

REVISTA DA

ISSN 1415-112X

ESMAPE



Vol.3/ Nº 7
Jan./Jun. 1998

**CONSTITUIÇÃO,
INTERPRETAÇÃO,
COSTUME**

José de Moura Rocha

**O ESTADO EM
QUESTÃO:
PRESENTE E
FUTURO**

Nelson Saldanha

**CONCEITO DO
DIREITO CIVIL**

Silvio Neves Baptista





ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Rua Dom Bosco, 1308 - Boa Vista - Recife-PE - CEP 50070-070



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO
ESTADO DE PERNAMBUCO – ESMape**

Cursos oficializados pelo Tribunal de Justiça do Estado, conforme Resolução nº 24/87, constante da Ata da 5ª sessão de 23/03/87. Rua Dom Bosco, 1308 – Boa Vista – Recife-PE – CEP 50070-070

DIRETORIA

Diretor:

DES. FRANCISCO DÁRIO MENDES DA ROCHA

Supervisor:

DR. VIRGÍNIO MARQUES CARNEIRO LEÃO

Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura Comum:

DR. LAIETE JATOBÁ NETO

Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura Trabalhista:

DRA. ALBA MARIA PIRES BARBOSA

Coordenador do Curso de Deontologia:

DR. CARLOS HUMBERTO INOJOSA GALINDO

Presidente da Associação dos Magistrados do Estado de Pernambuco:

DES. GILBERTO AUGUSTO CORRÊA GONDIM

Secretária Geral:

JOSINA DE SÁ LEITÃO

ISSN 1415-112X

Escola Superior da Magistratura do
Estado de Pernambuco

Volume 3 – Número 7
janeiro / junho – 1998

REVISTA DA ESMape

Este número corresponde aos trimestres jan./mar. e Abr./jun

Recife

Trimestral

Comissão editorial:

Presidente: Des. Francisco Dário Mendes da Rocha

Membros: Dr. Virgínio Marques Carneiro Leão

Dr. Laiete Jatobá Neto

Dra. Alba Maria Pires

Dr. Carlos Humberto Inojosa Galindo

Coordenação Técnica: Bel. Joseane Ramos Duarte Soares
(Bibliotecária)

Revisão Ortográfica: João Lippo Neto e
Euliene Staudinger. Fone. (081) 251.2684

Editoração Eletrônica: Francisco Carlos Melo. Fone: (081) 447.2709

Capa: Paulo Rocha (081) 339.0967

Tiragem: 1.200 exemplares

A REVISTA DA ESMape divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião da Comissão Editorial.

Direitos Reservados à Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMape

SOLICITA-SE PERMUTA / EXCHANGE DISUED / ON DEMANDÉ ÉCHANGE

esmape@elógica.com.br

www.esmape.com.br



Coordenação Editorial:

EDIÇÕES BAGAÇO LTDA

Rua dos Arcos, 150 – Poço da Panela

Recife-PE – CEP. 52.061-180

Fones/Fax: (081) 441.0132, 441.0133 e 441.0134

Revista da ESMape / Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - Ano 1, n.1 (1996-) - Recife : ESMape, 1996 -
v. .Trimestral

Descrição baseada em: Ano 3, n.7 (jan./jun. 1998)

1. Direito - Periódico. I. Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco

Josi/ESMAPE - TJ

CDD 340.05

CORPO DOCENTE

1º Período

- Direito Civil I:** Titular: Jorge Américo Pereira de Lira
Adjunto: Rafael José de Menezes
- Direito Processual Civil I:** Titular: Valéria Rubia Silva Duarte
Titular: Alexandre Freire Pimentel
Adjunto: Naiva Cristina Campello
- Direito Penal I:** Titular: Paulo Cesar Maia Porto
Adjunto: Flávio Augusto Fontes Lima
Titular: Claudio Roberto Cintra B. Brandão
- Direito Processual Penal I:** Titular: Sylvania Esperto da Silva
Adjunto: Adjar Francisco Assis Júnior
Titular: João Olympio V. de Mendonça
Adjunto: Lúcio Jatobá
- Português e Ling. Vernacular Jurídica:** Titular: Marlene Muniz Passos
- Filosofia do Direito:** Titular: Jackson Borges de Araújo
Adjunto: Torquato de Silva Castro Júnior
Titular: Nelson Nogueira Saldanha
Adjunto: Gustavo Just da Costa e Silva
- Direito Administrativo:** Titular: Marcos Antonio Nery
- Sociologia do Direito:** Titular: Mirian de Sá Pereira
Adjunto: Olga Jubert da Cruz Gouveia
Titular: Antonio Natanael M. Sarmento
Adjunto: Rosângela Araújo Viana
- Direito Constitucional:** Titular: Maria Betânia Silva
Adjunto: Adriana Rocha
Titular: Gustavo Just da Costa e Silva
Adjunto: Eduardo Costa
- Psicologia Forense:** Titular: Paulo da Silveira Rosas
Adjunto: Alba Gomes Guerra

2º Período

Direito Civil II:	<i>Titular: Ruy Trezena Patu Junior</i> <i>Adjunto: Brasília Antonio Guerra</i> <i>Titular: Carlos Frederico Gonçalves de Moraes</i>
Direito Processual Civil II:	<i>Titular: José Antonio Macedo Malta</i> <i>Adjunto: Paulo Roberto A. da Silva</i> <i>Titular: Cristiane Gouveia de Barros</i>
Direito Penal II:	<i>Titular: Romualdo Marques</i> <i>Adjunto: Tarcisio de A. Barreto Campello</i> <i>Titular: Laiete Jatobá Neto</i>
Direito Processual Penal II:	<i>Titular: Honório Gomes do Rego Filho</i> <i>Adjunto: Carlos Alberto Berniel</i> <i>Titular: Nilzardo Carneiro Leão</i>
Direito Comercial:	<i>Titular: Luiz de Freitas Lima</i> <i>Titular: Valdirio Leal Guerra Curado</i>
Direito Tributário I:	<i>Titular: Hélio Sílvio Ourem Campos</i> <i>Adjunto: Francisco Alves Santos Júnior</i> <i>Titular: Raymundo Juliano do Rego Feitosa</i>
Organização Adm. Judiciárias:	<i>Titular: Ricardo de Oliveira Paes Barreto</i> <i>Titular: José Alexandre de Vasconcelos Aquino</i>
Hermenêutica Jurídica:	<i>Titular: Paula Maria S. de O. Mendonça</i> <i>Titular: Artur Stamford da Silva</i>
Direito do Consumidor:	<i>Titular: Luis Mário de Goes Moutinho</i>
Direito Municipal	<i>Titular: Rosana Grimberg</i>
Urbanístico:	<i>Titular: Eugênia Giovanna Simões I. Cavalcanti</i> <i>Adjunto: Gustavo Ferreira Santos</i>
Direito Falimentar:	<i>Titular: Carlos Humberto Inojosa Galindo</i>
Direito Financeiro:	<i>Titular: Joaquim Lustosa Filho</i> <i>Adjunto: Carine Delgado Caúla Reis</i>

3º Período (Magistratura Comum)

Direito da Infância e Juventude:	<i>Titular: Luiz Carlos de Barros Figueiredo</i> <i>Adjunto: Alice Costa Rodrigues dos Santos</i>
Direito Civil III:	<i>Titular: Alberto Flávio Barros Patriota</i> <i>Adjunto: Saulo Fabianne Melo Ferreira</i> <i>Titular: Leopoldo de Arruda Raposo</i>
Direito Processual Civil III:	<i>Titular: Mauro Jordão de Vasconcelos</i>
Direito Penal III:	<i>Titular: Antônio Pedro Barreto Campello</i> <i>Adjunto: Maria Helena V. Barreto Campello</i>
Direito Processual Penal III:	<i>Titular: Albérico Gomes Guerra</i> <i>Adjunto: Patricia Tavares</i>
Direito Eleitoral:	<i>Titular: Eliane dos Santos Mendes Mascarenhas</i>
Prática Forense Penal:	<i>Titular: Mauro Alencar de Barros</i> <i>Adjunto: Andreyra Christiany Lins</i>
Prática Forense Cível:	<i>Titular: Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima</i> <i>Adjunto: Paulo Henrique M. Machado</i>
Direito Tributário II:	<i>Titular: José Viana Ulisses Filho</i> <i>Adjunto: Jackson Borges</i>
Direito Medicina Legal:	<i>Titular: Clóvis César de Mendoza</i> <i>Adjunto: Gilberto Valter de M. Moura</i>

3º Período (Magistratura Trabalhista)

Direito Processual do Trabalho I e II:	<i>Titular: Milton Gouveia da Silva Filho</i> <i>Adjunto: Edmilson Alves da Silva</i>
Direito do Trabalho I	<i>Titular: Eneida Melo Correia de Araújo</i> <i>Adjunto: Virgínia Malta Canavarro</i>
Direito Previdenciário	<i>Titular: Mauri Delgado Chacon</i> <i>Adjunto: Epaminondas da Câmara C. Neto</i>
Direito Constitucional do Trabalho	<i>Titular: Hugo Cavalcanti Melo Filho</i> <i>Adjunto: Alba Pires Barbosa</i>
Direito Coletivo do Trabalho	<i>Titular: Roberta Correia de Araújo</i> <i>Adjunto: Marcelo da Veiga Pessoa Bacalã</i>
Direito Internacional do Trabalho	<i>Titular: José Soares Filho</i> <i>Adjunto: Agenor Martins Pereira</i>
Prática Judiciária e de Sentença Trabalhista:	<i>Titular: Frederico Correia Maranhão</i> <i>Adjunto: Acácio Júlio Caldeira</i>
Direito Penal e Proc. Penal do Trabalho:	<i>Titular: Marupiraja Ramos Ribas</i> <i>Adjunto: Stella Maria M. Gomes de Sá Leitão</i>
Direito do Trabalho II:	<i>Titular: Paulo Dias Alcântara</i> <i>Adjunto: Bartolomeu Alves Bezerra</i>

SUMÁRIO

“O Senhor viu uma árvore que cresceu e cresceu até tocar o céu e que era tão grande, que podia ser vista de qualquer lugar do mundo”.

(Dn. 4 : 20)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	
<i>Dário Rocha</i>	13
TEORIA	15
DO INDEFERIMENTO DE PLANO DO AGRAVO.	
ALGUMAS CONSIDERAÇÕES	
<i>Alberto Flávio Barros Patriota</i>	17
MEDIDA PROVISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA	
<i>Alexandre Milton Prazeres da Costa</i>	29
AS AUDIÊNCIAS JUDICIAIS COMO PROCESSO DE LEGITIMAÇÃO E JUSTIÇA SOCIAL (À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS E DA LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO DE LUHMANN)	
<i>Artur Stamford</i>	43
REFLEXÕES EM TORNO D' "O SALÃO DOS PASSOS PERDIDOS"	
<i>Caetano Lagrasta Neto</i>	67
PODER DISCIPLINAR: UM DIREITO PENAL ADMINISTRATIVO?	
<i>Cláudio Brandão</i>	83
CONSIDERAÇÕES DIGRESSIVAS E NEM SEMPRE ORTODOXAS DE COMO E PORQUÊ SER E NÃO SER ALTERNATIVO	
<i>Dário Rocha</i>	103
DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - DEC. LEI 911/69	
<i>Darley Kleber Timóteo Florentino</i>	121
DA CAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA DOS CONCILIADORES E JUÍZES LEIGOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS	
<i>Demócrito Ramos Reinaldo Filho</i>	139
GLOBALIZAÇÃO E ORDEM JURÍDICA: O DILEMA DA CIDADANIA NOS ESTADOS PERIFÉRICOS	
<i>Djason B. Della Cunha</i>	151
DESFORÇO <i>IN CONTINENTI</i> - DESFORÇO IMEDIATO	
<i>Elson Zopellaro Machado</i>	189
ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI (SEGURANÇA CIDADÃ E DIREITOS FUNDAMENTAIS)	
<i>Emílio Garcia Mendez</i>	199

REGULAÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO E DE TRABALHO: AS SEMELHANÇAS EM BUSCA DO EQUILÍBRIO SOCIAL	
<i>Eucida Melo Correia de Araújo</i>	213
O SIGNIFICADO DA CONSTITUCIONALIDADE: NOTAS PARA UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA	
<i>Fabiano André de Souza Mendonça</i>	253
A ELETRICIDADE E O FURTO DE ENERGIA	
<i>Flávio Augusto Fontes de Lima</i>	291
OBSERVAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE CONVOCAÇÃO DE UMA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE EM 1999	
<i>Gustavo Just da Costa e Silva</i>	317
DE 88 EM DIANTE	
<i>Hélio Silvio Ourem Campos</i>	339
UMA REFLEXÃO CRÍTICA ACERCA DA VISÃO DOGMÁTICA DE DIREITO	
<i>Inês Cristina Selbmann</i>	367
DO DIREITO DO ESTADO AO ESTADO DE DIREITO: UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO PLURALISMO JURÍDICO NAS SOCIEDADES PERIFÉRICAS	
<i>Jackson Borges de Araújo</i>	383
A CARACTERIZAÇÃO DO OBJETO DA CIÊNCIA DO DIREITO E O SEU PROBLEMA HERMENÊUTICO-DECISÓRIO	
<i>João Paulo Allain Teixeira</i>	405
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS: ASPECTOS DOCTRINÁRIOS	
<i>José Carlos Arruda Dantas</i>	429
CONSTITUIÇÃO, INTERPRETAÇÃO, COSTUME	
<i>José de Moura Rocha</i>	449
PERSPECTIVAS DA JUSTIÇA DO TRABALHO NUMA SOCIEDADE GLOBALIZADA	
<i>José Inácio Bezerra Diniz</i>	481
POSSIBILIDADE DE SER CONCEDIDO EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO	
<i>Leonardo José Carneiro da Cunha</i>	501
SOBRE A ARGUMENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: DESDOBRAMENTO DE UMA POLÊMICA	
<i>Maria Berúnia Silva</i>	511
DANOS MORAIS	
<i>Marupitaja Ramos Ribas</i>	527
O ESTADO EM QUESTÃO: PRESENTE E FUTURO	
<i>Neilson Saldanha</i>	533
CONCEITO DO DIREITO CIVIL	
<i>Sérvio Neves Baptista</i>	545
FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	
<i>Wladimir da Rocha França</i>	563
DESAPROPRIAÇÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 12 DA M.P. Nº 1.632 E A JUSTA INDENIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	
<i>Zélio Furtado da Silva</i>	593

APRESENTAÇÃO

Eis o sétimo número da *REVISTA DA ESMAPE*, em seqüência aos publicados na gestão do Des. Napoleão Tavares que, homem de letras públicas e literárias, quis fazer da revista uma irreversível obrigação da Diretoria e um direito dos alunos. Mais do que isto, a publicação andarihou pelas Comarcas de Pernambuco e de além-Pernambuco, firmando-se entre juízes, em particular, e estudiosos, em geral, especialmente entre os não burocraticamente acadêmicos.

Este número vai, em homenagem de saudade e gratidão, para o **Prof. João Batista Lippo Neto** (nosso mestre de Português e Linguagem Vernacular Jurídica, bem como revisor da revista) e para o **Prof. José de Moura Rocha** (lente de Processo Civil, na Faculdade de Direito do Recife, e nosso colaborador). A ambos ceifou a morte, para o nosso pesar, embora nos dois casos a “indesejada das gentes” tenha encontrado, como Bandeira, “lavrado o campo, a mesa posta e cada coisa em seu lugar”.

A *REVISTA DA ESMAPE* é, antes de tudo, um canal entre a Escola e a Magistratura de Pernambuco, efetivo canal, talvez insuficiente, mas pioneiro de outros que, a pouco e pouco, vamos tentando construir.

Recife, julho de 1998.

Des. Dário Rocha – Diretor

APRESENTAÇÃO

Teoria

DO INDEFERIMENTO DE PLANO DO AGRAVO. Algumas considerações

Alberto Flávio Barros Patriota

Juiz de Direito de 2.^a Entrância. Professor de
Direito Civil (Direito de Família) da Escola
Superior da Magistratura do Estado de
Pernambuco - ESMAPE.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Desenvolvimento do tema. 3. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Toda manifestação judicial é passível de revisão pela instância superior, revisora, porquanto tem o vencido o direito de ver reapreciado o seu pedido, tenha a decisão conteúdo meritório, terminativo ou que solucione questão incidente.

“Todo ato decisório do juiz que possa prejudicar um direito ou um interesse da parte deve ser recorrível, como meio de evitar ou emendar os erros e falhas que são inerentes aos julgamentos humanos e como atenção ao sentimento de inconformismo contra julgamento único, que é natural de todo ser humano.

Os recursos, todavia, devem acomodar-se às formas e oportunidades previstas em lei, para não tumultuar

processos e frustrar os objetivos da tutela jurisdicional em manobras caprichosas e de má-fé".¹

Na sistemática processual civil em vigor, das decisões proferidas pelo juízo de 1º grau, dois são os recursos de que dispõe a parte: o recurso de apelação e o recurso de agravo – de instrumento e retido.

O presente estudo se aterá ao recurso de agravo, especialmente aquele na modalidade de instrumento. O mestre Humberto Theodoro Júnior, na obra *Recursos – Direito Processual ao Vivo*, distingue os casos de recurso de apelação e de agravo de instrumento como segue:

- "a) cabe apelação contra os atos judiciais que se destinam a encerrar um processo que contém ação exercitada através de procedimento próprio;
- b) cabe agravo de instrumento contra as decisões que solucionam questões incidentes, mesmo que dotadas de procedimento autônomo, mas sem caráter de ação (exceção de incompetência, impugnação ao valor da causa); e ainda contra as decisões que apreciam verdadeiras ações, mas que se cumularam em procedimento preexistente, sem autonomia procedimental (reconvenção, declaratória incidental), desde, porém, que o procedimento não se encerre com o decisório a impugnar".²

Como se depreende da distinção ofertada pelo mestre, a apelação é recurso interposto em face de decisão judicial que resolve a demanda, pondo termo ao processo, apreciando ou não o mérito da querela, ou seja, visa devolver a sentença ao crivo da instância revisora; o agravo, por seu turno,

1 Humberto Theodoro Júnior, *Sentença – Direito Processual ao Vivo*, vol. 1, Aide, 1992, p. 13.

2 Humberto Theodoro Júnior, *Recursos – Direito Processual ao Vivo*, vol. 1, Aide, 1992, p. 13.

visa à manifestação judicial que decide questão incidente, a qual não extingue o feito.

Antes da edição da Lei nº 9.139/95, reconhecendo que era dever da parte fiscalizar a formação do instrumento, quando do processamento do recurso de agravo, houve alguns julgados que não conheciam de tal recurso à falta de peças essenciais. Tal posicionamento, contudo, ante o regramento legal até então em vigor, não prevaleceu, sendo remansosa a jurisprudência que determinava a realização de diligência para sanar a omissão. A doutrina perfilhava o entendimento de que a diligência se impunha. Veja-se a propósito o entendimento do professor Humberto Theodoro, verbis:

"Há julgados que à falta das peças essenciais não conhecem do agravo, a pretexto de ser dever da parte fiscalizar a formação do instrumento. No entanto, o certo é que a regra que torna obrigatórias essas peças se dirige aos órgãos judiciários encarregados do processamento do recurso. Sua falta é, pois, omissão da justiça que não deve prejudicar a parte."³

O entendimento do insigne professor não merecia qualquer reparo. Com efeito, o indeferimento de plano importava em rigorismo excessivo. Outra ilação não se podia extrair, como penso, diante do teor da redação do art. 557 (parte final) do Código de Processo Civil que até então vigia. Veja-se a redação em vigor antes da edição da Lei nº 9.139/95, verbis:

"Art. 557. Se o agravo for manifestamente improcedente, o relator poderá indeferir-lo por despacho. **Também por despacho poderá convertê-lo em diligência se estiver insuficientemente instruído.**" (destaquei).

Contudo, com as modificações introduzidas pela Lei nº 9.139/95, creio que a matéria sofreu significativa alteração. Da nova regra legal, como penso, outra conclusão não

3 Humberto Theodoro Júnior, *cit.*, p. 21.

há, data venia, senão a de que se deva negar seguimento ao agravo apresentado com ausência de peças essenciais. O que se pretende demonstrar adiante.

2. Desenvolvimento do tema

O recurso do agravo, com a vigência da Lei nº 9.139/95, sofreu profunda modificação no seu processamento, visando tornar mais célere a marcha processual, como consta expressamente da Justificativa ao Projeto de Lei nº 2.797/92.

Tendo em mente que o legislador reformista, ordinário, visou expungir os “gargalos” ou “pontos de estrangulamento”, até então reinantes, de molde a imprimir maior celeridade à marcha processual e, em consequência, permitir a prestação jurisdicional o mais eficaz e justa, toda e qualquer interpretação que se faça das alterações introduzidas na legislação processual, como penso, não poderá se distanciar de tal diretriz. Entendo, portanto, que se deva afastar toda e qualquer tentativa de “emperrar” a solução das demandas, sejam consentidas, ou involuntárias, por parte de quem procura o Judiciário, sob o argumento de que se deva facilitar o acesso à Justiça.

Nesta linha de raciocínio, permito-me escrever estas breves considerações, sem outro pensamento que não seja uma pequena contribuição e incentivo ao debate sobre o tema. Não tem este trabalho a pretensão de esgotar o assunto. É a forma que encontro de tornar pública a pequena contribuição de um neófito no vasto e belo mundo das ciências jurídicas.

Recentemente, em brilhante artigo na Revista “IN VERBIS”⁴, a Ex.m.^a Sr.^a Dr.^a Juíza Valência M. de Albuquerque, Titular da 9ª Vara da Justiça Federal – RJ, defendeu menos rigor por parte dos magistrados de 2º grau, que têm indeferido de plano quando o recurso de agravo, na modalidade de instrumento, é interposto com ausência de peças necessárias ao processamento.

4 Instituto dos Magistrados do Brasil – IMB, Revista IN VERBIS, edição dezembro/96, pp. 14/15.

Sua Excelência lembra que “alguns magistrados de 2º grau têm entendido, e neste sentido são acompanhados pela doutrina de J.E. Carreira Alvim no seu livro *Novo Agravo* (Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1996, pp. 98 – 99), não dar conhecimento à petição do agravo de instrumento que não venha devidamente instruída com a cópia da procuração outorgada ao advogado do agravante, nem com a cópia da certidão da respectiva intimação como determina o art. 525, I do CPC, com a redação dada pela lei 9.139 de 30.11.95, que assim dispõe:”⁵

“Art. 525. A petição de agravo de instrumento será instruída:

I – obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado.”⁶

Respeito tal entendimento, mas penso em sentido contrário. Justifico.

Malgrado não restar dúvidas de que o “operador” do direito não deve dar interpretação meramente literal aos comandos legais, não pode, contudo, o julgador, sob pena de estar legiferando – que lhe é defeso – afastar-se por completo do teor literal do que lá se contém. Analisando o art. 525 e inciso I, acima transcrito, verifica-se que a determinação inserta em tais dispositivos, consubstanciada nas expressões será e obrigatoriamente, encerra preceito taxativo, imperativo, cogente, não deixando ao intérprete grande indagação.

Da redação do art. 525, I, da Lei Instrumental Civil outra ilação não se extrai, ao meu sentir, senão a de que constitui ônus exclusivo do agravante, insuscetível de sanção,

5 Instituto dos Magistrados do Brasil... cit. p. 14.

6 Idem, p. 14.

ao interpor o recurso, instruí-lo com todas as peças a que alude o dispositivo legal em comento, porquanto exerce o relator juízo de admissibilidade do agravo, o qual, neste desiderato, deverá negar seguimento quando a peça de irresignação não estiver instruída na forma expressamente estabelecida na lei.

No mesmo sentido entende o Dr. Frederico Ricardo de Almeida Neves⁷, verbis:

“Trata-se, com efeito, de responsabilidade exclusiva da parte agravante, de sorte que o descumprimento da regra (ausência das peças obrigatórias), dará ensejo a que o agravo de instrumento não seja conhecido, por instrução deficiente (v. Theotônio Negrão, in Código de Processo Civil e legislação em vigor, Saraiva, 27ª edição, 1996, nota 5, lançada no art. 525, do citado diploma).13”⁸

O Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco, em diversos julgados, tem afirmado idêntico entendimento, como se pode constatar das decisões seguintes:

“Dos documentos juntos com a inicial vê-se que falta a certidão de intimação da decisão agravada. Dentre as cópias obrigatórias que devem instruir a petição de agravo de instrumento, exige o art. 525, I, do CPC, com a nova redação da Lei nº 9.139, de 30.11.95, a ‘da certidão da respectiva intimação’. Por tudo isso, o recurso é manifestamente inadmissível, razão pela qual nego-lhe seguimento.” (TJ-PE, parte de despacho no Agravo de Instrumento nº 1997/0039027-6/00, Rel. Des. Napoleão Tavares, DPJ 13.11.97, p. 4).

7 Frederico Ricardo de Almeida Neves, in *Agravo – Nova Sistemática*, Ed. Bagaço, 1996, p. 45.

8 O eminente processualista pernambucano, em nota de rodapé, acrescenta: “13 Nega-se seguimento ao agravo de instrumento se a peça recursal não está instruída com a certidão de intimação da decisão guerreada. Veja-se, a propósito, a decisão exarada pelo Des. IVONALDO PEREIRA DE MIRANDA, nos autos do agravo de instrumento nº. 1996 – 0028164 – 7/00, publicada no Diário do Poder Judiciário do dia 16.ABRIL.1996, (ob. cit., p. 45).

“No juízo de admissibilidade verifica que peça essencial e obrigatória que é prova da intimação agravada, esta, veio de forma equivocada, feita pela própria parte interessada, agravante, e subscrita por quem não tem competência para tanto, o ato é privativo das serventias de justiça, e, se assim praticou foi como que, uma intromissão nos atos do judiciário. Afinal, o que vejo é a má instrução do recurso, por isso, nego seguimento, por ser inadmissível (art. 557 do CPC)” (TJ-PE, despacho no Agravo de Instrumento nº 1996/0032593-7/00, Rel. Substituto Ivonaldo Miranda, DPJ 13.11.97, p.3).

“Ementa. Processo Civil. Agravo de Instrumento. Ausência de certidão de intimação do despacho agravado. Pressuposto de admissibilidade inexistente. Recurso aforado a destempo. À unanimidade, não se conheceu do recurso.” (TJ-PE, Ac. Unân., 2.ª Câ. Civ., Rel. Des. Joaquim de Castro, DPJ 14.11.97, p. 4)

Por outro lado, o art. 557 do CPC, em sua redação anterior, estabelecia:

“Art. 557. (...) **Também por despacho poderá convertê-lo em diligência se estiver insuficientemente instruído.**” (destaquei)

O referido dispositivo legal, com a redação atribuída pela lei 9.139/95, dispõe:

“Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicial ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior.”

Ora, cotejando-se as duas redações – a revogada e a atual em vigor –, creio ser indubitável, inquestionável, que o legislador retirou do relator a faculdade de converter em diligência quando o agravo for interposto “insuficientemente instruído”, introduzindo, ao revés, de forma peremptória, cogente, que “o relator **negará** seguimento a recurso **manifestamente inadmissível**, (...) (destaquei). Quer-me parecer que o agravo, estando insuficientemente instruído, com ausência de peça(s) essencial(is), é agravo manifestamente inadmissível, pelo que não deve ser conhecido.

A atual redação do art. 557, é certo, não comina expressamente pena de indeferimento liminar do agravo de instrumento instruído com ausência de peças essenciais. Nada obstante, penso que diante da terminologia utilizada – manifestamente inadmissível – em contraposição àquela outra, permissiva à sanação, da redação revogada, não me parece exagerado admitir que o legislador efetivamente pretendeu suprimir do relator a faculdade de determinar diligência a ser cumprida pela parte. Ao meu sentir, não é, por igual, despropositado, *concessa venia*, interpretar-se estar contido na expressão “manifestamente inadmissível”, que o agravo de instrumento que não obedece à forma explicitamente prevista na lei, faltando-lhe quaisquer das peças elencadas no mencionado dispositivo, insuficientemente instruído, repita-se, não merece prosperar, sendo de ser negado seguimento pelo relator.

AD ARGUMENTANDUM TANTUM, digno de se registrar que a parte dispõe de 10 (dez) dias, e não mais de 05 (cinco) como anteriormente, para exercer o seu direito de irrisignação, devendo interpor o recurso perante o tribunal “ad quem” e não mais perante o juízo “a quo”, o que, ao meu sentir, demonstra a real intenção do legislador de imprimir maior celeridade às demandas postas ao deslinde pelo Poder Judiciário. O legislador transferiu ao interessado a responsabilidade pela formação do instrumento.

MUTATIS MUTANDIS, de bom alvitre registrar-se que o mesmo legislador que introduziu as suso mencionadas alterações no processamento do agravo, estabeleceu que a parte deverá comprovar o efetivo preparo quando da interposição de recurso, quando exigível, sob pena de ser-lhe negado seguimento face à deserção conforme se depreende da regra gizada no art. 511 da Lei Instrumental Civil, com a redação estabelecida pela Lei nº 8.950/94, *in litteris*:

“CPC – Art. 511. No ato de interposição do recurso,

o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de retorno, sob pena de deserção.”

Destarte, penso que admitir seja sanada a falta de quaisquer das peças, que a lei entende essenciais ao processamento do agravo de instrumento, mediante a conversão em diligência não mais prevista no ordenamento, só contribuirá para protelar a decisão final, batendo de frente com o espírito do legislador, em nada contribuindo para a solução célere, eficiente e eficaz do litígio. Ademais, penso que o indeferimento liminar do agravo insuficientemente instruído, repita-se, está amparado pela expressão “manifestamente inadmissível” contida no art. 557 do Código de Processo Civil, na redação dada pela lei nº 9.139/95.

Ante toda a argumentação expendida, sem embargo das respeitadas opiniões em contrário, creio estarem sintonizados com a lei os julgadores integrantes das diversas cortes de justiça deste país continente, quando têm indeferido, “in limine”, o agravo de instrumento insuficientemente instruído, pela ausência de peças essenciais: cópia da decisão agravada, certidão da respectiva intimação e procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado, haja vista que a presença de tais peças, por expressa exigência legal, devem acompanhar a inicial do recurso. Sendo ônus da parte desincumbir-se de tal mister.

Por outro lado, entendendo que a lei retirou do relator a faculdade que até então detinha de determinar a sanação mediante a conversão em diligência, na hipótese de agravo insuficientemente instruído, penso não restar malferido o direito de defesa e o direito processual de estar em juízo do recorrente, inocorrendo, na espécie, violação ao disposto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, o não conhecimento de agravo de instrumento instruído com ausência de quaisquer das peças elencadas no inciso I, do art. 525 do Código de Processo Civil atualmente em vigor.

3. Considerações finais

Constitui ônus da parte instruir a petição de agravo de instrumento com todas as peças essenciais elencadas no art. 525, I do Código de Processo Civil. O legislador transferiu à parte a responsabilidade da formação do instrumento de agravo.

