uma sanção. São modalidades de dever: as obrigações, sujeições, abstenções e deveres de família.

Os poderes e os deveres são o conteúdo das condutas fixadas pelas normas, e compõem o plano eficaz anexo. Esta relação ocorre necessariamente mas pode ser postergada pela aposição de uma condição suspensiva ou abreviada por meio de uma condição resolutiva. Exemplo: se celebro um contrato de compra e venda com reserva de domínio, a tradição do bem tem a sua eficácia suspensa pela condição, até que o preço seja integralmente pago, quando então dar-se-á a transferência do direito de propriedade.

Na verdade, a relação causal jurídica se dá entre o fato jurídico e as condutas devidas, de forma contingente, pois podem estar submetidas a termos, condições suspensivas e resolutivas, bem como aos diversos graus de invalidade. Além disso, devemos considerar que o cumprimento ou descumprimento de deveres jurídicos e o exercício ou não exercício dos poderes depende da vontade humana, que em sua liberdade, pode decidir não observar o comando normativo.

Pelo exposto, percebe-se que o plano eficaz da relação causal normativa é composto pelas condutas, cujo conteúdo pode ser o de uma faculdade ou de um dever. A causalidade, então, é estabelecida pela norma jurídica, entre o fato jurídico e a conduta prescrita.

VI - Conclusão

A causalidade é um princípio ordenador universal do mundo fático, que estabelece relações de antecedência e consequência entre os fatos, de modo a constituírem um sistema.

Comparando as concepções de Kelsen e Vilanova, verificamos que existe uma diferença fundamental entre ambas: para Kelsen, o princípio ordenador do mundo jurídico é a imputação, análogo à causalidade física, porém distinto. Significa que, sendo irreduzível o "dever-ser" ao "ser", o mundo jurídico possui um princípio específico para sistematizar os fatos jurídicos.

Vilanova, ao contrário, concebe a causalidade jurídica como uma espécie do gênero "causalidade". A causalidade física e a jurídica são essencialmente o mesmo princípio que muda o seu perfil segundo cada domínio do conhecimento

ao qual é aplicado, para conferir-lhe unidade. Assim, A História, a Física, o Direito possuem causalidades específicas, mas que não diferem na essência do princípio causal universal.

Considerando suas particularidades, percebemos que a relação causal jurídica é uma relação lógica, estabelecida pelas normas jurídicas entre o fato jurídico (causa) e a conduta prescrita (efeito).

A causalidade jurídica possui caracteres próprios que a diferenciam das demais espécies de causalidade: primeiro, não é cronologicamente determinada. Significa que, sendo a norma jurídica um nexa *a priori*, a relação causal é logicamente determinada antes de ocorrida a causa, embora historicamente a norma jurídica seja elaborada após o fato social ocorrido. No mundo físico, contrariamente, a causalidade é determinada cronologicamente e *a posteriori*, devido à sua estrutura lógica descritiva.

Em segundo lugar, é possível existir causalidade no mundo jurídico sem a ocorrência positiva de um fato: a causa jurídica pode ser uma omissão (ou não-fato, por definição), tal como ocorre na confissão por revelia. Esta situação seria impensável no plano físico, em que a causa deve ser necessariamente um fato positivo.

Em terceiro lugar, e por ser específica, é possível haver a retroeficácia de uma norma jurídica, e até mesmo a supressão do fato-causa, como se este nunca houvesse ocorrido (anistia e revogação dos atos administrativos, por exemplo). No plano físico, uma vez ocorrida a causa, necessariamente dá-se a consequência, independentemente da vontade humana.

Considerando que o Direito possui duas dimensões, a Ciência do Direito (descritiva) e o Direito Positivo (conjunto de normas jurídicas), localizamos a segunda diferença no pensamento dos dois autores: para Kelsen, a causalidade localiza-se no plano da Ciência do Direito. Para Vilanova, a causalidade está localizada no plano do Direito Positivo pois o nexa lógico entre causa e consequência é estabelecido por normas jurídicas.

A relação causal é composta por três elementos lógicos: a causa, o functor e o consequente. No mundo jurídico, a causa é sempre o fato jurídico; o functor é a partícula "dever-ser", indicativa da relação deontica; e o consequente é a conduta prescrita pela norma, cujo conteúdo é um poder ou dever jurídico.

O fato jurídico exerce a função sintática de causa, definido como todo evento capaz de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Pode conter ou não o elemento volitivo, segundo sua categoria: os fatos jurídicos em sentido estrito são eventos naturais, independentes da vontade humana; os atos-fatos são atos humanos em que o elemento volitivo é desconsiderado pela norma e os atos

jurídicos são manifestações de vontade capazes de criar, modificar ou extinguir direitos e deveres.

O segundo elemento da relação causal normativa é o functor “dever-ser”. Analisando a estrutura da norma jurídica, verificamos que:

- Para Kelsen, a proposição normativa tem a seguinte estrutura, elípticamente tratada: “A deve-ser B”. Percebe-se que há apenas o functor deontico ligando os termos da proposição, sendo a imputação logicamente diferente da causalidade física, pois possuem estruturas absolutamente distintas, irreduzíveis uma à outra.

- Para Vilanova, a estrutura da norma jurídica é composta por duas proposições: uma *descritiva*, em que se realiza a descrição do fato jurídico, denominada hipótese de incidência; e uma parte *prescritiva*, em que há a fixação da conduta devida, nos modos facultado, proibido e obrigatório. Esta diferenciação repercute no próprio conceito de causalidade: Vilanova admite que, embora irreduzíveis um ao outro, o “ser” e o “dever-ser” são complementares e não contrapostos e Kelsen, ao contrário, concebe “ser” e “dever-ser” como sistemas diferentes e contrapostos.

O terceiro elemento da relação causal jurídica é a relação jurídica, formada pelas condutas prescritas, tendo como conteúdo os poderes e deveres, compondo o conseqüente da relação causal.

A relação entre o fato jurídico e as condutas devidas é contingente pois pode submeter-se a termos, condições suspensivas e resolutivas, aos diversos graus de invalidade, bem como à liberdade humana, decidindo pelo exercício ou não exercício de direitos e deveres. Assim, percebe-se que o plano eficaz da relação causal é composto pelas condutas, cujo conteúdo pode ser o de um a faculdade ou de um dever. A causalidade, então, é estabelecida pela norma entre o fato jurídico e a conduta prescrita.

Pelo exposto, identificamos basicamente três divergências entre as concepções de causalidade de Kelsen e Vilanova:

1) A primeira é terminológica: Kelsen denomina *imputação* à causalidade jurídica, por considerá-la um princípio diferente, embora análogo à causalidade, que só se refere ao mundo físico. Para Vilanova, ao contrário, causalidade jurídica e física são apenas especializações do princípio universal causal, o qual muda o seu perfil para ordenar cada sistema do conhecimento.

2) A segunda refere-se ao plano em que ocorre a causalidade normativa: para Kelsen, a imputação se dá no nível da Ciência do Direito e para Vilanova a relação é estabelecida no plano do Direito Positivo, sistematizando os fatos próprios do mundo jurídico.

3) Em relação à concepção da estrutura norma jurídica, Kelsen trata elípticamente a norma jurídica como uma relação implicacional entre os termos

integrantes, destacando como primária a norma que estatui a sanção (esquemáticamente: "A deve-ser B").

Vilanova, analiticamente, demonstra que a norma jurídica é composta por duas proposições: uma descritiva, em que se faz a descrição do fato jurídico, denominada hipótese de incidência; e a prescritiva, através da qual a norma fixa poderes e deveres, estabelecendo determinada conduta como facultada, obrigatória ou proibida.

VII - Bibliografia

- AFTALIÓN & VILANOVA. Introducción al estudio del Derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- CASTRO, Torquato. O Fato Jurídico. Anuário do Mestrado em Direito, nº 2-3. Recife: UFPE, jan/dez de 1983.
- CASTRO JÚNIOR, Torquato. A nulidade como qualificação jurídica negativa. Recife: 1992.
- COPI, Irving Marmer. Introdução à Lógica. São Paulo: Mestre Jou, 1978.
- JOLIVET, Régis. Tratado de Filosofia. Tomo I (Introdução Geral - Lógica e Cosmologia). Rio de Janeiro: Agir, 1969.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da Norma Jurídica e o Fato Jurídico. Revista de Informação Legislativa, Volume 21, fascículo 84. Brasília: out/dez de 1984.
- KELSEN & COSSIO. Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho (Teoría egológica y Teoría Pura). Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda, 1952.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Coimbra: Armênio Amado, 1984.
- KELSEN, Hans. Teoria Geral das Normas. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.
- KELSEN & KLUG. Normas jurídicas e análise lógica. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MARITAIN, Jacques. Elementos de Filosofia. Volume II - Lógica Formal. Rio de Janeiro: Agir, 1989.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Curso de Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MELO, Marcos Bernardes de. Contribuição à Teoria do Fato Jurídico. Maceió: Edufal, 1982.
- MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SANTORO-PASSARELLI. Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra: Atlântida, 1962.
- VILANOVA, Lourival. Ciência do Direito e Lógica Jurídica. Revista da Faculdade de Direito de Cruz Alta, nº 1, 1972.
- _____. Lógica, Ciência do Direito e Direito. Justitia, volume 81. São Paulo: 1973.
- _____. O universo das formas lógicas e o Direito. Estudos Universitários. Recife: UFPE, vol 1 e 2, jan/jun, 1975.
- _____. O dever-ser nos enunciados. Anuário do Mestrado em Direito, nº 1. Recife: UFPE, 1976.
- _____. Lógica Jurídica. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- _____. As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

- _____ . Teoria da Norma Fundamental. Estudos em Homenagem a Miguel Reale. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- _____ . Níveis de Linguagem em Kelsen. Revista Brasileira de Filosofia. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, Volume XXXII jan/fev/mar. 1982.
- _____ . Norma Jurídica - Proposição Jurídica. Revista de Direito Público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 61, jan/mar de 1982.
- _____ . Causalidade e Relação no Direito. São Paulo: Saraiva, 1989.

O DIREITO COMO SISTEMA RUMO A UMA HERMENÊUTICA DOS PRINCÍPIOS¹

Marcos André Couto Santos (Aluno de Graduação do Curso de Direito da UFPE - Pesquisador do Projeto PIBIC/CNPq - Monitor de Direito Financeiro II; Ex-Monitor de Direito Constitucional)

SUMÁRIO: I - Introdução; II - A idéia de sistema no Direito; III - Os princípios e sua importância; IV - Os princípios e as normas jurídicas: diferenças e complementariedades; V - A interpretação sistêmica do Direito através dos princípios; VI - Conclusão; VII - Bibliografia Referencial.

I - Introdução

O presente trabalho busca delimitar uma hermenêutica jurídica apoiada principalmente em princípios gerais do direito, em princípios constitucionais e em normas-princípios.

Esta atenção da hermenêutica pelos princípios e sua caracterização não é nova dentro da doutrina mais conceituada da Teoria Geral do Direito e do Direito Público (cf. BOBBIO, 1991; BONAVIDES, 1993), quando se observa que as normas devem ser aplicadas e concretizadas numa interpretação sistêmica apoiadas nos princípios gerais, doutrinários e fundamentais de um ordem jurídica.

Esta hermenêutica estruturada basilamente em princípios não pode ser confundida como sendo Direito Alternativo nem mesmo como sendo um "uso alternativo do direito", pois a interpretação sistêmica do fenômeno jurídico deve ser uma diretriz vinculante dentro da modernidade de um ordenamento jurídico-positivo.

Neste aspecto, seguimos o entendimento de Alexandre da Maia que em brilhante passagem afirma: "Não concordamos com a nomenclatura utilizada para definir as esferas narradas acima, pois elas não concretizam um uso alternativo do direito: apenas se busca uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico estatal, não observando o caso concreto à luz de uma única norma jurídica aplicável, dentro da limitação dogmática do sistema do Estado. O jurista, ao atuar, não pode reduzir sua tarefa a um mero resultado de um silogismo aplicativo: deve

¹ Estudo em homenagem ao Prof. Dr. José de Moura Rocha, Prof. Dr. Ivo Dantas, Prof. João Parente, Profa. Regina Rosa e Silva pela coragem, luta e amor pelo Direito e pela crença em um futuro melhor com paz, justiça e harmonia social.

observar o ordenamento estatal como um sistema complexo, a funcionar de maneira interligada.” (DA MAIA, 1997:45)

Logo, a interpretação sistemática e o estudo dos princípios e normas-princípios no Direito adquirem importância fundante para a construção de uma ordem jurídica mais justa e conectada com os anseios populares, atendendo o aplicador e operador do direito aos fins sociais a que as normas jurídicas se destinam e ao bem comum (Art. 5º, LICC).

Bem assevera sobre os princípios e a hermenêutica Tarso Genro que afirma: “na nossa doutrina mais qualificada já é reconhecida a superioridade dos princípios de direito para a orientação interpretativa. Esta superioridade permite, pois, eventuais ou sucessivas derrogações impróprias (ineficácia das normas perante um caso concreto) para proteger a totalidade e a própria teleologia do ordenamento”. (GENRO, 1991:19)

Então, para efetiva compreensão do fenômeno social-prescritivo do Direito, conseguindo transformar as meras proposições normativas em normas jurídicas dinâmicas e concretizáveis que atendam a uma realidade justa e ao bem comum, necessário se faz uma prévia análise do que venha a ser o Sistema Jurídico na atualidade; o que se entende por princípios no Direito e sua importância; bem como as diferenças e complementariedades entre as estruturas das normas-regras e das normas-princípios.

Por fim e como consequência lógica, percebe-se que o entendimento do direito enquanto sistema e a observação das normas-princípios em sua essência e caracteres basilares, demonstrará a importância de um hermenêutica sistemática apoiada nos princípios fundantes de um ordenamento jurídico.

II – A Idéia de Sistema no Direito

O Direito não é entendido na atualidade como um amontoado de regras, leis e normas jurídicas desconexas e sem significado axiológico. Hoje, deve se observar o direito como um sistema de regras e preceitos que normatizam as relações inter-subjetivas dos indivíduos em sociedade e estabelecem a organização estática e dinâmica do ente estatal.

Assim, o Direito e seus diversos ramos se organizam e estruturam em um ordenamento, isto é, num conjunto harmônico e integrado de normas, regras e princípios estruturados e relacionados entre si. Este ordenamento, por consequência, corresponde à idéia de um sistema com forma e organização estabelecida por preceitos e princípios definidos tanto no plano dogmático quanto no âmbito zetético.

Sistema, segundo Paulo Bonavides, é “palavra grega; originariamente significa reunião, conjunto ou todo. Esse sentido se ampliou porém de tal modo

que por sistema veio a entender-se, a seguir, o conjunto organizado de partes, relacionadas entre si e postas em mútua dependência.” (BONAVIDES, 1983:89)

Já Bobbio, em genial posicionamento, vê o sistema como “uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si.” (BOBBIO, 1994:71)

Depois de dar esta definição para o sistema, admite o grande jusfilósofo italiano que existem pelo menos três acepções para a palavra sistema, quais sejam, sucintamente:

1-) Sistema como ordem dedutiva. Ou seja, um dado ordenamento, nesta teoria é um sistema enquanto suas normas e regras são deriváveis de alguns princípios gerais. Seria a idéia de um Direito Natural com seus princípios superiores informando uma ordem jurídico-positiva determinada.

2-) Sistema como ordem indutiva. Na ciência jurídica moderna, inaugura-se com Savigny a idéia de sistema jurídico para indicar o ordenamento da matéria, realizado através do processo indutivo, isto é, parti-se do conteúdo de simples normas, obtendo conceitos e idéias mais gerais. Acreditam, os adeptos desta corrente, que o sistema jurídico seria formado por princípios obtidos pela indução dos significados do conjunto das normas jurídicas de um ordenamento.

3-) Sistema como ordem dinâmica. A terceira teoria, que explica como se constituiria um sistema jurídico, deriva da idéia de harmonização do ordenamento com a estipulação de princípios que coordenariam as normas jurídicas e manteriam uma estrutura pacífica no meio social. Os adeptos desta doutrina entendem o sistema jurídico como a feição dinâmica de um processo construtor de preceitos e princípios que preservam direitos e mantêm a paz social.

É importante ressaltar que a intenção de se estruturar e definir um sistema jurídico não significa isolá-lo da realidade fática ou do contexto social no qual está incluso. Ao contrário, a formação de um sistema legal permite que o Direito receba influências do meio ambiente externo e se renove continuamente com base em preceitos não-normativos, estranhos ao seu código binário lícito/ilícito.

Em vistas disto, o novo caminho da diretriz sistêmica torna o Direito uma estrutura permeada de historicidade e valor, ou seja, o Direito se cria como superestrutura dos demais sistemas sociais sempre numa revitalização dinâmica da realidade. (BONAVIDES, 1983:105)

O Direito, portanto, se constrói em um ordenamento sistematizado que tem uma estrutura e repertório de preceitos normativos e não-normativos, ou seja, o Direito é formado basilamente por normas jurídicas (normas-regras), mas também é informado por princípios gerais implícitos, princípios explícitos e normas-princípios dentro do sistema normativo, bem como por valores plasmados

no seio da sociedade, valores estes que se refletem principalmente nas Cartas Fundamentais de cada Estado.

Então, o Direito é estruturado, na magistral lição de Miguel Reale, pela integração do FATO, VALOR E NORMA, elementos estes aglutinados e regidos por uma estrutura principiológica específica dentro de cada ordem jurídico-estatal.

Coroando este entendimento da mesclagem do Fato, Valor e Norma dentro do sistema jurídico, tem-se a lição de Tercio Sampaio Ferraz: "O sistema é apenas uma forma técnica de conceber os ordenamentos, que são um dado social. A dogmática capta o ordenamento, este complexo de elementos normativos e não-normativos e de relações entre eles, de forma sistemática para atender às exigências da decidibilidade de conflito... a idéia de sistema permite traçar contornos, posto que sistema implica a noção de limite, esta linha diferencialmente abstrata que nos autoriza a identificar o que está dentro, o que entra, o que sai e o que permanece fora." (FERRAZ JR., 1994:225)

A visão sistêmica do fenômeno jurídico nos permite compreender e aceitar cientificamente o caráter dinâmico do direito que a cada dia recebe enormes influências externas do meio ambiente social, visando a se reestruturar e acolher novos valores e preceitos não-normativos na sua dimensão axiológica.

Permite-se, também, que através da noção de Sistema Jurídico se torne possível a modificação contínua dos valores jurídicos através de injunções dos grupos sociais organizados de uma coletividade; criando-se, pois, uma grande adaptabilidade do sistema normativo aos anseios populares.

De outro lado, a criação e a delimitação de um sistema jurídico de normas e princípios serve para melhor proteção das leis e do Estado Democrático de Direito, uma vez que na formulação de uma estrutura hierárquica de normas e no estabelecimento de preceitos e diretrizes de proteção máxima a certos valores fundamentais de uma coletividade (vida, liberdade, segurança, propriedade, paz), está-se dando aos indivíduos garantias contra os abusos dos organismos estatais e das classes dominantes da sociedade.

Observa-se, assim, que a construção metódica de um Sistema Jurídico gera e elenca valores fundamentais e imprescindíveis para uma coletividade, tornado **ESTÁTICO E CONSERVADOR** o ordenamento jurídico neste sentido, mas ao mesmo tempo aceita as injunções de elementos zetéticos externos ao sistema normativo, que filtrados podem contribuir para uma "oxigenação" da ordem jurídica como um todo, gerando **DINAMICIDADE E EVOLUÇÃO**.

É nesta dialética de conservação e transformação que deve se construir um sistema jurídico de regras e princípios, como bem nos ensina Canotilho: "o sistema jurídico do Estado de direito democrático é um sistema normativo aberto de regras e princípios....(1) - é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) - é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica,

traduzida na disponibilidade e 'capacidade de aprendizagem' das normas constitucionais captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da 'verdade' e da 'justiça'; (3) - é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita por normas; (4) - é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras." (CANOTILHO, 1985:165)

Sinteticamente, o "conceito de ordenamento é operacionalmente importante para a dogmática; nele se incluem elementos normativos (as normas que são os principais, e não-normativos (definições, critérios classificatórios, preâmbulos etc.); sua estrutura revela regras de vários tipos; no direito contemporâneo, a dogmática tende a vê-lo como um conjunto sistemático: quem fala em ordenamento pensa logo em sistema." (FERRAZ JR., 1994:175)

É com este entendimento do Direito como sistema aberto de normas, regras, valores, plasmado por influências do meio ambiente social regido por regras estruturantes e diretrizes fundamentais, que se analisará o sentido dos princípios de uma ordem jurídica, a sua diferença para as normas jurídicas e a interpretação que devemos dar ao ordenamento jurídico como um todo na contemporaneidade.

III - Os Princípios e a sua Importância

Segundo Carlos Ari Sundfeld, "os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se." (SUNDFELD, 1996:137)

Já Luís Roberto Barroso, entende que os princípios "são, precisamente, a síntese dos valores principais da ordem jurídica. A Constituição é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem. A idéia de sistema funda-se na harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica há valores superiores e diretrizes fundamentais que 'costuram' suas diferentes partes.... eles (os princípios) indicam os pontos de partida e os caminhos a serem percorridos." (BARROSO, 1993:285)

O Professor Ivo Dantas em posição bastante feliz afirma que "princípios são categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos nos esquecer de que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-positivo, refletem eles a própria estrutura ideológica do Estado." (DANTAS, 1995: 118)

Ainda levamos a colação, a propósito da conceituação dos princípios dentro de um sistema jurídico, a magistral e clássica lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem "Princípio é, por definição, mandamento nuclear

de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.” (MELLO, 1986: 285)

Pelo que se infere das definições estipuladas supra, os princípios dentro da órbita jurídica são VALORES fundamentais de um sistema, PRECEITOS basilares explícitos ou implícitos de uma organização jurídico-política, que dão o sentido e influenciam a compreensão do ordenamento jurídico como um todo. Como se verificará em item posterior, a interpretação do Direito deverá, para obtenção e consecução do real sentido e alcance das regras normativas e dos anseios sociais, basear-se nos princípios fundantes de um sistema jurídico-positivo.

Assim, os princípios são os valores maiores de uma ordem jurídica. Na maioria das situações, são insuscetíveis de serem retirados e revogados num sistema democrático e constitucional, nem mesmo por meio de uma Reforma da Constituição. São princípios de alta carga semântica, de enorme significado, que influenciam e se projetam por toda a seara jurídica.

Alguns consideram até os princípios dentro do ordenamento jurídico como sendo normas de Direito Natural, devido a sua preeminência e influência sobre todo um sistema jurídico estatal.

Os princípios, neste aspecto, são importantes para todo o ordenamento jurídico, pois o Direito não pode se esgotar em simples diplomas legais revogáveis pelo poder constituído. É necessário haver certos preceitos que protejam direitos fundamentais como garantia mínima da sociedade nos planos políticos, econômicos e humanos.

São duas as principais utilidades dos princípios, quais sejam: determinar a mais correta e coerente interpretação das demais normas jurídicas de um sistema normativo e permitir a colmatação das lacunas de um sistema.

Quanto a função interpretativa que citaremos com mais detalhes em item próprio, pode-se dizer segundo Carlos Ari Sundfeld que:

“ a) é incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios.

b) quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios;

c) quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o do princípio.” (SUNDFELD, 1996:141-142).

Existem vários tipos e graus de princípios dentro do ordenamento jurídico de um Estado: existem os princípios fundamentais, os princípios gerais do direito

ou doutrinários e os princípios setoriais. A maioria destes princípios aparecem expressos na texto fundamental das *Cartas Magnas* de cada Estado, entretanto às vezes eles são inferidos por meio da análise do sistema; estando, pois, implícitos.

Os princípios gerais ou doutrinários são aqueles que explicitam o conteúdo e a estrutura fundamental de um sistema normativo. Por exemplo, o princípio da supremacia da constituição federal, o princípio da hierarquia das normas, o princípio da continuidade da ordem jurídica, o princípio da interpretação conforme a constituição, o princípio da unidade do ordenamento jurídico.

Já, os princípios fundamentais são os que visam a limitar o poder absoluto do Estado em favor do indivíduo, são também conhecidos como direitos humanos. Por exemplo, direito à vida, liberdade, igualdade, segurança, paz, intimidade, o devido processo legal são principalmente os preceitos localizados na sua maioria no Art. 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Por sua vez, os princípios setoriais informam e influenciam ramos jurídicos específicos. Deste modo, no Direito Privado, temos o princípio da autonomia da vontade, princípio da boa fé, o princípio da igualdade das partes. No Direito Público, temos os princípios da submissão do Estado a ordem jurídica, princípio da função ou competência, princípio da publicidade, princípio da igualdade dos particulares frente a ordem pública, princípio da responsabilidade objetiva do Estado por danos.

Há também os princípios fundantes de cada sub-ramo específico do Direito. Por exemplo, o Direito Tributário é informado pelos princípios basilares da estrita legalidade, anterioridade tributária, capacidade contributiva, economicidade, publicidade, entre outros.

Estes diversos princípios estão hierarquizados. Assim, os princípios gerais ou doutrinários formam a estrutura e criam o arcabouço de todo o sistema jurídico de uma coletividade, informando desde a Constituição em sua organização até os atos infra-legais como os decretos de mera execução.

Já, os princípios fundamentais, que fazem o Estado se omitir de agredir o cidadão em sua esfera privada, correspondem a um não fazer, e também os conhecidos direitos sociais-econômicos característicos do Estado Providência ou de Bem-Estar, que implicam num fazer ou num dar do Estado atuando positivamente na concessão de direitos, são princípios que devem ser respeitados por toda a sociedade.

Por último, os princípios setoriais, que apenas informam cada esfera ou ramo jurídico específico, devem respeito aos princípios gerais e fundamentais tanto explícitos nas Constituições e Leis como os implícitos, ou seja, derivados da interpretação jurisprudencial ou doutrinária.

É importante ressaltar que muitas vezes os princípios setoriais decorrem de uma inferência lógica dos princípios fundamentais. Por exemplo, o princípio da estrita legalidade característico do Direito Tributário decorre do princípio da legalidade que informa o Direito Administrativo que por sua vez recebe influências do princípio da legalidade geral do Art. 5º, II, da C.F./88 que determina: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”.

É bastante normal e corriqueiro haver diante de casos concretos o choque entre dois princípios jurídicos, caberá nestas situações ao intérprete e aplicador da lei harmonizar os princípios e aplicar aquele que mais se adequar à situação fática presente.

Por exemplo, a administração pública com base no princípio do interesse coletivo resolve desapropriar um terreno. O particular acha injusto a escolha da sua área para desapropriação. A administração, então, tem de motivar o ato de desapropriação demonstrando as razões de fato e de direito que a legitimam para constringer o princípio da propriedade privada. Só se ficar demonstrado que o benefício público vai ser maior do que a perda do particular é que se justifica a desapropriação com base no *ius imperium*, ocorrendo a flexibilização do princípio fundamental da propriedade diante do interesse coletivo.

Perceba, entretanto, pelo exemplo referido, que os princípios mesmo se chocando acabam por harmonizar-se a bem da prevalência do interesse público e outros valores maiores no meio social.

Bem assevera neste aspecto Canotilho, afirmando que há “ o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma ‘lógica do tudo ou nada’, antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu ‘peso’ e as circunstâncias do caso.” (CANOTILHO, 1989:190).

Em suma, os princípios estruturantes: gerais, fundamentais e setoriais estão dispostos na Constituição de um Estado e no ordenamento jurídico, dando a conformação de todo um sistema jurídico-político.

O estudo destes princípios e sua real compreensão ocasionariam, sem dúvida alguma, uma maior respeitabilidade à ordem jurídica e também uma maior efetivação dos preceitos legais referentes ao desenvolvimento da cidadania no contexto de uma ordem jurídica bem estruturada e fundamentada.

Partamos agora para a diferenciação mais específica das normas-princípios para normas-regras jurídicas.

IV - Os Princípios e as Normas Jurídicas: Diferenças e Complementariedades

Algumas diferenças são elencadas por Canotilho a propósito da distinção entre regras e princípios, quais sejam (CANOTILHO: 1989:166-167):

1-) Os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.

2-) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.

3-) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas da natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico.

4-) Proximidade da idéia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na idéia de direito; as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;

5-) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são as normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Já, Carlos Ari Sundfeld cita as seguintes diferenças básicas das regras para os princípios: “o princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de por em risco a globalidade do ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido que vai daquelas para estas.” (SUNDFELD, 1996:140)

Assim, à guisa de comparação, pode-se dizer que os Princípios são: primeiro, abstratos, tendo pequena concretização jurídica; segundo, são valorativos, isto é, possuem uma grande carga semântica ou de conteúdo; são implícitos ou explícitos, já que estão dispostos na Constituição, nas Leis, ou são inferidos do Sistema Jurídico como um todo; terceiro, são perenes, isto é, não caducam ou perde seu conteúdo semântico com facilidade; quarto são sistêmicos, ou seja, integrados e interpretados organicamente dentro da órbita jurídica.

As Normas ou Regras jurídicas, por sua vez, são: primeiro, concretas, tendo alta capacidade de concretização jurídica; segundo, têm menos carga semântica ou valorativa; terceiro, as normas são explícitas, isto é, estão estipuladas e escritas ou derivam excepcionalmente de costumes; quarto, as regras podem cair em desuso sem agressão a harmonia do sistema jurídico; quinto, as normas geralmente são interpretadas isoladamente através dos métodos gramatical e lógico.

Celso Antonio Bandeira de Mello, também, traça a diferença entre princípios e normas, mostrando que o princípio é basilar e essencial para um sistema normativo, não podendo sofrer agressões. Atesta, pois, o dileto publicista a hierarquização e superioridade dos princípios e normas.

Conclui o Douto Professor: “Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais” (MELLO, 1986:230)

O conhecimento dos princípios é condição essencial para correta aplicação das regras e para o real entendimento do alcance destas regras/normas jurídicas. Aquele que só conhece as regras, apenas conhece o direito pela metade, não tendo a compreensão exata da dimensão deste objeto cultural.

Importante, por fim, anotar que fora as dessemelhanças existentes entre as normas e os princípios, ambos se integram para a formação do Ordenamento Jurídico de uma organização estatal. As diferenças de um para o outro, acabam por complementá-los, permitindo uma melhor harmonização do sistema jurídico-normativo. Neste ponto, os princípios influenciam as normas em sua generalidade e através de sua grande carga semântica, já as normas, por sua vez, concretizam os ideários e preceitos dos princípios no mundo dos fatos.

É nesta complementariedade que deve ficar estabelecido o relacionamento dos princípios com as normas/regras jurídicas, visando a proteção e desenvolvimento do sistema jurídico como um todo orgânico e ordenado.

V – A Interpretação Sistêmica do Direito Através dos Princípios

Interpretar é, segundo Carlos Maximiliano, “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.” (MAXIMILIANO, 1994:9)

O ato de interpretar no Direito corresponde estritamente à atividade cognitiva de perceber o sentido e alcance das regras jurídicas. Lembra Paulo Nader que “... o Direito encerra significados. Interpretar o Direito representa revelar o seu sentido e alcance.” (NADER, 1992:284) O sentido corresponde à percepção do conteúdo e da finalidade da norma jurídica, enquanto o alcance serve para atestarmos em que lugar, tempo e para que pessoas a norma é válida e vigente.

Existem vários processos/métodos interpretativos: método gramatical, lógico, teleológico, sistemático.

A hermenêutica moderna procura mesclar os diversos métodos interpretativos, objetivando atingir a melhor inteligência das normas jurídicas concretas, neste aspecto citamos o Jusfilósofo João Maurício Leitão Adeodato que ao analisar o pensamento do jurista alemão Friedrich Müller assim se refere à integração dos métodos de interpretação normativa: "Müller entende que a interpretação do texto da norma compreende as etapas tradicionalmente apontadas, tais como gramatical, lógica, sistemática e também uma avaliação subjetiva. Este elemento subjetivo, histórico e genético trabalha com textos de normas que não são os mesmos envolvidos na concretização normativa no caso sob exame, mas são textos de normas anteriores. A interpretação genética prende-se aos elementos da *Entstehungsgeschichte*, ou seja, que processos históricos deram a feição com a qual o texto se nos mostra agora, como quando se estudam os anais da Constituinte. Ao estabelecer as regras de preferência, Müller ainda concede que os elementos imediatamente legados ao texto da lei, como o gramatical e o sistemático, são privilegiados na interpretação da norma diante do caso concreto e que o texto da norma é extremamente importante em sua concretização." (ADEODATO, 1997:09)

O Método Sistemático consiste em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repertório e leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. (MAXIMILIANO, 1994:128).

A interpretação sistemática pressupõe a unidade e a delimitação dos princípios fundantes de um ordenamento jurídico. É com base na comparação e na inteligência destes preceitos fundamentais em relação às regras jurídicas a serem interpretadas que se infere o verdadeiro âmbito de validade, vigência e eficácia de uma norma jurídica concreta.

Assim, na interpretação sistêmica do Direito, procura-se recorrer aos princípios gerais e fundamentais do ordenamento jurídico, bem como às leis como um todo e por meio da comparação atingir o sentido e alcance de normas jurídicas específicas dentro de um sistema normativo.

Pelo que se percebe, para se conseguir sucesso na interpretação sistêmica, é necessário o bom conhecimento do ordenamento jurídico em sua completude, bem como a percepção clara dos princípios e estruturas básicas que regem uma organização jurídico-política.

A interpretação sistêmica do ordenamento é possível, porque, como já observamos, o Direito não é um conglomerado caótico e dissociado de preceitos; constitui-se numa unidade orgânica, organismo regular, enfim o Direito está organizado em um SISTEMA (ver item II deste trabalho).

O bom hermenauta deve partir, no ato de interpretação de uma norma jurídica concreta, da exegese dos princípios gerais ou setoriais que informam um Sistema Normativo, verificando posteriormente o nexos entre a norma e o princípio

que a informa , visando a atingir com maior facilidade e precisão o verdadeiro sentido e alcance da regra jurídica em análise.

Atesta-se, pois, que a interpretação mais acertada das normas jurídicas vem acompanhada do entendimento dos princípios fundamentais de um Sistema Jurídico, já que dos princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem-se outros mais concretos até se atingir as normas jurídicas meramente dispositivas ou definidoras de condutas.

Logo, interessante notar que a interpretação sistêmica do direito, com base nos princípios fundamentais do ordenamento e dos preceitos setoriais referentes a determinada matéria jurídica, levam a uma presunção de acerto quando a exegese resulta de comparar trechos de um mesmo diploma legal, inferindo o sentido da norma com base em princípios do ramo jurídico específico e também confrontando-o com os valores maiores da coletividade estatal.

Um exemplo para clarificar as idéias: o entendimento correto do princípio da submissão do Estado a ordem jurídica permiti-nos compreender com acerto até onde vai a discricionariedade do ente governamental ou administrativo no exercício do seu poder regulamentar e de polícia, dispostos em normas infra-legais.

É importante ressaltar que a interpretação sistêmica permite também a integração e o suprimento das lacunas que porventura existam no sistema jurídico. Assim, para suprimir as lacunas lógicas de um determinado ordenamento jurídico, vital se torna a real intelecção e compreensão das finalidades e dos princípios fundantes da ordem jurídica, visando a integrar e corrigir o mais racionalmente possível uma incongruência do sistema normativo em busca da harmonia interna de todos os preceitos do ordenamento jurídico-positivo.

A hermenêutica, como ciência da interpretação, tem também uma função social premente, pois permite o redimensionamento das normas jurídicas e uma flexibilização das regras através da atuação da sociedade e a vivência dos tribunais acerca da interpretação legal.

Cite-se neste aspecto, Tércio Sampaio Ferraz em passagem lapidar afirma: " O sentido das normas vem desde o seu aparecimento, 'domesticado'. Mesmo quando, no caso de lacunas, integramos o ordenamento da a impressão de que o intérprete está se guiando pelas exigências do próprio real concreto, o que se faz, na verdade, é guiar-se pelas próprias avaliações do sistema interpretado. Esta astúcia da razão dogmática põe-se, assim, a serviço do enfraquecimento das tensões sociais, na medida em que neutraliza a pressão exercida pelos problemas de distribuição de poder, de recursos e de benefícios escassos... a hermenêutica possibilita uma espécie de neutralização dos conflitos sociais, ao projetá-los numa dimensão harmoniosa. "(FERRAZ JR., 1994:308)

Acreditamos, piamente, que a hermenêutica tem este sentido de apaziguadora das pendências e conflitos sociais referidos pelo Professor e

Jusfilósofo Tércio Sampaio Ferraz, todavia pensamos que a hermenêutica possui uma função bem mais significativa no plano da interpretação sistêmica, qual seja: garantir aos cidadãos proteção contra os abusos do poder econômico, das classes dirigentes tanto internas quanto externas, dos burocratas e políticos estatais através da valorização da interpretação das diversas regras de direito com base na comparação e delimitação do conteúdo dos PRINCÍPIOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS GERAIS E FUNDAMENTAIS.

VI - Conclusão

A idéia da interpretação sistêmica, defendida neste trabalho como devendo estar apoiada na compreensão dos princípios fundantes de um ordenamento jurídico, constitui uma das mais importantes conquistas da dogmática jurídica nos tempos modernos. Isto ocorre porque o direito passa com esta técnica interpretativa a ser reformulado, ganhando em densidade semântica e em concretização, segundo uma auto-construção e revitalização estabelecidos pela influência de princípios fundamentais do próprio sistema jurídico-positivo.

A interpretação das normas jurídicas com base nos princípios fundamentais de um ordenamento jurídico é sem dúvida a base para a garantia de valores e direitos mínimos ao indivíduo (Direitos Humanos de 1º Geração, p.ex. vida, liberdade, segurança, propriedade), e também para concretização e aplicabilidade dos preceitos fundamentais de uma ordem social e econômica justa no Estado de Bem-Estar (Direitos Humanos de 2º e 3º Geração, p.ex. saúde, educação, cultura, proteção ao meio ambiente, direito ao desenvolvimento sustentável).

É nesta ótica que se deve efetivar a moderna interpretação das normas jurídicas, uma interpretação não restritiva que procure analisar o sistema jurídico como um conjunto de regras e preceitos harmônicos, identificando os princípios basilares de uma organização jurídico-político-estatal, a fim de denotar-lhes correto entendimento para que possam servir de referência às demais normas jurídicas concretas e reais, em benefício da eficácia e proteção dos direitos fundamentais, econômicos e sociais da comunidade.

Em suma, a aplicação e concretização do direito acabam se construindo a partir da intelecção dos princípios gerais do direito e das normas-princípios como informadores maiores de todo um sistema harmônico de preceitos de um ordem normativa.

Estas breves reflexões a respeito dos princípios e de uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico remodelada para maior segurança e justiça na aplicação das normas são ainda hoje passíveis de críticas pela doutrina. Entretanto, entendemos da maior importância a discussão de temas desta envergadura para o desenvolvimento e melhor entendimento do direito enquanto fenômeno social

prescritor de condutas e de regras vinculantes para a coletividade. Que opiniões outras apareçam, rumo a uma discussão positiva dos novos caminhos para interpretação justa, social e coerente da ordem jurídico-positiva. Está aberto o debate....

VII - Bibliografia Referencial

- ADEODATO, João Maurício Leitão. A "Concretização Constitucional" de Friedrich Müller. Jornal do Bureau. Ano 01, No. 08, pág. 09, 1997.
- BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. 2º edição; Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2º volume; São Paulo: Saraiva, 1989.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Editora da UNB: Brasília, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 4º Edição, 2ª Tiragem; São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- CAÑAS, Antonio Gordillo. Ley, Principios Generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la constitución, de la teoría de las fuentes del derecho. Madri: Editorial Centro de Estudios Remón Areces, 1990.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 3º edição; Coimbra: Almeida, 1989.
- DA MAIA, Alexandre. O movimento do direito alternativo e sua influência no poder judiciário da Comarca do Recife. Revista da OAB - Seccional de Pernambuco. Ano 32, No. 24, 1997, pp. 41-62.
- DANTAS, Ivo. Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1995.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito - técnica, decisão, dominação. 2º edição; São Paulo: Atlas, 1994.
- GENRO, Tarso. Os juízes contra a lei. Lições de Direito Alternativo. 1º edição; São Paulo: Acadêmica, 1991.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 14º edição; Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- NADER, Paulo. Introdução ao estudo do Direito. 7º edição; Rio Janeiro: Forense, 1992.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 2º Edição, 2ª Tiragem; São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

A HERMENÊUTICA JURÍDICA E AS DIVERSAS ESPÉCIES DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Renato Cintra de Barros Pereira (Aluno do 3^o Período da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução: A Hermenêutica Jurídica na perspectiva do presente trabalho; 2. Aplicação do Direito: necessidade de prévia interpretação; 3. Interpretação e Hermenêutica do Direito: conceitos distintos; 4- Espécies de Interpretação do Direito; 4.1. Espécies de Interpretação quanto ao agente; 4.2. Espécies de Interpretação quanto ao processo; 4.3. Espécies de interpretação quanto à extensão; 5. Conclusão: A Importância da Hermenêutica Jurídica para o profissional do Direito; 6. Bibliografia.

1. Introdução: A Hermenêutica Jurídica na perspectiva do presente trabalho

A presente monografia abordará um tema de fundamental importância para qualquer operador do Direito, que é a problemática da Hermenêutica Jurídica. É de conhecimento geral que todo profissional da área jurídica, independentemente do ramo do Direito no qual atue, realiza, no seu cotidiano, uma atividade interpretativa. Daí comprovamos a grande relevância do tema de nosso trabalho, pois é a Hermenêutica Jurídica que sistematiza os processos a serem aplicados para se chegar a uma correta interpretação das expressões do Direito.

A proposta do presente trabalho é, pois, estudar a Hermenêutica e a interpretação do Direito sob diversos aspectos. Contudo não pretendemos, de maneira alguma, esgotar completamente o assunto, visto que este possui grande extensão.

Em princípio, destacaremos a complexidade da difícil tarefa de aplicar o Direito, que exige muita responsabilidade e bom senso dos magistrados, além de implicar uma prévia interpretação das normas jurídicas. Depois disso, procuraremos conceituar a interpretação do Direito e a Hermenêutica Jurídica, bem como estabelecer a distinção entre ambas. Em seguida, apresentaremos uma série de classificações a respeito da interpretação do Direito, segundo três pontos de vista, que consideramos fundamentais: quanto ao agente, quanto ao processo e quanto à extensão.

Por fim, concluiremos nosso trabalho ressaltando a importância da Hermenêutica Jurídica para o profissional do Direito.

2. Aplicação do Direito: necessidade de prévia interpretação

A função do jurista está intimamente ligada à atividade de aplicação do Direito. Um juiz, por exemplo, para solucionar um litígio que surja em sua comarca, tem a função de decidir com base no ordenamento jurídico vigente, ou seja, tem ele o dever de aplicar o Direito. É através da aplicação do direito que se torna possível regular as condutas intersubjetivas e, conseqüentemente, a vida em sociedade.

Todavia, para aplicar o Direito, o juiz se depara com uma série de problemas, entre os quais destacamos a interpretação do Direito, que será um dos principais objetos de nosso estudo neste pequeno trabalho. Além deste, podemos citar também, como problemas decorrentes da tarefa de aplicar o Direito, o conflito de normas, tanto no espaço como no tempo, e a integração do Direito.

A aplicação do Direito não se faz, pois, por um mero raciocínio dedutivo, como pensam alguns autores. Estes argumentam que, para respeitar e manter a segurança jurídica, não se pode sair por demais das proposições normativas contidas na legislação, defendendo, assim, uma aplicação silogística do Direito.

Utilizando o silogismo na atividade jurídica, como bem diz Abelardo Torr , teríamos a lei como premissa maior, o caso concreto como premissa menor e, finalmente, a sentença como conclusão (TORR : 1991, 454).

Conforme assevera o próprio Torr , esse tipo de raciocínio   muito simplista e err neo, na medida em que admite somente uma soluço para cada caso concreto, quando, na verdade, demonstra-se empiricamente que podem existir várias solu es (no mínimo duas) para cada caso. Todas essas solu es são corretas do ponto de vista silogístico, contudo o juiz deverá aplicar apenas uma delas na sentença.

Para cumprir este dever, o juiz fará uma valora o, em virtude da qual escolher  somente uma das solu es, dando preferência àquela que considerar a mais justa de todas. Isto mostra como os valores interferem de uma forma bastante intensa na aplica o do Direito, visto que, para casos concretos idênticos, sob as mesmas condi es,   perfeitamente possível que dois juízes diferentes optem por solu es distintas.

Aplicar o Direito, por conseguinte, não   tão simples quanto possa parecer para um leigo, sendo, na realidade, uma atividade muito complexa. Consoante ensina Cossio, "o pensamento do juiz não são refere o caso   lei por subsun o dedutiva, mas também refere a lei ao caso por dialética estimativa: o caso está submetido   lei por subsun o somente depois que a lei tenha sido declarada apta para o caso por valora o" (TORR : 1991, 456). Isto significa dizer que o raciocínio puramente dedutivo (como  , por exemplo, o silogismo) não   suficiente

para aplicar o direito em um caso concreto, sendo necessário levar em consideração os valores que circunscrevem o caso.

O aplicador do Direito, portanto, tem a tarefa de submeter uma relação da vida real às prescrições da lei, procurando e indicando o dispositivo adaptável a um fato determinado. A aplicação do direito tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano, consistindo, conforme disse Carlos Maximiliano, "no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada" (MAXIMILIANO: 1991, 6).

Consoante Torr , "pode-se dizer que aplicar uma norma jurídica   regular a conduta por ela aludida, frente a uma determinada realidade, mediante outra norma que se enquadra na aplicada" (TORR : 1991, 454). Esta outra norma a que Torr  se refere tem uma generalidade menor do que a norma aplicada, que   mais geral.

Em síntese, a aplica o do Direito pode ser entendida como a atividade de, para um dado caso concreto, empregar uma norma jurídica apropriada para este caso. Um bom juiz, antes de aplicar o Direito, deve fazer uma prévia interpreta o de todas as normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto para, então, escolher aquela que mais se adapta ao fato determinado, de acordo com a sua consciência, com o que lhe parece mais justo. Também deve um bom juiz sempre fazer uso do bom senso, que   de fundamental importância nessa difícil tarefa de aplicar o Direito.

3. Interpreta o e Hermenêutica do Direito: conceitos distintos

Na atualidade, já não há d vidas de que a interpreta o anterior das normas jurídicas   necessária   aplica o do Direito, contudo isso nem sempre foi assim. Na época do auge do racionalismo, ao final do século XVIII e início do XIX, acreditou-se que os códigos e as leis estavam aptos a prever todos os possíveis conflitos intersubjetivos e, por conseq ncia, que a interpreta o não era necessária (TORR : 1991, 457).

H , inclusive, um antigo brocardo latino - *in claris cessat interpretatio* - significando: *lei clara não carece de interpreta o*. Este princípio, que vigorou a partir do Código de Napoleão, não tem nenhum valor científico, ante as triunfantes idéias modernas (MAXIMILIANO: 1991, 33). Este brocardo constitui, pois, um erro absoluto, na medida em que interpretar uma norma jurídica   descobrir e apontar o seu sentido e alcance. Quando a lei   clara, o seu sentido e alcance serão estabelecidos com muita facilidade, porém, mesmo assim, a interpreta o sempre será feita. Isto mostra que a interpreta o   imprescindível para todos os tipos de normas jurídicas e não apenas para as obscuras, cuja interpreta o   mais difícil e, por isso mesmo, a sua necessidade fica mais evidenciada.

Interpretar o Direito pode ser entendido, portanto, como a tarefa de determinar o sentido e o alcance das normas jurídicas. Diz Kelsen que, quando um órgão jurídico aplica o Direito, deve ele fixar o sentido das normas a serem aplicadas, concluindo, pois, que a interpretação é “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”. Completa o raciocínio afirmando que “na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar a norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto” (KELSEN: 1994, 387). Isto evidencia como um magistrado, em sua atividade de aplicar o Direito, não pode, de forma alguma, prescindir da interpretação das normas jurídicas.

Tratando sobre o conceito de interpretação do Direito, assevera Limongi França que, conforme o ensinamento de Fiore, a interpretação da lei é a operação que tem por finalidade “fixar a regra de uma determinada relação jurídica mediante a percepção clara e exata da norma estabelecida pelo legislador” (FRANÇA: 1961, 45). Isto significa dizer que o objetivo da atividade de interpretar a norma jurídica é, simplesmente, a aplicação do Direito.

Já Torr , advertindo que toda norma jurídica, e não são a lei, pode ser interpretada, afirma que interpretar uma norma jurídica   “estabelecer seu verdadeiro sentido e alcance”. Explica este renomado autor que se deve estabelecer o seu sentido porque, como todo objeto cultural, uma norma jurídica também significa algo, tem uma finalidade, ou seja, um sentido. Com rela o   determina o do alcance, assevera Torr  que isto se refere   extensão dessa finalidade ou sentido, pois, com duas leis ou dois projetos, pode-se objetivar uma idêntica ou análoga finalidade, ainda que com alcance distinto (TORR : 1991, 457).

Com o passar do tempo, a técnica de interpreta o foi se desenvolvendo,   medida que novos métodos de interpreta o foram surgindo. Este aperfei amento da arte de interpretar possibilitou a forma o de uma teoria da interpreta o das normas jurídicas, conhecida como Hermenêutica Jurídica, que tem por objeto o estudo e a sistematiza o dos processos que devem ser aplicados para estabelecer, da melhor maneira possível, o sentido e o alcance das normas jurídicas.

  fácil verificar que a interpreta o e a Hermenêutica do Direito estão intimamente relacionados, todavia estes conceitos não devem ser confundidos, como pretendem alguns, que substituem uma palavra pela outra. Hermenêutica e interpreta o não são, portanto, sin nimos, na medida em que a primeira   a teoria da segunda, que, por sua vez,   a aplica o da primeira.

A Hermenêutica, que é a teoria científica da arte de interpretar, estuda e sistematiza os processos, isto é, fixa os princípios necessários para estabelecer o sentido e o alcance das expressões do Direito. Já a interpretação, aplicando os princípios fixados pela Hermenêutica, determina o sentido e o alcance das referidas expressões, ou seja, das normas jurídicas. Em síntese, podemos afirmar que a Hermenêutica é a teoria da interpretação e esta é a prática da Hermenêutica.

4. Espécies de Interpretação do Direito

Há inúmeras espécies de interpretação, que se interpenetram e não se excluem reciprocamente, mas se completam. A doutrina propõe uma série de classificações a respeito da interpretação das normas jurídicas, havendo muita divergência sobre o assunto, principalmente com relação à nomenclatura.

Apresentaremos, neste trabalho, as espécies de interpretação segundo três aspectos, que julgamos fundamentais: 1.º, quanto ao agente da interpretação, ou seja, com relação ao órgão de onde se origina a interpretação; 2.º, quanto ao processo, isto é, com base nos variados tipos de elementos contidos nas leis, que servem como ponto de partida para a sua compreensão; e, finalmente, 3.º, quanto à extensão, quer dizer, segundo o maior ou menor alcance das conclusões do intérprete.

4.1. Espécies de Interpretação quanto ao Agente

A classificação da interpretação das normas quanto ao agente diz respeito ao órgão prolator do entendimento da lei. Sob este prisma, a interpretação pode ser: 1- pública, ou 2- privada. Ela é pública quando é levada a efeito pelos órgãos do poder público, tanto do legislativo, como do executivo, ou ainda do judiciário. É privada quando se origina dos particulares, fundamentalmente dos técnicos da matéria sobre a qual a lei versa (FRANÇA: 1961, 47).

A interpretação pública é subdividida em autêntica e judicial. A interpretação autêntica, também denominada legislativa, é aquela que emana do próprio legislador, ou seja, é a que se origina do próprio poder autor do ato cujo sentido e alcance são declarados pela interpretação. Isto é feito mediante as chamadas leis interpretativas, implicando a natureza obrigatória da interpretação autêntica, pois esta se realiza por meio de uma lei que é incorporada à anterior para formar parte da mesma.

Já a interpretação judicial, também conhecida como judiciária, jurisprudencial ou até usual, é aquela que é realizada pelos órgãos do poder judiciário, tanto pelos tribunais como pelos juízes. Este tipo de interpretação tem natureza obrigatória pelo menos com relação às partes em litígio em um caso *sub*

judice. A interpretação judicial, no caso de ser firmada a jurisprudência, pode também ser obrigatória para todos os casos concretos semelhantes subsequentes.

A interpretação privada é também denominada doutrinária ou científica, visto que é realizada pela doutrina, pelos juristas e comentadores, que analisam os textos com base nos princípios filosóficos e científicos do Direito e da realidade social. A interpretação doutrinária, não obstante poder influir nas decisões judiciais devido a seus princípios lógicos e a seu conteúdo, não tem natureza obrigatória, ao contrário do que ocorreu em Roma no passado, quando as opiniões dos jurisconsultos Papiniano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino tiveram obrigatoriedade (TORRÉ: 1991, 461). A interpretação doutrinária, portanto, pode até induzir a interpretação judiciária ou a autêntica, contudo não obriga por si mesma.

4.2. Espécies de Interpretação quanto ao processo

A interpretação quanto ao processo pode ser, basicamente: 1- gramatical; 2- lógica; e 3- sistemática.

A interpretação gramatical, também conhecida como interpretação filológica, é aquela que toma, como ponto de partida, a análise do significado e do alcance das palavras da proposição normativa, examinando esta, apenas, sob seu aspecto linguístico. Nesta espécie de interpretação, a lei é vista, portanto, como uma realidade morfológica e sintática que deve ser, conseqüentemente, estudada do ponto de vista gramatical (REALE: 1996, 275).

A interpretação gramatical é a mais antiga de todas as espécies de interpretação e chegou a ser a única permitida nos tempos remotos do Direito Romano (FRANÇA: 1961, 48). Atualmente, segundo a maioria dos autores, ela é o primeiro passo a ser dado no trabalho de interpretar as leis, contudo os seus resultados devem ser confrontados com os elementos advindos das outras espécies de interpretação, pois, por si só, a interpretação filológica é considerada insuficiente para se chegar a uma conclusão.

Já a interpretação lógica não se apega ao simples aspecto linguístico das expressões normativas, mas sim à indagação do verdadeiro sentido dessas expressões e ao estabelecimento de conexões entre as mesmas. Isto tudo é feito através do raciocínio lógico, dos elementos que não são intrínsecos ao preceito legal. Há, inclusive, uma série de princípios lógicos que são bastante utilizados na atividade interpretativa.

A interpretação lógica é de fundamental importância para se aplicar corretamente a lei, em conformidade com a *mens legislatoris*, isto é, a intenção original do legislador. Para atingir este fim, é preciso conhecer a *ratio legis*, a *intentio legis* e a *ocasio legis*. A *ratio legis* significa a razão de ser da lei, os motivos que fizeram a lei ser necessária. Já a *intentio legis* significa a intenção ou finalidade da lei,

enquanto que a *occasio legis* é a ocasião, o momento histórico durante o qual a lei foi criada.

A interpretação lógica, assim como a gramatical, não é suficiente, por si só, para se chegar a um resultado conclusivo. É necessário, portanto, o uso da terceira e última espécie de interpretação quanto ao processo, que é a interpretação sistemática, também denominada sistêmica.

A interpretação sistemática é aquela que, com a finalidade de descobrir a *mens legislatoris* da norma jurídica, consiste em analisar a norma dentro de um contexto no qual ela está inserida, diferentemente das outras espécies de interpretação. O processo sistemático deve ser utilizado tanto para um dispositivo legal, que deve ser analisado dentro do contexto da lei onde está inserido, como também para uma lei, que deve ser interpretada levando-se em consideração a estrutura na qual ela se enquadra. Esta estrutura varia bastante de tamanho, podendo ser um pequeno conjunto de leis, todo o campo do Direito de que a lei trata, ou até o ordenamento jurídico completo.

Para se fazer uso da interpretação sistemática, é imprescindível que o sistema jurídico tenha unidade e coerência, pois esta interpretação se origina do princípio estruturalista do Direito, onde o ordenamento jurídico é um todo cujas partes referenciais, que são as normas jurídicas, não podem ser analisadas isoladamente.

Há muita divergência, na doutrina jurídica, a respeito da classificação da interpretação quanto ao processo. Alguns autores, como, por exemplo, Miguel Reale, defendem a união dos processos lógico e sistemático em um só, formando a chamada interpretação lógico-sistemática. Assevera Reale que interpretar logicamente um texto de Direito já seria, ao mesmo tempo, situá-lo no sistema geral do ordenamento jurídico (REALE: 1996, 275). Não concordamos com esta ponderação, pois entendemos que há diferenças entre os processos lógico e sistemático, conforme propomos em nossa classificação.

Já Limongi França considera necessária a inclusão de uma nova espécie de interpretação, que seria a histórica. Esta se preocuparia com as condições históricas do momento de elaboração da norma (FRANÇA: 1961, 49). Na classificação que desenvolvemos neste trabalho, colocamos a preocupação histórica dentro das atividades do processo lógico de interpretação.

4.3. Espécies de Interpretação quanto à extensão

Quanto à extensão, ou seja, quanto à amplitude das conclusões do intérprete, a interpretação se classifica em: 1- declarativa; 2- extensiva; e 3- restritiva.

A interpretação declarativa é aquela em que, segundo as conclusões do intérprete, a proposição normativa corresponde perfeitamente àquilo que deve ser

aplicado no caso concreto. O enunciado da interpretação, portanto, praticamente coincide com o texto legal. Este tipo de interpretação, que é utilizado nos textos simples e claros, é o mais comum, pois pressupõe-se que o legislador saiba se expressar bem.

A interpretação extensiva, por sua vez, é aquela na qual se descobre que o legislador escreveu menos no preceito legal do que realmente tinha a intenção de dizer. Neste caso, o intérprete conclui que o alcance da norma tem, em relação à fórmula legal, uma amplitude maior. Através da interpretação extensiva, também denominada ampliativa, podem ser enquadrados, inclusive, casos não previstos anteriormente, atendendo às exigências de uma nova realidade social.

Já na interpretação restritiva ocorre justamente o oposto do que acontece na extensiva. A interpretação restritiva, portanto, é aquela que restringe o alcance da norma jurídica, tendo lugar geralmente, conforme assevera Torr , quando a aplicação do texto expresso na lei viesse a causar uma injustiça (TORR : 1991, 462). Afirma-se, neste caso, que o legislador, ao elaborar o preceito legal, escreveu mais do que realmente pretendia.

5. Conclusão: A Importância da Hermenêutica Jurídica para o profissional do Direito

Todo e qualquer profissional do Direito lida com a atividade de interpretar as normas jurídicas, tendo, portanto, a necessidade de conhecer os princípios que regem a interpretação do Direito. A partir desta realidade, deduzimos o quanto é importante para o operador do Direito, principalmente para os magistrados, o estudo da Hermenêutica Jurídica, pois é ela que fixa os princípios a serem seguidos para determinar o verdadeiro sentido e alcance das normas jurídicas.