Diante da nova regra insculpida no art. 557 da Lei Instrumental Civil, com a redação introduzida pela Lei nº 9.139/95, em comparação com a norma revogada, creio ser indiscutível, data venia, que ao relator não mais se faculta determinar a realização de diligências tendentes a sanar eventual omissão do agravante no que concerne à falta das peças essenciais.

O aforamento de agravo de instrumento com ausência de quaisquer das peças essenciais expressamente previstas no art. 525, I, do Codex Civil de Ritos, importará ao agravante a sanção de não conhecimento do recurso, sendo indeferido de plano pelo relator, por tratar-se de "recurso manifestamente inadmissível".

À prestação na prestação jurisdicional concorrem, nos limites de suas respectivas atuações, o Magistrado, o Advogado e o Representante do Ministério Público. Afinal, a Advocacia e o Ministério Público, na forma da Magna Carta, são funções essenciais à justiça.

O indeferimento de plano de agravo insuficientemente instruído, pela ausência de quaisquer das peças essenciais previstas no art. 525, I do Código de Processo Civil - recurso manifestamente inadmissível -, não importa violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Referências Bibliográficas

- HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, Sentença - *Direito Processual ao Vivo*, vol. 1, Aide, 1992, p. 13
- HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, Recursos - *Direito Processual ao Vivo*, vol. 2, Aide, 1992, p. 13
- HUMBERTO THEODORO JÚNIOR cit., p. 21
- INSTITUTO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL - IMB, *Revista IN VERBIS*, edição dezembro/96, pp. 14/15
- INSTITUTO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL cit. p. 14.
- Idem, p. 14.
- FREDERICO RICARDO DE ALMEIDA NEVES, in *Agravo - Nova Sistemática*, Ed. Bagaço, 1996, p. 45.

MEDIDA PROVISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Alexandre Milton Prazeres da Costa

Advogado e aluno da Escola Superior da
Magistratura do Estado de Pernambuco -
ESMAPE

SUMÁRIO

1. Introdução: Conceito de tributo. 2. É a Medida provisória lei? 3. Segurança jurídica. 4. Anterioridade. 5. Competência legislativa tributária. 6. Referências Bibliográficas

1. Introdução: Conceito de tributo

O termo *tributo* é para a ciência do direito uma expressão multívoca, rica em acepções e significados. Apenas para termos uma idéia, flagra nos textos legais o conceituado Professor Paulo de Barros Carvalho¹ nada menos que seis significados diferentes para tal expressão.

No entanto, para os fins a que se compromete este trabalho, não ficaremos detidos no plano das conjecturas semânticas, dando-nos por satisfeitos com a definição fornecida pelo Código Tributário Nacional em seu art. 3º, *infra* transcrito *in verbis*:

“Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção por ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.” (grifo nosso)

Nosso ordenamento jurídico positivo conhece hodiernamente, além das três espécies tradicionais de tributo – impostos, taxas e contribuições de melhoria – mais duas, que foram elevadas a essa condição pelo supremo texto constitucional: os empréstimos compulsórios e as contribuições sociais.

Com efeito, postos dentro do Capítulo I do Título VI da Constituição Federal de 1988, intitulado *Do Sistema Tributário Nacional*, mais precisamente em seus arts. 148 e 149, não há hoje como negar-lhes natureza tributária.

Contudo, o que mais nos chamará a atenção no decorrer deste trabalho não são também as espécies tributárias, mas sim o pequeno trecho do infra reproduzido art. 3º do CTN adrede sublinhado. Ou seja, vai nos interessar entender até que ponto vai a extensão do requisito da instituição mediante lei previsto no referido dispositivo. Ou ainda, falando diretamente, nossa preocupação consiste justamente em saber se pode um tributo, sob qualquer de suas modalidades, ser instituído por meio de medida provisória.

É sobre esse sempre atual tema que dissertaremos a partir de agora, tecendo considerações acerca dos mais difundidos argumentos desfavoráveis a essa prática, conforme demonstraremos, por tudo contrária ao arcabouço constitucional pátrio.

2. É a Medida Provisória lei?

A medida provisória, não obstante ser parte integrante do processo legislativo, nos termos do inciso V do art. 59 da Carta Magna, e de possuir força de lei quando editada em conformidade com os requisitos do art. 62 da mesma Carta Política, não é lei no sentido formal. E isso pode ser afirmado com certeza ante sua própria natureza cautelar, precária.

Destinada a atender a situações de relevância e urgência, deve ser convertida em lei no prazo máximo de 30 dias, sob pena de perda de eficácia *ex tunc*.

É certo que uma lei pode ser promulgada para produzir efeitos durante um curto espaço de tempo, ou ainda para atender a certo fato jurídico específico. Porém, se medida provisória fosse realmente lei, não haveria motivo para o constituinte procurar convertê-la no que já é. Haveríamos, por decorrência, de ter que reconhecer como letra morta o parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal, quando sabemos que um texto constitucional não pode comportar expressões inúteis.

Outrossim, a medida provisória não passa por rigores formais a exemplo das leis. Afinal de contas que processo legislativo é esse em que o próprio Presidente inicia, discute, aprova, sanciona e edita o ato legislativo?

Daf a afirmação de Fran Figueiredo²:

“As medidas provisórias não percorrem o caminho comum às leis. Escapam do trabalho das comissões e do debate parlamentar. Não amadurecem, por assim dizer, num processo amplo gerado pela controvérsia. Não incorporam, salvo em grau diminuto, opiniões novas; não se enriquecem com as manifestações colhidas da opinião pública e dos círculos técnicos e científicos. Antes, ao contrário, interceptam todo o processo convencional de elaboração de leis. Desabam sobre o Parlamento como um raio e, em meio ao tumulto de opiniões em pânico e sob a incontrolável pressão das circunstâncias, fazem o seu marco, deixam o seu rastro e, como mandamentos da legislação comum, impõem a sua força.”

Assim, não negamos a força legislativa com que o legislador constitucional a investiu, mas daí a considerá-la ou ao menos equipará-la à lei, muito ainda falta, pois para isso é preciso que os cidadãos brasileiros, por meio de seus representantes eleitos para o Legislativo, poder naturalmente vocacionado a legislar, dêem seu assentimento.

Sob esse prisma, reconhecer ao instituto da medida provisória o condão de instituir ou modificar obrigação tributária é negar o próprio princípio da legalidade tributária, previsto no suso mencionado art. 3º do CTN, e insculpido no art. 150, parágrafo 6º da *Lex Principalis*, nos seguintes termos:

“§ 6º. Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g.”

É passar por cima de uma limitação constitucional ao poder de tributar:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

3. Segurança jurídica

Voltando ao art. 3º do CTN e recorrendo mais uma vez aos ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho (op. cit.), podemos afirmar que decorre da própria acepção do vocábulo tributo o fato de ser uma coisa sobre a qual os administrados devem declarar previamente seu consentimento. Isso implica até mesmo uma repulsa à idéia de sua instituição unilateralmente pelo Estado, por meio do Poder Executivo, que já não tem – ou pelo menos ninguém pode conceber que tenha – os mesmos poderes absolutos de outrora.

A instituição de um tributo, continua o autor, é algo que mexe com direitos fundamentais precípuos da pessoa humana: propriedade e liberdade.

Ora, se assim é, não há como fazê-lo por meio de um veículo provisório, condicionado à apreciação do Congresso Nacional e que durante toda sua existência vai refletir um ato político – não legislativo – imposto pela vontade singular do chefe do Executivo.

Entra em pauta então o princípio da segurança jurídica, já que a obrigação, que não decorre, frisemos, *ex lege*, pode extinguir-se a qualquer tempo, colocando em posição delicada justamente quem se esmerou por cumpri-la, à medida que terá que esperar pelo devido ressarcimento ou compensação. Outrossim, sairá vulnerado o princípio da igualdade, insito no art. 5º da Constituição, pois ficará em plano privilegiado quem inadimpliu a obrigação tributária.

4. Anterioridade

Conforme anota Misabel de Abreu Machado Derzi³ em excelente trabalho intitulado “Medidas provisórias – sua absoluta inadequação à instituição e majoração de tributos”, (...) *A segurança jurídica, consagrada como princípio fundamental no art. 5º da CF, expressa-se de forma recrudescida no Direito Tributário, uma vez que não se manifesta, como ocorre nos demais ramos jurídicos, apenas por meio da legalidade formal, material ou pela irretroatividade genérica das leis. (...) Realiza-se, através do princípio da anterioridade das leis fiscais ao exercício de cobrança(...).*

Assim, aparece o princípio da anterioridade como um corolário da segurança jurídica, pois é justamente em atenção a esta que o legislador constituinte tornou defeso no art. 150, inciso III, alínea “b” de sua obra, cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Ora, é patente a incompatibilidade do princípio da

anterioridade com o instituto da medida provisória, que deve ser editada com observância dos requisitos de relevância e urgência sob pena de desnaturar-se por nascer inconstitucional.

É cediço que somente pode ser introduzida em nosso ordenamento medida provisória disposta a produzir efeitos jurídicos imediatamente, pois, do contrário, urgente não será a razão de sua existência. Medida provisória com *vacatio legis* não é medida provisória.

Entendemos que pode uma medida provisória retroagir, pois a relevância e a urgência que a justificam podem exigir que ela deva alcançar fatos pretéritos, juridicizando-os, o que por si só não a tornaria frita nem a eivaria de inconstitucionalidade, desde que respeitasse os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e as coisas julgadas por ventura existentes (CF, art. 5º, inc. XXXVI). Mas isso jamais poderia ser feito em matéria tributária, não só em virtude do princípio da anterioridade, mas também da segurança jurídica e da própria acepção que o vocábulo tributo ostenta nos dias atuais, conforme a doutrina de Paulo de Barros Carvalho linhas acima referida. Ademais, a Constituição dentro da seção destinada às limitações ao poder de tributar faz expressa a proibição de atribuir-se a fatos passados o dom de gerar uma obrigação tributária:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....
 III – cobrar tributos:

.....
 a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.”

Contudo, o princípio da anterioridade não pode ser

entendido em termos absolutos, uma vez que a própria Carta Magna o excepciona em situações bem definidas. Sintetiza-as Misabel Derzi (op. cit.) da seguinte maneira:

- “I- em relação aos impostos incidentes sobre a importação e a exportação, sobre produtos industrializados e sobre as operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários (art. 153, I, II, IV e V, cf. art. 150, § 1º);
- II- aos empréstimos compulsórios, instituídos para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública ou de guerra externa ou sua iminência (art. 148, I);
- III- aos impostos instituídos em caso de guerra ou sua iminência (art. 154, II);
- IV- às contribuições sociais, para a previdência social, previstas no art. 195.”

Tais temperamentos, no entanto, não significam que está sendo aberta uma brecha para o uso da medida provisória. E isso tem várias explicações lógicas.

Em primeiro lugar, em relação aos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V, do art. 153, a Constituição mantém a obrigatoriedade de lei para discipliná-los, tanto que não fez referência no parágrafo 1º de seu art. 150 – e não poderia de modo algum fazê-lo – à exclusão do princípio da legalidade. Vejamos sua dicção:

“Art. 150 *Omissis*

.....
 § 1º. A vedação do inciso III, b, não se aplica aos impostos previstos nos arts. 153, I, II, IV e V, e 154, II.”

O que o constituinte excepciona unicamente é a alteração de alíquotas desses mesmos impostos, o que poderá ser feito por atos administrativos outros que não a

medida provisória.

“Art. 153. *Omissis*

.....
 § 1º. É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.”

Ora, se o Executivo dispõe de outros meios para proceder a essa alteração, meios esses não sujeitos à apreciação do Legislativo, podemos questionar: por que o Presidente da República o faria por medida provisória, que se submete aos requisitos da relevância e urgência e que deve ser imediatamente apreciada pelo Congresso Nacional?

Entendemos que mais do que uma inadequação prática, majorar a alíquota de qualquer desses impostos por meio de medida provisória implicaria, pelos mesmos motivos já acima delineados, uma ofensa aos princípios da segurança jurídica e da igualdade, pois, se não convertida em lei, a medida provisória perderia a eficácia *ex tunc*, causando imensos danos aos contribuintes.

Assim, a Constituição realmente não veda a possibilidade de utilização da medida provisória como veículo desta modificação da obrigação tributária. Porém, na nossa modesta concepção, para que isso se verifique, deve haver a manutenção de todos os contornos legais intrínsecos e extrínsecos do instituto jurídico aqui debatido, os quais encontram disciplinamento legal no art. 62 da CF (relevância e urgência).

Em segundo lugar, é cristalina a inviabilidade de ser instituído empréstimo compulsório mediante medida provisória. Tal impossibilidade se deve ao fato de estar essa espécie tributária sujeita a um único regramento jurídico, o de lei complementar. É o que exige expressamente a Carta Magna no *caput* de seu art. 148:

“Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá

instituir empréstimos compulsórios.” (*grifo nosso*)

É nítido e incontroverso que o legislador está se referindo a todas as espécies de empréstimo compulsório, sendo para nós incompreensível como doutrinadores consagrados conseguem excepcionar do regramento da lei complementar os empréstimos compulsórios destinados a atender a investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional.

Trata-se, repetimos, de uma exceção ao princípio da anterioridade, não do da legalidade, que neste caso é até mais restrito, já que o constituinte exige como formalidade a lei complementar, que como sabemos possui âmbito material exclusivo, previsto expressamente na Carta Magna, e forma de aprovação diferenciada (maioria absoluta em ambas as casas legislativas, na forma do art. 66 da CF).

Se a medida provisória vier a disciplinar matéria exclusivamente reservada à lei complementar, tornar-se-á inconstitucional, ainda que aprovada por quorum privilegiado. Se bem que tal afirmação comporta controvérsias.

Alguns que a aceitam preferem justificar tal inconstitucionalidade na inteligência do parágrafo 1º do art. 68, que veda a delegação ao Presidente da República de matéria especificamente destinada a lei complementar, *in verbis*:

“Art. 68. *Omissis*.

§ 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

.....
 (grifo não constante no original)

Afirmam estes partidários que se a Constituição proibiu que as matérias reservadas à lei complementar se

tornassem objeto de lei delegada, por consequência estaria da mesma forma proibido seu disciplinamento por meio de medida provisória.

Respeitamos tão conceituada opinião, contudo nos permitimos pensar diferente.

Isso porque, conforme nos mostra Hugo de Brito Machado⁴, uma coisa é medida provisória, outra lei delegada, embora a dignidade jurídica desta se sobreponha à daquela, como afirma Ives Gandra Martins⁵. Constituem, pois, institutos jurídicos inteiramente diversos, submetidos a regramentos jurídicos distintos. Lei delegada é efetivamente lei; medida provisória não, pois deve ser convertida, além de não passar por um processo legislativo.

Ademais, o art. 68 supratranscrito é um dispositivo constitucional limitativo de direitos, e a boa hermenêutica manda que nesses casos a interpretação seja restritiva, sendo defeso qualquer tipo de interpretação ou integração analógica.

Assim, preferimos defender a tese de que medida provisória não pode invadir âmbito material destinado à lei complementar porque este é exclusivo, o que exsurge da própria importância desta. Também pelo fato da lei complementar ser hierarquicamente superior à lei ordinária, e conseqüentemente também à medida provisória, ainda que a doutrina mais moderna repudie essa hierarquia.

Ora, se a Constituição reconhece a importância de determinadas matérias, prescrevendo forma diferenciada para seu disciplinamento é porque a lei complementar sobrepõe-se à ordinária. Se a Constituição busca diferenciar forma e matéria deste ato legislativo é porque o privilégio em detrimento dos demais.

Não há como negar que lei é forma e matéria, e são esses pressupostos que distinguem os diversos atos legislativos, não só quanto à natureza (p. ex., pela forma de aprovação sabemos se se trata de uma emenda constitucional, de uma lei ordinária, de uma medida

provisória, etc.), como também, dentro do mesmo tipo de ato legislativo, qual é cada um (v. g., é pela matéria que sabemos se estamos diante de uma lei ordinária penal, cível ou administrativa). E tanto isso é verdade que se retirarmos a forma de um ato legislativo este deixa de existir como tal; por outro lado, se extrairmos sua matéria tornar-se-á o mesmo inane.

Portanto, se a Constituição reserva as matérias mais importantes para serem reguladas por lei complementar, e se esta possui uma forma mais rígida de aprovação é porque sem dúvida é superior hierarquicamente à lei ordinária.

Outrossim, admitir que uma lei complementar possa ser revogada por uma ordinária, é aceitar que o quorum de maioria simples tenha o poder de sobrepujar o de maioria absoluta, ferindo de morte o princípio da representatividade, pelo qual um único voto de um deputado representa a vontade de milhões de brasileiros. A lei complementar, devemos reconhecer, existe justamente para evitar que certos disciplinamentos vitais à ordem estatal possam ser instituídos ou alterados por uma representatividade mínima.

Desse modo filiamo-nos à corrente defendida por Hugo de Brito Machado (op. cit.), quando afirma:

“Na verdade, a lei complementar é hierarquicamente superior à lei ordinária. É certo que a Constituição estabelece que certas matérias só podem ser tratadas por lei complementar, mas isto não significa de nenhum modo que a lei complementar não possa regular outras matérias, e, em se tratando de norma cuja aprovação exige quorum qualificado, não é razoável entender-se que pode ser alterada, ou revogada, por lei ordinária.”

Não obstante as divergências, o importante é admitir que medida provisória não tem o condão de

imiscuir-se em matéria reservada à lei complementar, não podendo, em decorrência, jamais ser nesta convertida.

Em terceiro lugar, voltando às exceções ao princípio da anterioridade supra sintetizados, no tocante aos impostos instituídos em caso de guerra ou de sua iminência, também não se justifica a negação do princípio da legalidade.

Não é por estar em período de beligerância ou próximo a este que se torna facultado ao Chefe do Executivo tudo fazer, desprestigiando o próprio Estado Democrático de Direito e as instituições jurídicas que lhe são imanentes.

Pelo contrário. Se assim proceder, pensamos, deverá ser responsabilizado, pois novamente o que a Constituição excepciona é o princípio da anterioridade, não o da legalidade.

Além disso, conforme mostra Misabel Derzi (op. cit.) a Carta Magna concede ao Presidente para tais ocasiões um instrumento mais ágil, qual seja, o estado de sítio, desde que autorizado pelo Congresso Nacional por maioria absoluta.

E, finalmente, em quarto lugar, quanto à possibilidade de instituir contribuição social por meio de medida provisória, pouco há o que argumentar pois é flagrante a própria incompatibilidade desta obrigação tributária com a natureza precária da medida provisória.

Isso porque o tempo máximo de vida que a medida provisória pode ter é de 30 (trinta) dias, ao cabo dos quais deve ser rejeitada ou convertida em lei, consoante determina claramente o parágrafo único do artigo 62 da CF.

Ora, se é verdade que a Constituição confere às normas veiculadoras de contribuições sociais uma forma singular no tocante aos planos de existência, validade e eficácia (art. 195, § 6º), não as submetendo ao princípio da anterioridade, impõe, por outro lado, a obrigatoriedade de que a vigência das mesmas somente se inicie após o decurso de noventa dias da lei que as houver instituído ou aumentado.

Assim, conforme ensina Brasilino Pereira dos Santos⁶, seriam necessárias três medidas provisórias em reedição sucessiva para suprir o interregno nonagintídio, o que sabemos ser inconstitucional. Muito menos se justificaria deferir os efeitos da medida provisória para após esses noventa dias, pois lhe careceriam os requisitos de relevância e urgência.

5. Competência legislativa tributária

Pelo princípio da indelegabilidade da competência tributária, uma vez atribuído à determinada pessoa jurídica o poder-dever de instituir determinado tributo, este não poderá jamais ser delegado.

Conforme os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho (op. cit.), apesar deste princípio não mais encontrar lugar expresso na Constituição, esta o reconhece quando atribui à União, aos Estados e aos Municípios prerrogativa exclusiva para determinados tributos.

O Código Tributário Nacional, que possui *status* de lei complementar, contudo, o abriga explicitamente em seu art. 7º infra reproduzido:

“Art. 7º. A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público ou outra, nos termos do § 3º do art. 18 da Constituição.”

(a remissão é feita à CF de 46)

Nesses termos, a competência legislativa tributária, que é plena, nos termos do art. 6º do CTN, não poderá, em regra, ser delegada. O que poderá, não obstante, ser passado adiante é a chamada capacidade ativa de recolher e fiscalizar o tributo, bem como de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária.

Sob esse prisma, podemos extrair da lição de Sacha Calmon Navarro Coelho⁷, que mesmo para aqueles que admitem natureza de lei à medida provisória, seria impossível, em virtude deste princípio, ao Chefe do Executivo, legislar sobre matéria de competência exclusiva das pessoas de direito público interno.

A prática de legislar sobre matéria tributária por meio de medida provisória é, pois, uma invasão de competências vedada pela Carta Magna, já que a União não é formada exclusivamente pelo Presidente da República, mas sim pela soma de seus três Poderes. Assim, é inconcebível que o Chefe do Executivo venha a se arvorar na pessoa da União, criando um tributo a desdém da apreciação do Legislativo.

6. Referências Bibliográficas

- 1 - CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. Saraiva, 6ª ed., SP, 1988;
- 2 - FIGUEIREDO, Fran. As medidas provisórias no sistema jurídico-constitucional brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 28, nº 110, abril/junho, 1991;
- 3 - DERZI, Misabel de Abreu Machado. Medidas provisórias - sua absoluta inadequação à instituição e majoração de tributos. Revista de Direito Tributário, nº 45, julho/setembro, 1988;
- 4 - MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. Malheiros Editores, 12ª ed., 1997;
- 5 - MARTINS, Ives Gandra. Sistema tributário na Constituição de 1988. Saraiva, 4ª ed., SP, 1992;
- 6 - SANTOS, Brasilino Pereira dos. As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil. Ltr, SP, 1993.
- 7 - COELHO, Sacha Calmon Navarro. Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário. Forense, 1993, RJ;

AS AUDIÊNCIAS JUDICIAIS COMO PROCESSO DE LEGITIMAÇÃO E JUSTIÇA SOCIAL (À Luz da Teoria da Justiça de Rawls e da Legitimação pelo Procedimento de Luhmann).

Artur Stamford

Professor Substituto do III Departamento da Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco-UFPE. Prof. Adjunto de Hermenêutica Jurídica da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE.

SUMÁRIO

1. Nosso Objetivo; 2. Reflexões Iniciais; 3. Metodologia Intuicionista; 4. A Teoria da Justiça como Equidade; 5. Dois Princípios da Justiça; 6. A Aplicação dos Princípios da Justiça às Instituições; 7. Em Suma; 8. Bibliografia.

1. Nosso objetivo

Assistimos hoje à crescente valoração da conciliação, tanto face à Lei 9.099, de 26/09/95, como, à reforma do código de processo civil com a instauração da audiência de conciliação, em seu art. 277, § 2º. Acontece que a forma como vêm sendo realizadas essas audiências e o despreparo dos conciliadores (Junqueira, 1993: 100) terminam por afetar o direito como instituição responsável por digerir, administrar e dirimir os conflitos intersubjetivos (inter = entre; subjetivo = pessoas) de interesses, ao promover aproximação entre as pessoas (Souto, 1981: 101; Souto, 1992: 43; Souto, 1997: 22).

Com este texto pretendemos trabalhar a perspectiva de a realização das audiências judiciais (conciliação e

instrução e julgamento) servirem para promover maior justiça social e legitimar as decisões finais, para o que impõe-se maior participação das partes litigantes. Trabalhamos, então, a teoria da justiça como equidade proposta por John Rawls e a legitimação pelo procedimento de Niklas Luhmann.

2. Reflexões iniciais

A pretensão de monopólio de criação do direito por parte do Estado ocasionou a teoria da completude do ordenamento jurídico, com a previsão de todo e qualquer conflito social, desde que **juridicamente admitido**, e a obrigatoriedade de os magistrados decidirem todos os litígios, fundamentando-os em textos legais (Adeodato, 1992: 211). Assume, então, a dogmática jurídica o *status* de única ciência do direito e reduz-se o mundo jurídico ao direito estatal. As fontes do direito são apenas as legalmente, porque legisladas, previstas. Busca-se apresentar um modelo hermenêutico como método de interpretação e aplicação do direito posto pelo Estado. Nesta perspectiva a atividade jurisdicional limita-se a reconhecer direitos, recorrendo aos métodos próprios do direito estatal, a partir dos dispositivos legais. Elaboram-se os modelos de interpretação: filológica ou gramatical, lógica, histórica e sistemática. (Betti, 1955: 801-66; Ferraz Jr. 1994: 287-93; Machado, 1997: 75-6; Barroso, 1996: 119-39; Paula Batista, 1986: 10-14).

Como na prática forense revela-se a insuficiência da letra da lei como critério **único** às tomadas de decisões judiciais, pois outros mecanismos de informação interferem na produção dessas decisões, autores consideram direito não as leis emanadas do Legislativo, mas os textos legais aplicados (efetivamente utilizados) pelos magistrados e tribunais judiciais, consideram direito as normas eficazes, porque utilizadas pelo Judiciário. É a concepção realista

do direito, que trata da eficácia jurídica, sustentada por Alf Ross (1977: 105-51; 1982: 138; 1961: 23; Massini, s.d.: *passim*). Já os sociólogos, preocupados com o afastamento do direito em relação à sociedade, trabalham a eficácia social, ou seja, a coesão social aos preceitos legais; divulgam-se pesquisas que revelam a existência de normas sociais, mais eficazes que as jurídicas, para dirimir os conflitos sociais por servirem para guiar os comportamentos, falam em um direito vivo, com Eugen Ehrlich, na Alemanha (Ehrlich, 1986: 373-88; Treves, 1993:112-17) e em direito livre, como na escola da livre investigação do direito de François Génys, na França (Azevedo, 1991: 5-19; Treves, 1993:118-20). Nem por isso eles, realistas e sociólogos, deixam de defender a necessidade de um direito estatal como forma de controle social, todavia não reduzem o mundo jurídico a esta forma de manifestação do direito.

O dogmatismo reage a estas posturas acusando-os de lançarem a sociedade à insegurança ao porem em "cheque" o direito estatal e, conseqüentemente, sua certeza. Com base no argumento de que a segurança da sociedade provém das prescrições normativas, sustentam que elas garantem, por serem modelos de comportamento, as expectativas de cada um, pois permitem prever-se os comportamentos alheios. Assim, frustradas as expectativas, recorre-se ao Poder Judiciário requerendo a restauração da situação de equilíbrio social. Acontece que o "marketing" dogmático da certeza do direito estatal só tem lugar àqueles que restringem seu conhecimento às leituras apressadas ou à informação do "ouvi dizer"; é que em nenhum escrito os realistas nem os sociólogos proclamam o fim do direito estatal, antes visam promover seu aprimoramento. Fique evidenciado, portanto, que essas correntes são contrárias aos dogmáticos, não ao positivismo jurídico. Elas nada mais fazem que evidenciar a

insuficiência de as decisões judiciais serem tomadas com base restrita aos textos legislativos, pois inúmeros são os casos concretos em que o magistrado vê-se entre alternativas à decisão, inclusive devido à ambigüidade e vagueza dos textos legais (Reale, 1994: 23 e 25). Daí, ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, acatam meios de integração do direito, como a analogia, os princípios gerais do direito e a equidade; amplia-se assim a perspectiva da formação do livre convencimento do juiz para tomar uma decisão.

Há, então, que se indagar: as normas jurídicas conduzem os magistrados a uma única via de raciocínio? Como inferir a uma lei a qualidade de injusta? Há criação judicial do direito? São os magistrados irresponsáveis? Mauro Cappelletti, trabalhando o controle da magistratura, responde negativamente a esta pergunta e elenca responsabilidades políticas, sociais e jurídicas dos magistrados (1988: 28), todavia reconhece um âmbito de criação judicial do direito (1993: *passim*). O problema repousa antes no fato de as normas jurídicas estatais não fornecerem um único caminho ao raciocínio dos juristas, lançando-os em situações de tomadas de decisão, quando mais de uma alternativa é passível de escolha, pois além da vagueza e da ambigüidade, os termos jurídicos são genéricos, impondo à atividade jurisdicional, ao ter que se aplicar a lei, realizar uma escolha dentre alternativas. O próprio Kelsen termina reconhecendo uma instância de criação do direito nas decisões judiciais e rejeita a aplicação dos princípios da lógica formal às conclusões, decisões judiciais (Kelsen, 1986: 285-87).

Para evidenciar esta situação de tomada de decisão, recorreremos ao exemplo da situação dos adolescentes de Brasília cujo ato resultou na morte por queimadura de um índio. Como classificar juridicamente esta situação social, trata-se de homicídio ou de lesão corporal seguida de morte? O direito estatal oferece mais de uma resposta,

restando aos juristas lançarem mão de critérios outros para sustentarem suas argumentações em favor de uma ou outra posição. Contudo, qualificando-o por homicídio, a competência do julgamento é do júri; caso lesão corporal, de um magistrado. É quando verificam-se interesses outros fazendo parte do jogo das decisões judiciais.

É, portanto, insuficiente, para solver os litígios, recorrer-se apenas aos textos legislativos, às jurisprudências e às doutrinas. Será o direito um arsenal de preceitos nos quais os magistrados buscam argumentos legitimadores de suas decisões, convencendo assim as partes litigantes de acatarem a decisão final? Tem o direito alguma relação com justiça ou é uma técnica de domínio social? Responder estas perguntas reporta-nos à dificuldade em atribuir um conteúdo ao que se possa ter por justiça, quando se buscam critérios objetivos de justiça, e ao que se entende por legitimação. Como julgar os casos concretos convictos de estar aplicando a justiça, o direito mais justo e assim fazer as partes litigantes acatarem a decisão?

Não pretendemos aqui desenvolver um estudo sobre as funções do direito, todavia não vemos como reduzir o direito à técnica de controle social, salvo se limitá-lo ao direito estatal; antes tem por princípio promover o convívio social mais pacífico, para o que, direito deve funcionar como instrumento de aproximação das pessoas.

Ao propor sua **Teoria da Justiça como Equidade**, John Rawls afirma que esta é apenas uma das formas de conceber a justiça e não a única, em seguida afirma que, por isso, sua teoria contém erros. Mesmo diante desta admissão, considerando ser a verdadeira questão saber qual das leituras propostas constitui a melhor aproximação da justiça (Rawls, 1986: 61), este autor diz que "a única justificativa para mantermos uma teoria errada é a falta de uma alternativa melhor; uma injustiça só é tolerável quando

serve para justificar uma injustiça ainda maior” (Rawls, 1986: 27). Já Niklas Luhmann diz que “uma estrutura jurídica é legítima na medida em que é capaz de produzir uma prontidão generalizada para aceitação de suas decisões, ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto, dentro de certa margem de tolerância”, contudo a legitimação não está na decisão inicial, mas no processo decisório, no procedimento (1980: 3-4).