Podemos concluir, portanto, que a Hermenêutica Jurídica, através da sistematização dos processos aplicáveis na interpretação do Direito, é indispensável para o bom trabalho do intérprete. No fundo, é o estudo da Hermenêutica que faz a diferença entre as interpretações de um leigo e de um bom profissional do Direito. Aquele fica preso à letra da lei, fazendo uma interpretação puramente gramatical, enquanto este também se utiliza dos outros processos de interpretação, tanto o lógico como o sistemático.

Para interpretar corretamente a norma jurídica, não basta, pois, declarar o que está expresso no preceito legal, sendo necessário descobrir o verdadeiro espírito da norma, através de um raciocínio lógico e de uma análise da proposição normativa em relação ao sistema no qual ela está inserida. Diante disso, o intérprete pode, inclusive, ampliar ou restringir o alcance da norma, de acordo com a intenção original do legislador e com as novas exigências da realidade social.

Por tudo isso, reiteramos a afirmação de que a Hermenêutica Jurídica é de uma relevância fundamental para o profissional do Direito, seja qual for o seu campo, pois, independentemente de sua área de atuação, ele sempre estará efetuando, no seu dia-a-dia, a atividade interpretativa.

6. Bibliografia

- FRANÇA, R. Limongi (1961). "Da Hermenêutica e Interpretação do Direito". *Justitia*, São Paulo, ano XXIII, vol. 34, pp. 45-60, jul./set.
- KELSEN, Hans (1994). *Teoria Pura do Direito*. trad. port. 4.ª ed. São Paulo: Martins Fontes.
- MAXIMILIANO, Carlos (1991). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- REALE, Miguel (1996). *Lições Preliminares de Direito*. 23.ª ed. São Paulo: Saraiva.
- TORRÉ, Abelardo (1991). *Introducción al Derecho*. 10.ª ed. Buenos Aires: Perrot.

A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E A PROBLEMÁTICA JURÍDICA DA FIXAÇÃO DO QUANTUM

Ana Carolina Lima Vieira (Estudante do 5o. Período da Faculdade de Direito do Recife).

Ainda nos primórdios da civilização humana, sob a égide da Lei de Talião, a reparação do mal causado, basicamente sintetizava-se na fórmula: “olho por olho, dente por dente”.

Hoje, nos encontramos a milhares de anos depois e, de fato, o critério de reparabilidade do dano sofreu notável evolução. Observa-se que, ao longo de toda a história, ante os primeiros vestígios da responsabilidade civil, o ressarcimento do dano adquiriu caráter essencialmente pecuniário, consistindo no pagamento de prestação monetária relativa ao prejuízo causado no patrimônio material de outrem.

Todavia, ao que nos consta, a problemática da ressarcibilidade do dano não pára por aí

Na Era da tecnologia, ou melhor, na Era da “tecnocracia” em que vivemos, em face do prodigioso avanço tecnológico gerador de perigos à integridade humana, afloram novas indagações que muito afligem, fundamentalmente, o operador do Direito. Afinal, em que consistem os danos morais? Como poder repará-los? Qual o parâmetro adotado para a valoração da família, da honra ou da vida humana?

Certamente, são esses e muitos outros questionamentos que tomam a controvérsia da indenização por dano moral uma das temáticas mais polêmicas e palpitantes da atualidade.

A princípio, para melhor apreensão do respectivo tema, convém estabelecer os conceitos jurídicos de responsabilidade civil e de dano, atribuindo acentuada relevância e devido enfoque à estrita relação existente entre eles. Nos dizeres do célebre doutrinador francês Marton¹: *“Toda a manifestação da atividade que provoca prejuízo traz, em seu bojo, o problema da responsabilidade civil que não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, mas de todos os domínios da vida social”*.

Conceitualmente, a responsabilidade civil corresponde a uma sanção de natureza compensatória, proveniente de norma de Direito privado, por abranger indenização ou reparação do dano causado através de ato ilícito, contratual ou

¹ Marton, , Apud. Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 7º, São Paulo, Ed. Saraiva, 1994, p. 3.

extracontratual, ou por ato lícito. Torna-se claro, portanto, o relacionamento imediato entre o instituto da responsabilidade civil com a figura do dano, uma vez que, a primeira cinge-se à reparação da lesão causada a outrem, desfazendo, tanto quanto possível, os seus efeitos. “*O interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil*”¹.

Tendo, pois, função essencialmente indenizatória, ressarcitória ou reparadora, visa a responsabilidade civil garantir o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento dos danos que sofreu. Deste modo, configura-se o dano como um de seus pressupostos, já que esta só subsiste caso haja lesão a ser reparada.

Fixado, até então, o conceito legal de responsabilidade civil, importa agora esclarecermos a definição jurídica do dano.

Segundo os ensinamentos do mestre italiano *De Cupis*², “*o dano significa um prejuízo, vale dizer, a alteração de uma condição favorável*”. De forma mais pragmática, o dano é também conceituado como a lesão (diminuição ou destruição) que, em razão de um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico de âmbito patrimonial ou moral. Ou, como bem define, *Carlos Alberto Bittar*³, “*o dano é o prejuízo ressarcível experimentado pelo lesado, traduzindo-se, se patrimonial, pela diminuição patrimonial sofrida por alguém em razão de ação deflagrada pelo agente, mas podendo atingir elementos de cunho pecuniário e moral*”.

Conforme o conteúdo das duas últimas, supracitadas, conceituações sobre o dano, infere-se que este, como fenômeno juridicamente qualificado, assume dupla conotação ou sentido consoante os efeitos resultantes da lesão jurídica provocada. Portanto, segundo o caráter de suas conseqüências, o dano pode vir a ser moral ou patrimonial.

Conceitua-se a lesão patrimonial como o dano concreto, que atinge interesse relativo ao bens materiais da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, do patrimônio que lhe pertence, suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo autor responsável. São danos patrimoniais: a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, e etc..

Por sua vez, o dano moral, objeto crucial do referido trabalho, tal qual o clássico monografista da matéria, *Wilson Melo da Silva*⁴, “*são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, ou seja, no conjunto de tudo aquilo não suscetível de valor econômico*”. Logo, entende-se ser o dano moral a lesão

¹ Diniz, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol.7º, SP., Ed. Saraiva, 1994, p. 5.

² De Cupis, Adriano, *IL Danno*, Milano, Ed. Giuffrè, 1954, p. 5.

³ Bittar, Carlos Alberto, Apud. Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 7º, São Paulo, Ed. Saraiva, 1994, p. 48.

⁴ Melo da Silva, Wilson, *O Dano Moral e sua Reparação*, vol. 1º, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1955.

“apatrimonial” decorrente da violação de um bem juridicamente tutelado, ocasionando, por conseguinte, estados de espírito contingentes como a dor, o desgosto, a angústia, a aflição espiritual e a humilhação, os quais não constituem o próprio dano, mas a natureza do direito violado. *A vexação de quem foi publicamente difamado ou a dor de um pai pela desonra da filha dilata são estados de espírito variáveis a cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo.* Assim, o Direito não repara qualquer sofrimento, mas apenas os que provêm da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria um interesse reconhecido juridicamente.

Uma vez destacados os pontos capitais do aludido estudo, passemos finalmente à análise empolgante acerca da indenização por danos morais e da problemática jurídica da fixação do *quantum*.

Atualmente, o princípio que rege a responsabilidade civil é o da “*restitutio in integrum*”, ou ainda, da completa reposição da vítima à situação anterior à lesão. Por conseguinte, fundado na responsabilidade civil, o autor do dano tem o dever de indenizar a fim de suprimir a diferença entre a situação atual do lesado, tal como esta se apresenta em decorrência do prejuízo, e a que existia sem este último.

Para que haja dano indenizável, torna-se imprescindível a ocorrência dos seguintes requisitos: a) diminuição ou destruição de um bem jurídico patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa, pois a noção de dano pressupõe a do lesado; b) efetividade ou certeza do dano, porque a lesão não poderá ser hipotética ou conjectural; c) relação entre a falta e o prejuízo causado; d) subsistência do dano no momento da reclamação do lesado; e) legitimidade, uma vez que a reparação só pode ser pleiteada pelo titular do direito atingido; f) ausência de causas excludentes de responsabilidade, pois pode ocorrer dano de que não resulte dever ressarcitório, como o causado por caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima, etc.. A indenização deve ser fixada visando o dano provocado e a situação do lesado, o qual deverá ser restituído ao “*status quo ante*”, ou melhor, ao estado em que estaria caso não tivesse ocorrido a ação do lesante. O dano mede-se, portanto, pela diferença entre a situação hipotética atual e a situação real em que deveria encontrar-se o lesado, se não fosse a circunstância da lesão.

Há dois meios de efetuar-se a reparabilidade do dano:

1) através da reparação natural (sanção direta) que se desenvolve quando o direito violado é, por natureza, reintegrável, restituindo a vítima à situação anterior à lesão. Por exemplo: no caso de poluição, a remoção do aparato gerador do dano.

2) pela imposição de indenização (sanção indireta), ou seja, prestação pecuniária que represente, de forma mais equitativa possível, o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento.

Deveras, observa-se que na compensação dos danos não patrimoniais, como os relativos à honra, à vida, à imagem, etc., a reparação é, em regra,

pecuniária, efetivada pela indenização, ante a impossibilidade da reconstituição natural da vítima ao estado antecedente ao fato lesivo. Os danos morais, com efeito, só excepcionalmente, admitiriam a reparação da primeira ordem.

O estabelecimento de uma avaliação monetária dos danos extrapatrimoniais suscita, pois, a primeira problemática de sua indenização: a impossibilidade de rigoroso ajuizamento pecuniário do prejuízo moral.

Na verdade, sabemos que o dinheiro e os sentimentos íntimos são extremamente diversos, não se podendo estabelecer equivalência entre valores profundamente heterogêneos. De fato, não há cifra capaz de corresponder ao sofrimento causado pela perda de um filho querido, nem há importância, por mais vultuosa, equivalente ao constrangimento provocado pela honra publicamente injuriada. Todavia, parece-nos que toda a objeção considerável cede à força desse argumento ponderoso: *por que se exigir equivalência perfeita, rigorosa, matemática, somente em relação aos danos morais, quando se sabe que não existe sequer uma "medida exata" da Justiça?!* O dinheiro, portanto, não desempenha, apenas, a função de equivalência, como geralmente acontece com os danos patrimoniais, porém outras funções, como a compensatória, satisfatória e, concomitantemente penal, tal ocorre nos casos de responsabilidade pelas lesões morais e, mesmo, por certos danos materiais de aferição difícil.

Do exposto, infere-se que, na reparação dos danos apatrimoniais, o dinheiro não desenvolve a atividade de equivalência por ser impossível avaliar economicamente valores dessa natureza, logo, adquire, cumulativamente, a função compensatória e a de pena. Representa função compensatória, uma vez que, a reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza e angústia, pela superveniência de sensações agradáveis e positivas de alegria ou satisfação, já que possibilitaria ao ofendido prazeres, que de alguma forma, poderiam atenuar seu sofrimento.

Não obstante, o seu caráter penal provém da conclusão de que a indenização constitui uma sanção imposta ao ofensor, já que o bem jurídico da pessoa - integridade física, moral e intelectual - não poderá ser violado impunemente. Quando o lesado reclama a reparação pecuniária em virtude de dano extrapatrimonial que recai, por exemplo, sobre a vida, a imagem ou o nome profissional da pessoa, não está pedindo o preço para a dor sentida, mas apenas que lhe outorgue um meio de atenuar em parte as conseqüências do prejuízo que sofreu, melhorando o seu futuro, superando o déficit acarretado pelo dano, propiciando alguma sensação de bem - estar. *"A reparação do dano moral cumpre, portanto, uma função de justiça corretiva ou sinalagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória da indenização do dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, sua posição social, a repercussão do agravo em sua vida privada e social e a*

natureza penal da reparação para o causador do dano, atendendo a sua situação econômica, a sua intenção de lesar (dolo ou culpa), a sua imputabilidade, etc."¹.

Concluimos, assim, que na ressarcibilidade das lesões não patrimoniais, o órgão julgante deverá determinar o *quantum* da indenização devida baseando-se nas circunstâncias peculiares de cada caso, devendo o valor fixado apenas corresponder à gravidade da lesão e não, ser a ela equivalente, por ser impossível tal equivalência.

Haja vista o duplo caráter funcional da indenização por dano moral, cabe aqui esclarecermos algumas dúvidas procedentes: Como se concretiza o ressarcimento da lesão extrapatrimonial? Quais os critérios para a fixação do seu *quantum*?

Precisamente, vem a ser a liquidação, a determinação da prestação pecuniária que é objeto da obrigação de reparar o dano causado. O papel jurídico da liquidação será estabelecer efetivamente o montante dos elementos apurados na reparação. Entender-se-á, assim, por obrigação ilíquida, aquela que não puder ser expressa por algarismo ou cifra, necessitando de prévia apuração.

As obrigações oriundas da fatos lesivos a terceiros são ilíquidas, por ser incerto ou indeterminado o montante da prestação, requerendo liquidação do dano causado, mediante a estimação de um *quantum* determinado. Este valor poderá ser estabelecido: a) por lei; b) pelo consenso entre as partes; ou c) pelo magistrado, que deverá fixar o conteúdo do dano, analisar a gravidade do prejuízo, no momento de sua liquidação, e fixar seu *quantum* na decisão. Caso discorra a liquidação em juízo, obedecerá, consoante a forma do dano, aos critérios processuais contidos no Código de Processo Civil. Alguns danos podem ser estimados através de mera operação aritmética: outros, ao contrário, requerem, para tanto, o arbitramento (CPC, art. 606), em virtude da impossibilidade de avaliar matematicamente o quantitativo pecuniário a que tem direito o lesado e, ainda há casos, em que se faz a liquidação por artigos, ante a necessidade de alegar fato novo (CPC, art.608). Por fim, existem também julgados usando, analogicamente, como parâmetro para a determinação do montante da reparação do dano apatrimonial, o art. 59 do Código Brasileiro de Telecomunicações, com a alteração do Decreto - Lei, nº 236/67.

Convém, desta forma, lembrar que, em regra, as obrigações de reparar dano são ilíquidas, salvo nos casos de estipulação contratual em que haja previsão de cláusula penal, vinculação de certos bens e delimitação por valor de seguro.

Além disso, deverá o órgão julgante apreciar o dano integral produzido pelo fato prejudicial (dano emergente) e o lucro cessante, atual ou futuro, ou seja,

¹Siches, Recaséns, Apud. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 7º, São Paulo, Ed. Saraiva, 1994, p. 75.

o valor representativo de todas as vantagens que o ofendido deixou ou deixará certamente de auferir em razão do evento danoso, adicionando-se, ainda, os juros que se contarão da inicial (CC, art. 1536, parágrafo 2º), exceto se o fato constituir crime, caso em que será composto e se calculará desde o tempo em que ocorreu.

É mister ainda ressaltar que, ante a função ressarcitória da responsabilidade civil, a indenização concedida ao prejudicado não poderá, mesmo havendo dolo, exceder o valor da lesão causada, por ser inadmissível o enriquecimento indevido. *Deve ser dado ao credor, aquilo que lhe é de direito, sem acréscimo e sem reduções.* Finalmente, caso o dano material e moral forem provenientes de um mesmo fato, as indenizações devem ser cumuláveis (STJ, Súmula nº 37).

No momento exato em que nasce a pretensão do lesado, recai sobre à temática da indenização um segundo problema, a indeterminação do número de vítimas moralmente lesadas, que, mesmo à título de melhor compreensão do presente tema, urge ser apreciado.

“De fato, sabemos que a morte de uma filha causa profunda amargura a seus pais. Mas, além deles não poderiam outras pessoas serem atingidas pela dor moral incomensurável conseqüente? E não teriam elas, por igual, direito ao ressarcimento?”

Para a perfeita resolução dessa dificuldade, primeiramente, as vítimas do dano devem ser classificadas de acordo com o critério de lesados diretos, ou indiretos.

A primeiro modo, a exibibilidade do ressarcimento do dano caberá à vítima (lesado direto), que sofreu uma ofensa em sua pessoa, em sua imagem, etc.. Esta poderá pleitear, judicialmente, a indenização, desde que prove o liame de causalidade entre o prejuízo e a conduta do agente. Hoje, entende-se que os lesados diretos podem constituir pessoa física ou jurídica, já que esta também tem o direito de zelar pelo seu prestígio, pelo seu bom nome, enfim, pela sua probidade comercial.

Sobre os lesados indiretos, pontifica *De Cupis*²: “*são os que têm um interesse moral relacionado com um valor de afeição que lhes representa o bem jurídico da vítima do evento danoso*”. Exemplificando: o marido ou os pais poderiam pleitear indenização por injúrias feitas à mulher ou aos filhos, visto que estas afetariam também pessoalmente o esposo ou os pais, em razão da posição que eles ocupam dentro da unidade familiar. Logo, sempre existirá uma presunção “*juris tantum*” de dano extrapatrimonial, em prol dos ascendentes, descendentes, irmãos e cônjuges nos casos de ultraje a pessoas da família. Quanto aos demais pretendentes ao ressarcimento, devem fazer prova, através dos meios ordinários de direito, do dano moral sofrido em decorrência de fatos lesivos ocasionados a terceiros. O

¹ Oliveira Deda, Artur Oscar, *Dano moral(reparação)*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 22, p. 285.

² De Cupis, Adriano, *Il Danno*, Milano, Ed. Giuffrè, 1979, p. 305.

simples fato de nós presenciarmos um atropelamento, a princípio, não nos torna pessoas legítimas para pleitear indenização, ainda que este fato tenha nos provocado enorme dor.

Chegamos, pois, ao término do preciso trabalho, solucionando a última indagação que perturba e aflige o operador do Direito: como deve ele atuar para fixar com justiça e prudência o *quantum* indenizatório?

Inelutavelmente, o ressarcimento do dano moral implica conceder poder ao juiz para que este possa estimar o *quantum* a ser pago pelo ofensor. Como pessoa legitimada por esse poder, deverá o magistrado apelar para o que lhe parecer equitativo ou justo, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. O valor da lesão extrapatrimonial deve ser estipulado baseando-se em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento, nem mesmo ser irrisório ou simbólico. Por isso, ao fixar o *quantum*, o juiz não será um mero fantasiador do direito, mas agirá como um homem de responsabilidade e experiência. Não procederá ele, ao seu bel prazer, terá que examinar as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação.

*Aguiar Dias*¹ nos ensina que “em matéria de dano moral, o arbítrio é até da essência das coisas”.

Os Tribunais frequentemente estabelecem, na reparação das lesões morais, um critério geral, levando em consideração o modo de sentir e de pensar comum aos membros da coletividade a que pertencem. Determina-se, assim, um parâmetro objetivo para avaliar o dano moral emergente da morte de um filho ou de um pai, sem prejuízo das variações introduzidas pelas circunstâncias particulares. A estimação do *quantum* competirá, desse modo, ao sensato arbítrio do magistrado de acordo com o preestabelecido em texto legal, pois em certas hipóteses o Código Civil, em seus arts. 928 a 930, 1056 a 1064, 1537 a 1552, traça normas concernentes à execução de obrigações decorrentes de condutas ilícitas. É relevante também enfatizar que, nos casos de dano não contemplados legalmente, a indenização correspondente poderá admitir como base o exame pericial, objetivando a determinação do valor do bem ou da lesão acarretada. Porém, “o laudo dos peritos, que calcular o montante a ser pago, não vincula o órgão judicante que poderá alterá-lo na decisão”².

Cabe à competência jurisdicional a fixação da forma de reparação do dano moral, apoiando-se em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender) ou, objetivos (situação econômica do lesado e do ultrajante, risco criado, gravidade e repercussão do ultraje), ou ainda em

¹ Aguiar Dias, José, *Da Responsabilidade Civil*, vol. 1º, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979.

² Diniz, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro (Responsabilidade Civil)*, vol. 7º, São Paulo, Ed. Saraiva, 1994.

influências de acontecimentos exteriores ao fato prejudicial e lucros ou vantagens auferidos pela vítima com a reparação da lesão. Todavia, mesmo baseando-se em critérios (objetivos ou subjetivos), não está obrigado a declarar os fundamentos ou fatores em que se apoiou, podendo até mesmo abstrair-se das circunstâncias particulares do caso. “*Essa liberdade de apreciação do magistrado na avaliação do dano é sempre exercida, quer seja o dano material, quer seja ele moral*”¹.

Uma vez comprovado o dano, cabe ao órgão judicial o dever de repará-lo, para tanto, seguirá aos ditames das normas de experiência sob a égide do critério “*boni viri*”.

Concluimos nosso estudo aduzindo que a reparabilidade do dano moral não se exaure em mera questão de Direito ou de ética humana, é, essencialmente, uma necessidade atual frente aos constantes perigos que ameaçam à integridade do homem. Pois que, imoralidade verdadeira e injustiça gritante constituiriam deixar impune o ofensor e conspurcado o princípio maior da convivência social.

Finalizamos com as sábias palavras do ilustre *Minozzi*²:

“*o que se pretende não é vender um bem moral, mas simplesmente que esse bem seja respeitado como todos os outros*”.

Bibliografia

- Aguiar Dias, José, Da Responsabilidade Civil, vol. 1º, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979.
- De Cupis, Adriano, Il Danno, Milano, Ed. Giuffrè, 1954.
- Diniz, Maria Helena, Curso de direito Civil Brasileiro (Responsabilidade Civil), vol. 7º, São Paulo, Ed. Saraiva, 1994.
- Diniz, Maria Helena, Indenização por Dano Moral - a Problemática Jurídica da Fixação do *Quantum*, In Revista Consulex, nº 3, 1997.
- Della Giustina, Beatriz, A Reparação do Dano Moral Decorrente da Relação de Emprego, In Revista LTr., vol. 59, nº. 10, 1995.
- Melo da Silva, Wilson, O Dano Moral e a sua Reparação, vol. 1º, Rio da Janeiro, Ed. Forense, 1955 e 1966.
- Minozzi, Alfredo, Studio sul Danno non Patrimoniale (danno morale), Milano, 3º ed., 1917.
- Oliveira Deda, Artur Oscar, Dano Moral (reparação), in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 22.
- Rodrigues, Silvio, Direito Civil(Responsabilidade Civil), vol. 4º, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993.

¹ Garcez Neto, Martinho, Apud. Maria Helena Diniz, In Revista Consulex, nº 3, 1997, p. 32.

² Minozzi, Alfredo, *Studio sul Danno non Patrimoniale (danno morale)*, vol. 3º, Milano, 1917, p. 225.

UNIÃO ESTÁVEL : ENTIDADE FAMILIAR OU SOCIEDADE DE FATO ? ¹

Fabiola de Souza Queiroz (Aluna da Graduação em Direito da UFPE).

Sumário: I - Introdução; II - Espécies de Concubinato; III - Requisitos para a Constituição de uma União Estável; IV - Considerações acerca de Família, Sociedade de Fato, Entidade Familiar e União Estável; V - Conclusões; VI - Bibliografia.

I - Introdução

Na Antigüidade Clássica, o casamento seguia uma lei natural. Bastava que um homem convivesse com uma mulher por algum tempo, como se casados, com ou sem celebração religiosa, para que o casamento se constituísse. Era o chamado **casamento de fato**. A este respeito, o eminente Álvaro Villaça Azevedo faz aclarada observação:

“Esse, o casamento de fato, que, sob singela forma de convivência no lar, selava a união dos cônjuges, sob o pálio do Direito Natural.” ²

Posteriormente, numa tentativa de criar formalismos ao casamento, vem o legislador a “desrespeitar” a lei natural que até então se seguia. O casamento é criado, agora, de uma forma artificial, nos moldes da lei ditada, a qual serve para regulamentar seus efeitos, impedindo, assim, violações de Direitos.³

No tocante ao âmbito brasileiro, quando este foi descoberto, o Direito português regia-se pelas Ordenações Manuelinas e, logo depois, pelas Ordenações Filipinas, cuja eficácia perdurou aqui, praticamente, até o Código Civil de 1916. Este, por sua vez, não fugiu à regra ao tratar da inevitável figura da concubina só para negar-lhe direitos, e tendo o casamento como única origem juridicamente eficaz da família.

¹ Tese defendida e aprovada em 8º lugar, no Congresso Brasileiro de Direito Privado, realizado entre os dias 01 e 04 de outubro de 1997, no Centro de Convenções de Pernambuco.

² AZEVEDO, Álvaro Villaça. União Estável - Antiga Forma de Casamento de Fato. In: Revista dos Tribunais, ano 83, volume 701, março de 1993, p. 7.

³ Id., op. cit. nota 1, p. 8.

influências de acontecimentos exteriores ao fato prejudicial e lucros ou vantagens auferidos pela vítima com a reparação da lesão. Todavia, mesmo baseando-se em critérios (objetivos ou subjetivos), não está obrigado a declarar os fundamentos ou fatores em que se apoiou, podendo até mesmo abstrair-se das circunstâncias particulares do caso. “*Essa liberdade de apreciação do magistrado na avaliação do dano é sempre exercida, quer seja o dano material, quer seja ele moral*”¹.

Uma vez comprovado o dano, cabe ao órgão judicial o dever de repará-lo, para tanto, seguirá aos ditames das normas de experiência sob a égide do critério “*boni viri*”.

Concluimos nosso estudo aduzindo que a reparabilidade do dano moral não se exaure em mera questão de Direito ou de ética humana, é, essencialmente, uma necessidade atual frente aos constantes perigos que ameaçam à integridade do homem. Pois que, imoralidade verdadeira e injustiça gritante constituiriam deixar impune o ofensor e conspurcado o princípio maior da convivência social.

Finalizamos com as sábias palavras do ilustre *Minozzi*:

“*o que se pretende não é vender um bem moral, mas simplesmente que esse bem seja respeitado como todos os outros*”.

Bibliografia

- Aguiar Dias, José, Da Responsabilidade Civil, vol. 1º, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979.
- De Cupis, Adriano, Il Danno, Milano, Ed. Giuffrè, 1954.
- Diniz, Maria Helena, Curso de direito Civil Brasileiro (Responsabilidade Civil), vol. 7º, São Paulo, Ed. Saraiva, 1994.
- Diniz, Maria Helena, Indenização por Dano Moral - a Problemática Jurídica da Fixação do *Quantum*, In Revista Consulex, nº 3, 1997.
- Della Giustina, Beatriz, A Reparação do Dano Moral Decorrente da Relação de Emprego, In Revista LTr., vol. 59, nº. 10, 1995.
- Melo da Silva, Wilson, O Dano Moral e a sua Reparação, vol. 1º, Rio da Janeiro, Ed. Forense, 1955 e 1966.
- Minozzi, Alfredo, Studio sul Danno non Patrimoniale (danno morale), Milano, 3º ed., 1917.
- Oliveira Deda, Artur Oscar, Dano Moral (reparação), in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 22.
- Rodrigues, Silvio, Direito Civil(Responsabilidade Civil), vol. 4º, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993.

¹ Garcez Neto, Martinho, Apud. Maria Helena Diniz, In Revista Consulex, nº 3, 1997, p. 32.

² Minozzi, Alfredo, Studio sul Danno non Patrimoniale (danno morale), vol. 3º, Milano, 1917, p. 225.

UNIÃO ESTÁVEL : ENTIDADE FAMILIAR OU SOCIEDADE DE FATO ? ¹

Fabiola de Souza Queiroz (Aluna da Graduação em Direito da UFPE).

Sumário: I - Introdução; II - Espécies de Concubinato; III - Requisitos para a Constituição de uma União Estável; IV - Considerações acerca de Família, Sociedade de Fato, Entidade Familiar e União Estável; V - Conclusões; VI - Bibliografia.

I - Introdução

Na Antigüidade Clássica, o casamento seguia uma lei natural. Bastava que um homem convivesse com uma mulher por algum tempo, como se casados, com ou sem celebração religiosa, para que o casamento se constituísse. Era o chamado **casamento de fato**. A este respeito, o eminente Álvaro Villaça Azevedo faz a clara observação:

“Esse, o casamento de fato, que, sob singela forma de convivência no lar, selava a união dos cônjuges, sob o pálio do Direito Natural.” ²

Posteriormente, numa tentativa de criar formalismos ao casamento, vem o legislador a “desrespeitar” a lei natural que até então se seguia. O casamento é criado, agora, de uma forma artificial, nos moldes da lei ditada, a qual serve para regulamentar seus efeitos, impedindo, assim, violações de Direitos.³

No tocante ao âmbito brasileiro, quando este foi descoberto, o Direito português regia-se pelas Ordenações Manuelinas e, logo depois, pelas Ordenações Filipinas, cuja eficácia perdurou aqui, praticamente, até o Código Civil de 1916. Este, por sua vez, não fugiu à regra ao tratar da inevitável figura da concubina só para negar-lhe direitos, e tendo o casamento como única origem juridicamente eficaz da família.

¹ Tese defendida e aprovada em 8º lugar, no Congresso Brasileiro de Direito Privado, realizado entre os dias 01 e 04 de outubro de 1997, no Centro de Convenções de Pernambuco.

² AZEVEDO, Álvaro Villaça. União Estável - Antiga Forma de Casamento de Fato. In: Revista dos Tribunais, ano 83, volume 701, março de 1993, p. 7.

³ Id., op. cit. nota 1, p. 8.

Entretanto, na angustiante edificação deste instituto, o Supremo Tribunal Federal teve um papel fundamental e uma das pedras angulares foi o RE 31.520, de 03.05.56 e, balizando a jurisprudência brasileira, as Súmulas 35, 380 e 382, todas de 1963.¹

Mais adiante, o concubinato (*stricto sensu*) vai encontrar respaldo na nossa Carta Magna de 1988, a qual, em seu art. 226, § 3º, prefere usar a expressão “união estável”, estabelecendo que se considera entidade familiar a “união estável” entre homem e mulher, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

Leis posteriores foram instituídas com a finalidade de regular tais ditames constitucionais, contidos em seu texto (art. 226, § 3º). A primeira delas foi a Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994, dispondo sobre alimentos, sucessão e meação de bens dos companheiros. Paralelamente, subsistem outros ordenamentos jurídicos, estabelecendo normas protetivas a companheiros, como a Lei de Registros Públicos e as leis previdenciárias e fiscais. Mas, esta lei, a 8.971/94, trazia inúmeras imperfeições, como falhas de redação e insuficiência conceitual. Assim, criou-se a Lei n.º 9.278, de 10 de maio de 1996 como tentativa de suprir tais deficiências, embora, não tenha correspondido plenamente às expectativas e ficado aquém do esperado.

Deste longo e tortuoso caminho percorrido, podemos observar que, tendo como ponto de partida a idéia da constituição do casamento através de uma “união livre” entre um homem e uma mulher, “obedecendo” a leis do Direito Natural, o concubinato vai sendo (re)descoberto e aos poucos encontrando respaldo na sociedade.

II – Espécies de Concubinato

Mas, quando se fala em concubinato, muitas vezes, este ainda é alvo de rejeições e preconceitos que não correspondem nem à frequência nem à naturalidade do fenômeno em nosso meio. Esta marginalização ocorre, ao meu ver, influenciada por uma idéia confusa do que na realidade seria o concubinato.

As pessoas misturam, de uma forma desordenada, os conceitos deste instituto e acham que “sempre” será sinônimo de infidelidade, ou seja, daquela união que se desenvolve paralelamente ao casamento. Entretanto, parece-nos claro que o concubinato que encontra respaldo nos textos legais é aquele que se diz “puro”, constituído com a finalidade de criar uma sociedade familiar de fato, sem que com isso apareça como um instituto degradante do casamento.

¹ GONTIJO, Segismundo. Do Instituto da União Estável. In: Revista dos Tribunais, volume 712, ano 84, fevereiro de 1995, p. 82.

Assim, observamos que o concubinato apresenta-se sob dois prismas diversos. No primeiro, teríamos o concubinato que envolve ligação amorosa de casados, com terceiros, em situação de adulterinidade, formando o chamado "triângulo amoroso".¹ É o que alguns autores classificam como concubinato IMPURO. O segundo tipo seria aquele que envolve as pessoas unidas estavelmente sob a aparência de casados, e sem impedimentos decorrentes de outra união, com *affectio societatis*, respeito e lealdade recíprocos. Seria o concubinato PURO, ou como prefere Euclides Benedito de Oliveira : "companheirismo".²

III - Requisitos para a constituição de uma União Estável

Apesar da Lei n.º 9.278/96 criar um certo "problema" quando deixa de mencionar a situação pessoal dos companheiros, isto é, se haveriam ou não de estar desimpedidos, sem outra união de direito ou de fato (o que fazia a Lei n.º 8.971/94, em seu art. 1º), compartilhamos da opinião de inúmeros juristas, entre eles o eminente juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo Euclides Benedito de Oliveira, quando dizem que essa omissão do texto não significa a aceitação de uniões adulterinas ou incestuosas, desde que se atente para os deveres mútuos dos companheiros, que principiam com "respeito e consideração", ou seja, lealdade, fidelidade entre os parceiros (Lei n.º 9.278/96, art. 1º, I).³

Para a constituição desta união, do tipo estável, são indispensáveis alguns requisitos ditados pela Lei 9.278/96, art. 1º:

Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família. (grifo nosso)

Nesse caso, notamos que, para o reconhecimento da União Estável, basta que a convivência se revele duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, e que nessa convivência, seja identificado o *animus* de formar uma

¹ Oliveira, Euclides Benedito de. Família sem Casamento - A Nova Regulamentação Legal da União Estável. Direito de Família e Ciências Humanas - Caderno de Estudos n.01. São Paulo, Jurídica Brasileira Ltda., 1997, p. 102.

² Id., op. cit. nota 5, p. 104.

³ Id., op. cit. nota 5, p. 102.

entidade familiar. Mas, no que diz respeito ao tempo, o legislador omitiu um prazo razoável, que tivesse o objetivo de indicar a base de continuidade e de constituição da união estável, e com a existência dessa "lacuna", espaços foram deixados para que se possa considerar como união estável um pequeno e rasteiro envolvimento amoroso, por mais absurda e questionada que seja esta interpretação judicial.

Vemos, que não mais subsistem os requisitos pessoais (homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo - art. 1º, Lei n.º 8.971/94) e temporais (prazo mínimo de 05 anos - art. 1º, Lei n.º 8.971/94), sedo suficientes, apenas, os supra citados.¹

IV - Considerações acerca de Família, Sociedade de Fato, entidade familiar e União Estável

Antes de adentrarmos no cerne da questão propriamente dito, é necessário que tenhamos algumas considerações acerca de expressões terminológicas de fundamental importância.

Em primeiro lugar, nos referiremos à Família:

“ O termo família, derivado do latim *Família*, de *Famel* (escravo, doméstico), é geralmente tido em sentido restrito, como Sociedade Matrimonial, do qual o chefe é o marido, sendo mulher e filhos associados dela.”²

Mas, num sentido mais amplo, usando a expressão de Clóvis Beviláqua, citado por De Plácido e Silva, a família seria todo “conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade”. Então, seria representada pela comunhão, pela totalidade de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum, ou seja, provindas do mesmo sangue. Seria a aglutinação familiar onde se somariam todos os membros de uma mesma família, mesmo daquelas que se estabeleçam pelos filhos, após a morte dos pais.³

A família pode apresentar, além de conceitos, também aspectos diferentes, se observados sob prismas diversos. Como ocorre se tomarmos por base o aspecto cultural. A família ocidental é basicamente monogâmica, enquanto que as

¹ Id., op. cit. nota 5, p. 101.

² SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 12ª ed. volume IV. Rio de Janeiro, Forense, 1993, , p. 268.

³ BEVILÁQUA, Clóvis apud SILVA, op. cit. nota 7, p. 269.

dos países orientais admitem a família poligâmica. A questão temporal também nos fornece indícios de diferenças: as famílias constituídas à época das sociedades patriarcais nordestinas eram numerosas, pois eram constituídas não só do núcleo central (pais e filhos), como também de muitos outros agregados, que acabavam ficando sob a tutela do chefe da família, do patriarca. Já a família que se constitui hodiernamente, resume-se à família nuclear, "em geral confinada em apartamentos, nas habitações coletivas dos grandes centros urbanos".¹

Como visto, estes agrupamentos podem variar em alguns pontos, seja no tempo, seja na cultura, mas uma coisa é certa: todos são unidos moralmente por alguma forma de laço. Estes vínculos, que anteriormente eram quase que exclusivamente de natureza política e econômica, hoje são baseados em outros laços, como os sanguíneos, ou adotivos (aqueles que formam a família) e basicamente os vínculos afetivos, que unem as pessoas, que formam os pares, andróginos, o homem e a mulher e, desta união, acaba surgindo a prole.²

Tais vínculos são responsáveis pela constituição de núcleos familiares que não são formados exclusivamente nos moldes do que dita a lei, ou seja, a partir do contrato solene do casamento. Núcleos que contam com toda essência do vínculo afetivo entre um homem e uma mulher, com o objetivo de constituição de uma família.

Relacionamos, então, esta idéia de construção de um tipo de família que não a decorrente de um vínculo conjugal, com a noção de Sociedade de Fato. Esta surgiu na Jurisprudência Francesa e, finalmente, no Brasil foi consagrada pela Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, por ela, a comunhão de interesses, que através do esforço comum, une os concubinos, gera direitos e obrigações.³

E o que viria a ser uma sociedade de fato? No entendimento de Ricardo César Galbiatti seria aquela "que é constituída por simples acordo de vontades entre os sócios, sem maiores formalidades" onde "é evidente que inexistem regras contratuais detalhadas regendo a sua constituição e a vida societária". Sociedade de fato, então, seria aquela sociedade que se constituiria sem os seguimentos rígidos da lei e que teria o poder de gerar efeitos e obrigações. E no que se refere a divisão do "capital" societário, em ocorrência de uma possível dissolução, seria feito de acordo com a contribuição material de cada sócio.⁴

¹ SANTOS, Cláudio. União Estável - Entidade Familiar ou Sociedade de Fato? In: Revista do Advogado, volume 41, setembro de 1993, p. 7.

² Id., op. cit. nota 11, p. 8.

³ GALBIATTI, Ricardo César. Estrutura Jurídica das Sociedades de Fato entre Concubinos. In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, ano 15, volume 55, jan./mar. 1995, p. 22.

⁴ Id., op. cit. nota 13, p. 22.

Para enquadrarmos com maior especificidade o tema, não poderíamos prescindir de uma análise a respeito do que viria a ser a Entidade Familiar. Este neologismo legislativo é utilizado na nossa Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, na qual reconheceu expressamente como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher. Numa conceituação clara e precisa, o Ministro Cláudio Santos magistra:

“ É a reunião, um agrupamento de pessoas, ligadas por laços de afeto ou consangüinidade, por adoção. Qualquer um desses vínculos forma a família e o que é a entidade familiar, senão a própria família?”¹

O que podemos contemplar é que a Constituição Federal de 1988, ao usar tal enunciado, quis se referir de fato à família, por isso que alguns autores afirmam que essa expressão não passa de um eufemismo, ou seja, substitui o termo Família pelo de Entidade Familiar. Poderia ainda ter usado Família de Fato ou União Estável.

A nova regulamentação legal da união estável define, em seu art. 9º, entidade familiar (resultado da união estável) como a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

A União Estável nada mais é do que o antigo casamento de fato ou presumido. Só que neste, os conviventes sentem-se casados, como esposos, porque são casados. Aqui existe o estado conjugal.

Como instituto jurídico da atualidade, a união estável muito se aproxima, na aparência externa, da chamada “posse de casados”. Mas, distinguem-se os dois institutos por sua natureza e efeitos. A união estável pressupõe pessoas não casadas, que mantenham convivência de cunho familiar, assegurando direitos de ordem assistencial, sucessória e patrimonial. Já a posse do estado de casados é prevista no Código Civil como forma complementar de prova de casamento.²

V - Conclusões

Findando as colocações prévias, chegamos a algumas conclusões sobre este tema tão controverso e difícil.

¹ Id., op. cit. nota 11, p. 9.

² Id., op. cit. nota 5, p. 104.

A primeira delas é que a União Estável é uma entidade familiar. Como vimos anteriormente, esta expressão foi cunhada na nossa Carta Magna de 88, e é Ela própria quem diz que será reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, ou melhor dizendo, como uma família de fato, que se forma no seio da sociedade sem seguir as leis anteriormente ditadas para que ela se constitua validamente.

No bom dizer do eminente Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Caruaru - PE, Marupiraja Ramos Ribas :

“ É inaceitável que a União Estável não seja vista com os olhos de formadora de uma entidade familiar, e nesse patamar, ostentadora dos direitos e obrigações semelhantes aos dos decorrentes do vínculo matrimonial.”¹

A segunda é no que se refere a ser ou não a união estável uma sociedade de fato. Se considerarmos unicamente a questão conceitual, traçando um parâmetro terminológico, poderíamos afirmar que a união estável é uma sociedade de fato, pois esta é aquela que se constitui sem que haja formalidades ditadas pela lei ,ou seja, forma-se pelo simples acordo das vontades dos sócios.

Mas, a Lei n.º 9.278/96, em seu art. 5º, quando trata da divisão dos bens móveis e imóveis, o faz através da MEAÇÃO, onde os bens adquiridos na constância desta união passam a pertencer a ambos, pois são considerados frutos do trabalho comum, salvo se existir contrato escrito estipulando o contrário.

Nos outros tipos de sociedades de fato, a divisão dos bens adquiridos em quanto dura a sociedade, é feita através de um coeficiente de participação de cada companheiro na aquisição dos bens para se chegar, assim, a percentualização da co-propriedade.

Poderíamos dizer ainda que o instituto da união estável é uma sociedade de fato **diferenciada** , pois nela temos a MEAÇÃO como traço distintivo mais marcante das outras uniões, ou sociedades de fato.

Mas, além destas questões controvertidas, chegamos a uma conclusão que parece ser , também, de fundamental importância: a de que o Direito e a Legislação não devem punir a forma de união escolhida pelo casal (seja o casamento tutelado pela lei, seja uma união do tipo estável, que não vá de encontro ao enlace matrimonial constituído com base na lei), ao contrário, devem buscar meios cada vez mais eficazes de protegê-los.

¹ RIBAS, Marupiraja Ramos. A União Estável: Anotação Crítica À Lei n.º 9.278/96, de 10 de maio de 1996, Recife, Nossa Livraria, 1996.

Exatamente com base neste argumento, que Eliane Michelini Marraccini afirma que:

“a legislação sobre o casamento e sobre a “união estável” deveria ser amplamente divulgada e esclarecida para que o casal não se unisse no desconhecimento das implicações e conseqüências legais relativas a cada uma destas formas de união.”¹

O que vemos, quando temos diante de nós um homem, uma mulher e o fruto de seu amor, ou seja, seu filho, reunidos debaixo do mesmo teto? Vemos uma família. Esta não precisa, para que se constitua, de um juiz com a sua lei, ou de um padre com seu sacramento, pois é um fato natural, não a cria o homem, mas a natureza. O fato natural, quando acontece, não pode ser apagado.²

VI- Bibliografia

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. “*União Estável - Antiga Forma do Casamento de Fato*,” In: Revista dos Tribunais, volume 701, ano 83, março de 1994, pp. 07~12.
- GALBIATTI, Ricardo César. “*Estrutura Jurídica das Sociedades de Fato entre Concubinos*,” In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, ano 15, volume 55, jan./mar., 1995, pp. 19~26.
- GONTIJO, Segismundo. “*Do Instituto da União Estável*” In: Revista dos Tribunais, ano 84, volume 712, fevereiro, 1995, 78~93.
- _____, “*Direitos a Alimentos e à Sucessão entre Companheiros*,” In: Revista dos Tribunais, ano 84, volume 714, abril, 1995, pp. 37~43.
- MALHEIROS, Fernando. “*A União Estável e Suas Conseqüências Jurídicas*,” In: Revista dos Tribunais, ano 81, volume 682, agosto, 1992, pp. 268~270.
- MARRACCINI, Eliane Michelini. “*União Estável: Algumas Considerações Psicanalíticas sobre a Lei n.º 9.278, de 10 de maio de 1996*,” Direito de Família e Ciências Humanas - Caderno de Estudos n.º 1, São Paulo, Jurídica Brasileira Ltda., 1995.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de. “*Família sem Casamento - A nova Regulamentação Legal da União Estável*,” Direito de Família e Ciências Humanas - Caderno de Estudos n.º 1, São Paulo, Jurídica Brasileira Ltda., 1997.

¹ MARRACCINI, Eliane Michelini. União Estável: Algumas Considerações Psicanalíticas Sobre a Lei n.º 9.278/96. Direito de Família e Ciências Humanas - Caderno de Estudos n.º 1. São Paulo: Jurídica Brasileira, p. 90.

² BITTENCOURT apud SILVA, Paulo Lins e. “União Estável - Entidade Familiar Ou Sociedade De Fato?” In: Revista do Advogado, volume 41, setembro de 1993, p. 11.

- PENTEADO, Ricardo. "O Estudo da União Estável - Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994." Direito de Família e Ciências Humanas - Caderno de Estudos n.º 1, São Paulo, Jurídica Brasileira Ltda., 1997.
- PINTO, Tereza de Arruda Alvim. "Entidade Familiar e Casamento Formal." In: Revista dos Tribunais, ano 81, volume 680, junho, 1992, pp. 69~74.
- RIBAS, Marupiraja Ramos. "A União Estável - Anotação Crítica À Lei n.º 9.278, de 10 de maio de 1996." Recife, Nossa Livraria, 1996.
- SANTOS, Cláudio. "União Estável - Entidade Familiar ou Sociedade de Fato?" In: Revista do Advogado, volume 14, setembro, 1993, pp. 07~11.
- SILVA, De Plácido e. "Vocabulário Jurídico." Rio de Janeiro, Forense, volume IV, 1993.
- SILVA, Paulo Lins e. "União Estável - Entidade Familiar ou Sociedade de Fato?" In: Revista do Advogado, volume 14, setembro, 1993, pp. 11~14.

O PREÂMBULO CONSTITUCIONAL

Danilo Augusto Barboza de Aguiar; Thiago Brennand Jorge; Tomaz Alves Souza (Alunos do 3º Período da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: Introdução; I - Conceitos e Definições; II – Importância do Preâmbulo; III – Visão Crítica do Preâmbulo no Brasil; IV – Histórico das Constituições Brasileiras; Conclusão.

Introdução

Uma simples análise etimológica do termo “preâmbulo” é suficiente para que se dê início ao curso das explanações acerca da forma, da matéria e da importância do preâmbulo para o Direito Constitucional, assim como para a história das constituições brasileiras.

Preâmbulo é proveniente do latim *preambulu* — prefácio, preliminar — que, por sua vez, decorre da junção do prefixo *præ*, que significa ‘antes’, mais o verbo *ambulare*, ou seja, ‘caminhar, ambular’¹. Tem-se, portanto, como significado do termo, uma nota introdutória, preferivelmente concisa, que visa a esclarecer o conteúdo político-normativo dos atos legislativos: leis, decretos, entre outros.

Mais especificamente, o nosso estudo tem como objeto o preâmbulo da Constituição Federal, portanto as acepções do termo que não se refiram à lei constitutiva e fundante do ordenamento jurídico — preâmbulos de leis ordinárias, por exemplo — não interessam ao presente estudo.

Trataremos neste trabalho, de forma simples e didática, de alguns temas indispensáveis a uma análise profunda desta parte da Constituição, que possui uma doutrina vasta e bastante divergente, como será observado. Além dos conceitos e definições, também traremos à baila o excitante debate quanto ao poder vinculatorio e normativo do preâmbulo. Por fim, exporemos um panorama histórico dos preâmbulos das constituições brasileiras, analisando detalhadamente cada um deles.

I – Conceitos e Definições

¹ HOLANDA, Aurélio Buarque de, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1 ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1985;

Tendo sido exposta na introdução uma definição quanto ao preâmbulo de teor exclusivamente lingüístico, procedamos neste tópico a uma análise mais aprofundada do seu conceito. Isto se faz necessário, dado a importância basilar da conceituação para o ingresso em qualquer estudo definido de um tema.

Preâmbulo, como foi visto, é aquilo que vem antes, o que precede. Para o Direito, trata-se do texto explicativo ou justificativo da promulgação de uma lei ou decreto e, apesar de estar localizado antes da parte dispositiva da lei, constitui parte integrante do ato legislativo. No que concerne ao Direito Constitucional, o preâmbulo é a nota introdutória de apresentação da Lei constitutiva da ordem jurídica de uma nação. Porém pelo fato de não ser possível igualar a importância da Constituição com meros decretos ou leis ordinárias em um ordenamento, surge uma série de discussões acerca do caráter integrante do preâmbulo à Lei fundamental, mais especificamente, no que diz respeito ao seu valor normativo. Sobre este tópico, será reservado um capítulo adiante.

Dando seqüência ao desenvolvimento do tema deste capítulo, podemos relembrar os dizeres de **Mitre**, o qual, referindo-se aos portais dos templos, diz ser o preâmbulo constitucional o pórtico da Lei Maior. Antes de adentrar os caminhos tortuosos do desenvolvimento do pensamento jurídico, é necessário se ater à frente da entrada. O preâmbulo seria justamente a presença certa de uma porta ante qualquer sítio a se explorar. Que não caia em olvido a interessante definição de **Laudo Nogueira** (*O Preâmbulo das Constituições*, Fortaleza, 1948), que diz: "um resumo resumidíssimo, uma síntese sintetíssima do diploma a que serve de frontispício"¹.

Nada impede que se perceba a importância primeira do preâmbulo. Suas palavras trazem um resumo que proclama a conjuntura político-social existente no momento do nascimento da Carta Magna. Em geral, expõem os motivos de sua criação, os fundamentos que afirmam sua legitimidade, o sistema e a forma de governo que irão vigorar. Portanto é, antes de tudo, documento de conteúdo essencialmente político. Tal dado é mais que óbvio, uma vez que é fruto imediato das pretensões e interesses de seus redatores, os legisladores que compõem a Assembléia Constituinte.

Apesar disso, fato interessante é que há constituições que não possuem preâmbulo. Mesmo sendo a Constituição norte-americana de 1787, a primeira constituição escrita e, além disso, a primeira a conter preâmbulo; muitos países não seguiram sua fórmula e exemplo, omitindo tal documento. Já no que toca a história dos preâmbulos das constituições brasileiras, todas o possuem, com exceção da Carta de 1967, a qual tem nota introdutória no Ato Institucional - 1.

¹ Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 59, p. 505;

II – Importância do Preâmbulo

Após algumas definições da seção introdutória acerca do tema do presente trabalho, segue a análise da importância e sentido do preâmbulo, seguindo roteiros traçados por diversos autores. Importância e sentido relativos a seu conteúdo vinculatorio, ou seja, como fonte de interpretação do Direito; do Direito Constitucional.

Já foi externado o fato de que qualquer texto legal pode trazer preâmbulo, e o faz na maioria das vezes. A Constituição, que mesmo sendo norma fundante, não deixa de ser um texto legal, segue esta mesma tendência. Destarte grande parte das Constituições do mundo possuem um preâmbulo, porém pergunta-se: qual será a importância destas noções iniciais que acompanham quase todas as Constituições, especialmente o que toca as Constituições do Brasil desde a carta magna inicial de 1824?

Para a pergunta feita no parágrafo anterior, faz-se mister um esclarecimento. Entende-se que, o simples fato de o Preâmbulo estar presente como parte integrante da carta constitucional, leva à conclusão de que, pelo menos, à forma daquela ele está ligado. Porém, tal dado é uma análise, por demais simples da realidade e não esgota a questão: deve-se definir se este possui ou não caráter normativo. Tal caráter normativo somente pode ser imantado ao termo, compreendida a noção de que ele faz parte do texto constitucional, com valor jurídico; do contrário é somente um texto anterior à carta magna, sem valor interpretativo e que não lhe afere quaisquer potestades.

Sobre isso, **Pinto Ferreira** afirma que, desde o início dos regimes constitucionais, a palavra passou a ser usada como um antecedente da Constituição, com valor de norma, pois parte integrante de seu contexto¹. O renomado mestre **Pontes de Miranda** adere sua opinião acerca deste assunto, afirmando o mesmo ideal. Os preâmbulos enunciam algo dos propósitos das Constituições, além disso, trazem a identificação do poder estatal, ou seja, quem tem o poder de construir e reconstruir o Estado. Para os governos teocráticos, por exemplo, é Deus e somente Deus; já para as democracias é o povo, mas diga-se de passagem: esta noção de povo é profundamente cambiante em sua essência. Daí a conclusão: Pontes de Miranda concebe os preâmbulos constitucionais como enunciados que resumem de forma geral o que será desenvolvido pelas regras da Constituição a que correspondem, mas nem por sua generalidade e restrição, derivada de sua síntese natural, devem ser deixados de lado quando da interpretação dos termos constitucionais².

¹ FERREIRA, Pinto, *Direito Constitucional*, p 71;

² id.

Indo de encontro às posições assentadas acima, **González Calderon** diz ser o preâmbulo uma mera declaração geral de propósitos¹. Posicionamento semelhante demonstra **Edward S. Corwin**, que assinala: "Preâmbulo, estreitamente falando, não faz parte da Constituição, mas a antecede. Por si só não oferece base para qualquer exigência de poder governamental ou de direito privado, indica a fonte de onde provém a Constituição e de onde deriva sua ordem de obediência"². Ademais, podemos assinalar a opinião que demonstra o cientista do Direito **Paolo Biscaretti de Ruffia**, opinião conciliadora, pois afirma que nas leis formais ordinárias há preâmbulos, os quais não encerram valor jurídico. Porém, quando vislumbrados os preâmbulos das Constituições, emergem destes divergências quanto ao seu valor frente ao todo constitucional. Tais divergências, segundo ele, devem ser decididas em cada ordenamento separadamente³.

Por fim, torna-se necessário incluir as concepções de **Rafael Bielsa**, de suma importância para a análise da questão sobre a qual envolvemos nosso estudo no presente momento. Em seus dizeres, Bielsa afirma ser o preâmbulo a expressão solene dos propósitos e dos anseios dos constituintes, não uma declaração de normas, nem sequer de princípios. Porém isso não significa que ele não possua matéria jurídica subjacente, logo de menor importância se comparada ao contido no bojo da carta constitutiva que o segue. Decorre daí não considerar o preâmbulo parte integrante da Constituição e nem dominante, por isso sua interpretação não aumenta nem restringe potestades. Bielsa baseia seu argumento da ausência de valor interpretativo do preâmbulo com vistas no seu caráter de amplitude e generalidade exageradas; caráter este que pode resultar numa imprecisão no sentido jurídico. O preâmbulo nada mais é que uma expressão da apreciação subjetiva que os constituintes fazem da Constituição, portanto um instrumento movido pelos interesses políticos. Dentro destes interesses podemos encontrar desde os mais nobres, ligados aos objetivos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, onde prevalece o desejo de realizar os anseios da maioria; até aqueles fundadores de um sistema draconiano, repressor, que repudia a importância de uma Constituição.

III - Visão Crítica do Preâmbulo no Brasil

Contestada ou não a importância normativa do preâmbulo pelos mais diversos estudiosos do Direito no mundo, cabe ao presente capítulo vislumbrar como tal questão é encarada, no cotidiano, pelos operadores jurídicos brasileiros.

¹ DANTAS, Ivo, *Constituição Federal: Teoria e Prática*;

² id. *Ibid.*;

³ RUFFIA, Paolo Biscaretti de, *Direito Constitucional*, p 141;

É bem verdade que o que mais surgem são críticas quanto ao valor do documento introdutório da Constituição. No dia a dia do Direito no Brasil, o que envolve a jurisdição e as decisões desta provenientes, percebe-se um claro desprezo pelo documento em questão. Muito se comentou sobre o gesto fervoroso do já falecido constituinte **Ulisses Guimarães** quando da apresentação da nova Constituição ao povo em 1988: após ter lido o preâmbulo em tom solene, deu por promulgada a nova carta e, num gesto emocionado, aclamou que aquela seria a Constituição do cidadão brasileiro.

Apesar daquele momento marcante ter ficado impresso na memória do povo brasileiro, é fato que muito pouco se leva em conta a importância do preâmbulo, como aclamada naquele singular evento histórico. No Brasil, pouco se respeitam as leis de hierarquia suprema, esquecidas em detrimento de uma interpretação errônea de leis inferiores que visa a favorecer a resolução do caso concreto. Logo, se não se obedece ao corpo dispositivo da Lei Maior, o que dizer do preâmbulo, considerado por tantos doutos um mero adendo à carta constitucional?

Como nas outras áreas da Ciência, o Brasil também importa teorias no Direito Constitucional e, se perguntados quanto à importância do Preâmbulo, muitos estudiosos respondem afirmativamente quanto ao seu poder vinculatório, mas, na realidade, pouco se atêm os operadores do Direito quanto a este ponto de discussão.

IV – Histórico das Constituições Brasileiras¹

Demonstradas as mais diversas opiniões acerca da existência, ou não, de valor interpretativo no preâmbulo, é motivo do presente capítulo tentar comprovar seu valor como importante ferramenta de auxílio ao aplicador do direito na árdua tarefa de interpretar o texto constitucional. Desta forma, muito mais se adapta ao nosso trabalho comprovar tal aspecto através de uma análise dos preâmbulos das várias constituições brasileiras, dado que estamos inseridos dentro da situação posta pelo ordenamento jurídico desta nação de modo específico. Cabe, então, ver dentro de cada um destes documentos, se, de fato, eles se tratam de um reflexo dos princípios fundadores de um Estado Democrático, por meio de sua Constituição; ou, apenas, de mero instrumento de querer políticos arbitrários aquém de qualquer pretensão legitimada pelo corpo social.

- **Constituição de 1824:**

¹ SAMPAIO, Luiz Augusto Paranhos, *Comentários à Nova Constituição Brasileira*, pp. 5-12;

"Dom Pedro Primeiro, por Graça de Deus, e Unânime aclamação dos povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpétuo do Brasil: Fazemos saber a todos os nossos súditos, que tendo-nos requerido o povo deste Império, juntos em Câmaras, que nós quanto antes jurássemos e fizéssemos jurar o Projeto de Constituição, que havíamos oferecido às suas observações para serem depois presentes à nova Assembléia Constituinte; mostrando o grande desejo, que tinham, de que ele já se observassem como Constituição do Império, por lhes merecer a mais plena aprovação, e dele esperarem a sua individual, e geral felicidade Política: Nós Juramos o sobredito Projeto para o observarmos e fazermos observar, como Constituição, que de ora em diante fica sendo deste Império; a qual o teor é o seguinte."

Como sabemos, essa foi uma Constituição outorgada pelo então Imperador **D. Pedro I**. Após a Noite da Agonia (11 de Novembro de 1823) houve a dissolução da Assembléia Constituinte, seguida da criação de uma comissão especial para conceber uma Constituição "digna do Imperador e do Brasil". Dessa comissão surgiu uma carta normativa, abusivamente chamada de Constituição, extremamente centralizadora e absolutista. No seu preâmbulo podemos identificar todos esses elementos, o qual resume e introduz um documento que visava exclusivamente à estruturação e construção política do Brasil. A Carta de 1824 serviu apenas para justificar uma situação de repressão à Democracia e à liberdade individual.

A Constituição foi outorgada em nome e graça de Deus, em oposição à difundida idéia de soberania popular da época. Além disso, foi concebida por uma comissão sob a supervisão direta de D. Pedro, que intencionava concentrar todo o poder imperial em suas mãos. Portanto, D. Pedro I jurou, como inferimos no texto preambular, um texto constitucional criado por ele mesmo e "aprovado" pelas Câmaras. Destarte, o documento transcrito acima serve muito mais como uma maneira que D. Pedro I encontrou para justificar seus atos arbitrários e não como um pedido de desculpas, muito mais a afirmação de seu poder absoluto.

- **Constituição de 1891:**

*"Nós os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte:
Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil"*

Essa é a primeira constituição republicana da nossa história e também a primeira promulgada por uma Assembléia Constituinte, nos ainda incipientes passos da democracia brasileira. Com a queda do Império e do regime escravocrata, institui-se o sistema republicano de governo presidencialista, que procura negar de todas as formas o passado imperial do Brasil. Essa mentalidade refletiu-se na Carta de 91.

Observa-se já na pequena extensão do preâmbulo a intenção dos legisladores de criarem uma constituição completamente divergente de sua antecessora. Não há nenhuma invocação divina, o que reflete a ideologia positivista da época (positivismo de **Auguste Comte**), legitimando a Constituição através da afirmação da soberania popular, posição recorrente na época (“... representantes do povo brasileiro”).

Os constituintes de então almejavam estabelecer um “regime livre democrático”, bem de acordo com a ideologia liberal que imperava no Estados Unidos da América, a qual tanto influenciou a primeira Constituição republicana do Brasil. Guiando-se pelos valores do Liberalismo, os constituintes brasileiros, chegaram ao ponto de sacrificar o fortalecimento da democracia a fim de promover a liberdade individual. Talvez esse tenha sido o motivo do perecimento da Carta de 1891 após a Revolução de 1930.

• **Constituição de 1934:**

“Nós, os representantes do Povo Brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegura à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.”

Essa Constituição foi saldo da Revolução Constitucionalista de 1932, empreendida pelos paulistas contra Getúlio Vargas. Em seu preâmbulo notamos um retorno aos termos invocatórios da Divindade, costume que teve início com a Carta de 1824 (“pondo a nossa confiança em Deus”).

Outro fator importante a notar é o fato ter sido colocado o termo liberdade para o segundo plano, após a unidade da Nação, como que prevendo as intenções ditatoriais do “Pai dos Pobres”. Essa unidade se encontra reafirmada na expressão do desejo de buscar a justiça e o bem-estar social e econômico por meio da orientação da política governamental.

• **Constituição de 1937:**

“O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil:

Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem resultantes de crescente agravação dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, a resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência de guerra civil;

Atendendo ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios de caráter radical e permanente;

Atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;

Com o apoio das Forças Armadas e cedendo as aspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição de nossas instituições civis e políticas;

Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito a sua honra e a sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade."

A nossa quarta constituição também foi outorgada. Surgiu do golpe de Estado empreendido por Getúlio Vargas a fim de permanecer no governo. Esse preâmbulo retomou o modelo da carta de 1824. É uma exposição dos motivos que o levou a revogar a constituição anterior e iniciar uma nova ordem constitucional. Na Constituição de 1824, era necessário uma lei que afirmasse o Brasil como Estado independente; enquanto que na de 1937 ("A Polaca"), o que se buscava era a preservação da unidade brasileira ante a expansão comunista no país. A maior parte do texto trata dessas justificações, procurando legitimar o golpe por meio das aspirações do povo brasileiro à paz política e social.

Apenas no trecho final, mais especificamente no último parágrafo, é que ele se refere aos valores orientadores da nova ordem constitucional. A Constituição de 1937 visaria, então, à garantia da unidade antes de tudo, do respeito e da honra da Nação, em torno de um regime de paz política e social, resultando assim num estado de segurança, bem-estar e prosperidade.

• **Constituição de 1946:**

"Nós, os representantes do Povo Brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegura à nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil."

Com o final da Segunda Guerra e a derrocada dos Estados nazi-fascistas, o Brasil volta a ser um Estado democrático de Direito e, portanto, ganha uma nova Constituição, considerada por alguns como a mais liberal e a mais sóbria de todas as brasileiras, até os dias de hoje.

Seu preâmbulo, como visto acima, fala apenas do estritamente necessário: de um regime democrático. Realmente, essa época foi marcada pela grande participação popular na escolha dos governantes, os quais, como prova de suas intenções, estabeleceram, naquela Carta Magna, limitações para o exercício do poder, assim como substanciais garantias individuais e direitos políticos aos cidadãos.

- **Constituição de 1967:**

Essa Constituição, assim como a emenda de 1969, não possuem preâmbulo, o que ressalta ainda mais o seu caráter autoritário e ditatorial, já que tal documento constitutivo não buscou nenhuma forma de legitimação ou estabelecimento dos princípios norteadores de sua política. Como diz o Preâmbulo do AI-1: "A Revolução Vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma". O regime vigente era o presidencialismo centralizador de poder, marcado pela perseguição de adversários políticos e cerceamento de liberdades individuais. Portanto, além do fato de não apresentar nota introdutória integrando a carta constitucional, o preâmbulo contido no ato institucional citado não possui o mínimo valor jurídico, é apenas expressão do poder político arbitrário da ditadura que sujou a história do país de 1964 a 1985.

- **Constituição de 1988:**

"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"

Passados mais de vinte anos sob a ditadura militar, o Brasil inicia uma nova fase democrática com a posse do Presidente **José Sarney** (1985). É durante o seu governo que a Assembléia Constituinte promulga a Constituição de 1988, que vigora até os dias atuais. Esta Carta busca romper com o recente passado de repressão às liberdades individuais.

O preâmbulo dessa Constituição já estava contido no anteprojeto oferecido pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, cujo presidente era o Professor **Afonso Arinos**. Se o anteprojeto foi posto de lado pela Assembléia Constituinte, o texto preambular, claro e conciso, como recomenda a boa técnica, foi aproveitado no texto final entregue à Nação.

Esse preâmbulo, ainda mais que os outros, representa uma fiel amostra dos ideais que orientaram os constituintes na confecção da Carta Magna. Ele traz princípios claros e objetivos que defendem um Estado Democrático de Direito, no qual estaria garantido o exercício dos direitos sociais e individuais, além de assegurados a liberdade, a segurança e o bem-estar social, entre outros valores necessários à manutenção de uma democracia. Portanto, é reflexo dos primeiros

artigos da Constituição, os quais abarcam os mesmos temas, porém de forma detalhada.

No próprio preâmbulo já se identificam os elementos que fizeram a Constituição de 1988 ser chamada de "Constituição Cidadã". Os princípios de igualdade e justiça na formação de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos são exemplos dos objetivos buscados por essa Lei Fundamental. Um preâmbulo repleto de ideais de liberdade e justiça encaixa-se perfeitamente em uma constituição que ostenta em seu artigo quinto, setenta e sete incisos que concedem direitos e garantias aos indivíduos e à sociedade como um todo.

Conclusão

Definitivamente, podemos aferir que o preâmbulo, em si, encerra uma grande importância. É claro que tal importância varia como variam os pontos de vista tomados na análise do tema. A princípio, pode-se dizer que o preâmbulo integra a Constituição apenas em seu aspecto formal, pois é um texto que, de fato, acompanha o documento que encerra a Lei fundante da Nação Democrática. Além disso, entramos no debate acerca do valor interpretativo do mesmo quando da verificação das normas constitucionais.

A questão referente ao uso do preâmbulo pelos hermeneutas no momento da aplicação da Constituição, gera posições as mais divergentes. Daí podemos extrair duas correntes paralelas antagônicas, depois de analisado o tema em capítulo específico do presente trabalho. A primeira afirma o preâmbulo como mero instrumento político, sem valor normativo; corrente seguida pelos já referidos Bielsa, Ruffia e Corwin, além do mestre vienense **Hans Kelsen**. A outra corrente — Pinto Ferreira, Pontes de Miranda — afirma o contrário: o preâmbulo tem sim poder vinculatório quando interpretado à luz de seus termos, os quais refletem a própria Constituição, quando entre ambos há uma relação de convergência para a fundamentação de um Estado Democrático de Direito.

Por fim, observados os preâmbulos pertencentes às constituições brasileiras, compactuamos com os dizeres da segunda corrente citada no parágrafo acima. Quando reflete os princípios da própria Constituição, mesmo que de forma ampla e geral, a nota introdutória é válida para a interpretação e aplicação das normas constitucionais e decorrente fundamentação de um ordenamento jurídico. Não podemos olvidar em reconhecer, no entanto, que muitos preâmbulos surgiram como fruto de interesses apenas políticos, muitas vezes, interesses estes que se dirigiam para a afirmação de sistemas arbitrários e repressores, como nas ditaduras. Nossa opinião admite tais incoerências como resultado de experiências malogradas de formas de governo e organização estatal. Por outro lado, postos de lado tais exemplos, que não importam ao Direito, mas à sua história; concordamos

que o preâmbulo é nota de apresentação de extremado valor, quando demonstra ser reflexo de uma Constituição de teor realmente democrático.

Bibliografia

- FERREIRA, Pinto, **Direito Constitucional do Brasil**; Ed. Saraiva, SP, 1993.
- DANTAS, Ivo, **Constituição Federal: Teoria e Prática**, vol.1, Ed. Renovar, Recife, 1993.
- SAMPAIO, Luís Augusto Paranhos, **Comentários à Nova Constituição Brasileira**. Ed. Atlas, SP, 1989.
- BIELSA, Rafael, **Derecho Constitucional**, 2ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1954.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti de, **Direito Constitucional**, 9ed., Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1984.

ASPECTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DA CRISE FISCAL DOS MUNICÍPIOS

Domingos Augusto Paiva de Almeida. (Aluno da Graduação em Direito da UFPE. Pesquisador em cooperação com o PIBIC/PROPESQ. Monitor de Direito Constitucional.)

Sumário: I - Introdução. II - O Município na Federação. III - O Sistema Brasileiro de Discriminação de Rendas. IV - As Transferências Fiscais relativas aos Municípios na CF/88. V - A Falta de Regulamentação do art. 23, da CF/88. VI - O Bloqueio das Transferências Fiscais. VII - A "Onda Emancipacionista". VIII - O Fundo de Estabilização Fiscal. IX - Considerações Finais. X - Bibliografia Referencial

I - Introdução

A figura do Município vem tomando maior destaque na organização do Estado Brasileiro, visto que um número cada vez maior de poderes lhe estão sendo transferidos. A Constituição de 1988, efetivamente, buscou, através da outorga de maiores atribuições, operar a descentralização política no País. Para compensar as novas despesas, a Constituição também ampliou o sistema de repartição de tributos, deslocando, da União e dos Estados para os Municípios, uma maior parcela da receita tributária (arts. 157 a 162 da CF/88).

Todavia, estima-se que as inovações de 88 não implicaram, necessariamente, no equilíbrio financeiro dos cofres locais. Se de um lado é verdade que os Municípios de maior porte vêm conseguindo captar recursos e contribuir para a melhoria da qualidade de vida da população; de outro lado, constata-se da fragilidade fazendária dos de pequeno e médio porte do interior, que sobrevivem, basicamente, em função do Fundo de Participação dos Municípios (art. 159, I, *b*, da CF/88)¹.

A princípio, o sistema de transferências tributárias, na Carta de 88, deveria ocorrer sem restrições à liberação de verbas (art. 160, da CF/88). No entanto, as ressalvas existentes no próprio texto cerceiam, desmesuradamente, a autonomia do Município que se encontra inadimplente junto à União, aos Estados e às suas

¹ PAIVA DE ALMEIDA, Domingos Augusto. Crise Fiscal dos Municípios Pernambucanos em face da Constituição Federal de 1988. *In Anais da 49ª Reunião Anual da SBPC*. Vol. 2, jul. 1997, p. 229.

autarquias (art. 160, parágrafo único, da CF/88, e art. 57, §4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT).

Vale ressaltar que, desde a década passada, a partilha regular de tributos vem sendo desvirtuada pela chamada “*onda emancipacionista*”. Trata-se da criação indiscriminada de novos Municípios, que, na maioria dos casos, não possuem qualquer fonte de financiamento interno (art. 18, §4º, da CF/88). Multiplica-se, assim, o número de pequenos Municípios sem meios de prover os serviços básicos locais. Ao mesmo tempo, a repartição de receitas torna-se cada vez mais pulverizada, reduzindo-se o lastro pecuniário auferido pelos Municípios desmembrados.

Recentemente, o problema da falta de recursos agravou-se ainda mais pela instituição do hoje denominado *Fundo de Estabilização Fiscal – FEF* (Emendas Constitucionais nºs 10 e 17) No intuito de sanear o *déficit* fiscal da União, uma parte relevante dos repasses constitucionais foram reconcentrados nos cofres federais. A medida foi de encontro à sistemática traçada em 88, que previa ampliação das transferências justamente para cobrir as novas responsabilidades do Município advindas da descentralização do País.

II – O Município na Federação

O conceito de Município flutuou no Brasil ao sabor dos regimes, que ora alargavam, ora oprimiam as suas franquias, dando-lhe liberdade política e financeira ou reduzindo-o à categoria de corporação meramente administrativa, embora todas as Constituições inscrevessem em seu texto a tão aspirada autonomia municipal.¹

Até a Constituição de 1946, essa autonomia foi, entretanto, apenas nominal, ora ofuscada pela supremacia imperial, ora pelo coronelismo da República Velha, ora pela transitoriedade da Carta de 1934, ora pelo centralismo do Estado Novo. A partir da Constituição de 1946 e subsequente vigência das Cartas estaduais e leis orgânicas, é que a autonomia municipal passou a ser exercida de direito e de fato.

Hoje, o Município assume tamanhas responsabilidades e poderes que a Constituição o erigiu a *ente federativo*², membro da união indissolúvel que forma a República Federativa do Brasil (arts. 1º e 18º, da CF/88).

A autonomia local está assegurada sob o triplice aspecto *político* (composição eletiva do governo e edição das normas locais), *administrativo*

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.42.

² Entre os que vêem o Município como ente federativo de 3º grau: Hely Lopes Meirelles, José Luiz Quadros de Magalhães, Celso Ribeiro Bastos; entre os que discordam da Constituição: José Nilo de Castro, José Afonso da Silva.

(organização e execução dos serviços públicos locais) e *financeiro* (instituição, arrecadação e aplicação dos tributos municipais, bem como participação no sistema de transferências fiscais)¹. Além desses, fala-se ainda no **poder de auto-organização** do Município, que consiste na elaboração de sua própria Lei Orgânica (art. 29, da CF/88).

Dentro desse esquema é que se realiza a administração municipal, através da *Prefeitura*, como órgão *executivo*, e da *Câmara de Vereadores*, como órgão *legislativo*.

A criação de Municípios, que trataremos no capítulo VII, compete aos Estados-membros mediante consulta plebiscitária às populações diretamente interessadas (art. 18, §4º, da CF/88). Já a organização político-administrativa é feita pela elaboração da Lei Orgânica² de sua própria autoria (art. 29, *caput*, da CF/88), respeitadas as normas e princípios da Constituição Federal e Estadual.

No *âmbito administrativo*, a Carta de 88 ampliou a competência privativa do Município (art. 30)³. No contexto do ensino público, seu papel foi melhor definido, cabendo-lhe a educação pré-escolar e a de ensino fundamental (art. 30, VI, e Emenda Constitucional nº14). O Município adquiriu competência para estabelecer o planejamento e os planos urbanísticos referentemente ao ordenamento de seu território (art. 182), bem como para conduzir as suas próprias políticas públicas em áreas de interesse geral (art. 23), tema este que trataremos no capítulo V.

A administração municipal é dirigida pelo Prefeito, que, unipessoalmente, como Chefe do Executivo local, comanda, supervisiona e coordena os serviços de *interesse local*, auxiliado por Secretários Municipais ou Diretores de Departamento, conforme a organização da prefeitura e a maior ou menor desconcentração de suas atividades. É permitida a criação das autarquias e entidades paraestatais, visando à descentralização administrativa (art. 37, XIX, da CF/88).

No *âmbito político*, a Constituição de 88 proclamou a composição uniforme da Prefeitura e da Câmara para todos os Municípios, variando apenas o número de Vereadores (art. 29 da CF/88). O Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores são agentes políticos, eleitos conjuntamente, por sufrágio universal, direto e secreto, para ocupar um mandato de quatro anos, cuja remuneração deve atender ao disposto nos arts. 29, VI e VII, 37, XI, 150, II, 153, III e 153, §2º, I, da CF/88. A Carta de 88 extinguiu as nomeações de prefeitos permitidas no art. 15, §1º, da CF/67, e reinstituíu a remuneração para vereadores de Municípios com menos de 200 (duzentos) mil habitantes, anteriormente vedada pelo art. 15, §2º, da CF/67.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22º ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 672.

² RDA nº 195, jan./mar. 1994, pp. 278-281; RDA nº 197, jul./set. 1994, pp. 215-217; RDA nº 199, jan./mar. 1995, pp. 201-205.

³ RDA, nº 191, jan./mar. 1993, pp. 177-179.

Em matéria legislativa, a Câmara de Vereadores teve sua competência ampliada, em face do poder de suplementar a legislação federal e a estadual, suprindo-lhes omissões, obviamente sem desrespeitá-las. (art.30, II, da CF/88)¹.

No *âmbito fiscal*, a Carta de 88 preservou a imunidade tributária recíproca entre as três esferas de governo² (art.150, VI, *c*). À União foi vedado instituir isenções de tributos da competência dos demais entes (art.151,III). O Município passou a deter o poder sancionador para instituir o IPTU progressivo (art.156, §1º e 182, §4º, II) no intuito de assegurar a função social da propriedade. No art. 156, da CF/88, estão enumerados os atuais impostos de competência municipal, tal como o IPTU, o ISS e o ITBI, a que retornaremos no capítulo III.

Vale dizer que a revigoração da autonomia do Município se deve ao forte espírito redemocratizador que marcou a Assembléia Constituinte de 1988. Àquela época, a vida nacional aspirava ao ideal democrático em larga escala, cuja concretização foi associada à idéia de descentralização de poder. A aproximação do poder ao povo permitiria a reconstrução da Democracia no País. Assim é que a Carta de 88 guiou-se pelo "*princípio do controle social do gasto público*". Através deste princípio, acredita-se que a proximidade entre a unidade gestora do gasto e o público-alvo permite a adequada alocação dos recursos às reais necessidades sociais, bem como um controle mais eficaz das receitas públicas (arts. 31, §3º, 162, e 165, §3º, da CF/88)³.

De fato, o cidadão comum, por estar cotidianamente envolvido com os problemas locais, demonstra, a princípio, maior interesse na sua resolução. A questão do tráfego, do transporte coletivo, da coleta de lixo, do crescimento urbano, da preservação das praças e sítios históricos, por exemplo, estão presentes no dia a dia de todos. Por isso, a participação popular na fiscalização do gasto público deve ser mais intensa no âmbito local do que em qualquer outra esfera de poder.

Os Conselhos Municipais, criados nas áreas do ensino público, da saúde, do desenvolvimento urbano, bem como a elaboração do Orçamento Participativo, e de projetos de lei de iniciativa popular são exemplos de atuação da sociedade civil no Governo Municipal (art. 29, XII e XIII, da CF/88).

III - O Sistema Brasileiro de Discriminação de Rendas.

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. vol. 3, tomo II. São Paulo: Saraiva, 1992, p.226.

² RDA, nº 205, jul./set. 1996, pp. 238-241.

³ BARRERA, A. W. ROARELLI, M. L. de M. Relações Fiscais Intergovernamentais. in Federalismo Brasileiro/Reforma Tributária e Federação. São Paulo: Unesp, 1995. p.135.

No Brasil, o Município, tal como a União e os Estados, é ente dotado de competência em matéria fiscal, daí falar-se em *divisão tripartida de rendas tributárias*. Há duas técnicas de discriminação de rendas no sistema brasileiro: uma é a outorga de poder tributante a cada ente, a que se denomina *discriminação de rendas por fontes*; e a outra é o sistema de participação no produto da receita tributária de outra entidade, conhecida por *discriminação de rendas pelo produto*¹.

Na *discriminação de rendas por fontes*, cada esfera dispõe de competência própria para instituir os tributos que lhe são expressamente designados pela Constituição. Os atuais impostos da competência do Município constituem a sua Receita Própria e estão discriminados no art. 156, da CF/88. Relativamente aos impostos, são os que incidem sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU), sobre serviços de qualquer natureza não compreendidos no art. 155, II, (ISS) e sobre a transmissão *inter vivos* de bens imóveis (ITBI).

Além dos impostos, podem os Municípios instituir *taxas*, em razão do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição (art. 146, II, da CF/88), bem como *contribuição de melhoria*, decorrente de obra pública, realizada pelo Município, que tenha gerado valorização patrimonial ao imóvel (art. 146, III, da CF/88), ou ainda *contribuição social*, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social (art. 149, parágrafo único, da CF/88).

Na *discriminação de rendas pelo produto* ou *repartição de receita tributária*, uma entidade governamental participa na receita tributária da entidade competente para instituir o tributo. O produto da arrecadação fiscal deve ser partilhado com outras entidades, independentemente de terem elas contribuído para a sua arrecadação. Cada uma é titular, apenas, daquela parcela de receita fiscal que lhe foi outorgado constitucionalmente, daí falar-se em *transferências tributárias* ou *transferências constitucionais*. Assim, por exemplo, a metade da arrecadação do imposto estadual sobre veículos automotores (IPVA) cabe ao Município em que está licenciado o veículo sobre o qual incidiu a exação (art. 158, III, da CF/88).

O sistema de repartição de tributos é um dos mecanismos utilizados no Federalismo Cooperativo. Nesta nova fisionomia do Federalismo contemporâneo, entende-se que os entes governamentais não são mutuamente excludentes, mas, pelo contrário, se interpenetram em várias áreas de atuação². Através da

¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 11ª ed. São Paulo: Malheiros. p. 656.

² BRASILEIRO, Ana Maria. Federalismo Cooperativo. in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 39, jul. 1974, p.86.

cooperação intergovernamental, busca-se a participação de todas as unidades de governo no processo de construção do bem-estar social, inclusive visando-se minimizar desperdícios com a duplicação desnecessária de esforços¹.

No âmbito financeiro, a cooperação se realiza através das **transferências intergovernamentais**, que constituem um mecanismo de distribuição de recursos financeiros entre diferentes unidades de governo. Basicamente, esses mecanismos se destinam a complementar as verbas necessárias para o cumprimento das respectivas competências constitucionais ou de determinados projetos específicos em que há interesses comuns.

A cooperação financeira classifica-se em dois grupos: o das **transferências não-tributárias** e o das **transferências tributárias**. O primeiro grupo, em síntese, envolve um conjunto diverso de recursos de origem orçamentária e, em menor medida, de empréstimos externos. Fazem parte desse grupo os *auxílios, subvenções, empréstimos e convênios*. O grupo das **transferências tributárias** ou **transferências constitucionais**, como já falamos, envolve recursos de origem fiscal, que são arrecadados por determinado ente político e se submetem ao sistema constitucional de partilha (*discriminação de rendas pelo produto*).

No Brasil, o mecanismo de **transferências tributárias** foi instituído em busca, dentre outros, de três objetivos²:

a) Elevar o nível de oferta de serviços e bens públicos em setores nos quais coexiste responsabilidade governamental (exs.: o Fundo Nacional de Desenvolvimento de Ensino – art. 212, da CF/88; e os extintos Fundo Rodoviário, com entrega de cotas rodoviárias aos Municípios; Fundo Federal de Eletrificação; e Fundo Nacional de Mineração, criados pelo processo legislativo decorrente da Carta de 1946)

b) Contribuir para a diminuição das disparidades regionais de renda e de capacidade fiscal intergovernamental, consoante os objetivos fundamentais da Federação (arts. 3º, II e III, 165 §§ 5º e 7º, e 170, VII, da CF/88) – (exs.: o Fundo de Participação dos Municípios – art. 159, I, b, da CF/88; e o Fundo Especial para o setor produtivo do Norte, Nordeste e Centro-Oeste – art. 159, I, c, da CF/88);

c) Compensar os governos dotados de maior capacidade contributiva (exs.: a cota-parte do ICMS – art. 158, IV, da CF/88; e o Fundo de Exportação – art. 159, II, da CF/88).

IV – As Transferências Fiscais relativas aos Municípios na CF/88

¹ SANTOS, Marcos André Couto. As Inter-Relações e Competências Governamentais no Brasil: Problemas da Organização Jurídico-Política do Estado. in *Anais da 49ª Reunião Anual da SBPC*. Vol. 2, jul. 1997, pp.235-236

² BARRERA, A. W. ROARELLI, M. L. de M. Relações Fiscais Intergovernamentais. in *Federalismo Brasileiro/Reforma Tributária e Federação*. São Paulo: Unesp, 1995. p. 130.

Com base no Sistema Tributário Nacional da Constituição de 1988, pertence aos Municípios as seguintes transferências tributárias:

a) O produto da arrecadação do Imposto de Renda (IR) incidente sobre os rendimentos pagos pelo Município a terceiros, bem como pelas autarquias e fundações que mantiver (art. 158, I). É o próprio Município que retém, para si, o IR a ser cobrado sobre os pagamentos por ele efetuados. Assim, por exemplo, uma autarquia municipal não deve recolher o IR incidente sobre a folha de salários dos seus servidores junto aos cofres da União, mas sim direcioná-lo à Fazenda do Município.

b) A metade da arrecadação do imposto federal sobre a propriedade rural (ITR) relativamente aos imóveis situados no Município sobre os quais incide o tributo (art. 158, II). Se, por exemplo, a União arrecadar R\$1.000 (mil reais) sobre uma propriedade imóvel situada no Município de Palmares, deverá repassar-lhe metade do valor auferido, ou seja R\$500 (quinhentos reais), pelo fato de nele estar situada a propriedade sobre a qual incidiu o imposto.

c) A metade do imposto estadual sobre propriedade de veículos automotores (IPVA) relativamente aos veículos nele licenciados (art. 158, III). Supondo que seja de R\$ 400 (quatrocentos reais) o produto da arrecadação obtida pelo Estado em função da cobrança de IPVA efetuada sobre o proprietário de um veículo licenciado no Município de Recife, a este Município caberá parcela equivalente a R\$ 200 (duzentos reais), isto é, metade do que foi arrecadado.

d) 25% (vinte e cinco por cento) da arrecadação do imposto sobre circulação de mercadorias (ICMS). Caso o Estado arrecade R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais) deverão ser repassados ao conjunto de seus Municípios. Todavia, o processo de rateio entre eles se fará dentro de certos critérios previstos na Constituição e ainda regulamentados em Lei Estadual (art. 158, parágrafo único, I e II). Assim, do montante repassado, pelo menos R\$75.000.000 (setenta e cinco milhões), ou seja, pelo menos três quartos, deverão ser divididos de acordo com a ponderação do valor adicionado na Lei Estadual. O valor restante, no máximo R\$25.000.000 (vinte e cinco milhões), isto é, um quarto, deverá ser rateado conforme os demais critérios vigentes na mesma Lei. Retomaremos a questão logo adiante.

e) 22,5% (vinte e dois e meio por cento) da arrecadação do imposto de renda (IR) e do imposto sobre produto industrializado (IPI), que integram o Fundo de Participação dos Municípios (FPM) (art. 159, I, b). Significa dizer que 22,5% (vinte e dois e meio por cento) do que a União arrecadar através da cobrança do imposto de renda e do imposto sobre produto industrializado deverá constituir um Fundo, creditado diretamente na conta dos Municípios. O tema será retomado mais adiante.

Dentre essas e outras transferências tributárias previstas na Carta de 1988, o repasse do Imposto sobre circulação de mercadorias (ICMS) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) são as de maior importância, relativamente ao volume de receitas transferidas aos Municípios¹.

Em relação ao repasse do ICMS, a Constituição determina que, das verbas pertencentes aos Municípios, no mínimo três quartos deverão lhes ser creditadas “na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios” (art. 158, parágrafo único, I).

O dispositivo acima significa que o principal critério adotado no sistema de rateio do ICMS é o chamado *valor adicionado*, que se calcula pelo valor que alcançou a mercadoria ao circular dentro de cada Município. Quanto mais intensa for a circulação da mercadoria no seu território, maior será a participação do respectivo Município na partilha do imposto. Consequentemente, os Municípios com atividade comercial mais intensa, ou seja, os de grande porte, são os que mais se têm beneficiado com o repasse do ICMS.

Críticas são tecidas contra o sistema de repartição do imposto. Argumenta-se que os critérios nele adotados promovem o aumento dos desequilíbrios regionais, pois desprestigiam os Municípios mais carentes de recursos e beneficiam os Municípios *industriais* e os detentores de maior riqueza, fator preponderante para a arrecadação tributária.

As críticas procedem, o que tem levado alguns Estados a buscar soluções para atenuar o problema, seja reduzindo a ponderação do *valor adicionado*, seja adotando critérios outros de rateio². Uma deles é o de estipular um *componente fixo* de participação. Com essa medida, uma parcela mínima de recursos deve ser, obrigatoriamente, destinada a cada Município, o que ameniza a concentração de verbas nos Municípios de maior porte. Através do componente fixo, todos os Municípios, mesmo os menores, hão de receber, necessariamente, um percentual previamente estipulado na Lei, reduzindo-se, assim, as distorções relativas à captação de recursos.

Já em pertinência aos critérios e formas de rateio do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), estão eles dispostos na Lei Complementar nº 62, de 28.12.89 e nos artigos 86 a 89 do Código Tributário Nacional. É estipulado que cada Município, conforme o seu número habitantes, possui um *coeficiente individual de participação*. O cálculo dos respectivos coeficientes compete ao

¹ PAIVA DE ALMEIDA, Domingos Augusto. Crise Fiscal dos Municípios Pernambucanos em face da Constituição Federal de 1988. In *Anais da 49ª Reunião Anual da SBPC*. Vol. 2, jul. 1997, p. 229.

² BARRERA, A. W. ROARELLI, M. L. de M. Relações Fiscais Intergovernamentais. in *Federalismo Brasileiro/Reforma Tributária e Federação*. São Paulo: Unesp, 1995. p.150.

Tribunal de Contas da União, que se baseia nos dados fornecidos pelo Censo Demográfico do IBGE¹. Feito o cálculo, o TCU o encaminha ao Banco Central, instituto responsável para creditar na conta do FPM os valores dos impostos federais arrecadados e para repassá-los, mensalmente, aos Municípios.

O repasse do FPM é, a princípio, incondicional, diferentemente do que ocorria no regime anterior, que impunha requisitos técnicos para a sua liberação². Atualmente, o repasse do Fundo deve obedecer à regra do art. 160, da CF/88, que preceitua: “*é vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nele compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos*”.

O FPM também sofre críticas. Dentre outras, acusam-no de ocasionar o “*sangramento*” nas finanças da União, sobretudo após a Carta de 1988, que ampliou de 17% (dezessete por cento) para 22,5% (vinte e dois e meio por cento) a parcela a ser repassada. De fato, importantes receitas são retiradas da União para serem revertidas aos Municípios, que as recebem sem qualquer esforço despendido. Além disso, sabe-se que boa parte dos pequenos Municípios têm no FPM a sua quase que exclusiva fonte de financiamento, vez que quase nada arrecadam.

Apesar das críticas, não se pode esquecer que este tipo de Fundo nada mais é do que um reconhecimento da hegemonia da União sobre a arrecadação fiscal no País. A competência federal em matéria tributária envolve o maior número de tributos, dentre os quais, os mais expressivos financeiramente, tais como o Imposto de Renda e o Imposto sobre produtos industrializados (art.153, da CF/88).

Estima-se, inclusive, que, após 1988, a União manteve 56% (cinquenta e seis por cento) das receitas disponíveis, enquanto os Estados 26% (vinte e seis por cento) e os Municípios 16% (dezesseis por cento). Para os padrões dos países ditos *desenvolvidos*, em que a instância municipal absorve, em média, pelo menos o dobro da que é absorvida pelo Município Brasileiro, os avanços de 1988 foram ainda muito tímidos.

¹ Na Lex nº 171, mar. 1993, pp. 156-160, encontra-se: Prefeitura Municipal de Silvânia (MG) impetrou Mandado de Segurança junto ao STF contra o TCU requerendo revisão de sua quota do FPM, baseando seu argumento em mera estimativa de crescimento populacional. O pedido foi negado, por não retratar os dados oficiais do IBGE (Censo 1991), bem como para evitar que uns Municípios se atirem judicialmente contra os outros em busca de auferir maior parcela do FPM.

² Sob a Constituição de 1967, com a posterior Emenda de 1969 consagrou-se a hegemonia da União fazendo os Estados e Municípios diretamente dependentes das receitas transferidas. O repasse dos recursos fiscais era, muitas vezes, condicionado a requisitos de ordem técnica e burocrática, que também serviam como forma de controle político do Governo Federal sobre os demais. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1981. p. 217

O problema, portanto, não está no volume de recursos repassados, inclusive porque os Municípios vêm assumindo cada vez maiores atribuições. De fato, a intenção do Constituinte ao descentralizar o Estado Brasileiro foi diminuir a demora na prestação do serviço público, bem como torná-lo mais adequado aos particulares anseios da comunidade, dando mais autonomia ao governo local para eleger as suas próprias prioridades.

A transferência de verbas requer, isto sim, um controle sério e eficaz de acordo com as regras comuns de fiscalização financeira e orçamentária no âmbito municipal, isto é, de controle externo pela Câmara de Vereadores com o auxílio do Tribunal de Contas. No caso de anormalidade jurídico-legal na prestação de contas, apliquem-se os mecanismos constitucionais e legais específicos ensejadores de responsabilização e de punição nos âmbitos civil, penal e administrativo (art. 31, da CF/88, art. 312 a 327 do Código Penal art. 1º, VI, do Decreto-Lei nº 201/67)¹.

V – A Falta de Regulamentação do art. 23, da CF/88.

A Constituição de 1988 ampliou o leque de atribuições do Poder Municipal ao inseri-lo dentro do campo de *competências comuns* do art. 23.

Significa dizer que o Município deixa de ser mera corporação administrativa executora dos planos federais e estaduais e passa a deter, conjuntamente com a União e os Estados, papel fundamental na condução de determinadas políticas públicas. Tal ocorre em áreas consideradas de relevante valor social, como na saúde, educação, moradia, saneamento básico, assistência social, proteção ao patrimônio histórico, proteção ao meio ambiente, fomento à produção agropecuária, abastecimento alimentar, “combate às causas da pobreza e da marginalização” etc.

A respeito da regulamentação do esquema de cooperação, o parágrafo único do art. 23, consubstancia norma de relevantíssima importância: “*Lei Complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*”. Devidamente regulamentado, o sistema de competências comuns propiciaria a participação de cada unidade de governo de modo harmonioso e integrado relativamente a essenciais questões sociais. O serviço público seria prestado da forma mais adequada, num processo em que a divisão de responsabilidades permitiria a maior racionalidade administrativa com o menor desperdício financeiro.

¹ CASTRO, José Nilo de. Direito Municipal Positivo. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.238.

No entanto, até hoje, resta sem regulamentação clara e precisa o referido diploma. Essa lacuna provém desde a Constituição de 1934, quando se inaugurou, no Brasil, um campo de "competência concorrente" da União e do Estado para atuarem solidariamente¹. Ocorre que, sem a devida fixação de responsabilidades no plano normativo, torna-se mais fácil, ao Poder Público, eximir-se de suas obrigações. **A inércia do Poder Público em questões básicas se deve, em boa medida, à falta de regulamentação do art. 23, por não imputar responsabilidade às diferente esferas de governo.**

Sente-se a falta da União atuando em matéria de sua exclusiva competência, como é a de estabelecer políticas econômicas e sociais que permitam o desenvolvimento equilibrado de todo o território da Federação². Cada vez mais se verifica a retração dos orçamentos federais e estaduais no setor social. Não raras vezes, as pressões da população por determinado serviço acabam eclodindo junto ao Governo Municipal, que, naturalmente, já se encontra em contato mais estreito com as carências daquela comunidade. Desse modo, novos encargos vão sendo transferidos para a órbita do Município, cuja estrutura nem sempre pode suportá-los³.

Desde o processo de reabertura política dos anos 80, o Governo Local vem desempenhando um papel marcante no desenvolvimento urbano, sobretudo nos grandes Municípios e nas Regiões Metropolitanas (art. 25, §3º, da CF/88). Os programas de assistência social, de prevenção contra doenças, de amparo aos despossuídos, de construção de moradias; a manutenção de creches e escolas de 1º grau; a criação de novos espaços de lazer; a preservação do meio ambiente; o planejamento do crescimento da cidade etc., são meios de ação municipal que têm contribuído, de modo efetivo, na melhoria da qualidade de vida local. Todavia, esse não é o caso da imensa maioria dos pequenos Municípios disseminados pelo Brasil.

É preciso melhor definir o papel de cada ente, inclusive distinguindo aqueles Municípios com a estrutura suficiente para assumir novas obrigações dos que não a tem. A partir daí, poder-se-ia proceder à distribuição de encargos, conferindo-se diferentes parcelas de competência de acordo com o nível em que se encontrem. Isso implicaria em reconhecer

¹ BRASILEIRO, Ana Maria. Federalismo Cooperativo. in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 39, jul. 1974, p. 95

² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Poder Municipal. Paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1997. p. 117

³ BREMAEKER, François E. J. de. Apoio Institucional aos Municípios Brasileiros. in *Seminário Descentralização no Brasil: Distribuição de Recursos ou de Encargos?*. Publicado pela Sudene e pelo Centro de Estudos e Pesquisas Josué de Castro, Recife, agosto 1996

as desigualdades sócio-econômicas existentes entre os Municípios ¹. Com base neste estudo, far-se-ia a concessão dos poderes político-tributários, de modo a tornar cada Município apto ao exercício de suas competências. Assim também, determinar os casos em que o Estado-membro ou a União haveriam de intervir de forma mais eficaz, suprimindo as deficiências do Governo Local ².

VI – O Bloqueio das Transferências Fiscais.

Recentemente, uma das maiores preocupações que vem afligindo os governantes a nível local, sobretudo nos pequenos e médios municípios, são as ameaças periódicas de suspensão do pagamento dos recursos do FPM³.

Ocorre que, embora o art. 160, da CF/88, proíba, explicitamente, a retenção de qualquer repasse, o parágrafo único do mesmo artigo ressalva a seguinte hipótese: “a vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias”. Além desse dispositivo, preceitua o art. 57, § 4º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que: “parcela dos recursos correspondentes aos Fundos de Participação, destinada aos Estados e Municípios devedores, será bloqueada e repassada à previdência social para pagamento de seus débitos”.

Portanto, apesar da regra genérica do *caput* do art. 160, da CF/88, a liberação das transferências tributárias não está totalmente isenta de condicionalidades. O fato repercute sobretudo nos Municípios de menor porte, pois grande parte deles, como já dissemos, sobrevivem, quase que exclusivamente, em função dos repasses constitucionais, mormente do FPM. A suspensão do seu pagamento pode implicar no colapso imediato do orçamento local. Assim é que o INSS, autarquia previdenciária federal, com base nos dispositivos pré-citados, vem se utilizando das ameaças de bloqueio do FPM para obter diretamente a satisfação de seus créditos⁴.

¹ PAIVA DE ALMEIDA. Domingos Augusto. Desigualdades Regionais e Finanças Municipais. In *O Papiro*. Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Março, 1997, p. 2.

² Sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado. in RDA nº 201, jul./set., pp 1-10

³ Diário de Pernambuco (Recife), em 02.10.96: “Fundo dos Municípios pode ser bloqueado”. Jornal do Comércio (Recife), em 01.08.97: “INSS bloqueia repasse do FPM de 136 municípios do Estado”

⁴ Cf. CASTRO, José Nilo de. Direito Municipal Positivo. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 235. Para o autor, o bloqueio de recursos é inconstitucional, por ferir o princípio do *devido processo legal*. Argumenta ele que a simples notificação de débitos pelo INSS, pela Caixa Econômica Federal (FGTS) ou pela Receita Federal (PIS/PASEP), como fator de bloqueio das transferências, privam o Município de suas garantias constitucionais fundamentais, como a inscrição no regime de

O problema do endividamento junto à Receita Federal, ao INSS, e mesmo à Caixa Econômica Federal (FGTS) gera ainda uma série de outros efeitos. Nesse sentido, a Resolução do Senado nº 69, de 1995, disciplina os requisitos necessários para que os Estados, Distrito Federal e Municípios obtenham autorização para abertura de novas linhas de crédito. Dentre outras, destacam-se a realização de operações de crédito, a antecipação de receita orçamentária e o lançamento, no mercado, de títulos da dívida pública. Corretamente empregados, os recursos obtidos poderiam servir para atualização de débitos, bem como para manutenção de obras sociais relevantes.

VII – A “Onda Emancipacionista”.

A “*onda emancipacionista*” ou a “*miniaturização de Municípios*” são as expressões mais comumente utilizadas para retratar o problema da proliferação de Municípios¹. Sem estrutura para resolver os problemas locais e sem dispor de receita própria, os recém-criados vêm se juntar ao rol daqueles que sobrevivem, basicamente, em função do FPM. Consta-se que, entre 1985 e 1995, ao todo, 1.405 (mil quatrocentos e cinco) novas prefeituras passaram a existir no País. **Desvirtua-se, assim, o próprio sistema de repartição de tributos, devido à “pulverização” dos recursos financeiros entre o número cada vez maior de Municípios.**

Reputa-se ao fato a existência dissimulada de “interesses eleitoreiros”. Mas não se devem descartar outros fatores, como a carência de serviços básicos nos distritos, o padrão de renda altamente diferenciado entre áreas de um mesmo Município e a garantia da Constituição de que os novos Municípios receberiam recursos suficientes para instalação da Prefeitura e da Câmara de Vereadores².

No regime anterior a 1988, o processo de criação de Municípios era regulado por Lei Federal. Isso gerava uma centralização indesejável, pois, para situações completamente diferentes observadas no território nacional, se impunham as mesmas regras. Tal como hoje, cabia às populações interessadas,

precatórios (art. 100, §§ 1º e 2º, da CF/88). Além disso, o bloqueio atritaria contra os princípios da indisponibilidade dos bens públicos, como a sua impenhorabilidade, o da livre aplicação de rendas (art. 30, III, da CF/88) e o próprio exercício da autonomia municipal. Tudo isto porque as transferências são receitas do Município, direito subjetivo seu.

¹MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Poder Municipal. Paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey. 1997. p. 117

² BARRERA, A. W. ROARELLI, M. L. de M. Relações Fiscais Intergovernamentais. *in* Federalismo Brasileiro/Reforma Tributária e Federação. São Paulo: Unesp, 1995. p.151.

mediante plebiscito, opinar sobre a criação do novo Município, mas desde que cumpridas aquelas exigências idênticas vigentes para todo o País¹.

A Constituição de 1988 deixou aos Estados-membros a definição para a criação, incorporação, fusão e desmembramento dos Municípios, sediados em seus respectivos territórios. A redação original do 18, §4º, da CF/88 inicialmente remetia à lei complementar estadual a fixação dos requisitos mínimos para o exercício daquela competência, devendo-se preservar, em qualquer hipótese, a continuidade histórico-cultural do ambiente urbano².

No entanto, o abuso na criação de novos Municípios determinou o advento da Emenda Constitucional nº 15, de 13 de setembro de 1996, que fez retornar ao Congresso Nacional a competência para definir as exigências para a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios quanto ao período no qual poderá ocorrer qualquer dos casos³. Todavia, a Emenda instaurou a dúvida a respeito de se saber qual é a lei competente para determinar o estudo da já controvertida “*viabilidade municipal*”.

VIII – O Fundo de Estabilização Fiscal.

Um dos fatores com maiores repercussões sobre o desequilíbrio das finanças municipais foi a instituição do Fundo Social de Emergência, que passou a se intitular **Fundo de Estabilização Fiscal – FEF** (Emendas Constitucionais nos 10 e 17, que alteram os arts. 71 a 73 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT).

Consta-se que o mencionado fundo configurou uma verdadeira **contra-reforma** às inovações de 1988. Isto porque veio reconcentrar, nas mãos da União, boa parte dos recursos que deveriam ser partilhados.

Inicialmente instituído para vigorar nos exercícios de 1994 e 1995, o Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) teve sua vigência duas vezes prorrogada pelo Congresso Nacional mediante Emenda à Constituição. Da última prorrogação, efetuada no segundo semestre de 1997, resultou que vigorará, até, pelo menos, o fim de 1999.

¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. República e Federação no Brasil: Traços Constitucionais da Organização Política Brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.295.

² Dizia o art. 18, §4º, da CF 88 na sua redação original: “A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em lei complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas”.

³ Nova redação do art. 18, §4º, da CF, pela EC nº 15: “A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal e estudo de viabilidade municipal na forma da lei” (grifo nosso).

Cuida-se de um mecanismo que vincula 20% (vinte por cento) dos impostos da União para fins de saneamento da Fazenda Federal e de estabilização da economia. Significa dizer que as transferências federais, tal qual o Fundo de Participação dos Municípios (FPM), de extrema importância para a maioria dos Municípios, passam a sofrer uma significativa redução. Através da medida, os orçamentos de todas as prefeituras do País viram-se profundamente abalados¹.

Estima-se que o FEF redirecionou para os cofres federais aquela parcela de receitas destinadas ao fortalecimento do Município na Federação Brasileira. Isto porque a Constituição de 1988, conforme ressaltamos neste trabalho, ampliou o sistema de partilha regular de tributos, elevando, por exemplo, o Fundo de Participação dos Municípios de 17% (dezessete cento) para 22,5% (vinte e dois e meio por cento) (art. 159, I, b, da CF/88).

De fato, na sistemática de 1988, o Município passou a deter um volume bem maior de atribuições, sobretudo na elaboração e execução de políticas públicas (art. 23, da CF/88). O FPM teria portanto o objetivo não só de contribuir para a redução das desigualdades regionais, bem como para compensar as novas despesas assumidas pela esfera local de governo.

À medida que reduziu as transferências constitucionais, o FEF foi de encontro à própria sistemática adotada pela Carta de 88, operando uma verdadeira “*recentralização tributária*” no País.

IX – Considerações Finais

Ao fim do presente trabalho, esperamos ter contribuído, de modo substantivo, com o estudo da organização jurídico-política do Estado Brasileiro, particularmente no que toca à questão municipal.

A partir da Carta de 88, a esfera local de governo foi assumindo um volume crescente de encargos (arts. 23, 30, 182, 212, 225). Como nem todos os Municípios estão aptos a suportar igualmente os ônus da Descentralização, visto que profundamente diferentes uns dos outros, faz-se necessário um verdadeiro estudo da controvertida “viabilidade municipal” (art. 18, §4º, da CF/88).

Com isso, evitar a multiplicação indiscriminada de pequenos municípios sem meios próprios de subsistência. E ainda, permitir, de maneira mais eficaz, a imputação de responsabilidade a cada ente federativo, em função do sistema de competências comuns (art. 23, da CF/88).

Em relação às transferências fiscais, é importante compreendê-las como uma das principais fontes de renda a nível local. De fato, a autonomia municipal, como um todo, está intimamente relacionada com a disponibilidade que tem ou

¹ Hoje em Dia (Belo Horizonte), em 18.07.96: “MG é o 2º Estado que mais sofre com o FEF”.

não o Município sobre esses recursos. São receitas outorgadas pela Constituição, para atender preceitos do Federalismo cooperativo e objetivos fundamentais da Federação (arts. 3º, II e III, 165, §§ 5º e 7º, e 170, VII, da CF/88), face ao que não devem ser retidas e nem suprimidas.

Enfim, é certo que a crise fiscal por que passam os Municípios não se resume tão-só aos aspectos acima suscitados. Mas é através de notas específicas como essas que uma compreensão cada vez mais geral e abrangente do tema vai se tornando possível.

X - Bibliografia Referencial

- BARACHO, José de Oliveira. Teoria Geral do Federalismo. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986.
- BARRERA, Aglas Watson. ROARELLI, Maria Liz de Medeiros. Relações Fiscais Intergovernamentais. in Federalismo no Brasil/Reforma Tributária e Federação. São Paulo: Unesp Ed., 1995, pp. 129-160.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. vol. 3, tomos I e II, vol. 6, tomo II. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BRASILEIRO, Ana Maria. O Federalismo Cooperativo. in Revista Brasileira de Estudos Políticos. Nº 39, jul. 1974, pp. 83/128.
- BREMAEKER, François E. J. de. Apoio Institucional aos Municípios Brasileiros. in Seminário Descentralização no Brasil: Distribuição de Recursos ou de Encargos?. Publicado pela Sudene e pelo Centro de Estudos e Pesquisas Josué de Castro, Recife, agosto 1996.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CASTRO, José Nilo de. Direito Municipal Positivo. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. Comentários à Constituição de 1988. Sistema Tributário. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- FEITOSA, Raymundo Juliano Rêgo. Federalismo e Organização dos Estados. in O Jornal do Bureau Jurídico. Recife, set. 1996, p. XI.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Reforma do Estado. in Revista de Direito Administrativo. Nº 201, jul./set. 1995, pp. 1-10.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Poder Municipal. Paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 22º ed. São Paulo: Malheiros, 1997
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 4ª ed. (1981) e 8ª ed. (1996). São Paulo: Malheiros.
- OATES, Wallace E. Federalismo Fiscal. Madrid: Instituto de Administración Local, 1977.
- OLIVEIRA, Fabrício Augusto. Crise, Reforma e Desordem do Sistema Tributário Nacional. Campinas: Unicamp, 1995.
- PAIVA DE ALMEIDA, Domingos Augusto. Crise Fiscal dos Municípios Pernambucanos em face da Constituição Federal de 1988. In Anais da 49ª Reunião Anual da SBPC. Vol. 2, jul. 1997, p. 229.

- PELAYO, Manuel García. Derecho Constitucional Comparado. Madrid: Ed. Alianza, 1991.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. República e Federação no Brasil: Traços Constitucionais da Organização Política Brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- SANTOS, Marcos André Couto. As Inter-Relações e Competências Governamentais no Brasil: Problemas da Organização Jurídico-Política do Estado. in Anais da 49ª Reunião Anual da SBPC. Vol. 2, jul. 1997, pp.235-236
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SILVA, José Afonso da. Inovações Municipais na Constituição de 1988. In Revista dos Tribunais. Nº 669, jul. 1991, pp. 10-18.
- SOARES, José Arlindo (org.). O Orçamento dos Municípios no Nordeste Brasileiro. Brasília: Paralelo 15, 1998.

PODER REFORMADOR NÃO É PODER CONSTITUINTE

Jacira Jardim de Souza Meneses (Acadêmica de Direito da UFPE)

Sumário: Apresentação; 1. A Constituição; Breve histórico; Conceito; Classificação quanto ao conteúdo e ao processo de reforma; 2. Poder Constituinte; A Teoria de Sièyes; Poder Constituinte: poder jurídico ou força social? A tese positivista; A tese jusnaturalista; Conceito; Características: inicial, autônomo, incondicionado. Limitações: limites de fato e de direito; 3. Poder de Reforma Constitucional; Conceituação; Espécies: emenda e revisão; Características: derivado, subordinado, condicionado; Limitações: temporais, materiais, formais; 4. Por que o poder reformador não é um poder constituinte; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

“Um povo tem, sempre, o direito de rever, de reformar e de mudar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar a suas leis as gerações futuras.” (Constituição jacobina. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, art. 28.)

Apresentação

Propondo-nos ao tema *Poder Reformador não é Poder Constituinte*, estruturamos nosso estudo em três partes básicas. No primeiro momento, cuida-se da Constituição, elemento essencial às noções de Poder Constituinte e Poder Reformador; no segundo momento, apresentam-se aspectos necessários à caracterização dos mencionados Poderes, que nos permitam evidenciar, no terceiro momento, por que o Poder Reformador não é um Poder Constituinte.

1. A Constituição

1.1 Breve histórico

Conquanto as primeiras constituições escritas hajam surgido apenas a partir do século XVIII, o homem, desde que se percebeu em sociedade, tende a estabelecer códigos ou leis fundamentais para a organização de sua vida sócio-política.

Dessa organização através de leis próprias e especiais deriva, naturalmente, diferenciação em relação às demais leis, conferindo-se-lhes caráter de

superioridade. Contudo, essa diferença configurava-se, geralmente, no sentido do conteúdo, pois que ambos os tipos normativos eram alterados pelos órgãos legislativos ordinários ou pelos costumes. Não havia, assim, antes do século XVIII, a constituição no seu sentido formal.

Não se sabe quem usou pela primeira vez a palavra Constituição, contudo, não há dúvidas de que, com o sentido atual, a primeira Constituição surgiu na América do Norte, mais exatamente, na Virgínia, em 29-06-1776, aprovada por uma assembléia constituinte eleita pelo povo, enquanto se processava o movimento pela independência das colônias inglesas americanas. Já se definia, entre os líderes políticos da colônia da Virgínia, o entendimento de que, para a completude da independência, era indispensável a existência de uma Constituição.

A ascensão da burguesia, com a luta pela afirmação da liberdade e igualdade dos indivíduos, que se impôs sobremaneira com a Revolução Francesa de 1789, impele à necessidade da Constituição, imprimindo-lhe um cunho ideológico ao estabelecer, no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: *"Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos, nem determina a separação dos poderes, não tem Constituição."*

Paralelamente a essas aspirações de igualdade, que implicam direitos à participação no governo e acesso ao que só era permitido aos nobres, desenvolveram-se teorias no sentido de limitar o poder político. Vislumbrava-se a possibilidade de substituir a vontade arbitrária dos detentores do poder por um governo de leis, entendendo-se estas como resultado espontâneo e necessário das relações humanas. Daí resulta inevitável a declaração solene e formal, por escrito, de que todos os homens eram livres e iguais, conquanto não se incluíssem aqueles que não detinham poder econômico.

Contudo, se, no século XVIII, a afirmação da liberdade implicava impedir a interferência do poder político, pois que direcionada aos que já detinham o poder econômico, na sociedade atual, eivada de poderosos grupos econômicos que subjugam as classes desfavorecidas, o Estado não se configura como o principal inimigo da liberdade individual, fazendo-se mister fortalecê-lo, a fim de que não se acentuem as desigualdades entre os indivíduos.

Evidencia-se, pois, que persiste a necessidade de um instrumento político-jurídico superior que constitua o Estado.

1.2 Conceito

Mas, o que vem a ser uma Constituição estatal? O termo é multívoco, ensejando definições as mais diversas, oriundas da própria complexidade do Estado, cujo fenômeno possibilita pluralidade de abordagens, científicas ou filosóficas.

Na concepção sociológica de Lassale, a constituição é *"a soma dos fatores reais*

do poder que regem um país"), os quais, escritos numa folha de papel, convertem-se em direito, implicando punição a quem o infringe. Esses fatores reais de poder consistem numa "força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em questão, fazendo que não possam ser, em substância, mais que realmente são."

Essa perspectiva, contudo, ignora a influência das normas constitucionais na realidade, limitando o próprio jogo do poder.

Outros, como Schmitt, concebem a Constituição como decisão política fundamental: "*La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da*", concepção que implica distinguir Constituição e lei constitucional. Considerando que a Constituição positiva resulta de um ato do Poder Constituinte e, como este não contém quaisquer normatizações, mas representa um momento de decisão existencial política, a Constituição seria apenas a determinação consciente da forma concreta pela qual se pronuncia a unidade política, enquanto a validade das leis constitucionais pressupõe uma Constituição.

Outra visão unilateral de Constituição corresponde à sua dimensão axiológica: a norma constitucional adequar-se-ia a um padrão valorativo ideal.¹ Todavia, o conceito ideológico de Constituição é contrafático, no sentido de que parte de um pressuposto filosófico, afirmando-se independentemente de uma abordagem empírica.

Enfocada no seu aspecto normativo-jurídico por outra corrente, liderada por Hans Kelsen, a Constituição é entendida no plano do puro dever-ser, norma pura, sem pretensões de fundamentação sócio-político-filosófica. Considerando a particularidade de o Direito regular a sua própria criação, as relações de fundamentação normativa no sistema podem ser figuradas pela imagem espacial da supra-infra-ordenação: a norma fundante é a norma superior; a norma fundada é a inferior, cuja validade depende da sua conformidade com a que lhe é imediatamente superior. Nesta conexão ascendente, chega-se, finalmente, à norma fundamental pressuposta, fundamento último de validade da Constituição. Daí a concepção kelseniana de Constituição em dois sentidos: lógico-jurídico e jurídico-positivo. Consoante o primeiro, Constituição é a norma fundamental hipotética, cuja função é fundamentar lógico-transcendentalmente a validade da Constituição jurídico-positiva, que, por sua vez, deve ser entendida como norma positiva suprema na qual se fundamentam todas as outras, podendo ser escrita ou consuetudinária.

Essas concepções, entretanto, pecam pela unilateralidade e a Constituição, enquanto estrutura e processo fundamentais do Estado, deve ser entendida

¹ Veja-se a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, aprovada pela Assembléia Nacional Francesa em 26-08-1789, de cujo art. 16, transcrito no item 1.1 deste trabalho, infere-se a expressão máxima do idealismo constitucional, sob inspiração liberal.

como uma totalidade dialética, que se tridimensiona, basicamente, em três aspectos: fático-social (sociológico lato sensu), normativo-jurídico e ideológico (ou axiológico), não se podendo dissociá-los em visões parciais, sem que se obstacule a compreensão do fenômeno constitucional.

José Afonso da Silva, no seu "*Curso de Direito Constitucional Positivo*", com base no condicionamento existente entre as referidas dimensões essenciais do fenômeno estatal, conclui: "*A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas, etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo.*"

As abordagens parciais, portanto, devem fundar-se no critério de predominância, nunca no de exclusividade, conforme ensina Marcelo Neves, devendo a Constituição, em sentido normativo-jurídico, ser entendida sob a seguinte perspectiva: "*apesar de funcionar na regulação das relações de poder e como forma positivadora de valores (ideologias), é condicionada pelos fatores fático-sociais e ideológicos, não só nos atos de elaboração constituinte, mas também nos atos de interpretação e aplicação jurídicas.*"

1.3 Classificação

Dentre as várias possibilidades doutrinárias de classificação, importa, para o nosso estudo, distinguir a Constituição quanto ao conteúdo (material ou formal) e quanto ao processo de reforma (rígida ou flexível).