Pela impossibilidade de desenvolver uma teoria substantiva da justiça baseada em verdades lógicas e em definições (Rawls, 1986: 60), Rawls diz ser a teoria da justiça como equidade uma teoria dos nossos sentimentos morais, na forma como se manifestam através dos nossos juízos refletidos e ponderados, obtidos em equilíbrio refletido (Rawls, 19: p.110). Por **juízos ponderados**, entendem-se aqueles em que nossas capacidades morais podem se manifestar sem distorção, corresponde à nossa verdadeira moral (Rawls, 1986: 58); já os **juízos refletidos** são as revisões que fazemos de nossos próprios juízos, é quando repensamos nossa moral conformando-a aos princípios dessa análise, construímos uma teoria mesmo que esta não coincida com os juízos efetivos (Rawls, 1986: 59); e o **equilíbrio refletido** é o resultado da análise dos juízos ponderados com os refletidos (Rawls, 1986: 59). Uma decisão judicial será, portanto, mais justa quanto mais se aproximar dos juízos refletidos, por isso, não resta ao aplicador do direito reportar-se exclusivamente aos preceitos legais, assim como não devem recorrer aos seus preconceitos. A primeira atitude deve ser procurar abstrair-se das idéias pré-concebidas, levantando o máximo de dados possíveis. Iniciemos com a metodologia utilizada pelo autor.

3. Metodologia intuicionista

Rawls pretende formular a teoria da justiça como equidade afastando-se do utilitarismo clássico, do perfec-

cionismo e do contratualismo, todavia, por meio do seu intuicionismo aproveita questões utilitaristas e contratualistas.

3.1. O Intuicionismo (raciocínio hipotético e idéia intuitiva)

Intuicionismo é a doutrina que afirma haver um grupo irreduzível de princípios, os axiomas, os quais devem ser comparados entre si, determinando o mais justo equilíbrio entre eles. Suas duas características são (Rawls, 1986: 39): consistem numa pluralidade de primeiros princípios que podem entrar em conflito no fornecimento de diretivas em situações concretas; e não incluem qualquer método explícito, nem as regras capazes de determinar a ponderação desses princípios; admite-se haver o estabelecimento de um equilíbrio através da intuição, por meio do que nos parece mais próximo do justo.

Se se reconhece a existência de regras de prioridade, estas são consideradas triviais, não fornecendo um auxílio útil para atingir uma decisão. Por exemplo, a dicotomia agregação/distribuição contém dois princípios: o primeiro é produzir um bem maior, no sentido de maior equilíbrio de satisfação (modelo da utilidade); o segundo, distribuir de modo igual a satisfazer as necessidades, limitando a acumulação do bem-estar por agregação e igualizando a distribuição dos benefícios (padrão de justiça). Esta concepção é intuicionista porque não fornece qualquer regra de prioridade para determinar como é que estes dois princípios são ponderados. (Rawls, 1986: 50-1 e 237, sobre a visão capitalista).

Estudos de psicologia social revelam mecanismos de construção de uma padronização social das idéias de justiça (Rumati, 1990: *passim*). Recorre-se ao intuicionismo acusando-se a falta de uma metodologia específica à constatação dos sentimentos humanos,

todavia, pesquisas vêm sendo realizadas, tanto em psicologia como em sociologia, apresentando dados científicos, baseadas principalmente na observação controlada, na busca de detectar uma padronização ao sentimento de justiça.

3.2. A teoria da moral (sentimento de justiça)

Na teoria da moral a melhor análise do sentido de justiça não é aquela que corresponde aos seus juízos anteriores no exame de qualquer concepção da justiça, mas aquela que se adequa aos seus juízos proferidos em equilíbrio (Rawls, 1986: 59). Perceba-se que para Rawls moral não se subordina a preconceitos, a uma visão pessoal pré-estabelecida, mas antes significa nossa capacidade de moldarmos e modificarmos nossos juízos morais segundo a situação. Moral não é manter uma perspectiva baseado em princípios irredutíveis, antes significa nossa disposição de apreendermos e ponderarmos valores conforme sejam as circunstâncias de uma determinada relação social.

Não se fala em moral pré-estabelecida, mas em moral como mecanismos de que seres humanos lançam mão para proferir juízos, nos quais consideram o contexto da situação. É aí que Rawls apresenta o intuicionismo como único método capaz de oferecer meios ao estudo da moral, por não comportar convenções metodológicas que forneçam formas de apreensão previamente definidas. Assim, a propensão de moldarmos nossos juízos morais diante da infinidade de formas como o momento pode se nos apresentar, sem por isso perder a coerência, não significa hipocrisia, mas antes a constante necessidade de valorarmos, moldando a diversidade da situação. Não se trata de arbítrio, mas de abertura, de se admitir revisitar as próprias convicções. É neste sentido que pretendemos pensar uma aplicação do direito mais justa, por que mais equitativa.

A coerência moral não é reduzível a dogmas, mas sim adaptável à situação fática, assim é devido à complexidade social, entendida como infinidade de alternativas (Giorgi e Luhmann, 1995: 13). Não se pretende definir a moral, antes fornecer uma visão de o quanto ela está presente nas nossas ponderações e ações sociais. Cláudio Souto, ao realizar sua pesquisa empírica sobre o sentimento de justiça, expõe o resultado onde 58,9% dos não-juristas e 66,7% dos juristas entrevistados respondem que não se comportam estritamente de acordo com as regras legais (Souto, 1981: 198).

A teoria da justiça como equidade fornece princípios da justiça aplicáveis às estruturas sociais de natureza pública, por isso, afasta a questão da moral individual, pessoal. Tendo por instituição "um sistema público de regras que determina funções e posições, fixando, p. ex., os respectivos direitos, deveres, poderes e imunidade" (Rawls, 1986: 63), Rawls distingue as instituições justas das instituições mais importantes. Instituição justa é quando **não há** discriminações arbitrárias na atribuição dos direitos e deveres básicos e quando as regras estabelecem um equilíbrio adequado entre as diversas pretensões que concorrem na atribuição dos benefícios da vida em sociedade (1986: 29). Já por instituições mais importantes refere-se à constituição política e às principais estruturas econômicas e sociais.

Quanto à sociedade, a visão de Rawls é a do cooperativismo, um grupo de pessoas têm interesses comuns e se unem para melhor atingir seus objetivos. Para a realização desta visão, este autor lança a idéia de sociedade bem ordenada. Para haver justiça impõe-se haja igualdade e liberdade de direitos a todos os cidadãos, o que torna imprescindível a formação de um conjunto de princípios que forneçam os critérios definidores dos "direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e

definem a distribuição adequada dos encargos e benefícios da cooperação social. Assim, dir-se-á que a sociedade é bem ordenada quando não só é concebida para aumentar o bem dos respectivos membros"... "trata-se de uma sociedade em que, por um lado, cada um aceita, sabendo que todos também aceitam, os mesmos princípios da justiça, e por outro, em que, no geral, as respectivas instituições básicas satisfazem esses princípios, sendo reconhecidas como tal." (Rawls, 1986: 28). Note-se a imposição de realização dos princípios, não basta que todos aceitem determinado princípio de justiça, impõe-se que se comportem no sentido de realizar o que entendem por justo. Não se pretende com isso eliminar os conflitos sociais, as divergências de opiniões, mas, mesmo diante desses problemas, todos têm uma concepção de justiça que os levam a reconhecer a necessidade de um conjunto específico de princípios para a atribuição de direitos e deveres básicos e para a determinação do que se entende ser a distribuição adequada dos encargos e benefícios da cooperação em sociedade. Não se ignora nem elimina do estudo a marginalidade, os atos ilícitos, todavia aqueles que assim agem, têm noção de seus atos serem contrários à justiça social, podem até justificá-los, mas nem por isso os consideram justos. Inclusive Cláudio Souto afirma que a padronização não elimina as diferenças sociais, inclusive estas são indispensáveis às mudanças sociais (1981: 3 e 10; 1985: 259-262).

Em Rawls, por maior que seja a divergência quanto à concepção de justiça, todos reconhecem que uma instituição é justa quando não há discriminação arbitrária, inclusive porque "a desconfiança e o ressentimento afectam ao laços da civilidade e a suspeição e a hostilidade levam os homens a actuar por formas que normalmente evitariam". (Rawls, 1986: 29). Mas qual o conceito de justiça de Rawls?

3.3. Conceito *versus* Concepções de justiça

Rawls distingue conceito de justiça das várias concepções de justiça, pois cada membro da comunidade tem uma concepção de justiça, mas todos reconhecem a necessidade de um conjunto específico de princípios para atribuição dos direitos e deveres básicos e para determinação do que se entende ser distribuição adequada dos encargos e benefícios da cooperação em sociedade. Para a teoria da justiça como equidade o que interessa é a justiça pública.

Conceito é o equilíbrio adequado entre pretensões concorrentes, já concepção é o conjunto de princípios inter-relacionados que permitem a identificação dos aspectos relevantes para a determinação do equilíbrio adequado (Rawls, 1986: 32), daí este autor parte para tratar da justiça como consenso. Asseverando que um consenso sobre as concepções de justiça é uma das condições para uma comunidade viável, defende a posição de que a determinação do justo ou injusto é normalmente objeto de disputas, de forma que os projetos individuais possam ser articulados em conjunto e que a realização deles deve conduzir à realização dos objetos sociais de uma forma que seja eficiente e conforme a justiça (Rawls, 1986: 29-30).

Neste sentido, ao refletir sobre a postura do magistrado nas audiências, detectam-se duas posturas: a do magistrado ditador, aquele que entende deter a verdade indiscutível, como se as leis pusessem-no neste grau de conhecimento, por isso de certeza; a segunda, é a do juiz administrador, aquele que provoca e instiga o debate observando as alegações, controlando as exaltações das partes ao evidenciar e fixar os pontos controvertidos, quando transforma a discussão em mecanismo de legitimação do conteúdo da sentença a ser proferida.

Ao enfatizar os debates, confere-se às partes participação na solução do litígio, pois "a função legitimadora do procedimento não está em se produzir consenso entre as partes, mas em tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão". A parte que insistir em sua expectativa decepcionada, termina pagando um preço muito alto, por isso se vê forçada a ceder. "Nesse sentido, a função legitimadora do procedimento não está em substituir uma decepção por um reconhecimento, mas em imunizar a decisão final contra as decepções inevitáveis" (Luhmann, 1980: 4). É que a decisão judicial tem por características de legitimação: a função de absorver e reduzir as inseguranças; conduzir à segurança, devido à certeza de que uma decisão ocorrerá; legitima-se pelo procedimento (ilusão funcional); baseia-se na ficção de que pode haver decepção rebelde, só que de fato esta não se realiza.

Impõe-se, então, imparcialidade ao magistrado, pois a confiança é adquirida dentro do processo como desconhecidos, e não previamente, como nas sociedades primitivas, pois os status sociais e os papéis não conferem uma base firme (Luhmann, 1980: 59), pois "para uma legitimação pelo procedimento são a diferenciação e a autonomia que abrem um espaço de manobra para a atuação dos participantes pleno de alternativas e de importância básicas, reduzindo a complexidade. Só assim os participantes podem ser motivados a tomarem, eles próprios, os riscos da sua ação, a cooperarem, sob controle, na absorção da incerteza e dessa forma a contraírem gradualmente um compromisso" (Luhmann, 1980: 64), inclusive porque para a legitimação pelo procedimento é válido o procedimento apoiado no poder de persuasão e no valor considerado pelas normas jurídicas, bem como os mecanismos extralegais (Luhmann, 1980:

68). Provocando a participação das partes legitima-se a decisão final pelo procedimento, pois não se trata de justificá-la, como prevê o direito processual, antes de uma transformação estrutural das expectativas, pois forma-se um clima social que institucionaliza o reconhecimento das opções como obrigatórias.

O papel da justiça é fornecer um critério de atribuição de direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definir a distribuição adequada dos encargos e benefícios da cooperação social; seu objeto é a estrutura básica da sociedade (a justiça social), ou seja, a forma pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão dos benefícios da cooperação (Rawls, 1986: 30). A aplicação do direito é justa na medida em que melhor serve para distribuir direitos e deveres.

4. A teoria da justiça como equidade

Essa denominação tem lugar porque se considera que todas as pessoas da sociedade partem de uma **posição original** de igualdade, daí essa teoria ser vista como uma parte da teoria da escolha racional. Vê o contratualismo como melhor caminho à constituição teórica da justiça.

Sua idéia intuitiva é que a estrutura básica da sociedade abarca diferentes situações sociais e aqueles que nascem nessas situações diferentes têm diferentes expectativas de vida (Rawls, 1986:30). Assim, lança postulados à teoria da justiça como equidade.

4.1. Os postulados da teoria da justiça como equidade

1º postulado → a escolha dos primeiros princípios

☞ A dificuldade está no fato de que cada pessoa deseja proteger seus interesses e não tem razões para consentir uma perda significativa com o fim de obter um va-

lor líquido de satisfação superior. Dessa forma, o utilitarismo mostra-se incompatível com a concepção de uma cooperação social entre iguais, destinada a assegurar benefícios mútuos; é que as instituições não podem ser justificadas pelo argumento de que as dificuldades de alguns são compensadas por um maior bem total. "Pode, em certos casos, ser oportuno que alguns tenham menos para que outros possam prosperar, mas tal não é justo. Porém, não há injustiça no facto de alguns conseguirem benefícios maiores que outros, desde que a situação das pessoas menos afortunadas seja, por esse meio, melhorada. A idéia intuitiva é a seguinte: já que o bem-estar de todos depende de um sistema de cooperação sem o qual ninguém poderia ter uma vida satisfatória, a divisão dos benefícios deve ser feita de modo a provocar a cooperação voluntária de todos os que nele tomam parte, incluindo os que estão em pior situação" (Rawls, 1986: 35). Por ser contratualista envolve na escolha a **interpretação da situação inicial e o conjunto de princípios suscetíveis de serem objeto dessa escolha.**

2º postulado → a formulação da carta fundamental da sociedade

☉ Adotada uma concepção da justiça, poder-se-á escolher a constituição, um sistema de produção de leis e assim por diante (Rawls, 1986: 34).

Entendendo que nenhuma sociedade pode ser um sistema de cooperação no qual se participa de forma voluntária, Rawls afirma que "pelo nascimento todos estamos situados numa sociedade concreta e numa posição determinada e a natureza desta posição afeta naturalmente as nossas perspectivas de vida, porém a teoria da justiça como equidade é a mais próxima do sistema voluntário" (Rawls, 1986: 34); visando evitar essa circunstância, Rawls propõe o termo posição original.

4.2. Posição original

4.2.1. Situação inicial dos participantes

A posição original (*status quo* inicial) é hipotética e não histórica, onde todos os cidadãos estariam numa posição de igualdade, em pleno exercício de sua racionalidade e com desinteresse mútuo, ou seja, nela as pessoas são livres, racionais (escolha da via mais efetiva para atingir fins determinados) e mutuamente desinteressadas (não significa serem egoístas mas que não têm interesse nos interesses dos outros). Nesta posição é formulado o contrato original, aquele que tem por objetivo os princípios da justiça aplicáveis à estrutura básica da sociedade (Rawls, 1986: 33).

Numa sociedade há desigualdades inevitáveis, tais como, a posição social, as perspectivas de vida e as vantagens sociais. Como, portanto, se pode pensar numa posição original nesses padrões? Recorre-se à expressão véu da ignorância.

4.2.2. Véu da ignorância

Na posição original estamos obrigados a definir as atribuições sem a menor noção de se seremos o presidente da república, um deputado, um magistrado, um professor, um lavrador, um pedreiro etc.. Procedem-se essas escolhas com base em considerações gerais, sem situar-se na nossa posição atual, que só será definida posteriormente. O véu da ignorância é elemento fundamental à teoria da justiça como equidade por nele ser impossível o conhecimento de elementos pormenorizados, o que resultaria no desvio das escolhas das regras da justiça como equidade devido às contingências arbitrárias (Rawls, 1986: 121-23).

Em relação às audiências judiciais, verifica-se o véu da ignorância, pois a certeza promovida pelo direito é que uma decisão será tomada e não a previsibilidade do conteúdo desta (Luhmann, 1980: 46 e 53); além de que,

no procedimento judicial, as partes impõem papéis aos outros e a si mesmas, o compromisso de participar do processo e aceitar a decisão final; este compromisso não repousa na lei, mas na liberdade de proceder (1980: 81), com isso há a ignorância das posições que assumirão após a sentença transitada em julgado. Revela-se um processo de aprendizagem com o procedimento judicial, pois Luhmann confere à participação das partes na formação dos elementos da decisão judicial (1980: 72-3).

É, pois, através do véu da ignorância que as pessoas podem realizar suas escolhas abstraídas de sua posição social; nele as pessoas só têm conhecimentos gerais, não têm condições de saber qual o seu lugar na sociedade, sua posição de classe, sua fortuna ou distribuição de talentos naturais, suas capacidades, sua inteligência, sua força etc., por isso não sabem como é que as várias alternativas vão afetar a sua posterior situação concreta. Assim, dois princípios parecem irrefutáveis à justiça como equidade.

5. Dois princípios da justiça

Na posição original dois princípios da justiça seriam os escolhidos por todos: primeiro, "cada pessoa deve ter um direito igual ao mais extenso sistema de liberdade básica que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para as outras"; e, o segundo, "as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas de forma a que, simultaneamente: a) redundem nos maiores benefícios possíveis para os menos beneficiados, de uma forma que seja compatível com o princípio da poupança justa, e b) sejam a consequência do exercício de cargos e funções abertos a todos em circunstância de igualdade equitativa de oportunidades" (Rawls, 1986: 239).

5.1. Princípio das iguais liberdades básicas

Trata-se dos princípios da liberdade. O debate passa pela questão da liberdade individual reclamada por todos

versus a necessidade de institucionalização, reconhecida por todos. Mesmo reconhecendo-se a necessidade de existir uma instituição definidora dos padrões de comportamento, as pessoas gostam de escolher seus modos de vida. Assim, qual princípio seria o escolhido na posição original para resolver este impasse?

Rawls analisa o princípio do paternalismo; o princípio da utilidade; e a concepção contratualista, para enfim afirmar que "o ponto essencial é que as pessoas na posição original não se representam como sujeitos individuais isolados. Pelo contrário, admitem que têm interesses que devem proteger o melhor que podem e que estão ligadas a certos membros da geração seguinte, os quais formularão pretensões semelhantes às suas. Quando as partes tomam consciência desses factos, a argumentação em favor dos princípios da justiça é reforçada". (Rawls, 1986: 171)

Como a liberdade de consciência igual para todos se funda na idéia de que os sujeitos não se apresentam isolados, mas admitem que têm interesses que devem proteger, tais como suas convicções religiosas e morais, na posição inicial, com o véu da ignorância, elimina-se a perspectiva do princípio do paternalismo e do utilitarismo, pois o princípio do paternalismo está limitado ao se cogitar liberdade de consciência igual para todos, é que o pai para garantir os direitos de seus descendentes procurará decidir adotando o princípio da igual liberdade (Rawls, 1986: 173).

Já o utilitarismo, nos moldes de Mill, provoca a reflexão da realização da liberdade de consciência para a tomada de decisão na posição original. Mill aponta três fundamentos para as instituições livres: o primeiro refere-se ao desenvolvimento das capacidades e potências; o segundo é ver a liberdade como instituição, de onde as preferências por uma ou outra atividade é definida racional e informativamente; o terceiro, fundamento à preferência

que os seres humanos têm de viver em instituições que respeitem a liberdade, pois "apesar de os homens se queixarem do peso da liberdade e da cultura, têm um desejo imperioso de determinar o modo como vivem e decidir os seus próprios assuntos. Como o utilitarismo pressupõe a existência de uma capacidade igual de todos, pensa na sociedade maximizando a possibilidade de realização dos seus objetivos, o princípio da utilidade não justifica a liberdade de todos exatamente porque os seres humanos não gozam das mesmas disposições e potências para realizar as atividades. O utilitarismo, com seu teleologismo, mostra-se auto-refutável, pois retirando-se a suposição da capacidade igual de todos para realizar atividades, conclui-se que "a prossecução dos objectivos humanos pode ser compatível com a opressão de certas pessoas, ou pelo menos com a atribuição de uma liberdade limitada. Sempre que a sociedade se dispõe a maximizar o total do valor intrínseco ou o saldo líquido de satisfação de interesses, arrisca-se a descobrir que a recusa da liberdade para alguns é justificada em nome desse objectivo isolado" (Rawls, 1986: 173-74).

Cabe então refletir sobre a capacidade e necessidade da tolerância como fator preponderante à realização da liberdade de consciência. É o que Rawls passa a abordar através do princípio das desigualdades, inclusive tratando da tolerância para com os intolerantes (Rawls, 1986: 175-81).

5.2. Princípio das desigualdades

A teoria da justiça como equidade deve oferecer, para servir à condução de uma sociedade justa, por que entre iguais, mecanismos capazes de amenizar as desigualdades. São eles:

- a) as desigualdades econômicas, devem ser equilibradas de forma que os rendimentos sejam distribuídos em benefício de todos. Supera-se as-

sim a argumentação de a distribuição da riqueza e do rendimento ter que ser igual. Esse argumento é substituído pela idéia de essa distribuição dever ser realizada em benefício de todos (Rawls, 1986: 68).

- b) as desigualdades sociais restam controladas a partir da noção de se admitir o acesso às funções e posições sociais para todos. As posições de autoridade e responsabilidade devem ser acessíveis a todos. Todos devem poder dispor da faculdade de acesso a essas posições sociais (Rawls, 1986: 68,9). Posteriormente, trata da família como instituição que possa vir a servir de barreira à igualdade de oportunidades (Rawls, 1986: 238).

Só tratando assim essas desigualdades é que se pode construir uma sociedade de iguais e conseqüentemente formar as instituições capazes de propiciar a justiça como equidade, pois cada indivíduo se beneficia com as desigualdades admissíveis da estrutura básica da sociedade.

6. A aplicação dos princípios da justiça às instituições

Após escolhidos os princípios da justiça como equidade na posição original, Rawls retoma a posição dos indivíduos em seus lugares na sociedade, em seus respectivos *status quo*, e afirma que então passam a julgar as exigências e situações próprias do convívio social baseados nesses princípios. Rawls analisa a aplicação dos princípios da justiça quanto às instituições (1986: 163, 260) e quanto ao indivíduo (1986: 261,301). Limitar-nos-emos à primeira aplicação.

Tratando por instituições a estrutura básica da sociedade, Rawls demonstra o modo de aplicação dos princípios da justiça nas instituições e aponta três

raciocínios que o cidadão teria que fazer: primeiro, “deve apreciar a justiça da legislação e da política social”, porém as afirmações sobre essas justicas não são unânimes, as opiniões e as convicções tendem a ser diferentes, principalmente quando interesses estão em jogo (Rawls, 1986: 163); segundo, “decidir quais soluções constitucionais, de um modo justo, podem conciliar as opiniões contrárias quanto à justiça”, considerando o mecanismo do processo político como meio mais justo que outros, aceita-se que a justiça não seja concebida só ao se apreciarem leis e medidas políticas, mas também através de uma hierarquia dos “processos políticos que selecionam qual a opinião política que é transformada em lei”; terceiro, “o cidadão deve distinguir quando é que as decisões da maioria devem ser obedecidas e quando é que devem ser rejeitadas como não vinculativas” (Rawls, 1986: 164).

Quanto ao primeiro princípio, das liberdades básicas para todos, os direitos e liberdades básicas são definidos pelas regras públicas da estrutura básica. A liberdade constitui um padrão para as formas sociais, pois as liberdades individuais são determinadas pelos direitos e deveres estabelecidos pelas instituições, assim, considera por única razão para limitar as liberdades, evitar que colidam entres si (Rawls, 1986: 69).

Quanto ao segundo princípio, das desigualdades, refere-se aos sujeitos representantes que ocupam posições sociais ou funções estabelecidas pela estrutura básica. Há, pois, a exigência de que todos ganhem com dada desigualdade. Ao alargar as expectativas de um sujeito representativo colocado numa dada posição, alargam-se ou restringem-se as de outros sujeitos representativos colocados em posição diferente, assim, “a situação em que alguém considera o problema de distribuir certos bens entre pessoas necessitadas que ele conhece pessoalmente não cabe no âmbito dos princípios. Estes destinam-se a revelar

a organização de instituições básicas” (Rawls, 1986: 70). É quando se fala em imparcialidade como elemento essencial para que os magistrados tomem suas decisões judiciais.

Quanto à aplicação desses princípios às audiências, inferimos que a liberdade de cada parte processual deve ser ampla, não há que se tolher as exposições, todavia essa liberdade é um padrão, ou seja, não é ilimitada. Compete, pois, ao magistrado tolhê-la quando vier a prejudicar o andamento da audiência (da instituição), contudo a decisão sobre o indeferimento das perguntas, bem como a concessão à palavra diretamente às partes requerem a atenção e cuidado do julgador, visto ser a participação um mecanismo de legitimação da decisão, o que resulta em maior convicção ao prolatá-la.

7. Em suma

Para Rawls, sociedade é um sistema de cooperatividade.

Na posição original, a igualdade de todos se dá devido ao véu da ignorância, ou seja, por ninguém saber qual será sua posição social após as escolhas dos princípios de justiça efetuada na posição original. Assim, na posição posterior, mesmo formada por desigualdades de rendimento e diferença de autoridade, todos conduzir-se-ão considerando os princípios de justiça escolhidos na posição original, o que forma a harmonia de uma concepção geral de justiça, resultando na melhoria das condições, posições de todos, em benefício de todos.

Estrutura Social Básica → sistema público de regras. Aquilo que alguém faz depende dos direitos que as regras públicas lhe reconhecem e a distribuição dos direitos e obrigações resulta da satisfação das exigências dos sujeitos. (Rawls, 1986: 85)

Um exemplo da aplicação da teoria da justiça como equidade. Na posição original, primeiro escolhem-se os princípios da justiça; depois, uma constituição básica (escolha da constituição justa que seja mais efetiva, aquela que satisfaça os princípios da justiça e que seja melhor concebida para permitir a obtenção de legislação que seja também justa e efetiva); terceiro, aqui distinguem-se dois problemas: o do processo justo e o de selecionar entre as estruturas justas a que tem maiores condições de levar a uma ordem jurídica justa e efetiva (processo legislativo → os representantes não têm informações detalhadas sobre si próprio → lei justa ou injusta depende das diferenças de opinião); quarto, a aplicação das regras existentes a casos concretos feita por juízes e autoridades administrativas (todos dispõem de acesso a todos os fatos, deixa de haver limite ao conhecimento). (Rawls, 1986: 165,66)

Uma constituição justa é aquela que os delegados racionais adotariam para a sua sociedade. Leis e políticas justas são as que seriam escolhidas na etapa legislativa. (Rawls, 1986: 167)

A teoria da justiça como equidade será uma teoria válida se definir um domínio para a justiça que esteja mais de acordo com os nossos juízos ponderados do que as teorias existentes e caso mostre, com maior acuidade, os erros graves que uma sociedade deve evitar. (Rawls, 1986: 167)

8. Bibliografia

- ADEODATO, João Maurício (1992): "Uma Teoria (Emancipatória) da Legitimação para Países Subdesenvolvidos". *Anuário do Mestrado em Direito* (nº 5). Recife: Editora Universitária, pp. 207-242.
- AZEVEDO, Plauto Faraco (1991): "Do Método Jurídico. Reflexões em Torno de François Gény". *AJURIS* (nº 51, ano XVIII). Porto Alegre: Ajuris, pp. 5-19.
- BARROSO, Luís Roberto (1996): *Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. São Paulo: Saraiva.
- BETTI, Emilio (1955): *Teoria Generale della Interpretazione*. (vol. II). Milano: Giuffrè.
- CAPPELLETTI, Mauro (1988): *Giudici Irresponsabili?. Studio Comparativo sulla Responsabilità dei Giudici*. Milano: Giuffrè.
- CAPPELLETTI, Mauro (1993): *Juizes Legisladores?*. Porto Alegre: SAFE.
- EHRlich, Eugen (1986): *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: UnB.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio (1994): *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas.
- FRANÇA, R. Limongi (1994): *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva.
- GIORGI, Raffaele di e LUHMANN, Niklas (1995): *Teoria della Società*. Milano: Fanco Angeli.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho (1993): *A Sociologia do Direito no Brasil. Introdução ao Debate Atual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- KELSEN, Hans (1986): *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: SAFE.
- LUHMANN, Niklas (1980): *Legitimação pelo Procedimento*. (trad. Maria da Conceição Corte-Real). Brasília: UnB.
- MACHADO, Hugo de Brito (1997): *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros.
- MASSINI, Carlos Ignacio (s.d.): *Sobre el Realismo Jurídico, el Concepto de Derecho, su Fundamento, su Concrecion Judicial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- PAULA BATISTA (1984): "Compêndio de Hermenêutica Jurídica". *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva.
- RAWLS, John (1986): *Uma Teoria da Justiça*. (trad. Carlos Pinto Correia). Lisboa: Presença.
- REALE, Miguel (1994): *Fontes e Modelos do Direito. Para um Novo Paradigma Hermenêutico*. São Paulo: Saraiva.
- ROSS, Alf (1961): *Hacia una Ciencia Realista del Derecho. Critica del Dualismo en el Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- ROSS, Alf (1977): *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: EUDEBA.
- ROSS, Alf (1982): *Critica del Diritto e Analisi del Linguaggio*. Bologna: il Mulino.
- RUMIATI, Rino (1990): *Giudizio e Decisione. Teorie e Applicazioni della Psicologia della Decisione*. Bologna: Il Mulino.
- SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange (1981): *Sociologia do Direito*. São Paulo: LTC/EDUSP.
- SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange (1985): *A Explicação Sociológica. Uma Introdução à Sociologia*. São Paulo: EPU.
- SOUTO, Cláudio (1992): *Ciência e Ética no Direito, uma Alternativa de Modernidade*. Porto Alegre: SAFE.
- SOUTO, Cláudio (1997): *Tempo de Direito Alternativo. Uma Fundamentação Substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- TREVES, Renatom (1993): *Sociologia del Diritto. Origini, Ricerche, Problemi*. Torino: Einaudi.

REFLEXÕES EM TORNO D' "O SALÃO DOS PASSOS PERDIDOS"

Caetano Lagrasta Neto

Juiz de Direito do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

SUMÁRIO

1. Os transeuntes. 2. A reforma do salão. 3. O salão às escuras. 4. O salão dos sonhos. 5. Um novo século das luzes?

1. Os transeuntes

É enorme, nos dias de hoje, a desproporcionalidade entre Acusação e Réu no processo penal. Antigamente **todos** os advogados criminais, inclusive os mais brilhantes, entravam na disponibilidade da indicação pelo juiz ao réu pobre. O Advogado criminal era, também como hoje, contratado para funcionar como **acusador particular** (assistente da Acusação) e todas essas funções eram desempenhadas com a mesma dedicação. O que dizer do condenado; suas únicas esperanças, antes como agora, são e continuam sendo: a fuga ou o cumprimento estrito do regulamento das prisões.