1.3.1 Constituição quanto ao conteúdo: material ou formal

Como critério distintivo do que seja matéria constitucional, impõe-se a importância do assunto para a organização do Estado, quais sejam: formas de Estado e de governo, modo de aquisição e exercício do poder, estabelecimento de seus órgãos e limites de sua ação, em suma, elementos essenciais constitutivos do Estado.¹

Constituição no sentido formal é um conceito quase coincidente com a noção de Constituição escrita, implicando três notas essenciais: 1) que as normas integrem o documento constitucional; 2) que emanem do poder constituinte; 3) que sejam hierarquicamente superiores às demais normas legais, o que se evidencia pelo processo mais dificultoso para reforma constitucional que a lei ordinária. Cabe, contudo, considerar que apenas os dois primeiros aspectos são essenciais, tendo em vista a existência de Constituição flexível, reformável pelos processos de

¹ Cabe considerar que os direitos fundamentais não se constituem matéria constitucional de modo absoluto, mas apenas para regimes políticos de caráter liberal-democrático.

legislação ordinária.¹

Em se tratando de conteúdo, costuma-se, também, classificar uma Constituição segundo as formas de governo e de estado em que se insere, bem como quanto ao sistema de governo e ao regime político, o que corresponde ao sentido amplo de Constituição material a que alude José Afonso da Silva.

1.3.2 Constituição quanto ao processo de reforma: rígida ou flexível

Constituição rígida é aquela que exige procedimento processual complexo para a sua modificação. Em contraposição, flexível é a Constituição que pode ser modificada por processo legislativo ordinário.

Há caso de Constituição semi-rígida, como a Constituição do Império do Brasil, já referida, face ao seu art. 178.

2. Poder Constituinte

A idéia de Poder Constituinte surge intrinsecamente ligada à idéia de constituição escrita, no século XVIII, quando vingava a convicção de que todo Estado deve ter uma constituição escrita, lei suprema, que preveja governos moderados e limitados em seus poderes, para garantia dos direitos dos cidadãos. Surge naturalmente, em decorrência da exigência lógica de reconhecer um poder capaz de estabelecer a Constituição, diverso daquele que normatiza segundo a Constituição.

2.1 A Teoria de Sièyes

Emmanuel Joseph Sièyes (1748-1836), o Abade ou Padre Sièyes, foi quem estabeleceu, pela primeira vez, de modo consistente, a distinção entre Poder Constituinte e Poder Constituído, na obra *"Qu'est-ce que le tiers État?"*

O livro foi, na realidade, o manifesto da Revolução Francesa, consubstanciando-se nas reivindicações do Terceiro Estado, o Povo. A temática apresenta-se, curiosamente, sob uma estrutura interrogativa, a partir do próprio título - *"Que é o Terceiro Estado?"* - desenvolvendo-se também em três perguntas: a) *"Que tem sido o Terceiro Estado?"*, cuja resposta é *"nada"*, porque o Terceiro Estado caracteriza-se pela ausência de privilégios; b) *"Que é?"*, cuja resposta é *"tudo"*, porque ao Terceiro Estado cabem todas as tarefas necessárias à comunidade, de

¹ Tradicional exemplo ilustrativo da distinção referida é o caso da Inglaterra, que não conhece o conceito formal de constituição. Também ilustrativo é o caso da Constituição do Império do Brasil, cujo art. 178 estatui: *"É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivos dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas (nos arts. 173 a 177), pelas legislaturas ordinárias."*

modo que, se desaparecessem a Nobreza e o Clero, o Terceiro Estado daria conta da vida igualmente; c) "*Que pretende ser?*", cuja resposta é "*alguma coisa*", implicando todo o programa reivindicatório revolucionário.

A Sièyes cabe, pois, na história do Direito Constitucional, a autoria da doutrina do Poder Constituinte, cujas idéias fundamentais podem ser assim resumidas: a) não existe Estado sem constituição; b) a Constituição é obra de um poder, o Poder Constituinte, que lhe é anterior e precedente; c) a Constituição cria os poderes do Estado, Poderes Constituídos, destinados a governar o Estado, dela retirando sua força e a ela se subordinando; d) se são subordinados à Constituição, tais poderes não podem, lógica e evidentemente, criá-la.

2.2 Poder constituinte: poder jurídico ou força social?

2.2.1 A tese positivista

O ato constituinte, mediante a condição de eficácia, transforma-se na Constituição, desenvolvendo-se o direito positivo somente a partir desta, enquanto obra do Poder Constituinte.

Assim, se o direito positivo surge da Constituição, não é produto de um poder de direito, mas um fato e o Poder Constituinte é uma força social. Para o positivismo jurídico, a Constituição é um fato que se situa fora do âmbito da ciência jurídica, embora seja o seu ponto de partida.

2.2.2 A tese jusnaturalista

Entendendo que a amplitude do direito vai além do direito positivo, havendo o chamado direito natural, os jusnaturalistas sustentam a posição antagônica da juridicidade do Poder Constituinte, vez que o direito precede ao Estado. Para o jusnaturalismo o Poder Constituinte não é uma mera força social, é poder de direito, porque decorrente da ordem jurídica natural. Fundamenta-se na liberdade, o primeiro dos direitos naturais do homem.

2.3 Conceito

O conceito de Poder Constituinte bifurca-se em duas correntes, de aceções ampla e restrita.

A corrente ampla entende o Poder Constituinte como o poder de criar e reformar uma Constituição, donde a nomenclatura "*poder constituinte originário*" e "*poder constituinte derivado*" (ou "*de 2º grau*" ou "*instituído*") para indicar gradação em que o primeiro desdobra-se-ia. Dentre os adeptos desta corrente destacam-se: Oliveira Baracho, Hans Kelsen, Pinto Ferreira, Anna Cândida da Cunha Ferraz, dentre outros.

Sob a ótica da corrente restritiva, o Poder Constituinte consiste,

exclusivamente, no poder de criar, elaborar, constituir, fazer originalmente uma Constituição, donde o termo "*Poder Constituinte*" em oposição a "*Poder Constituído*". Adeptos desta corrente: Karl Schmitt, Nelson Saldanha, Aderson de Menezes, Ivo Dantas, Marcelo Neves, dentre outros.

Não há, pois, consenso doutrinário unânime quanto à amplitude conceitual de Poder Constituinte, no sentido de entendê-lo apenas como "*originário*" ou abrangendo o "*poder derivado*" constitucionalmente, cuja análise comparativa é objeto deste trabalho, enquanto se pretende demonstrar *por que o poder reformador não é um poder constituinte*.

2.4 Características

Para a Teoria Geral do Direito Constitucional, o Poder Constituinte apresenta três características essenciais: é inicial, soberano e incondicional.

2.4.1 Inicial. por não se basear em nenhum poder de direito positivo, mas dele ser a fonte de validade, enquanto cria a ordem jurídica estatal. Dele é que derivam, pois, os demais poderes constituídos. É poder de fato, através do qual se manifesta a idéia de direito predominante num certo momento e num certo lugar, historicamente considerados, sobrepondo-se a quaisquer outras idéias porventura co-existentes. É, pois, inicial, não no sentido cronológico, mas enquanto funda uma nova ordem jurídica positiva.

Desse caráter inicial resulta a supremacia da Constituição, que rompe com o direito anterior, que só persistirá vigente se o novo ordenamento jurídico o reconhecer, seja expressamente ou pelo fenômeno da recepção. Caso contrário, as normas constitucionais ou ordinárias legisladas conforme o direito anterior revogam-se por inconstitucionalidade.

2.4.2 Autônomo. em decorrência de ser inicial, não se subordinando a nenhum outro poder, porque ele mesmo vai criar a nova ordem jurídica. Compete a ele decidir sobre a adequação do direito que positivará para a coletividade. Neste ponto, percebe-se estreita relação com a soberania estatal.

2.4.3 Incondicionado. porque não se condiciona a nenhuma modalidade formal preestabelecida, pronunciando-se livremente, conforme a conjuntura política e o detentor momentâneo do poder.

Atente-se, porém, que, do ponto de vista sócio-político-filosófico, o legislador constituinte atua num determinado momento histórico, com o qual deve estar em consonância. Assim, fora do âmbito jurídico, segundo Rosah Russomano: "*a) o legislador constituinte tem de seguir o ritmo da civilização, atendendo naquele determinado momento e naquele lugar determinado, o que lhe é compatível (princípio da praticabilidade); b)*

ao alterar as regras pré-constitucionais, o legislador constituinte deve parar onde a alteração vier a traduzir a negação da própria composição do poder constituinte."

2.5 Limitações do Poder Constituinte

Evidencia-se que, em se tratando da amplitude do Poder Constituinte, a opção por considerá-lo limitado ou ilimitado dependerá do ponto de partida filosófico sobre a natureza do mencionado poder: sob a ótica positivista, o Poder Constituinte é juridicamente ilimitado, porque anterior a qualquer direito posto, sendo a questão da limitação moral um problema metajurídico; sob a perspectiva jusnaturalista, o Poder Constituinte é limitado pelo direito natural, ou seja, pelos direitos fundamentais do homem.

Contudo, desatrelando a amplitude do Poder Constituinte das perspectivas positivista e jusnaturalista, há referência a limites de fato e limites de direito.

2.5.1 Limites de fato

Os limites de fato relacionam-se à eficácia do ato constituinte, conforme esclarece Ferreira Filho: "*... quem estabelece uma Constituição não pode chocar-se frontalmente com as concepções mais arraigadas - a cosmovisão - da comunidade, porque, do contrário, não obterá a adesão dessa comunidade para as novas instituições, que permanecerão letra morta, serão ineficazes.*" Noutras palavras, é a questão do princípio de praticabilidade a que se refere Rosah Russomano. Se não há praticabilidade, não pode haver eficácia.

2.5.2 Limites de direito

Os limites de direito referem-se não ao direito natural, mas implicam saber até onde o direito internacional pode restringir a ação do Poder Constituinte. A questão é polêmica e Ferreira Filho posiciona-se contrariamente, argumentando que a realidade dos fatos tem demonstrado que, conquanto desejável, ainda não prevalece a superioridade do Direito Internacional sobre o direito interno.¹

3. Poder de Reforma Constitucional

3.1. Conceituação

Além da tripartição clássica dos poderes de Montesquieu, a Constituição constitui um poder para rever e modificar o próprio texto constitucional: o Poder Reformador.

Coerentemente com a idéia de que a Constituição escrita se propunha a ser

¹ Nelson de Souza Sampaio (p. 38) registra: "*As únicas limitações então existentes são as normas do direito internacional, pelo menos teoricamente.*" (O grifo é nosso).

definitiva, não houve, inicialmente, nítida regulamentação do poder revisor, havendo mesmo omissão a respeito em algumas Constituições. Contudo, em meados do século XVIII, a obra de Vattel sobre "*O Direito das Gentes*" já insinua a diferenciação entre Poder Constituinte e Poder Reformador, advertindo que o poder de alterar a Constituição não cabe aos legisladores ordinários. Evidenciada, porém, a necessidade de adaptar a Constituição às situações supervenientes que a evolução dos tempos impõe, é que o próprio Poder Constituinte, ao estabelecer a Constituição, via de regra estabelece o Poder Reformador, objetivando vincular ao direito positivo a própria mudança da Constituição, através de mecanismo especial e mais complexo que o pertinente à elaboração de leis comuns.

Cabe, entretanto, considerar que o Poder Reformador Constitucional não se configura nos Estados de constituição flexível, cuja modificação se efetiva pelo Poder Legislativo, com o mesmo procedimento pelo qual se elaboram as leis ordinárias.

3.2 Espécies de Reforma Constitucional

Entendido como gênero, o Poder de Reforma Constitucional bifurca-se em duas espécies: emenda e revisão.

3.2.1 Emenda. pretende reformar aspectos pontuais da Constituição, cuja estabilidade o legislador constituinte não considerou tão valiosa, embora a ela obste formalidades que se traduzem numa maior dificuldade de modificação em relação às leis ordinárias.

3.2.2 Revisão. é reforma que se pretende mais genérica, exigindo formalidade e processos mais lentos e dificultosos que a emenda, visando a assegurar uma suprema estabilidade do texto constitucional.

3.3 Características

Segundo a doutrina, são três os caracteres essenciais do Poder de Reforma Constitucional:

3.3.1 Derivado. porque provém de outro poder, o Poder Constituinte, que o cria e estabelece. Não retira sua força de si próprio.

3.3.2 Subordinado. porque não é soberano, isto é, vincula-se a outro poder, que lhe é hierarquicamente superior e do qual advêm limitações explícitas e até implícitas.

3.3.3 Condicionado. porque seu exercício vincula-se às regras de forma

estabelecidas na Constituição, isto é, a procedimentos e modos de agir que, em não sendo cumpridos, incorrem em obra viciada, sujeita ao sistema de controle de constitucionalidade. É, portanto, um poder condicionado, em regra, por limitações temporais, materiais e formais.

3.4 Limitações ao Poder de Reforma Constitucional

As restrições impostas pelo legislador constituinte para a reforma constitucional podem relacionar-se ao tempo, ao objeto ou ao processo de sua realização.

3.4.1 Limitações temporais

Referem-se à época, ao momento ou às circunstâncias (por exemplo: estado de sítio ou de emergência) em que a reforma poderá ocorrer. Pode-se, também, determinar obrigatoriedade periódica em que as reformas devem ser realizadas. Outras vezes, a Constituição proíbe a sua reforma antes do decurso de determinado prazo, a fim de evitar implicações quanto à sua consolidação.

3.4.2 Limitações materiais

Neste aspecto situam-se as principais controvérsias no tocante às limitações do Poder de Reforma Constitucional: todos os dispositivos da Constituição podem ser objeto de reforma ou há determinados dispositivos em que o Poder de Reforma Constitucional não poderá incidir? Impõe-se fazer uma distinção entre limitações materiais explícitas e implícitas.

Limitações materiais explícitas. Se o legislador constituinte manifesta expressamente que certos dispositivos constitucionais são irreformáveis, claro está que o Poder Reformador não poderá atingi-los. É o caso brasileiro no tocante à forma federativa de Estado; ao voto direto, secreto, universal e periódico; à separação dos Poderes; e aos direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, I a IV).

Limitações materiais implícitas. São as que não estão claras na Constituição, mas são intuídas através de interpretações. Há autores que acham que não existem.

Segundo Nelson de Souza Sampaio, há quatro categorias de normas constitucionais que não poderão sofrer a ação do Poder Reformador: "1ª) as relativas aos direitos fundamentais; 2ª) as concernentes ao titular do poder constituinte; 3ª) as referentes ao titular do poder reformador; 4ª) as relativas ao processo da própria emenda ou revisão constitucional."

A primeira referência é claramente aceitável do ponto de vista de que até um poder hierarquicamente superior, o Poder Constituinte, não pode estar

desvinculado das convicções do momento histórico em que se insere, sob pena de ineficácia da Constituição.

A segunda restrição é no sentido de ser inaceitável o contra-senso de o Poder Reformador destituir o titular de um poder que lhe é superior, do qual deriva e que, através da Constituição, lhe impôs regras de atuação, isto é, o Poder Constituinte. Pondera Sampaio que *"O absurdo é ainda mais chocante na doutrina democrática, em virtude do princípio da inalienabilidade da soberania popular, que nega ao próprio povo o direito de renunciar ao seu poder constituinte."*

A terceira limitação implica a impossibilidade de o Poder Reformador renunciar às competências que lhe foram conferidas pelo Poder Constituinte.

E, finalmente, a quarta restrição é no sentido de que o Poder Reformador não tem competência para alterar os procedimentos pelos quais desencadear-se-ão a emenda ou a revisão, a não ser que seja para tornar o processo mais complexo que o previsto pela Constituição.

3.4.3 Limitações formais

Dizem respeito aos procedimentos impostos pela Constituição para a realização da reforma, ao modo como ela deve ser feita, quais sejam: iniciativa, quorum/maioria exigida, turnos de votação, ratificação popular, órgão especial ou ordinário etc.

4. Por que o Poder Reformador não é um Poder Constituinte

O fato primordial que justifica não ser o Poder de Reforma Constitucional um Poder Constituinte é a sua natureza de caráter jurídico-positivo, enquanto o Poder Constituinte é uma força social, que, a ser entendida como poder jurídico, só poderá sê-lo no âmbito do direito natural, nunca no sentido jurídico-positivo.

Desse fato decorrem características inerentes a cada um desses poderes, cujo confronto evidenciam distinções antitéticas:

1. O Poder Constituinte é **inicial**, no sentido técnico-jurídico de criar uma nova ordem jurídica, enquanto o Poder de Reforma Constitucional dela deriva. Noutras palavras: o Poder Constituinte constitui a Constituição e esta cria o Poder Reformador.

2. **Autônomo**, o Poder Constituinte goza de soberania e ilimitação jurídica, enquanto o Poder Reformador é adstrito à Constituição, sendo-lhe subordinado.

3. **Incondicionado**, o Poder Constituinte manifesta-se livremente, sem vincular-se a formas predeterminadas, ao passo que o Poder Reformador é condicionado às formas de manifestação estabelecidas na Constituição.

Desta última contraposição avulta um fato significativo, que por si só demonstra, segundo Nelson Sampaio, a condição de constituído do Poder

Reformador, incompatível com o caráter de Poder Constituinte: a existência de controle jurisdicional de constitucionalidade da reforma da Constituição, pois que seria ilógico admitir o controle de um poder constituinte por um constituído, o Judiciário.

5. Conclusão

A Constituição é o ponto de partida para a determinação do que seja *Poder Constituinte e Poder Constituído*.

Obra de um poder que não se circunscreve ao âmbito jurídico, inicia, destarte, o direito positivo e, ao iniciá-lo, prevê as novas realidades que advirão do próprio dinamismo da vida em sociedade, criando um Poder de Reforma Constitucional.

Delinea-se, nitidamente, diversidade de origem e de objetivo: Poder Constituinte é força social que visa a estabelecer, a constituir uma Constituição que regerá a vida de um Estado; Poder Reformador é poder jurídico-positivo que visa a promover, por opção do próprio Poder Constituinte que o criou, a adequação da Constituição à evolução natural da vida.

O Poder de Reforma Constitucional é um poder constituído, pois não inicia direito positivo, não é autônomo nem incondicionado, caracterizando-se antes pelos traços opostos de derivação, subordinação e condicionamento em relação àquele que o criou.

Por não ser possível a concepção de que criador e criação se identifiquem, configurando-se num só ser, necessária a exatidão terminológica, para distingui-los. A ampliação do conceito de Poder Constituinte para abranger a noção de Poder de Reforma Constitucional implicaria a perda de sentido do termo, denominando-se *constituente* a um poder *constituído* na Constituição.

Bibliografia

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder Constituinte do Estado-Membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição; as Constituições do Brasil*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional e Instituições Políticas*. São Paulo: Jalovi, 1986.
- Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 3ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1974.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- LASSALE, Fernando. *¿Qué es una Constitución?* Buenos Aires: Siglo Veinte, 1957.

- PINTO FERREIRA, Luís. *Teoria Geral do Estado*, vol. 1, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. Bahia: Progresso, 1954.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. México: Nacional.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ASPECTOS DA PROTEÇÃO JURÍDICO-INTERNACIONAL À LIBERDADE RELIGIOSA

Fanaticism is the mortal enemy of democracy
Arthur Schlesinger, Jr.

Christiano Sávio Barros Figueirôa (Aluno da graduação em Direito da UFPE. Monitor de Direito Internacional Público)

Sumário: 1. Introdução; 2. Liberdade Religiosa; 2.1. Definição; 2.2. Liberdade de ter ou não ter, mudar ou não mudar de religião ou convicção; 2.3. Liberdade de manifestar ou não manifestar religião ou convicção; 2.4. Sujeitos da Liberdade Religiosa; 3. Histórico da proteção internacional à liberdade religiosa; 4. Proteção de âmbito global; 4.1. Direitos Humanos e Liberdade Religiosa na Carta de São Francisco; 4.2. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção sobre o genocídio e o P.I.D.C.P.; 4.3. Outros tratados de aplicação global; 4.4. As Declarações de 1981 e de 1992; 5. Os instrumentos regionais; 6. Considerações finais; Bibliografia.

1. Introdução

Uma religião ou uma convicção, enquanto lida com idéias consideradas fundamentais à cosmovisão de indivíduos e grupos, é capaz de incutir nas pessoas uma força de vontade tal que possa mesmo desafiar as normas jurídicas emanadas estatais e o aparelho coercitivo destinado a tutelá-las. Não é algo que o Estado pode simplesmente ignorar como sendo fora de sua esfera de atuação e concernente à vida particular de seus cidadãos ou súditos. Por suas características naturais, de religiões e convicções podem se tornar tanto ameaça como aliados ao Estado. Necessário, pois, que ele de alguma forma regule suas relações com as diversas religiões, ao menos para determinar sua não-interferência e conferir uma proteção geral.

Costuma-se dividir os modos de relacionamento entre o Estado e as religiões em três grandes sistemas: confusão, união e separação¹. Na confusão, os aparelhos estatal e religioso estão indiferenciados. Na união, apesar de já haver

¹ COLLARD, Claude-Albert. *Libertés Publiques*. 7^a ed. Paris: Dalloz, 1989, p. 430. RAMOS, Elival da Silva. *Notas sobre a liberdade religiosa no Brasil e nos Estados Unidos*. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*. N^os. 27-28, 1987, (pp. 199-246). SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10^a ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 243.

uma distinção entre o Estado e as organizações religiosas, estabelece-se um vínculo de aliança entre aquele e uma ou mais religiões que passam a gozar de uma posição privilegiada ante às demais, mas não raro acompanhada de uma interferência estatal em sua organização. Na separação, o Estado é laico, não se liga a nenhuma religião em especial, dando a todas o mesmo tratamento. Não há, contudo, uma vinculação necessária, exceto talvez no sistema de confusão, entre a forma de o Estado se relacionar com as religiões e o grau de liberdade religiosa que consagra¹. Reino Unido, Japão, Suécia são Estados confessionais e nem por isso violam, atualmente, a liberdade de religião dos que não seguem a oficial. Por outro lado, não é porque um Estado é laico que ele consagra amplamente a liberdade religiosa, a ex-URSS, que por muito tempo agiu como um Estado ateu, perseguindo indiscriminadamente qualquer religião, ópio do povo, nas palavras de Marx, foi um exemplo.

A tensão latente entre Estado e Religião, sempre passível de eclosão quando seus princípios e normas de algum modo se contrariam, não se cinge, contudo, aos lindes do território estatal (a fé também não conhece fronteiras), especialmente quando o próprio Estado abraça uma religião específica. Os fiéis têm uma tendência geral ao proselitismo, procurando realizar conversões não importa onde. Ademais, reafirmando-se a dignidade de pessoa internacional ao indivíduo, procura-se protegê-lo em sua fé de seu próprio Estado nacional. Pretendemos aqui apresentar algumas noções da proteção que o D.I.P. confere à liberdade de religião, sobretudo por seu pioneirismo, vez que pedra fundamental da construção do D.I. dos Direitos Humanos.

2. Liberdade Religiosa

2.1. Definição

A liberdade religiosa não é algo simples de se definir, abriga uma série de outras liberdades. A primeira vista, a liberdade religiosa não é nada mais que um dos aspectos da liberdade de pensamento e expressão², porém, adquire especificidade própria em virtude de lidar com as concepções fundamentais da vida de cada um. A definição abaixo peca por ser por demais analítica, mas com isto se quer abarcar todas as facetas da liberdade religiosa, algumas das quais

¹ BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil (Promulgada em 5 de outubro de 1988)*. 1ª ed. 2º Volume (Arts. 51 ao 17). São Paulo: Saraiva, 1989. , p. 49. DRAGO, Roland. *Laïcité, neutralité, liberté?* In: *Archives de Philosophie du Droit*. Tome 38 - Droit et religion, (pp. 221-230), p. 223.

² BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. Ob. cit. , p. 43. GOY, Raymond. *La garantie européenne de la liberté de religion. L'article 9 de la Convention de Rome*. In: *Archives de Philosophie du Droit*. Tome 38 - Droit et Religion, 1993, (pp. 163-210), p.167.

podem quedar desprotegidas em uma apreciação sintética. Pode-se então definir a liberdade religiosa como a liberdade de ter ou não ter, mudar ou não mudar de, manifestar ou não manifestar uma religião ou convicção.

2.2. Liberdade de ter ou não ter, mudar ou não mudar de religião ou convicção.

Trata-se do direito de o indivíduo escolher livremente que concepções religiosas abraça como fundamentais para sua cosmovisão, de pertencer à religião que melhor responder a suas questões espirituais, sem qualquer embaraço nisto por parte do Estado ou de quem quer que seja. A liberdade de crença assim entendida compreende também a chamada liberdade negativa de religião, a liberdade de não possuir qualquer religião, daí que os textos jurídicos consagradores da liberdade religiosa geralmente usam fórmulas como *liberdade de consciência e crença* ou *liberdade de religião ou convicção* para deixar claro que também se encontram tuteladas as convicções em matéria religiosa que implicam em ausência de uma religião¹, como o ateísmo, o ceticismo, o agnosticismo e mesmo a mera indiferença religiosa, embora a religiosidade seja um sentimento natural do ser humano, ninguém é obrigado a ter uma religião, a liberdade religiosa não é apenas a liberdade de escolher uma religião, mas de escolher ou não.

Também devemos ressaltar, como faz Duffar, que a liberdade de mudar de religião também é tutelada e de modo irrestrito, o que deve ser especialmente considerado em países onde há uma religião oficial ou dominante². A liberdade religiosa é uma liberdade dinâmica, de exercício sucessivo através do tempo, o indivíduo terá sempre a possibilidade de mudar de uma religião para outra ou passar a não ter religião ou convicção se isto lhe aprouver.

O caráter absoluto das liberdades de ter, não ter, mudar de ou não mudar de religião ou convicção decorre do fato de que pertencem ao foro íntimo, às concepções interiores de cada um, possuindo um caráter eminentemente intra-subjetivo. Um Estado não pode, pois, de qualquer forma tentar interferir no exercício destas liberdades, que devem se lhe apresentar como inderrogáveis, por não adentrarem no campo das condutas inter-subjetivas, (*Cogitationis poenam nemo patitur*)³.

2.3. Liberdade de manifestar ou não manifestar religião ou convicção

Difícilmente as convicções religiosas se satisfazem com o foro íntimo, a fé

¹ Vide, p.ex.: BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. Ob. cit., p. 167. SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 242

² DUFFAR, Jean. Ob. cit., p. 946

³ Vide, neste sentido: DUFFAR, Jean. Ob. cit., p. 945. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 53-55.

tende à transcendência, a se difundir, ao proselitismo. De muito pouco adiantaria a proteção da liberdade de consciência e de crença se também não houvesse a proteção da liberdade de sua exteriorização. O Estado, então, protege a liberdade de manifestação religiosa em seus vários aspectos, culto, proselitismo, ensino religioso, organização religiosa, da forma mais ampla possível.

Os indivíduos também devem ter garantida a sua liberdade de não manifestar a sua religião, que também é absoluta. Sendo a religião matéria de foro íntimo, não concerne ao Estado a religião ou convicção de seus cidadãos. Isto é uma forma de assegurar que eles não serão molestados ou discriminados por suas convicções religiosas. Além disto, há certas organizações religiosas que primam pelo sigilo (seitas ou sociedades secretas), o que não raro decorre de perseguições sofridas¹.

Uma vez que se externa no mundo das condutas intersubjetivas, a liberdade de manifestação religiosa passa *ipso facto* a interessar ao Direito e destarte se sujeita às limitações impostas para assegurar o bem comum, a paz e o progresso social. Os doutrinadores são quase unânimes em proclamar a limitabilidade da liberdade de expressão religiosa, enquanto se exerce intersubjetivamente². Assim, o exercício da liberdade de expressão religiosa não poderá afrontar a ordem, a moral, a paz, a saúde, a tranquilidade e a segurança públicas, os bons costumes e os direitos e garantias de outrem. Os textos jurídicos oscilam entre esta fórmula bastante analítica e outras mais concisas. Com exceção da última hipótese, são conceitos nebulosos, indeterminados, só perfeitamente caracterizáveis em situações extremas. Um dos desafios atuais do D.I.P. e dos Direitos Comunitários e Internos é explicitar melhor tais conceitos para que não abram margem ao arbítrio estatal.

De todo modo, não se pode negar a relatividade da liberdade de manifestação religiosa. Como ensina lapidarmente Celso Bastos "*é pressuposto de todo o direito ser utilizado de forma a não prejudicar o direito de outrem, como também é requisito de toda faculdade juridicamente protegida o só poder ser exercida de molde a não ferir os valores ético-morais estruturantes de uma sociedade*"³, o que sinteticamente corresponde ao brocardo romano *alterum non laedere*.

Vários são os exemplos de estatais ao exercício da liberdade religiosa dados pela doutrina e confirmados pela jurisprudência interna e internacional, vejamos alguns: os detentos, hospitalizados ou de outro modo presentes em estabelecimentos de internação coletiva terão sua liberdade de expressão religiosa

¹ Cf.: BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. Ob. cit., p. 51. DUFFAR, Jean. Ob. cit., p. 952.

² Vide, por exemplo: BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. Ob. cit., p. 50. COLLIARD, Claude-Albert. Ob. cit., pp. 451-454. GOY, Raymond. Ob. cit., pp. 195-200.

³ BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. Ob. cit., p. 53.

limitada em função das peculiaridades destes locais, exigentes de maiores rigores para preservar a segurança e a saúde de seus ocupantes (um judeu ortodoxo não poderá deixar a barba crescer, o que permitiria esconder pequenas lâminas)¹; um servidor público ou um empregado não poderá fazer proselitismo ou culto nos momentos em que deveria estar trabalhando, devido às normas de Direito Administrativo e Direito do Trabalho²; os cultos deverão observar as normas ambientais concernentes aos padrões de emissão de ruídos permitidos pela legislação de poluição sonora³; as procissões hão de obedecer a regulamentação do exercício do direito de reunião⁴; os ministros de uma religião não poderão dela usar para delinquir, transformando-as em empresas que abusam da boa fé dos crentes, o Direito Penal é bastante sensível a isto especialmente com crimes como os de estelionato, charlatanismo e curandeirismo⁵; os casamentos religiosos, se quiserem gozar de efeitos civis, devem se adequar às normas de Direito de Família; as religiões não poderão violar o Direito do Menor, abusando de sua condição⁶, etc.

Questão polêmica diz respeito à objeção de consciência, instituto pelo qual o indivíduo pode se eximir de cumprir obrigação legal a todos imposta, notadamente o serviço militar, alegando convicção filosófica, política ou religiosa. Inicialmente os organismos internacionais e a doutrina negavam tutela a tal direito, vez que não expressamente definido nos instrumentos internacionais, seria uma questão ainda de jurisdição doméstica. Esta interpretação evoluiu, a escusa de consciência, sobretudo em obrigações que podem implicar ceifar vidas humanas não pode deixar de estar implicitamente garantida na proteção atual do D.I.P. à liberdade religiosa⁷.

2.4. Sujeitos da liberdade religiosa

A liberdade religiosa é um direito eminentemente individual e como tal vem sendo consagrado nos mais diversos instrumentos jurídicos. Foi uma das bandeiras do Liberalismo, pregando a separação Igreja-Estado como forma de garanti-la, diz respeito às convicções mais íntimas e fundamentais do ser humano com relação ao mundo que o rodeia. Não é de se estranhar, deste modo, o que

¹ DUFFAR, Jean. Ob. cit. , p. 955.

² DUFFAR, Jean. Ob. cit. , p. 954. GOY, Raymond. Ob. cit. , pp. 179-180.

³ COLLIARD, Claude-Albert. Ob. cit. , p. 452. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 485-486.

⁴ COLLIARD, Claude-Albert. Ob. cit. , p. 453.

⁵ DUFFAR, Jean. Ob. cit. , p. 959.

⁶ GOY, Raymond. Ob. cit. , pp. 197, 200.

⁷ DUFFAR, Jean. *La protection internationale des droits des minorités religieuses*. In: *Revue du Droit Public et de la science Politique en France et à l'Étranger*. N° 6, 1995, (pp. 1495-1530), p. 1505.

sujeitos-mores da liberdade religiosa sejam os indivíduos, sem qualquer distinção de sexo, etnia, raça, cor, classe, língua, procedência nacional, idade, religião, etc. Mesmo aos presos pelos piores crimes imagináveis é reconhecida a liberdade de religião ou convicção, ainda que com exercício bem mais restrito devido à especial situação. Inclusive porque até agora é impossível ao Estado invadir o pensamento individual para eliminá-la.

Inobstante, aos poucos foi se reconhecendo às organizações religiosas, conquanto dotadas de personalidade jurídica própria, a titularidade de liberdade religiosa ao lado de seus integrantes. A religiosidade tende a se extravasar e congregar o máximo de indivíduos possível, o proselitismo, já foi dito, também é natural ao ser humano, os que comungam de uma mesma crença ou convicção normalmente se associam e formam entes coletivos, aos quais não seria razoável negar a titularidade da mesma liberdade de religião ou convicção, especialmente porque a liberdade de organização dos cultos se exerce eminentemente por elas. Apesar de um rechaço inicial, as cortes internas e internacionais hoje consideram normalmente igrejas, e mais recentemente seitas e mesmo associações caritativas religiosas como sujeitos de liberdade religiosa, a distinção entre elas e seus membros é uma mera criação do direito, e elas são mais diretamente responsáveis pela organização dos cultos e exercício do poder de polícia referente às normas religiosas¹. Não se deve opor religião à seita, como fazem não poucos autores², as seitas devem se contrapor às igrejas, como formas diversas de organização religiosa. Como bem pontifica Chinoy, as seitas são uma forma de organização religiosa com certas características distintas das das igrejas: a participação decorre de uma escolha voluntária, positiva e dependente do preenchimento de certos requisitos como rituais de iniciação, recomendações de membros antigos, etc. Embora com maior fervor religioso e um proselitismo ardente³, tendem ao isolacionismo, por seu caráter minoritário e por se sentirem perseguidas em decorrência dele⁴. Entender que seita não é religião é algo perigoso, pois pode dar azo a violações à liberdade religiosa de seus integrantes.

A questão da titularidade da liberdade religiosa pelas minorias religiosas prende-se à própria questão de sua personalidade jurídico-internacional. Entendemos que atualmente elas carecem de tal subjetividade, dirigindo-se os instrumentos internacionais para os indivíduos que delas fazem parte, o que não impede que a evolução do DIP mude o atual estado de coisas, passando a dar uma

¹ DUFFAR, Jean. Ob. cit., p. 956. GOY, Raymond. Ob. cit., p. 172. RAMOS, Elival da Silva. Ob. cit., p. 260.

² P. ex.: MALAURIE, Philippe. *Droit, sectes et religion*. In: *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 38 - Droit et Religion, 1993, (pp. 211-220), p. 213.

³ CHINOY, Ely. Ob. cit., p. 523. MALAURIE, Philippe. Ob. cit., loc. cit.

⁴ MALAURIE, Philippe. Ob. cit., loc. cit.

maior proteção às minorias enquanto entes coletivos¹.

Controversa é a titularidade da liberdade religiosa pelas crianças. Os primeiros textos internacionais de proteção aos direitos humanos pareciam significar que o exercício de tais direitos ocorria por meio de seus pais ou representantes legais, a medida em que conferiam a estes o direito de assegurar a educação moral e religiosa daquelas de acordo com as convicções dos últimos (art.13.3 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 18.4 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 21 do Protocolo nº 1 à Convenção Européia de Direitos Humanos, art. 12.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos). Raymond Goy chega a dizer que as crianças não têm direito de mudar de religião, vinculando-as a dos pais². Entendemos que as crianças, como todas as demais pessoas têm direito à liberdade religiosa, inclusive a de ter religião diversa da dos pais ou tutores. Isto se torna bem mais patente a partir da Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de Intolerância e Discriminação baseadas em Religião ou Convicção (art. 5) e da Convenção sobre os Direitos da Criança (art. 14). O primeiro instrumento estabelece *os melhores interesses da criança como princípio reitor* dos conflitos neste campo, que sem dúvida corresponderão em regra às suas próprias convicções, o último, define claramente o papel dos pais ou tutores como meros orientadores da criança no exercício de sua liberdade religiosa, consoante a evolução de sua capacidade. É bem verdade que nos primeiros anos de vida a criança segue a religião dos pais, mesmo porque seu desenvolvimento psicossocial ainda é pequeno, sendo a religião ou convicção parental o único paradigma, mas pode alcançar maturidade suficiente para escolher sua própria religião ou convicção antes de se liberar do pátrio poder, devendo nisto ser respeitada pelos pais ou representantes legais, não apenas pelo Estado.

3. Histórico da proteção internacional à liberdade religiosa.

A liberdade religiosa desde cedo mereceu proteção pelo Direito Internacional Público, sendo o pioneiro dentre os direitos humanos a gozar de tutela interestatal, especialmente para que se evitassem perseguições aos súditos de um Estado em território de outro.

Já no regime das capitulações, no século XVI, pode-se vislumbrar um instituto de D.I. protegendo, ainda que indiretamente, a liberdade religiosa, uma vez que implicava restrições à jurisdição de uma das potências signatárias em

¹ Um maior aprofundamento desta matéria pode ser encontrado, p. ex. , em DUFFAR, Jean. *La protection...* cit. KLEIN, Eckart. *The protection of minorities: conception and implementation*. In: *Law and State*. Vol. 44, 1991, (pp. 79-91). LAPONCE, J. A. *The protection of minorities*. Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1960.

² Ob. cit. , p. 185.

relação aos cidadãos da outra que em seu território se encontrassem, independente de possuírem caráter de representação oficial. Este sistema de jurisdição consular ou mista ocorria sobretudo porque as potências européias pretendiam livrar seus cidadãos de uma justiça teocrática, sumária e não raro arbitrária.¹

A liberdade religiosa foi sem dúvida o primeiro direito fundamental que mereceu atenção do D.I.P. , especialmente em razão das guerras religiosas que infestaram o solo europeu após a reforma protestante e contra-reforma católica, que não raro ultrapassavam as fronteiras estatais, aliás ainda muito cambiantes. Os autores divergem, no entanto, sobre qual foi o primeiro tratado protetivo : Duffar cita o tratado de Viena de 1606, que reconheceu à minoria protestante da Transilvânia a liberdade de culto ², Laponce indica um tratado de 1615, celebrado entre Áustria e Turquia, em que esta concedia aos católicos a liberdade de manifestação religiosa ³, mas a doutrina dominante indica o Tratado de Osnabruck, celebrado em 1648, no contexto da Paz de Westphalia ⁴, que pôs fim à Guerra dos Trinta Anos, causada entre outros fatores pelo fanatismo católico do Imperador Fernando II do Sacro-Império Romano Germânico.

Nesta primeira fase, a liberdade religiosa ainda tem uma proteção precária, abole-se o princípio do *cujus regio et ejus religio* , mas a liberdade protegida é a de certas minorias expressamente referidas, minorias cristãs apenas, era uma liberdade de religião cristã.

Isto só vai ser superado a partir do Congresso de Viena, de 1815, quando tratado de Viena, que assegurava a união entre Bélgica e Holanda, celebrado entre Áustria, Reino Unido, Prússia, Rússia e os Países Baixos, previu proteção geral e indiscriminada a todos os cultos, inclusive no acesso aos cargos públicos, como a Constituição holandesa já pioneiramente consagrava em seu direito interno.

Apenas no século XX, com as duas Grandes Guerras e a internacionalização da proteção dos direitos humanos em geral é que a liberdade religiosa deixa sair do contexto de tratados com poucas partes e aplicação restrita a certos locais ou certas minorias. Ambas foram combatidas por seus vencedores em nome da liberdade. Wilson realizou uma tentativa frustrada de proteger as minorias e em especial as minorias religiosas no Pacto da SDN, ensina Jean Duffar

¹ ACCIOLY, Hidelbrando. *Tratado de Derecho Internacional Público*. 1ª ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1945, p. 236.

² DUFFAR, Jean. *La protection...* cit. , p. 1497.

³ LAPONCE, J.A. Ob. cit. , p. 25.

⁴ P.ex.: ACCIOLY, Hidelbrando. Ob. cit. , p. 518. FRANCHINI-NETTO, Miguel. *Os direitos humanos na ONU*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979, p. 16.

¹, ficando o sistema de proteção às minorias da Liga muito nos moldes do século XIX, no que tange à liberdade de religião. A liberdade de culto foi uma das *Four Freedoms* de Franklin D. Roosevelt, reiteradas na Carta do Atlântico de 14 de agosto de 1941 e na Declaração das Nações Unidas de 1º de janeiro de 1942 e que informariam a criação da futura ONU.

4. Proteção de âmbito global

4.1. Direitos humanos e liberdade religiosa na Carta de São Francisco

Já foi dito que o impacto das duas Grandes Guerras deste século fundamentou a internacionalização do tema dos direitos humanos em geral. Não poderia então a nova organização criada para estruturar a sociedade internacional furtar-se a tratar de assunto tão valioso, se foi ele a grande bandeira dos Aliados. Já no preâmbulo, a Carta reafirma a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana, na igualdade de direitos de homens e mulheres e das nações grandes e pequenas.

O temário volta a aparecer no art. 11, 3, quando se enuncia como propósito da ONU conseguir a cooperação internacional para desenvolver e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais de todos, sem distinção de raça, sexo, idioma ou religião. O art.13, 1, b, o art. 55, c, e o art. 76, c distribuem competências para a satisfação destes propósitos à AG, ao Conselho Econômico e Social e ao Conselho de Tutela (exercida também pelo CS em casos de tutela estratégica, art. 83, 1) respectivamente.

Cabe neste ponto salientarmos o princípio da não-discriminação. Nada mais que um aspecto do princípio da igualdade, ele determina que as normas protetivas de direitos e liberdades fundamentais não poderão sofrer discriminação em sua aplicação com base em sexo, idade, idioma, classe, nacionalidade, raça, cor, religião, etc. A proteção dos direitos humanos só é plenamente eficaz se indistinta, com a isonomia atuando com todo o vigor. Exemplificando isto na proteção internacional à liberdade religiosa, de nada valeria um Estado ratificar determinado tratado protetivo se fizesse reserva de aplicá-lo apenas aos membros de sua religião oficial, seria de um cinismo cruel. Em virtude disto, a grande maioria dos instrumentos de proteção internacional aos direitos humanos estabelecem cláusula proibitiva de qualquer discriminação na aplicação de seus preceitos.

Com base nestas competências produziu a Organização das Nações Unidas uma série de instrumentos consagradores da liberdade religiosa, no quadro da proteção internacional aos direitos humanos.

¹ DUFFAR, Jean. *La protection...* cit., p. 1499.

4.2. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção sobre o Genocídio e o P.I.D.C.P

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Resolução nº 217 A (III), de 12 de dezembro de 1948 foi o primeiro grande instrumento da ONU no tocante à proteção dos direitos humanos em geral. Declaração, como tal carece de valor jurídico vinculante para os Estados-partes, mas tem um cunho político elevadíssimo e assentou as bases para a elaboração do P.I.D.C.P., quando se conseguiu obter o consenso da comunidade internacional para a adoção de instrumentos vinculantes, após quase duas décadas.

O arts. I e II da Declaração afirmam o princípio da isonomia e da não-discriminação, determinando o último expressamente que toda pessoa, sem distinção de religião, entre muitas outras, pode gozar dos direitos e liberdades nela reconhecidos. A liberdade religiosa é consagrada no art. XVIII, prescrevendo que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, e que este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar sua religião ou sua convicção, só ou em comunhão, em público ou em particular, pelo ensino, pelas práticas, pelo culto e pelo cumprimento de ritos. Não cuidou das limitações à liberdade de manifestação religiosa, não tendo também feito alusão expressa à liberdade de não ter religião.

Apesar da falta de obrigatoriedade da Declaração, a ONU também em 1948, 11 de dezembro, deu um grande passo na tutela da liberdade religiosa com a aprovação da Convenção para a Repressão e Punição do Crime de Genocídio, elevado a *status* de crime internacional contra a humanidade, seguindo o que determinava uma Declaração de 1946 e o Estatuto do Tribunal de Nurembergue. O crime de genocídio abrange atos cometidos com o intento de destruir grupo religioso, no todo ou em parte, incluindo não só a morte de membros do grupo, mas também as lesões de natureza grave à sua integridade física ou mental, a submissão a condições de existência capazes de lhes causar destruição física total ou parcial, medidas que impeçam novos nascimentos no seio do grupo e retirada forçada de crianças para outro grupo, punindo-se também a co-autoria, a tentativa, a incitação pública e a associação para sua prática.

Só em 1966, logra a ONU obter êxito na elaboração de instrumentos protetivos dos direitos humanos de maneira geral com valor juridicamente obrigatório, através do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovados pela resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembléia-Geral, de 16 de dezembro. Dentre eles, o que merece maior destaque é o P.I.D.C.P., vez que a liberdade religiosa era tida como um dos grandes exemplos de direito civil, na já superada idéia da divisibilidade dos direitos do homem.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos afirma a liberdade

religiosa em seu art. 18, de forma muito semelhante à da Declaração de 1948. Possui, todavia, um maior detalhamento: determina que *ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha* (art. 18,2), trata das limitações à liberdade religiosa previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas (art. 18,3) e explicita o direito de os pais ou responsáveis escolherem a educação religiosa e moral dos filhos de acordo com suas próprias convicções (art. 18, 4), sendo que este último dispositivo foi repetido no art. 13,3 do Pacto internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao tratar do direito à educação.

4.3. Outros tratados de aplicação global

Além do P.I.D.C.P, há uma série de outros tratados, patrocinados pela ONU, suas agências especializadas, ou entes como o C.I.C.V. que, protegendo os direitos humanos de certas categorias especiais de pessoas ou em certas circunstâncias excepcionais, cuidam também da liberdade religiosa.

Nem mesmo em situações de intensa fragilização do aparelho estatal, como nos casos de conflitos armados, internacionais ou internos, deve o adequado exercício das liberdades de religião ser comprometido. O Direito Internacional Humanitário dedica especial atenção a tal questão. Vários são os dispositivos que do DIH que cuidam diretamente deste tema, em especial os constantes das Convenções de Genebra de 1949 e do Protocolo II, de 1977. A liberdade de expressão religiosa, na sua *completa latitude*, inclusive a participação nos serviços de fé é reconhecida a prisioneiros de guerra, civis internos em tempos de guerra, pessoas privadas de liberdade em conflitos armados não-internacionais, feridos, enfermos e náufragos, desde que se adequem à rotina disciplinar determinada em cada caso. O pessoal religioso, inclusive e especialmente os capelães, por seu caráter não-combatente e a importância de suas funções espirituais, merece um regime de proteção ainda maior, devendo ter todas as facilidades no desempenho de suas funções religiosas, inclusive não sendo considerados prisioneiros de guerra. A não-discriminação, inclusive de religião faz parte do art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra e que é via de regra constante de todos os instrumentos do DIH e do DIDH em geral.

O Estatuto dos Refugiados (1951) e o Estatuto dos Apátridas (1954) consagram o dever de os Estados-partes consagrarem a estas categorias de pessoas especialmente protegidas pelo D.I.P. um tratamento ao menos tão favorável ao dado a seus próprios nacionais no que tange à liberdade praticar sua religião e à instrução religiosa de seus filhos, em seus arts. 4ºs, logo após a consagração do princípio da não-discriminação, nos arts. 3ºs. O conceito de refugiado pode incluir refugiados por motivos de religião ou convicção.

A Convenção nº 111 da OIT, sobre discriminação em emprego ou profissão, de 1958, reprime a discriminação religiosa, também proibida pela Convenção da UNESCO relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino, de 1960, que reforça o direito de os pais ou responsáveis assegurarem a educação religiosa e moral de seus filhos ou pupilos de acordo com as suas próprias convicções. É de se ressaltar que, por ela não se consideram discriminatórios sistemas de ensino confessional que correspondam às opções dos pais ou tutores desde que de adesão voluntária e que respeitem às normas estatais a respeito do currículo mínimo para o ensino do grau correspondente.

A respeito da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, que trata em seu art. 14 cuidando de sua liberdade religiosa, também em fórmula similar à do P.I.D.C.P., vide nº 3.4.

4.4. As declarações de 1981 e de 1992

A Declaração das Nações Unidas sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas em religião ou convicção, proclamada por unanimidade pela AG da ONU em 25 de novembro de 1981 pode ser considerada o primeiro instrumento dentro do DIDH destinado especificamente a proteger a liberdade religiosa, ainda que careça de valor obrigatório. Ensina Duffar que veio depois de uma tentativa frustrada de se elaborar um tratado e uma declaração a respeito em 1962¹. Seus maiores méritos são contribuir para a definição da titularidade da liberdade religiosa das crianças, conforme visto no item 3.4., estabelecendo o princípio reitor dos melhores interesses da criança (art. 5,2 e art. 5,4), determinando que ela deve ser *criada num espírito de compreensão, tolerância e amizade entre os povos, paz e fraternidade universal, respeito à liberdade de religião ou convicção de outrem e em plena consciência de que sua energia e talento devem ser empregados a serviço do próximo* (art. 5,3), e detalhar as liberdades compreendidas na liberdade de manifestação religiosa, que inclui, entre outras, as liberdades de: culto, reunião, associação caritativa ou humanitária, ensino, propaganda e publicidade, comunicação a nível nacional ou internacional, financiamento e organização, uso e confecção de materiais rituais ou habituais, respeito a feriados e festas de uma religião ou convicção (vide o art. 6).

Em 18 de dezembro de 1992, a AG da ONU, pela Resolução nº 135 (XLVII), aprovou a Declaração sobre os direitos dos Indivíduos pertencentes a minorias nacionais, étnicas, religiosas ou lingüísticas. O instrumento se liga mais à questão da proteção às minorias, garantindo sua liberdade religiosa a partir do tratamento isonômico em relação às majorias e da preservação de sua identidade cultural, através de medidas legislativas ou não, tanto positivas quanto negativas.

¹ DUFFAR, Jean. *La liberté...cit.*, p. 943.

5. Os instrumentos regionais.

Foi na Europa que se produziu o primeiro instrumento jurídico obrigatório de proteção aos direitos humanos, apesar dos esforços da ONU desde sua criação. Foi assinada em Roma em 4 de novembro de 1950 (16 anos antes do P.I.D.C.P. e 19 do Pacto de San José), sob os auspícios do Conselho da Europa, a Convenção Européia de Direitos Humanos, que disciplinou a liberdade religiosa em seu art. 9º. Seu texto parece ter inspirado os elaboradores do P.I.D.C.P. pela semelhança. Contudo, há uma diferença básica a ressaltar: ao tratar das limitações à liberdade religiosa, o art. 9º, 2 determina que elas só poderão constituir *disposições necessárias para uma sociedade democrática*, imperativo condicionador de quaisquer restrições, implicando, conforme entendimento pacífico da Comissão e da Corte Européia de Direitos Humanos, o respeito à minoria e não apenas a vontade majoritária. O direito de pais ou tutores em relação à educação religiosa de filhos ou pupilos só foi consagrado no âmbito europeu com o art. 2º do Protocolo nº 01 à Convenção de Roma, em 1952.

Foi a América, contudo, que primeiro elaborou uma declaração de direitos humanos no quadro do DIDH. A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem foi aprovada na IX Conferência Interamericana, em abril de 1948 em Bogotá, poucos meses antes da assinatura da Declaração Universal. Já em seu art. III proclama que toda pessoa tem o direito de professar livremente uma crença religiosa e de manifestá-la e praticá-la publica e privadamente, sem maiores detalhamentos que seriam cabíveis. Em contraposição a esta primazia em termos de declaração de direitos, só se logrou obter um tratado tutelar de direitos humanos em geral no contexto americano em 1969, com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou *Pacto de San José de Costa Rica*, que em seu art. 12 cuida da liberdade de consciência e religião, em termos que praticamente repetem o art. 18 do P.I.D.C.P.

Uma organização da sociedade internacional africana só foi possível com a descolonização. Isto, somado aos problemas étnicos, políticos, sociais e econômicos do continente, fez com que só se pudesse concluir uma convenção de direitos humanos no âmbito da OUA em 1981, a Carta Africana de Direitos dos Homens e dos Povos (Carta de Banjul). O tratamento dado à liberdade de consciência e crença por seu art. 8º é bastante sintético, apenas determinando que as liberdades de consciência e de religião são garantidas e que não podem sofrer quaisquer medidas restritivas, ressalvada a ordem pública. Poder-se-ia extrair como implícitas várias conseqüências, mas se atentarmos para a situação atual do desenvolvimento sócio-econômico-cultural da África, percebemos os riscos do laconismo.

6. Considerações finais

A liberdade religiosa, primeiro dentre os direitos humanos a receber proteção internacional, mesmo após mais de trezentos anos das primeiras garantias de D.I., continua problemática. Seu próprio conteúdo, de convicções fundamentais à visão de mundo do indivíduo, que ditam seus valores supremos, induz a isto : entre a norma estatal e a religiosa, esta acaba por prevalecer, já que a divindade não pode ser preterida por criações humanas, crê o ardente fiel.

Isto se soma a um crescimento perigoso do fundamentalismo, com judeus ultraortodoxos apedrejando casas comerciais que ousam abrir aos sábados em Israel, católicos não menos fanáticos explodindo clínicas de aborto nos Estados Unidos, fundamentalistas islâmicos promovendo genocídio e iconoclastia na Argélia e no Afeganistão, seitas nocivas promovendo suicídios em massa de seus integrantes, como podemos ver constantemente nos noticiários.

Muitas dos conflitos de maior destaque no cenário internacional apresentam o elemento religioso como uma de suas causas mais importantes, como o conflito árabe-israelense, a questão da Irlanda do Norte e a da ex-Iugoslávia. Estados teocráticos proliferam, a Rússia edita uma lei que limita a liberdade de religião.

A liberdade religiosa , sem dúvida, ainda carece de proteção tanto interna como internacional. Não basta a produção de normas jurídicas ou definições abstratas de seitas nocivas, é preciso sim a efetivação do arsenal de instrumentos já existentes, e sem tônica na coação, apta a criar "mártires", mas na criação de um espírito de compreensão mútua entre as religiões, com a conversão por meio da palavra, da comunicação e não da força das armas. Deuses que só são Amor, Bondade e Perdão, da grande maioria das religiões atuais são incompatíveis com sangue, destruição e morte em seu nome.

Bibliografia

- ACCIOLY, Hidelbrando. *Treatado de Derecho Internacional Pública*. 1ª ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1945.
- BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil (Promulgada em 5 de outubro de 1988)*. 1ª ed. 2º Volume (Arts. 5º ao 17). São Paulo: Saraiva, 1989.
- CHINOY, Ely. *Sociedade - Uma Introdução à Sociologia*. 2ª ed. São Paulo: Cultrix, 1971.
- COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés Publiques*. 7ª ed. Paris: Dalloz, 1989.
- DUFFAR, Jean. *La liberté religieuse dans les textes internationaux*. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*. Nº 4, 1994, pp. 939-968.
- _____, Jean. *La protection internationale des droits des minorités religieuses*. In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*. Nº 6, 1995, pp. 1495-1530.

- DRAGO, Roland. *Laïcité, neutralité, liberté?* In: Archives de Philosophie du Droit. Tome 38 - Droit et Religion, 1993, pp. 221-230.
- FRANCHINI-NETTO, Miguel. *Os direitos humanos na ONU*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.
- GOY, Raymond. *La garantie européenne de la liberté de religion. L'article 9 de la Convention de Rome*. In: Archives de Philosophie du Droit. Tome 38 - Droit et Religion, 1993, pp. 163-210.
- LAPONCE, J. A. *The protection of minorities*. Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 1960.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MALAURIE, Philippe. *Droit, sectes et religion*. In: Archives de Philosophie du Droit. Tome 38 - Droit et Religion, 1993, pp. 211-220.
- MARTY, Martin E. *Freedom of worship*. In: Freedom means. Views on human rights. s.l. , International Communication Agency of the United States, s.d. , pp. 47-53.
- RAMOS, Elival da Silva. *Notas sobre a liberdade religiosa no Brasil e nos Estados Unidos*. In: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Nºs 27-28, 1987, pp. 199-246.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SILVA, José Afonso da . *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos. Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO E ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS (ENFOQUE ESPECIAL NA OEA)

George Rodrigo Bandeira Galindo (Aluno do 9º período da graduação em Direito da UFPE. Bolsista do PIBIC/CNPq. Monitor de Direito Internacional Público)

Sumário: 1. Introdução; 2. Imunidade de Jurisdição e Execução; 2.1. Conceito; 2.2. Histórico; 2.3. O Princípio “par in par non habet imperium”; 2.4. O Princípio da Extraterritorialidade e a Imunidade de Jurisdição; 2.5. As Doutrinas da Imunidade Absoluta e Relativa; 2.6. Renúncia de Imunidade; 2.7. Imunidade de Execução; 3. Imunidade de Jurisdição e Execução das Organizações Internacionais – Especial enfoque na OEA; 3.1. As Teorias quanto à competência as organizações internacionais e a divisão entre atos “jure imperii” e “jure gestionis”; 3.2. A Imunidade de Jurisdição e Execução das Organizações Internacionais e o costume internacional; 3.3. A Imunidade de Jurisdição das Organizações Internacionais; 4. Conclusão; 5. Bibliografia Referencial.

“As most international organizations enjoy immunity from foreign jurisdiction but have no courts of their own, where must their creditors go?”

(SCHERMERS, Henry G. Preface in HIRSCH, Moshe. *The Responsibility of International Organizations toward third parties: some basic principles*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1995, p. ix).

1. Introdução

Vivemos em um tempo de crise, e o Direito Internacional também se insere nesta situação, mas agora não como efeito desta, e sim como uma de suas causas. Todos os institutos de relevância prática – sem exceção – estão revirados de ponta a cabeça: direitos humanos, uso internacional da força, direito humanitário, direito ambiental internacional, responsabilidade internacional, direito dos tratados, direito das organizações internacionais etc. O internacionalista e o observador arguto da realidade internacional estão sem norte. O conflito entre objetivistas e subjetivistas, embora pareça um tanto antiquado, ainda vigora, com uma força impressionante. Aqueles, buscando uma estabilidade que apenas se encontra no plano ideal, relevam o jurídico, tentando retirar toda e qualquer influência política; e estes, defensores da hoje conhecida abordagem crítica ou pós moderna do direito internacional, atuam, *a contrario sensu*, defendendo que o direito internacional é relativo e indeterminado, conforme a interpretação subjetiva do analista – o que releva o político em detrimento do jurídico. Embora algumas propostas moderadas tenham surgido,¹ o problema continua insolúvel.