Não se utilizava inutilmente de um recurso, salvo por ignorância e essa pecha era a que todos temiam e

evitavam com empenho. Hoje, desassistidos na fase de execução, poucos são os escolhidos para a progressão ao regime mais brando, desconhecidos os "critérios" dessa escolha.

Nem mesmo o número inexpressivo de infrações, novas leis e interpretações legislativas, de população criminosa e carcerária, de advogados, permitia que o réu tivesse uma defesa pífia, sendo esmagado pela Acusação. Hoje, diante das circunstâncias, parece tornar-se habitual a falta de argumentação criativa, em suma, o estudo aprofundado do delito, do réu e da sorte deste, após a condenação, também pelo aparato do Estado.

Raramente esforçam-se Advogados ou Acusação – esta, acostumada a vencer por inércia (da Defesa ou do próprio julgador) – em trazer novas interpretações do fato, da conduta ou da personalidade do acusado.

Isto quando não é este, desde logo, condenado, juntamente com suas gerações, presentes e futuras, pela mídia. A repercussão do delito, agora, ultrapassa, de muito, a pessoa do criminoso. Do criminoso é um excesso, pois presume alguém indiciado, denunciado e condenado definitivamente, sem direito a qualquer novo recurso; estamos falando do primeiro idiota que esteja nas imediações do fato, do bar, do morto ou do Banco, mesmo que sequer venha a ser indiciado.

Permeia sob toda a estrutura policial (não sob a Promotoria de Justiça e a Magistratura?) um pântano chamado **grosso modo** imprensa, que a troco de alguma "inconfidência" ou "vistas grossas", nutre-se de notícias espetaculares (?), alimentando a frustração e a miséria de seus leitores, sempre ávidos de folhetins e novelões, sem qualquer preocupação com preservar o nome do mero detido, da vítima ou da parentela de ambos (pai, irmãos, filhos).

Antes da condenação à pena pecuniária ou corporal, a pena **infamante**.

Seria muito atrevimento pensar-se que o lidador do Direito criminal é um poeta enrustido; um contista fracassado; um romancista medíocre? Até que ponto confunde-se a frustração literária com a sobrevivência profissional; a necessidade de se fazer conhecido, além dos cancelos dos Tribunais, é garantia de que se atingirá uma boa defesa ou uma acusação justa? de que será alcançado o justo?

Às folhas tantas – Evandro Lins e Silva ¹ – conta que os **habeas corpus** interpostos em favor de políticos, apesar de, alguns, por ele redigidos, eram assinados por deputados (como João Mangabeira, Abguar Bastos), que assim faziam para protegê-lo e porque desfrutavam de imunidade parlamentar.

Apesar disso, acabaram presos pela repressão estado-novista. O que nos faz refletir sobre o atual uso dessa mesma, imunidade, capaz de impedir sejam alguns de seus portadores processados por crimes comuns, sem se prestar – de qualquer modo – à proteção do povo, função primordial para a qual foram eleitos e agraciados com tal imunidade.

Tribunais, se assim se pudesse chamar o estado-novista "de segurança nacional", apesar de sufocados pelo regime político ou pela emasculação da competência, sempre encontraram nos lidadores do Direito a fonte da retomada da dignidade profissional. Os juízes da atualidade, ao menos os estaduais, ainda que julguem, cada vez mais, apenas causas de menor potencial ofensivo, devem se impor e impor ao advogado a busca – também nos crimes que causam desassossego, como o roubo – de formas capazes de inocentar o réu ou, em momento

1 "O Salão dos Passos Perdidos" – Evandro Lins e Silva – Fundação Getúlio Vargas Editora e Editora Nova Fronteira – 1997.

subseqüente, de amenizar-lhe a pena aplicada, demonstrando compreensão com a problemática social e a angústia dos que enveredam pela marginalidade.

Ao promotor de justiça, de igual modo, é atribuída a responsabilidade de fazer uma acusação justa e distante das pressões populares ou da mídia. Porém, sempre é mais grave e de maior responsabilidade a posição dos juízes: a estes não sobram alternativas, ou buscam incessantemente o justo ou lhes restará o caminho da auto-demissão ou da aposentadoria requerida. O juiz – em grau muitíssimo elevado – não pode alegar pressões ideológicas ou temor a regime político; menos ainda poderá se deixar influenciar pelos reclamos de qualquer classe social ou da mídia. Ao juiz resta a mais relevante função do ser humano: a absolvição, que jamais poderá ser confundida com a piedade; ou a condenação, onde os equívocos e armadilhas estarão sempre presentes, não como imperativo de atitude ou consciência, que melhormente se adequam ao comportamento do jurado, mas como formas de pressão e erro, que devem ser rápida e implacavelmente extirpadas. O juiz criminal não deve ocupar tão dignificante função porque basicamente treinado para guardar a propriedade privada ou para desconhecer a macrocriminalidade econômica. Ele não faz parte de qualquer sistema e submete-se à observância crítica da lei que está posta para ser aplicada: agentes externos, de qualquer natureza, jamais podem conseguir influenciá-lo no momento de entender e julgar.

A grandeza dos lidadores do Direito, enquanto profissionais das instituições que lhes permitem um exercício digno, volta-se – com certeza, na esfera penal – à observância estrita aos direitos do cidadão e aos direitos humanos, todos protegidos pela legislação nacional e internacional, não havendo com o que tergiversar.

Se mesmo em momentos de extrema negação destes direitos, aí incluídos os de liberdade democrática e expressão política, sempre foi conseguida, por muitos, uma postura digna e honesta, ainda que arriscando a própria pele, qual será a razão para frustrarem-se julgamentos ou torná-los iníquos, diante das dificuldades econômico-financeiras do país, por envolvimento açodado com imposições aventureiras do capitalismo financeiro internacional, que sempre pretendeu impedir a igualdade entre os cidadãos, ou privilegiar a propriedade em detrimento da vida?

Outro grave equívoco de consciência é o de se admitir que: “aquele juiz só absolve; aquel’outro só condena”, etc. Este defeito de julgamento é defeito de mentalidade; é defeito de povo; de formação. E esta é talvez a mais grave ofensa que possa ser dirigida a um magistrado. Se existir mesmo algum juiz que se enquadre de forma tão simplista e, por que não?, estúpida, o risco ou o risível não é tanto o seu comportamento, mas admitir-se na carreira alguém tão fraco e pusilânime. Não há maior covardia do que aquela que se esconde por trás da aparência “de ruim ou de bonzinho”. As tendências de julgar com maior ou menor benevolência são estágios de aprendizado na carreira, que, com certeza, todos os juízes ultrapassam, sendo aconselhados pela troca de idéias com colegas mais experientes. Tal comportamento é repetido nas Cortes – às vezes, em sentido diametralmente oposto: o isolamento, a recusa a qualquer conversa esclarecedora – cuja superação deve ser sempre buscada, pois a teoria do “fruto podre que contamina”, não pode ser admitida no julgamento colegiado. O excesso de divergências deve ser objeto de madura reflexão, capaz de arrostar questões que não digam respeito à convicção íntima ou à sorte do réu. Mesmo as teses, apaixonantes ou não, devem ser desenvolvidas em trabalhos científicos, nas cátedras de

ensino, sem que, de qualquer forma, possam macular a prestação jurisdicional, tão ansiosamente esperada pelo réu, pela vítima, ou pelos familiares destes, além da sociedade, é óbvio...

2. A reforma do salão

A história, para ficarmos num único e expressivo exemplo, da Lei nº 9099/95 revela lances curiosos, obrigando a interpretações díspares e desconcertantes, o mais das vezes devidas à má qualidade e superficialidade com que foi redigida, aglutinada e votada.

Sem omitir sua menção, a vaidade quase consegue incendiar completamente uma idéia brilhante: acabar com o complexo de inferioridade da litigiosidade contida, na esfera civil, e a satisfação imediata da vítima, além da rápida punição dos crimes de menor potencial ofensivo. A Lei nº 7244/84, que criou os Juizados Especiais de Pequenas Causas, prosseguia – até 1995 – uma vitoriosa carreira voltada à mudança de mentalidade dos juízes, que não só passaram a se preocupar com a aproximação ao povo, mas também com o efetivo acesso deste a uma ordem jurídica justa.

Pois bem, a fim de regulamentar o art. 98, I, da Constituição da República, alguns Estados – especialmente, o do Mato Grosso do Sul – anteciparam-se e desde os idos de 1990 elaboraram leis regulamentadoras, por iniciativa também de seus Tribunais de Justiça, e, modestamente, continuaram a frutuosa experiência da Lei nº 7244/84, acrescentando-a de dispositivos voltados à esfera penal.

Repentinamente surgem dois projetos de Juizados Especiais, Cíveis e Criminais, da lavra dos então deputados Michel Temer e Nelson Jobim que, por procedimento aglutinativo, acabam em um, único, relatado pelo deputado Abi-Ackel. Aprovado pela Câmara, vai ao Senado,

designado relator o senador José Paulo Bisol. Atendendo à manifestação congressual da magistratura brasileira, reunida em Camboriú e consubstanciada em projeto de comissão composta pelos Ministros Salvio de Figueiredo Teixeira, Athos Gusmão Carneiro; Desembargadores Kazuo Watanabe e Remolo Leteriello e deste juiz, acabou encampado pelo Senador Bisol. Resumia-se a pouco mais de seis artigos, mantida a vigência da Lei nº 7244/84 e atribuída aos Estados, dentro de suas peculiaridades, a regulamentação, observados os princípios gerais da processualística.

Mas, – sempre o **mas** – vingou, no retorno à Câmara, o projeto aglutinado que, dentre outras dificuldades, impôs as seguintes dúvidas:

1. Qual a natureza da sentença que homologa o negócio jurídico e quais serão as conseqüências para o descumprimento parcial da transação?
2. O Ministério Público pode deixar de oferecer proposta de suspensão do processo ou trata-se de direito do réu? Diante disto, deverá o juiz formulá-la?
3. Qual a postura do juiz-presidente do júri, ante a dissolução do conselho de sentença e a desclassificação do delito?

Em apertadíssima síntese, são estas as mais candentes discussões travadas em razão da imprecisão e precária redação legislativa da citada lei (conf.: IBCCrim – Boletim).

No Estado de São Paulo a situação é de maior perplexidade, diante da ausência de lei regulamentadora que, até hoje (novembro de 1997), impediu a criação e instalação de Juizados Especiais para crimes de menor potencial ofensivo, nada obstante a remessa pelo Tribunal de Justiça, em 15 de setembro de 1997, à Assembléia Legislativa de São Paulo, do Projeto de Lei Complementar,

nº 27, de 1997. Esta circunstância traz, dentre outras conseqüências, a retomada do julgamento em 2ª Instância, pelo Tribunal de Alçada Criminal, ao invés do Colegiado de 1º Grau, composto por juízes de 1ª Instância, sempre com prejuízo da rápida e eficaz distribuição de Justiça, mais uma vez, desamparando às vítimas e aos próprios réus, todos submetidos a um processo vagaroso. Além, obviamente, de afastá-los à competência do juiz natural.

3. O salão às escuras

Não é demasia afirmar-se que, num mundo cada vez mais submetido à globalização econômica, baseada na informação e na cultura, a segregação prisional revela-se um anacronismo.

Punir através da expiação, enquanto o mundo se transforma em acelerações constantes e diárias, sequer acaba por servir à própria idéia, partida do Iluminismo.

O homem livre não tem condições de acompanhar a evolução da transmissão de imagens e conceitos, através de fibras óticas; o que dizer, então, daquele que permanece encarcerado? Qual a chance de adaptação, quando do retorno ao convívio social? Para o quê foi "treinado" pelo sistema prisional?

A prisão apenas é inafastável para o criminoso brutal ou para aquele que investe ou tenta investir contra a vida.

O conceito para a concessão de benefícios, de salutar penas alternativas ou substitutivas não progride porque ainda fundado na velha idéia da expiação.

A construção de presídios de alguma segurança – para o criminoso intermediário, que avança contra o patrimônio sem violência; ao iniciante na utilização de tóxico, ao estelionatário – não pode ser confundida com os de segurança máxima, para o réu violento, latrocida, reincidente em delitos desta mesma espécie. E, muito menos, aos "corrós" infectos de delegacias. Tudo isto,

contudo, atende ao chamado clamor público – erroneamente voltado à segregação – que vem conduzindo o Estado a elevadíssimas despesas para construí-los; a uma diária por preso, absolutamente irreal se comparada ao ganho de um trabalhador médio ou do próprio carcereiro, sem atingir qualquer objetivo, quer na recuperação do criminoso quer no impedir-lhe a reincidência.

A tendência a encurtar prazos peremptórios, na esfera civil, revela a angústia do homem moderno na tentativa de viver com alguma despreocupação e lazer, enquanto que, na esfera penal, prossegue-se no escuro imobilismo das prisões imundas, desprezados os mais elementares direitos à sobrevivência e à dignidade humanas.

Não se duvide de que a manutenção destes guetos ou depósitos humanos satisfariam a ideologias do tipo stalinista ou nazista, isto é, ao fascismo como um todo, diante da incrível mortandade, do contágio pestilento e do absoluto descontrole administrativo, capazes de dispensar, até mesmo, o gasto com instalação de câmaras de gás ou fuzilamentos sumários, sempre, porém, respaldadas em aparente legalidade. As rebeliões, os motins, os assassinatos em massa, pela própria segurança do Estado, em consciências amortecidas pela escalada da violência, surgem, até, como razoável "solução final", na ausência da institucionalização da pena de morte.

Desta forma, alimenta-se a reincidência entre os segregados, enquanto que para os de fora, a tortura, o extermínio, a barbárie, apresentam-se justificadas, sequer se conseguindo evitar o deslocamento de verbas, imprescindíveis para garantir o futuro do cidadão exemplar e de sua família, que acabam gastas com indivíduos que continuarão perigosos e irrecuperáveis.

Neste raciocínio acaba embutido o da crise do Direito Penal e o da falência do sistema penitenciário.

Mas, como derradeiro fator desagregante – da sociedade em seu todo – está a verdade de que o macrocriminoso não é levado às prisões. O tráfico de entorpecentes ou as organizações criminosas plurina-cionais, reciclam seus “quadros”, através da escolaridade básica das prisões, financiada pelo Estado. O pequeno delinqüente, subjugado, estuprado física e violentado psicologicamente, ao retornar para o convívio em sociedade, diga-se, uma sociedade carente de empregos, presta-se a qualquer espécie de ocupação marginal (“mula” no tráfico; membro de “célula” mafiosa, e assim por diante).

Pergunta-se: haverá, desta forma, condições de efetivo combate ao tráfico internacional de entorpecentes ou às macro-organizações criminosas, como a Yakuza, a Máfia, os Novos Russos, os cartéis latino-americanos?

Enquanto estas organizações alimentam a mídia com pequenos ou graves delitos massificados, incentivando a perseguição nas margens da criminalidade, o “*establishment*” deixa de formar policiais, promotores de justiça e juízes capacitados para perseguir e julgar crimes do “colarinho branco e das mãos sujas”; permitindo que escapem à perseguição judicial os delitos praticados em eleições fraudadas; as empreiteiras “amigas”; os contabilistas das eleições governamentais (PC) e os parlamentares “imunizados”, chegando-se, em alguns casos, ao assassinato por suicídio...

Assim, a realidade do sistema prisional, quando oposta ao conceito de classe social, não resiste à mínima verificação prática. Os promotores de justiça fingem que denunciam, os juízes que julgam e os réus que cumprirão suas penas no cárcere, com exceção daqueles despossuídos e que sequer têm condições de contar com uma defesa técnica.

4. O Salão dos Sonhos

Encontrar solução para esta problemática crucial da cidadania é dever do Estado e dos lidadores do Direito.

A se ultrapassar o ponto extremo de tolerância à criminalidade, quando ocorre a desagregação da sociedade pelo crime: “...o corpo social corre sério risco de desintegrar-se, ao menos do ponto de vista jurídico e normativo. Se o crime aumenta sem parar, uma de duas: ou ele é punido (ao menos numa percentagem significativa), e nessa hipótese há que ampliar as cadeias, com sérios encargos para a economia nacional; ou então não se pune senão em percentagem ínfima, e nesse caso ele adquire contornos de legalidade. Ambas as hipóteses, como é fácil de ver, são altamente indesejáveis para a sociedade”.²

Novas leis têm sido propostas, algumas aprovadas e postas em vigor. O exemplo mais próximo de se tentar esvaziar prisões, compensando-se – de alguma forma – as vítimas e impondo-se imediata sanção ao criminoso, ainda pode ser admitido na nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais). Pretendendo compor as infrações de menor potencial ofensivo, mesmo tendo em alguns dispositivos extrapolado à competência dos Estados, viu-se (em São Paulo, especificamente) fraudada, pois retardada a proposta de lei regulamentadora. Com isto faz-se periclitir todo o sistema, enquanto os juízes – quase que totalmente desorientados – vêem-se às voltas com uma competência indefinida e uma sobrecarga assustadora de processos.

Recursos que deveriam ser dirigidos a um Colegiado de 1º Grau, entopem os Tribunais de Alçada, desvirtuando a mente do legislador, que almejava a rapidez, a deformalização, a oralidade, a imediatidade, a economia processual; criam-se novos procedimentos e vê-se retarda-

2 “A Macrocriminalidade” – Juury C. Silva – Ed. Revista dos Tribunais – 1980, pág. 230.

da a prestação jurisdicional, ao cabo, prestada por outro que não o juiz natural.

Repita-se: açodamento e falta de técnica legislativa além da inércia, é claro, vêm conseguindo tumultuar a Justiça Criminal.

Exemplo categórico é o da confusa interpretação a ser dada aos feitos em andamento, em razão da Lei 9271/96, que modificou a redação do art. 366 do Código de Processo Penal, visto que, ante a decretação da revelia, ao réu citado por edital, suspende-se a contagem do prazo de prescrição ou apenas o fluir do processo?

A transformação da pena de multa, ao inadimplente, através da execução fiscal (Lei nº 9268/96), é da competência civil, ou permanece na esfera criminal?

O que dizer então da nova tipologia da receptação (Lei nº 9426/96)? Das indefinições das leis dos crimes hediondos (Lei nº 8930/94), da tortura (Lei nº 9455/97) e do porte de arma (Lei nº 9437/97)?

Talvez o maior incentivo à expiação esteja no fracasso do sistema carcerário, com sua falta de controle do regime das prisões, sem cumprimento individualizado, sem que se otimize qualquer espécie de rigorosa lista de espera, visando à concessão da almejada progressão a regime mais brando (neste sentido recente decisão da C. 5ª Câmara, do Tribunal de Alçada Criminal, no *Habeas Corpus* 302.570). O mais deletério, no entanto, está na ausência de eficaz controle da vida do encarcerado pelo Juízo das Execuções Criminais agravada pela precariedade de meios.

5. Um Novo Século das Luzes?

No silêncio do Salão dos Passos Perdidos ecoam todas estas angústias. Fantasmas esvoaçam eternamente ante a expiação imposta, não só por seus juízes, mas pela sociedade, como um **plus**.

Acendamos as luzes!

Apesar das críticas, é louvável o esforço governamental em produzir leis que minimizem o caráter expiatório da pena e seu consectário da segregação, ainda sem qualquer objetivo de readaptação ou de reintegração do criminoso à vida em sociedade, impedida a reincidência.

Desponta como critério objetivo e capaz de tentar amenizar a sistemática carcerária, injusta e inoperante, a existência do Projeto de Lei da Câmara nº 32, de 1997 (nº 2.684/96, de iniciativa do Presidente da República), que altera o Código Penal.

A pretensão é a de ampliar as penas restritivas de direitos (art. 43), substitutas das privativas de liberdade, com adequação quantitativa, também das condenações efetivadas e sua conversão em privativa de liberdade, ante o descumprimento injustificado.

Privilegia-se a imediata satisfação, em pecúnia, à vítima (art. 45); prevê-se o recolhimento domiciliar, atribuída esta premiação à responsabilidade e autodisciplina do próprio réu.

Porém, a mais expressiva modificação está na adoção da perda de bens vinculados a crime que, de acordo com a exposição de motivos do, então, Ministro Nelson Jobim, não atinge o princípio constitucional da "intangibilidade do direito de propriedade".

Atribui-se, em larga escala, a observação profunda e criteriosa do magistrado na aplicação da pena e na apreciação do que, realmente, caracterizará a reincidência e a personalidade do infrator.

Trilha-se, desta forma, um novo caminho, fruto da inovação e da esperança. A exacerbação punitiva revelou-se inócua, diante da precariedade das prisões, da falta de consciência humanística criadora dos lidadores do Direito e, especialmente, da crise da economia globalizada. O desaparecimento, em larga escala, do emprego não pode

ser desprezado como fator relevante na massificação da marginalidade.

O problema da violência e do delinqüente ultrapassa a fronteira dos países e continentes e não poderá, doravante, prescindir da análise e solução a partir de complexos multiprofissionais. O economista, o infectologista, o psiquiatra, o jurista, são alguns dos novos responsáveis pela interrupção da escalada do crime, sob pena de chegarmos à desagregação da sociedade.

Como última observação, anota-se que a crise do capitalismo financeiro terá como corolário a criação e instalação de organizações multinacionais de facínoras (exemplo mais concreto é o da Rússia). A movimentação de milhões de dólares, oriundos da atividade criminosa – como o do tráfico de entorpecentes – propicia a criação de cartéis, que se instalam como Estados dentro do Estado. A repressão é insuficiente e primária (como exemplo as cidades de Cali, Rio de Janeiro, etc.) e permite que surjam novas formas de corrupção, em âmbito estatal, capazes de influir em todo o sistema democrático de votações.

Na definição do Banco Mundial³, ao encabeçar campanha anticorrupção, consistiria aquela no “abuso da atividade pública para obter um benefício privado”.

Atentando-se para o que vem de se expor, pode-se concluir que o futuro do país, mesmo e sobretudo diante da formulação de novos conceitos de soberania compartilhada em mercados comuns, e da Humanidade como um todo, não pode desprezar os reflexos da macrocriminalidade também na esfera individualizada dos países. A erronia, no combate à pequena criminalidade, fornece quadros de delinqüentes às organizações macrocriminosas, enquanto agem na esfera mundial, criando capitais e agitando problemas de alentada gravidade, capazes de conduzir à derrocada do capitalismo.

3 - “Folha de S. Paulo” – Cad. 4 – pág. 2, em 19/9/97.

Para se ter uma idéia da enormidade das cifras, atente-se a estes dados: “Um trilhão e meio de dólares por dia, lícitos e ilícitos, entram e saem só dos Estados Unidos, por transferência telegráfica eletrônica. Uma centena de bilhões de dólares anuais muda de mãos no mercado de drogas dos Estados Unidos, e 500 bilhões, em escala mundial” (...) “Pode-se transferir qualquer quantia por cabo de banco a banco, tão logo ele passe pela porta de um único banco, e fazê-lo **estagiar** de banco a banco, em até 200 bancos através do mundo, até que desapareça completamente”⁴.

Diante destas ameaças, quer parecer que estamos a combater as fimbrias do crime. A substituição econômica de máfias globalizadas atinge os países, a ordem mundial, através de uma teia que parte do domínio das prisões, da mídia, dos bancos, do sistema eleitoral e governamental e da lavagem do dinheiro.

A reformulação da mentalidade dos lidadores do Direito, de sua reciclagem, é urgente e impostergável. Se não conseguirmos atualizar a capacitação para combater a verdadeira violência, os criminosos brutais e suas associações, caminharemos por passos perdidos a uma nova idade das trevas, trazendo pela mão o pequeno delinqüente.

4 - “A Máfia Globalizada” de Claire Sterling – Ed. Revan – 1997 – pág. 223.

PODER DISCIPLINAR: UM DIREITO PENAL ADMINISTRATIVO?

Claúdio Brandão

Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidad del Museo Social Argentino – Buenos Aires. Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAP, da Faculdade de Direito de Olinda; da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE e do Bureau Jurídico.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceito de Poder Disciplinar. 3. Teoria da identificação substancial entre o Direito Penal e o Poder Disciplinar. 4. Teoria da diferenciação da natureza do Poder Disciplinar frente ao Direito Penal. 5. Controle do Poder Disciplinar. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1. Introdução

A hierarquia e disciplina manifestam-se como condição essencial para a vida em sociedade. Assim, o Poder Disciplinar da Administração Pública não está limitado aos funcionários públicos, mas abrange todos os súditos da referida Administração.

Todavia, o Poder Disciplinar tem uma ênfase maior nos funcionários públicos, porque com relação à vida em sociedade há outras formas, jurídicas e não jurídicas, de controle social, enquanto que na Administração Pública a forma mais intensa e enérgica de controle é o Poder Disciplinar. Por isso, a nossa pesquisa terá uma especial ênfase no Poder Disciplinar aplicado aos funcionários

públicos, mas desde já advertimos que o Poder Disciplinar é bem mais abrangente.

Tratamos, pois, de estudar o Poder Disciplinar. Estudaremos seu conceito, sua natureza e seu controle. Com relação a esse capítulo, faz-se necessário um esclarecimento.

Como sabido, o marco da pesquisa científica está na delimitação do objeto. Face à impossibilidade de analisar todos os sistemas jurídicos sobre o controle do Poder Disciplinar, trataremos à colação os mais importantes. Estudaremos o controle do Poder Disciplinar frente aos sistemas inglês, francês, brasileiro. Escolhemos o sistema inglês porque é o sistema mais representativo do *common law*, o sistema francês por conta da existência de uma justiça administrativa desvinculada do poder judiciário e o brasileiro porque este sistema dá a possibilidade de controle administrativo e jurisdicional.

2. Conceito de Poder Disciplinar

Um dos temas mais difíceis dentro do direito administrativo é relacionado ao Poder Disciplinar. Essa dificuldade surge não só no direito administrativo, como também no Direito Penal, a ponto de alguns tratarem o Poder Disciplinar como Direito Penal administrativo.

Para exemplificar a assertiva posta, trazemos a colação a posição de Francesco Antolisei, que afirma:

"(...) molto delicata è la determinazione dei rapporti fra il nostro ramo e il diritto amministrativo. La linea di demarcazione è tutt'altro che dirigida ed há subito in passato vari spostamenti.

La difficoltà della delimitazione deriva anche dal fatto che il diritto amministrativo contiene norme che stabiliscono, come conseguenza delle respective violazioni, sanzioni che in sostanza sono pene, inquanto implicano

una diminuzione di beni dell'individuo. Sono queste cose dette pene amministrative, tra le quali vanno segnalate specialmente:

- a) Le pene disciplinari. – Sono le pene che vengono inflitte in seguito alla violazione di norme giuridiche che regolano rapporti di subordinazione particolari; in altri termini, di norme che hanno per iscopo l'obbedienza e, quindi, la disciplina, non già di tutti i cittadini, ma di cui alcune persone verso altre che esercitano nei loro confronti uno speciale potere di supremazia."¹

Na lição de Antolisei, dessarte, a linha de demarcação entre o Direito Penal e o direito administrativo é nebulosa porque a consequência jurídica dos dois ramos do direito tem a mesma substância, ou seja, tanto a sanção do Direito Penal quanto a do Direito Administrativo Disciplinar implicam diminuição dos bens do indivíduo, sendo que a sanção do direito administrativo não se dirige a todos os cidadãos, mas somente aos que estão subordinados através de uma relação jurídica própria com a administração pública.

O Poder Disciplinar nasce da necessidade de coesão e eficiência do grupo. Tome-se por exemplo a metáfora do professor Manoel Caetano: "Numa associação desportiva, qualquer um pode ingressar, desde que contribua para a realização dos fins comuns, não prejudique a colaboração mútua dos sócios; na equipe de competição de futebol as regras são muitos mais rígidas que as da associação, visto que envolvem obrigações impostas no período de preparação, obrigações de como se comportar durante a disputa, etc. com vista à obtenção do melhor

¹ Antolisei, Francesco. *Manuale di diritto penale - parte generali*. 3ª edição. Milano:Giuffrè. 1957. p. 7.

resultado possível. Quanto mais preciso e próximo é o objetivo almejado, mais rígida é a disciplina do grupo e a sua inobservância origina a indisciplina.”²

Não é possível haver a coesão do grupo social sem disciplina. Através de sua coesão o grupo pode alcançar a realização de seus objetivos, posto que estará uníssono caminhando em uma só direção. Sem a disciplina, pois, a tendência é a tomada dos mais diversos caminhos, o que resulta numa falta de coesão e num afastamento do alcance do objetivo comum.

A disciplina pode ser olhada pelo aspecto objetivo e subjetivo:

- a) Pelo aspecto objetivo a disciplina pode ser conceituada como “o conjunto de normas que num dado grupo social asseguram a sua coesão e a realização dos fins que o justificam”³
- b) Pelo aspecto subjetivo a disciplina pode ser conceituada como “os deveres a que está sujeito cada um dos membros de certo grupo social nas relações com o próprio grupo e com os outros membros”⁴

Dentro da Administração Pública, como salta aos olhos também, é imperiosa a necessidade de disciplina. Ressalte-se que é muito mais importante disciplina nos serviços públicos do que em associações particulares. Sem disciplina não haveria a consecução dos objetivos dos serviços públicos, muito menos a coesão do grupo humano que faz a referida Administração Pública; o serviço público ficaria acéfalo e caótico. Deste modo a disciplina vem

2 Caetano, Manoel. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 386-397.

3 *Idem* *Ibidem*, p. 387.

4 *Idem*, *Ibidem*, p. 387.

afastar a desordem para fazê-lo funcionar. Jéze, inclusive, assevera que a disciplina não só faz funcionar o serviço como possibilita sua melhora:

“El poder disciplinario tiene por objetivo esencial mejorar el funcionamiento del servicio publico por la enmienda personal del agente publico o por su exclusion temporaria o definitiva de los cuadros de la Administración”.⁵

Com relação à Administração Pública, a disciplina também pode ser olhada por um prisma objetivo e por um subjetivo: objetivamente, é o conjunto de normas que constituem o Poder Disciplinar; subjetivamente são os deveres impostos por estas normas.

Visto a necessidade da disciplina na multi referida Administração Pública, e visto que objetivamente a disciplina é o conjunto de normas que regulam o Poder Disciplinar, torna-se necessário descrever o que é o Poder Disciplinar. A princípio, podemos utilizar a definição de Jéze, que o define como:

“la facultad reconocida a los agentes publicos superiores para castigar a los agentes publicos subordinados, cuando éstos han cometido una falta de servicio.”⁶

Da própria idéia do Poder Disciplinar surge a idéia de sanção. Jéze, no seu *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, começa a explicação do Poder Disciplinar dizendo que ele tem caráter **repressivo**, e não preventivo. A idéia básica deste conceito é a faculdade ou obrigação que a Administração Pública tem de infligir um mal às pessoas que fazem parte dela ou venha a ela se vincular.

5 Jéze, Gastón. *Princípios generales de derecho administrativo*. Trad. Julio N. Almago. TIII. Buenos Aires: Depalma, 1949. P.92.

6 *Idem* *Ibidem*, p. 92.

Por conta desta noção do Poder Disciplinar existem duas grandes vertentes teóricas sobre o seu caráter: a primeira é a da absoluta identificação do Poder Disciplinar com o Direito Penal, a segunda é a do reconhecimento do caráter administrativo do Poder Disciplinar, liberto, assim, do Direito Penal.

3. Teoria da identificação substancial entre o Direito Penal e Poder Disciplinar

Carlos de Barros Júnior faz notar que o caráter a um só tempo punitivo e preventivo do Poder Disciplinar o levou a uma identificação com o Direito repressivo por excelência: O Direito Penal⁷.

Muitos autores, e inclusive alguns países (como a Espanha e a Itália), baseados na inegável semelhança entre o Poder Disciplinar e o Poder Penal concluíram que o Direito Penal tutela a ordem jurídica geral e o Direito Disciplinar tutela a ordem específica da Administração; a diferença entre eles não é uma diferença na essência, é quando muito uma diferença quantitativa. Inclusive, *pode-se afirmar que a maioria da doutrina adota essa posição*.

O cerne da argumentação dos autores que identificam substancialmente o Direito Administrativo Disciplinar e o Direito Penal é o fato de ambos reprimirem condutas ilícitas com a imputação de uma pena. A diferença existente entre elas não é mais que uma diferença de grau ou de quantidade. Dessarte, o Direito Administrativo Disciplinar não é outra coisa senão um Direito Penal especial da Administração Pública.

Léon Duguit entende que o Direito Disciplinar é um Direito Penal ainda não inteiramente jurisdicionalizado. Embora observe que o Direito Disciplinar não forma um Direito único com o Penal, nenhuma diferença essencial

7 Barros Júnior, Carlos. *Do Poder Disciplinar da Administração Pública*. Tese de Catedra. São Paulo, 1969. p. 8.

os separa. A repressão disciplinar é uma repressão penal sob o aspecto de seu fundamento, pois se explica por igual concepção de Estado. Se o poder em questão se liga ao *Imperium* do Estado, dele também se deriva o Poder Disciplinar. A legitimidade do Poder Disciplinar tem a mesma origem do penal. A diferença entre eles é que a repressão penal se exerce por atos jurisdicionais enquanto o Poder Disciplinar por atos administrativos⁸.

Os autores espanhóis também posicionam-se no sentido da identificação do direito disciplinar com o penal. Porém isto se deve a uma particular situação daquele país. Em 1971, durante a realização de um seminário na Universidade de Salamanca, o catedrático de Direito Administrativo Lorenzo Martín-Retortillo Baquer alertava que a Espanha vivia um momento de proliferação incessante das sanções impostas pela administração Pública.⁹ Tais sanções podem ser leves, mas também podem ser muito graves, são elas: multa, privação de liberdade ou proibição de exercer determinadas atividades¹⁰.

Esta distorção exigia uma correção. A dita correção veio através da identidade do Poder Disciplinar com o Direito Penal. Com efeito, deste modo o Poder Disciplinar está limitado pela tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

O Poder Disciplinar está, pois, na Espanha, sujeito aos

“(...) mismos principios cuyo respecto legitima la imposición de las sanciones, principios establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos que há de

8 Apud Barros Júnior, Carlos. *Do Poder Disciplinar da Administração Pública*. Tese de Catedra. São Paulo, 1969. Nota à p. 16.

9 Baquer, Lorenzo Martín-Retortillo. “Sanciones penales e sanciones gubernativas”. Ciclo de Conferências. Salamanca: Universidade de Salamanca, 1971. p. 11.

10 Baquer, Lorenzo Martín-Retortillo. “Sanciones penales e sanciones gubernativas”. Ciclo de Conferências. Salamanca: Universidade de Salamanca, 1971. p. 13-14.

Por conta desta noção do Poder Disciplinar existem duas grandes vertentes teóricas sobre o seu caráter: a primeira é a da absoluta identificação do Poder Disciplinar com o Direito Penal, a segunda é a do reconhecimento do caráter administrativo do Poder Disciplinar, liberto, assim, do Direito Penal.

3. Teoria da identificação substancial entre o Direito Penal e Poder Disciplinar

Carlos de Barros Júnior faz notar que o caráter a um só tempo punitivo e preventivo do Poder Disciplinar o levou a uma identificação com o Direito repressivo por excelência: O Direito Penal⁷.

Muitos autores, e inclusive alguns países (como a Espanha e a Itália), baseados na inegável semelhança entre o Poder Disciplinar e o Poder Penal concluíram que o Direito Penal tutela a ordem jurídica geral e o Direito Disciplinar tutela a ordem específica da Administração; a diferença entre eles não é uma diferença na essência, é quando muito uma diferença quantitativa. Inclusive, *pode-se afirmar que a maioria da doutrina adota essa posição*.

O cerne da argumentação dos autores que identificam substancialmente o Direito Administrativo Disciplinar e o Direito Penal é o fato de ambos reprimirem condutas ilícitas com a imputação de uma pena. A diferença existente entre elas não é mais que uma diferença de grau ou de quantidade. Dessarte, o Direito Administrativo Disciplinar não é outra coisa senão um Direito Penal especial da Administração Pública.

Léon Duguit entende que o Direito Disciplinar é um Direito Penal ainda não inteiramente jurisdicionalizado. Embora observe que o Direito Disciplinar não forma um Direito único com o Penal, nenhuma diferença essencial

⁷ Barros Júnior, Carlos. *Do Poder Disciplinar da Administração Pública*. Tese de Cátedra. São Paulo, 1969, p. 8.

os separa. A repressão disciplinar é uma repressão penal sob o aspecto de seu fundamento, pois se explica por igual concepção de Estado. Se o poder em questão se liga ao *Imperium* do Estado, dele também se deriva o Poder Disciplinar. A legitimidade do Poder Disciplinar tem a mesma origem do penal. A diferença entre eles é que a repressão penal se exerce por atos jurisdicionais enquanto o Poder Disciplinar por atos administrativos⁸.

Os autores espanhóis também posicionam-se no sentido da identificação do direito disciplinar com o penal. Porém isto se deve a uma particular situação daquele país. Em 1971, durante a realização de um seminário na Universidade de Salamanca, o catedrático de Direito Administrativo Lorenzo Martin-Retortillo Baquer alertava que a Espanha vivia um momento de proliferação incessante das sanções impostas pela administração Pública.⁹ Tais sanções podem ser leves, mas também podem ser muito graves, são elas: multa, privação de liberdade ou proibição de exercer determinadas atividades¹⁰.

Esta distorção exigia uma correção. A dita correção veio através da identidade do Poder Disciplinar com o Direito Penal. Com efeito, deste modo o Poder Disciplinar está limitado pela tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

O Poder Disciplinar está, pois, na Espanha, sujeito aos

"(...) mismos principios cuyo respecto legitima la imposición de las sanciones, principios establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos que há de

⁸ Apud Barros Júnior, Carlos. *Do Poder Disciplinar da Administração Pública*. Tese de Cátedra. São Paulo, 1969. Nota à p. 16.

⁹ Baquer, Lorenzo martin-Retortillo. "Sancciones penales e sanciones gubernativas". Ciclo de Conferências. Salamanca:Universidade de Salamanca. 1971, p. 11.

¹⁰ Baquer, Lorenzo martin-Retortillo. "Sancciones penales e sanciones gubernativas". Ciclo de Conferências. Salamanca:Universidade de Salamanca. 1971, p. 13-14.

tener en cuenta la resolución sancionadora, aunque se rate del orden administrativo, tales como que la acción há de ser típica o prevista y descrita como tal por por la norma jurídica anterior (notese que non se cita la Ley), antijurídica, isto es, lesiva de un bien jurídico protegido pela Ley, culpable o atribuible al autor por dolo o culpa, y no procediendo en ningun caso la interpretación extensiva ou analogica sino que es menester atenerse a la norma estricta"¹¹

Na Itália também se concebe uma identificação substancial entre o Poder Disciplinar e o Penal. Tullio Padovani, inclusive, faz notar que duas leis de despenalização, dos anos de 1967 e de 1975, tornaram determinados ilícitos penais punidos somente com a pena de multa em ilícitos administrativos. Um salto qualitativo sobre os ilícitos administrativos na experiência italiana, todavia, deu-se somente em 24 de novembro de 1981, com a Lei nº689, que tratou de uma disciplina geral orgânica do ilícito administrativo, inclusive quanto ao procedimento de execução.¹²

A diferenciação do ilícito administrativo para o ilícito penal é feita através dos critérios da proporcionalidade e da subsidiariedade, não sendo uma diferença substancial mas quantitativa. Quando não houver uma gravidade tal no ilícito que se recomende uma privação da liberdade, aplica-se a sanção administrativa; de outra sorte, a sanção aplicada é a administrativa quando não for prevista uma sanção penal para o ilícito, daí sua subsidiariedade.¹³

11 Pinela i Sorli, Joan-Sebastià. "La poestade sancionadora de la administraci3n y la jurisprudencia del tribunal constitucional: especial referencia a las comunidades aut6nomas". *Revista jurídica de Catalunya*. Nº 1. Any XC. Barcelona. 1991. Sentença do Tribunal Constitucional de 2 de março de 1972 (R-Az. 998) ciada à p. 133.

12 Padovani, Tullio. "La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana". In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milão: Giuffrè. Fasc. 3 - Lug-set. 1984. p. 952-953.

13 Idem. *Ibidem*. p. 953-955.

Entre nós o mestre Néelson Hungria defende a identidade substancial entre o ilícito penal e o administrativo. Afirma que a injuricidade é única para todos os ramos da Enciclopédia Jurídica. O ilícito administrativo não é conceitualmente distinto de um ilícito penal, a única diferença é de quantidade ou de grau: no Direito Penal há uma maior gravidade do ilícito e, no Administrativo, uma menor gravidade. Diz o mestre, *in verbis*:

"A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na essência é o dever jurídico. (...) não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. Conforme acentua Beling, a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou grau: está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. O ilícito administrativo é um *minus* em relação ao ilícito penal. Pretender justificar um discrimine pela diversidade *qualitativa* ou *essencial* entre ambos, será persistir no que Kukula justamente chama de 'estéril especulação', idêntica à demonstração da 'quadratura do círculo'. (...) O ilícito administrativo, à semelhança do ilícito penal, é lesão efetiva ou potencial de um bem jurídico, pois, de outro modo, não se compreenderia a existência de um Direito Penal Administrativo. (...) A identidade essencial entre o delito administrativo e o delito penal é atestada pelo próprio fato histórico, de que existem poucos delitos penais que não tenham passado pelo estágio do delito administrativo."¹⁴

14 Hungria, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VIII. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1959. p. 25-29.

4. Teoria da diferenciação da natureza do Poder Disciplinar frente ao Direito Penal.

Para Jéze, o Poder Disciplinar e o Poder Penal não têm a mesma natureza, a diferenciação entre eles não é apenas a gravidade da falta. Há uma diferenciação substancial que está na finalidade ou no escopo do Poder Disciplinar e no Poder Penal. O Poder Disciplinar visa a melhorar o serviço público enquanto o Poder Penal visa à punição do agente. Com efeito:

"Confundir la falta de servicio y el delito del agente publico, seria un error capital, en el que muchas veces há incurrido. Olvidar esta idea fundamental, es correr el riesgo de dar al Poder Disciplinario una significacion juridica que no tiene. La repression disciplinaria de los agentes publicos que cometen faltas y la repression penal de los agentes publicos delinquentes son dos cosas totalmente diferentes. La repression disciplinaria tiene en cuenta el mejoramiento del servicio publico, mientras que la repression penal tiene esencialmente por objeto la punicion personal del agente publico delincente."¹⁵

Para Jéze, a repressão penal dos agentes públicos apresenta duas características particulares. A primeira é que em razão da dignidade de que são investidos, os agentes públicos têm mais ocasiões para cometerem delitos, em razão das facilidades geradas pela autoridade que possuem, por isso são cominadas penas mais severas para eles. A segunda é a capitulação de determinados crimes, os quais só podem ser cometidos por funcionários públicos.¹⁶

Themístocles Brandão Cavalcanti também desvincula o Poder Disciplinar do Poder Penal, pois este é

15 Jéze, Gaston, cit., p. 93

16 Jéze, Gaston. Cit., p. 93.

decorrente de um dever geral, enquanto o Disciplinar é decorrente de um poder punitivo ligado à pessoa pertencente à administração.¹⁷

"O Poder Disciplinar é essencialmente um poder decorrente da posição hierárquica, da qual emana a autoridade para impor uma pena".¹⁸

A hierarquia fundamenta o Poder Disciplinar, para o autor, pois ela funciona ora como um princípio centralizador, ora como um princípio de distribuição de competência entre diversos graus escalonados, o que possibilita um exercício de poder do grau superior para o inferior.¹⁹

A idéia de Jéze enquadra-se perfeitamente no direito brasileiro. Com relação às características particulares do Poder Penal o Direito Criminal brasileiro agrava determinadas penas em virtude das facilidades que os funcionários públicos têm para cometerem delitos, v. g., a diferença das penas do crime de apropriação indébita (reclusão de um a quatro anos) para a pena do crime de peculato (reclusão de dois a doze anos). Com relação a determinados delitos que só podem ser cometidos por funcionários públicos, nosso Código Penal estabelece vários delitos com esta característica (por exemplo os arts. 312, 316, 317, 318), bem como há abundantes referências nas Leis Penais especiais (por exemplo, art. 3º da Lei 8137/90).

Interessante notar que na França não existe enumeração legal das faltas disciplinares. Cabe à autoridade disciplinar dizer se houve ou não infração disciplinar de acordo com o conjunto das circunstâncias; é claro que –

17 Cavalcanti, Themístocles Brandão. Direito e processo disciplinar. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1966. p. 99.

18 Idem. Ibidem. p. 27.

19 Idem. Ibidem. p. 25-26.

20 Gomes da Cruz, José Raimundo. O controle jurisdicional do processo disciplinar. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 213-214.

conforme ver-se-á adiante – essa constatação está sob o controle do juiz *administrativo*. O direito disciplinar francês, pois, ignora o princípio penal *nulum crimen nulla poena sine lege*.²⁰

Em que pese em alguns países, como na Espanha e na Itália, se identificar substancialmente o Poder Penal com o Poder Administrativo Disciplinar, essa identificação não é possível no direito brasileiro. Se considerarmos a diferença entre os poderes acima citados uma diferença de quantidade e não de substância, implicaria termos que aceitar que os princípios que norteiam o Direito Penal também norteia o Direito Administrativo Disciplinar, como, aliás, é reconhecido expressamente nos países que fazem essa identificação. Assim, o Poder Administrativo Disciplinar estaria regido pelos princípios penais, dentre eles o da culpabilidade.

Ocorre que a legislação brasileira dispensa a apreciação da culpabilidade, ou seja, de responsabilidade pessoal ou subjetiva para a configuração dos ilícitos de natureza administrativa, instituídos pelo multi referido Poder Disciplinar. Podemos tomar como exemplo o art. 20 da Lei 8.884 de 11 de junho de 1994, no seu art. 20, que estabelece que as infrações administrativas ali capituladas se concretizam independentemente de culpa. Consagra, assim, a responsabilidade objetiva, que é o oposto da culpabilidade. Não é possível, destarte, à luz do direito brasileiro, identificar substancialmente o Poder Penal e o Disciplinar.

No direito brasileiro também não se exige o princípio *nulum crimen nula poena sine lege* para a aplicação das sanções disciplinares. Neste sentido, Themístocles Cavalcanti²¹ e Gomes da Cruz²² posto que infrações aos

21 Cavalcanti, Themístocles Brandão. *Direito e processo disciplinar*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1966. p. 99.

22 Gomes da Cruz, José Raimundo. *O controle jurisdicional do processo disciplinar*. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 377.

princípios genéricos da moralidade administrativa, urbanidade e lealdade já justificariam a pena disciplinar.

Assim, a diferenciação entre o Poder Penal e o Poder Disciplinar não é uma diferença meramente quantitativa, mas uma diferença de essência, que reside no escopo ou na finalidade: enquanto a finalidade do Poder Disciplinar é melhorar o serviço público, a finalidade do Poder Penal é punir o agente em nome de uma idéia de justiça.

5. Controle do Poder Disciplinar

5.1. Sistema inglês de controle do Poder Disciplinar

Na Inglaterra, antes da invasão dos normandos na alta idade média, o direito era consuetudinário e feudal. Por isso, havia um direito local de cada feudo e o poder não era concentrado nas mãos do rei, mas descentralizado. Com a invasão dos normandos, desenvolveu-se um sistema jurídico até então inexistente, as cortes tradicionais feudais foram substituídas por cortes reais, que gradualmente assumiram toda a administração da justiça. No início, as cortes reais só se ocupavam das lides que envolvessem interesses da coroa, assim o direito aplicado por tais cortes era inicialmente um direito público, distinto dos costumes locais, aplicados pelas cortes tradicionais. Esse direito aplicado pelas cortes reais não se limitava ao âmbito territorial do feudo, mas se estendia a toda a Inglaterra, sendo comum a ela. Assim nasceu o *common law*.²³

O *common law* é o sistema onde o direito emerge dos casos concretos e não de normas gerais preestabelecidas. Entretanto, quando os tribunais superiores decidem um caso, aquela decisão vincula obrigatoriamente os casos idênticos a ela. A essa vinculação se chama precedente.

23 Gomes da Cruz, José Raimundo. *O controle jurisdicional do processo disciplinar*. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 20.

Paulatinamente, os particulares abandonaram as cortes tradicionais para a resolução das lides, visto que as cortes reais decidiam utilizando-se de processo mais moderno e mostravam decisões mais eficazes. Por sua vez, as cortes reais desejavam estender sua competência e, por isso, utilizavam-se de ficções que lhes permitiam demonstrar o interesse da coroa em todos os casos. As cortes reais tornaram-se de fato as cortes do direito público e privado a partir do século XV, completando, nesta época, o sistema do direito comum ou *common law*.²⁴

Ao lado do direito comum surgiu a *equity*, que objetivava atenuar o rigor do *common law* e fazer a justiça do caso concreto. Quando o *common law* era injusto, o litigante prejudicado dirigia uma petição ao rei, suprema fonte de justiça. O rei, por sua vez, reconhecia que havia uma situação em que o direito estrito era contrário ao peticionário, porém em nome da justiça, admoestava a outra parte para que ela se comportasse conforme a moral. Se a parte se recusasse, o rei, para obrigá-la a comportar-se conforme a moral e para a salvação de sua alma, determinava que ela fosse meditar na prisão e colocava seus bens sob seqüestro, até que a mesma melhorasse seus sentimentos.²⁵ A partir do século XVI, essas petições passaram a ser julgadas pelo *Lord Chancellor*. Atualmente, subsistem na Inglaterra os dois tipos de procedimento: o *common law* e o *equity*.

A organização judiciária inglesa está assim resumidamente dividida: em primeira instância encontram-se as *Conty Court*. Na segunda instância está a *High Court of Justice*, que junto com a *Court of Appeal* forma a *Supreme Cort of Judicature*. Na terceira instância está a *House of Lords*, que é o tribunal maior da Inglaterra, cujo presidente é o *Lord Chancellor*, chefe do judiciário inglês.²⁶

24 Idem. Ibidem. p. 20

25 Idem. Ibidem. p. 22

26 Idem. Ibidem. p. 30.

No sistema inglês, com relação ao controle do Poder Disciplinar, temos que analisar os dois tipos de funcionários públicos. Há os funcionários estáveis, os quais são concursados. Não existe estatuto geral escrito que assegure qualquer garantia expressa de emprego, carreira ou aposentadoria. Porém, na prática, tais funcionários gozam de muito mais garantias que – por exemplo – os funcionários brasileiros. As sanções disciplinares destes funcionários são aplicadas pela cortes de primeira instância inglesas (*County Court*).²⁷

Os segundos funcionários são os contratados temporariamente, demissíveis a qualquer tempo. As sanções disciplinares neste caso não precisam ser aplicadas pelo poder judiciário porque os mesmos podem ser demitidos *ad nutum*.

5.2. Sistema francês do controle do Poder Disciplinar

Ao contrário do sistema inglês onde há uma unidade de jurisdição, o sistema francês possui uma jurisdição do poder judiciário e uma jurisdição do poder executivo.

Com o princípio da separação das funções administrativa, legislativa e jurisdicional, ao lado da jurisdição comum, criou-se uma jurisdição administrativa, pertencente ao poder executivo, que julga os litígios que envolvem a Administração Pública.

Historicamente, na França, a jurisdição administrativa desde o século XVI, foi distinta da jurisdição comum. A monarquia tendia a concentrar em si tudo que era relacionado com a atividade administrativa: chamava-se de Administração Real. Os litígios que envolvessem a administração eram resolvidos pelo Conselho das Partes.²⁸

27 Idem Ibidem. p. 51-53

28 Rivero, Jean, *Direito Administrativo*. Trad. Rogério Soares. Coimbra: Almedina. 1981. p. 27.

Com a Revolução Francesa, surgiu a separação das funções administrativas, executivas e judiciárias e os franceses uniram esta filosofia política à tradição já existente. Assim, os litígios onde fosse parte a administração pública seriam resolvidos pela própria administração, através de uma justiça administrativa desvinculada do poder judiciário.

No começo essa justiça administrativa era sumária e poucas garantias oferecia aos particulares²⁹, porém, sobretudo pelo esforço criativo do juiz administrativo, as garantias aos particulares foram se desenvolvendo, e criou-se o recurso por excesso de poder e a possibilidade da responsabilidade da Administração, que importava em indenização aos particulares lesados.³⁰

O primeiro estatuto geral francês sobre o Poder Disciplinar foi de 1941, mas foi revogado em 1944, que foi revogado também por um de 1946, que está atualmente em vigor. É a Lei de 10 de outubro de 1946.³¹

Atualmente os juizes administrativos têm total autonomia em relação aos administradores ativos³², o que possibilita que eles julguem realmente com justiça, e não com parcialidade. A finalidade da existência dos juizes administrativos desvinculados do poder judiciário e vinculados ao poder administrativo é evitar a confusão entre poder executivo e judiciário.

“A confusão entre julgamento e actividade administrativa tornaria a estabelecer-se se o juiz, no exercício da sua função jurisdicional, fosse levado a desempenhar um papel de administrador, que ao decidir no lugar da Administração (por exemplo substituindo ele próprio a decisão que acaba de anular), quer ao dar-lhe ordens.”³³

O controle do Poder Disciplinar, portanto é exercido pela própria Administração, através da justiça administrativa.

5.3. Sistema brasileiro do controle do Poder Disciplinar

No caso brasileiro, no período imperial, houve uma dúplice jurisdição: uma administrativa e uma judicial. Com o Advento da Lei de 23 de novembro de 1841, o conselho de estado poderia ser dividido em várias câmaras, e poderia, através de decreto, regular o seu funcionamento. Com isso, editou-se o Decreto de 5 de fevereiro de 1842, que erigiu o conselho em tribunal administrativo, instituindo para ele o grau recursal das decisões dos presidentes das províncias e dos ministros de estado.³⁴

Com o advento da República, restaurou-se a unidade de jurisdição, extinguindo-se esta corte administrativa.

Antes da Constituição de 1988, o Poder Disciplinar já era controlado tanto pela Administração quanto pelo Judiciário. Ocorre que nesta época

“as normas legais que regulam o processo administrativo disciplinar mostram-se altamente criticáveis, seja pela total falta de cogitação relativa ao requisito essencial da imparcialidade dos membros da comissão julgadora, seja pela estruturação do processo sem a estruturação do contraditório.”³⁵

No sistema brasileiro atual o processo disciplinar tanto pode ser controlado pela Administração Pública quanto pelo Poder Judiciário. Entretanto, é relevante salientar que o controle efetuado pela administração pública faz coisa julgada para a administração, mas não

29 Idem. *Ibidem*. p. 28

30 Idem. *Ibidem*. p. 33.

31 Gomes da Cruz, José Raimundo, O controle jurisdicional do processo disciplinar, cit., p. 209-211

32 Rivero, Jean. *Direito Administrativo*, Trad. Rogério Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 213.

33 Idem. *Ibidem*. p. 213-214.

34 Gomes da Cruz, José Raimundo. *O controle jurisdicional do processo disciplinar*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 242.

35 Gomes da Cruz, José Raimundo. *O controle jurisdicional do processo disciplinar*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 381.

impede que aquele que se achar lesado procure a tutela do poder Judiciário, por força da norma Constitucional instituída no art. 5º, inc. XXXV, que estabelece que nem mesmo a lei excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito.

O controle exercido pela própria administração, através de recurso administrativo, é criticado por alguns, posto que perante a Administração não se tem as mesmas garantias existentes no processo jurisdicional, em virtude da própria Administração julgar e ser parte ao mesmo tempo; não haver no processo administrativo garantia do contraditório tão ampla; o funcionário julgado na maioria dos casos é subordinado à Administração.³⁶

Não vemos razão, entretanto, para a presente crítica. Como sabido, caso o controle feito pela administração seja parcial, viciado, cabe o recurso ao poder judiciário. Assim, se a administração for injusta, o judiciário pode desconstituir a decisão, ainda que ela tenha feito coisa julgada para a Administração; ressalte-se ainda, que os princípios do contraditório e da ampla defesa devem estar presentes no processo administrativo.

6. Conclusões

1. Dentro da Administração Pública a necessidade de disciplina é inquestionável, porque sem ela não haveria a consecução dos objetivos dos serviços públicos, muito menos a coesão do grupo humano que faz a referida Administração Pública, ficando o serviço público acéfalo e caótico.

2. O caráter a um só tempo punitivo e preventivo do Poder Disciplinar o levou a uma identificação com o Direito Penal, havendo, para uma parte da doutrina uma

identificação substancial entre eles, de modo que a diferenciação só se dava quantitativamente e não essencialmente.

3. Para nós, à luz do direito brasileiro, o Poder Disciplinar e o Poder Penal não têm a mesma natureza. Há uma diferenciação substancial que está na finalidade ou no escopo do Poder Disciplinar e no Poder Penal. O Poder Disciplinar visa a melhorar o serviço público enquanto o Poder Penal visa à punição do agente. Portanto, sem essa identificação substancial do Poder Penal com o Disciplinar não se tem a obrigação de aplicar os princípios do Direito Penal, não se exigindo para a aplicação das sanções disciplinares os princípios da culpabilidade e da legalidade (de onde decorre o da tipicidade) bastando a previsão genérica do dever para que seu descumprimento enseje o referenciado processo disciplinar.

4. Nos sistemas do *common law*, o controle do Poder Disciplinar é feito pelo poder judiciário; no sistema francês é feito pelo poder executivo e no sistema brasileiro pode ser feito tanto pela administração quanto pelo judiciário, havendo, todavia, a prevalência do controle judicial sobre o administrativo.

ESMAPE - BIBLIOTECA

Tomb.FA 19980007

Local P-01

Ch. 00000007 E

36 Gomes da Cruz, José Raimundo. *O controle jurisdicional do processo disciplinar*. São Paulo: Malheiros. 1996, p. 366.

7. Bibliografia

- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale* – parte generale. 3ª edição. Milano: Giuffrè. 1957.
- BARROS JÚNIOR, Carlos. *Do Poder Disciplinar da Administração Pública*. Tese de Cátedra. São Paulo. 1969.
- BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. “*Sanciones Penales e Sanciones Gubernativas*”. *Ciclo de Conferências*. Salamanca: Universidade de Salamanca. 1971.
- CAETANO, Manoel. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense. 1977.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Direito e Processo Disciplinar*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1966.
- GOMES DA CRUZ, José Raimundo. *O Controle Jurisdicional do Processo Disciplinar*. São Paulo: Malheiros. 1996.
- HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VIII. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1959.
- JÉZE, Gastón. *Princípios Generales de Derecho Administrativo*. Trad. Julio N. Almago. TIII. Buenos Aires: Depalma. 1949.
- PADOVANI, Tullio. “La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative socondo l’esperienza italiana”. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milão: Giuffrè. Fasc. 3 – Lug-set. 1984.
- PINELA I SORLI, Joan-Sebastià. “La poestade sancionadora de la administración y la jurisprudencia del tribunal constitucional: especial referencia a las comunidades autonomas”. *Revista jurídica de Catalunya*. Nº 1. Any XC. Barcelona. 1991.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. Rogério Soares. Coimbra: Almedina. 1981.

CONSIDERAÇÕES DIGRESSIVAS E NEM SEMPRE ORTODOXAS DE COMO E PORQUÊ SER E NÃO SER ALTERNATIVO

Dário Rocha

Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Professor de Introdução ao Estudo do Direito e de Hermenêutica Jurídica, da Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Diretor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco.

SUMÁRIO

Introdução. Do conceito de direito: uma perspectiva. De Zetética: comentário. Da alopoiese insuperável: uma releitura. Ainda a alopoiese: desfazimento de um equívoco. O alternativismo como saída. Dos “Direitos Alternativos”. O ser e não ser.

Introdução

Ser ou não ser “alternativo” não é a questão; ser e não ser, eis a questão. É que, freqüentemente, ou se é acoimado de “dogmático” – e isto soa como uma indignação de retrógrado; ou se é dito “alternativo” – e isto parece coima de modernite desprovida de conteúdo cientificamente respeitável. Por outro lado, auto-afirmar-se, em concomitância, dogmático e alternativo é mais que se despirmo da coragem de resolver a dúvida shakespeariana de ser ou não ser. Tal afirmar-se pode parecer uma ofensa ao princípio apofântico da exclusão do meio ou ao princípio, também aristotélico, da contradição.

Mas não são assim as coisas e, conforme procuro aqui demonstrar em síntese possível, ser e não ser alternativo, em matéria de cosmovisão e praxis jurídicas, não é sequer a descoragem de ser ou não ser, mas a coerência lógica de ser e não ser.

Do conceito de direito: uma perspectiva

É problema preambular e não superado, da ciência e da filosofia jurídicas, o próprio conceito e a conseqüente definição de Direito. Nem tanto pela plurivocidade do vocábulo, porque aí bastaria precisar maieuticamente o termo, mas, muito mais, pelo contingenciamento posicional frente ao fenômeno a ser definido. E se é mister, na lição dos velhos lógicos gregos, que a definição abranja "todo o definido e só o definido" (ver Aristóteles), a perspectiva ideológica/ético/cultural do definidor inviabiliza uma visão de abrangência que já não se pretenda total, mas que seja, pelo menos, majoritariamente satisfatória ou, quando menos, metodologicamente eleita como ponto dialético de partida.