¹ Cf. KORHONEN, Outi. *New International Law: Silence, Defence or Deliverance*. *European Journal of International Law*. Vol. 7. No. 1, 1996, pp. 1-28, onde o autor defende a por ele chamada

Capitaneando esta reviravolta também está o problema da imunidade de jurisdição. Vale dizer que o instituto – um dos primeiros a surgir no seio do direito das gentes –, baseado que sempre foi no costume, devido a sua atual incerteza, fez parte da agenda da Comissão de Direito Internacional da ONU, já estando em estágio avançado, a depender apenas das conveniências políticas para ser codificado através de uma convenção internacional.^{1,2}

O objetivo deste trabalho é observar o tema da imunidade de jurisdição no que concerne às Organizações Internacionais – especificamente a Organização dos Estados Americanos (OEA) – e sua respectiva imunidade de execução no Brasil. Não analisaremos as imunidades dos funcionários das Organizações Internacionais quando do exercício de suas funções. Interessa-nos apenas a imunidade de jurisdição e execução das Organizações Internacionais quando atuam diretamente.

O tema, apesar de possuir parca bibliografia específica,³ mostra-se de suma importância, visto que as relações entre os Estados se intensificam cada dia mais, sendo uma de suas resultantes a proliferação crescente de organizações internacionais que, atuando no âmbito interno dos Estados, precisam gozar de certos privilégios e imunidades para a consecução de seus fins.

O tema é bastante complexo, tanto que um dos maiores internacionalistas do Brasil e da América Latina da atualidade afirmou, no concernente às imunidades diplomáticas – o que também se aplica às imunidades de jurisdição do Estado –, com a acuidade que lhe é peculiar: “Assim, o enfoque da questão deve privilegiar a concentração da abordagem. Esgotar o tema é impossibilidade

situationality, em que o intérprete do direito internacional nem se adstringe ao somente legalismo puro, como tampouco ao politicismo exacerbado.

¹ Para uma explicação detalhada do projeto da Comissão de Direito Internacional, cf. HEß, Burkhard. *The International Law Commission's Draft Convention on the Jurisdictional Immunities of States and their properties*. *European Journal of International Law*. Vol. 4, No. 2, 1993, pp. 269-282.

² Faz-se necessária a ressalva de que a matéria, no concernente a uma de suas vertentes – a imunidade dos órgãos das relações exteriores do Estado – já está devidamente codificada pelas Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e Consulares. Ademais, uma outra de suas vertentes – a imunidade das Organizações Internacionais, objeto deste estudo, – não é abrangida pelo projeto da Comissão de Direito Internacional da ONU.

³ São poucos os trabalhos que tratam das imunidades de jurisdição das Organizações Internacionais no Brasil, porém se restringindo ao âmbito trabalhista. Para isto, cf. FRANCO FILHO, Georzenor de Sousa. *Imunidade das Organizações Internacionais. Um aspecto da competência internacional da Justiça do Trabalho*. *Revista LTr*. Vol. 57. No. 1, 1993, pp. 38-43; PARANHOS, C.A. Teixeira. *A Imunidade de Jurisdição dos Organismos Internacionais na visão do STF*. *Revista LTr*. Vol. 47. No. 9, 1983, pp. 1060-1063; MACHADO FILHO, Sebastião. *OEA e Imunidade de Jurisdição*. *Trabalho e Doutrina*. No. 8, 1996, pp. 23-26.

material. Aventar respostas definitivas para numerosos pontos controvertidos é temeridade. A simplicidade, neste campo, não é uma virtude, é uma imposição”.¹

O trabalho se divide em duas partes: a primeira analisa os aspectos gerais das imunidades de jurisdição e execução. A segunda parte cuida da questão especificamente com relação às Organizações Internacionais, dando um enfoque especial – como não poderia deixar de ser – às imunidades de jurisdição e execução da Organização dos Estados Americanos (OEA).

2. Imunidades de Jurisdição e Execução

2.1. Conceito

É possível encontrar na doutrina uma grande diversidade de conceitos no que tange à imunidade de jurisdição. Entretanto, quase todos os conceitos se alinham no sentido de considerar a imunidade de jurisdição como a isenção de um Estado ser julgado por outro em determinados assuntos. Alguns emprestam ao conceito mais uma característica, a de que esta isenção apenas acontece em determinadas situações, ou seja, quando o Estado age de uma certa maneira.

Beat Walter Rechsteiner, através de uma indagação, acha o conceito de imunidade de jurisdição: “(...) indaga-se se o Estado estrangeiro pode ser acionado perante a justiça de outro Estado soberano (...). Se não for possível demandá-lo, resulta a sua imunidade de jurisdição, isto é, não estará sujeito à jurisdição de outro Estado soberano, não obstante a justiça deste país, em princípio, ser internacionalmente competente para julgar a relação jurídica, objeto da disputa judicial”.²

Haroldo Valladão conceitua a imunidade de jurisdição como sendo “(...) isenção para certas pessoas, da jurisdição civil, penal, administrativa, por força de normas jurídicas internacionais, originalmente costumeiras, praxe, doutrina, jurisprudência, ultimamente convencionais, constantes de tratados e convenções”.³

Dos dois conceitos, percebe-se facilmente que o segundo tende a ser detalhista, dando o primeiro apenas as linhas gerais da imunidade de jurisdição.⁴

¹ CASELLA, Paulo Borba. Imunidades Diplomáticas. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vol. LXXIX, 1984, p. 247.

² Direito Internacional Privado: teoria e prática. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 191-192.

³ Direito Internacional Privado, em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos. Vol. III: Parte Especial (fim): conflitos de leis com., aeroespacs., trabalhs., industrs., proces., penais, adminstrs., fiscais, eclesiasts. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 145.

⁴ Um outro conceito, também oferecendo apenas linhas gerais, é o de que “a imunidade de jurisdição consiste na isenção de certas entidades de, sem prévio consentimento, submeterem-se aos efeitos do referido poder”. MAGANO, Octavio Bueno. Imunidade de Jurisdição. Trabalho e Doutrina. No. 8, 1996, p. 20.

O conceito de Valladolid peca, por não deixar claro se o Estado também possui imunidade de jurisdição, isto porque a expressão certas pessoas é bastante ambígua, podendo ou não abranger as pessoas jurídicas (onde o Estado seria uma). Outra imprecisão é a menção apenas à jurisdição penal, civil e administrativa, não englobando a trabalhista que, a propósito, é um dos tipos de imunidades mais frequentes na jurisprudência quer brasileira, quer de outros Estados.¹

O conceito de Beat Walter Rechsteiner, não se refere à imunidade das organizações internacionais, que necessariamente deveria ser mencionada.

2.2. Histórico

A evolução das imunidades de jurisdição e execução se deu de modo bastante lento. Na antiguidade clássica, por exemplo, pode-se já vislumbrar a imunidade de jurisdição. No entanto, o instituto apenas se solidifica quando o Direito Internacional começa a surgir, na baixa idade média, quando do florescimento das cidades italianas, assentando-se no século XVII, com a paz de Westfália.

Pode-se dividir as imunidades em seis fases² não bastante nítidas.

A 1ª Fase é a das imunidades consulares. Surgiu baseada no convívio entre as florescentes cidades do norte da Itália. Seu relacionamento comercial cada vez mais estreito necessitava de certos indivíduos que as representassem, a fim de que seus interesses fossem resguardados. Fazia-se mister, portanto, fornecer a estes indivíduos certas garantias e privilégios para que suas funções fossem desempenhadas do melhor modo possível.

A 2ª Fase é a das imunidades diplomáticas. Primeiramente foram penais, desenvolvendo-se, então, as imunidades civis. Aqui, já existe um corpo diplomático permanente que, ao representar o Estado, não pode ser julgado por aquele em que exerce suas funções. Primeiramente eram considerados como representantes pessoais do monarca para, apenas depois - principalmente com o

¹ Isto se explica, talvez, por ter o autor baseado seu conceito na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas que, em seu art. 31, parágrafo 1º afirma: "o agente diplomático gozará da imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado. Gozará também da imunidade de jurisdição civil e administrativa (...)". RANGEL, Vicente Marotta, *Direito e Relações Internacionais*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 198. Acontece que na jurisdição civil está implícita a trabalhista. Para este posicionamento, cf. FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. *Imunidade de Jurisdição trabalhista dos entes de direito internacional público*. São Paulo: LTr, 1986, p. 80 e MEYER RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa. *A Imunidade de Jurisdição Trabalhista no Direito Brasileiro in Estudos de Direito Público em homenagem a Aliomar Baleeiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 1976, p. 75.

² Cf. SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 229.

advento da Revolução Francesa -, serem considerados representantes do Estado. Tal mudança foi deveras importante, pois começou-se a admitir que aos diplomatas não eram concedidos privilégios em razão de suas pessoas, mas em razão da função pública que exerciam.¹

A 3ª Fase, das missões especiais, surge devido à complexificação cada vez maior das relações internacionais, já no século XIX. Surgem as grandes conferências internacionais, onde é preciso conceder privilégios e imunidades a seus participantes. Muitas vezes não são eles diplomatas, e sim especialistas. Todavia, precisam gozar de privilégios durante o desenrolar das negociações

A 4ª Fase se afigura como a das imunidades do Estado. Surgiu no final do século XIX e começo deste, principalmente quando o Estado começou a interferir na economia, praticando o comércio, contratando, emprestando, tomando emprestado etc., diretamente em outros Estados.

A 5ª Fase, que nos interessa mais de perto, é a das Organizações Internacionais. Estas, proliferando principalmente a partir da metade do nosso século, necessitavam de imunidades e privilégios a fim de que cumprissem suas funções do melhor modo possível. Tais imunidades também se estenderam aos funcionários de tais Organizações.

A 6ª e última fase é a dos Representantes Comerciais. Surgidos principalmente no seio da antiga União Soviética, devido ao comércio dos Estados socialistas ser centralizado, precisavam eles das mesmas imunidades e privilégios de que gozavam os diplomatas.

É óbvio dizer que estas fases não se excluem mutuamente, pelo contrário, justapõem-se, com a devida correção que a moderna teoria das imunidades lhes impôs.²

2.3. O Princípio *Par in parem non habet imperium*

O princípio *par in parem non habet imperium* ou *par in parem non habet iudicium* fundamenta a imunidade de jurisdição. Foi introduzido por Bartolo de Saxoferrato, em 1354, na obra "Tractatus Repraesaliarum".³ Embora a configuração que a ele tenha se dado no século XIX seja bem diferente daquela

¹ Cf. *Idem*, p. 7.

² Haroldo Valladão acha mesmo que as imunidades se expandiram de modo gigantesco e incontrolável. Tal fenômeno foi designado por ele de "macrocéfalo de direito internacional convencional". *op. cit.*, pp. 158-159.

³ Cf. FRANCO FILHO. Georzenor de Sousa. Imunidade de Jurisdição... *op. cit.*, p. 16.

quando de seu surgimento. Servia para que os senhores feudais fossem responsáveis apenas para com seus superiores, não ante seus pares.¹

Tal princípio se baseia na igualdade entre os Estados, quer dizer que “iguais não podem apreciar decisões de iguais”,² ou seja Estados não podem julgar outros Estados.

Além de se fundamentar no princípio da igualdade entre os Estados, alguns autores acreditam que o *par in parem non habet imperium* é também demonstração de outro princípio, qual seja, o da soberania estatal. O Estado cria sua própria ordem jurídica e somente a esta deve estar subordinado. Tal afirmação, no entanto, não pode ser levada ao extremo, sob pena de se desvirtuar da realidade, pois que a soberania é, hoje, um conceito bastante maleável.³

O princípio *par in parem non habet imperium* não pode se aplicar às Organizações Internacionais por dois fatores principais:

1) As Organizações Internacionais não gozam de igualdade em relação aos Estados. Seus Direitos e Deveres não são os mesmos que possuem aqueles entes de Direito Internacional Público. Os direitos e deveres das Organizações Internacionais dependem exclusivamente de seus propósitos. Considerá-las como iguais aos Estados seria afirmar que, após criadas, não dependeriam mais dos propósitos a que foram criadas. O problema reside no fato de que as Organizações Internacionais possuem desigualdades qualitativas e quantitativas entre si, enquanto os Estados, apenas quantitativas.⁴

2) A imunidade das Organizações Internacionais não pode ser evocada por costume, mas apenas por tratados, como explicaremos posteriormente.

2.4. O Princípio da Extraterritorialidade e a Imunidade de Jurisdição

Durante muito tempo se acreditou que um Estado, principalmente através de seus agentes diplomáticos, não estaria submetido à jurisdição do outro Estado em que estivesse atuando, porque presumia-se que aquele agente estivesse

¹ Cf. DEÁK, Francis. Órganos del Estado en sus relaciones exteriores: inmunidades y privilegios del Estado e sus Órganos. Manual de Derecho Internacional Público. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 413.

² FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Imunidade de Jurisdição... *op. cit.*, p. 16.

³ Neste sentido, cf. especialmente SALA, José Blanes. O conceito de soberania do estado ante o fenômeno da integração econômica e união política. Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul. São Paulo: LTr, 1996, pp. 707-720.

⁴ Assim, como Paul Reuter afirmava, as desigualdades entre as Organizações Internacionais são qualitativas – porque possuem objetivos diversos – e quantitativas – pois, v.g., possuem alcances geográficos não uniformes. Já as desigualdades entre os Estados são quantitativas – com relação à população, dimensões etc. –, porém não qualitativas – os Estados possuem sempre os mesmos objetivos: desenvolvimento, paz etc. Cf. *apud* REZEK, José Francisco. Direito dos Tratados. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 55-56.

praticando atos em seu próprio território. Desta forma, as legações diplomáticas e os navios de guerra, por exemplo, eram considerados, através de uma ficção jurídica, como território do Estado a que pertenciam. Esta ficção, levada aos extremos – e realmente foi –, considerava, por exemplo, que um crime cometido na varanda de uma embaixada, presenciado por toda a vizinhança, seria considerado como praticado no território do Estado daquela legação diplomática.

Da rejeição da teoria da extraterritorialidade surgiu o princípio da imunidade de jurisdição. Não há, portanto, uma extensão do território de um Estado, por ficção, e sim uma convenção pelos Estados, quer através de costume (*par in parem non habet imperium*) ou de tratados que os atos de um Estado por outro não podem ser julgados.

O princípio da extraterritorialidade deve ser completamente rejeitado não só por se constituir numa ficção jurídica, como também por ser atribuído seu uso à “preguiça mental e falta de imaginação”. Ela “parece estar completamente ultrapassada e deveria ser substituída pelo conceito de imunidade, que é bem mais flexível e versátil”.¹

Não há que se falar em princípio da extraterritorialidade com relação às Organizações Internacionais, pois não possuem elas jurisdição territorial. Este é mais um dado que faz com que a teoria seja extremamente falha. Não goza de universalidade, por não se aplicar a todos os entes de Direito Internacional Público.²

2.5. As doutrinas da imunidade absoluta e relativa

O princípio da imunidade absoluta até o final do século XIX era o único aplicado no que tange à imunidade de jurisdição. Consiste ele em considerar que todos os atos, sem exceção, do Estado estrangeiro, devem gozar da imunidade de jurisdição. Este princípio se tornou importante devido a dois fatores principais.

1) Até o final do século XIX o Estado atuava no estrangeiro apenas como ente soberano. Restringia-se a praticar atos que só a ele competiam. Sua atuação como se ente privado fosse – praticando o comércio principalmente – era quase nula. Certo é que a expressão “atos que só a ele competiam” é bastante vaga. No entanto, se se estuda as funções do Estado, a resultante com certeza será imprecisa, pois aquelas variam com o tempo.

2) Alguns Estados, como a Inglaterra, baseados numa interpretação do adágio *the king do not wrong*, transplantaram-no para o âmbito das relações internacionais, assimilando a imunidade do Estado à pessoa do soberano.³

¹ SALMON, Jean *apud* TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Aparentamentos sobre o uso das ficções no Direito Internacional. *Revista de Informação Legislativa*. No. 67, 1980, p. 67.

² Cf. DEÁK, Francis. *op. cit.*, p. 445.

³ Cf. SOARES, Guido Fernando Silva. Das imunidades... *op. cit.*, pp. 112-113.

Este princípio até pouco tempo era aplicado na Inglaterra, quando então surgiu o *State Immunity Act 1978* onde, quebrando o rigoroso sistema de precedentes daquele Estado, foi consagrada a imunidade relativa.

Até a derrocada do sistema socialista, os países que o adotavam ainda aplicavam a doutrina da imunidade absoluta, baseados principalmente em reciprocidade, pois sendo o tipo de comércio que praticavam nitidamente concentrado no Estado, necessitavam que a seus agentes e escritórios comerciais fossem concedidos imunidades e privilégios. Contudo a China e outros Estados que adotam o “socialismo de mercado” ainda pregam a doutrina da imunidade absoluta.

O STF, indo de encontro às tendências mundiais, ainda aplica o princípio da imunidade absoluta de jurisdição,¹ exceto com relação à imunidade de jurisdição trabalhista,² cujo entendimento do Egrégio Tribunal é que se aplica a doutrina da imunidade relativa.^{3, 4} Utilizando-se deste entendimento está o TST.⁵

A doutrina da imunidade relativa de jurisdição surgiu principalmente na Itália, quando as atividades do Estado como ente privado se intensificaram. Partiu-se então de três principais construções jurídicas para abrandar as imunidades.

“a) interpretação extensiva da idéia de renúncia;

¹ Neste sentido, a AC-9687/DF, publicada no DJ de 21/09/1984, p. 15472

² Existem várias dúvidas sobre a não existência da imunidade nestes casos. Nas Convenções de Viena sobre relações diplomáticas e consulares, por exemplo, discutiu-se sobre a possibilidade da não existência de imunidade de jurisdição trabalhista em relação às missões diplomáticas e consulares. Tal proposta, no entanto, não surtiu efeito sobre aqueles dois textos. Cf. NASCIMENTO E SILVA *apud* MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional: uma introdução*: (Constituição de 1988 revista em 1994). Rio de Janeiro: Renovar, 1994, pp. 339-340. Este último autor, inclusive, pensa diferentemente do STF, afirmando: “a nosso ver, a melhor posição, a que mais resguarda o Brasil nas relações exteriores, seria de se reconhecer a imunidade de jurisdição trabalhista que faz tanto parte da jurisdição civil, bem como, em alguns casos, da jurisdição administrativa”. *op. cit.*, p. 341. Chegando à mesma conclusão, mas com fundamentos distintos – por razão do princípio da efetividade do julgado – está FRANCO FILHO, Georzenor de Sousa. *O Princípio da Dupla Imunidade e a Execução do Julgado contrário a Ente de Direito Internacional Público. Trabalho e Doutrina*. No. 8, 1996, pp. 10-11.

³ Neste sentido, a AC-9696/SP, publicada no DJ de 12/10/1990, p. 11045 – esta é a decisão que deu margem à criação de uma nova jurisprudência no sentido de acolher a imunidade relativa de jurisdição. Para esta opinião, cf. REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 179; AGRAG-139671/DF, publicado no DJ de 29/03/1996, p. 09348

⁴ Para uma exposição bem detalhada deste posicionamento do STF, cf. SOARES, Guido Fernando Silva. *As Imunidades de Jurisdição na Justiça Trabalhista Brasileira. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Nos. 77/78, 1992, pp. 117-122.

⁵ Neste sentido, os ERR-1698/RJ, publicados no DJ de 03/05/96, p. 14195; RR-107679/PE, publicado no DJ de 18/08/1995.

b) noção de que uma entidade juridicamente distinta do Estado é sujeita ao direito comum, inda que o Estado seja seu proprietário, gerente ou administrador;

c) distinção entre *acta jure imperii* de um lado, e do outro *acta jure gestionis* (também denominados *acta jure negotii*), distinção essa que pode tomar outras formas de oposição dualista: atos praticados enquanto poder público ou atos de natureza privada".¹

A doutrina adotada na Itália e também na Bélgica foi a da distinção entre atos *jure imperii* e atos *jus gestionis*. Isto significava que quando o Estado agisse como se particular fosse, não gozaria da imunidade de jurisdição; no extremo oposto, se o Estado agisse com poder de império, gozaria de imunidade absoluta em cortes estrangeiras.² Todavia, tal distinção se tornou de difícil comprovação.³ Isto se explica – como já afirmamos – pelo fato de que determinados atos de império do Estado podem ser assim considerados em um tempo, e não mais que vinte anos depois, serem tidos como de gestão privada. Daí tantas críticas formuladas à doutrina.

O problema também se coloca na antiga luta entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos. A maioria dos países industrializados migraram para a teoria da imunidade relativa, enquanto a América Latina e muitos Estados da nova Commonwealth continuam a defender a teoria da imunidade absoluta.⁴ Isto porque, enquanto para estes últimos, é importante que não haja distinção, pois em muito deles, o Estado é o grande comerciante, fornecendo a maior parte dos recursos para a nação; naqueles, que são principalmente receptores de capitais, é importante que o Estado estrangeiro não goze de imunidade nas atividades de comércio, e que os litígios porventura existentes, sejam resolvidos em suas cortes.

Tentou-se distinguir os atos *jure imperii* e *jure gestionis* pela natureza do ato, ao invés de sua finalidade como era comum. Desta forma, atos *jure imperii* seriam aqueles que só o Estado poderia praticar. Criticou-se desde logo tal teoria pela razão de que uma pessoa privada não poderia realizar um empréstimo de bilhões

¹ SOARES, Guido Fernando Silva. Das imunidades... *op. cit.*, pp. 116-117.

² O Instituto de Direito Internacional, já em uma resolução de 1891 afirmava não ser a imunidade de jurisdição do Estado absoluta. Em 1928, o Código Bustamante adotou posição semelhante. Cf. MELLO, Celso de Albuquerque. *op. cit.*, pp. 331-332.

³ Tal dificuldade advém do fato de que, quando a Itália e a Bélgica adotaram tal distinção, era relativamente fácil dividir os atos do Estado em *jure imperii* e *jure gestionis*. No entanto, na década de 50, quando grande parte dos países começaram a aplicar a doutrina, o comércio praticado pelo Estado era feito em proporções inimagináveis em relação ao fim do século passado, o que desgastou a doutrina, tornando-a de difícil aplicação caso a caso. Para esta interpretação, cf. HIGGINS, Rosalyn. Problems and Process: International Law and how we use it. New York: Oxford University, 1995, p. 79.

⁴ Cf. *idem*, p. 81

de dólares, no entanto, a responsabilidade extracontratual, tanto o Estado como o particular poderiam a ela dar causa.¹

Alguns autores têm proposto uma solução para a questão, acreditando que ela se constitui um problema de qualificação, onde cabe ao direito interno e não o direito internacional, dizer o que seja ato *jure gestionis* ou *ato jure imperii*.² Assim, caberia à jurisprudência ou às leis internas qualificarem os atos que acarretam ou não imunidade de jurisdição.

A distinção, embora de difícil comprovação, é aplicada nos EUA, Inglaterra, em grande parte da Europa - através da Convenção Européia sobre imunidade de jurisdição de 1973³ -, e também no Projeto de Convenção sobre imunidades de jurisdição da Comissão de Direito Internacional da ONU.⁴ Isto mostra que a tendência nos próximos anos será a adoção da doutrina da imunidade relativa. Também pode-se prever que "a Justiça local é competente para conhecer a demanda contra o Estado estrangeiro, sem que este possa arguir imunidade, justamente naqueles casos em que o direito substantivo local é aplicável".⁵

2.6. Renúncia de Imunidade

O Estado, ao cometer um ilícito no estrangeiro, torna-se responsável por ele. Apenas não poderá ser julgado.⁶ Disto decorre a renúncia de imunidade

Embora a renúncia à imunidade não seja comum, sua possibilidade de ocorrência não é tão escassa como à primeira vista se imagina. Somente o Estado (ou Organização Internacional) e mais ninguém, pode renunciar a sua própria

¹ Cf. SOARES, Guido Fernando Silva. Da Imunidades... *op. cit.*, p. 118.

² Cf. DIAS DA SILVA, Agostinho Fernandes. A Imunidade Internacional de Jurisdição perante o Direito Constitucional Brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984, pp. 83-90

³ Interessante é notar que mesmo os Estados europeus que ainda não ratificaram esta Convenção, tendem a admitir tal distinção. Um bom exemplo disto é a Espanha. Neste sentido, cf. PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1996, pp. 560-566.

⁴ Este projeto de convenção, que como já afirmamos antes, ainda não saiu do papel, mostra-se de extrema urgência para solucionar as questões concernentes às imunidades. O Brasil, em nome de seu embaixador José Sette Câmara, ex-juiz da Corte Internacional de Justiça, afirmou na XXVII Assembléia Geral da ONU: "(...) A Delegação brasileira favorece a convocação de uma conferência internacional de plenipotenciários para adotar uma convenção sobre a representação de Estados em suas relações com Organizações Internacionais (...)". TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1961-1981). Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1984.

⁵ REZEK, José Francisco. Direito Internacional... *op. cit.*, p. 180.

⁶ Cf. AKEHURST, Michael. A Modern Introduction to International Law. 6th. Edition. London and New York: Routledge, 1995, p. 121.

jurisdição,¹ destarte, as imunidades diplomáticas podem ser retiradas do agente – mesmo a contragosto – se o Estado assim desejar, através da renúncia.

“Hildebrando Accioly (...) discorre sobre as várias formas de renúncia do Estado à imunidade de jurisdição. A renúncia será expressa quando o Estado, por tratado ou convenção internacional, admitir a competência do Estado estrangeiro. Será tácita: 1) quando o Estado propõe uma ação perante tribunal estrangeiro; 2) quando acionado perante tribunal estrangeiro, não levanta a declinatória de incompetência;² 3) quando exerce atos de comércio ou indústria em território estrangeiro; 4) quando possui bens imóveis em país estrangeiro, admitindo-se neste caso que, tornando-se proprietário de tais bens, o Estado aceitou, de antemão, a jurisdição local, no tocante às ações reais relativas aos mesmos”.³

A renúncia à imunidade de jurisdição, no entanto, não implica em renúncia à execução. Embora, alguns Estados, como os Países Baixos, adotem o sistema da Execução como uma mera consequência do processo de conhecimento, a forma que prevaleceu foi a de que deve haver dupla renúncia. Esta é a regra costumeira e quase todos os sistemas internos a adotam, inclusive o Brasil, que considera o processo de execução como autônomo em relação ao de conhecimento. As Organizações Internacionais, em seus tratados sobre imunidades e privilégios normalmente estipulam que a renúncia à imunidade de jurisdição não implica em renúncia de imunidade à execução.

2.7. Imunidade de Execução

“Não faria sentido a existência da imunidade internacional de jurisdição se ela não se fizesse acompanhar da correspondente imunidade de execução”.⁴ Desta forma, a imunidade de execução surge como uma complementação da imunidade jurisdicional do Estado.

A cerca de trinta anos atrás, poder-se-ia afirmar com certa tranqüilidade que a imunidade de execução se distinguiria da de jurisdição pelo fato de ser absoluta. Não haveria que se falar em execução de bens originados de atos *jure imperii* ou *jure gestionis*, baseando esta afirmação em um costume internacional. Hoje, não obstante, a realidade parece ser bem diferente, e não mais se pode vislumbrar facilmente um costume internacional neste sentido. Muitos Estados tendem a adotar o caráter restritivo da imunidade de execução, no concernente aos Estados estrangeiros. Bélgica, Holanda, Suíça e França são alguns dos que

¹ É perfeitamente possível, a nosso ver, que os Estados membros de uma organização internacional possam opor a renúncia, desde que assim deliberem nos foros específicos de cada organização.

² No mesmo sentido, *Idem*, p. 48.

³ DOLINGER, Jacob. A Imunidade Estatal à Jurisdição Estrangeira in A Nova Constituição e o Direito Internacional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 198

⁴ DIAS DA SILVA, Agostinho Fernandes. *op. cit.*, p. 25.

adotaram tal posição.¹ As exceções à imunidade de execução comumente são as seguintes: renúncia, expressa ou inequívoca; execução de bem recaído sobre o próprio objeto do litígio;² bens de Estados estrangeiros utilizados para atividades industriais e comerciais no Estado do foro; bens das chamadas “agências estatais”.³

Quanto à aplicação desta distinção no Brasil, embora alguns autores criem ser ela possível,⁴ acreditamos que demorará ainda algum tempo para que seja aceita por nossos tribunais. Isto porque, estes ainda não podem aplicá-la, baseando-se em costume internacional, pois este ainda não existe por falta de universalidade – embora muitos dos Estados que aplicam a distinção tenham bastante força na sedimentação do costume internacional, por serem países desenvolvidos e, conseqüentemente, as potências do cenário internacional. Ademais, não deve ser esquecido o fato de que, em nosso país, a distinção entre atos de império e de gestão apenas se operou no campo trabalhista, constituindo-se verdadeira exceção ao sistema. Se deixar de vigorar a imunidade absoluta quanto às outras jurisdições, aí então, acreditamos que a imunidade de execução poderá perder o caráter absoluto.

É possível, também, que seja promulgada uma lei versando o tema das imunidades de jurisdição e execução. Talvez mesmo seja esta medida a melhor,⁵ enquanto não haja uma convenção internacional que trate do assunto. Neste sentido, discordamos de Georzenor de Sousa Franco Filho ao afirmar: “forçoso assinalar que a imunidade de execução continua, e não se pode pretender que lei interna regule a execução da sentença condenatória de Estado estrangeiro, como cogitado por Ana Luiza D. Saraiva Martins, porque essa providência não pode ser interna, mas decorrente de tratado internacional que não existe atualmente”.⁶ Ora, não existe nenhuma obrigação internacional que exija que a imunidade conste de tratado internacional. Se, como já afirmamos anteriormente, ainda não existe novo costume afirmando da relatividade da execução, da mesma maneira, o velho costume – da imunidade absoluta – já está proscrito. Hoje, no que tange à imunidade de execução, não há costume, muito menos tratado que regule o assunto.

¹ Cf. PEDREIRA DA SILVA, Luiz de Pinho. O Caráter Restritivo da Imunidade de Execução do Estado Estrangeiro. *Trabalho e Doutrina*. No. 8, 1996, pp. 17-18.

² Para o mesmo posicionamento, quanto a esta exceção, cf. MELLO, Celso de Albuquerque. *op. cit.*, p. 334.

³ Cf. PEDREIRA DA SILVA, Luiz de Pinho. *op. cit.*, p. 18.

⁴ Cf. *Idem*, p. 19.

⁵ Também neste sentido, em relação ao caso espanhol, cf. PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *op. cit.*, pp. 565-566.

⁶ O princípio da dupla imunidade... *op. cit.*, pp. 9-10.

A realidade é que quase nunca se chega a um processo de execução, visto que normalmente o Estado, quando é condenado, dá (paga) ou faz de pronto. Do contrário, sérios incidentes diplomáticos podem surgir, caso o Estado condenado se recuse a ser executado. Daqui se pode perceber o caráter acentuadamente político que se reveste a execução de um Estado estrangeiro.¹

Um grande conhecedor do fenômeno das imunidades afirmou: “No Brasil, desconhecemos sentença condenatória a Estado estrangeiro decretado por tribunal brasileiro e que tenha suscitado a questão da imunidade de execução contra seus bens. Os casos brasileiros mencionados no Título anterior, de sentenças condenatórias que poderiam ter ensejado uma execução forçada, foram resolvidos ou via diplomática ou amigavelmente. Também desconhecemos sentença estrangeira condenatória seja do Estado brasileiro, seja de um Estado estrangeiro que, ao ser pedida sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal, tenha dado oportunidade ao exame da matéria. Nem sabemos de pedidos brasileiros em outros países, de execução contra bens de Estados estrangeiros”. Vale apenas a ressalva de que a obra em que o autor fez tal afirmação é datada de 1984.²

3. Imunidade de Jurisdição e Execução das Organizações Internacionais – Especial enfoque na OEA

3.1. As teorias quanto à competência das Organizações Internacionais e a divisão entre atos *jure imperii* e *jure gestionis*

Com o advento da carta da ONU, inúmeros problemas surgiram. Isto porque aquele tratado – como quase todos no âmbito político – foi redigido do modo mais ambíguo possível. Isto se explica pelo fato de que os Estados poderiam interpretar a carta da forma mais maleável possível, conforme as conjunturas que pudessem vir a se configurar. O grande questionamento girou em torno do alcance das competências da ONU. A partir daí, três correntes surgiram para explicar a capacidade daquela organização.³ Vale dizer que a solução

¹ Não somente a execução, como tudo o que reveste o problema das imunidades quer do Estado ou Organização Internacional, quer de diplomatas tem esta caráter político. Muito acertadamente, foi assim posta a questão: “*The rules of diplomatic immunity sometimes arouse indignation from ordinary people, but are almost always observed by states, because states have a common interest in preserving the rules. A state may be under pressure from its internal public opinion to limit the immunity of foreign diplomats, but it usually resists the pressure, because otherwise it could create a precedent which would be used against its own diplomats in foreign countries*”. AKEHURST, Michael. *op. cit.*, p. 114.

² SOARES, Guido Fernando Silva. Das imunidades... *op. cit.*, p. 221. Celso de Albuquerque Mello, em uma obra datada de 1994, após citar o trecho em que o autor acima faz tal afirmação, assegura: “parece-nos que a situação permanece a mesma até hoje”. *op. cit.*, p. 335.

³ Para uma explicação bastante detalhada destas doutrinas, cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. Brasília: Escopo, 1990, pp. 27-36.

encontrada para a ONU neste ponto, aplicar-se-ia a todas as Organizações Internacionais.

A primeira corrente surgiu com o jurista russo Grigory Tunkin, que propugnava a interpretação literal da carta. Para este internacionalista, as competências da ONU deveriam ser encontradas no bojo mesmo daquele tratado. Isto quer dizer que não poderia ela extrapolar os limites constantes no instrumento convencional. De longe já se percebe quão falha é esta doutrina: conduziria a ONU e por conseqüência todas as Organizações Internacionais à ruína, pois diante da velocidade incessante das relações internacionais, qualquer nova competência que a ela se impusesse teria de ser objeto de uma reforma da Carta, o que tornaria sua atividade bastante morosa.

A segunda corrente, surgida principalmente a partir do parecer da Corte Internacional de Justiça de 1962 no caso *Certas Despesas da ONU*, é denominada de doutrina dos poderes inerentes da ONU. Foi desenvolvida principalmente pelo internacionalista norueguês Finn Seyrested. Afirmava que a ONU tinha uma capacidade inerente “de desempenhar quaisquer atos internacionais, ou ‘soberanos’ que esteja em uma posição prática de desempenhar.”¹ A personalidade e capacidade da ONU eram estabelecidas pelo “fato objetivo de sua existência”.² Para ele, a ONU exercia atividades muito além daquelas previstas em sua carta constitutiva. Também esta doutrina é condenável, principalmente pelo fato de que Finn Seyrested dá a impressão de que, constituídas as Organizações Internacionais, encontram-se no mesmo patamar dos Estados. Tal argumento rui completamente quando da observação da realidade. Levar esta doutrina ao cabo seria dar às Organizações Internacionais uma capacidade de praticar atos que a elas não dizem respeito.

A terceira corrente surgiu de uma decisão da CIJ em 1949 no caso *Reparação de Danos*. Denominada doutrina dos poderes implícitos. Significa que os direitos e deveres da ONU dependeriam de seus propósitos e funções, especificados ou implícitos quer nos documentos que a ela deram origem ou através de sua prática. Tal teoria parece ser a que mais condiz com a prática e a que verdadeiramente explica o fenômeno organizacional, ao não consagrar as Organizações Internacionais como iguais ao Estados nem imobilizar sua atuação através de uma interpretação literal da carta.

Tendo em vista estas doutrinas, e adotando-se a dos poderes implícitos, percebe-se que a distinção entre atos *jure imperii* e *jure gestionis* no que tange às Organizações Internacionais não vinga. A Organização sempre teria de seguir seus propósitos, nunca podendo deles se desvirtuar. Por isto, nunca poderiam atuar

¹ *Idem*, p. 28.

² *Ibidem*, p. 29.

como se particulares fossem, mas apenas como Organizações criadas em torno de certos propósitos e objetivos. Se, pelo contrário, fosse adotada a doutrina dos poderes inerentes, poderiam elas atuar da forma que quisessem, saindo do campo da vontade de quem as criou. Vê-se quão frágil é esta teoria, também no campo das imunidades, pois as Organizações sempre atuam de acordo com seu propósitos explicitados em tratados ou na prática.

3.2. A Imunidade de Jurisdição e Execução das Organizações Internacionais e o Costume Internacional

Não pode haver imunidade quer de execução quer de jurisdição de uma organização internacional se não estiver prevista em tratado.¹ Não há que se falar em costume fundamentando as imunidades destas entidades, primeiramente porque não existe costume em torno da imunidade destes entes, visto que é prática comum as organizações internacionais elaborarem tratados em torno de seus privilégios.²

Ademais, como já afirmamos anteriormente, não se pode aplicar às organizações internacionais o princípio *par in parem non habet imperium*, por não gozarem elas em momento algum de igualdade em relação aos Estados, excetuando-se, obviamente, organizações internacionais que se desenvolveram demais e perderam este caráter, para se tornarem órgãos supranacionais, cujo melhor e maior exemplo é a hoje União Européia, cujas características de federação são indiscutíveis.

Acreditamos que só se pode falar em costume internacional fundamentando imunidades de organizações internacionais quando são elas de âmbito universal e em relação aos Estados em que sua sede se encontra. Destarte, seria impossível falar em imunidade de jurisdição ou execução de uma organização de âmbito regional, fundamentada apenas no direito costumeiro – sem tratados

¹ Este não é o posicionamento de Georzenor de Sousa Franco Filho, que baseado em decisões do STF afirma: "Inferese desses julgados, sobretudo do primeiro caso (CIME vs. Elsa Jakab), não ser imprescindível a existência de um tratado deferindo a imunidade jurisdicional". Imunidade das Organizações... *op. cit.*, p. 42. Este não parece ser o entendimento da hoje juíza da Corte Internacional de Justiça, posição a qual nos filiamos: "*What does seem clearly established is that, in respect of a wide range of international organizations, domestic courts regard customary international law as prohibiting the assertions of jurisdiction over employment claims*". HIGGINS, Rosalyn. *op. cit.*, p. 92

² Assim, por exemplo, a OEA possui o Acordo de Washington, que lhe concede imunidades de jurisdição e execução nos Estados membros; a ALADI, através do Acordo de Montevidéu, estabelece o mesmo; a ONU, através da Convenção sobre privilégios e imunidades das Nações Unidas – também chamada Convenção de Londres –, goza de imunidade de jurisdição e execução, o que se estende para seus organismos especializados, inclusive a OACL, onde esta convenção foi aplicada no Brasil pelo STF na AC-9703-0/SP, Relator Ministro Djaci Falcão, cujo acórdão foi publicado na íntegra na Revista LTr, Vol. 54, No. 5, maio de 1990, pp. 539-541.

que as consagrassem – quando de disputa judicial no Estado em que ela se localiza.¹

3.3. A Imunidade de Jurisdição das Organizações Internacionais

As imunidade das Organizações Internacionais somente pode existir em virtude de tratado internacional. Devido a isto, a análise deve ser caso a caso. A situação de uma Organização Internacional, no referente às imunidades pode diferir completamente de uma outra. Porém isto normalmente não acontece, e não devido a um costume internacional porventura existente, mas sim a uma prática internacional. Como o objeto deste trabalho se centra nas imunidades da Organização dos Estados Americanos (OEA), referir-nos-emos neste item apenas a ela.

O tratado que previu as imunidade da OEA, denominado Acordo sobre Privilégios e Imunidades da Organização dos Estados Americanos ou Acordo de Washington² - por ter sido celebrado naquela cidade norte-americana -, foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo No. 99, de 09 de novembro de 1964 e publicado no Diário Oficial da União em 10 de novembro de 1964.

Tal instrumento, em seu art. 2o. consagra: “A Organização e seus órgãos, assim como os seus bens e haveres, em qualquer parte e em poder de qualquer pessoa (1), gozarão de imunidade contra todo processo judicial (2), com exceção dos casos particulares em que se renuncie expressamente essa imunidade (3). Subentende-se, entretanto, que essa renúncia de imunidade não terá o efeito de sujeitar os citados bens e haveres a nenhuma medida de execução (4)” (grifos e numeração não constantes do original).

De tal artigo, pode-se analisar quatro questões básicas:

(1) - O acordo não parece deixar claro se a expressão em qualquer parte vai ou não além do âmbito do continente americano, isto porque a OEA, em sua Carta Constitutiva, propõe ser uma Organização de âmbito regional, atuando apenas no continente americano. A primeira vista nos parece que os Estados signatários devem respeitar as imunidades da Organização em qualquer parte, seja no continente americano ou não.

(2) - A OEA goza de imunidade de jurisdição em relação a todo e qualquer processo. Tal fórmula foi mais adequada que, por exemplo, a enumeração da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, que apenas se refere a

¹ Para a discussão em torno desta questão, cf. especialmente HIGGINS, Rosalyn. *op. cit.*, pp. 90-92.

² Fazem parte deste acordo, em ordem alfabética: Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, Haiti, Honduras, Nicarágua, Paraguai, Peru e Uruguai. Foi adotado em 15 de maio de 1949, tendo entrado em força - devido ao depósito do segundo instrumento de ratificação - em 04 de junho de 1951.

jurisdição civil, penal e administrativa, podendo cada Estado prever outro tipo de jurisdição, como no caso brasileiro, a trabalhista.

(3) - O tratado prevê a possibilidade de renúncia a imunidade de jurisdição. Embora, o instrumento não trate de pessoa competente para a ela renunciar, deve-se entender o Secretário-Geral como capaz para praticar este ato, como faz em relação às imunidades e privilégios dos agentes da Organização.

(4) - Este dispositivo é bastante criticável. Ele não deixa claro se é possível a execução de bens de organizações internacionais. Também deixa obscura a questão da renúncia de imunidade de execução. O segundo problema, no entanto, parece ter sido resolvido, ao menos em relação ao funcionamento do Escritório da Secretaria Geral da OEA no Brasil (Acordo aprovado pelo Decreto Legislativo No. 14, de 03 de março de 1994, publicado no DOU de 07 de março de 1994). Estabelece o art. 7º deste acordo a possibilidade de renúncia por parte do Diretor do Escritório à imunidade de execução. Apenas parece ter sido resolvido porque há fortes ecos na doutrina afirmando da impossibilidade de execução de organizações internacionais quer alegando um pretense costume neste sentido;¹ quer defendendo esta proibição dado o caráter de serviços públicos que exercem estes tipos de organizações.² O que parece é que, neste caso, não tem o Diretor do Escritório legitimidade para renunciar a este tipo de imunidade. Se, no entanto, os membros da organização forem ouvidos e se posicionarem neste sentido, nada obsta, a nosso ver, a renúncia.

Desta forma, pode-se chegar à conclusão de que as imunidades de jurisdição trabalhista e civil da OEA no Brasil existem por efetividade do Acordo de Washington, podendo haver renúncia.³ Quanto à imunidade de execução, com relação ao Escritório da Secretaria Geral da OEA no Brasil, é renunciável, a vista do acordo de 1994, sendo no entanto recomendável que os membros desta

¹ Para este posicionamento, cf. FRANCO FILHO, Georgetor de Sousa. O Caráter restritivo da imunidade... *op. cit.*, p. 11.

² As Organizações Internacionais encontram-se em um novo ramo do Direito Internacional, qual seja o do Direito Internacional Administrativo. Este pode ser definido como: "o capítulo do Direito Internacional Público que rege juridicamente a atividade administrativa internacional, tanto a relativa à organização interior dos órgãos e entidades internacionais, como a dirigida à coordenação de serviços públicos estatais". GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Administração Internacional do Estado. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vol. LXXX, 1985, p. 108. Para o conceito de função pública internacional, cf. MELLO, Celso de Albuquerque. Direito Internacional Administrativo in Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 163-181.

³ A previsão de renúncia à imunidade de jurisdição é uma cláusula corriqueira nos tratados que cuidam das imunidades das organizações internacionais. Não obstante, esta mesma cláusula parece ser meramente simbólica. Observe-se, por exemplo, que a ONU nunca apresentou qualquer renúncia. Neste sentido, cf. MELLO, Celso de Albuquerque. Direito Constitucional... *op. cit.*, p. 336.

Organização tomem conhecimento daquele ato e assim consintam. Esta é a melhor solução, tendo em vista o objetivo de diminuir os conflitos que porventura venham a existir, decorrentes desta renúncia.

Quanto às imunidades penais, só existem em função dos agentes da OEA, neste caso, os indivíduos por ela respondem. Os arts. 8o. e 10o. tratam da questão, concedendo imunidades ao Secretário-geral e ao pessoal da União Pan-Americana.

Por fim, "é de se considerar que existem dois princípios que devem nortear o juiz ao exercer sua jurisdição: efetividade e submissão. O primeiro, ensina Amílcar de Castro, 'significa que o juiz é incompetente para proferir sentença que não tem possibilidade de executar', e o segundo, que, 'em limitado número de casos, uma pessoa pode voluntariamente submeter-se à jurisdição de tribunal a que não estava sujeita, pois se começa por aceitá-la não pode depois pretender livra-se dela. À falta de um deles, estaria superada a possibilidade de julgar e, ao final, de fazer cumprir sua decisão".¹

4. Conclusão

A conclusão que podemos chegar, no estudo das imunidades de jurisdição e de execução das organizações internacionais, é que seus instrumentos reguladores são sempre tratados, não podendo o costume fundamentar tais direitos. Se, no caso específico da OEA, existir a dupla renúncia, não há que se falar em denegação de justiça. Se, no entanto, não houver nenhuma das duas renúncias? Mais, se há renúncia à imunidade de jurisdição e não à de execução, o que fazer? Só existem, a nosso ver três maneiras de solucionar estes problemas:

- 1) Tentar, nos foros internacionais, alegar a responsabilidade da Organização.² Isto se faz através de uma reclamação ao Ministério das Relações Exteriores que, através de um endosso, poderá pedir a instauração de um processo contra a Organização. Esta é uma solução mais difícil e enérgica;
- 2) Tentar as vias negociais com a organização, a fim de que a querela seja examinada. Pode-se instaurar um tribunal arbitral para dirimir a questão; é possível pedir auxílio ao Ministério das Relações Exteriores nas negociações; como também tentar a negociação diretamente com a Organização.

¹ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Imunidade das Organizações... *op. cit.*, p. 42.

² Talvez o único estudo concatenado sobre este tema de extrema importância seja HIRSCH, Moshe. The Responsibility of International Organizations toward third parties: some basic principles. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1995, pp. 1-220.

- 3) Conseguir que a questão seja solucionada por órgãos internos, dentro do seio da OEA. Isto é bastante comum no caso da ONU, onde é utilizado o TANU (Tribunal Administrativo das Nações Unidas).

Deve-se deixar claro, no entanto, como afirma Georgenor de Sousa Franco Filho que "(...) não é crível que uma organização dessa natureza, criada para proporcionar melhores condições ao homem, deseje, propositadamente, causar danos a um seu empregado. A admitir isso, estar-se-ia contrariamente o pressuposto da criação da própria organização, e reconhecendo a prática de ato que atingiria frontalmente seus objetivos e suas finalidades".¹

5. Bibliografia Referencial

- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Imunidade das Organizações Internacionais. Um aspecto da competência internacional da Justiça do Trabalho. Revista LTr. Vol. 57. No. 1, 1993, pp. 38-43.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Imunidade de Jurisdição trabalhista dos entes de direito internacional público. São Paulo: LTr, 1986.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. O Princípio da Dupla Imunidade e a Execução do Julgado contrário a Ente de Direito Internacional Público. Trabalho e Doutrina. No. 8, 1996, pp. 10-11.
- HIGGINS, Rosalyn. Problems and Process: International Law and how we use it. New York: Oxford University, 1995.
- MACHADO FILHO, Sebastião. OEA e Imunidade de Jurisdição. Trabalho e Doutrina. No. 8, 1996, pp. 23-26.
- MELLO, Celso de Albuquerque. Direito Constitucional Internacional: uma introdução: (Constituição de 1988 revista em 1994). Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- PEDREIRA DA SILVA, Luiz de Pinho. O Caráter Restritivo da Imunidade de Execução do Estado Estrangeiro. Trabalho e Doutrina. No. 8, 1996, pp. 17-18.
- REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995
- SOARES, Guido Fernando Silva. Das imunidades de jurisdição e de execução. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

¹ Imunidade das Organizações... *op. cit.*, p. 43.

A ARBITRAGEM COMO FORMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO ÂMBITO DOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS¹

Luciana de Medeiros Fernandes (Bacharela em Direito pela UFPE)

Sumário: 1. Introdução: Contratos Internacionais - Conceito e características. As novas impressões do instituto em face do processo de globalização/regionalização. 2. Formas típicas de solução de conflitos/controvérsias na esfera da contratação internacional. 3. A arbitragem - Breve historiografia, definição, natureza e relevância. 4. A arbitragem no Brasil - A nova Lei de Arbitragem (Lei n° 9307, de 23.09.96). Características e procedimento. As experiências e os anseios no âmbito do Mercosul. 5. Epílogo: A arbitragem em vista da sociedade globalizada. Em prol da consolidação da "arbitragem internacional".

1. Introdução: Contratos Internacionais - Conceito e características. As novas impressões do instituto em face do processo de globalização/regionalização

Fixar o conceito de determinado instituto é delimitar os seus elementos constitutivos e característicos gerais. No caso *sub examen*, para conceituarmos o contrato internacional, devemos nos voltar para duas expressões significativas: contratualidade e internacionalidade.

Contrato é negócio jurídico (acordo de vontades) que cria obrigações de caráter patrimonial. É conceito eminentemente civil, amoldável ao âmbito dos contratos comerciais.

O contrato é internacional quando implica em vínculo a mais de um ordenamento jurídico, em face de elementos de internacionalidade que lhe sejam característicos, como nacionalidade ou domicílio das partes, local da celebração, local da execução, localização do objeto, *et coetera*. Ou seja, a característica fundamental do contrato internacional concerne ao elemento de estraneidade,

¹ Trabalho aprovado e premiado em 1° lugar, categoria Direito Comercial, no Congresso Brasileiro de Direito Privado (Civil, Comercial e Trabalhista), realizado na Cidade de Recife - PE, em outubro de 1997.

presente no seu bojo, que vai determinar o liame a mais de um ordenamento jurídico, e que o torna potencialmente conflitivo.¹

Assim, a nosso ver, a melhor definição de contrato internacional foi dada por Irineu Strenger: "são contratos internacionais de comércio, todas as manifestações bi ou plurilaterais das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável."²

Além do elemento de estraneidade, um traço marcante do contrato internacional e que tem, inclusive, o condão de diferenciá-lo dos contratos internos, atine à possibilidade de escolha da lei aplicável às relações obrigacionais firmadas, com fulcro no princípio da autonomia da vontade.

No caso brasileiro, tem-se dado uma nota acentuada de complexidade à matéria, em face do que dispõe o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, pelo fato do permissivo legal em cotejo não ter feito qualquer menção ao princípio da autonomia da vontade, de modo que, face ao nosso sistema jurídico, não se poderia permitir a indicação, pelas partes, da lei aplicável às suas relações comerciais internacionais. A nosso ver, tal entendimento não merece acolhida, por ser simplista e representar um óbice ao desenvolvimento de relações mais consentâneas com a realidade. O fato do dispositivo legal ter sido omissivo, não significa que ele tenha proibido a aplicação do princípio em tela. Assim, desde que não represente atentado à soberania, à ordem pública e aos bons costumes, nem implique em fraude à lei, não há motivo coerente para se afastar a aplicação do princípio da autonomia da vontade.³ Daí porque entendemos que as partes podem livremente escolher a lei aplicável. Há quem vá mais além, sustentando que, em tendo as partes sido omissas quanto a esse aspecto, dever-se-ia aplicar o direito mais apropriado à demanda, de acordo com a intenção presumida das partes e com o contexto em que se insere a questão, como ocorre na *common law*.

Vejamos, outrossim, a realidade a que no referimos.

Há muito que as fronteiras entre os países têm sido derrubadas e que as desigualdades regionais, em sentido amplo (econômico-sócio-político-culturais),

¹ PARRA, Jorge Barrientos. O contrato internacional como instrumento de ação do comércio internacional. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Vol. 21. No. 21, 1992, pp. 143/155.

² STRENGER, Irineu *apud* GARCEZ, José Maria Rossani. Contratos Internacionais Comerciais: Planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 09.

³ Sobre autonomia da vontade, ARAÚJO, Nádia de. Contratos internacionais: Autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

deixaram de representar um entrave para o surgimento e o progresso de um interrelacionamento concreto e frutífero entre os Estados. Até mesmo um novo conceito de soberania passou a ser traçado.¹ Estamos, hoje, em face do que se convencionou chamar de “soberania compartilhada”. Ou, como defendia Posada, “a soberania não exclui a soberania; as soberanias podem atuar juntas, concorrentemente, entrecruzando-se, sem anular-se. Um regime jurídico de compatibilidade de soberanias.”²

Não se trata de mera predição. A contrário senso, constata-se a efetiva busca dos Estados pelo desenvolvimento em comunidade, mediante concessões mútuas em nome do crescimento conjunto (integração).

É nesse processo de globalização/regionalização, enriquecido pelas evoluções científicas e tecnológicas, que se destacam as questões concernentes aos contratos internacionais e, particularmente, às formas de solução de contendas no âmbito da contratação internacional, considerando-se, para tal fim, a necessidade de um procedimento célere, compatível com as novas exigências de uma sociedade “transnacional”.

Em verdade, a economia contemporânea (representada expressivamente pelo comércio internacional) é o fundamento e a finalidade primeira da formação dos grandes blocos regionais, da abertura de fronteiras, enfim, da comunicação dos esforços rumo ao progresso. O funcionamento desses mercados comuns está pautado em políticas macroeconômicas, quebra de barreiras alfandegárias, livre circulação de bens, serviços e modos de produção. Busca-se o crescimento econômico, cujos reflexos são sentidos em outras esferas, particularmente no âmbito social, no trânsito aberto de pessoas, na ampliação do mercado de trabalho e na adequação dos seus instrumentos³, na evolução de institutos jurídicos com vistas a um direito comunitário. Eis uma das mais relevantes tendências do mundo atual.

Pode-se afirmar que, em síntese, busca-se uma certa harmonização no tratamento de determinados institutos jurídicos pertinentes aos Estados que integram uma comunidade regional econômica, ou quiçá mais largamente, aos Países que “compõem” a sociedade “supranacional”, além das fronteiras físicas.

¹ FARIA, José Eduardo (organizador). Direito e Globalização Econômica - Implicações e Perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996; MEIRA, José de Castro. Globalização e Direito. Revista Teia Jurídica. No. 33, 1997. Acerca da evolução do conceito de soberania, especificamente: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 2ª ed. trad. de João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. verbete soberania. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, pp.1179/1188.

² POSADA, *apud* PAUPÉRIO, A Machado. A ordem internacional contemporânea. Revista de Informação Legislativa. Vol. 29. No. 113, 1992, p. 401.

³ A propósito, defendemos tese, aprovada no II Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob tema “A negociação coletiva do trabalho e o Mercosul”. Recife - PE, outubro de 1996.

Tal congraçamento, no que atine ao comércio internacional, pode ser sintetizado na expressão *lex mercatoria*, consubstanciada num direito comercial supranacional harmonizado, que saiu do degredo ao qual foi condenado durante muito tempo, por força do princípio de que cada Estado tem o poder soberano de reger as relações que sob sua égide são construídas. Nada tem sido mais discutido do que esse renascer da preocupação por um direito não-estatal unificado, regulamentador das relações comerciais, principalmente em face da incapacidade do Estado (direito interno) para resolver as questões que buscam uma solução via tutela jurisdicional interna.¹ De fato, corroborando tal entendimento, a aproximação dos países tem feito ressurgir, fecundo e promissor, o *jus mercatorum* ou *lex mercatoria*, definida por Maria Helena Diniz, como a que “está, essencialmente, desvinculada de qualquer ordenamento jurídico estatal, sendo a-nacional, ou seja, um direito corporativo autônomo, decorrente do comércio internacional”², dos seus usos, costumes e princípios emanados de sentenças pronunciadas em juízo arbitral.

Nesse contexto, veremos que o instituto da arbitragem vem se consolidando como instrumento eficaz de construção de uma nova *lex mercatoria*, desligada das legislações nacionais, e fruto de uma intensa prática (princípios gerais e regras costumeiras) comercial entre os países.³ E mais que isso, defendem os juristas que “a arbitragem comercial internacional é o modo normal de resolução contenciosa de litígios no comércio internacional. O recurso aos tribunais estaduais é marginal. Por conseguinte, o nível de regulação mais importante é o que corresponde ao Direito Transnacional.”⁴ Direito transnacional enquanto direito comunitário.

Assim, diríamos que a tendência do direito comercial internacional na sociedade globalizada é no sentido de se alcançar uma uniformização de disciplinamento, o que, paradoxalmente, parece contrariar a própria noção de Direito Internacional Privado, porquanto a uniformidade, em princípio, implicaria

¹ Esclarecedora a lição de José Maria Rossari Garcez: “Além dos movimentos tendentes à homogeneização das práticas comerciais e das legislações, existe uma pretensão mais generalizada, e uma visão mais ambiciosa, de parte da comunidade internacional de negócios, consistente na harmonização ‘ecumênica’ das leis e das praxes legais comerciais. Este movimento, de caráter supranacional, proporciona normas supletivas, fora das figurações clássicas dos direitos nacionais, para execução, interpretação e solução de conflitos originários dos contratos internacionais, em face da progressiva insuficiência da estrutura do direito interno dos países para atender às exigências do comércio internacional.” Op. cit., p. 20.

² DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos. 2ª ed.. Vol. 01. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 475/476.

³ HUCK, Hermes Marcelo. Deficiências da Arbitragem Comercial Internacional. *Revista dos Tribunais*, Vol. 593, 1985, pp. 26/30.

⁴ PINHEIRO, Luís de Lima. Venda Marítima Internacional. Alguns aspectos fundamentais da sua regulação jurídica. *Revista AMB*, No. 01, 1997, p.48.

no desaparecimento de conflitos e na desnecessidade de normas para regê-los. Tal ausência de colisões, em verdade, não se verificaria, ainda que se alcançasse a unidade plena, dada a própria natureza humana. Daí porque, ao lado de um regramento comum atinente à formação, ao desenvolvimento e à execução dos contratos internacionais, tem-se feito ponderações acuradas acerca das formas e sistemas de solução de conflitos, também com vistas à construção de normas transnacionais unificadas.

Daí a relevância do tema objeto do presente trabalho. Passemos, pois, à análise das principais formas de solução dos conflitos/controvérsias, no âmbito dos contratos internacionais.