Daf, como termo não axiomático do raciocínio, pode-se adotar, entre mil possibilidades, para fins operacionais, a conceituação pós-kantiana de Direito construída por Stammler, na Escola de Malburgo, segundo a qual Direito é um "querer autárquico, vinculatório e inviolável". Tal colocação que adota o querer em senso lógico (isto é, subordinação de meios a fins), importa em afirmar que a norma é instrumento portador de um conteúdo de conduta compartilhada, provocando conseqüências (sanções) o descumprimento do dever-ser inexoravelmente imposto. Logo, a norma jurídica é, enquanto gênero próximo, um querer, isto é, um meio normativo. Não diz Stammler, como diz Villey, que é um "justo meio para um justo fim". Mais perto está de Kelsen que, ao dizer que Direito é norma, pura norma, afirma ser

ele uma proposição normativa, mero continente, qualquer que seja o seu conteúdo axiológico de conduta.

Por questão de método, como ponto de referência, adoto o posicionamento stammleriano conotado aqui de kelsenianismo. Porque antigos são os tempos em que não se distinguia o Direito de outras normas éticas, ou se faziam distinções adjetivamente conotadas.

Destarte, Direito, no meu conceber, não vai além da norma enquanto instrumento: o seu conteúdo é de conduta intersubjetiva, mas continua norma, independente desse conteúdo de caráter axiológico positivo ou negativo, valor ou desvalor. O desejo de que a norma-instrumento contenha valores positivos não essencializam o direito-instrumento, mas o qualificam. Valores são qualidades objetivas e a priori da realidade cultural e não há confundir a coisa com a qualidade da coisa.

Era preciso socraticamente fazer tal colocação porque, ao dizer-se alguém ser "alternativo" ou "dogmático", está-se a tomar posição perante o Direito e é inviável fazê-lo sem uma prévia definição que valha, quando menos, como corte metodológico.

De Zetética: comento

Uma segunda questão exordial se refere à Zetética como susceptível de ser qualificada como jurídica, enquanto função, ou se o Direito é, na sua essência, exclusivamente Dogmática.

À evidência, o enfoque zetético tem, natura sua, um sentido informativo, enquanto é descrição de um estado de realidade. Por seu turno, o Direito é regulação imperativa – atributiva de conduta intersubjetiva. Neste seu caráter dogmático está sua razão e a lógica interna de seu ser: a decidibilidade. Este o seu compromisso ontológico com a resolução de problemas coexistentiais, vale dizer, de conflitos de condutas compartilhadas. Para isto

se essencializam a "inegabilidade dos pontos de partida" enquanto dotados de vigência e eficácia; e a proibição do *non liquet*, mesmo nas lacunas lógicas (se é que as há). E o dogma (dever-ser jurídico) é dogma não porque contenha verdades, pois que não é com a verdade o compromisso do Direito; é dogma porque e até quando o Poder o considera válido para a regulação da conduta intersubjetiva.

Ora, se o juízo jurídico é prescritivo – posto que parte da lógica imputativa do dever-ser (*sollen*) –, não pode ser também emissor de juízos descritivos, mesmo porque estes partem da lógica de ser (*sein*), alheia ao Direito.

Não há confundir o dogma jurídico (dever-ser exógeno e inexoravelmente imposto, enquanto vigente e eficaz) com o dogma teologal, este referência obrigatória e inquestionável no âmbito da verdade do ser, enquanto aquele se situa no âmbito da validade do dever-ser.

Apesar disto, o Direito só tem sentido enquanto estabelecimento de dever-ser porque se destina ao ser, isto é, sua nascente e seu desaguadouro é a realidade das condutas, sobre as quais busca interferir. O dever-ser é uma constante agressão ao ser, ou não teria sentido teleológico.

Como o ser, no seu relativismo heraclitano, é um permanente vir-a-ser, o dever-ser que a ele se refere também há de estar em constante mutação, cumprindo sua vocação de adequabilidade das relações ser-dever-ser e dever-ser ser. Os processos pelos quais se adequam tais âmbitos é a Zetética. Por isso é que ela é inquietude, crítica, busca, atualização cíclica necessária e permanente. Ou constata a mudança do ser e predica a adequação do dever-ser, ou verifica a insatisfatoriedade das conseqüências produzidas pelo dever-ser e propõe solução nova.

Tudo isto parece óbvio. Mas o que se quer aqui colocar, em divergência a respeitáveis opiniões, é que tal

proceder zetético seja Direito ou caiba, em rigor lógico, dentro de uma gnoseologia jurídica. É sociologia, é crítica do direito, é antropologia, é psicologia social, é economia, é axiologia, é moral, etc., mas não é Direito. Porque Direito é apenas o fixar dogmas (dever-ser jurídico) a partir dos elementos de constatação verificados pelas ciências afins, objetivando a otimização coexistencial das condutas. Repita-se Stammler: direito é um querer. O seu conteúdo continua a ser antropologia, psicologia, economia, ecologia, axiologia... só que agora juridicizado, vale dizer, tornado obrigatório.

Não é feticchismo da lei que leva a esta conclusão, mas a natureza própria do Direito e de sua lógica. A Zetética, enquanto pesquisa do acontecer é pré-juridicamente sociológica, enquanto questionamento axiológico é pós-juridicamente filosófica, e enquanto questionamento do ser é cientificamente para-jurídica. O seu ponto de referência pode ser a norma jurídica, e o é enquanto zetética jurídica, mas não se configura ontologicamente Direito. É ancilla juris necessária ao processo de criação/aplicação do Direito. E, assim me parece, quer estejamos falando de zetética intradogmática, quer de zetética metadogmática (distinção de Luiz Fernando Coelho). No primeiro caso, é autocrítica dogmática. No segundo caso, está fora (meta) do Direito, embora e mesmo porque vise modificar (aperfeiçoar ou desaperfeiçoar) o Direito. As forças zetéticas promovem a evolução ou involução dos direitos.

Da alopoiese insuperável: uma releitura

Uma terceira preliminar respeita à autopoiese ou alopoiese das normas jurídicas, matéria que, é bem de ver, em sua essência, guarda relação com a questão zetética, dita zetética jurídica.

A "expectativa normativa" é expectativa exatamente porque corresponde à conduta tida como normal e, assim, transformada de hipótese em suposto jurídico. Mas, por outro lado, a "expectativa normativa" também vislumbra a possibilidade oposta, e tanto é assim que, implícita ou explicitamente, prevê a sanção face ao descumprimento de dever jurídico originário, dever de conduta esse que, para Kelsen, é apenas caminho metodológico para a construção da Norma Primária (previsão da conduta ilícita e estabelecimento da respectiva consequência sancionatória), e, para Cóssio, é ontologicamente integrante da norma, podendo-se, a partir da liberdade, optar pela Endonorma (previsão da conduta lícita) ou, disjuntivamente, pela Perinorma (previsão da conduta ilícita), sendo tal Perinorma uma Endonorma de outra norma, na cadeia normativa.

Tal corte lógico-analítico não significa, obviamente, enquanto apenas corte lógico-analítico, que face a tal enunciado prescritivo jurídico, seja sempre e sempre cumprida a conduta lícita e em decorrência disso se satisfaçam as expectativas de convivência perfeita, como a incidência de "sanções premiaias", por mais que se possa admitir o "hábito geral de obediência" determinado muito mais por coerções, dispensando-se de ordinário as coações resultantes da coercibilidade.

É que o Direito, como produto da humana contingência, é sempre alopoiético, aqui ou alhures, ontem como hoje – afirmativa essa que vai de encontro à respeitáveis pensamentos em contrário. Inquestionável a autopoiese, no sentido de autoprodução, no plano biológico (vide Maturana e Varela) e em qualquer sistema vivo que, por ser vivo, é autoconservável. Quando se traz a autopoiese para o campo do sistema normativo, como faz Luhmann, se há de convir que tais sistemas repousam, diferentemente do sistema – vida, em código que geral-

mente é dito binário (valor versus desvalor) e que, conforme a lição de Cóssio, também pode ser trinário (a um valor correspondendo dois desvalores).

Como os sistemas sociais se interpenetram e, muita vez, apenas se diferenciam por caracteres tênues, cada um deles não é autoprodutor, mas o que há é que são vasos intercomunicados que, por isso mesmo, mutuam códigos e critérios (ver, com divergências, mas clareza, Marcelo Neves).

No caso específico do Direito, sua necessária intercomunicação com as ciências afins, seu alimentar-se de dados da realidade (econômicos, sociais, culturais, morais etc), como adrede referido, faz dele, Direito, necessariamente alopoiético. O Direito, orteguianamente, não se aparta nunca de seu contexto, de sua circunstância – e só isso já é suficiente para compreender a diversidade de aplicação de uma mesma norma – dependendo isso do tempo/espço e também de circunstâncias ocasionais, freqüentemente antiéticas, como a má fé, o interesse financeiro, a ignorância hermenêutica ou qualquer interferência negativa. Quando a norma jurídica é interpretada/aplicada diferentemente, em razão de exigências ttemporo-especiais, é positiva essa alopoiese; quando a interpretação/aplicação é variável por fatores social, ética ou axiologicamente condenáveis, é negativa a alopoiese.

Ainda a alopoiese: desfazimento de um equívoco

O sentido de alopoiese e a conseqüente afirmativa de que o Direito é necessariamente alopoiético, referido no item anterior (4), parte do entendimento de que a alopoiese não é em si mesma um mal. Tal afirmativa nos leva a outra ordem de consideração que pretende desfazer o modismo ideológico de confundir-se, ao que creio propositalmente, o Direito (que pode ser bom ou mal –

sendo axiológico o critério de julgamento) com a interpretação/aplicação do Direito. Não apenar um criminoso ou apenar um inocente é, por todos os cânones, especialmente os jurídicos, algo indesejado. Mas não depõe contra o Direito porque este não predica isto; depõe, sim, contra o intérprete/aplicador. Da mesma forma, descumprir o dever-ser estabelecido na norma e tido como válido pela percepção majoritária é atentar contra os compostos SIV que, na concepção de Cláudio Souto, são os seres integrados por sentimentos, idéias e vontades. O equívoco ora itemizado consiste precisamente, por um lado, em conceber o Direito como potencialmente perfeito e não como um aspecto da humana e falível realidade. É não ver o direito como resultante do SIV, feito na, pela e para a realidade que é sempre contingenciada. Tal posição ou é utópica (e não teórica – doutrinária, posto que a teoria se assenta no real), ou é ideologicamente estratégica. É bem verdade que se há de convir que a subcidadania voluntária ou compulsória é, no essencial, a não integração individual ou grupal aos benefícios disponibilizados em dada sociedade. Mas é também verdade que, no plano da realidade, a subcidadania é resultante de concausas (econômicas, culturais, educacionais, etc) que não pode o Direito, por si, resolver. E é exatamente por isso que não basta dizer que todos são iguais perante a lei, ou conceder-se direitos, no plano normativo (e, logo, abstrato), se não há aquelas condições reais de remédio contra a subcidadania. É corriqueiro ouvir-se a invectiva de que é, por exemplo, inegável estarem as prisões cheias de pretos e pobres e que, só excepcionalmente, alguém rico e branco sofre ação estatal restritiva de liberdade. É fato. Só que não é o Direito que assim o ordena; é aquele conjunto de fatores dantes referido que consequencia essa deturpação, não do Direito, repita-se, mas, no máximo, de sua aplicação. Nenhum teórico desconhece, depois de

Kelsen, que a relação entre o suposto jurídico e a consequência jurídica é necessária, mas que a relação entre consequência e cumprimento é contingente.

A amplitude maior ou menor das ilegalidades, do jogo de interesse, não é o que faz a essência da alopoiese. Sejam elas cometidas por indivíduos ou grupos sociais, ou mesmo por órgãos estatais. Mesmo porque o Direito é inviolável (no sentido que lhe empresta Stammler).

A grande questão da legalidade e da cidadania está muito mais no plano político-jurídico que no jurídico formal. É questão de Poder (a propósito, leia-se J. Elias Dubard de Moura Rocha). E predicar uma "autonomia" do Direito em relação à Política, à Economia etc é partir de um conceito irrealístico e pretensioso de Direito (veja-se, contrariamente, Marcelo Neves) bem como negar as mais modernas perspectivas de análise da interdisciplinariedade epistemológica (vide Fritzjof Kapra).

Subcidadania é, portanto, marginalização, inacessibilidade à democracia real, à autonomia e dignidade pessoais, determinados por fatores em geral para-jurídicos ou praeter-jurídicos.

O alternativismo como saída

Ser camelô é uma forma alternativa de superar a carência de emprego. Tomar comprimidos de vitaminas é uma forma alternativa de suprir deficiências alimentares. Construir barracas de zinco ou papelão nas encostas ou, ainda, morar sob o viaduto são formas alternativas de habitar. Ser punk ou "perua" é um modo alternativo de vestir-se e de viver social. Em algum ponto, qualquer um de nós é alternativo eventual ou permanentemente. De ordinário, uma alternativa é um esquema resolutivo não convencional de um problema que não teve solução convencional. Pode ser, também, e o é, em menor escala, uma opção de inaceitação do convencional.

No plano do jurídico, a alopoiese do Direito, especialmente nos países periféricos e, mais que em todos, no Brasil (veja-se Cláudio Souto), verifica-se com intensidade e na proporção em que o Estado moderno é efetivamente moderno no assumir o jus facere e o jus discere. Que o Estado é produtor de Direito, não há negar: a questão é determinar-se se Direito é apenas aquele produzido/interpretado/aplicado pelo Estado ou se existem outras "esferas de juridicidade", no sentido de que fazer e dizer o Direito é/não é monopólio estatal. Tal pretensão monopolista é ficta, tese que não é novidade no campo das especulações teóricas, e é óbvia no campo da praxis jurídica. Daí João Maurício Adeodato dizer que, no Brasil, o Direito é apenas parcialmente dogmático, na proporção em que o Estado brasileiro é apenas parcialmente moderno.

Ora, como já visto, o sistema jurídico, marcadamente o brasileiro, é centralmente caracterizado pela alopoiese, pela permeabilidade inter-sistêmica, mesmo porque não somos metodologizados ou disciplinados, individual ou coletivamente, para a organização mental que leve a uma separação mais clara de esferas sistêmicas. Somos anárquicos, dirigidos emocional/racional/volitivamente a sermos sabidos o suficiente para descumprir impunes as normas. O contrário é ser trouxa, quer por obedecer à norma (identificada como comando dos poderosos), quer por, em desobedecendo, deixar-se pegar (situação que marcaria o ser otário), quer, ainda, em não se podendo furtar à identificação de transgressor, por não buscar uma saída de conjuntura (propina, afetividade, boas relações, influência política ou econômica, etc.).

Portanto é plausível admitir-se que aqui como alhures, o sistema jurídico-dogmático não tenha um grau de suficiência absoluto; o correto parece ser que é variável tal suficiência/insuficiência, na dependência da eficiência estatal, de produzir/aplicar suas normas inexoráveis a

maior ou menor número dos cidadãos subjungidos. No caso brasileiro, contribuem, para o alto grau de insuficiência, fatores culturais, diversidades sociais marcantes, carência de valores razoavelmente uniformes, etc. Nesta situação, e sendo a norma resultante de uma realidade e teleologicamente vocacionada para volver a essa realidade, visando modificá-la (ser dever-ser novo ser), como pretender suficiência do sistema dogmático-jurídico? Como pretender ser tal sistema tanto quanto possível autopoietico? O esforço dos operadores do sistema é dirigido a impô-lo, ou deveria sê-lo, embora em geral desatentos à sua insuficiência. Para isso usa a força legitimada (coação legal) ou, com indesejável freqüência, a força arbitrária, quanto tida como eficiente para a solução/prevenção conflitual ou até para a sua manutenção.

Em todo o caso, a norma estatal autarquicamente imposta nem sempre tem força/suficiência para atingir a todos os destinatários, porque carente de eficácia, na medida em que, ditada para uma realidade, não considerou outros contextos. Insisto: a norma é ela e sua circunstância. Se não se perfaz a circunstância, a norma é inaplicável porque irrealista.

Não identifico a crítica interna do sistema que se faz por via interpretativa ou integrativa como Zetética porque, como vejo (item 3), a Zetética se situa na lógica do ser, enquanto o Direito opera com a lógica interferente do dever-ser. Mas tal não importa em negar a constante modificativa do Direito, sobretudo face à crítica das ciências de simples verificação social, informadoras da necessidade modificativa/aditiva/supressiva de normas jurídicas de dever-ser. Não considero adequado falar-se de crise do Direito em face da verificação dessa necessidade evolutiva, vale dizer, de aperfeiçoamento da adequabilidade normativa. Ora, crise é necessidade de mudança e o grau de mudança é um dado meramente

acidental; essencial é a necessidade de mudar, mesmo porque no relativismo das criações humanas, mudar é preciso. Logo, é preciso (aqui, no sentido de necessário e do exato!) mudar; é da própria natureza das coisas e, muito especialmente, das ciências éticas cujos conteúdos conceituais/definitórios sofrem de menor probabilidade de certeza. O Direito necessita estar em crise e, aliás, sempre esteve.

Uma forma de minimização da crise, evitando o ponto de ruptura, é a solução sob muitos aspectos brasileiríssima, de convivência do dogmático-estatal com o alternativo-social. Sem que isto, enquanto afirmativa/constatação, tenha aqui conotação valorativa do dogmático ou do extra-dogmático.

É sociologicamente verificável que esferas de juridicidade se instituem/constituem integrativos à margem dos dogmas estatais, sempre que há perda de eficácia das normas ou há carências integrativas do Direito oficial, bem como, e talvez sobretudo, quando as normas oficiais, elaboradas para certas realidades, não podem ser recepcionadas por um grupo social que a elas ficam impermeáveis. Nestes casos, o processo integrativo das lacunas lógicas ou axiológicas daí decorrentes, é promovido pelo próprio grupo social – e isto é Direito Alternativo stricto sensu, como adiante se verá.

Se este tipo de processo integrativo social (aqui assim denominado para diferenciá-lo do processo integrativo estatal-jurisprudencial) resulta em normas contra legem, opera-se aí, ou pode operar-se, quando não contido, a “habilitação normativa” de que fala Kelsen como concessão sociológica à lógica de sua visão sistêmico-normativo-jurídica. É que a vida – e inclusive a vida jurídica – não é cartesiana. Está bem que Kelsen não foi sempre kelseniano, mas é que ele sabia que não se vai muito longe quando se vai sempre em frente. E, por outro lado, se não

parece difícil admitir isto na visão sociológica, também não é questão insuperável na visão jurídica, mesmo porque desde o mais remoto pensamento do jurídico, sempre se discutiu, com predominante anuência, sobre a possibilidade de um dualismo convergente ou divergente no Direito, verbi gratia Direito Natural versus Direito Positivo.

Que me perdoe a maioria dos modernos escritores de Direito, especialmente os brasileiros, mas a alopoiese e direito alternativo não são características exclusivamente dos países sub-desenvolvidos ou grupos sociais periféricos; são saídas de amplificação normativa (em geral não estatal) maior ou menormente utilizadas face à própria incompletude natural de qualquer ordem jurídica oficial.

Dos “Direitos Alternativos”

É consabido que o termo “Alternativo”, como conotativo/denotativo do Direito, tem adquirido crescente plurivocidade. Se foi sempre difícil saber-se o que é Direito (vide retro), passa a ser, a cada dia, mais difícil saber-se o que é “alternativo” e, logo, o que é Direito Alternativo.

Mas, em busca de síntese, pode-se entender Direito Alternativo a) no plano do instituído sonogado e b) no plano do instituinte negado. No primeiro desses planos situa-se o “Positivismo de Combate” e o “Uso Alternativo do Direito”; no segundo desses planos situa-se o “Jusnaturalismo de Caminhada” e o “Direito Alternativo stricto sensu”.

O Positivismo de Combate é uma luta dentro da legalidade, buscando dar eficácia concreta aos direitos individuais e sociais já constantes dos textos e contextos legais. A matéria prima do seu labor é o Direito dogmático sonogado a que se pretende atribuir eficácia e não mera vigência. Logo, não se trata de Direito Alternativo, face à sua própria natureza.

O Uso Alternativo do Direito busca, por via interpretativa das normas vigentes, ou por via integrativa, implementar a aequitas-justiça do caso concreto, já presente no pensamento e na ação do aplicador romano do Direito posto. Trata-se de inserir o Direito no contexto de onde e para o qual nasceu a norma, evitando a insulação conceitual normativa da perspectiva de um positivismo de abstração. É legalidade relida e, como deve ser, conotada de atualidade, politicidade e contextualidade. Não sai, assim, da contextualização juspositiva. Na sua essência não contraria a dogmática e, destarte, não é Direito Alternativo. É tão só levar em consideração fatores como os sociológicos, os antropológicos, os teleológicos etc, no aplicar o Direito.

O Jusnaturalismo de Caminhada restaura a velha dicotomização, cujas primeiras notícias vêm de Sófocles (leia-se a Antígona!) e cuja idéia jusnaturalista perpassa, com formulações diversas, quanto à origem e à natureza, praticamente toda a gama de autores das filosofias grega e romana, e com redobrada força os autores da Patrística e do Tomismo, e mesmo da filosofia pós-medieval, vindo a ser negada apenas pelas formulações dos monismos historicistas (leia-se positivistas) e renascendo hoje através, sobretudo, das vertentes neo-escolástica, neo-Kantiana e do denominado direito natural formal. Não é, à evidência, uma negação à dogmática jurídica, mas uma posição contra o monismo positivista. Não se trata nem de novidade, nem de Direito Alternativo.

O que efetivamente se pode chamar de Direito Alternativo, no sentido pleno de instituinte negado, é o Direito Paralelo ou Insurgente, para-estatal, anti-dogmático, livre (veja-se Kantorovicz e sequazes), para quem a lei é mera referência sujeita à mens legislatoris e não um dever-ser dogmático, não um dever-ser inexorável e autárquico. Esse Direito Paralelo é, exatamente, a face

visível da alopoiese que – há de reconhecer-se – é, mormente em países sub-desenvolvidos, uma necessidade sócio-existencial. Parece óbvio que havendo grupos sociais “periféricos”, subsistentes à margem dos benefícios médios distribuídos à sociedade, estes subgrupos também vivam à margem do Direito positivado pelo Estado. Este, utopicamente tido como sociedade politicamente organizada, elabora um Direito para uma realidade (quer seja de elite, quer seja de média) Direito esse que não nasceu da sub-realidade dos grupos periféricos e, logo, não pode ser adequado a essa realidade de subcidadania. Cabe a esses grupos “sub”, que a mão jurígena do Estado não alcança, fazer o seu próprio Direito, vez que necessitam de normas cogentes de convivência. São guetos de juridicidade paralela emergente/insurgente.

Acresce que, diga-se de passagem, ao lado desse Direito insurgente (não estatal) que existe por necessidade da convivência intragrupal, fala-se de um outro Direito paralelo, silencioso, eficaz como opressor, escondido sob a capa da legalidade que anestesia consciências: o Direito feito ou aplicado com as “normas ocultas” da subserviência a interesses pessoais, à corrupção, à deformação moral ou à insensibilidade humanística (veja-se Wolkmer). Mas não é dessa matéria que estamos a tratar porque este é reino da deontologia e o seu tratamento é, no geral, campo minado de emocionalismos, suposições e utopias.

O ser e não ser

Há um Direito Paralelo, fruto da inacessibilidade ao Direito oficial: o Direito da excludência, da opressão e da miséria. Miséria não combina com acesso à boa comida, à boa moradia, à boa coisa nenhuma e, pois, não combina com acesso à boa distribuição da justiça, ao bom Direito. O seu fórum, como seu restaurante e o seu clube de lazer, é feito de velhas tábuas carcomidas, de papelão reapro-

veitado, de zinco furado. É a reificação e a fulanização da injustiça.

A questão, no que se refere a nós, operários do Direito, é que nos fizemos técnicos da lei e, com isto, mesmo inconscientemente, colocamo-nos a serviço dos poderosos. Esquecemos a aequitas, cegos pelo brilho da legalidade igualmente distribuída, como se não fora suma injustiça tratar igualmente os desiguais. É o positivismo comteano ainda presente em nossa formação.

E aqui cabe dizer que, na busca do justo, o juiz, face ao seu papel de representante da média ética da sociedade e não de mero silogismo jurídico ambulante, pode mesmo julgar contra legem, se a norma aplicável não corresponder, por defasagem espaço-temporal, a dados de realidade da ciência empírica atual (vide Cláudio Souto) ou se lhe faltar razoabilidade (caso este, em que, aliás, sequer pode ser considerada norma material dotada de eficácia).

Mas é de se desmistificar a falsa concepção de que dogmática é algo que signifique, sempre, dominação e injustiça. De igual modo, alternativismo jurídico não pressupõe moralidade, libertação e justiça. Os princípios da legalidade, da irretroatividade, da inimputabilidade, do Direito adquirido, da reserva legal etc. são princípios legalistas que, se bem praticados, são conquistas irrenunciáveis. Não confundir dogmatismo ou dogmatite com dogmática. Seria utopia, se não fosse tolice, pretender um Direito sem dogmas.

Por outro lado, como dito, o Direito Alternativo stricto sensu pode conter práticas injustas, opressoras, imorais. E aqui estamos no campo das ilegalidades a serem, simplesmente, reprimidas e sancionadas.

O que me parece é que o Direito se pode concretizar no seio social canalizando condutas, por meio da adesão consensual às normas postas ("hábito geral de obediência",

para Del Vecchio), por meio do contencioso oficial (atividade interpretativa-aplicativa-integrativa judicial de elisão de condutas conflituais), pela litigiosidade contida (via força de coerções de naturezas várias), pelas arbitragens (já adquirido caráter vinculante), pelo direito paralelo axiologicamente legitimado (nos guetos de legalidade impermeáveis ao direito estatal positivado) ou por outros meios e modos complementares. A pretensão estatizante de monismo jurídico característico do Estado moderno, não é mais cabida na pós-modernidade.

É de observar-se que o próprio Kelsen, monista em sua concepção lógica geral, ao adotar o Princípio de Habilitação, como concessão sociológica, estava a admitir implicitamente (embora só no plano estatista) um pluralismo jurídico de normas que, mesmo se incompatíveis vertical ou horizontalmente, conviviam juridicamente. Logo, no plano fático-sociológico, se pode ser alternativo e, ao mesmo tempo, no plano lógico-estatal, ser-se dogmático. A possibilidade é conectiva; a disjuntividade é excludência radical.

DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – DECRETO LEI 911/69

Darley Kieber Timóteo Florentino
Aluno da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE.

SUMÁRIO

1. Conceito, considerações iniciais. 2. Inconstitucionalidade do Decreto Lei. 3. Críticas e controvérsias. 4. Da purgação da mora e o Código de Defesa do Consumidor

1. Conceito. Considerações iniciais.

O objeto precípua destas breves considerações diz respeito à análise de um dos institutos de maior utilização no dia-a-dia forense dos grandes centros do país, consistente na famigerada Busca e Apreensão de bens alienados fiduciariamente. Com efeito, podemos afirmar que inexistem controvérsias doutrinárias acerca da conceituação da Busca e Apreensão (lato sensu), consistindo de dois atos específicos: *procurar* e *apreender*, coisa móvel ou pessoa, sendo inaplicável a medida a bem imóvel.

Pinto Ferreira, com seu magistério, define-a como um ato de constrição judicial, por meio do qual a autoridade competente autoriza a procura e a apreensão de pessoa ou coisa determinada, para a garantia do exercício de um direito.

Remonta suas raízes no processo criminal do Império e, historicamente, era exclusiva da área Penal. Permanecendo, ainda hoje, em aplicação no Código de Processo Penal (artigos 240 a 250) para pessoas e coisas. Tendo sido, após meados do século passado, aplicada no cível, onde logrou ampla utilização.

Encontramos no nosso ordenamento jurídico cinco casos comuns de busca e apreensão, que são:

- a) de pessoas (geralmente menores e interditos);
- b) para entrega de coisa certa, móvel, em execução de Sentença;
- c) para a efetivação de seqüestro legalmente decretado;
- d) no caso de recurso do réu para exibir coisa, documento ou livro a que foi condenado a exibir; e
- e) no caso de alienação fiduciária (Dec. Lei 911/69)

Conforme mencionado, o presente ensaio apenas se preocupará com a Alienação Fiduciária, gerador por excelência de grandes debates doutrinários e jurisdicionais.

Pois bem, desde já cabe frisarmos que a busca e apreensão de bens adquiridos sob alienação fiduciária em garantia se encontra regida pelo Decreto Lei 911/69 e não, como pensam alguns, pelo Código de Processo Civil. Na verdade este também disciplina a ação de busca e apreensão, contudo distinta daquela. São medidas que não se confundem, uma de natureza eminentemente satisfativa, detentora de procedimento autônomo e exauriente da prestação jurisdicional, é medida própria; a outra, de caráter preventivo ou repressivo, podendo ser instaurado antes ou no curso do processo principal, portanto é medida acessória.

Neste sentido, a própria Exposição de Motivos que encaminhou o projeto que desaguou no decreto lei 911/69 define que: "a busca e apreensão, é no caso, processo

autônomo e exaustivo, cuja decisão termina o litígio, autorizando a venda extrajudicial do bem". E Paulo Restiffe, citado por Humberto Theodoro Júnior, complementa: a busca e apreensão, neste caso, "encerra eficácia imediata de declaratividade e constitutividade por proporcionar a consolidação da propriedade e posse plena na pessoa do credor fiduciário".

2. Da Inconstitucionalidade do Decreto Lei

Embora o Supremo Tribunal Federal já tenha se pronunciado acerca do assunto ora ventilado, a inquietude exacerba-se quando se apresenta ardente a permanência desta práxis, que tem tornado difícil ou mesmo quase impossível o acesso do devedor fiduciante à Justiça e ao exercício do amplo direito de defesa. É de frisar, como bem fez o eminente Juiz e Professor desta Escola, Dr. Fábio Eugênio D. Oliveira Lima, em artigo publicado nesta revista, citando Carlos Maximiliano que: "...nem podia ser de outro modo. Sem uma certa amplitude de autoridade em face das normas estritas, a magistratura ficaria impotente contra as resistências brutais da realidade das coisas. Por isso, todas as escolas reconhecem-lhe o direito de abrandar a rigidez das fórmulas legais, esforço este em que influi e transparece o coeficiente pessoal. Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matriz quase imperceptíveis; e de tudo faz belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos, porém, como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta

dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei uma obra de elegância moral e útil à sociedade." (grifo nosso)

Nestes passos, no mundo dos debates forenses, um dos processos de maior utilização é a famigerada Ação de Busca e Apreensão, aforada por instituições financeiras ou administradoras de consórcios, com fundamento no Decreto Lei 911/69. Tudo porque esta legislação, do período revolucionário, possibilitou que, por tal esdrúxulo expediente, fosse obtida a plena retomada do bem financiado, quando ocorrente qualquer atraso no correspondente pagamento.

Assim, o uso sistemático e rotineiro dessa Ação ganhou tal mecanicidade operacional no poder judiciário, a ponto de os aplicadores do direito não terem atentado para a relevante circunstância de ter sido substancialmente afetado o Decreto-Lei nº 911/69 ante a modificação operada no ordenamento jurídico nacional pela Constituição de 1988. Não tendo sido o mencionado decreto recepcionado pela nova Constituição Federal, consoante será demonstrado.

De plano, cabe considerar que a Constituição da República, promulgada em 1988, inovou substancialmente na matéria, disciplinando, como corolário da garantia do direito de propriedade, que *ninguém será desapossado de seus bens senão mediante o devido processo legal*, onde assegurada a plenitude da defesa, em razão do que resultou não recepcionada pela vigente Constituição toda norma disciplinadora em sentido contrário.

É tão clara a preceituação constitucional, no particular, que dispensaria, por isso mesmo, maiores considerações da decisão que denegasse essa pretensão satisfativa. A matéria é de suma importância e de grande relevo, por dizer respeito à garantia constitucional do direito de propriedade, cuja perda somente pode ocorrer nos casos

expressamente contemplados nas leis civis recepcionadas pela Carta Magna.

A causa pretendida neste tipo de Ação há de ser apreciada sob o enfoque do Art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição e sob o prisma do citado decreto; assim, a postulação "*sub examinem*" situa-se em planos distintos no ordenamento jurídico. Um no plano constitucional; outro, no plano infra constitucional.

Um primeiro aspecto, cumpre ressaltar, com a ênfase merecida, que a Carta da República, no Título atinente aos "DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS", paira como seguro balizamento a todo o ordenamento jurídico nacional, que "*ninguém será privado da liberação ou de seus bens sem o devido processo legal*" (inciso LIV) e também é solenemente garantida a amplitude de defesa de forma que "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ele inerentes*" (inciso LV), conforme arrolamento constante do mencionado art. 5º da CF/88.

Por seu turno, o invocado Decreto-Lei nº 911/69, de 1º de outubro de 1969, estabelecendo normas de processo sobre alienação fiduciária, disciplinou, no seu Art 3º:

o proprietário fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente desde que comprovada a mora do devedor.

A expressão "*a qual será concedida liminarmente*" empresta caráter **cogente** ao dispositivo legal, o que afronta os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, e no § 2º o legislador **limitou** a defesa, ao determinar que esta "*só se poderá alegar o pagamento de débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais*", o que também atropela aqueles dispositivos.

Portando, a matéria assume nítidos matizes de inconstitucionalidade quando se sabe que o procedimento *não é de mera garantia do exercício de um direito* (o que até justificaria a medida, *se cautelar*, pela transitoriedade), mas *especificamente satisfativo*, como declarado pelo §6º do art. 3º: "A busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior".

Essa odiosa Ação de busca e apreensão, com a declarada e não menos lamentável restrição ao direito de defesa, permite ao juiz declarar, quando invocada pela parte Contestante através do Controle de Constitucionalidade que o exerce pelo critério difuso, "*incidenter tantum*", a inconstitucionalidade da medida, como também permite-lhe **indeferir a inicial** por flagrante inépcia (art.295-I do CPC), em razão de ir de encontro aos incisos LIV e LV do art. 5º da Carta Magna.

Com efeito, jamais poderia tal medida *initio litis* determinar uma providência manifestamente satisfativa, acolhendo a busca e apreensão de um determinado bem. Seria uma deliberação sobre o "bem da vida" (conteúdo de direito material) a ser resolvido apenas em sede própria (processo de conhecimento, com amplitude de defesa, na forma do devido processo legal). De modo que acolher a pretensão, determinando a busca e apreensão do bem, formentado no famigerado Decreto-Lei, é calcar a subversão da ordem constitucional, vez que a mesma cuidou de assegurar expressamente *a amplitude de defesa, acompanhado dos seus respectivos meios em todos os processos judiciais ou administrativos e que a perda de qualquer bem somente pode se dar por meio do "devido processo legal"*.

A conclusão é inarredável: como a Constituição prevê que a todos é assegurada a amplitude de defesa e como a perda de bens somente pode se dar por meio do

devido processo legal, o mero procedimento contemplado no invocado Decreto-Lei nº 911/69, da sumária *cognitio*, não pode - evidentemente - ter a força de restringir, e limitando a defesa, revestir-se de cunho satisfativo, a ponto de privar alguém de seus bens com total desrespeito ao *duo process of law*.

Em razão de tais absurdos, cremos ser o momento de o magistrado afirmar a verdadeira interpretação da lei. E a propósito, vale apontar a afirmação do ilustre Des. IZIDORO CARMONA, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº 185.882-2/2, de que "*o fato de ter-se aplicado a lei que veio do tempo da ditadura não justifica que se continue no erro de aplicar legislação derogada, não mais vigorante*".

Nessa vertente, aclamou a Corte que, no tocante à desapropriação, "*a imissão provisória é adiantamento da execução da sentença final a ser prolatada e como tal, não pode ser deferida sem uma caução suficiente a assegurar o pagamento, em dinheiro*", para, em conclusão, decidir: "Por isso, com muita justeza, pode-se afirmar que, sob pena de gravosa afronta ao texto da Carta Magna, além de detenção à norma infra constitucional pertinente e de incompreensível preterição à realidade dos dias presentes, o juiz somente poderá conceder imissão provisória na posse se o depósito prévio tiver, pelo menos, certa proximidade com o valor real do bem expropriado". Entende, nessa linha de raciocínio, concluir que também não pode ser concedida uma busca e apreensão, de cunho nitidamente satisfativo, notadamente com a descabida restrição do direito de defesa amplamente assegurado pelo disciplinamento constitucional.

Obviamente se infere, quanto aos mencionados dispositivos constitucionais, que reconhecem e proclamam, aprioristicamente, a retirada do ordenamento jurídico de toda a legislação infra constitucional conflitante, com o

àque remanesceu, no particular, apenas a disciplinação do Processo Cautelar contida no Códex Procedimental Civil, exatamente pela sua plena harmonia com a nova orientação constitucional.

Por outro lado, com a incorporação da cláusula às expressas garantias constitucionais, o direito processual passou a ser expressão com conteúdo próprio, em que se traduz a garantia da tutela jurisdicional do Estado, através do procedimento prévio e formalmente estatuído em lei, assegurando idênticas oportunidades aos litigantes e evitando, para qualquer deles, a mais velada forma de surpresa ou expediente inovador, até mesmo pelo próprio juiz.

Desta feita, imperiosa é a lição da eminente ADA PELLEGRINI GRINOVER, no ponto em que destaca que exsurge do texto constitucional a proclamação de valores éticos sobre os quais repousa nossa organização política: "*Direito processual é expressão com conteúdo próprio, em que se traduz a garantia da tutela jurisdicional do Estado, através de procedimentos demarcados formalmente em lei*". (Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil, José Bushatsky, Editor, SP, 1975, página 12)

Em monografia sobre o tema, o Professor JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, citando COUTORE, assenta que a Constituição pressupõe a existência de um processo como garantia da pessoa humana; assim, defluir da Carta que somente a lei, no desenvolvimento normativo hierárquico nesse preceito, pode instituir a forma do processo devido: que, nesse disciplinamento, não pode a lei instituir formas que tornem ilusórias a concepção do processo consignada na Constituição, DE NENHUMA VALIDADE JURÍDICA, POIS A ESDRÚXULA DISCIPLINAÇÃO PROCESSUAL CONTIDA NO DECRETO-LEI 911/69, que

permita, de modo sumário, a tomada de um bem com total surpresa da parte afetada, sem nenhum contraditório e, acima de tudo, com a complacência judicial.

Acrescente-se, ainda, que inúmeras outras críticas, quanto à maneira como foi disciplinada a alienação fiduciária, vem ganhado espaços na magistratura atual, valendo transcrever o pensamento do já consagrado Juiz AMILTON BUENO DE CARVALHO, verbis:

"O instituto em pauta, criado no auge da ditadura militar (Decreto-Lei nº 911/69, tem sido duramente criticado pelos benefícios que coleta em favor exclusivo das instituições de crédito (hoje extensivos aos consórcios). CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA e eu denunciemos na "Revista Ajuris" 33/81 e 39/134: o Decreto-Lei 911 repugna a consciência jurídica".

Entre os benefícios concedidos coincidentemente aos segmentos mais fortes da sociedade, está o da obrigatoriedade de concessão de liminares nas ações de busca e apreensão propostas com base no referido decreto-lei. É de notar que o resto da população não tem o mesmo benefício.

Assim, no momento em que a sociedade busca democratizar-se, não se pode admitir que as instituições financeiras tenham benefício quando se o negam ao resto da população.

Então, um número considerável de juizes gaúchos tem indeferido liminares de busca e apreensão com base no Decreto-Lei nº 911/69, determinando que as financeiras utilizem o arsenal jurídico colocado ao dispor de todo o povo.

Entende-se, forte em TUCCI e TUCCI ("Constituição de 1988 e Processo", Ed. Saraiva, 1989, p.57), que há "manifesta violação ao regramento de igualdade perante a lei, e reflexamente, do atinente à isonomia processual".

Assim, as financeiras não podem usufruir de benefícios inconstitucionais que a ordem jurídica rejeitada se lhes outorgou.

Na mesma linha de raciocínio, o prazo de contestação e os limites de defesa impostos pelo referido decreto-lei também são tidos por inconstitucionais.

É de se salientar que as classes que mantêm o poder econômico não têm interesse num judiciário ágil. É que ao necessitar de rapidez para a satisfação de seus interesses, basta editar normas processuais outorgando-lhes a ligeireza necessária. À população resta contentar-se com um judiciário moroso e emperrado, com a lentidão dos procedimentos comuns. (Liverato Póvoa, Busca e Apreensão - Teoria - Prática - Jurisprudência, 2ª Edição Ed. Atlas, 1994, pg/93).

Por estas e outras razões, é necessário que, ao julgar, o juiz tenha em mente o que dispõe o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil ("NA APLICAÇÃO DA LEI, O JUIZ ATENDERÁ AOS FINS SOCIAIS A QUE ELA SE DIRIGE E ÀS EXIGÊNCIAS DO BEM COMUM"), o que de alguma forma pode atenuar os rigores da letra fria da lei, sem descambar para uma ditadura do judiciário, uma vez que as leis brasileiras, devido ao notório despreparo dos que as elaboram, sempre deixam lacunas e imprecisões, gerando a possibilidade de o juiz emprestar um cunho social à sua interpretação. Pois imaginamos, em nossas cortes de Justiça, seres racionais e humanos, que interpretam a lei, com lógica e equidade, não como robôs que produzam a justiça de modo automático como se o direito fosse um produto fabril que o magistrado entrega ao consumo, por meios de fórmulas cristalizadas. *O direito é sem dúvida alguma aquele fluir incessante da realidade problemática que sofre mutações repetidas e constantes.*

3. Críticas e Controvérsias

"A limitação quanto à matéria da contestação, na busca e apreensão de veículos dados em alienação fiduciária, não pode impedir a justiça de deferir provas para a apuração de possíveis desvirtuamentos da finalidade do instituto" (STF- 3ª Turma, Resp. 10.970-RJ, rel. Min. Cláudio Santos, j. 10.09.91)

A disposição que limita a defesa é flagrantemente inconstitucional, segundo acórdão de Câmara Cível do TARS (JTAERGS 90/213) THEOTONIO NEGRÃO, 28ª Edição, p. 748, nota 4b final do Art3º.

Verifica-se, com o surgimento do instituto da ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA, que, aparentemente, buscava facilitar ao consumidor a aquisição de bens, aceitando em garantia o próprio bem adquirido, veio a lume um verdadeiro assalto ao bolso do consumidor, através de contratos leoninos carregados de obrigações e ônus para aquele que buscava adquirir qualquer bem, durável ou de consumo. Sendo justamente nessa esteira de privilégios que surgiu o referido Decreto-Lei, imposto pela Junta Militar e sob o pálio do Ato Institucional nº5, que, não obstante ter surgido em 1969, continua, profusa e impiedosamente, aplicado, como autêntico carro-chefe da exploração e da violência institucionalizada por parte do poder econômico.

De outra parte, estando, hodiernamente, diante de novas técnicas de conclusão dos contratos de massa, encontramos os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos. De modo que inexistindo, como no caso em apreço, um debate prévio das cláusulas contratuais, mas sim de um ato unilateral de uma das partes em estabelecer as condições e termos da avença, o que existe no momento da formação do vínculo contratual é um desigual poder de barganha (unequal bargaining power), resultado da superioridade econômica do fornecedor.

Assim, tolhida a liberdade contratual para uma das partes, em definir conjuntamente com a outra as condições da avença, a elaboração unilateral delas favorece a inclusão de **cláusulas abusivas**. De modo que, se a simples superioridade econômica e social, quase sempre presentes na posição do fornecedor, em qualquer pacto de consumo, já facilita o cometimento de abusos nas relações contratuais, a circunstância qualificadora do contrato de adesão, onde a parte mais forte ainda por cima redige unilateralmente as cláusulas, reforça os fatores que podem levar a um desequilíbrio contratual.

"A concepção clássica do contrato, fundada no respeito absoluto à autonomia da vontade e à liberdade contratual, hoje resta completamente superada. Atualmente, já não há mais dúvida de que a harmonia e a equidade nas relações contratuais não são uma decorrência automática da liberdade contratual. O contrato é hoje visto como um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes" (Cláudia Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, RT, p.16)

Como regra, "*consideram-se abusivas as condições gerais que atribuem vantagens excessivas ao predisponente, acarretando em contrapartida exagerada onerosidade ao aderente e um injusto desequilíbrio contratual*" (Paulo Luiz Neto Lôbo, Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas, ed. Saraiva, p.155). Logo, o predisponente aproveita-se de seu poder contratual dominante para exonerar de responsabilidades ou limitá-las, para atenuar obrigações ou facilitar a execução a seu cargo, ou - na perspectiva do aderente - para agravar ônus ou deveres, estabelecer prazos injustos, inverter ônus da prova, enfim, desequilibrar a seu favor o regulamento contratual.

Se tudo isso não bastasse, consagra, ainda, o Decreto Lei em seu artigo 2º, parágrafos 2º e 3º, o vencimento antecipado de toda a dívida, ou seja, atrasando o devedor e estando inadimplente com suas obrigações é facultado ao credor, considerar, de pleno direito, vencidas todas as obrigações contratuais.

Nestes termos, entre os efeitos da mora conta-se, a perda, pelo moroso, do direito ao prazo futuro inerente às prestações vincendas, cujos vencimentos ela antecipa. Esse efeito é reparável pela purgação. Contudo, como admitir-se, então, que só se possa purgar a mora pagando-se também as prestações vincendas, se a antecipação de seus vencimentos constitui, precisamente, um de seus efeitos? *Aí já não se trataria de purgação da mora, mas, ao menos sob esse aspecto, pagamento puro e simples.*

A esse respeito pontifica o eminente Ministro MOREIRA ALVES, verbis:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO.

A purgação da mora se faz pelo débito existente no momento, isto é, prestações atrasadas, não se incluindo as prestações vincendas, cujos vencimentos só se antecipariam se a mora não fosse purgada. (Publicações Forense, da *Alienação Fiduciária em Garantia*, 3º ed. José Carlos Moreira Alves).

Corroborando esta linha de pensamento foi que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 79.963-SP, sendo relator o Ministro Xavier de Albuquerque assim se pronunciou:

"1. *Alienação Fiduciária. Busca e apreensão.* A purgação da mora se faz pelo débito existente no momento, isto é, prestações atrasadas e acessórios, não se incluindo as prestações vincendas; cujos vencimentos só se antecipariam se a mora não fosse purgada.

O caput do art. 3º do já mencionado decreto prescreve que será concedida a liminar, desde que comprovada a mora do devedor, sendo esta comprovada através de simples carta registrada expedida pelo Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto. Entrementes, vislumbramos ser esta notificação de cunho pessoal, e como requisito essencial para a constituição em mora do devedor e deferimento válido desta ação, a mesma deverá ser efetuada especificamente à própria pessoa, caso contrário a mesma será carecedora de pressuposto fundamental para o seu regular desenvolvimento.

Neste particular, vêm decidindo, reiteradamente os magistrados pernambucanos, merecendo trazermos à baila lúcida decisão proferida pelo eminente Juiz da 10ª Vara Cível desta Capital, Dr. Marcelo Russel Wanderley:

“Como já tenho procedido em casos análogos, verificando que a notificação feita pelo Cartório de Títulos e Documentos **via correio** se acha revestida de dúvidas relativas ao seu real cumprimento, não vacilo em desconsiderar o suposto ato notificatório.

Tenho para comigo que aquele procedimento via Cartório especial deve ser entendido como ato a enfrentar certidão cartorária para observância do ditame legal. Salvo melhor juízo, parece-me absolutamente ineficaz o simples fato de encaminhamento de qualquer documento por intermédio do cartório, sem a precípua certidão do ato pelo Oficial competente.

Assim, entendo bastante esta insegurança, tenho como não válida a comprovação da mora trazida aos autos, determinando que a parte autora, em dez dias, faça a comprovação de que a parte ré foi inequivocamente notificada, sob pena de indeferimento da inicial. (Ação de Busca e Apreensão, processo nº 00197044391-0/ 10ª Vara Cível da Capital-PE)

4. Da Purgação da Mora e o Código de Defesa do Consumidor

Conforme já exaustivamente discorrido, o famigerado Decreto-Lei nº 911/69 é um diploma editado em circunstâncias anômalas ao contexto do país. Estabeleceu por seu art. 3º, parágrafo 1º, a possibilidade do devedor fiduciante pagar aquilo que está inadimplente, fixando, no entanto, uma condição, qual seja do que já tenha sido pago pelo menos 40% do valor financiado.

Chama-nos a atenção qual o propósito do legislador em fixar tal condição, pois a nosso ver não parece representar grande eficácia – abstraindo das conotações jurídicas – em face da realidade econômica-financeira que vivemos nos últimos 30 anos, pois no momento em que na prática se dificulta a ação do inadimplente que muitas das vezes e por razões das mais diversas quer resolver a sua situação de devedor, o resultado pretendido não se alcança.

Se por um lado, a condição garante ao credor fiduciário que pelo menos 40% do valor financiado foi pago, por outro, essa condição conduz a um desfecho muitas das vezes não desejado, no sentido de que o devedor fiduciante não mais tendo condições de pagamento procure apenas evitar aquilo que seria o mais trágico, qual seja a eventual decretação da sua prisão, ou procrastinar o desfecho da questão, com um maior desgaste para todos, inclusive para o próprio Poder Judiciário.

Assim, a possibilidade de o devedor purgar a mora independentemente dessa condição se apresenta imperiosamente saudável, pois inexistente, ipso facto, prejuízo. Ora, inexistindo prejuízo, fica difícil entender o posicionamento minoritário da manutenção dessa condição.

A jurisprudência já começa a se posicionar acerca dessa questão, mormente após o advento do CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR que, sem dúvida alguma, constitui um dos mais importantes diplomas

editados nos últimos tempos e que exatamente vem disciplinar relações em situações que por razões das mais diversas violam-se direitos, tal qual no caso presente, que chega ao ponto de limitar a própria defesa do devedor.

O referido código, assim dispõe no seu Art. 6º, VI:

Art. 6º – São direitos básicos do consumidor:

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Esse dispositivo insere-se perfeitamente no contexto do Art. 3º, parágrafo 1º, do Dec.lei nº 911/69, de tal forma que como dito alhures, a jurisprudência já se posicionou a respeito, conforme veremos adiante pelo acórdão prolatado pelo 1º TAC, (JTA-147/30, tendo como relator o ilustre juiz OSCARLINO MOELLER, verbis:

“CÓDIGO DO CONSUMIDOR – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – CONSÓRCIO DE BEM DURÁVEL – PURGAÇÃO DA MORA – x 1º do artigo 3º do Decreto Lei n. 911, de 1969, à luz dos princípios estabelecidos pelos artigos 6º, VI e 53 da Lei n. 8.078 de 1990. Incabível a restrição ao exercício do direito à purgação da mora se tornou puro, exercitável sempre que haja inadimplemento, consubstanciando espécie de direito individual que previne dano patrimonial”

Sob análise diversa, vedando a purgação da mora à devedora que não atingiu o percentual de 40% em função do total das prestações do contrato, está-se propiciando, indiretamente, a perda automática de todas as prestações já pagas, face à resolução implícita do contrato, com a respectiva perda do bem adquirido. Essa interpretação contraria a “mens legis” do Código de Consumidor, nos termos do Art.53, caput.

Estipula o dispositivo a vedação, dentre outras, nos contratos de alienações fiduciárias em garantia, ser nula de pleno direito a cláusula que estabeleça perda das prestações pagas em benefício do credor que pleitear, pelo inadimplemento, resolução do contrato ou retomado do produto alienado. *In verbis:*

“nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis, mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”

Assim, interpretar a fixação do cálculo do percentual de 40%, estabelecido no Decreto-Lei 911, x 1º do artigo 3º, pelo parâmetro entre prestações pagas e o total das prestações restantes, com corolária proibição de purgação, vai de encontro ao disposto no Código de Defesa do Consumidor, que estatui como sendo um direito seu o de purgar a mora independentemente de já ter ou não atingido tal safra.

Em síntese, vedando a Lei nº 8.078/90, cláusula de perda automática de prestações pagas por motivo de resolução contratual, propicia também a proibição de se interpretar dispositivo de lei anteriormente vigente que possa afrontá-lo, em face de um direito individual criado pelo legislador e que objetive impedir um dano patrimonial, como é o direito à purgação nos contratos de alienação fiduciária. Tal conclusão deflui diretamente do disposto no Art.2º, x 1º do Decreto-lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), posto que o princípio acima exarado, oriundo dos artigos 6º, VI e 53 da Lei 8.078/90 é totalmente incompatível com a restrição imposta pelo

Decreto-Lei 911/69, que, como lei anterior, fica revogado pela lei posterior.

EM SUMA: nas Ações de Busca e Apreensão de bens adquiridos através de contratos de financiamento com cláusula de alienação fiduciária, deve o magistrado reputar como inconstitucional as restrições planetocêntricas contidas no Decreto Lei nº 911/69. E a aplicação fria e despojada de qualquer interpretação teleológica e sistemática desta lei, tem indubitavelmente promovido uma iniquidade em desfavor do devedor fiduciante – parte reconhecida pelo Código de Defesa do Consumidor como hipossuficiente nas relações de consumo – e em especial ao seu regular acesso à justiça.

Bibliografia

1. PÓVOA, LIBERATO. *Busca e Apreensão – Teoria – Prática – jurisprudência*, Ed. Atlas, 2ª Edição
2. THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Processo Cautelar*. São Paulo: LEUD, 1986.
3. CARVALHO, AMILTON BUENO. *Magistratura e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.
4. FERREIRA, PINTO. *Medidas Cautelares*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
5. LIMA, FÁBIO EUGÊNIO D. OLIVEIRA. REVISTA DA ESMAPE 4º NÚMERO, "A competência relativa e sua declaração de ofício. Derrogação imprópria da súmula 33 do STJ em face do Código de Defesa do Consumidor."
6. FILHO, DEMÓCRITO RAMOS REINALDO. REVISTA DA ESMAPE 4º NÚMERO, "As cláusulas abusivas e a visão e a visão do poder judiciário".

DA CAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA DOS CONCILIADORES E JUÍZES LEIGOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Demócrito Ramos Reinaldo Filho
Juiz de Direito em Pernambuco. Prof. de Direito do Consumidor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE.

Na apreciação de pedido de inscrição em seus quadros, o Conselho Seccional da OAB em nosso Estado (Pernambuco) decidiu ser incompatível o exercício da advocacia, mesmo em causa própria, com o desempenho do cargo de conciliador dos Juizados de Pequenas Causas. Considerou, portanto, haver um conflito total, uma proibição absoluta, e não apenas parcial (simples impedimento), entre as funções de conciliador e a atividade advocatícia.

Tal entendimento, uma vez que manifestado em relação aos extintos Juizados de Pequenas Causas, revestiu-se de alguma razoabilidade, na medida em que, não havendo na lei específica (Lei 7.244, de 07.11.84) qualquer dispositivo regulando a capacidade do conciliador para o exercício da advocacia, a solução para o caso residu na aplicação da lei geral sobre as incompatibilidades e impedimentos da advocacia – a Lei 8.096, de 4.7.94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), cujo inc. IV do art. 28 dispõe que os ocupantes de cargos vinculados direta ou

indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário, são abrangidos pela incompatibilidade do exercício da advocacia. Como se sabe, na organização da Justiça de Pernambuco os conciliadores ocupam cargo (comissionado) criado por lei e recebem salários do Tesouro Estadual.

Em outros Estados da Federação, os respectivos conselhos seccionais da OAB, apreciando a mesma matéria, posicionaram-se em sentido diverso, ou seja, de que não há incompatibilidade entre as funções de conciliador e o exercício da advocacia. Esse posicionamento divergente, em relação ao assumido pela seccional de Pernambuco, deveu-se justamente às peculiaridades existentes na organização judiciária dos diversos Estados da Federação, no que tange ao recrutamento dos conciliadores dos Juizados Especiais. Em alguns deles (como, p. ex., no Estado de São Paulo), os conciliadores não ocupam cargo público, nem recebem salários do Tesouro Estadual, desempenhando suas funções a título gracioso. O exercício das funções de conciliador, nesses Estados, é feito a título honorário e sem vínculo com o Estado, sendo considerado serviço público relevante, valendo como título em concurso de ingresso e promoção na Magistratura, Ministério Público, Procuradoria-Geral do Estado, e no funcionalismo estadual em geral. Os conciliadores são recrutados geralmente através de indicação do órgão seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

Essa inexistência de padronização nas diversas órbitas estaduais da organização judiciária, no que respeita à forma de investidura no exercício das funções, decorreu da permissão legal contida no art. 6º da revogada Lei Federal 7.244/84, o qual deixou para a lei local o disciplinamento da forma do recrutamento dos conciliadores. O citado dispositivo apenas previa que os conciliadores, como auxiliares da Justiça para os fins exclusivos da atividade conciliatória, seriam recrutados (preferencialmente dentre os bacharéis em direito) "na forma da lei

local". As leis de organização judiciária ficaram, portanto, com largo espaço para disciplinar a matéria, exercendo, nesse aspecto, competência legislativa plena, organizando as secretarias dos Juizados segundo as necessidades e conveniências administrativas locais. Daí porque em alguns Estados os conciliadores ocupam cargo público e recebem salário do Poder Público, enquanto que em outros nada recebem como remuneração, desenvolvendo suas atribuições a título honorífico, como antes salientamos. Diante das particularidades de um e outro sistema, resultaram dissonantes os posicionamentos dos diversos conselhos seccionais sobre a questão do exercício da advocacia pelos conciliadores¹, como também já explicitamos.

Entretanto, com a superveniência da Lei 9.099, de 26.09.95, que criou os Juizados Especiais Cíveis (estes em substituição aos Juizados de Pequenas Causas) e Criminais, os pronunciamentos daqueles conselhos seccionais que se firmaram no sentido da incompatibilidade da função de conciliador com o exercício da advocacia, carecem ser alterados para adequarem-se à nova situação legislativa, independentemente da realidade da organização judiciária local, ou seja, quer o conciliador ocupe cargo público ou não.

Isso porque, diferentemente da Lei 7.244/84, o novel texto legal traz em seu corpo regra expressa sobre a capacidade para o exercício da advocacia dos auxiliares da Justiça que funcionam, perante o Juizado, praticando atos processuais. Com efeito, estabelece o art. 7º (parágrafo único) da Lei 9.099/95, que:

"Art. 7º. Os conciliadores e Juizes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente,

¹ Embora o Conselho Federal da OAB viesse a reconhecer, passado algum tempo, o direito dos conciliadores ao exercício da advocacia, salvo nos processos em que houvessem atuado, por meio da edição do Provimento 63, de 17 de novembro de 1987, publicado no DJ, Brasília, DF, de 20.06.88, p. 15.578.

entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre os advogados com mais de cinco anos de experiência.

Parágrafo único. Os juízes leigos ficarão impedidos de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto no desempenho de suas funções" (grifo nosso).

É importante observar que, embora não fazendo referência expressa ao conciliador, o parágrafo único do artigo transcrito deixa claro que a este também fica permitido o exercício da advocacia, quando for bacharel em Direito, por razão de ordem lógica.

Com efeito, o conciliador se ocupa exclusivamente da tarefa conciliatória, ao passo que o Juiz leigo (figura que é uma das inovações da Lei 9.099/95) tem o escopo fundamental de funcionar na instrução processual (art. 37), substituindo facultativamente o Juiz togado nesse múnus. A exemplo do conciliador, desenvolve a produção de atos processuais que, em princípio, seriam executados diretamente pelo Juiz togado, reservando-se o potencial deste para o ato final e mais importante do processo, que é a prolação da sentença. Nas hipóteses em que o próprio juiz leigo dirige a instrução probatória, ele mesmo profere a decisão na causa, a qual depende, sempre, da homologação pelo juiz togado, para que adquira validade como ato jurisdicional típico (art. 40). Ora, se ao juiz leigo, que, como se percebe, tem uma importância ainda mais destacada e relevante na prática de atos no processo especial dos Juizados Cíveis, é aberta a possibilidade do exercício da advocacia, seria incongruente se pensar que somente ao conciliador ficasse vedada tal faculdade. Se a lei especial autorizou o exercício da advocacia ao auxiliar da Justiça que, na prática, funciona como juiz de fato perante o Juizado Especial, pois aparece munido de poderes decisórios, inclusive para proferir decisão final de mérito sobre a causa que lhe estiver sendo submetida (que só necessita da homologação do juiz togado para que adqui-

ra eficácia jurisdicional, sendo essa a nota especial com que a lei reveste a decisão do juiz leigo), a toda evidência essa autorização legal se estende ao outro auxiliar da Justiça que atua no Juizado Especial em substituição ao juiz (togado), na execução de atos processuais.

Antes, na vigência da Lei 7.244/84, o papel coadjuvante desenvolvido em atos processuais só abrangia a fase inicial conciliatória do procedimento (a não ser nos casos em que as partes optassem pelo juízo arbitral, em que a instrução ficava a cargo do árbitro). Já agora, com a criação da figura do Juiz leigo, auxiliar da Justiça responde pela fase instrutória do processo, coletando provas e decidindo os incidentes que possam interferir no desenvolvimento da audiência de instrução e julgamento, podendo ir além e proferir decisão final de mérito. Cada um desses dois auxiliares (conciliador e juiz leigo), portanto, embora desenvolvam tarefas específicas de colaboração na atividade jurisdicional, possuem situações jurídicas análogas no contexto da estrutura judiciária. Ambos não exercem jurisdição, pois não passam de meros auxiliares que atuam sempre sob a orientação e supervisão do juiz togado (art. 22 e 37 da Lei 9.099/95). A regra da lei especial que traça a capacidade para o exercício da advocacia (parágrafo único do art. 7º) aplica-se, portanto, a esses dois agentes auxiliares da prestação jurisdicional, até porque a mesma pessoa pode desempenhar concomitantemente as funções de conciliador e juiz leigo, desde que preencha o requisito de ser advogado com mais de 05 anos de experiência².