2. Formas típicas de solução de conflitos/controvérsias na esfera da contratação internacional

É evidente que uma relação jurídica não deve ser estruturada sob o pressuposto de que, necessariamente, desse vínculo firmado entre as partes, irá decorrer conflitos ou controvérsias. De fato, a preocupação dos contratantes deve estar, fundamentalmente, na construção de um alicerce sólido, com a definição precisa do(s) objeto(s) do contrato, com redação de normas claras, edificadas de boa-fé, que procurem abarcar, senão todas, a maior parte das situações a serem vivenciadas. Contudo, não é aconselhável que as partes envolvidas se descuidem da necessidade de fixar os meios pelos quais possam ser resolvidas as divergências que, eventualmente, possam irromper. Essa indispensabilidade se manifesta, sobretudo, no âmbito dos contratos internacionais, dada a complexidade típica desses acordos de vontade, que demandam negociações, planejamentos, estratégias, infundáveis, com o fito de impedir o aparecimento de problemas, ou de reduzir a intensidade de suas conseqüências nefastas.

Por conseguinte, a referência às formas de solução de conflitos/controvérsias no âmbito dos contratos internacionais é, por assim dizer, questão obrigatória.

Para Sálvio de Figueiredo Teixeira, haveria três modos de solucionar dissensos, quais sejam: a) mediação (composição particular): "técnica de negociação processualizada, em que se chega ao acordo de vontades mediante o trabalho técnico de dirigi-las a um ponto comum"; b) arbitragem (composição paraestatal): "significa decisão por árbitro equidistante entre as partes, mas desprovido de poder estatal e não integrante do quadro dos agentes públicos jurisdicionais"; c)

sentença judicial (composição estatal): “provida de Magistrado inserido entre os agentes públicos da atividade jurisdicional do Estado.”¹

Não obstante o peso e a importância do jurista supra citado, adotaremos, no presente trabalho, a indicação das fórmulas de solução de conflitos proposta por José Maria Rossani Garcez, em seu livro “Contratos Internacionais Comerciais”. O referido autor menciona, basicamente, cinco tipos, a saber: 1. Adaptação; 2. Mediação e conciliação (*amiable composition*); 3. “Minitrial”; 4. Solução litigiosa; 5. Arbitragem.

Desta última trataremos, de modo mais detalhado, a partir da terceira parte de nosso trabalho. De logo, cabe-nos apresentar, sucintamente, as características de cada uma das formas de solução aludidas, objetivando, inclusive, diferenciá-las do procedimento arbitral.

A primeira situação que pode ser analisada concerne à hipótese do contrato (particularmente os de longa duração) tornar-se inexecutável ou de difícil e penosa execução para uma das partes contratantes, em face da ocorrência de fatos imprevisíveis e inafastáveis pelos atores da relação contratual internacional, os quais não tiveram qualquer participação na ocorrência de tal evento (*factum principis*, por exemplo). Nesse caso, a solução estaria numa possível cláusula de adaptação ou flexibilização, ou como preferem alguns, na chamada cláusula de *hardship*², cujo escopo é conformar (adaptar) o contrato às novas circunstâncias ou à nova realidade social, mas sem alterar seu objeto. Poder-se-ia dizer que é instrumento bastante semelhante à teoria da imprevisão, consolidada, em especial, na legislação civil brasileira. A cláusula em cotejo pode vir expressa no contrato ou ser alçada à condição de solução do caso concreto em face de elementos intrínsecos do contrato que permitam tal interpretação.³

Uma segunda situação plausível seria o surgimento de determinada controvérsia, sem grandes implicações, cuja resolução poderia ser obtida pela via da solução amigável, através da mediação ou da conciliação. Tais formas de solução de conflitos podem estar materializadas numa roupagem formal (protocolização de cartas, *exempli gratia*, como relata José Maria Rossani Garcez) ou

¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *LEX - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*. No. 94, 1997, pp. 12/13.

² Luiz Olavo Batista se refere, ainda, às cláusulas de estabilização, em caso de mudanças na legislação que rege o contrato internacional. *Dos Contratos Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 119.

³ Celso Ribeiro Bastos e Eduardo A Gurgel Kiss diferenciam a cláusula de adaptação ou flexibilização da cláusula de força maior e caso fortuito. Sustentam que ambas teriam a mesma finalidade (“disciplinar a ocorrência de algum evento que inviabilize o contrato”), mas que, ao contrário desta, que leva à dissolução do contrato, por destruir as suas bases, aquela visa apenas amoldá-lo às novas condições. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 26.

ser totalmente informais. Observe-se que mediação e conciliação são, ambos, modos de solução pacífica de litígios, mas que apresentam características próprias, em razão das quais se diferenciam. A mediação tem como traço marcante o fato de ser exercida por pessoa ou órgão que desempenha sua função com a observância das condições e instruções indicadas pelas partes. Isto significa que a atividade pacificatória exercitada através da mediação sofre uma certa limitação. Já a conciliação é assinalada por uma maior liberdade do conciliador, o qual goza da confiança comum das partes litigantes e não está subordinado a orientações fornecidas pelas referidas partes, atuando, portanto, com independência, para obter uma fórmula de harmonização, assentada em concessões mútuas. O ponto nodal que vai diferenciar os dois institutos supra analisados, da arbitragem, está no fato de que a solução proposta pela via da mediação ou da conciliação não é vinculante, de modo que as partes podem ou não acolhê-la, enquanto que, na arbitragem, a decisão do juízo arbitral é lei entre as partes.

Uma outra forma de solução de controvérsias de caráter comercial, muito comum entre grandes empresas, é o chamado "minitrial", que se desenvolve por meio da atuação de executivos seniores. A descrição do processo foi feita de forma bastante clara por José Maria Rossani Garcez, cujas palavras transcrevemos, *ipsis literis*: "O processo é relativamente simples. As partes reúnem-se por um breve período de tempo, em geral não mais de dois dias, quando seus advogados fazem a apresentação de um sumário de suas razões para executivos seniores aos quais foi delegada competência para compor o caso em nome das companhias envolvidas. Os executivos podem ser auxiliados em suas tarefas por um consultor, como um juiz aposentado (admitido como um consultor neutro), que seja contratado para ajudá-los no conhecimento da matéria e no entendimento dos aspectos legais envolvidos."¹

Não obstante o desenvolvimento e a multiplicação das várias formas de solução consensual das controvérsias que podem surgir no âmbito da contratação internacional, a regra continua sendo a procura pela solução litigiosa dos conflitos. Isso se dá em razão de uma cultura desenvolvida na mente da sociedade, consubstanciada na idéia de que a decisão judicial, provinda de órgão componente da estrutura judiciária interna de determinado Estado, seria mais segura (vinculante), em razão da garantia de execução do *decisum*, em havendo o trânsito em julgado respectivo, sem necessidade de qualquer tipo de homologação posterior para produzir seus efeitos. Ademais, a impessoalidade do Julgador seria outro ponto positivo. O que se percebe, entretanto, é que tais aparentes vantagens convivem com a morosidade, o alto custo, a utilização de critérios obsoletos e a ausência de sigilo, que também marcam a solução judicial. Sublinhe-se que as

¹ GARCEZ, José Maria Rossani. Op. cit., p. 66.

partes podem escolher não só o direito aplicável, mas também a jurisdição do Estado (foro competente) em que desejem ver suas controvérsias resolvidas.

3. A arbitragem - Breve historiografia, definição, natureza e relevância

Ao lado dessas formas de solução dos conflitos na esfera dos contratos internacionais, encontra-se o instituto da arbitragem, como manifestação do que Cappelletti denomina de "Justiça Coexistencial"¹. Tido por uns como mecanismo simples de grande eficácia na solução de problemas, ou considerado por outros como instrumento de realização dos interesses de países desenvolvidos, em detrimento dos demais, o fato é que nenhum outro instituto tem angariado tanta atenção nos últimos tempos como a arbitragem, particularmente no Brasil, que inseriu, recentemente, no seu ordenamento jurídico uma nova e moderna lei sobre arbitragem, em resposta mesmo aos apelos da nova ordem internacional.

Embora a arbitragem tenha tomado especial fôlego nos últimos anos, pode-se dizer que sempre existiu, desde épocas imemoriais. Marcos Raposo, em estudo sobre o tema, defende que a arbitragem "é velha como o tempo", tendo procurado suas raízes na pré-história, como recurso "à autoridade do chefe do grupo, quer ao senso de justiça de uma amigo comum, ou de um líder religioso respeitável."². Outrossim, devemos ressaltar que a arbitragem é anterior ao próprio conceito de jurisdição estatal organizada, ou pelo menos teria corrido paralelamente a esta, como uma alternativa.³ Diz-se que teria sido forma primitiva de justiça.⁴ A grande evolução do instituto se deu na Idade Média, com o desenvolvimento do Direito Comercial e de inúmeros instrumentos do comércio. Pode-se afirmar que, nesse momento histórico, a arbitragem conheceu uma época áurea, posteriormente corroborada com a Revolução Francesa.

Com a ampliação do poder do Estado, a arbitragem foi perdendo espaço. Talvez pudéssemos arriscar, fixando uma relação de proporcionalidade, no sentido de que, quanto mais forte for a política centralizadora do Estado, menor será o campo de atuação da arbitragem. Tal entendimento pode ser ratificado pelo movimento inverso que hoje vivenciamos, a que já nos referimos, e que consiste na pretensão integracionista dos Estados, através de concessões recíprocas atinentes a questões antes tidas como inalcançáveis. Dir-se-ia que, ao mesmo

¹ CAPPELLETTI, Mauro *apud* MOREIRA, José Carlos Barbosa. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. Revista Forense. Vol. 91. No. 331, 1995, pp. 139/148.

² RAPOSO, Marcos A. Arbitragem Internacional - Percalços e Entraves. Revista de Informação Legislativa. No. 100. 1988. pp. 291/302.

³ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 08.

⁴ FIÚZA, César. Teoria Geral da Arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 63.

tempo em que o processo de globalização tem influenciado na retomada da arbitragem, esta, por seu turno, tem sido importante mecanismo de criação de uma "legislação" comercial internacional, fortalecedora da tendência de aproximação dos países.

Modernamente, multiplicaram-se as convenções, os protocolos e órgãos criados com vistas a regular e solidificar o instituto da arbitragem. Poderíamos citar, exemplificativamente, a criação da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (Paris, 1923), a criação da UNCITRAL - *United Nations Commission on International Trade Law* (1966), sendo que esta, por sua vez, editou a Lei-Modelo sobre a Arbitragem Comercial Internacional (1985). Imprescindível também a referência ao Protocolo de Genebra (1923) e às Convenções de Genebra (1927), de Nova Iorque (1958), de Estrasburgo (1966), do Panamá (1975), e inúmeras outras.

Especificamente, no Brasil, a arbitragem existe desde à época da colonização portuguesa. As Ordenações Filipinas já tratavam da matéria. É assunto de tradição no nosso ordenamento, mas pouco utilizado. A nossa Constituição Federal, embora não tenha tratado da arbitragem de forma expressa, representou um avanço, quando incentivou o desenvolvimento de novos instrumentos de realização da Justiça (art. 217, §§ 1º e 2º - Desporto). A Carta Magna também instituiu a possibilidade de recurso à arbitragem no que tange à matéria trabalhista (art. 114, § 1º). Em nosso Código Comercial, o instituto foi tratado em inúmeros dispositivos (art. 294, por exemplo). Na Lei de Sociedades Anônimas também há indicação expressa da arbitragem (art. 129, § 2º). A nova Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9099/95) previu, explicitamente, a possibilidade de utilização do Juízo Arbitral (arts. 24/26). Ressalte-se, *ad argumentandum tantum*, que o Brasil assinou inúmeras convenções e protocolos sobre a matéria, tendo feito inserir, recentemente (09.05.96), no sistema jurídico interno, a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Panamá, 1975).

Os nossos Código Civil e Código de Processo Civil regularam - ou, pelo menos, tiveram a pretensão de regular - a arbitragem, por algum tempo, nos seus arts. 1037 a 1048, e 1072 a 1102, respectivamente. Tais dispositivos legais foram, recentemente, revogados pela Lei nº 9307, de 23.09.96, que é tida como um dos grandes avanços em sede de arbitragem, porquanto implicou no desaparecimento de poderosos entraves ao desenvolvimento de um comércio internacional consentâneo com as novas exigências mundiais, como veremos a seguir, além de ter aproximado o Brasil das legislações dos demais países.

Antes, contudo, de passarmos ao exame da Lei retro referida, faz-se necessária a fixação de conceito que sirva de guia à nossa análise. Pedimos, então, vênha para reproduzirmos o conceito proposto por Adriana Noemi Pucci: "Arbitragem é instituto jurídico segundo o qual as partes, entre as quais existe uma

controvérsia, decidem que sua resolução não venha pela participação de juízes togados, senão pela atuação de árbitros, que decidirão a pendência segundo a lei e o procedimento escolhido por elas.”¹

De fato, pode-se afirmar que a arbitragem é o instrumento, eleito pelas partes, com alicerce na autonomia da vontade, para resolver as controvérsias (concernentes, de regra, a direitos patrimoniais disponíveis) que surgirem entre as referidas partes, por meio da atuação de árbitros, que, afastando a jurisdição estatal, decidem com base na equidade ou no direito escolhido pelos sujeitos da relação jurídica, desde que a lei escolhida não atente contra a ordem pública e os bons costumes. Realce-se que as partes podem ajustar que a arbitragem se realize com fulcro nos princípios gerais do direito, usos e costumes, e regras internacionais de comércio. Indubitável, portanto, a amplitude do instituto e a importância dada à autodeterminação ou liberdade contratual.

No que tange à natureza jurídica da arbitragem, há, basicamente, quatro teorias. Senão vejamos: a) A primeira considera que a arbitragem tem natureza contratual; b) A segunda defende sua natureza jurisdicional; c) A terceira argumenta que a arbitragem teria natureza mista (caráter contratual e jurisdicional); d) O quarto entendimento, ao qual nos filiamos, sustenta que a arbitragem seria um instituto uno, mas que teria um “elemento contratual” e um “elemento jurisdicional”, sendo ambos indispensáveis para a sua compreensão, até porque não existiria “oposição entre a origem contratual da arbitragem e a sua função jurisdicional”. Tal teoria defende que o caráter realmente fundamental para entender a arbitragem seria a autonomia da vontade, enquanto entendida como “aquela que tem em si própria um poder criador de situações jurídicas”.² Essa autonomia da vontade se manifesta de forma ampla: as partes **optam** pela arbitragem como instrumento de composição de seus conflitos; as partes **escolhem** o procedimento a ser observado na arbitragem; as partes **elegem** a equidade ou o direito a ser tomado como base para a decisão; as partes **indicam** a lei aplicável na solução da controvérsia (são as chamadas normas de fundo ou de substância).

A arbitragem é forma de solução de controvérsias que revela inúmeras vantagens. Celeridade, custos menores, sigilo, flexibilidade, especialização do árbitro, maior proximidade da realidade, desafogo do Judiciário, são apenas alguns dos itens normalmente indicados para demonstrar a excelência do instituto. Importante destacar crítica feita à arbitragem no sentido de que o tribunal arbitral

¹ PUCCI, Adriana Noemi. Arbitragem Comercial nos Países do Mercosul: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem. São Paulo: LTr, 1997, p. 27.

² Em defesa da quarta corrente, SCHMITTHOFF, Clive M. *apud* GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Op. cit., pp. 37/40.

serviria para julgar “os conflitos econômicos dos ricos”.¹ Tal afirmação parece-nos apressada. De acordo com o Presidente do Conselho Mantenedor do Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem (Brasil), “a arbitragem não é elitista, mas tampouco é popularesca. Seu custo é infinitamente mais barato para a sociedade. Para as partes, talvez seja um pouco mais caro. (...) Quando as partes não têm dinheiro, os árbitros indicados pelo INAMA podem trabalhar até de graça.”² Para o Presidente da Comissão de Arbitragem da Associação Comercial do Rio de Janeiro, Desembargador Cláudio Vianna de Lima, seria assinalável outra vantagem: a “alternativa arbitral multiplica as frentes de trabalho” para o advogado.³ Evidencie-se que, quando patrocinamos a arbitragem como forma alternativa de solução de controvérsias de cunho patrimonial, ressaltando, inclusive, a morosidade do Estado-Juiz, não estamos pretendendo, como se poderia pensar, uma volta da justiça privada, nem o afastamento ou exclusão do Poder Judiciário no que se refere ao processo de solução dos conflitos sociais. *A contrario sensu*, defendemos o seu fortalecimento e a manutenção de todas as garantias conferidas constitucionalmente ao Poder Judiciário, sem o qual não teríamos um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Contudo, é inegável que a fixação de soluções alternativas de conflitos implicará, por certo, na desobstrução do Judiciário, de modo que ele possa se ater a questões que, efetivamente, dada a sua natureza, não podem ficar desprovidas do seu manto protetor. Com isso, permitir-se-ia que mais cidadãos tivessem acesso e fossem amparados por esse Poder Fundamental.

Na esfera dos contratos comerciais internacionais, divisa-se uma relevância ainda maior. Pode-se dizer que a arbitragem se tornou imprescindível na seara da contratação comercial internacional.⁴

4. A arbitragem no Brasil - A nova Lei de Arbitragem (Lei n°9307, de 23.09.96). Características e procedimento. As experiências e os anseio no âmbito do Mercosul

Durante muito tempo, a arbitragem no direito brasileiro foi regulada por um conjunto de normas jurídicas inócuas, contidas no Código de Processo Civil, que, se dificultavam a utilização do instituto internamente, tornavam impossível a aplicação do procedimento arbitral em sede de contratos internacionais. De modo geral, os principais entraves presentes na nossa legislação processual civil eram: a)

¹ LUSTOSA, Othon. Tribunal Arbitral. *Revista Ciência Jurídica*. No. 26, 1996.

² Trecho publicado no Jornal “O Globo”, do dia 09.08.97, p. 12.

³ LIMA, Cláudio Vianna de. A lei de arbitragem. *Tribuna do Advogado*. OAB - RJ. Internet, 1997.

⁴ BENETTI, Sidnei Agostinho. A arbitragem: panorama da evolução. *LEX - Jurisprudência dos Tribunais de Alcada Civil de São Paulo*. Vol. 138, 1993, pp. 06/13.

a cláusula compromissória não tinha força de tornar obrigatória a constituição do tribunal arbitral; b) a homologação do laudo arbitral pelo Poder Judiciário era requisito *sine qua non* para que ele pudesse produzir efeitos.

Face a essas graves deficiências e considerando-se as exigências da nova realidade mundial, foi realizada uma verdadeira operação (denominada “Operação Arbiter” - arbiter do latim juiz, jurado), encabeçada pelo Instituto Liberal de Pernambuco e por inúmeros juristas ilustres, que culminou com a Lei nº 9307, de 23.09.96.

Esse Diploma Legal representou um dos maiores avanços do sistema jurídico brasileiro, especialmente se tomarmos por referência, como principal beneficiado, o comércio internacional.¹

Um dos aspectos mais estimulados pela nova Lei concerne à aplicação prática do princípio da autonomia da vontade. Diz o art. 1º da referida lei que as pessoas com capacidade para contratar **podem** se utilizar da arbitragem para dirimir controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis. O art. 2º reza que a arbitragem **pode** ser de direito ou de equidade, **a critério das partes**. Mas o dispositivo legal que consagra de forma inafastável (compare-se com o art. 9º da LICC) o princípio em cotejo é o § 1º do art. 2º: **Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública**. Poderíamos fazer o seguinte raciocínio: se a lei nº 9307/96 permitiu a escolha da lei aplicável na arbitragem, sendo que esta implica em afastamento da jurisdição estatal, porque não se poderia entender que, embora o art. 9º da LICC não tenha feito menção expressa, é plenamente possível a indicação da lei aplicável para qualificar e reger as obrigações contraídas?

Aliás, destaque-se que as partes podem, inclusive, convencionar a aplicação de princípios gerais de direito, usos, costumes e **regras internacionais de comércio**.

Um outro ponto que merece distinção, por já ter sido consagrado na maior parte das legislações, refere-se à utilização da expressão “convenção de arbitragem”, especificamente no art. 3º, incluindo a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, aos quais são atribuídos, por assim dizer, os mesmos efeitos legais. A cláusula compromissória “é aquela cláusula inserta em contrato em que as partes elegem a arbitragem para dirimir controvérsias surgidas do contrato”. O

¹ Sálvio de Figueiredo Teixeira faz um sem número de elogios à nova lei de arbitragem, mas aponta alguns deslizos do legislador: “a) no art. 33, parágrafo 2º, II, ao referir-se a ‘laudo’; b) no art. 41, ao não atentar para a alteração havida no inciso III, do art. 584, CPC, pela Lei nº 8953/94; c) a inclusão da ‘dúvida’ no pedido de esclarecimentos da sentença arbitral (art. 30, II).” In nota de rodapé, op. cit., p. 17.

compromisso arbitral "é o contrato que as partes firmam após o surgimento da controvérsia com o objetivo de dirimi-la. Ou seja, é a estipulação formal de que a controvérsia será resolvida por arbitragem. É nele que as partes nomeiam seus árbitros e substitutos, delimitam a controvérsia, estabelecem a responsabilidade pelo pagamento dos honorários dos peritos e despesas processuais, prazo para os árbitros ditarem o laudo arbitral, enfim é o *modus faciendi* da arbitragem."¹

A mais importante iniciativa atine à concessão de força vinculante à cláusula compromissória. Assim, em caso de contrato que traga a cláusula compromissória, a parte interessada convocará a outra para instituir a arbitragem. Se a parte convocada não comparece ou, comparece, mas recusa-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a parte interessada acionar o Poder Judiciário, para propor a demanda de que trata o art. 7º da referida Lei. O juiz mandará citar a outra parte. Se esta comparece, o magistrado tentará a conciliação e, obtido êxito, será celebrado o compromisso. Se as partes comparecem, mas uma delas se recusa a firmar o compromisso, ou, ainda, se a parte ré está ausente sem motivo justificado, o julgador decidirá o feito e, se for o caso, face aos documentos apresentados e declarações assentadas, firmará o compromisso, nomeando árbitro único. Nesse caso, a sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral. Tal entendimento se consubstancia, especialmente quanto aos contratos internacionais, no próprio princípio da boa-fé, pois as partes se vincularam no sentido de ver seus conflitos resolvidos pela arbitragem.²

Em recente discussão no Supremo Tribunal Federal, datada de 08.05.97, em face dos autos de Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5206 - Espanha, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence proferiu voto, declarando inconstitucionais o parágrafo único do art. 6º, o art. 7º e seus parágrafos, e no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, inciso VII e art. 301, inciso IX do Código de Processo Civil e o art. 42, todos da Lei nº 9307/96, por entender que a possibilidade do juiz firmar o compromisso, em substituição da vontade ausente, implicaria em afronta ao princípio insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.³ Pelo menos até onde nos foi dado pesquisar, o julgamento foi suspenso,

¹ Conceitos ofertados por LEMES, Selma Maria Ferreira. Aspectos primordiais da nova lei sobre arbitragem comercial brasileira - PL 4018/93. Conferência proferida no Seminário Interamericano - Formas alternativas para a solução de controvérsias. Conciliação, mediação e arbitragem. Recife, 03 e 04 de junho de 1996.

² CASELLA, Paulo Borba. Arbitragem Internacional e Boa-fé das Partes Contratantes. *Revista dos Tribunais*. No. 668, 1991, pp. 239/241.

³ "Decisão: Adiado o julgamento pelo pedido de vista do Ministro Nelson Jobim, após o voto do Relator (Ministro Sepúlveda Pertence, Presidente), que declarava inconstitucionais, na Lei nº 9307/96: 1) o parágrafo único do art. 6º; 2) o art. 7º e seus parágrafos; 3) no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, inciso VII e art. 301, inciso IX do Código de Processo Civil e o art. 42, mas dava provimento ao agravo para homologar a sentença arbitral. Ausentes, justificadamente,

em razão do pedido de vista do Min. Nelson Jobim, pelo que não temos conhecimento de possível decisão final. Contudo, é de se ressaltar que, em sendo confirmada a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos, a lei perderá a própria razão de ser, pois desaparecerá o dispositivo que confere executoriedade à cláusula compromissória, e que se constitui no grande diferencial, se compararmos com o antigo regramento da matéria. Voltaremos, portanto, à estaca zero, particularmente no que atine ao comércio internacional.

Demais disto, a nosso ver, não há o referido atentado ao princípio contido no art. 5º, XXXV da CF/88, porquanto a Lei de Arbitragem não exclui o acesso ao Poder Judiciário. *A contrario sensu*, o Judiciário será convocado em face de lesão que a parte venha, eventualmente, a sofrer. Os mecanismos para tanto são ofertados pelo Diploma Legal em tela, a saber: execução de sentença arbitral (art. 31), ação declaratória de nulidade de sentença arbitral (art. 33), ação de embargos do devedor (art. 33, § 3º), homologação da sentença arbitral estrangeira pelo Pretório Excelso (art. 35)¹ e o próprio art. 7º. Além disso, quaisquer medidas coercitivas só podem ser executadas via Poder Judiciário.

Também, cabe ressaltar que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de modo que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade daquela (art. 8º).

A Lei nº 9307/96 também dedica um capítulo específico aos árbitros, estabelecendo um verdadeiro Código de Ética. Determina que são condições para funcionar como árbitro que a pessoa seja capaz e goze da confiança das partes (art. 13). Além disso, exige-se imparcialidade, diligência, discrição e independência, pelo que a lei determinou que estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes, ou com o litígio que lhe for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, sendo-lhes aplicável, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, previstos no CPC. A lei é mais incisiva: o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (art. 18), embora este possa ser acionado. É o que se chama de tese da jurisdicionalidade da arbitragem. Houve, portanto, a dispensa expressa da homologação. E a lei vai além: no exercício de suas funções, o árbitro fica equiparado ao funcionário público para fins de aplicação da lei penal.

os Ministros Celso Mello e Marco Aurélio. Plenário, 08.05.97." DJ de 14.05.97, nº 90, Seção 01, p. 19253. V. também Informativo do STF - Assessoria da Presidência. Brasília, 12 a 16 de maio de 1997, nº 71.

¹ Na mesma SE 5206 - Espanha, retro realçada, o Min. Sepúlveda Pertence se pronunciou no sentido de que os arts. 31 e 35 da nova Lei de Arbitragem autorizariam a homologação do laudo arbitral pelo Pretório Excelso, independentemente de prévia chancela do Poder Judiciário do país de origem.

Considera-se instituída a arbitragem, quando o(s) árbitro(s) aceita(m) a nomeação. Novamente é estimulado o princípio da autonomia da vontade, quando o art. 21 estabelece que "a arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral regular o procedimento". Também foram prestigiados os princípios básicos do devido processo legal (art. 21, § 2º: contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento).

Ao que parece (art. 21, § 3º), não é obrigatória a intervenção do advogado na arbitragem. Mas deve ser respeitada sempre a faculdade da parte indicar um representante ou assistente no procedimento arbitral.

A arbitragem encerra-se com a prolação da sentença arbitral, que se constitui em título executivo e produz entre as partes os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Poder Judiciário.

A sentença arbitral estrangeira, ou seja, aquela proferida fora dos limites do território nacional, para produzir efeitos no Brasil, está sujeita à homologação pelo Pretório Excelso.

Estes são, de forma suscita, os principais pontos da Lei nº 9307/96 que devem ser sublinhados, enquanto manifestação da evolução de nossa legislação, sendo este progresso devido, por assim dizer, às novas exigências de uma sociedade globalizada, que busca a integração, para o desenvolvimento conjunto, tal como já destacamos. Por isso mesmo, a realidade brasileira, especificamente falando, concerne não apenas à modernização do sistema jurídico interno, mas também à sua posição no processo integracionista. E aqui nos reportamos à realidade do Mercosul. Felizmente, com a nova lei, o Brasil foi equiparado aos seus parceiros de Mercado Comum, porquanto igualou os efeitos da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, tornando aquela vinculante e passível de adimplemento via Poder Judiciário, caso haja recusa. Também houve equiparação no tocante à outorga de plena força executória à sentença arbitral. Isto significa que as leis dos países em cotejo têm a mesma interpretação sobre os efeitos e a obrigatoriedade da cláusula arbitral. Eis apenas um exemplo. Ademais, as legislações de Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai coincidem quanto às matérias que podem ser objeto de arbitragem e aos limites de ordem pública e bons costumes. Mas há, ainda, diferenças consideráveis. No Brasil, por exemplo, se as partes não especificaram na convenção qual o critério (direito ou equidade) a ser utilizado para a solução de controvérsias, o litígio deve ser resolvido com fundamento no direito. Nos demais países, em havendo a omissão retro indicada, a contenda será resolvida por equidade. Demais disto, já funciona um Tribunal

Internacional de Conciliação e Arbitragem do Mercosul.¹ *In fine*, consideramos pertinente evidenciar a tendência (e a expectativa) no que atine à construção de uma legislação una sobre a arbitragem e, bem assim, de um tribunal arbitral comum², para os países que compõem o Mercosul, salientando que isso implicaria em afastar as legislações nacionais respectivas.

5. Epílogo: A arbitragem em vista da sociedade globalizada. Em prol da consolidação da "arbitragem internacional"

A título de considerações finais, entendemos pertinente ressaltar a expressiva opinião do Professor José Alexandre Tavares Guerreiro³, acerca do desenvolvimento de uma arbitragem internacional, em face da nova realidade sócio-econômica que vem se solidificando.

Assevera o renomado autor que, quando se opta pela arbitragem para a solução de conflitos, afastando, portanto, a esfera estatal, busca-se, na verdade, uma "substancial neutralidade política". Em razão dessa neutralidade, nota-se um acelerado crescimento da arbitragem institucional, aquela que se desenvolve sob os auspícios de organismos transnacionais, como a Corte de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio de Paris, a *London Court of International Arbitration* e o próprio Tribunal Internacional de Conciliação e Arbitragem do Mercosul. Também por força da neutralidade, os Estados, quando parte numa relação contratual internacional, preferem a solução via arbitragem, pois, com isso, evitam discussões sobre sua soberania.

Em suma, a arbitragem pode ser tida como eficiente mecanismo de solução de controvérsias no âmbito dos contratos internacionais, inclusive quando algum Estado for parte, pois é instrumento adequado à celeridade e à alta especificidade

¹ Ver primoroso estudo da lavra de Adriana Noemi Pucci, Arbitragem comercial nos países do Mercosul, em que nos proporciona uma visão comparativa do instituto nas quatro legislações envolvidas, op. cit.

² Cláudio Vianna de Lima considera que o Tribunal do Mercosul, nos moldes de uma Justiça Oficial, de Direito Interno, seria um retrocesso. Tribunal Arbitral. *Gazeta Mercantil Latino-Americana - Semanário do Mercosul*. No. 20, 1996.

³ José Alexandre Tavares Guerreiro sustenta que "a garantia de neutralidade da arbitragem se apóia em dois princípios: de um lado, a inexistência de vínculos políticos por parte da instituição arbitral, que se caracteriza por sua natureza a-nacional, o que a descompromete com qualquer Estado ou com qualquer pessoa jurídica de direito público (ou de direito internacional); e, em segundo lugar, a peculiaridade de poderem as partes, na celebração dos contratos, exercer a sua vontade, na estipulação da arbitragem, comprometendo-se livremente a acatar o *award* respectivo, o que confere à instituição (e bem assim ao laudo) uma espécie de legitimidade prévia, acordada e aceita, exatamente no pressuposto de sua neutralidade, entendida, aliás, como condição de eficácia." . Op. cit., p. 119.

desse negócios jurídicos. Demais disto, visualizamos a presença de um verdadeiro sistema de *feedback*, na medida em que a arbitragem, particularmente a arbitragem internacional, desempenhada por organismos institucionais, sem qualquer vinculação a determinado Estado, promove o ressurgimento da *lex mercatoria*, enquanto, a tendência integracionista dos Estados, por seu lado, tem servido de estímulo ao desenvolvimento do instituto, por torná-lo mais acessível e mais procurado.

O que se espera é que esse processo de integração represente não só a aproximação econômica entre os Estados, mas sim, fundamentalmente, uma política de crescimento conjunto, em benefício de toda a sociedade transnacional, e que, nesse contexto, a arbitragem execute eficazmente sua função pacificatória.

Bibliografia

- ARAÚJO, Nádia. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos Contratos Internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BASTOS, Celso Ribeiro & KISS, Eduardo Amaral Gurgel. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BENETI, Sidnei Agostinho. A arbitragem: panorama da evolução. LEX - Jurisprudência dos Tribunais de Alcada Cível de São Paulo. Vol. 138, 1993, pp. 06/13.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 2ª ed. Trad. de João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. *Verbete soberania*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, pp.1179/1188.
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem Internacional. Revista Forense. Vol. 329, 1995, pp. 25/39
- CASELLA, Paulo Borba. Arbitragem Internacional e Boa-fé das Partes Contratantes: Cláusula de Arbitragem em Contrato Internacional. Revista dos Tribunais. No. 668, 1991, pp. 239/241.
- CLEINMAN, Betch. Novas soluções para antigos problemas do Judiciário: Arbitragem ou a Lei Marco Maciel; Reportagem retirada do Jornal "O Globo", de 09.08.97, Seção "Defesa do Cidadão", p. 12.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. Vol. 01, 1996.
- FARIA, José Eduardo (organizador). *Direito e Globalização Econômica - Implicações e Perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FIÚZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Contratos Internacionais Comerciais: Planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- HUCK, Hermes Marcelo. Deficiências da arbitragem comercial internacional. Revista dos Tribunais. Vol. 593, 1985, pp. 26/30.

- LEMES, Selma Maria Ferreira. Aspectos Primordiais da Nova Lei sobre Arbitragem Comercial Brasileira - PL 4018/93. Conferência proferida no Seminário Interamericano - Formas Alternativas para Solução de Controvérsias. Conciliação, Mediação e Arbitragem. Realizado em Recife, 03 e 04 de junho de 1996.
- _____ . Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado. Revista dos Tribunais. Vol. 686, 1992, pp. 73/89.
- LIMA, Cláudio Vianna de. A lei de arbitragem, Tribuna do Advogado. OAB - Rio de Janeiro (Internet), 1997.
- _____ . Tribunal Arbitral. Gazeta Mercantil Latino Americana - Semanário do Mercosul. No. 20, 1996.
- LUSTOSA, Oton. Tribunal Arbitral (para julgar os conflitos econômicos dos ricos). Revista Ciência Jurídica. No. 26, 1996.
- MEIRA, José de Castro. Globalização e Direito. Revista Teia Jurídica. No. 33, 1997.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Miradas sobre o Processo Civil Contemporâneo. Revista Forense. Vol. 91. No. 331, 1995, pp. 139/148.
- PARRA, Jorge Barrientos. O contrato internacional como instrumento de ação do comércio internacional. Revista de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Vol. 21. No. 01 e 02, 1992, pp. 143/155.
- PAUPÉRIO, A Machado. A ordem internacional contemporânea. Revista de Informação Legislativa. Vol. 29. No. 113, 1992, pp. 401/404.
- PINHEIRO, Luís de Lima. Venda Marítima Internacional. Alguns aspectos fundamentais de sua regulação jurídica. Revista AMB - Associação dos Magistrados do Brasil. No. 01, 1997, pp. 44/67.
- PUCCI, Adriana Noemi. Arbitragem Comercial nos Países do Mercosul: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem. São Paulo: LTr, 1997.
- RAPOSO, Marcos A. Arbitragem Internacional: Percalços e Entraves. Revista de Informação Legislativa. No. 100, 1988, pp. 291/302.
- RODAS, João Grandino *et alii*. Contratos Internacionais. São Paulo: Editora RT, 1995.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. LEX - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais. No. 94, 1997, pp. 09/21.

O CARÁTER HUMANITÁRIO DO ASILO

Sílvia Ferraz Sobreira Fonsêca (Aluna do 8º período e ex-monitora de Direito Civil II)

Sumário: Introdução; Primeira Parte - Considerações Gerais; 1. Conceito de Asilo; 1.1. Asilo Territorial; 1.2. Asilo diplomático; 2. Evolução Histórica; 2.1. Antigüidade; 2.2. Do Século X ao XV; 2.3. Do Século XV ao XVIII; Segunda Parte - Direitos e deveres dos Estados e dos indivíduos; 3. Instrumentos de Proteção Internacional; 3.1. Instrumentos de Proteção no âmbito global; 3.2. Instrumentos de Proteção no âmbito regional (Continente Americano); 4. Direitos e Deveres do Estado; 5. Direitos e Deveres do Indivíduo; 6. Fim do Asilo; 7. Posição Brasileira; Conclusão; Referências Bibliográficas.

Introdução

Em 1949, Vitor Haya de la Torre, chefe do partido aprista peruano, solicitou asilo diplomático à Embaixada colombiana em Lima. Por considerá-lo criminoso comum, o governo peruano não concedeu o salvo-conduto e solicitou a entrega do asilado. A Colômbia não acolheu tal pedido, dizendo que a qualificação do delito a ela incumbia.

A questão entre o Peru e Colômbia foi levada a Corte Internacional de Justiça que, mais de um ano depois, exarou sentença equívoca, não reconhecendo à Colômbia o direito de qualificar o delito, nem ao Peru o direito de recuperar o asilado. Diante disso, a Colômbia solicitou à Corte interpretação da sentença, o que foi indeferido. O mesmo país pediu, então à Corte Internacional de Justiça que determinasse o modo de cumprimento da sentença e explicitasse se havia obrigação de entregar o asilado ao Peru. A sentença proferida foi mais uma vez inexecutável. O incidente somente terminou após cinco anos através de um acordo direto entre os países contendores, levado a cabo em Bogotá, a 22/03/54, que possibilitou o término do asilo de Haya de la Torre.

O caso acima explanado de maneira resumida foi o que me chamou a atenção sobre o tema em exposição. Como uma pessoa consegue permanecer por cerca de cinco anos dentro de uma sede de Missão diplomática?

Estou certa e tentarei provar isto ao longo deste artigo que o indivíduo não pode ficar a mercê da vontade de determinado Estado. Não pode tampouco ficar aguardando tanto tempo que dois países discutam numa Corte Internacional assuntos que lhe dizem respeito sem ser ao menos ouvido. Esperar cerca de cinco anos para deparar-se com uma sentença inexecutável ou atentadora da sua própria liberdade é um absurdo.

O caráter humanitário do asilo deve ser sempre lembrado e levado em consideração para que não se esqueça que o Estado não existiria se não fosse o indivíduo. Que esta é sua porção mais importante e que, portanto, deve ser respeitado e levado em conta. O Estado contemporâneo nada mais é do que uma reunião de seus elementos constitutivos. Já se vem considerando aos poucos o indivíduo como sujeito de Direito Internacional, capaz de pleitear seus direitos e exigir garantias para o cumprimento dos deveres. O Estado é mero representante da vontade popular, seja no âmbito interno ou no âmbito internacional. É pelo indivíduo que o Estado tem sempre o dever de lutar e conseqüentemente não é o indivíduo que se submeterá a discricionariedade do Estado.

Primeira Parte – Considerações Gerais

1. Conceito de Asilo

A instituição do Asilo pode ser conceituada genericamente como a proteção oferecida pelo Estado a pessoas que não possuem a sua nacionalidade, mas se encontram ameaçadas em sua liberdade devido a perseguições de autoridades de outros Estados, pessoas ou grupos que tenham fugido ao controle estatal.

É necessário que se faça uma distinção entre Asilo e Refúgio, ou melhor, entre asilados e refugiados. Asilo é a espécie cujo o gênero é o Refúgio, i.e., nem todo refugiado é asilado, mas todo asilado é refugiado.

Refúgio vem do latim *refugium* que significa o lugar onde alguém se refugia ou se oculta dos perseguidores. Conseqüentemente refugiado é aquele que se oculta em lugar onde não possa ser encontrado, para fugir à condenação ou perseguição. Quando a perseguição é por motivos políticos tem-se o mesmo sentido de *asilado*. Com respeito ao refugiado da justiça comum, diz-se, mais propriamente, *homiziado*.

O direito do Asilo visa a dar uma proteção ao indivíduo. Como salienta Giana Torres “o asilo se origina em uma ação instintiva do indivíduo, necessidade biológica de buscar amparo para salvar a vida ou a liberdade”.¹

1.1. Asilo Territorial

O asilo na sua forma perfeita e acabada é o asilo territorial. Configura-se o asilo territorial quando o Estado acolhe em seu território pessoas perseguidas por motivos políticos, quer pelos Estados de que são nacionais, quer por terceiros Estados.

¹ Giana Torres citada por Celso de Albuquerque Mello, Curso de Direito Internacional Público.

Até a convenção de Caracas de 1954 não havia nenhuma convenção multilateral geral sobre o asilo territorial. Embora tal matéria tenha sido considerada no primeiro período de sessões da Comissão de Direito Internacional, em 1949, como suscetível de ser codificada, não houve progressos.

O Pacto sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela assembléia geral da ONU, a 16/12/66, não faz menção ao Asilo.

Talvez com o intuito de minorar a ausência de uma convenção multilateral até então e a falta de referência no Pacto acima citado, a Assembléia Geral da ONU adotou a Declaração 2.312 (XXII), em 14/12/67, dedicada ao asilo territorial. Através do exame dessa declaração se pôde verificar a opinião da maioria dos membros da ONU sobre o asilo.

Finalmente em 1954, em Caracas os governos dos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos, desejosos de estabelecer uma convenção sobre Asilo territorial, elaboram o primeiro instrumento normativo sobre a matéria.

1.2. Asilo Diplomático

O Asilo Diplomático não é reconhecido universalmente. Esse tipo de asilo é uma forma provisória de asilo político, só praticada regularmente na América Latina. Outros Estados, embora não o reconhecendo como direito, o praticam esporadicamente. Foi, contudo, na América Latina que esse instituto se desenvolveu prática e convencionalmente.

Nos termos da Convenção Interamericana sobre asilo diplomático ele pode ser definido como "o asilo outorgado em legações, navios de guerra e acampamentos ou aeronaves militares, a pessoas perseguidas por motivos políticos" (art. 1º).

Este instituto tem como antecedente histórico o asilo religioso. O asilo diplomático tinha característica de asilo religioso, ou seja, ser concedido ao criminoso comum. Até que o negócio se tornou lucrativo e os embaixadores começaram a alugar casas a malfetores por preços absurdos. Deste modo o "jus quarteriorum" passa a ser abolido. Foi na mesma época que a Igreja Católica também o suprime.

O asilo diplomático surgiu com as Missões Diplomáticas no século XV, propagou-se a sua prática no século XVI. Ele se fundamentava nas imunidades das Missões Diplomáticas, uma vez que estas representavam os monarcas estrangeiros e o embaixador era olhado como a mesma pessoa do príncipe que lhe enviava.

2. Evolução Histórica

O homem convive, desde os mais remotos dos tempos com fato de ter de sair de seu local de origem em razão de ter desagradado os governantes, ou a sociedade na qual vive.

A História das gentes narra incontáveis exemplos de rejeição social e busca de abrigo creditados os mais diversos motivos. A própria Bíblia já menciona casos de pessoas que não puderam quedar onde habitavam por não se sentirem seguras, podendo-se citar o homicídio cometido por Caim, que afirmou: "... hei de esconder-me ; serei fugitivo e errante pela Terra ..."¹

2.1. Antigüidade

A palavra asilo vem do grego *asylon*, formado pela partícula privativa *a*, que significa não e da palavra *asylao* que equívale aos verbos quitar, arrebenatar, sacar, extrair. Não é por acaso que a palavra asilo deriva do grego, pois foi particularmente na Grécia Antiga que o asilo foi objeto de grande valia e extenso uso. Essa proteção era dada nos Templos ou locais sagrados e as pessoas que buscavam eram, via de regra, estrangeiros, valendo-se do princípio da hospitalidade para com os alienígenas e que era critério para moldar a cultura ou a barbárie de um povo.

No Egito havia o asilo religioso. Como exemplo podemos citar a fuga de José, que ouviu de um anjo "... dispõe-te, toma o menino a sua mãe, foge para o Egito, e permanece lá até que eu te avise; porque Herodes há de procurar o menino para matar."²

Em Roma o asilo também foi praticado em Templos e até mesmo na Estátua de Romulus. Porém desse instituto se beneficiava qualquer tipo de criminoso.

2.2. Do Século X ao XV

Com o Cristianismo o asilo passou a ser concedido nas igrejas, cuja violação era um sacrilégio e o autor dessa violação poderia ser excomungado. Foi nesse período em que ocorreram grandes perseguições como a tentativa de extermínio dos judeus, dos hereges e dos leprosos. Isto ocorria em primeiro lugar não em relação ao ódio da população, mas sim devido as decisão dos príncipes e prelados.

No Feudalismo o asilo territorial e religioso também foram reconhecidos. O senhor feudal concedia asilo segundo a sua conveniência, fosse o criminoso político ou comum.

¹ Gênesis - 4,14

² Mateus - 2,13

Nos séculos XIII, XIV e XV, por sua vez, testemunharam a expulsão dos judeus da Inglaterra, França, Portugal e Espanha e sua conseqüente dispersão pelos demais países europeus. A Espanha, em particular, teve como resultado o fluxo de cerca de 300.000 moradores da Península rumo à Itália, Turquia, Países Baixos.¹

2.3. Do século XV ao XVIII

Neste período reconhecia-se o asilo territorial para criminoso comum. Parece que este instituto se desenvolveu graças ao grande número de guerras religiosas. O criminoso político não gozava desse direito, uma vez que o poder dos príncipes tinha origem divina e, em conseqüência, qualquer atentado a este poderia ser punido. Mas não se deixou de conceder refúgio político durante as guerras religiosas e civis. Foi a partir da Revolução Francesa que se começou a admitir como regra o asilo do criminoso político e a extradição do criminoso comum.

Segunda Parte – Direitos e Deveres do Estado e do Indivíduo

3. Instrumentos de Proteção Internacional

3.1 Instrumentos de Proteção no âmbito global

A Carta da ONU e a declaração Universal dos Direitos do Homem afirmam o princípio de que os seres humanos, sem distinção, devem gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. As Nações Unidas têm repetidamente manifestado sua preocupação com os refugiados e que ela tem se esforçado para assegurar a estes o exercício mais amplo possível dos direitos do homem e liberdades fundamentais.

A carta da ONU inclusive dispõe no seu art. 13 : “A Assembléia Geral iniciará estudos e fará recomendações destinadas a :.....

b)..... favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte dos povos , sem distinção de raça, língua ou religião.

A Declaração dos Direitos do Homem também tratam da matéria ao se pronunciarem no seu art. XIV “1- Todo homem vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar de asilo em outros países.

2- Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.”

¹ Andrade, José Fischel de - Direito Internacional dos Refugiados.

Levando em conta que da concessão de asilo pode resultar encargos indevidamente pesados para certos países e que a solução satisfatória dos problemas cujo alcance e natureza internacionais a Organização das Nações Unidas reconheceu, não pode, portanto, ser obtida sem cooperação internacional é que foram realizados Tratados regulando tal matéria.

As convenções mais importantes neste sentido foram, a âmbito universal, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 em Genebra, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1966 e a Declaração sobre Asilo Territorial de 1967. A fora a própria Carta da ONU, a Declaração dos Direitos do Homem e as convenções sobre Direitos Humanos.

3.2. Instrumentos de Proteção no âmbito regional (Continente Americano)

Como na América foi onde realmente o asilo diplomático se originou e se consagrou teremos que tratar prioritariamente do caso americano. Desde o século passado vem sendo regulamentado o direito em questão. Essa regulamentação teve início com o Tratado de Direito Penal Territorial de Montevidéu de 1889. Inúmeras outras convenções foram concluídas no continente: Convenção sobre asilo de 1928; Convenção sobre asilo político de 1933; o Tratado sobre asilo e refúgio político de 1933 e , a mais importante de todas, a Convenção interamericana sobre asilo diplomático e territorial de 1954.

A Convenção de 28 já consagrava a condenação do asilo para delitos de natureza comum. Esta convenção já trata de maneira genérica sobre o asilo diplomático e determina o caráter de urgência do instituto mencionado.

A de 33 vem apenas reformular a convenção anterior em pequenos detalhes. Nesta convenção fica claro o caráter humanitário do instituto, rejeitando, portanto, a reciprocidade. Não existe a mínima possibilidade de um Estado asilar ou deixar de asilar alguém em virtude de dívida ou acordo com outro Estado.

A convenção de 54 trata da forma de asilo mais conhecida e admitida no nosso continente. Este tipo de asilo tem sido muito adotado na América Latina em virtude da grande instabilidade política que norteou o continente até fins da década de 80 e das constantes Revoluções.

Esta última convenção é o marco mais importante na estruturação do instituto. Foi resultado da necessidade de revisão das convenções latino-americanas sobre asilo, devido as implicações do caso Haya de la Torre, que chegou a ser apreciado sem êxito pela corte Internacional de Justiça, uma vez que esta não chegou a compreender o instituto, peculiar do Direito Internacional Americano.

Segundo tal convenção pode-se conceder o asilo na sede da Missões Diplomáticas ordinárias, na residência dos chefes da missão ou em outros locais determinados quando for grande o número de asilados. São também locais asilo os

acampamentos militares, os navios de guerra e as aeronaves militares, estes dois últimos se não estiverem sendo reparados em estaleiros ou oficinas.¹

A qualificação unilateral do delito como político pelo Estado asilante é pressuposto da existência da instituição do asilo diplomático, que não subsistiria se a qualificação coubesse ao Estado territorial.

4. Direitos e Deveres do Estado

O direito de asilo, apesar de ter por finalidade proteger a pessoa humana precipuamente, é ainda considerado um direito do Estado pela maioria dos doutrinadores. Significa isso dizer que o Estado não está obrigado a conceder o asilo, mas apenas o faz se assim quiser.

Seguem essa tendência tanto a Declaração da ONU sobre asilo territorial (art. 1º), como a Convenção Interamericana sobre asilo territorial de 54. "Todo Estado tem o direito de conceder asilo, mas não se acha obrigado a concedê-lo nem a declarar porque o nega." Diz o art. 2º da convenção americana. Este artigo mostra claramente o caráter discricionário dado para a concessão do benefício, o que é completamente contraditório com a própria natureza do instituto e de seu valor humanitário.

Apesar das críticas dos doutrinadores essa é a posição vigorosa entre os Estados, estes não querem abrir mão do seu direito egoísta de reger a vida de indivíduos que primam pela liberdade.

O Estado asilante tem por obrigação comunicar às autoridades do Estado territorial que concedeu asilo a tal indivíduo. Essa comunicação só deixará de ser feita se representar perigo para a segurança dos asilados.

O asilante não pode permitir que os asilados exerçam qualquer atividade política. O asilante deve também impedir que o asilado se comunique com o exterior da embaixada, em caso de asilo diplomático. Visitas só devem ser recebidas se da família do asilado e com a autorização do chefe da Missão.

Não será concedido asilo novamente se o asilado abandonar o local de asilo, pois a sede das Missões diplomáticas não são locais para burlar as autoridades do Estado territorial. Em se tratando de criminoso comum o Estado asilante deve entregá-lo ao Estado territorial. Por fim o asilo nunca deve ser oferecido pelo Estado asilante, o interessado deve atingir os meios necessários para consegui-lo.

Como já dissemos o Estado asilante não é obrigado a conceder o asilo no seu território ao asilado, mas não poderá mandá-lo de volta ao seu país de origem,

¹ Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 8

salvo por vontade expressa do asilado. É o que dispõe o art. 17 da convenção interamericana.

Em contra partida o Estado territorial é obrigado a expedir o salvo-conduto para dar saída ao asilado. Deverá também dar todas as garantias para que o asilado saia de seu país com toda a segurança.

5. Direitos e Deveres do Indivíduo

Há controvérsia em relação a caracterização do asilo relativamente ao indivíduo: se é um direito ou não. Da conjugação dos arts. 13 e 14, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, alguns inferem que o asilo é um direito humanitário. Dizem respectivamente os citados artigos: "Todo homem tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar", "Todo homem, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e gozar de asilo em outros países".

Deve-se lembrar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem é um mero enunciado de princípios sem aspecto obrigatório. A Áustria, por exemplo, recusou o asilo que lhe pedira Markus Wolf, chefe dos serviços de espionagem da extinta Alemanha Oriental (RDA), preferindo prendê-lo e entregá-lo às autoridades da Alemanha Unificada, em 24 de setembro de 1991. Este caso nos mostra o quanto é enorme o direito de recusar o pedido de asilo formulado por alguém.

Essa posição é predominante, mas é criticável. Boa parte da doutrina do mundo tem entendido e afirmado que o Estado possui o Dever de conceder o asilo. Na verdade, por ser o instituto essencialmente humanitário, somente atenderá completamente a sua finalidade quando se transformar em um direito do indivíduo e em um dever do Estado.

No mais os asilados tem os mesmos direitos de um estrangeiro que reside em outro país, inclusive liberdade de expressão e pensamento. Os asilados, no entanto, não devem fazer parte de grupos subversivos ou praticar atividades políticas. Nestes casos o asilado poderá ser interdito, i. e., ficar longe das fronteiras e sem contato com a política, mas este assunto não é pertinente na presente exposição.

É proibida a prática de atos contrários à tranquilidade pública ou que possam interferir na política interna do Estado territorial por parte dos asilados.

6. Fim do Asilo

O asilo pode findar por inúmeras causas: a) a naturalização do asilado no Estado de refúgio; b) quando o refugiado parte do Estado de refúgio; c) a sua

expulsão do Estado de refúgio, o que só pode ocorrer em casos excepcionais; d) quando cessa a causa que motivou o asilo.

Além dessas acima referidas o asilo pode terminar também : a) pela renúncia do asilante; b) a entrega do asilado como criminoso comum, pelo asilante ao Estado territorial; c) a fuga do asilado; d) a saída do Estado; e) a morte do asilado.

O asilo não desaparece com o rompimento das relações diplomáticas, tendo em vista o caráter humanitário do asilo.

7. Posição Brasileira

Os direitos humanos estão consagrados na maior parte das Constituições do mundo. No Brasil tais direitos são expressos no Título II da Constituição da República Federativa de 1988, após expor os "Princípios Fundamentais" que a regem. Um deles é o da "dignidade da pessoa humana". Em suas relações internacionais, o Brasil se rege, dentre outros princípios, pela "concessão do Asilo Político" art. 4º, X.

Da análise do dispositivo constitucional, fica claro que é ao Estado - neste caso o Brasil - que cabe o dever de qualificar o requerente como passível de ser asilado.

Durante muito tempo, o Brasil não aderiu aos pactos universais de direitos humanos. Lentamente, foi-se criando uma corrente de opinião favorável a esta decisão, até que finalmente, em 24/01/92, o país adotou tanto o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, como o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Deve-se ressaltar que o Brasil já fazia parte das duas Convenções realizadas em Caracas sobre asilo diplomático e territorial de 1954. Este gesto está em plena consonância com as idéias presentes na Constituição de 88 e com o momento democrático do país.

Há no Instituto do asilo duas vertentes principais. Uma é a manifestação da soberania do Estado, que por esta via procura oferecer uma significação aos princípios que regem suas instruções jurídico-políticas mais abrangente do que os próprios limites de seu território, vale dizer : se alguém está a sofrer perseguição por se defender a democracia liberal em um regime despótico, o Estado oferece a sua proteção recebendo-o no seu território e permitindo que ele aí viva assemelhando à dos seus nacionais.

A outra encosta do instituto é o caráter de direito individual. De fato, embora esta sua feição esteja um pouco esmaecida na atual Constituição, por não constar no rol do art. 5º, não se pode negar que depois do Texto Constitucional extrai-se o direito do estrangeiro requerer o asilo.

O art. 153, § 19, da Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/69, impede a extradição de estrangeiro acusado de crime político ou de opinião. Essa proteção ao criminoso político não significa a obrigação de conceder asilo, pois nada impede sua não-concessão a certo criminoso político e mesmo a sua expulsão do território nacional.

Uns doutrinadores interpretando esse dispositivo da antiga Constituição consideram que sua finalidade é apenas limitar a autoridade nacional, mas sem dar um direito ao indivíduo. Na verdade, a interpretação não poderia ser genérica uma vez que alguns países reconhecem ao indivíduo o direito ao asilo. No Brasil não se poderia afirmar isso, pois a nossa atual Constituição é genérica e apenas cita o asilo como um dos princípios que regem nossas relações internacionais. Inclusive o constituinte de 88 teve a cautela, não necessária, de excluir o direito de asilo do capítulo referente aos direitos e garantias individuais.

Conclusão

Diante do exposto podemos dizer que o asilo é um instituto muito importante do ponto de vista dos direitos humanos. Esse caráter humanitário do asilo é que justifica sua história e sua duração.

O asilo pode ser considerado um dos principais instrumentos de proteção a vida e a liberdade de pensamento dos indivíduos. Hoje em dia ele não tem sido muito utilizado devido a pretensa "estabilidade" política que estamos vivendo, sobretudo no continente americano. Entretanto, o asilo vem sendo invocado contemporaneamente não para a proteção dos perseguidos políticos, mas para a proteção da liberdade de opinião, de raça e credo. Já existem exemplos de grupos de homossexuais que pediram asilo por estarem sofrendo ameaças nos seus próprios países, apenas por sua opção sexual.

De uma maneira ou de outra a finalidade do instituto é sempre a proteção do indivíduo, respeitando a sua opinião, pois antes de ser cidadão de qualquer Estado o requerente é sempre um ser humano e, portanto, merecedor de todas as garantias possíveis. Por isso que o asilo só estará completo, perfeito e acabado quando ele se tornar um direito do indivíduo e não direito do Estado que o concede ao seu bel-prazer.

Se o caso Haya de la Torre tivesse ocorrido nos tempos atuais provavelmente não teria existido tanta discussão, pois já é pacífico o entendimento de que o asilo tem um grande caráter humanitário que deve ser sempre lembrado e ressaltado a fim de que não existam mais atos arbitrários por parte dos Estados esbarrando com a necessidade inerente, ou melhor, natural do indivíduo de resguardar sua vida e liberdade.

Referências Bibliográficas:

- Andrade, José H. Fischel - Direito Internacional dos Refugiados renovar, São Paulo, 1990
- Bastos, Celso Ribeiro - Comentários à Constituição do Brasil, vol. 1, - Saraiva, 1ª edição - São Paulo, 1988
- Campinos, Jorge - Direito Internacional dos Direitos do Homem -Coimbra editora, Coimbra, 1984
- Enciclopédia Saraiva do Direito Vols. 8 e 64, São Paulo, Saraiva, 1978
- Ferreira Filho, Manoel Gonçalves - Comentários a Constituição Brasileira de 1988, vol. 1, Saraiva, 1ª edição - São Paulo, 1990
- Mello, Celso de Albuquerque - Curso de Direito Internacional Público, Vol. 2, 5ª edição, Freitas Bastos, São Paulo, 1974
- Rezek, J. F. - Direito Internacional Público - 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995
- Santiago, Jaime Ruiz de, Revista Arquivos do Ministério da Justiça Brasília, 1993
- Trindade, Antônio A. Cançado - A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Saraiva, São Paulo, 1991

MERCOSUL E UNIÃO EUROPÉIA: A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR FACE AO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO

Ticiania A. Sales Nogueira¹ (Bacharela em Direito pela UFPE)

Sumário: Introdução; O Mercosul; A Proteção ao consumidor nos Estados partes e no Mercosul; O CPDC – Política de Proteção do Consumidor no Mercosul; Prejuízos do consumidor com a integração sem normas comunitárias para sua proteção; A Proteção dos Direitos do consumidor na União Européia; As Diretivas; Regime Jurídico das Diretivas; Comparação entre as duas políticas; Conclusão; Bibliografia.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo fazer uma análise da proteção ao consumidor nos dois processos de integração: europeu e sul americano. Foram escolhidos a União Européia e o Mercosul porque a primeira é a forma de integração que mais se desenvolveu até então, e é, hoje, um mercado comum; o segundo por ser a forma de integração adotada pelo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, que submete seus cidadãos a um novo conjunto de normas jurídicas.

Dentro desta investigação se pretendeu identificar quais as normas adotadas até então nos dois blocos, quais as políticas de efetivação das mesmas e explicar como a formação de blocos - que gera novas liberdades dentro do territórios nacionais dos Estados Membros, quais sejam: livre circulação de produtos, serviços, mão de obra e capitais - podem beneficiar ou prejudicar o consumidor.

No desenvolver desse estudo, portanto, faz-se uma breve explicação do que é o Mercado Comum do Sul para em seguida fazer uma abordagem da política de proteção e defesa do consumidor desenvolvida nele, comparando as normas que protegem a relação de consumo dentro de cada país componente deste bloco e entre estas normas e aquelas produzidas para vigorar no âmbito do próprio Mercosul. Após isto, a mesma política é analisada no âmbito da UE, já que é um grupo integrado bastante avançado nesta experiência.

¹ Ex-pesquisadora do tema exposto com incentivo da FACEPE e CNPq. Para conclusão da pesquisa o tema também foi estudado na Universidade de Santiago de Compostela, Espanha, através da bolsa Intercampus - UFPE (1997).

Para finalizar, uma breve comparação das políticas adotadas sobre o assunto nos dois blocos se tornou importante, a fim de se apontar quais os acertos e evitar as falhas já cometidas na matéria.

O Mercosul

O Mercosul, instituído pelo Tratado de Assunção em 1991, é um bloco que apesar de ter como objetivo expresso em seu tratado atingir um mercado comum, em que se busca atingir as quatro liberdades de circulação de mercadorias, serviços, mão de obra e capitais, se acha na fase de livre circulação de mercadorias. É por essa liberdade de circulação de bens que se interessa este trabalho. A livre circulação de mercadorias multiplicou as relações de consumo, já que, dando o exemplo mais óbvio, com a queda dos impostos de produtos dos países que formam o bloco, tais produtos chegarão mais facilmente ao nosso mercado. Com o aumento dessas relações transnacionais a possibilidade de conflitos se multiplicou. Diante dessa realidade é importante ressaltar que as relações de consumo são formadas por dois pólos: fornecedor¹ e consumidor e as normas que regem essas relações dão, normalmente, maior proteção ao polo mais frágil, o consumidor, estabelecendo direitos e obrigações às partes dessa relação e como devem ser resolvidas as lides decorrentes dela. Essas normas são de âmbito nacional. Sendo assim, como serão resolvidos os conflitos da relação de consumo dessa nova sociedade e como é garantida a proteção do consumidor neste bloco?

A proteção ao consumidor nos Estados Partes e no Mercosul

Primeiramente é importante ressaltar que poucas são as normas comuns relativas ao ME², advindas de um processo de harmonização das legislações dos quatro países membros.

O que existem são normas de proteção ao consumidor que vigoram apenas nos territórios nacionais. Assim mesmo, a situação dessas normas de proteção ao consumidor provoca grande preocupação. A Argentina dispõe de Lei 24.240 sancionada em 1993, já por força de discussões e debates em torno da falta de normas específicas de proteção ao consumidor que vinham se desenvolvendo

¹ Cujó conceito é bem amplo: "é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional e estrangeira, assim como os entes despersonalizados nos Estados Partes cuja existência esteja contemplada em seu ordenamento jurídico, que desenvolvam de maneira profissional atividades de produção, montagem, criação seguida de execução, construção, transformação, importação, distribuição e comercialização de produtos e/ou serviços em uma relação de consumo." Item II do Anexo da Resolução 123/96 do G.M.C. Conceito bem próximo àquele do CPDC em seu art.3º.

² ME = Mercosul

naquele país e que, com a concretização do Mercosul, se tornou imprescindível. É uma lei que adotou boa parte das regras brasileiras nessa matéria, mas que conta com uma grande omissão: não dispõe de normas sobre responsabilidade pelo fato do produto¹. Uruguai e Paraguai não possuem legislação especial sobre defesa do consumidor, embora a nova Constituição do Paraguai (1992) exija, pela primeira vez, a produção de uma norma específica sobre a matéria. Nesse país o Projeto de Lei nº 66 foi rejeitado pelo Executivo e ainda não existe uma consciência coletiva ou uma preocupação formalizada acerca da necessidade do estabelecimento de mecanismos orgânicos e institucionais que defendam esses direitos.²

Finalmente, o Brasil até 1992, antes da Lei 24.240 da Argentina, respondia por 49% das 18 mil regras em vigor no ME e era o único país a possuir legislação específica de defesa do consumidor. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.079 de 11.09.90) é um código considerado quase completo. Suas normas apreciam muitas as facetas da relação de consumo e é considerado equivalente às normas usadas nos países desenvolvidos. Por esse caráter de efetivo protetor do consumidor brasileiro é que vem sendo considerado muito rigoroso pelos outros países membros do ME e que se acha que pode ameaçar o projeto de integração, como uma barreira não-tarifária impedindo a livre circulação de mercadorias. Ora, a preocupação procede, como se verá mais adiante.

Como já afirmado anteriormente, poucas são as normas comuns a nível de ME. Até o presente momento, existem apenas duas resoluções do Grupo Mercado Comum (G.M.C., outro órgão executivo do ME), a Resolução nº126/94 e a nº123/96, que se referem a defesa do consumidor. A primeira estabelece que “o Mercosul tem como um de seus objetivos a busca de inserção competitiva das economias dos Estados Partes no mercado mundial e que a adoção de normas de defesa do consumidor (grifo nosso) compatíveis com padrões internacionais contribui para esse propósito”. Determina, também, que o Subgrupo de trabalho nº10 elabore o REGULAMENTO COMUM para a defesa do consumidor no ME, mas que enquanto não se aprovar um regulamento comum para a defesa dele, deve-se aplicar a legislação nacional vigente em cada país, de forma não-discriminatória.³

¹ Esta norma estava prevista no texto sancionado pelo Congresso, art.40, mas foi vetado pelo Poder Executivo, sob o argumento que seria norma mais avançada que de outros países. Na verdade, ela equivale a responsabilidade objetiva prevista no CPDC.

² Gustavo Becker M. Ver bibliografia

³ Diz o art.2º desta Resolução: “Até que seja aprovado um regulamento comum para a defesa do consumidor e regulamentos técnicos pertinentes aos produtos e serviços comercializados em seu território, em nenhum caso, essas legislações e regulamentos técnicos poderão resultar na imposição de exigências aos produtos e serviços oriundos dos demais Estados Partes superiores àquelas vigentes para os produtos e serviços nacionais ou oriundos de terceiros países.”

A segunda Resolução, na sua consideranda, reconhece que “se faz necessário progredir nesse processo de harmonização em matéria de Defesa do Consumidor”. Sendo mais recente, já considera os atrasos na matéria, o que no entanto não assegura efetiva ação nesta área. Estabelece também alguns conceitos como o de “consumidor”, “fornecedor”, “relação de consumo” que serão usados pelo Comitê Técnico nº 7, responsável pela conclusão do Regulamento Comum citado acima, e que não serão citados visto que só serão aplicados quando da conclusão deste documento.¹

Não obstante isto, mais uma vez se ressalta que até o presente momento não há normas comunitárias (o dito regulamento comum), apenas algumas pautas para harmonizar a legislação de defesa do consumidor, o que demonstra uma incipiente preocupação com o tema que, até a Resolução nº126/96, nem existia. Isto, no entanto, não garante que realmente se concretize.

O CPDC □ Política de Proteção do Consumidor no Mercosul

O CPDC poderia efetivamente servir de barreira não-tarifária à livre circulação de mercadorias desde que as normas que impõe aos produtos e serviços brasileiros fossem impostas aos produtos e serviços dos outros Estados-Membros que, pela explicação anterior de suas normas nacionais, não se submetem às exigências brasileiras.

Uma das normas mais discutidas no processo de integração foi o art. 39, inciso VIII do CPDC. Esse inciso dispõe que é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial - CONMETRO. Desse modo, ficaria impedida a entrada de produtos ou serviços argentinos, paraguaios ou uruguaios que não se submetessem a essas regras. Ora, esses países têm suas próprias normas internas e para os que enviaram seus produtos e serviços ter que obedecer às normas indicadas por este Código seria impossível devido ao nível de qualidade que elas impõem.. Isto porque o Brasil é o país, dentre os quatro que possui maior competitividade de seus produtos e serviços, e que atendem em grande parte ao padrão de qualidade da ISO 9000.

Tendo em vista esse desnível de qualidade de produtos e das próprias exigências das normas internas que poderia causar barreiras à integração é que a Resolução do G.M.C. nº126/94 dispôs que enquanto não se aprovar o

¹ Conceitos que praticamente repetem os do CPDC.

regulamento comum, deve-se aplicar a legislação nacional vigente, de forma não-discriminatória.

Nessa decisão observa-se que o consumidor brasileiro foi preterido. A Resolução nº126 entrou em vigor e foi permitida a entrada no Brasil de bens que não obedecem ao art. 39, VIII, do CPDC. Teria essa decisão poder de afastar a norma deste Código? Óbvio que não. Uma norma derivada do ME, que nem mesmo tem aplicabilidade direta, não teria hierarquia superior a norma de proteção ao consumidor. Nesse caso, observa-se que a livre circulação de mercadorias prevaleceu sobre a proteção do consumidor, apesar de não ter sido através de uma forma admitida em Direito. Isto nos leva a concluir que a integração obedece a interesses eminentemente econômicos, mesmo contrariando princípio da ordem econômica interna como a defesa do consumidor, art.170, inc.V, da CF.

Prejuízos do consumidor com a integração sem normas comunitárias para sua proteção

Aqui se procura evidenciar os efetivos prejuízos do consumidor num bloco integrado que não lhe oferece normas comuns de proteção. Abaixo seguem alguns pontos que evidenciam esta afirmação : problemas com a falsificação de produtos, dificuldade de responsabilização civil e principalmente penal do fornecedor, maiores dificuldades de pleitear seus direitos em juízo. São todos consequência da inércia das autoridades em produzir normas supranacionais de defesa do consumidor. Ressalta-se que não se tem em vista esgotar tais pontos neste trabalho, já que são inúmeros.

Primeiramente, é muito importante lembrar que a entrada de produtos falsificados produzidos no Paraguai estão chegando numa quantidade bem maior ao Brasil. Estes produtos destroem em pouco tempo a confiança na qualidade de determinada marca desenvolvida através de anos pelas indústrias. Aqui não cabe dizer que a falsificação não é problema específico do ME, porque o que efetivamente importa é o maior acesso do consumidor a produtos que lhe enganam e lhe causam prejuízo.

Outro aspecto a ser lembrado é a responsabilidade objetiva (do fabricante, produtor, construtor, nacional ou estrangeiro ou importador) em relação a danos decorrentes de defeitos¹ dos produtos ou da prestação de serviços, abandonando-se o elemento culpa, (art.12 do CPDC). Os sujeitos acima só não serão responsabilizados se provarem que não colocaram o produto no mercado, que o defeito não existe ou que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro. No ME esta proteção é exclusiva dos consumidores brasileiros. Nem mesmo na nova

¹ Conceito previsto no CPDC, art. 12

Lei 24.240 da Argentina é prevista. Seria importante que não houvesse discriminação entre os consumidores do ME, pois a integração não deve visar a distinção entre os indivíduos de cada país, mas a sua integração e igualdade de forma a provocar o desenvolvimento da SOCIEDADE Mercosul.

Por último, poder-se-ia levantar a dificuldade de responsabilização penal do fabricante que cause prejuízo ao consumidor. O CPDC tem um Título (o Título II) que trata exclusivamente das infrações penais em matéria de relações de consumo. Assim, por exemplo, se um fabricante argentino envia ao mercado brasileiro produtos com informação falsa sobre sua validade (art.66) causando lesões em um consumidor brasileiro. É evidente que através da responsabilidade solidária estabelecida pelo Código, o consumidor lesado deverá acionar o importador. No entanto, para responsabilizar penalmente o produtor do originário do dano, terá grandes dificuldades. A própria execução da condenação da sentença que beneficiasse o consumidor seria dispendiosa para este e talvez nem se conseguisse executá-la. E ainda, causaria uma situação bastante injusta visto que o importador responsabilizado muitas vezes não poderá gozar da via regressiva contra o produtor para se ressarcir do que pagou visto que a legislação dos outros Estados Membros não lhe confere este direito (não há responsabilidade pelo fato do produto, nem mesmo responsabilidade solidária do nosso CPDC).

O ideal seria que a estruturação de solução de controvérsias do ME possibilitasse uma instância que resolvesse litígios civis e também penais garantindo-lhes a execução. Entretanto, a hipótese apresentada seria impossível de ser resolvida a nível de ME. Só se permite, através do procedimento do seu Tribunal *ad hoc*, que o Estado Membro pleiteie em juízo. As pessoas físicas e jurídicas (particulares) a oportunidade é concedida apenas em casos de sanção ou aplicação por qualquer dos Estados Membros, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, que violem o Tratado de Assunção, os acordos celebrados em torno dele, as decisões do C.M.C e as resoluções do G.M.C. São hipóteses limitadas onde responsabilização penal não é incluída. Na verdade a estrutura jurídica do sistema de solução de controvérsias do Mercosul deixa muito a desejar.

A proteção dos direitos do consumidor na União Européia

Passa-se, agora, a fazer uma breve exposição da situação da proteção do consumidor na UE. Não se pretende aqui fazer uma detalhada exposição de todas as normas que protegem o consumidor europeu (membro da UE), mas dar uma visão geral da política adotada até então por este mercado comum e explicar como o consumidor pode defender seus direitos neste mercado unificado.

Importantes inovações foram trazidas pelas normas do Tratado da União Européia, Maastricht, 1992, que veio estabelecer uma firme política de defesa do consumidor. O art. 129A. deste Tratado (Título XI - Proteção dos Consumidores) estabelece que: 1) a Comunidade contribuirá para que se alcance um alto nível de proteção dos consumidores, 2) mediante medidas baseadas no art. 100A., que dispõe que o Conselho, por maioria qualificada e com prévia consulta ao Comitê Econômico e Social, adotará as medidas relativas a aproximação das disposições legais, regulamentares e administrativas dos Estados-membros que tenham por objetivo o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno, 3) mediante ações concretas 4) que também para adotar essas ações concretas o Conselho adotará o procedimento de maioria qualificada e prévia consulta ao Comitê Econômico e Social e 5) as ações concretas adotadas pelo Conselho não impedirão que cada um dos Estados-membros mantenha ou adote medidas de maior proteção.

Assim, a política de proteção ao consumidor no âmbito da UE se efetua pela adoção pelo Conselho de medidas e ações por maioria qualificada e com consulta prévia do Comitê Econômico e Social. Vale ressaltar que a adoção dessas medidas pelo Conselho segue o ritual do art.189B., isto é, a Comissão é que oferece a proposta ao Conselho e ao Parlamento Europeu, e o importante é que a Comissão é assistida pelo Conselho Consultivo de consumidores, órgão criado em 1989 pela Comunidade, que por sua vez é composto de representantes das Organizações Européias de Consumidores, das Organizações das Entidades Nacionais e de personalidades especialmente competentes na matéria de consumo.¹

Além disto, tal política exige a adoção, em toda a Comunidade, de medidas mínimas de proteção ao consumidor que terão, contudo, nível elevado, para que se evite assim a harmonização rasteira, pelo mais baixo nível de proteção encontrado dentre seus membros. Este objetivo vem sendo atingido através das chamadas diretivas, explicadas mais adiante. Também é assegurado aos seus membros a manutenção e criação de medidas de proteção ao consumidor mais rigorosas que as medidas comunitárias, que devem ser compatíveis com o Tratado. Além disso, a Comissão deve ser notificada sobre elas, para eventual controle, pois as medidas que impõem restrições à livre circulação de mercadorias e serviços só se justificam se se destinarem efetivamente a proteger o consumidor.

As Diretivas

¹ Exs: BEUC- Bureau Europeu de Consumidores, EUROCOOP - Comunidade Européia de Cooperativa de Consumidores, EIICA - Instituto Internacional Europeu de Consumo.

As normas previstas no Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia em seu artigo 189, são regulamentos, diretivas, decisões e recomendações. Dentre estas, em matéria de proteção ao consumidor, as Diretivas são, sem dúvida, às que mais se recorreu até então, e a sua adoção submete a proteção ao consumidor ao seu regime jurídico específico. Inúmeras são as diretivas nesse âmbito, que não serão citadas devido a falta de espaço.

Regime Jurídico das Diretivas

Estabelece o art.189 do Tratado Constitutivo das Comunidades Europeias, já modificado pelo Tratado de Maastricht, que a diretiva obrigará o Estado Membro destinatário quanto ao resultado que deva conseguir, deixando, contudo, às autoridades nacionais a eleição da forma e dos meios. Portanto, as características da Diretiva são:

- a) obriga o Estado membro a obtenção de um resultado
- b) não impõe forma ou meios para que se atinja tais resultados, deixando aos Estados-membros a sua escolha, tal como leis, decretos .
- c) não possui efeito direto¹, já que estabelece um lapso de tempo para que os Estados adotem suas recomendações e depende, para sua aplicação, da sua transposição por norma nacional, para que finalmente possa fazer parte do ordenamento jurídico de um Estado Membro atribuindo direitos e obrigações a particulares.

Tendo em vista estas características, se pode determinar de que modo tais diretivas criam direitos e obrigações em relação aos consumidores. Primeiramente, estabelecendo determinado prazo para que o Estado Parte adote seus preceitos. Durante este prazo, até que dito ente adote a medida nacional necessária para sua execução, tais preceitos não poderão ser invocados seja pelo particular em relação ao Estado ou pelo Estado em relação ao particular (o que se denomina relação vertical). Mais precisamente, o particular não poderá alegar direitos a serem exercidos contra o Estado pela mera existência da Diretiva, nem este último exigir que o particular cumpra obrigações estabelecidas pela diretiva se ainda não a transpôs. Também não há falar em direitos e obrigações a serem exercidos entre particulares (relações horizontais) atribuídos pela Diretiva não aplicada. Neste caso, uma situação peculiar irá surgir, se decorrido o prazo para a transposição da

¹ O princípio do efeito direto significa "que las normas de los Tratados pueden producir efectos jurídicos (derechos y obligaciones) inmediatos, por sí mismas, sin precisar de normas nacionales para su aplicación o sin que éstas sean un obstáculo para su aplicación; que los particulares pueden hacer valer ante los poderes públicos nacionales los derechos que se derivan de las normas comunitarias y dichos poderes deben asegurar el respeto a las obligaciones asumidas por los Estados en los Tratados y proteger los derechos individuales."

diretiva, o Estado Membro não agiu como o devido. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias reconheceu, em várias sentenças, ¹ a invocabilidade pelos particulares dos direitos que se deduzam de uma diretiva cujo prazo de execução tenha vencido, desde que seu conteúdo seja suficientemente preciso, claro e incondicional. Logo, nestas circunstâncias, estabelecendo a diretiva direitos e deveres ao particular, este pode argüi-los contra o Estado (invocabilidade vertical), mas o inverso não é permitido, pois este não pode se beneficiar de algo que não cumpriu. Quanto às relações entre particulares, não cabe alegar direitos e obrigações estabelecidos em uma diretiva que não foi transposta pelo Estado. As razões dadas pelo TJCE são as seguintes: que as diretivas só se dirigem aos Estados e que não têm publicidade, pois só estes são notificados. Assim, o TJCE fundamenta seu entendimento na segurança jurídica, pois sem ter o conhecimento do conteúdo da Diretiva, o particular não pode cumprir seus preceitos. Esta impossibilidade de atuação do efeito direto entre particulares é duramente criticada pela doutrina, visto que pode fazer com que o princípio do efeito direto das Diretivas perca sua força. Por outro lado, apesar desse sistema não conferir meios de um particular exercer os direitos que lhes são conferidos através da diretiva contra outro particular, pode exigir do Estado Membro que não fez sua transposição, através dos juízes nacionais, o ressarcimento dos prejuízos que lhes foram causados por conta de não poder invocar os direitos que lhe seriam assegurados pela diretiva. Evidente que para esta responsabilização, o TJCE, no caso *Brasserie du pêcheur c. RFA y Factortame III* ² estabeleceu certos requisitos: 1) a diretiva deve atribuir direitos em relação aos particulares; 2) o conteúdo desse direito deve poder ser identificado, baseando-se nas disposições da diretiva; 3) deve haver uma relação de causalidade entre o “não cumprimento” (não aplicação da diretiva no prazo fixado) por parte do Estado e o dano sofrido. ³

¹ Caso *Van Duyn*, sentença de 4.12.1974, 41/74, caso *N. Vanootveld*, sentença de 3.3.1994, C-316/93.

² Sentença de 5.3.96, C-49/93 e C-48/93.

³ A solução para este último caso seria a seguinte, melhor demonstrada através de um caso prático exposto a seguir: a norma em questão é a Diretiva do Conselho de 20 de dezembro de 1985 referente à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais (85/577/CEE). Esta diretiva pretende proteger o consumidor, tendo em vista que, como dispõe na sua própria “Consideranda”, os contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais do comerciante se caracterizam pelo fato de que a iniciativa das negociações procede, normalmente, do comerciante, e que o consumidor não está, de nenhum modo, preparado para ditas negociações, encontrando-se desprevenido e por isso seria conveniente conceder ao consumidor um direito de rescisão do contrato celebrado durante um período mínimo de sete dias, para que possa refletir sobre as obrigações que resultariam do contrato. Este período mínimo a diretiva impõe como um resultado obrigatório a ser obtido pelo Estado Membro.³

Teríamos, assim, o seguinte caso hipotético, facilmente verificado na prática: um consumidor fez um contrato de compra e venda com uma sociedade chamada “Inglês em Casa”, que oferecia curso de inglês por correspondência, contrato este que se firmou numa estação de

Apesar desta possibilidade, Mangas Martín tem uma posição muito importante e realista da posição do consumidor neste caso de não poder exercer seu direito na via horizontal, mas, apenas indenização do Estado. Diz a autora que, ainda que o TJCE tenha tido uma excelente técnica jurídica no estabelecimento da responsabilidade do Estado no caso dos prejuízos causados pela sua inércia ou má-atuação em fazer cumprir o Direito Comunitário, na prática, não se resolvem com tanta facilidade os problemas do cidadão tanto ante uma infração estatal em normas diretamente aplicáveis como por falta de transposição de uma diretiva. Diz a autora, com muita propriedade, que primeiro o cidadão tem que entrar em juízo reclamando os direitos que lhe conferem a norma comunitária (argüindo, eventualmente uma questão prejudicial).¹ Ainda, constatado o descumprimento do Estado Membro das imposições das normas comunitárias, cabe à Comissão da UE ou aos outros Estados-membros entrar perante o TJCE, se por ventura não conseguirem os resultados desejados por via administrativa, com o recurso de descumprimento, que culminará com uma sentença a ser cumprida por tal Estado, com a possibilidade de aplicação de multa caso não a cumpra. Neste caso a participação do particular é pequena, mas importante: pode fazer uma queixa à Comissão contra o Estado Membro, informando-lhe do descumprimento, e a sentença adquirida no procedimento também assegurará seu direito a indenização. Depois disto, tem que iniciar outro processo para demonstrar a relação de causalidade entre dano e violação. Assim, necessitará ter um grande patrimônio para entrar em juízo e muita sorte para ter um bom julgador.

trem de um dos Estados-membros da UE por 350 dólares. Quatro dias mais tarde, dito consumidor comunicou à empresa a rescisão de tal contrato, em virtude das disposições da diretiva acima citada. Apesar disto, a empresa "Inglês em Casa" enviou-lhe uma carta em que lhe exigia o pagamento do preço acordado e anunciava as medidas judiciais cabíveis contra ele caso o pagamento não fosse satisfeito. Averiguados os fatos, constatou-se que o Estado Membro da UE onde se sucederam os fatos não havia transposto para seu ordenamento interno dita diretiva, tendo já transcorrido o prazo em que devia fazê-lo e que, ainda, não existia disposição nacional que protegesse o consumidor em contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, oferecendo o prazo mínimo de sete dias para a rescisão do contrato. Assim, dadas as explicações acima, o consumidor não poderia, alegando os direitos que lhe conferiam a diretiva, deixar de pagar à empresa fornecedora do curso de inglês pois do contrário cometeria um ilícito. Isto porque, como já dito, não se aplica o efeito direto da diretiva não transposta dentro do prazo devido pelo Estado às relações entre particulares. Por outro lado, estaria o consumidor legitimado a pedir indenização ao Estado Membro responsável pelo descumprimento, pois sofreu prejuízos pela sua inércia.

¹ Art. 177 do TCE, meio pelo qual em uma demanda judicial, as partes dispõem para sugerir (e não obrigar) ao juiz nacional que se dirija ao TJCE, solicitando-lhe que interprete ou determine a validade de uma norma discutida no litígio em questão.

Comparação entre as duas políticas

Observando a política desenvolvida pela UE, pode-se constatar que muitos são os pontos positivos desta, mas que, no geral, faltam ainda alguns passos a serem dados para que se possa dizer que a proteção aos interesses dos consumidores está totalmente concretizada. Apesar desta União já vir ocorrendo há bastante tempo, (pelo menos quarenta anos), a proteção ao consumidor só veio a fazer parte de uma política a partir de 1972 e, só em 1975 é que a Comissão propôs um programa com o fim de aplicação prática dela, estabelecendo, então, os direitos já citados acima. Por outro lado, a proteção ao consumidor nos países desenvolvidos sempre foi maior e mais avançada. Países como Inglaterra, França, Alemanha, possuem fortes Associações de consumidores, pressionando por políticas a seu favor. Neste ponto, a UE por abranger em sua maioria países de 1º mundo deveria ter maior facilidade para harmonizar as normas de proteção ao consumo, mas não é tão simples assim. Mesmo que tenham, os países, normas de nível elevado, são, hoje, em número de quinze, o que torna praticamente impossível a existência de um mesmo padrão, tornando difícil a harmonização de normas como idioma dos produtos, diferentes regras técnicas (ex.: teor alcoólico, que foi objeto de disputa no TJCE, caso *Cassis de Dijon*). Logo, apesar de existir um componente que facilita a adoção de normas comunitárias na UE (o nível elevado de proteção do consumidor já existente), também não se pode olvidar fatores que criam um grau de dificuldade ainda maior relacionado ao que vivemos no ME.

Além de não se poder deixar de afirmar que a UE chegou a um bom nível de desenvolvimento desta política, mesmo que levando alguns anos, é fácil constatar que entre a participação do cidadão na UE e a participação do cidadão no ME existe um grande abismo. Na UE, o cidadão pode eleger seus representantes no Parlamento Europeu, peticionar ante este, o que pode levar a uma produção de uma resolução deste Parlamento (direito estendido a todos que residem na UE, e sobre questões referentes a ela); pode fazer queixas à Comissão, sem necessitar de amparo de seu país membro; pode dirigir-se ao Defensor do Povo Europeu (direito assegurado a qualquer cidadão da União ou qualquer pessoa física ou jurídica que resida ou tenha domicílio social em um Estado Membro), para fazer reclamações relativas a má administração de ações das instituições ou órgãos comunitários, com exclusão do TJCE e do Tribunal de Primeira Instância no exercício de suas funções jurisdicionais. Quanto ao acesso à justiça, está melhor garantido, visto que em qualquer lide pode pedir que seja invocado o direito comunitário que tenha conexão com a questão, pois este deve ser resguardado por todo juiz nacional, que também são órgãos da Comunidade.

No ME a participação do cidadão é mínima. Atualmente poucos sabem da existência deste bloco ou o que ele significa. Aliado a isto, ao menos no que se refere ao consumidor, não possui voz ativa junto às suas instituições e as queixas do cidadão junto a elas deve ser via país de que é nacional. Não temos um Tribunal de Justiça do ME ao qual se possa recorrer para que unifique ou dê interpretação de suas normas comunitárias. Do Tribunal que se prevê nos nossos Tratados constitutivos, não sabemos nem mesmo o procedimento, pois este é fixado no momento da instauração do próprio Tribunal, visto que é *ad hoc*. Sobre isto alguns estudiosos levantam importante questão: a falta de um procedimento anteriormente fixado pode levar ao prejuízo da defesa, violando-se o princípio do contraditório e da ampla defesa, tão exaltados pelo direito moderno.

Conclusão

Poder-se-ia dizer que ainda é muito cedo ou que não temos que imitar o modelo europeu nesse campo da legislação que protege os direitos do consumidor. No entanto, não podemos negar uma realidade que, em breve virá a tona. Com o fortalecimento do bloco e a consolidação da união aduaneira para um mercado comum, ou seja fortalecimento das suas relações econômicas, os prejuízos para os cidadão e mais especificamente para os consumidores, até então a margem do processo, serão bem maiores. Será, então difícil negar-lhes espaço e negar também a existência de um Tribunal permanente que leve a frente a integração. Como ensina Raúl Cervini: "Frente a um mundo cada vez mais internacionalizado não se pode esquecer que as agressões mais lesivas ao consumidor revestem caráter transnacional e seus autores normalmente rompem o circuito de validade e eficácia das normas penais nacionais", surgindo portanto a necessidade de normas que acompanhem a transnacionalidade dessas agressões de forma que o consumidor tenha garantida a sua proteção. Há que se pensar e esboçar estas mudanças, que parecem ainda não preocupar os idealizadores e gestores do ME. E isto tudo, se afirma e defende, tendo em vista a finalidade do bloco prevista no Tratado Constitutivo de se chegar a um mercado comum. Sem a busca deste objetivo, somos da opinião seguida por respeitados estudiosos, de que o ME está fadado ao insucesso, pois repetiria a fórmula já tentadas e frustrada da zona de livre comércio.

Observa-se que, na prática, no ME o apelo à integração econômica tem prevalecido diante da integração social, política e cultural, como se o êxito da primeira fosse automaticamente levar ao desenvolvimento social, muito embora o Tratado de Assunção estabeleça que a integração econômica, política, social e cultural deve ocorrer de forma concomitante. Fica evidente que se a política social, cultural e de proteção do consumidor não for desenvolvida ao mesmo tempo que a

liberação comercial, a livre circulação das mercadorias e serviços, os prejuízos dos consumidores serão enormes. O consumidor é a parte mais fraca da relação de consumo, que pode perder pouco a pouco seus direitos, muitas vezes de forma imperceptível, como na compra de produtos falsificados na diferença não perceptível da qualidade de produtos, etc. Porém, como diz o autor Xavier Lewis, em seu artigo sobre a proteção dos consumidores no direito comunitário europeu, existe uma certa reticência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de estender certa proteção para uma categoria de pessoas na falta de reais evidências de necessidade desta proteção. Talvez a falta dessas reais evidências seja o mesmo problema que enfrenta o consumidor no ME.

Dessa forma, ressalta-se a necessidade de normas comuns de defesa do consumidor, podendo-se até seguir o modelo adotado pela UE, o das diretivas, normas gerais a serem adotadas obrigatoriamente pelos Estados, e se ressalta também a importância de se concluir a harmonização das legislações dos Estados Partes, de forma que os consumidores dos quatro países formem efetivamente uma sociedade mercosul isenta de discriminações. Deve-se, portanto, estimular a formação de entidades que defendam os interesses dos consumidores do Mercosul, como a já existente ACOM, Associação dos Consumidores do Mercosul. Quanto a estas, essencial será sua participação também na produção das normas, que é realizada pelo G.M.C, como ocorre na produção de normas da UE.¹ Também a fiscalização da implementação da política de defesa do consumidor e o auxílio aos mesmos a ingressar em juízo é fundamental para que se construa uma sólida e justa "sociedade mercosul".

Gostar-se-ia de finalizar ressaltando que aqui não se defende a extinção do Mercosul pois, sem dúvida, se for desenvolvido com as normas necessárias para proteção do consumidor nessas novas relações transnacionais, só se terá benefícios com o conseqüente aumento da qualidade dos produtos e com a inserção internacional das indústrias deste bloco integrado. Finalmente o que não se quer é um Mercosul numa situação contraditória e infeliz de desenvolvimento do mercado comum, com estagnação ou até diminuição das prerrogativas da verdadeira cidadania.

Bibliografia

- ALMEIDA, Paulo Roberto de. "Solução de Controvérsias no Mercosul : Comentários ao Protocolo de Brasília" in Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. vol.XLV, n°77/78, jan-jun, 1992.

¹ Modo de participação já citado.

- ALONSO GARCÍA, Ricardo. Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea. Madrid : Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1994, pp.140-517.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. "A Solução de Divergências no Mercosul" in Mercosul : Seus Efeitos Jurídicos, Economicos e Políticos nos Estados-membros. Org. Maristela Basso. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. "Proteção do Consumidor -- Aspectos de Direito Comparado e Internacional" in Revista de Direito Mercantil, nº83, p.18-32.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. "O Impacto do Mercosul sobre o Sistema Legislativo Brasileiro" in Revista da Indústria, v.1, nº1, p.144-151.
- BASSO, Maristela. "Livre Circulação de Mercadorias e Proteção Ambiental." in Mercosul : Seus Efeitos Jurídicos, Economicos e Políticos nos Estados-membros. Org. Maristela Basso. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995.
- BEAUTHIER, Georges-Henri. Les Droits du Citoyen Européen. Luxembourg : Office des Publications Officielles des Communautés Européennes, 1990.
- BERGEL, Salvador D. y PAOLANTONIO, Martin E. "Anotaciones sobre la Nueva Ley de Defensa del Consumidor de la Republica Argentina" in Revista de Direito Mercantil . São Paulo : RT, anoXXXII, nº 92, out/dez, 1993, pp.21-51.
- BIVERA, Julio C.; DRUMI, Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel A. Derecho Comunitário. Buenos Aires : Ed. Ciudad Buenos Aires, 1995.
- BURROS, Raimundo; LAGOS, Gustavo. Manual para el Estudio de los Aspectos Políticos y Sociales de la Integración Económica Latino-Americana. Buenos Aires : Depalma, 1990.
- CASELLA, Paulo B. Mercosul : Exigências e perspectivas. São Paulo : Ltr, 1996.
- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Comentários ao código de Proteção e Defesa do Consumidor. Belo Horizonte : Liv. Del Rey, 1991.
- COMPARATO, Fábio Konder. "A Proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988" in Revista de Direito Mercantil, nº80, p.66-75.
- De LUCA, Newton. "A Proteção ao Consumidor e o Mercosul" in Boletim de Integração Latino-Americana, nº 14, p.239-245.
- Del PICHIA, Regina Rebello. "Lei do Consumidor cria impasse para o Mercosul" in Gazeta Mercantil, 3.12.92, p.31.
- DIEZ~MORENO, Fernando. Manual de Derecho de la Union Europea. Madrid : Civitas, 1ª edición, 1996, pp. 129-186, 537-546.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. Introducción al Derecho Comunitário Latino-Americano. Buenos Aires : Depalma, 1994.
- FARIA, Werter R. "Métodos de Harmonização Aplicáveis no Mercosul e Incorporação das Normas Correspondentes nas Ordens Jurídicas Internas." in Mercosul : Seus Efeitos Jurídicos, Economicos e Políticos nos Estados-membros. Org. Maristela Basso. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995.
- FARRUNDO, Ismael; GARCIA, Jorge Sarminto. Procesos de Integración y Mercosur. Buenos Aires : Depalma, 1994.
- GOMES, Orlando. "A Política Legislativa de Proteção ao Consumidor" in Revista de Direito Civil, nº52, p.115-122.
- HOWELLS, G. "Consumers Safety in Europe: in Search of the Proper Standard" in Legal Visions of the New Europe. London : Graham & Trotman Ltd, 1993, pp.293.

- LEWIS, Xavier. "The Protection of Consumers in European Community Law" in Yearbook of European Law 1992. Oxford : Clarendon Press, 1993, nº12, pp.139.
- LIÑAN NOGUERAS, D.J. y MANGAS MARTÍN, A. Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Madrid : McGraw-Hill/Interamericana de España, 1996.
- LIPOVETZKY, J. Mercosul : Estratégias para a Integração. São Paulo : Ltr, 1994.
- MAFEI, Maristela. "Alimentos são os pioneiros" in Mercosul, (publicação da Folha de São Paulo de 26 de janeiro de 1995). p.26.
- MARTIN DEL CASTILLO, J. M^a. "Los Consumidores, Sus Organizaciones y El Acta Unica Europea. Objetivo 1992" in Gaceta Jurídica de la CEE. 1989, nº68, D-11, pp.251-292.
- MEIRA, Silvio. "Direito Argentino e Direito Brasileiro" in Revista de Informação Legislativa. Brasília, a.32, nº128, out/dez, 1995.
- PALANCA, Rafael. "Comentarios sobre la Adaptacion del Derecho Español a la Normativa de la CEE en Materia de Proteccion de los Consumidores" in GJ de la CEE. 1987, nº38, D-8, pp.508-530.
- RODRIGUES, Júlio José. "Brasil, MERCOSUL, uma Visão Global" in Informativo Consulex. ano IX, nº48, novembro, 1995, p.1398.
- ZAMORA, Rafael. "Invocabilidad Horizontal de las Disposiciones de las Normas Comunitarias" in GJ de la CEE. 1987, nº31, D-6, pp.165-186.

DIREITO DO TRABALHO

Edilton Borges Carneiro (Aluno do 6º Período da Graduação em Direito da UFPE)

(Em homenagem à memória do Professor Gentil de Carvalho Mendonça Filho)

Sumário: I – Origem e Evolução; 1. Antecedentes Históricos; 1.1. Formas de Trabalho; 1.1.1. A Escravidão; 1.1.2. A Servidão; 1.1.3. AS Corporações; 1.2. A Revolução Industrial e o Liberalismo; 1.3. Nasce uma nova era, um Estado social; 1.4. A Participação da Igreja; 1.5. A Primeira Grande Guerra e suas repercussões; 1.6 Direito do Trabalho hoje - A comunidade européia, o Mercosul e a Globalização da Economia; Bibliografia

I. Origem e evolução

1. Antecedentes Históricos

1.1 Formas de trabalho

1.1.1 A escravidão

Teve o homem sempre a necessidade de trabalhar; o trabalho surgiu primeiro como forma de obtenção de alimentos, isto em decorrência de que nos primórdios da existência humana, não existiam outras necessidades devido ao primitivismo da vida.

Com o decorrer do tempo surge a necessidade do homem de se defender dos animais selvagens e ferozes, bem como dos próprios outros seres humanos, que já passam a desenvolver o gosto pelo poder e assenhoreamento de bens e territórios. Inicia-se então a fabricação de armas e outros instrumentos de defesa.

No início estas armas eram fabricadas a partir de ossos de animais em decomposição, porém, apercebendo-se o homem da fragilidade e pouca durabilidade deste material, no período paleolítico, passou a lascar pedras para o fabrico destas armas, podendo ser esta talvez considerada a primeira atividade industrial do homem.

Nas suas lutas com os outros homens, quando terminado o combate, o homem geralmente acabava de matar os seus adversários, ou para servir-lhe de alimento, ou ainda para que não pudessem os mesmos voltar a importuná-lo. Com o passar do tempo, passou o homem, ao invés de matar os derrotados, utilizá-los para usufruir do seu trabalho.

Com o crescente número de combates, os mais fortes que obtinham um maior número de vitórias, passaram a ficar com um excessivo número de serviçais, bem além do que necessitavam para satisfação de suas necessidades pessoais. A partir de então, passa a trocá-los, alugá-los ou mesmo vendê-los, passando estes a desenvolver os trabalhos mais exaustivos, os trabalhos braçais, até porque este gênero de trabalho era considerado desonroso para os homens livres.

Surge então a escravidão, que é uma instituição na qual um senhor, investido da propriedade de outro homem, dispõe soberanamente de seu trabalho.

Na Grécia e na Roma antiga já existiam fábricas de flautas, facas, ferramentas agrícolas e de móveis, onde toda força de trabalho era composta de escravos. Existiam também em Roma classes de escravos diferentes, como por exemplo, pastores, gladiadores, músicos, filósofos e poetas.

A visão escravagista da época considerava a mesma como necessária e justa, sendo admitida e defendida sua existência nos livros, a República e em a Política dos grandes filósofos Platão e Aristóteles, onde o segundo afirmava que para se conseguir cultura era necessário ser rico e ocioso, fatores que não poderiam ocorrer sem a escravidão.

Os senhores feudais contribuíram bastante para o crescimento do número de escravos, em razão do grande número de prisioneiros que faziam em suas conquistas, principalmente entre os povos bárbaros e os chamados infiéis pela Igreja. Estes prisioneiros eram vendidos em mercados, sendo na maioria das vezes enviados para o Oriente Próximo.

Com a passagem à Idade Moderna, tornou-se ainda mais crescente a escravidão, isto em razão dos descobrimentos, como por exemplo a América pelos espanhóis e o Brasil pelos portugueses, que escravizavam os indígenas que povoavam as novas terras descobertas, que como se mostraram pouco dóceis e de pouca disposição para o trabalho, foram substituídos pelos negros trazidos do Continente Africano, de maior força física e mais hábil nos trabalhos braçais.

Com a Revolução Francesa, que aboliu a escravidão naquele país, houve grande pressão para que o mesmo ocorresse nos outros países da Europa, isto devendo-se principalmente em virtude de que, não havendo trabalho escravo os produtos franceses passaram a ser mais caros, em razão do pagamento de salários aos trabalhadores, tornando os custos de produção bastante elevados. Ante esta pressão os demais países da Europa, como a Inglaterra, também aboliram esta forma de espoliação do ser humano.

No Brasil este instituto só teve seu término no final do século passado, e como afirma Edmundo Moniz, "pode-se dizer que o desenvolvimento inicial do Brasil se fez sobre o suor, o sangue e o sacrifício do negro. A riqueza, o conforto, o luxo no período colonial e no império são resultados do trabalho servil. Foi sobre a exploração inumana e desumana do índio e do negro pelos implacáveis

colonizadores que se estruturou o sistema de produção para integrar o Brasil na economia mundial.”

Temos apesar disto, o conhecimento que a única contribuição do negro e do índio ao desenvolvimento do Brasil, resumiu-se a força do trabalho braçal, não trazendo nenhum progresso ao nosso país.¹

Mesmo nos dias atuais encontramos em alguns locais recônditos do nosso país, a utilização de trabalho escravos por parte de alguns proprietários de terras, que mantêm confinados trabalhadores, usurpando-lhes o mais elementar dos direitos, que é aquele de ir e vir, assegurado a todo cidadão.

1.1.2 A Servidão

Posteriormente surge a servidão, que era uma relação em que mesmo o homem não sendo escravo, não dispunha de liberdade, estando inclusive sujeito a proibição de deslocamento. Era uma característica da sociedade feudal, que tinha na posse da terra a posse de todos os direitos.

O que diferenciava os servos dos escravos, era que os mesmos não eram mais tratados como coisas (res), tendo já alguns direitos assegurados, como por exemplo: a herança de animais, objetos pessoais, o direito ao uso de pastos, embora fosse cobrado pelo senhores feudais impostos tão escorchantes sobre a herança, que absorviam quase todos os bens herdados. Cobrava o senhor feudal imposto até para conceder a permissão para que uma jovem, filha do servo, contraísse núpcias.

Um dos direitos que diferenciavam o servo do escravo, era que este poderia recorrer a juizes caso o senhor feudal quisesse se apossar de seu arado ou animais. Aos poucos surge uma nova característica para o trabalhador, que passa a ser pessoa embora ainda com direitos subjetivos limitadíssimos. Começa então sua escalada para a libertação.

Existiam porém vários pontos de contato entre a servidão e a escravatura, como por exemplo, poderia o senhor mobilizar os servos obrigatoriamente para guerra, assim como também cedê-los sob contrato aos donos de pequenas fábricas e oficinas já existentes àquela época.

A servidão começa a desaparecer nos fins da Idade Média, isto devido as grandes perturbações decorrentes das Cruzadas e das grandes epidemias que assolaram este período. Surge também na Inglaterra o costume de cercar os pastos, para exploração direta, reduzindo-se o número de pastores.

1.1.3 As Corporações

¹ Júnior, Caio Prado, “Formação do Brasil Contemporâneo”, 8ª edição, pag.270.

Como outra característica da decadência da servidão, como forma de fugir dos campos, onde o poder dos nobres era quase que absoluto, alguns trabalhadores começaram a se concentrar em cidades que ainda permaneciam livres. Começam então a se aproximar por força da identidade profissional¹, como forma de assegurar direitos e prerrogativas, formando então as chamadas corporações de ofício ou associações de artes.

Passa então o homem a não mais trabalhar apenas para o benefício exclusivo do senhor da terra, passando ao exercício de uma profissão de forma organizada. Dentro dessas corporações distribuía-se o trabalho em três camadas ou níveis, que eram os de aprendizes, companheiros e mestres. Se bem que ainda não goze o trabalhador de total liberdade, isto em razão da existência de um senhor da disciplina não só profissional como também pessoal, que era exercida pela figura do mestre.

Estavam subordinados aos mestres tanto os aprendizes quanto os companheiros, todos mediante rigorosos contratos que abrangiam tanto a locação de serviços, quanto o próprio direito de mudança de domicílio. Recebiam em troca salários e proteção no caso de doenças, porém só poderiam exercer a profissão os que estivessem inscritos na corporação correspondente.

Foi grande o poder das corporações, que estabeleciam suas próprias leis profissionais, recebendo vários privilégios dos reis, que tinham com isto a intenção de enfraquecer o poderio dos senhores feudais, bem como pelo serviço de arrecadação de impostos, que prestavam ao erário. Estes privilégios foram no entanto com o passar do tempo reduzidos, seja para diminuir sua influência, seja para proteger os aprendizes e companheiros, amenizando sua sorte.

Devido aos abusos, foi na Espanha onde as corporações sofreram as mais fortes intervenções em seu poder de estabelecer suas próprias leis profissionais. As Cortes de Valladolid, foram responsáveis pela fixação da jornada de trabalho de sol a sol, dos períodos de descanso para alimentação, bem como a liberdade para que qualquer um pudesse ensinar qualquer ofício a quem quisesse aprendê-lo. Nas Cortes de Toro proibiu-se o penhor de instrumentos de trabalho, além de extinguir-se a prisão do trabalhador, decorrente de dívidas.²

O sistema das corporações não passava de uma forma mais branda de escravização, que procurava garantir privilégios aos mestres, tendo na Lei Chapelier o seu golpe de morte, considerando-as como atentatórias aos direitos do homem e do cidadão.

¹ Botija, Eugênio Perez, Curso de Derecho del Trabajo”, Tecnos, Madri, 1948

² Süssekind, Arnaldo; Maranhão, Délio; Vianna, Segadas; Teixeira, Lima, “Instituições de Direito do Trabalho”, Vol. 1, 16ª edição - 1996 - Editora LTR - São Paulo pág. 31.

Havia como Marat defensores das corporações, pregando inclusive a participação dos trabalhadores na vida pública, com a formação de Federações populares armadas. Dizia ele: "como não se aspirará a produzir obras excelentes para adquirir reputação e fortuna, e sim atrair pela aparência, todas as obras serão más e mal-acabadas. Desacreditado o operário em um bairro mudará para outro e muitas vezes terminará a sua carreira sem que haja percorrido todos os bairros de uma grande cidade e sem ter feito mais do que explorar os compradores e enganar-se a si próprio".¹

1.2 A Revolução Industrial e o Liberalismo

A libertação do trabalhador, com o crescimento generalizado do trabalho assalariado, ocorre com o advento da Revolução Industrial. Porém nova frente de luta surge, não mais contra o senhor da terra, como ocorria na época do feudalismo, nem contra os mestres das corporações, e sim contra o patrão capitalista amparado pelo Estado, que tem o papel de mero fiscal e aplicador da justiça.

Com a Revolução Industrial surgem o tear mecânico, a máquina a vapor, o sistema de pudlagem, que transforma o ferro em aço. Tudo isso fez com que inicialmente ocorresse uma redução nos postos de trabalho, o que gerou rebeliões com destruição de máquinas, porém com o desenvolvimento dos mercados, a adoção das máquinas a vapor nas embarcações, além do desenvolvimento das indústrias, passa a existir um crescimento dos postos de trabalho, mas os salários ficam mais baixos em razão do advento da produção em série.

Porém, mesmo após estas incursões, seria necessário um estudo muito mais aprofundado para que se pudesse estabelecer a origem do Direito do Trabalho.

Haveria este surgido nas construções das pirâmides do Egito? Nas palavras de Aristóteles, ou ainda na doutrina de Cristo que pregava a dignidade do trabalho humilde? Haveria surgido no Direito Romano, ou ainda na ordenança de Enrique II. de Burgos? Que já àquela época estabelecia garantias ao pagamento de salários, bem como a variação do mesmo em relação ao custo dos alimentos.

No entanto o que faria surgir o Direito do Trabalho, na forma e na concepção como conhecemos hoje, só ocorreu ao final do século XVIII com a Revolução Industrial, que foi também uma revolução política e econômica.

A partir daí o homem torna-se livre, embora crie-se também uma concentração de massas operárias sob o jugo do capital.

¹ Süsselkind, Arnaldo; Maranhão, Délio; Vianna, Segadas; Teixeira, Lima, "Instituições de Direito do Trabalho", Vol. 1, 16ª edição - 1996 - Editora LTR - São Paulo pág. 32.

Ripert afirma: “a experiência demonstra que a liberdade não basta para assegurar igualdade, pois os mais fortes depressa tornam-se opressores”.¹

Sob os princípios liberais de igualdade e liberdade, conceitos abstratos, institui-se uma nova forma de servidão e escravidão, com os contratos que faziam crescer a força dos privilegiados pela fortuna, oprimindo os mais fracos.

O Estado então apenas afirmava a liberdade do operário, que na realidade não passava de um simples meio de produção. Não existia nenhuma preocupação com a pessoa humana do trabalhador, inexistia a preocupação quanto a duração da jornada de trabalho, que era levada ao máximo, até a exaustão do indivíduo.

Os salários baixavam ao sabor da concorrência, sem nenhuma preocupação com o que pudesse ou não este salário produzir para um mínimo de dignidade, de sobrevivência.

Com o desenrolar desta situação, nascem duas classes de interesses antagonicos: a proletária e a capitalista.

A classe proletária apesar de mais numerosa não dispunha de nenhum poder, isto porque a igualdade assegurada pelo Estado encontrava-se apenas no plano teórico. Os capitalistas com a força do dinheiro, submetiam através da fome impondo orientações a serem seguidas pelos proletários.

Com o liberalismo, construído sobre o subjetivismo dos direitos individuais, foi gerada grandes desigualdades, com grande abuso dos fortes sobre os fracos, dos ricos contra os pobres.

Essas duas classes viviam completamente separadas, enquanto os capitalistas eram ricos, vivendo na opulência e comodidade de seus palácios, com abundante fartura, ou seja, com bastante saúde, repouso, tranquilidade, paz, triunfo, segurança, etc. Do outro lado, vive o proletariado, sujeito a fadiga, quase que totalmente esgotada pelo trabalho, subalimentada, vivendo em casas simples e escuras, sem conforto, sem mínimas condições de higiene, além de baixíssimos salários, desconhecendo a estabilidade no emprego, com um futuro inseguro a perseguir-lhe e com a certeza de uma velhice completamente desamparada.

Durante todo este período o Estado mantém seu comportamento como mero espectador, pois tem como lema principal de sua atuação, apenas a garantia à ordem social e política, deixando aos particulares ampla liberdade de ação na atividade econômica. Isto faz florescer a chamada ditadura do capitalismo, que sob o ilusório manto da liberdade e igualdade, tornam os capitalistas senhores supremos da sociedade trabalhadora.

1.3 Nasce uma nova era, um Estado Social

¹ Ripert, Georges, “O regime democrático e o Direito Civil Moderno”, 1937.

O sistema liberal, que pregava a liberdade com igualdade, começa a ruir. Criado para combater e enfraquecer a nobreza, faz surgir uma classe conhecida como a burguesia, que embora não tenha sangue nobre, nem descendência, possui o capital. Passa então a ser o liberalismo, se não um gerador de desigualdades, um manto para encobrir os abusos dos fortes contra os fracos. O Estado sai da condição de fiscal e espectador, para tornar-se um instrumento de opressão para os menos favorecidos.

Palácios foi quem melhor definiu o quadro que se formou neste momento, dizendo: "A liberdade sem freios será a causa da brutalidade e da usurpação se há desigualdades nas forças individuais"¹.

Começam então a perceber, mesmo os adeptos do liberalismo, que não é mais possível para o Estado, tornar inseparável os bens individuais dos coletivos. O Estado já não pode mais servir somente as finalidades dos indivíduos como tal, sob pena de em assim agindo, gerar um grande conflito com os chamados interesses sociais, pois estes não são a simples consequência da junção dos interesses individuais superpostos.

Sob o pretexto da manutenção da autonomia da vontade, princípio fundamental da teoria contratual, grande alicerce do liberalismo, e que permanece até os nossos dias, o legislador não mais podia abster-se de tomar medidas com a finalidade de fazer existir uma igualdade jurídica, que se encontrava em vias de desaparecimento, suprimida pela desigualdade econômica.

Em verdade no campo do Direito do Trabalho, embora existisse a igualdade na soberania dos direitos entre empregados e empregadores, isto era uma ficção devido a evidente inferioridade econômica dos empregados, o que fazia com que os trabalhadores fossem politicamente soberanos perante o Estado, e economicamente escravos perante seus empregadores, segundo as palavras do grande Joaquim Pimenta.

Nesta fase o Direito tinha a função de garantidor do patrimônio do homem, esquecendo-se da existência de direitos morais, como a própria dignidade, que também deveriam ser necessariamente preservados e protegidos.

A existência deste conflito entre o interesse individual e o interesse coletivo começa a colocar em perigo a estabilidade da sociedade. É quando o Estado apercebendo-se da gravidade da situação, isto em razão até da continuidade de sua existência, começa a valorar este interesse individual em plano secundário, dando maior realce ao interesse social.

Começa então a surgir uma nova era, a era social, surgem concomitantemente algumas teorias sobre o coletivismo, tendo como uma de suas sistematizações a obra de Karl Marx, "O Capital".

¹ Palácios, Alfredo, "El Nuevo Derecho", 2ª edição

O Estado passa então a ter uma menor preocupação com o homem econômico, passando a ter sua preocupação voltada tanto para o homem histórico como para o homem social. Começa a perceber que o homem além da necessidade de desenvolvimento de sua personalidade individual, é um ser gregário, que só consegue viver em sociedade, tendo desta forma uma necessidade de desenvolver suas aptidões e capacidades da personalidade coletiva.

Assim sendo, o Estado deve assegurar que os mais fortes economicamente não se oponham ao desenvolvimento das faculdades e aptidões dos mais fracos, devendo possuir o Estado, a força suprema para mediar, dando equilíbrio para que os interesses coletivos estejam sempre acima dos individuais. É o Estado um instrumento de justiça, ou melhor, da justiça da sociedade, devendo ser o representante dos interesses coletivos, mantendo o equilíbrio das fontes de produção, para com isto conseguir uma melhor distribuição de riquezas, com o conseqüente bem-estar social.

Para o atingimento desta condição, o Estado passa a limitar, destruir a diferença entre as classes, de forma a sobressair o interesse coletivo, relativizando o interesse individual, de maneira que este só possa ser exercido quando não venha a contrariar o interesse da sociedade. Como disse Ripert : “na busca do nivelamento social pela limitação ou destruição dos direitos individuais, é sempre o interesse público que serve de pretexto à obra da reforma”.¹

Tem o Estado a função, ou melhor exprimindo, a missão de ser um órgão de equilíbrio, que orienta a ação individual, de forma a beneficiar o interesse coletivo, que passa a ser o próprio interesse estatal.

Ainda segundo Ripert, cabe ao Estado intervir para a proteção do mais fraco. O dever de cada indivíduo em particular, que deixa de ser cumprido por este em relação aos outros indivíduos, e que a lei não pode obrigá-lo a cumprir, passa a ser um dever do Estado e um direito para quem dele se beneficiar.

Este dever de intervenção do Estado, faz-se necessário pois como já dizia Lacordaire: “Entre o forte e o fraco, é a lei que liberta e a liberdade que escraviza”.

O início de um Direito do Trabalho dá-se com o surgimento de medidas que visam principalmente a solução de problemas como a saúde e a higiene.

Surge na França a supressão das prisões de trabalhadores por dívidas, a impenhorabilidade dos salários, o direito a indenização às vítimas de acidentes de trabalho, proteção quanto a exploração pelo mercado de trabalho, a limitação dos direitos de propriedade e a cobrança de altos impostos sobre a herança.

Na Inglaterra é implantada a redução da idade para o ingresso de menores para trabalhar nas fábricas, cria-se a inspeção das oficinas, são aprovadas várias

¹ Ripert, Georges, “O regime democrático e o Direito Civil moderno”, 1937

medidas de segurança do trabalho, redução da jornada de trabalho das crianças para a metade da dos adultos.

A Alemanha criou as ordenações industriais, que nada mais eram de que pequenos códigos, além de criar uma rede de seguro social.

Neste momento passa o Estado a ter uma atitude intervencionista, substituindo a liberdade comum do indivíduo por uma liberdade jurídica.

Impõe uma supremacia do interesse geral sobre o interesse individual, sem no entanto anular este, pois o mesmo deve ser o fim e não o meio, no entanto a organização jurídica deve priorizar os interesses coletivos.

Dentro desta concepção o Estado passa a tentar harmonizar os interesses individuais, seja regulamentando-os, ou até por vezes fomentado e vigiando a iniciativa privada, chegando em alguns momentos a substituí-la como forma de beneficiar o interesse coletivo.

1.4 A participação da Igreja

Na criação de um Direito do Trabalho, houve a participação e uma grande influência da Igreja. O Papa Leão XIII com a "Rerum Novarum", denunciava a situação quanto ao desrespeito do empregador pelo empregado, alertando para a necessidade de uma modificação de postura, tendo esta encíclica sido um posição bastante importante da Igreja perante o assunto, onde a mesma prega a necessidade de união entre as classes patronais e de empregados, ou melhor, a junção entre capital e trabalho, pois um não tem existência autônoma sem o outro, são interdependentes. As palavras de Leão XIII tiveram grande repercussão no mundo cristão, fazendo com que passasse a existir um maior interesses por parte dos governantes pelas classes trabalhadoras, com uma intervenção cada vez mais marcante do Estado sobre os direitos individuais em benefício dos interesses coletivos. Isto fez com que, enquanto o Estado aumentava seus poderes e aumentava os limites de sua atuação, que anteriormente eram restritas pela política liberalista onde predominava o Estado mínimo, ao mesmo tempo agora passa o Estado a restringir cada vez mais as esferas das liberdades individuais.

A partir de então, o Estado deixa de ser "aquela sentinela mal encarada e agressiva dos direitos individuais, tornado por ela odiosos ao maior número; nem aquele cão de fila da propriedade, transformada em provocações a quantos nada possuem, embora trabalhem, se esfalfem e produzam, para gozo e ódio dos outros..."¹

Diante destas mudanças começam os trabalhadores a tomar posições, passando a pleitear benefícios que sempre lhes foram devidos, fortalecendo suas ações desenvolvendo o espírito sindical. Surgem as greves, criam-se as

¹ Passos, Gabriel de Rezende, "Discursos", *Revista Forense*, vol. 85.

organizações proletárias, aumentam os choques entres a classe trabalhadora e a classe patronal e consequentemente contra as forças policiais que então são movimentadas pelo capitalismo. Começam a surgir a participação de trabalhadores no campo político, com o aparecimento de líderes operários que tornam-se portavozes dos anseios da classe trabalhadora.

Estes movimentos levaram o Estado a reconhecer que lhe cabia velar pelos trabalhadores, pois os mesmos tinham direito à vida; ao recebimento de salário que lhes desse condição não apenas de sobrevivência com relação a não morrer rapidamente de fome; não ter sua saúde dizimada pelo trabalho excessivo o que tornaria o povo fisicamente fraco; que o trabalhador merecia ser tanto ele quanto sua família amparados em sua velhice; assim como no caso de morte ou acidentes de trabalho, pois com esta certeza poderia empregar melhor sua capacidade produtiva.

Passa a surgir em alguns países as primeiras normas de um direito novo, em formação, que derogaria vários princípios anteriormente estruturados na história da humanidade.

1.5 A primeira grande guerra e suas repercussões

Com a primeira grande guerra mundial (1914-1918), é maciça a presença de trabalhadores nas trincheiras, lutando lado a lado com componentes de outras camadas sociais, isto fazendo com que compreendam que nesta situação todos os homens são iguais, logo também o deveriam ser com relação a condição de viver.

Pressionam então os governantes, que tomados pela necessidade de manutenção destes trabalhadores nas retaguardas, começam a fazer concessões, em virtude do reconhecimento da importância do trabalho operário para a luta, não só por sua presença nas trincheiras, como também fazia com que os exércitos dependessem das Indústrias para o fornecimento do materiais bélicos, fardas e equipamentos, a ponto de Lloyd George confessar aos trabalhadores da época que: "O governo pode perder a guerra sem o vosso auxílio, mas sem ele não a pode ganhar".

Com o término da guerra, apesar da classe capitalista tentar retirar todas as leis protetoras dos trabalhadores conseguidas durante a guerra, os trabalhadores passaram a arrancá-las dos governantes mostrando que os trabalhadores que haviam tombado nos campos de batalha, não teriam apenas feito isto para defender as riquezas dos detentores de capital, tinham também preparado um novo campo para o surgimento de uma nova era social, em que os operários pudessem e gozassem todos os direitos como cidadãos, e o trabalho fosse colocado no mesmo patamar do capital, pois como já pregava Leão XIII, eram interdependentes não possuindo existência autônoma.

A primeira grande guerra foi também responsável pelo surgimento dos grandes congressos internacionais, que apontavam o rumo a ser seguindo pelo trabalhadores. Tanto que em 1914 a American Federation of Labor, emitia em sua convenção um voto por uma paz estável que restabelecesse aos trabalhadores as relações amistosas para sua proteção. Em 1916 a conferência sindical dos aliados em Leeds, tomava defesa por um mínimo de garantias ao trabalho, como regras de segurança, duração, higiene, além do direito a livre organização sindical e o seguro social.

Foram estes os pontos de partida para a tentativa de universalização do Direito do Trabalho, que teve porém seu maior impulso no ano de 1919 com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), órgão da Organização das Nações Unidas (ONU), embora seja totalmente independente desta, não sendo necessária a participação nesta para integrar aquela. Isto fez com que os trabalhadores organizados em sindicatos e associações, passassem a exigir mudanças nas legislações de todos os Estados com relação ao trabalho.

1.6 Direito do Trabalho hoje.

A comunidade européia, o Mercosul e a Globalização da Economia

Pode-se encontrar algumas normas sobre o Direito do Trabalho anteriores ao século XIX, porém só a partir deste, tem-se o surgimento de um direito organizado.

No início estas normas destinavam-se ao trabalhador subordinado, e embora hoje ainda trate-o de forma preferencial, cuida também dos trabalhadores avulsos, autônomos, etc., não se preocupando apenas com o trabalhador dependente.

Jeremy Rifkin assusta-se quando hoje se fala do fim do emprego, isto em razão, do avanço notável da informática.

Há uma tendência hoje, no sentido de que o Estado não se faça mais presente e fortaleça os sindicatos, com a criação dos contratos coletivos, que substituiriam as regras emanadas pelo Estado, sem com isso deixar desprotegido o trabalhador.

O Direito do Trabalho não é estático, se encontra em franco processo de evolução, isto porque como já vimos anteriormente, apesar de o trabalho ter sua origem quase que se confundindo com a origem do homem, o Direito do Trabalho assim como hoje o conhecemos e estudamos é um direito novo, estando sujeito a mutações na tentativa de acompanhar o desenvolvimento e as necessidades do homem.

Passamos como visto no decorrer deste breve histórico, por várias condições e situações como por exemplo a escravidão, a servidão, a Revolução Industrial, as grandes guerras mundiais, e não paramos por aí.

Ocorreram ainda na Europa outros grandes movimentos que tiveram por base a luta de trabalhadores em busca de uma melhor condição social. Entre estes movimentos podemos destacar as greves ocorridas na Polônia, as quais tiveram uma grande repercussão no Direito do Trabalho. A greve nos portos da cidade de Guidanski, com a luta em busca de direitos políticos e de melhores condições de trabalho por parte dos poloneses liderados pelo sindicalista Waleska, que mais tarde veio a tornar-se Presidente da Polônia.

A luta dos trabalhadores poloneses teve uma conotação fortemente econômica, porém nesta luta também se vislumbravam alguns temas de caráter trabalhista. Temas como a liberdade de circulação de pessoas, o princípio da não discriminação em relação ao sexo, formação profissional dos trabalhadores.

Isto já é um reflexo da existência da União Européia, que foi criada em 1957 pelo Tratado de Roma, sendo esta entidade responsável pela elaboração de um novo Direito Europeu, e conseqüentemente do Direito do Trabalho, que na Europa sempre foi um direito reflexo, isto porque as grandes instituições foram criadas para intervir na regulação do mercado sendo por este motivo eminentemente mercantil.

Só bem mais tarde aparece o Direito do Trabalho no processo de elaboração da Comunidade Européia. O Direito do Trabalho hoje, tanto na Europa quanto no Mercosul no caso brasileiro, tem seu processo fortemente influenciado pela crise econômica e a famosa globalização da economia.

Estes momentos têm feito com que o Direito do Trabalho tenha dado vários passos atrás, principalmente no que diz respeito à proteção social. No caso da Europa isto fica bem patente em função da crise econômica, que já não é mais uma crise conjuntural, é sim uma crise de produção que se rivaliza com a mundialização da economia, isto porque a Europa já não tem mais uma situação privilegiada em relação ao resto do mundo.

Tanto a Comunidade Européia quanto todas as similares, como por exemplo o Mercosul, foram criadas antes de qualquer coisa para serem comunidades econômicas, que buscam hoje como é o caso específico da Comunidade Européia, recuperar a hegemonia inicialmente perdida para os Estados Unidos, e hoje, para os Tigres Asiáticos.

Na Europa a busca desta hegemonia chega hoje pelos caminhos do neo-liberalismo, que prega a desregulamentação, a flexibilização, a diminuição da proteção social, diminuição dos gastos com a produção e a individualização do mercado de trabalho.

Somente em 1984, ou seja vinte e quatro anos depois de sua criação, é que começaram a surgir os primeiros temas sociais a serem debatidos na comunidade.

Em dezembro de 1988 foi na Comunidade Européia aprovada a carta social dos direitos fundamentais dos trabalhadores, embora do ponto de vista técnico fosse uma declaração solene de interesses que se vinculam a países.

Só em 1992 com o Tratado de Maastricht os objetivos da Comunidade Européia deixam de ser apenas econômicos e mercantis, visando também conseguir um alto nível de empregos, elevação do nível de qualidade de vida dos trabalhadores, proteção social, sendo a primeira vez que princípios sociais e trabalhistas aparecem em nível constitucional na Europa.

Tanto que o protocolo 14, que é um anexo do Tratado de Maastricht, traz um elenco de matérias trabalhistas, entre as quais estão, as condições de trabalho, ordenação do tempo de serviços, salários, trazendo também outro importante instrumento normativo, que foram os Convênios Coletivos Europeus.

Diz o protocolo 14 que se os trabalhadores e empregadores (interlocutores sociais) querem empreender uma ação, terão que se reportar à Comissão da Comunidade, que pode tanto atuar normativamente, como **decidir** que os interlocutores sociais o façam através de Convênios Coletivos. Sendo esta uma grande inovação do Direito do Trabalho Europeu.

Outra conquista dos trabalhadores europeus, é a obrigatoriedade de toda empresa transnacional com mais de cinco mil trabalhadores em criar um comitê de empresa, que é um importante instrumento à representação e **defesa dos** interesses dos trabalhadores.

Como síntese das conquistas do Direito do Trabalho Europeu, podemos citar: a liberdade de circulação, a liberdade do estabelecimento e prestação de serviços, formação profissional através de diretrizes, proteção aos trabalhadores jovens, segurança e higiene do trabalho, entre outros.

Surgem novos temas, que ainda se encontram carentes de regulamentação pelo Estado, como é o caso da regulamentação da jornada semanal de trabalho, as garantias mínimas dos trabalhadores no caso de fusão de empresas ou da troca de titularidade, bem como no caso de dispensas coletivas.

Estas novas características tem provocado uma mudança na estruturas dos sindicatos não só na Europa, como em todo mundo. No Brasil, também os sindicatos começam a se modificar, ampliando suas áreas de atuação à nível geográfico, com as confederações e centrais tentando utilizar-se de instrumentos como o contrato coletivo de trabalho, com a finalidade de reduzir as diferenças tanto no âmbito financeiro, quanto no social, entre as diversas regiões do Brasil bem como dar maior poder de negociação aos trabalhadores daquelas regiões menos desenvolvidas, acabando desta forma com a competição entre as regiões no tocante a guerra das isenções tributárias que são geradoras de concorrência desleal, onde só ganham os empresários, pois não se consegue com estas isenções a

distribuição de renda necessária para o desenvolvimento da região, que muito pelo contrário, passa a ter maiores bolsões de pobreza e miséria.

A grande onda do neo-liberalismo no mundo, tem se afigurado como grande criador de conflitos, isto em razão da diminuição das garantias sociais do trabalhador, como forma de redução de gastos, com vista a uma maior competitividade no mercado mundial.

É esta a base do Direito Trabalhista Neoliberal, que se funda na desregulamentação, na flexibilização e na individualização das condições de trabalho, o que tem provocado inúmeras greves, como as da Alemanha e da França mais recentemente.

São inúmeras e grandes as mudanças ocorridas no Direito do Trabalho na atualidade, isto na busca de uma adequação do mesmo a realidade emergente das massas. O Direito do Trabalho, fundado em um ideal protecionista, está desaparecendo para dar lugar a um direito muito mais de política de emprego, do que de um direito de proteção social.

Com este breve histórico, podemos notar que o ponto de partida para uma tentativa de universalização do Direito do Trabalho ocorreu com a criação da OIT, sendo por esta impulsionado. Porém isto é apenas o início da caminhada que se desenvolve e constroi-se a cada dia, pois o Direito do Trabalho não é um direito estático, tem que se modificar e evoluir segundo as necessidades projetadas pelos acontecimentos sociais.

Bibliografia

- Botija, Eugênio Perez. Curso de Derecho del Trabajo. Tecnos, Madri, 1948.
- Cardoso, Eliana A. Economia Brasileira ao alcance de todos. 12ª edição, Editora Brasiliense, 1991.
- Ferreira, Brasília Carlos. Dominação e resistência operária. Revista Quadrimestral de Serviço Social. Ano IX nº 26, Abril 1988.
- Magano, Otávio Bueno. Direito do trabalho em face da nova Constituição. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. 83, pag. 14-22, Jan/Dez 1988
- Malheiros, Pedro. Trabalho social e saúde. Revista Quadrimestral de Serviço Social". Ano II nº 4, dezembro 1980.
- Nascimento, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 9ª edição, Editora Saraiva, 1991.
- Russomano, Mozart Victor. Curso de Direito do Trabalho. Editor José Konfino, Rio de Janeiro 1974.
- Simões, Carlos. A Constituição e as classes sociais. Revista Quadrimestral de Serviço Social. Ano VIII nº 23, abril 1987.
- Süsskind, Arnaldo; Maranhão, Délio; Vianna, Segadas ; Teixeira, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. 16ª edição , Editora LTR, São Paulo 1996.
- Vianna, Francisco José de Oliveira. Direito do trabalho e democracia social. Editora José Olímpio , Rio de Janeiro, 1951

A OIT E A CONTRIBUIÇÃO SINDICAL COMPULSÓRIA NO BRASIL: AFRONTA À LIBERDADE SINDICAL¹

Fabiana de Souza Queiroz (Aluna do 6º período da Graduação em Direito da UFPE).

Sumário: I - Introdução; II - A OIT e Liberdade Sindical; III - A Liberdade Sindical na Constituição Federal de 1988; IV - Contribuição Sindical Compulsória e a Liberdade Sindical; V - Bibliografia

I - Introdução

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), na definição de Arnaldo Süssekind, "*é uma pessoa jurídica de direito público internacional, de caráter permanente, constituída de Estados, que assumem, soberanamente, a obrigação de observar as normas constitucionais da entidade e das Convenções que ratificam, integrando o sistema das Nações Unidas, como uma das suas agências especializadas*".² Cabe à OIT, de uma maneira geral, lutar pela Justiça Social, através da regulamentação e humanização de certas condições de trabalho, sem as quais tem-se a ameaça da paz e harmonia universais. Busca-se, pois, a melhoria da condição humana no seu conjunto, através da proteção dos trabalhadores em suas relações trabalhistas.

A OIT, como organismo internacional, age através de determinados atos normativos, que são produzidos, especificamente, pela Conferência Internacional do Trabalho, que é a assembléia geral de todos os Estados-Membros da Organização, e como órgão supremo da OIT elabora e aprova as normas que constituem a regulamentação internacional do trabalho e das questões que lhe são conexas. Essa atividade normativa dá-se através das *Convenções e Recomendações*, que consubstanciadas, dão origem a um "Código Internacional do Trabalho".

Estes dois tipos de instrumentos diferem um do outro pela aprovação e pelos reflexos que produzem. As *Convenções* têm reflexos maiores, pois criam obrigações internacionais para os Estados que as ratificam, sendo tratados multilaterais; enquanto as *Recomendações* não criam obrigações, apenas orientam a ação dos governos. A adoção de qualquer uma dependerá do *quorum* de

¹ Tese defendida e classificada em 2º lugar, no Congresso Brasileiro de Direito Privado, realizado entre os dias 01 e 04 de outubro de 1997, no Centro de Convenções de Pernambuco.

² SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 2ª ed. rev. ampl. e atualiz. São Paulo: LTR, 1987, p. 118.

aprovação obtido na assembléia de votação.¹ Segundo Jean Morellet “as Convenções e Recomendações adotadas pela OIT constituem uma obra prelegislativa monumental” pois, mesmo não sendo obrigatórias, no caso das recomendações, possuem uma forte eficácia, ou não sendo ratificadas, no caso das convenções, possuem um valor virtual.²

Entretanto, deve-se atestar que as Convenções da OIT não são leis supranacionais, a terem eficácia sem a autorização dos Estados-membros em seus territórios, prevalecendo no Direito Internacional o princípio da soberania.

II - A OIT e a liberdade sindical

Feitas tais generalizações, apenas de caráter informativo, cabe especificar as explanações sobre o objeto da presente tese.

Dentre as Convenções da OIT existem aquelas classificadas como prioritárias, que têm um destaque maior no desenvolvimento e sedimentação da Justiça Social no campo das relações trabalhistas. Dentre estas, têm-se as Convenções que tratam dos Direitos Humanos Fundamentais, em que se enquadram questões como a *Liberdade Sindical*, o Trabalho Forçado e a Discriminação.

Antes de quaisquer considerações acerca da Liberdade Sindical, convém conceituar, ou pelo menos em sua forma geral, sindicato. A definição do que seria o sindicato não é uníssona, razão pela qual escolhemos uma definição ao menos elucidativa de sindicato: “*sindicato é uma forma de organização de pessoas físicas ou jurídicas que figuram como sujeitos nas relações coletivas de trabalho*”.³

Corroborando com tal assertiva, a Liberdade Sindical poderá ser compreendida de diversas maneiras. Primeiramente pode ser visualizada como a liberdade de organizar sindicatos para a defesa dos interesses individuais e da categoria, segundo um princípio de autonomia coletiva que deve presidir os sistemas jurídicos pluralistas. Numa segunda acepção, Liberdade Sindical pode traduzir a *liberdade conferida a cada pessoa de ingressar num sindicato ou dele sair*, sem discriminações injustificáveis, expressando-se, portanto, como o direito de sindicalização daqueles que preenchem determinados requisitos adequados. É um direito subjetivo individual. E por fim, esta expressão pode mostrar a posição do Estado perante o sindicalismo, respeitando-o como uma manifestação dos grupos

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Sindical*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 80.

² MORELLET apud NASCIMENTO, op. cit. nota 3, p. 174.

³ Id. op. cit. nota 3, p. 153.

sociais, sem interferências significativas nas suas atividades, desde que acordadas com o interesse comum. É o livre exercício dos direitos sindicais.¹

A acepção, aqui levada em consideração, é a segunda, aquela que traz a liberdade sindical como a livre escolha do trabalhador ou empregador, em filiar-se ou não aos sindicatos representativos de suas categorias. Deve-se ter claro que a OIT procura reunir na idéia da Liberdade Sindical estas três concepções a fim de promover "a melhoria das condições da vida do trabalhador e a harmonização entre o desenvolvimento técnico-econômico e o progresso social"² de forma mais ampla possível.

A Convenção n. 87, de 1948, é considerada o mais importante tratado multilateral adotado pela Conferência Internacional do Trabalho; e foi completada pela Convenção n. 98, de 1949. A primeira refere-se à Liberdade Sindical e ao direito de sindicalização, frente aos poderes públicos; e a segunda trata do direito de sindicalização e de negociação coletiva. Apenas a primeira não foi ratificada pelo Brasil, não produzindo, portanto, qualquer efeito legal em território nacional. A norma de maior relevância encontrada na Convenção n. 87 é a do seu art. 2º:

"Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, têm o direito, sem autorização prévia, de constituir organizações de sua escolha, assim como o de se filiar a estas organizações, à condição única de se conformarem com os estatutos destas últimas". (grifo nosso)

Assim, a Convenção confere a todos o direito à Liberdade Sindical na figura, dentre outras, da livre escolha entre a filiação ou não nas organizações representativas dos trabalhadores ou empregadores. A única exceção feita a este direito de livre sindicalização observa-se no art. 9º, que faculta à legislação nacional excluir desse direito os membros das forças armadas e da polícia.

Este princípio da Liberdade Sindical, assegurado na Convenção n. 87, mostra-se em sentido coletivo, e também individual, sem qualquer tipo de discriminações, sejam em razão de sexo, cor, raça, credo etc.³

Fica clara a posição da OIT no que se refere à questão da Liberdade Sindical, que é elevada a caráter de princípio fundamental que deve ser assegurado a todos.

III – A Liberdade Sindical na Constituição Federal de 1988

¹ Id. op. cit. nota 3, p. 11.

² Id. op. cit. nota 3, p. 124.

³ Id. op. cit. nota 3, p. 86.

A Constituição Federal de 1988 apresenta-se como um dos principais mecanismos de efetivação do processo democrático bem como do reordenamento jurídico do país, além de assegurar um avanço na melhoria da condição social dos trabalhadores. Entretanto, o sistema de organização sindical que acolheu é contraditório; tenta conciliar a Liberdade Sindical com a unicidade sindical (que deve ser entendida como apenas um sindicato por categoria em cada base territorial - art. 8º, II, CF/88) imposta por lei e a *contribuição sindical oficial* (art. 149, CF/88). Estabelece o direito de criar sindicatos sem autorização prévia do Estado, mas mantém o sistema confederativo que define rigidamente bases territoriais, representação por categorias e tipos de entidades sindicais.¹

Segundo Arnaldo Süssekind, a Constituição brasileira de 88, apesar de ser tida como defensora da Liberdade Sindical, na verdade a violou, tanto na imposição do monopólio de representação sindical, que impede a estruturação de sindicato conforme a vontade do grupo de trabalhadores ou de empresários, como também na imposição de cobranças compulsórias aos não-associados, para os sindicatos representantes de sua categoria².

A nossa Carta Magna “assegura” o direito à filiação, que, seguindo a doutrina, abrange a liberdade de aderir, de se desligar ou se desfilial e por fim o direito de não se filiar a qualquer sindicato. Tais garantias são legais. Entretanto, logo a seguir constataremos que esta liberdade de adesão, conferida ao trabalhador ou empregador é apenas formal, pois na prática há uma filiação “camuflada”.

IV – Contribuição Sindical Compulsória e a Liberdade Sindical

A contribuição sindical foi instituída pela Constituição de 1937, conferindo aos sindicatos, no art. 138, o poder de impor contribuições e exercer funções delegadas de Poder Público. Este princípio foi regulamentado pelo Decreto-lei n. 1.402 de 1930, art. 3º, definindo “contribuições a todos aqueles que participam das profissões ou categorias representadas”.

Logo depois veio o Decreto-lei n. 2.377, de 1940, que nominou a referida contribuição “imposto sindical”, fixou os seus valores e épocas de pagamento, ordenou o desconto em folha do imposto devido pelos empregados, estabeleceu a época do respectivo recolhimento pelas empresas, indicou o percentual a ser distribuído pelos sindicatos às entidades de grau superior e atribuiu poderes ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio para baixar normas regulamentares

¹ Id. op. cit. nota 3, p. 86.

² SÜSSEKIND, Arnaldo et al. Instituições de Direito do Trabalho. 16ª ed., vol. 2. São Paulo: LTR, 1996, p. 1075.

e fiscalizar o sistema. Tais regras foram acolhidas pelas futuras leis sindicais, incluindo a própria Consolidação das Leis do Trabalho de 1943.

A Constituição Federal de 1988 prevê duas contribuições compulsórias: a) a anual compulsória (art. 149); e b) uma contribuição para custeio do sistema confederativo da representação sindical (art. 8º, IV). Também existe uma terceira contribuição, esta apenas devida pelos associados sindicais, trazida pela CLT (art. 548).

Esta *contribuição compulsória sindical* (aquela constante do art. 149 da CF/88) é combatida por muitos doutrinadores, pois afirmam que isto é uma forma de atrelamento do sindicato ao Estado, pois a este cabe coordenar a aplicação e fiscalizar a arrecadação desses recursos. Sendo parafiscal a contribuição, fica obrigatório o seu pagamento, mesmo por aqueles não filiados ao sindicato; a sua obrigatoriedade atinge a todos aqueles pertencentes a uma categoria econômica ou profissional. Ficou estabelecido que o imposto devido pelo empregado corresponde à remuneração de um dia de trabalho (Lei n.º 4140/62; Dec.-Lei n.º 1175/71), seja ele sindicalizado ou não.

Entretanto, existem autores favoráveis a este tipo de contribuição. Segadas Vianna ¹ afirma: “ não há dúvida que se justifica a sua existência. Corresponde ela à contrapartida dos benefícios variados que as entidades sindicais prestam não apenas aos que gozam diretamente das vantagens da sindicalização, mas a todos os representantes de uma categoria econômica ou profissional, seja na obtenção de vantagens quando da verificação de um dissídio coletivo, seja na assistência ao Poder Público, na elaboração de normas de interesse coletivo, seja, ainda, com sua participação na imensa gama de órgãos colegiados existentes na administração do País e dos Estados”.

Entretanto, predomina a idéia contrária de que esta contribuição imposta compulsoriamente fere a Liberdade Sindical, que é um tributo de características corporativistas e que sobrevive em pouquíssimos países, e que o suporte financeiro dos sindicatos deve ser sempre voluntário.²

Mas, e a idéia da Liberdade Sindical defendida pela OIT, na Convenção n. 87? Esta cobrança fere a Liberdade Sindical?

A Convenção n. 87 preceitua a Liberdade Sindical como um princípio fundamental ao desenvolvimento das bases sindicais, e sem o qual a representatividade dos trabalhadores ou dos empregadores mostra-se comprometida.

Uma contribuição sindical compulsória é incompatível com a Convenção n. 87, por configurar uma forma indireta de vinculação do trabalhador, ou do próprio empregador, ao correspondente sindicato.

¹ VIANNA, apud SÜSSEKIND, op. cit. nota 2, p. 208.

² Id. op. cit. nota 2, p. 208.

Como bem anota Sússekind,¹ “ a contribuição imposta por lei aos integrantes dos grupos representados por associação sindical configura flagrante violação da Convenção n. 87, seja porque implica uma forma indireta de participação compulsória na vida do sindicato, seja porque é incompatível com o regime de pluralidade sindical. Esse entendimento está consagrado pelo Comitê de Liberdade Sindical, a quem compete, no âmbito da OIT, o exame das queixas por violação de direitos sindicais”.

Nestas perspectivas, o trabalhador ou empregador que é obrigado a tal pagamento tem a sua Liberdade Sindical, mais especificamente a *liberdade de filiação*, tolhida e afrontada, pois o seu direito de escolha figura apenas como elemento dispensável, consolidando o que a jurisprudência dos órgãos de controle da OIT denominam “monopólio sindical”. Relegada tal liberdade, ocorre uma “compulsória” filiação, uma vez que o direito de filiação é burlado.

Desta forma, fica evidente que esta contribuição contida na nossa legislação afronta um entendimento internacional de que a liberdade de filiação é um preceito inquestionável e basilar do desenvolvimento das hodiernas comunidades.

Esta questão do pagamento pelos não filiados poderia ser solucionada levando-se em conta a orientação do Comitê de Liberdade Sindical:

“Num caso em que a lei faculta a cobrança de uma quota de solidariedade, pelo sistema de desconto da remuneração, a trabalhadores que não estavam filiados à organização sindical parte num contrato coletivo, que desejam, no entanto, beneficiar-se das disposições do mesmo (quota fixada em não mais de dois terços das contribuições pagas pelos trabalhadores sindicalizados da mesma categoria) o Comitê estimou que esse sistema, ainda que não esteja coberto pelas normas internacionais do trabalho, não parece, em si mesmo, incompatível com os princípios da Liberdade Sindical”²

O que ainda deve ser levantado, é o aspecto de que esta cobrança compulsória é resquício da fase intervencionista do Estado (a partir de 1930), que geria as relações sindicais através de princípios políticos autoritários, e tal cobrança permanece até hoje por iniciativa dos próprios sindicatos, que consideravam, e ainda consideram, este princípio inatacável, bem como o da unicidade sindical. Por estas razões, criou-se uma grande resistência a ratificação da Convenção n. 87 por parte do Brasil.

Tal questão em pauta traz a idéia de que os sindicatos ferem a Liberdade Sindical, ao sobrepujarem a questão financeira à Liberdade de

¹ Id. op. cit. nota 9, p. 1112.

² COMITÊ DE LIBERDADE SINDICAL, apud SÚSSEKIND, op. cit. nota 2, p. 286.

filiação, pois ao ignorarem a questão da independência individual de cada trabalhador e empregador, incorrem no erro de se fundarem em princípios deturpados ou, porque não, viciados ao longo da história.

É certo que os sindicatos existem em prol da representatividade classista, mas, este papel não deve ser imposto aqueles que optam por uma não vinculação. Daí que, muito mais democrático seria a ratificação da Convenção n. 87 da OIT, a fim de ter o princípio da Liberdade Sindical entendido e aplicado em sua plenitude.

V - Bibliografia

- GOMES, Orlando & GOTTSCHACK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- GOUVÊA, Abel Murta de. *Direito Internacional do Trabalho - Instituições e normas de Direito Internacional Público Vigentes*. Belo Horizonte, Del Rey, 1937.
- MAGANO, Octávio Bueno. *Organização Sindical Brasileira*. São Paulo, RT, 1982.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Sindical*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo, Saraiva, 1991.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*, 2ª ed. ampl. e atualiz. São Paulo, LTR, 1987.
- _____ et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 16 ed. vol. 02. São Paulo, LTR, 1996.
- _____ *Tratados Ratificados pelo Brasil*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1981.

AUGUSTO DOS ANJOS, ADOLPHO CIRNE, PALMEIRA IMPERIAL E A PRAÇA DA FACULDADE

André Melo Gomes Pereira; Mário Cunha
(Aluno do 5º Período da Graduação em Direito da UFPE, Bolsista do Programa PIBIC/CNPq;
Aluno do 7º período da Graduação em Direito da UFPE, Presidente GTEP)

No ano de 1997, houve uma série de esforços para recuperação dos jardins da Faculdade de Direito do Recife. Quando aproximava-se a conclusão dos trabalhos, os acadêmicos André Melo e Mário Cunha propuseram ao diretor da Faculdade que se replantasse uma Palmeira Imperial no local em que, em 1922, havia sido plantada outra e há alguns anos derrubada. Propuseram, ainda, que houvesse parte teatral com menções a Adolpho Cirne e a Augusto dos Anjos.

Assim procedendo, haveria uma homenagem ecológica e a esses dois ilustres ex-alunos de nossa Faculdade. Esta solenidade deveria acontecer em qualquer dia. Contudo, as coincidências foram inúmeras e esta humilde solenidade aconteceu no dia exato dos 170 anos de criação da FDR. Os acadêmicos declamaram o Soneto *A Árvore da Serra* com um deles como o pai e o outro como o filho. A este ato, seguiu-se com discurso sobre o *fato histórico* e, no final, inesperadamente volta-se à parte teatral e quebra-se o machado bronco para que "*daqui em diante não sejam mais cortadas árvores neste solo sagrado*".

Para realização deste evento, utilizamo-nos da Revista acadêmica de 1922, das lições de Clóvis Beviláqua e do apoio, quase paternal, dos ilustres juristas Nelson Saldanha, Gláucio Veiga e José de Moura Rocha (*in memoriam*) aos quais dedicamos estas humildes linhas.

A ÁRVORE DA SERRA

- As árvores, meu filho, não têm alma!
É esta árvore me serve de empecilho...
É preciso cortá-la, pois, meu filho,
Para que eu tenha uma velhice calma!

- Meu pai, por que sua ira não se acalma?
Não vê que em tudo existe o mesmo brilho?!

Deus pôs alma nos cedros... no junquillo...
Esta árvore, meu pai, possui minh'alma!

- Disse - e ajoelhou-se, numa rogativa
"Não mate a árvore, pai, para que eu viva!"
E quando a árvore, olhando a pátria serra,

Caiu aos golpes do machado bronco,
O moço triste se abraçou com o tronco
E nunca mais se levantou da terra!
(AUGUSTO DOS ANJOS)

SENHORES:

Proferir uma oração junto a esta CATEDRAL do Direito é, sob certo aspecto, tarefa difícilima e, sob outro, fácilima.

Fácilima porque a Faculdade, em sua imensa riqueza histórico-cultural, fornece-nos elementos para qualquer composição.

Para comprovar este fato, basta-nos vislumbrar o significado deste nosso gesto. Há 75 anos, em 1922, morria o grande Advogado e eminente Professor Catedrático de Direito Civil **Doutor Adolpho Tácio da Costa Cirne**. O também Professor desta casa, **Otávio Tavares**, era Prefeito da Cidade do Recife. Doutor Tavares, ainda em 1922, reinaugura esta praça, dando-lhe o nome do seu antigo professor Dr. Adolpho Cirne. Na ocasião foram plantadas duas Palmeiras Imperiais.

Contudo, o machado bronco, guiado pela força brutal de que falava Ihering, corta uma das Palmeiras. Alguns anos se passam.

No momento atual, em que a Faculdade vive uma nova fase, com evidentes esforços para revitalização física e espiritual Dr. Souto Maior Borges com apoio fundamental do Magnífico Reitor alia-se a estes humildes alunos. Replanta-se a *Oreodoxa cleracea* ao som do bellissimo soneto: *Árvore da Serra* do nosso poeta **Augusto dos Anjos**. Poeta que há exatos 90 anos bacharelava-se na Casa de Tobias. A turma de Augusto (1907) teria como Professor homenageado não outro senão Dr. Adolpho Cirne, paraibano como Augusto dos Anjos.

Seu quadro de formatura, com as fotografias dos lentes e bacharelados, integra, hoje, o acervo da Sala Museu Ruy Barbosa.

A Palmeira Imperial que plantamos teve seus primeiros exemplares trazidos ao Brasil por Dom João VI. São consideradas as mais belas integrantes das Palmáceas que existem.

Adequadas, portanto, a esta casa, consagrada ao culto do Direito, onde nós leigos tentamos também officiar, como nos lembra Beviláqua, a religião que tem aqui os seus altares.

No entanto, como afirmamos no início, a tarefa que ora ousamos executar é difícilíssima.

Difícilíssima, porque quaisquer atos neste templo têm que honrar as suas festejadas tradições. Honrá-las não é tê-las apenas como glória para o nosso deleite, mas, como nos ensina o Professor Lourival Vilanova, laborar incessantemente para mantê-la, hoje, no dia 11 de agosto de 1997, como em qualquer dos seus gloriosos dias do pretérito

Um desses dias, com certeza, foi o dia 11 de agosto de 1927. No centenário desta vetusta Faculdade, sua prestigiada congregação pleiteia junto ao país e ao Governo Federal a criação de uma Universidade em Pernambuco. É esta a lição de nossa Faculdade! Sempre pronta a contribuir, sacrificar-se para que o sonho de uma Universidade em Pernambuco fosse atingido.

Hoje, quando a Universidade Federal de Pernambuco finda as comemorações dos seu 50 anos, a Faculdade de Direito do Recife inicia a dos seus 170 anos e demonstra que sempre trabalhou pelo engrandecimento da UFPE. Que este ato de hoje, magnífico Reitor Mozart Neves Ramos, seja mais um marco para esta casa que tem como guia o eminente professor Souto Maior, ocupando a função que foi, dentre outros, do próprio Adolpho Cirne e de Martis Júnior que nos testemunha neste momento.

Que a UFPE atente para o seu papel histórico, da mesma forma como atentou a FDR em 1927 e em 1946, quando da criação da então Universidade do Recife. O Plantar de hoje marca este pensamento. Que a História, a qual não é só o passado, porém e principalmente o presente que construímos, registre ações e ações da UFPE em prol de sua Faculdade mãe. Sendo assim, confirmaremos o pensamento imortal de nosso eterno mestre Tobias Barreto: "É mister, pois, virar as idéias e dizer que não somos nós que temos tudo a esperar do futuro, é o futuro que tem tudo a esperar de nós".

André Melo - Discurso proferido no dia 11 de agosto de 1997.

ANTÍGONA E A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

Cristiano Carrilho S. de Medeiros (Aluno de Graduação do Curso de Direito da UNICAP, Ex-monitor de Introdução ao Estudo do Direito 2, Monitor de Filosofia do Direito)

Sumário: I - Considerações Preliminares ; II - Filosofia do Direito; III - Direito Natural e Estado Democrático de Direito; IV - Críticas a Lei de Doação de Órgãos.

I - Considerações Preliminares

A atual Lei de Doação de Órgãos brasileira nos lembra a tragédia grega vivida pela personagem Antígona. No clássico de Sófocles o rei tirano proibiu a heroína de sepultar o corpo esquartejado do irmão. A ordem aparentava legitimidade por ser emanada por uma autoridade competente. O homem justo deveria obedecer as leis do Estado. O diálogo de Antígona com o rei Creonte expressa inequivocamente a semelhança com o drama sofrido pelos familiares de possíveis doadores de órgãos:

O rei Creonte havia determinado que Polinice (morto em uma batalha), não fosse sepultado, com o que Antígona, sua irmã, rebelou-se dizendo: - "Tuas ordens não valem mais do que as leis não escritas e imutáveis dos deuses, que não são de hoje e nem de ontem e ninguém sabe quando nasceram."

II - Filosofia do Direito

Ao questionarmos a Lei de Doação de Órgãos vigente no país, busca-se o sentimento de justiça dramatizado séculos atrás no clássico de Sófocles. Cabe ao Filósofo do Direito refletir sobre as leis e seus postulados, formulando o conceito do justo e analisando as instituições jurídicas no plano ético, considerando a condição humana, a realidade objetiva, a justiça e a segurança. Pela profundidade das questões envolvidas, o Estado, ao impor a obrigatoriedade da doação de órgãos incorpora uma versão capitalista dos tiranos das tragédias gregas.

Após séculos de reflexão do pensamento filosófico, surge no Brasil uma Lei que demonstra o despreparo do Poder Legislativo, que desconsidera princípios fundamentais do Direito Natural, gerando uma polêmica que chega a invadir até mesmo a esfera do Direito de Propriedade. Um Estado Democrático de Direito não deveria deliberar imposições legais sobre o destino dos órgãos

integrantes do corpo de seus cidadãos, em respeito ao Direito Natural de integridade física, inerente aos vivos e aos mortos.

III - Direito Natural e Estado Democrático de Direito

O Direito Natural vislumbra princípios fundamentais que devem orientar os legisladores na elaboração de leis justas. Como se verificou em Antígona de Sófocles, invoca-se o Direito Natural diante do Estado que edita leis abusivas. A integridade física, em sentido amplo, é um postulado assegurado pelos princípios jusnaturalistas válido inclusive para indivíduos com diagnóstico de morte cerebral.

No Estado Democrático de Direito deve prevalecer a orientação para que o legislador elabore leis que, por exemplo, não desapropriem o indivíduo do seu corpo ou partes dele, esteja vivo ou morto. Segundo os postulados do Direito Natural, a doação de órgãos obrigatória seria uma imposição estatal injusta.

IV - Críticas a Lei de Doação de Órgãos

Nosso governo diz: "A lei é a lei." No entanto, a validade da Lei de Doação de Órgãos cessa quando percebe-se que a imposição legal do Estado não demonstra conteúdo ético. A Lei deixa indefesa uma parcela da população e arbitrariamente viola o Direito Natural no que se refere a integridade física dos indivíduos com morte cerebral diagnosticada, independente de manifestações de vontade do doador ou da sua família.

O Poder Legislativo brasileiro consagra, portanto, o espírito de uma época onde o ser humano se transforma num "objeto de consumo", deixando transparecer a tragédia de indivíduos desapropriados de seus próprios órgãos, nos distanciando de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

V - Bibliografia

- NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 7ª edição; Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- CATHREIN, Víctor. Filosofía del Derecho. 5ª edição; Madrid: Rens, 1946.
- OLIVEIRA FILHO, Benjamim de. Introdução à Ciência do Direito. 4ª edição; Rio de Janeiro: Konfino Editor, 1997.

ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE A PSICOLOGIA DO POVO BRASILEIRO

Ricardo Souto (Aluno do 10º Período da Graduação em Direito da UFPE, Bolsista CNPq/ PIBIC)

Sumário: Introdução; Nomadismo e Sedentarismo – Caracteres do Colonizador; O Modo de Ser do Povo Brasileiro; Um Novo Contexto na Realidade Cultural Brasileira; Considerações Finais.

Introdução

Versa, o presente trabalho, sobre o modo de ser do povo brasileiro. O que se traz de especial, para o estudo da realidade brasileira, é a importância concedida às peculiaridades psicológicas dos elementos humanos que participaram da formação do Brasil e a sua influência na transição de colônia para Estado Soberano.

Adverta-se, prefacialmente, que o objetivo deste estudo não é o cotejo aprofundado dos aspectos acima referidos, ao contrário, pretende-se tão-somente apresentar a linhas mestras da formação psicológica brasileira, as quais poderão servir para uma análise mais detida, esta realizada ulteriormente.

O mencionado elemento psicológico não foi somente analisado sob o enfoque do colonizador, havendo também a preocupação de se observar e comentar a psicologia de um povo que estava se estruturando sob a influência de um modo de produção escravocrata o qual concentrava imensas riquezas apenas para uma pequena casta, bem como na imensa autoridade do todo poderoso senhor de engenho.

Fora o estudo destes aspectos psicológicos, procurou-se demonstrar a forma em que se deu a transferência, para as cidades, do comportamento da população brasileira, formado em um contexto rural. Salienta-se, portanto, o momento e o modo em que as transformações econômicas impuseram a transferência das riquezas do campo para os centros urbanos, transportando, simultaneamente, certos valores que eram cultuados naquele período histórico.

Nomadismo e Sedentarismo – Caracteres do Colonizador

O espírito empreendedor do homem, ao transformar a natureza, pode ser observado sob duas perspectivas fundamentais as quais correspondem à figura do

trabalhador e a do aventureiro. São virtudes antagônicas, mas que estão presentes, uma e outra, mais ou menos intensamente, em todas as sociedades.

O espírito aventureiro se mostra através das obras daqueles cujos esforços se voltam à coleta e a caça, à preocupação de colher os frutos sem participar de sua plantação. O nomadismo é a essência de seu comportamento, não importa o nível de dificuldade imposto a conquista que ele pretende alcançar, mas sim as imensas vantagens que poderá auferir sem empreender nenhum labor construtivo.

Por sua vez, o homem trabalhador é aquele que direciona todas as suas forças para um trabalho contínuo, de conquistas graduais. Exige-se, neste caso, um maior equilíbrio na execução das atividades, uma maior paciência quanto a consecução dos resultados almejados.

Pode-se, desta forma, construir uma ética do trabalho, assim como uma ética da aventura. Aquele que possui um espírito aventureiro atribuirá valores positivos as ações que demandem maior audácia, instabilidade etc. Ao contrário, o homem trabalhador irá valorar positivamente as ações que se destinem à paz e a segurança.

Estas duas formas de manifestação do espírito humano somente existem, nas modalidades descritas – puras -, no plano das idéias. Empiricamente o que se observa é a propensão de um povo para tender a um ou outro conjunto de valores. Nestes termos, não haverá dificuldade em identificar os valores perfilhados pelo colonizador europeu na época da ocupação do territorial.

Talvez, é bem provável, que a adoção dos valores peculiares ao espírito aventureiro fosse fundamental para o êxito da ocupação e colonização do Brasil. O desbravamento de terras desconhecidas e inóspitas, a resistência aos nativos, que em muitas ocasiões se mostravam ferozes aos estrangeiros, não seria possível sem o ímpeto do colonizador português.

É bem verdade que, se por um lado a audácia do europeu foi útil, ou até mesmo crucial para a colonização do Brasil, por outro, a remanescência destes valores foi extremamente prejudicial à sociedade que se formava sob sua influência. Isto fica bastante evidente quando se constata que após a sua consolidação, a sociedade brasileira, em vez de cultivar valores que se referem ao trabalho humano, continua a fomentar, inobstante o estímulo de um mal-estar social, valores típicos do homem aventureiro.

O espírito aventureiro, porém, tão bem insculpido nos traços psicológicos do povo brasileiro, não pode ser identificado e interpretado simplesmente como o ânimo que um indivíduo possui para concretizar seus próprios objetivos utilizando o mínimo de labor, não é somente uma oposição ao esforço construtivo e direcionado que é característico de certos tipos humanos. É sim, por outro lado, uma forma de agir por impulso, sem prévias reflexões que permitam uma atuação

sistematizada e profícua. É, portanto, um agir por emoção que dispensa, muitas vezes, qualquer esteio na razão humana.

Percebe-se, desta forma, que a contribuição do elemento cultural europeu foi muito além da plasticidade e miscibilidade já destacadas e facilmente identificadas como contribuição específica do português. A presença de valores típicos do homem aventureiro foi fundamental em um determinado período, a saber, o do início da colonização, porém extremamente daninho à sociedade que então se firmava. Os referidos valores se arraigaram de tal forma no modo de ser do brasileiro que será praticamente impossível dissociá-los da atual sociedade.

O Modo de ser do Povo Brasileiro

A afetividade é, sem dúvida, a palavra que melhor identifica o povo brasileiro, demonstrar emoção é algo bastante comum no que se refere a este povo. Este é o legado que foi herdado pelo patriarcalismo da colonização brasileira o qual possuía como figura principal o Senhor de Engenho que desempenhava o papel de "grande pai", o chefe do clã e que reunia, sob a sua proteção, toda sua família, além de escravos e demais subordinados.

As relações que surgiram nesta atmosfera eram tipicamente familiares, todos, na grande propriedade rural, estavam sob a proteção do chefe do clã que era o Senhor de Engenho. Resquícios desta organização social ainda podem ser observados hoje em dia, sem muito esforço. O povo brasileiro é um povo extremamente emotivo que tende a reduzir qualquer relação social em uma relação de parentesco.

Isto não é uma simples característica deste povo, é também algo que o faz se orgulhar quando se compara com outras sociedades que são menos afetuosas. Tratar um estranho como se este fosse um ente de sua família, no Brasil, significa respeito. Ao contrário do que ocorre com certos países onde a impessoalidade e a polidez são fundamentais para que uma relação social seja reputada honrosa, na sociedade brasileira, quanto mais íntimo, quanto mais hospitaleiro seja o trato com estranhos, maior será o respeito dispensado à relação social.

Sob um determinado prisma, a cordialidade brasileira é um traço cultural, isento, portanto, de qualquer valoração. Neste sentido, a cordialidade não pode ser considerado um aspecto positivo, tampouco, negativo, mas uma característica que está presente no modo de ser do povo brasileiro.

Porém, quando esta característica transcende as relações sociais e se aloja em certas instituições, como é o caso do Estado, os efeitos desta cordialidade são demasiadamente prejudiciais. O Estado moderno é organizado de forma burocrática, a impessoalidade, a celeridade são valores considerados positivos e

cruciais para o seu regular desenvolvimento, por isso o círculo familiar e a estrutura burocrática são, em essência, diametralmente opostos.

Difícil ou, até mesmo, impossível é conciliar uma estrutura burocratizada com elementos humanos extremamente emotivos. Este é um dos principais entraves, oriundo da cultura, que praticamente inviabiliza a existência de uma estrutura burocrática em uma sociedade em que as emoções estão nitidamente presentes. O povo brasileiro possui uma traço psicológico afetivo o qual repercute em todas as suas organizações sociais.

Um Novo Contexto na Realidade Cultural Brasileira

Uma das principais razões que motivou o povo brasileiro a se tornar extremamente espiritualizado, pode ser atribuída ao meio econômico-social em que se desenvolveu a sua sociedade. A vida rural, o patriarcalismo e o alto grau de dependência que possuía a população em relação aos grandes proprietários rurais foram essenciais para transformar as relações comuns da sociedade em relações especificamente familiares, como já foi anteriormente asseverado.

A estruturação da sociedade em um meio rural foi a condição fundamental para o desenvolvimento das características psicológicas dos brasileiros. Em um outro cenário, o povo brasileiro ter-se-ia transformado em algo totalmente diverso do que ele é atualmente, no que concerne ao seu *ethos*. Acaso houvesse se desenvolvido em um ambiente urbano ou sem a influência patriarcal, seria outro, o modo de ser dos brasileiros.

É interessante observar que, hodiernamente, apesar de o povo brasileiro estar fixado, predominantemente, nas cidades, possui ele feições nitidamente cordiais, as quais são peculiares à sociedade rural-colônial. Neste aspecto, estes fatos aparentemente contrariam o que foi afirmado em linhas anteriores, pois inobstante a atual sociedade brasileira ser caracterizada como urbana, detém, tanto quanto a sociedade colonial, por definição ruralista, as mesmas características emocionais.

Mas a atual sociedade não é algo estanque da sociedade colonial. Não se deve olvidar que os valores cultuados nos dias de hoje não são tão distintos daqueles que estavam presentes no desenvolvimento da sociedade colonial. Neste sentido, afirma-se que houve um traslado de vários valores da antiga para a hodierna sociedade. Advirta-se, porém, que estes valores não são exatamente os mesmos de outrora, houve uma adaptação histórica que os modificou parcialmente, deixando, contudo, intocável sua essência.

A transferência dos mencionados valores, antes exclusivos da época colonial, para a sociedade urbana operou-se, principalmente, por força de fatores econômicos. Quando se iniciou a decadência dos gêneros tropicais de exportação e

a era colonial sucumbia por pressão da revolução industrial, o capital empregado na colônia, até então concentrado na produção daqueles gêneros, foi transferido para cidades, adaptando-se as transformações econômicas mundiais. Foram os grandes proprietários de terras, os principais concentradores de riqueza, a força motriz das mudanças econômicas que ocorreram naquele momento histórico.

Naquele período da sociedade brasileira, os mesmos proprietários de terras, por possuírem a imensa parte do capital colonial e por gozarem de um *status* semelhante ao da aristocracia européia, guardadas as devidas proporções, eram os arquétipos do que havia de melhor na colônia, tornando-se, por conta disto, modelos para qualquer comportamento positivamente valorado. Lembre-se que eram estes proprietários de terras os patriarcas não só de seu clã, mas também de toda a população economicamente vinculada aos seus meios de produção, eram eles que tratavam todos os seus dependentes, havendo ou não parentesco, como se fossem membros de uma mesma família.

Com a industrialização da sociedade brasileira e o crescimento dos centros urbanos, o contato com aqueles valores foi bastante intenso, facilitando a propagação para um número acentuado de indivíduos. Desta forma, o cordialismo, antes restrito apenas aos núcleos rurais, passou a ser algo inerente ao povo brasileiro, não mais podendo ser identificado como comportamento exclusivo de um grupo social, mas sim de toda a sociedade.

Considerações Finais

A ilação que se pretende chegar, após a exposição sumária de certos aspectos econômicos e sociais do Brasil colônia, é que, o povo brasileiro, sob o ponto de vista comportamental, ainda possui traços marcantes do patriarcalismo desenvolvido sob o amparo do modo de produção rural-escravocrata.

Quando se observa as relações sociais da sociedade atual e as compara com aquelas da sociedade colonial, pode-se afirmar que são ínfimas as diferenças que podem ser destacadas. Assim, sob certo aspecto, pode-se propugnar a tese de que o povo brasileiro guarda traços bastante marcantes de uma sociedade rural, os quais, muitas vezes, é incompatível com certas organizações modernas.

O cordialismo do povo brasileiro deve ser estudado de forma mais profunda, pois constantemente esta característica inviabiliza certas estruturas organizacionais. Exemplo típico é o Estado brasileiro, o qual possui feições de uma organização burocrática, como qualquer outro Estado moderno, mas que tem sua eficiência comprometida pela incapacidade de fazer valer seus valores impessoais. Talvez uma nova forma de organização, diferente da burocracia weberiana e não tão impessoal quanto ela, seja adequada para a realidade brasileira.

Bibliografia

- BUARQUE de Holanda, Sérgio: Raízes do Brasil, Rio de Janeiro, ed. Jodé Aluisio, 1984.
- CALMON, Pedro: Espírito da Sociedade Colonial, Biblioteca Pedagógica Brasileira, Vol. XI, São Paulo, ed. Brasiliense, 1935.
- DA MATTA, Roberto: O que faz do Brasil, Brasil?, Rio de Janeiro, Rocco, 1997.
- FREYRE, Gilberto: Casa Grande e Senzala; Formação da Família Brasileira sob o Regime de Economia Patriarcal, São Paulo, 1950.
- PRADO Jr., Caio: Formação do Brasil Contemporâneo, Brasília, ed. brasiliense, 1996.

OS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS NO DIREITO COMPARADO E BRASILEIRO (LUIS OLAVO BAPTISTA) (COLEÇÃO DIREITO E COMÉRCIO INTERNACIONAL). PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO, 1998, 102 PP.

George Rodrigo Bandeira Galindo (Aluno do 9º período da graduação em Direito da UFPE. Bolista do PIBIC/CNPq. Monitor de Direito Internacional Público)

A importância do Direito do Comércio Internacional nos dias atuais, em nosso país, é incontestável, seja pelo maior processo de abertura por que passa a economia, seja porque existe uma tendência atual do Direito Internacional em regulamentar (o que obviamente não se confunde com interferir) as atividades comerciais entre os Estados: a criação da OMC é a melhor prova disto.

Assim, a iniciativa da Livraria do Advogado Editora de manter uma coleção que trate destes assuntos é, no mínimo, louvável. Ainda mais salutar é a escolha dos autores que compõem a coleção. Neste mesmo ano, foi publicada a obra de Celso Lafer intitulada: *a OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Este autor talvez seja uma das pessoas mais bem preparadas no planta para tratar do assunto, pois em 1996 ocupou o cargo de Presidente do Órgão de solução de controvérsia da OMC - que é um dos maiores sustentáculos da organização.

Agora, é trazido à bália *Os investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro*, de Luiz Olavo Baptista. O autor dispensa apresentações. É professor titular da cadeira de Direito do Comércio Internacional da USP¹, tendo sido precursor no estudo da matéria, com inúmeras monografias e artigos a respeito. Indubitavelmente, é um dos maiores internacionalistas brasileiros, influenciando inclusive a doutrina estrangeira.² Além disto, pôde gozar de um privilégio a poucos concedido: uma visão teórica e prática, seja como professor da USP, advogado, negociador brasileiro em tratados e Consultor da ONU.

A obra é dividida em duas partes: uma geral, em que o tema do investimento internacional é delimitado (conceito, modalidades etc.); e uma

¹ Cujas magnífica tese foi publicada pela Editora Saraiva, *Dos Contratos Internacionais: uma visão teórica e prática*, em 1996.

² Um bom exemplo disto é o seu, já em 2ª edição, *Les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international*, em coautoria com Pascal Durand-Barthez. Paris: LGDJ, 1992.

específica, dedicada ao caso brasileiro (onde é trazida a legislação atualizada a respeito do tema e os passos seguidos pelo investimento internacional no Brasil).

A primeira impressão que o leitor tem ao se deparar com a obra é a clareza de estilo e pensamento. Talvez isto se deva ao fato de que, como o próprio autor confessa, o livro foi baseado nas aulas ministradas na cadeira de Direito do Comércio Internacional na USP. E esta mesma clareza perpassa toda a sua obra, acessível tanto aos alunos da Graduação em Direito como àqueles que realizam estudos avançados na área de Direito Internacional. Pode-se dizer mesmo que os especialistas em áreas correlatas, v.g. Economia¹, nenhuma dificuldade encontrarão na compreensão do presente estudo.

Questões importantes são debatidas, como a distinção entre investimento interno e internacional, direto e indireto, investimento especulativo e outros tipos – que saliente-se, no momento atual em que passa o país, torna-se de extrema importância, pois a quantidade de investimentos especulativos no Brasil, além de imensa, é extremamente perigosa.

O problema da posição dos países subdesenvolvidos frente à questão – que tanto preocupou políticos, juristas e economistas nas décadas de 60 e 70 - também é relevada. Neste sentido, mostra o autor que o investimento externo “provoca uma ‘síndrome de amor e ódio’, que faz com que, bem analisadas as vantagens e desvantagens, governos de maior ou mais longa visão procurem apoiar novas formas de cooperação internacional em lugar do investimento puro e simples”.²

O livro ainda possui a função de servir como guia para investidores externos no Brasil, o que mostra a importância tanto teórica com prática da obra.

É de se aplaudir a presente contribuição de Luiz Olavo Baptista para o estudo do Direito Internacional no Brasil, o que mostra que, embora em nosso país ainda sejam poucos os especialistas na área, são eles de envergadura inigualável no mundo inteiro.

¹ Pois como afirma o próprio autor, a visão econômica sobre o assunto, embora incompleta, precede a jurídica. *Op. cit.*, p. 40.

² *Op. cit.*, p. 39.

**RECIFE**

Av. Dantas Barreto, 191, lj.s 22/23 - Stº. Antônio - F. 222.3528

Av. Recife, 6250 - 1º andar - Jiquilá - Justiça Federal de PE

Av. Cais do Apolo, 739 - T.R.T. 6ª Região - F. 224.9444

Rua do Riachuelo, 36 - lj. 12 - B. Vista - F. 221.0239

MACEIÓ

Av. da Paz, 1994 - Térreo das J.C.J.'s - Centro



LIVRARIA AMERICANA

IVAN & DIDA

423-9711 e 974-6125

Sala do DA
Faculdade de Direito do Recife - UFPE

Rua Olímpia, 34
(ao lado do antigo Mansão do Fera)

Vanlivros

MELHORES LIVROS

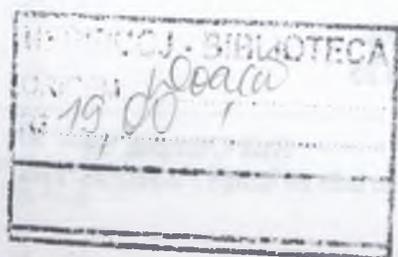
OS MENORES PREÇOS

VANLIVROS – LIVRARIA

Rua do Riachuelo, 453 – Boa Vista – Recife-PE

Fone: (081)221-0082 – 95253

(Por trás do Hospital do Exército, próximo à Faculdade de Direito do Recife – UFPE)



DADSF**Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho**

A verdadeira formação universitária só será alcançada quando conseguirmos implementar o princípio da indissociabilidade entre **ensino, pesquisa e extensão**

O DADSF GESTÃO "APENAS COMEÇAMOS..." AGRADECE A
TODOS AQUELES QUE LUTAM NA BUSCA DESSE PRINCÍPIO E
PELO ENGRANDECIMENTO DA NOSSA FACULDADE DE
DIREITO DO RECIFE:

Prof. José Souto Maior Borges
Reitor: Mozart Neves Ramos
Vice-Reitor: Geraldo José Marques Pereira
Prof. João Maurício Leitão Adeodato
Profa. Cristina Figueiredo
Presidente da OAB/PE Prof. Aluisio Xavier
Prefeito do Recife Prof. Roberto Magalhães
Sec. Ariano Suassuna
Prof. José Gláucio Veiga
Prof. Nelson Nogueira Saldanha
Prof. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
Prof. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti

Aos membros do Núcleo de Estudos Acadêmicos;
a todos os funcionários da FDR,
em especial ao Prof. Gentil Mendonça Filho
e ao Prof. José de Moura Rocha,
pelos ensinamentos jurídicos, científicos
e principalmente pelos exemplos de vida.

Saudações estudantis Gustavo José Reis Carvalho
Presidente do DADSF

34005
E82

7 mar. 12013

RECEBIMOS

NÃO PODE SAIR
DA BIBLIOTECA