Quer seja porque o juiz leigo tem papel ainda mais destacado no funcionamento dos Juizados em comparação com o desempenhado pelo conciliador, quer seja porque ambos estão inseridos na conjuntura judiciária em

2. Nesse sentido já havíamos nos posicionado no nosso "Juizados Especiais Cíveis, ed. Bagaço, p. 221, nota 222.

posições similares, a norma permissiva do parágrafo único do art. 7º da Lei 9.099/95, conquanto se refira exclusivamente à capacidade do primeiro para o exercício da advocacia, alcança também o segundo, quando este for graduado em curso de Direito.

O legislador não fez referência expressa ao conciliador, no dispositivo em questão (parágrafo único do art. 7º), pela simples circunstância de que este pode ou não ser bacharel em Direito. Observe-se que o caput do art. 7º apenas prediz que os conciliadores são recrutados "preferentemente" entre os bacharéis em Direito. Trazendo a lei apenas uma indicação, no sentido de que a escolha dos conciliadores recaia preferencialmente entre os bacharéis em Direito, o que significa que em princípio qualquer pessoa pode desempenhar as funções de conciliador³, pareceu ao legislador não haver sentido regular a capacidade deste auxiliar da Justiça para o exercício da advocacia, já que não é ele necessariamente portador de diploma de graduação em curso de Direito. Essa circunstância, no entanto, não impede a conclusão lógica de que, em sendo o conciliador bacharel em Direito, não fica privado do exercício da advocacia (salvo perante o Juizado em que desempenhe suas funções), sendo-lhe aplicável, por extensão, a regra do parágrafo único do art. 7º da Lei 9.099/95, pelos motivos acima esclarecidos.

Não se pense que, mesmo ante a expressividade da norma consubstanciada no parágrafo único do art. 7º, ainda seja possível se oferecer a mesma interpretação ao problema, como se fez antes do advento da Lei 9.099/95, ou seja, no sentido de que a liberação para o exercício da

advocacia somente atinge aqueles conciliadores (e juízes leigos) que não ocupam cargo público e não recebem salários do Tesouro Público, desempenhando suas funções a título gracioso e sem vínculo estatutário, selecionados através de indicação do órgão seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, permanecendo todos os outros – os ocupantes de cargo público – atingidos pela vedação.

Essa interpretação levaria à situação absurda de que a lei estadual, por via transversa, pudesse revogar ou tornar inócua a lei federal (Lei 9.099/95). Isso porque o sistema da nova lei, quanto ao recrutamento dos conciliadores (e também dos juízes leigos), é o mesmo da lei revogada (Lei 7.244/84). Nada tendo a Lei Federal (art. 7º da Lei 9.099/95) disposto a respeito da forma de recrutamento dos auxiliares da Justiça que funcionam perante os Juizados Especiais, cabe à lei local de organização judiciária dispor sobre essa matéria. A única exigência contida na Lei Federal é a de que os juízes leigos têm que ser necessariamente advogados com mais de 05 anos de experiência e, quanto aos conciliadores, apenas recomenda, sem impor uma obrigatoriedade, que sejam bacharéis em Direito. Em reconhecimento à parcela de autonomia que devem ter os Estados para, na lei local, moldar a estrutura de seus Juizados, atendendo às suas peculiaridades, é que se reserva como atribuição legislativa estadual a definição do modelo estrutural desses órgãos, no que diz respeito à sua composição e organização, como está a indicar o Art. 93 da Lei 9.099/95. A composição do quadro de pessoal dos Juizados, com o número de conciliadores, juízes leigos e do pessoal de apoio, bem como a forma de investidura desses auxiliares nas suas funções, insere-se na autonomia dos entes federativos. Nesse campo é imensa a autonomia deles, quase ilimitada. Assim, especialmente no que tange ao método de recrutamento dos conciliadores e juízes leigos, compete às leis locais de organização judiciária a definição sobre essa matéria.

3 A Lei 11.279, de 28 de novembro de 1995, que criou no Estado de Pernambuco os Juizados Especiais Cíveis, estabeleceu como requisito para provimento no cargo de Conciliador, ser o ocupante "portador de Diploma de Nível Universitário, devidamente registrado no órgão competente". Nesse Estado, portanto, a pessoa que tenha concluído qualquer curso superior pode preencher o cargo de conciliador.

Ora, se compete aos Estados, conforme previsão da própria Lei 9.099/95 (art. 93) a definição quanto à forma de investidura nas funções de conciliador e juiz leigo, a adoção do entendimento de que somente não são alcançados pela incompatibilidade com a advocacia aqueles que não desempenham suas funções por meio do exercício de cargo público, equivaleria a sobrepor a vontade do legislador estadual à do legislador federal, derogando a regra do parágrafo único do art. 7º, na medida em que um determinado Estado optasse por compor o seu quadro de conciliadores e juízes leigos com servidores da Justiça, investidos em cargos públicos e recebendo remuneração do Tesouro estadual. A aceitação desse entendimento é inadmissível porque, na prática, implicaria na derrogação do dispositivo da Lei Federal, pois que esses servidores não teriam direito ao exercício paralelo da advocacia, embora essa prerrogativa lhes seja expressamente assegurada no citado dispositivo legal. Estar-se-ia a admitir que, por via enviesada, a lei estadual pudesse derogar a lei federal.

Acrescente-se que se a ocupação de cargo público nos quadros do Poder Judiciário configurasse sempre um óbice intransponível para a permissão da advocacia, os membros dos tribunais eleitorais – representantes da classe dos advogados – jamais poderiam exercê-la enquanto estivessem no desempenho das funções jurisdicionais⁴.

Os conciliadores e juízes leigos, portanto, independentemente do modo como são investidos nas suas funções (quer ocupem ou não cargo público), não estão abrangidos pela proibição geral que alcança os demais servidores do Poder Judiciário, pela simples razão de que a faculdade do exercício cumulativo decorre de regra expressa

fundida em texto de lei federal. Se antes remanesce ainda alguma dúvida, a partir da vigência da Lei 9.099/95 foram todas solapadas, não mais havendo lugar para a discussão da capacidade dos conciliadores para o exercício da advocacia.

A resistência a essa conclusão, no entanto, tem percorrido caminhos interpretativos que, às vezes, ultrapassa as fronteiras da razoabilidade, apenas com o evidente intuito de atender a interesses corporativistas. Essa reação pode ser bem percebida no acórdão do Conselho Pleno do Conselho Federal da OAB⁵, prolatado em sessão ordinária do dia 12.02.96, no qual os Srs. Conselheiros, por maioria de votos, negaram aplicabilidade ao § único do art. 7º, da Lei 9.099/95. É a seguinte a ementa do acórdão:

“O parágrafo único do art. 7º da Lei 9.099, de 26.09.95, que fixa impedimentos para os juízes leigos, quando no exercício da advocacia, não pode derogar o inciso IV, do art. 28, da Lei 8.906, de 04/07/94 (EAOAB), por aplicação do princípio *lex posterior generalis non derogati legi priori speciali*. A norma posterior aludida quebra a sistematização jurídica na seleção da advocacia, com graves reflexos para a comunidade, devendo, pois, o Conselho Federal da OAB manifestar orientação aos Conselhos Seccionais para que apliquem o EAOAB em detrimento do parágrafo único, do art. 7º da Lei 9.099/95. (...)”.

Esse acórdão, data venia, subverte o próprio princípio hermenêutico que invoca como fundamento para decidir. Na verdade, não existe propriamente um conflito temporal de normas. A posterior edição da Lei 9.099/95 (§ único do art. 7º) realmente não revoga quaisquer dos dispositivos da Lei 8.906/94 (notadamente seu art. 28, IV), pois que a solução para a hipótese reside na regra do

4 O STF, no julgamento da Medida Liminar na ADIn 1.127-8-DF (DJU 14.10.94), seção 1, p. 27.596), excluiu os membros da Justiça Eleitoral da proibição do art. 28, II, da Lei 8.906, de 4.7.94 (EAOB).

5 Publicado no Diário da Justiça do dia 19.04.96, às fls. 12487.

parágrafo 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual:

“A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Assim, a disposição contida no art. 28, IV, do EAOAB (Lei 8.906/94), não está revogada, somente não mais será utilizada quando se tratar de regular a capacidade de juízes leigos e conciliadores para o exercício da advocacia. A sobrevivência da regra geral é indispensável para regular todas as outras situações envolvendo servidores do Poder Judiciário, no que diz respeito ao exercício da atividade advocatícia. A lei nova (Lei 9.099/95) que estabeleceu disposição especial (§ único do art. 7º) não revoga a regra geral já existente (inc. IV do art. 28 da Lei 8.906/94), porque ela, como disposição especial, normatiza um único caso específico – a capacidade dos juízes leigos (e, por extensão, dos conciliadores) –, remanescendo o EAOAB como o diploma regulador de todos os outros casos de incompatibilidades (e impedimentos) com o exercício da advocacia. Quando uma lei nova regula uma situação específica, antes abrangida pela norma geral anterior, traz para o seu âmbito de influência a matéria objeto da normatização, passando esta a ser exclusivamente por ela (nova lei) regulada.

Permanece a vedação absoluta do exercício da advocacia (prevista no art. 28, IV, da Lei 8.906/94) para todos os outros servidores do Poder Judiciário. A lei nova abre uma exceção na regra geral de que os servidores do Poder Judiciário detêm incompatibilidade com o exercício da advocacia, exceção esta feita apenas para os juízes leigos (mas que, por extensão, alcança os conciliadores).

Diante de problema de tão simples solução, é que somente podemos atribuir a referida decisão do Conselho Federal da OAB a um exacerbado espírito corporativista,

destoante do verdadeiro interesse público explicitado no comando normativo. Outro motivo que dificulta a nossa compreensão quanto ao surgimento dessa decisão é porque, ainda na vigência da Lei 7.244/84, o Conselho Federal da OAB chegou a baixar provimento para disciplinar o exercício profissional de bacharéis que viessem a integrar os Juizados de Pequenas Causas como conciliadores. Naquela ocasião, a posição assumida foi de uma permissividade tão ampla que a única restrição ao exercício da advocacia dizia respeito aos feitos em que os conciliadores tivessem funcionado. Melhor explicando: os conciliadores podiam exercer a advocacia perante os próprios Juizados em que eram lotados, ficando apenas impedidos de exercê-la naqueles feitos em que tivessem efetivamente atuado, realizando a sessão de conciliação⁶. É de se estranhar, portanto, que, agora, quando já temos norma expressa sobre a capacidade advocatícia desses auxiliares da Justiça, o Conselho reverta sua posição de extrema liberalidade para uma de total vedação ao exercício da profissão, por meio da negação de aplicabilidade à nova regra contida no parágrafo único do art. 7º, da Lei 9.099/95.

Tanto a figura do conciliador como a do juiz leigo multiplicam a capacidade de trabalho do Juiz togado, na realização de atos processuais. Enquadram-se, portanto, dentro de uma concepção inovadora, totalmente estranha à ortodoxia do processo tradicional. A posição que ocupam dentro da organização judiciária, em razão justamente

6 Trata-se do Provimento 63, de 17 de novembro de 1987, publicado no DJ, Brasília, DF, de 20.06.88, p. 15.578. É certo que tal provimento foi baixado quando estava em vigor o revogado Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – Lei 4.215, de 27.4.63, mas este texto legal continha a mesma vedação em relação aos servidores do Poder Judiciário, hoje contida no art. 28, inc. IV, da Lei 8.906/94. O seu art. 84, VIII, tinha a seguinte redação: “A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades, funções e cargos: VIII – tabeliães, escrivães, escreventes, oficiais dos registros públicos e quaisquer funcionários e serventuários da Justiça” (grifo nosso).

das novas funções que exercem, refoge ao esquema tradicional que enquadra os demais serventuários da Justiça – dentro do sistema de incompatibilidades absolutas com a advocacia. Representam a participação popular na administração da Justiça, quebrando a tradicional e hermética estrutura do órgão jurisdicional, com a inserção de elementos estranhos à hierarquia judiciária. Exercem suas funções perante órgãos especiais da Justiça ordinária⁷, que atuam em paralelo aos órgãos tradicionais – as varas e tribunais.

Por essa razão, o novel texto de Lei (Lei 9.099/95) expressa, no que tange à existência de mero impedimento e não incompatibilidade com a advocacia (parágrafo único do art. 7º), uma harmonia com a nova realidade da organização judiciária, no âmbito da Justiça dos Estados (Justiça ordinária), nascida a partir da criação dos Juizados Especiais.

7 Com a criação dos Juizados Especiais, a Justiça Ordinária passou a contar com órgãos da jurisdição comum e órgãos da jurisdição especializada.

GLOBALIZAÇÃO E ORDEM JURÍDICA: O DILEMA DA CIDADANIA NOS ESTADOS PERIFÉRICOS

Djason B. Della Cunha

Professor de Sociologia Jurídica do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Mestre em Antropologia Social pela Université Lyon 2 - França e Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

SUMÁRIO

Introdução 1. Em que Consiste o Fenômeno da Globalização. 2. O Conceito Jurídico e Sociológico de Cidadania. 3. O Pluralismo Jurídico e a Ética da Alteridade. 4. A Justiça como Equidade

Introdução

Para se estabelecer uma relação entre Globalização, Direito e Estado é necessário primeiro compreender o que seja Modernidade, pois é em seu bojo que emerge a possibilidade de profundas e marcantes transformações no âmbito dos sistemas econômicos, políticos e jurídicos.

Referenciada a um estilo de vida, costumes ou organização social, que emergiram na Europa a partir do século XVII e cuja influência tornou-se mundializada, a Modernidade consiste num "processo de racionalização do mundo que se manifesta de forma dual: quer pela contextualização ético-filosófica, quer pela materialização técnico-produtiva, justificada pela ideologia da burguesia

e pela racionalidade de acumulação de riqueza do capitalismo liberal”¹.

É importante assinalar que é sob a égide da hegemonia social burguesa, com suas bases econômica, política, ideológica e filosófica, que se vê surgir uma estrutura político-institucional confirmada por uma organização estatal de poder, cuja racionalização se concentra no monopólio da soberania, na centralização, na secularização e na burocracia administrativa. Nesse sentido, “assiste inteiramente a Marx quando pondera que a nascente burguesia necessitava de uma forte autoridade central que protegesse seus bens, favorecesse seu progresso material e resguardasse sua sobrevivência como classe dominante, bem como reconhecia o caráter imperioso dessa autoridade”². Daí se acentuar que é a partir da íntima relação existente entre essa estrutura estatal burocrática centralizada e o tipo de estatuto jurídico que dela dimana que se realizam, com um alto grau de racionalização, as condições de produção e reprodução dessas relações histórico-sociais.

O projeto do estatuto jurídico da Modernidade não somente favorece o paradigma da juridicidade estatal como destaca a globalização de um processo de codificação assente nos seguintes princípios: estatização (centralização da força soberana do Estado Moderno), unicidade (instância territorial concentrada, unitária e exclusiva, com forte gestão de poder), positividade (formação do princípio unitário do Direito) e racionalização (organização de um corpo burocrático racional capaz de monopolizar os meios de dominação administrativa). Essa assertiva indica que, na dinâmica histórica, “o princípio da estatalidade do

Direito desenvolveu-se concomitantemente com a doutrina política da soberania, elevada esta à condição de característica essencial do Estado. Com efeito, o Estado moderno define-se em função de sua competência de produzir o Direito e a ele submeter-se, ao mesmo tempo em que submete as ordens normativas setoriais da vida social”³.

Um dos mais proeminentes pensadores do processo da modernização foi sem dúvida Max Weber. Para esse autor, a modernização é vista aqui como processo de racionalização, de diferenciação e autonomia das esferas social, econômica, política e cultural, embora dominadas pela racionalidade instrumental-cognitiva da ciência e da tecnologia. O Direito, tornado ciência, sofre também o domínio da racionalidade instrumental, cujo exercício se dá pelo mero emprego de meios técnicos para atingir os fins.

Em síntese, segundo Liszt Vieira, a modernidade apresenta-se na perspectiva weberiana como um *ethos* dessacralizado, cujos marcos são: “a secularização, a ética protestante do trabalho, que influenciou o desenvolvimento do capitalismo, a burocratização do econômico e do político, levando à ameaça da ‘jaula de ferro’ da burocracia, a monetarização dos valores, o predomínio da dominação ‘racional-legal’. A razão instrumental da ciência levou ao ‘desencantamento do mundo’, à sua ‘dessacralização’, pois agora a ciência, na explicação do mundo, substituiu a religião, antes preocupada, juntamente com a Filosofia, com o sentido da vida. A Modernidade ordenou o mundo, mas deixou-o sem sentido”⁴.

Por outro lado, o Direito, enquanto saber e poder ideologicamente instituído na formação histórico-política

1 DELLA CUNHA, Djason B. Sociologia do Direito: Temas e Perspectivas. Natal: Ágape, 1997, p. 86.

2 WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: ALFA-ÔMEGA, 1994, p. 35.

3 COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. Curitiba: HDV, 1986, p. 258.

4 VIEIRA, Liszt. Cidadania e Globalização. Rio de Janeiro: Record, 1997, p. 34.

do Ocidente, integra uma cultura jurídica de caráter unitário que forjou um projeto de juridicidade positivista edificado em torno de produções descritivo-abstratas, de metodologias formais e de procedimentos lógico-lingüísticos. As idealizações normativas produzidas por esse tipo de racionalização formal, centradas na figura da legalidade estatal, advém de um modo particular de produção sócio-econômica, de um racionalismo filosófico idealista e de um iluminismo político específicos do Capitalismo burguês personificado na pessoa do Estado Liberal.

Nesse cenário, o positivismo jurídico "conota a episteme característica da concepção dogmática que, coerentemente com a noção positiva de ciência, busca assegurar as condições de legitimidade do monopólio da violência pelo Estado"⁵. Nesse sentido, a dogmática jurídica "não se limita somente a um enfoque determinado das questões fundamentais da Ciência do Direito – ela também representa uma atitude ideológica que lhe serve de base e um *ethos* cultural específico. A dogmática se constitui, assim, como convergência de um amplo conjunto de processos parciais e conseqüentes, dos quais os mais importantes são:

- a) a consolidação de um conceito moderno de ciência, basicamente voltada não tanto ao problema da verdade ou da falsidade das conclusões do raciocínio científico, porém ao seu caráter sistemático e à sua coerência lógico-formal;
- b) a identificação entre os conceitos de direito e lei positiva, num primeiro momento, e entre direito e sistema conceitual de ciência, num segundo momento;

- c) a separação entre teoria e *praxis*, e a conseqüente afirmação de um modelo de saber jurídico como atividade prioritariamente teórica, valorativa e descritiva;
- d) a superação das antigas doutrinas de direito natural;
- e) a ênfase à segurança jurídica como a certeza de uma razão abstrata e geral, resultante de um Estado Soberano, com a subseqüente transposição da problemática científica aos temas das coerências e completude da lei em si mesma"⁶.

É justamente por isso que Warat chama a atenção para a necessidade de se compreender a implicação da dogmática jurídica na saturação ideológica do conhecimento do direito, numa falta de interesse no que se refere à mudança social, num certo conformismo e numa inclinação pela adequação de seus conceitos às situações conjunturais⁷.

De modo que, no bojo dessa realidade jurídica, se constrói, ao longo dos últimos dois séculos, o conteúdo dito democrático das Constituições de países Ocidentais tributários da teoria geo-política de um poder soberano.

Porém, na segunda metade do século XX, "as disciplinas entram em decadência. Elas não são mais necessárias no modelo atual de capitalismo maduro, voltado, não mais para a produção, mas para a venda do produto. O marketing torna-se o novo instrumento de controle social. A fábrica transforma-se em empresa, as máquinas energéticas em cibernéticas (computador), a assinatura em cifra e senha. A comunicação torna-se

5 COELHO, Luiz Fernando, Op. cit., p. 271.

6 FARIA, José Eduardo, A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança. Brasília: UnB, 1988, p. 17.

7 Ver nesse sentido Luis Alberto Warat, "el sentido comun teórico de los juristas", in *Contradogmáticas*, 1: 43-71, Florianópolis, 1981.

instantânea, e o controle, contínuo. O módulo torna-se modulação. Passamos, segundo Gilles Deleuze, das sociedades disciplinares para as sociedades de controle"⁸.

No contexto dessas divergências e profundas diferenças, o esgotamento da Modernidade e o advento de uma era pós-moderna dar-se-iam pelo predomínio do transitório, do fugidio, do contingente sobre o eterno e o imutável, com o exaurimento dos conceitos que engendraram os pressupostos das teorias modernas: as noções de progresso, trabalho, produção, gênese, desenvolvimento, finalidade não teriam mais serventia para explicar o mundo contemporâneo.

A era pós-moderna inaugura a abertura total, "o projeto transforma-se em acaso, o propósito em jogo, a hierarquia em anarquia, o objeto em processo, a totalização e síntese em desconstrução, a semântica em retórica, a seleção em combinação e mistura de estilos, o significado em significante, a paranóia em esquizofrenia, a igualdade em diferença, a transcendência em imanência, o permanente em transitório, a totalidade em fragmentação, a homogeneidade em heterogeneidade"⁹.

Este é o impacto sobre a Modernidade que define e que cede lugar a uma era pós-moderna: a era da Globalização. Mas, o que é efetivamente Globalização?

1. Em que Consiste o Fenômeno da Globalização

A Globalização é uma nova ordem paradigmática que opera a substituição do conceito de sociedade nacional pelo de sociedade global. Consiste também na mundialização de processos econômicos, como a circulação de capitais, a ampliação dos mercados ou a integração produtiva em escala mundial. Mas, comporta ainda

fenômenos da esfera social, como a criação e expansão de instituições supranacionais, a universalização de padrões culturais e o equacionamento de questões concernentes à totalidade do planeta (meio ambiente, desarmamento nuclear, crescimento populacional, direitos humanos, bioética, etc.).

Historicamente, as sociedades contemporâneas têm conhecido, nos dias atuais, um exuberante processo de redimensionamento em suas instituições econômicas, sociais e políticas. Uma razão está no fato de que o conceito de "país" ou "nação" perdeu grande parte de seu significado e a imagem geográfica dos Estados tende a ser substituída pela imagem comportamental dos sistemas.

Naturalmente, a idéia de que o mundo está dividido em Estados soberanos com suas culturas nacionais relativamente claras e unificadas começa a perder sentido e em razão da compreensão de que o mundo encolheu e de que as relações transnacionais permitem identificar esses Estados como os elementos básicos do sistema global.

De fato, isso ocorria porque não se consideravam nas análises políticas dos Estados os problemas oriundos da globalização do capital, da luta ou ideologia de classes e, freqüentemente, pela confusão que faziam na descrição e conceituação entre sociedade e sistema. Na verdade, não há mais como estudar as relações entre nações do ponto de vista do modelo "estatocêntrico". O que se observa, na realidade, é a substituição desse tipo de modelo institucional por um modelo de relações transnacionais, em que a sociedade mundial parece não ser mais um mundo constituído apenas de Estados, mas também por entidades não governamentais em freqüente interação com os governos.

É óbvio que não se pode ignorar totalmente a noção de Estado. Porém, o conceito apresenta-se inadequado para explicar o fenômeno da globalização do capitalismo

8 Apud VIEIRA, Liszt. Op. cit., pp. 35-36.

9 Idem, *Ibidem*, p. 38.

com suas práticas transnacionais, do ponto de vista econômico, político e ideológico-cultural. Daí, a Nação-Estado ser, conseqüentemente, "o ponto de referência espacial para a maioria das práticas transnacionais cruciais que contribuem para compor as estruturas do sistema global, no sentido de que a maioria das práticas transnacionais cruza-se em determinados países e está sujeita à jurisdição de determinadas Nações-Estados. Mas este não é o único ponto de referência. O mais importante é, certamente, o sistema capitalista global, baseado numa classe capitalista global variegada, que inquestionavelmente dita as práticas econômicas transnacionais, e é a mais importante força isolada na luta para dominar as práticas transnacionais políticas e ideológico-culturais"¹⁰. Efetivamente, esse conceito – o de Nação-Estado – presta-se para tipificar uma realidade global marcada por uma enorme assimetria evocativamente descrita pelo termo "hegemon", o qual é o agente chave das práticas transnacionais, podendo ser "um indivíduo representativo, uma organização, um estado ou uma classe cujos interesses prevaleçam na competição pelo recursos globais"¹¹.

O fenômeno da globalização, ou melhor conceituado como sistema global, opera em três níveis, a saber, o econômico, o político e o ideológico-cultural. Apesar do sistema global não ser necessariamente sinônimo do sistema capitalista global, as forças motoras que agem por trás do capitalismo global se apresentam como dominantes e constituem o foco institucional de sua hegemonia. Portanto, aqui vamos encontrar três agentes primários e focos institucionais das práticas transnacionais: o primeiro, de caráter econômico, tem como foco institucional a corporação transnacional; o segundo, de caráter político, tem como foco institucional a classe capitalista transna-

cional; e o terceiro, de caráter ideológico-cultural, tem como foco as instituições da ideologia-cultura do consumismo.

De modo geral, podemos afirmar que cada um destes três agentes produz o resultado de suas práticas, ou seja: "As CTNs produzem bens e os serviços necessários para manufaturá-los e vendê-los. A classe capitalista transnacional produz o ambiente político dentro do qual os produtos de um país podem ser comercializados com sucesso em outro. A ideologia-cultura do consumismo produz os valores e atitudes que criam e sustentam a necessidade pelos produtos"¹². Com esta circularidade retroalimentada fecha-se o ciclo do "hegemon", isto é, da hegemonia das práticas transnacionais, movida pela força da necessidade, construída e reconstruída de modo permanente no circuito de expansão do capitalismo.

Não obstante o poder de persuasão deste "hegemon", outras forças via de regra se tomam forças de oposição no sistema global. Porém, o capitalismo global sempre encontra meios argumentativos para persuadir e justificar a necessidade de sua hegemonia.

À medida, por exemplo, que avançamos em direção ao fim do século XX, as concepções acerca da natureza do capitalismo, do Estado, do poder e do direito se vislumbram confusas e contraditórias. O exacerbamento das contradições desse sistema, caracterizadas pelo crescimento das desigualdades sociais, da ordem-desordem autoritária e da opressão, exige medidas jurídicas mais adequadas e mais céleres nas demandas empreendidas pelo grupos minoritários no processo de exclusão dos esquemas de segurança social. O fim do século XX é o contexto das perplexidades diante das quais as sociedades e os indivíduos se deparam com a crise do Estado-Providência.

10 SKLAIR, Leslie. *Sociologia do Sistema Global*. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 18.

11 *Idem*. *Ibidem*, p. 19.

12 *Idem*. *Ibidem*, p. 71.

Para ser mais específico, podemos relacionar, a grosso modo, cinco perplexidades que requerem um ângulo de observação e de análise, o que decididamente impulsiona a ação coletiva com seus movimentos sociais.

A primeira delas revela problemas de natureza econômica: crise financeira do Estado-Providência, inflação, desemprego, recessão, déficit orçamentário, dívida externa, etc. A segunda constata a intensificação de práticas transnacionais, de internacionalização da economia e translocação maciça de mão-de-obra migrante e de turismo, de redes de informação e de comunicação em dimensão planetária, e de transnacionalização da lógica do consumismo. Tudo isto gerado pela marginalização do Estado nacional e sua conseqüente perda de autonomia e de capacidade de regulação social. A terceira perplexidade é marcada pela redescoberta do indivíduo, ou seja, pelo abandono das práticas privatísticas de vida e pela adoção de um comportamento menos individual e mais publicista. Hoje, mais do que nunca o indivíduo tem uma vida íntima tão pública, uma vida sexual tão codificada, uma liberdade de expressão tão sujeita a critérios de correção política, uma faculdade de escolher tão derivada das escolhas por outrem. A quarta perplexidade assinala o surpreendente consenso coletivo em torno de um dos grandes paradigmas sócio-políticos da modernidade: a democracia, que se internacionaliza na esteira do neo-liberalismo e na dependência dele.

E, por fim, a quinta perplexidade marcada pela intensificação da interdependência transnacional e das interações globais, onde as relações sociais parecem ser hoje cada vez mais desterritorializadas, ultrapassando as fronteiras policiadas pelos costumes, a tradição, o nacionalismo, a língua e a ideologia.

Do ponto de vista do Direito, essa realidade macro-estrutural desperta profundo interesse, principalmente

porque no bojo das contradições do próprio capitalismo, o fenômeno da globalização toma corpo e cujas práticas transnacionais ofuscam o papel tradicional do Estado-Providência. Com outras palavras, o sistema global conceituado como um sistema que opera através de estruturas coesas de práticas organizadas e padronizadas, e que só podem ser entendidas propriamente em termos de seus efeitos transnacionais, reafirma o fosso entre o Estado e a sociedade civil, introduzindo um novo raciocínio jurídico, cuja aplicabilidade não mais gira em torno da idéia de que o direito deve obrigatoriamente identificar-se com o direito estatal.

Na esteira da exigência dessa nova mentalidade jurídica que toma forma, salienta-se o fenômeno complexo da "reemergência da sociedade civil", a qual se fortalece por um processo contínuo de maior organização e mais autonomia política, nela sendo possível destacar pelo menos três lógicas distintas:

- a) "A primeira remete para a concepção liberal clássica da sociedade civil (enquanto pluralidade atomística de interesses econômicos privados) e domina hoje o discurso político, sobretudo conservador, nas sociedades capitalistas tanto centrais como periféricas ou semiperiféricas.
- b) A segunda subjaz aos novos momentos sociais (ecológicos, antinucleares, pacifistas, feministas) e demarca-se mais ou menos radicalmente da concepção liberal, apelando para a idéia de uma sociedade civil pós-burguesa e antimaterialista (Offe, 1984; 1985; Arato e Cohen, 1984).
- c) A terceira foi a que dominou a reflexão teórica dissidente na fase final dos regimes socialistas de Estado do Leste europeu: a sociedade civil socia-

lista, distinta de qualquer das duas concepções anteriores (Heller, 1984; Feher, Hellen, Markus, 1984)¹³.

Porém, e apesar de tais distinções, o que se constata, de fato, é a consolidação progressiva de um movimento transnacional em prol da cidadania, que se traduz no seio da "reemergência da sociedade civil" como reafirmação dos valores do autogoverno, da expansão da subjetividade, do comunitarismo e da organização autônoma dos interesses e dos diversos modos de vida.

De modo que, em grau de especificidade, podemos aferir que a característica básica do perfil dessa nova política judiciária se concentra em três vertentes distintas:

- a) o acesso à justiça;
- b) o aspecto da administração da justiça enquanto instituição de caráter político e de organização profissional, voltada para a produção e realização de serviços especializados;
- c) a litigiosidade social e os mecanismos da sua resolução, disponíveis dentro da própria sociedade.

Com relação ao tema do acesso à justiça, parece ser este o mecanismo que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-econômica. Em suma, trata-se de uma nova política judiciária verdadeiramente comprometida com o processo de democratização do direito e da sociedade.

No que concerne especificamente à relação entre Globalização e Constituição, podemos aferir o seguinte:

13. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995, p. 123.

A partir da década de 70, houve uma ruptura conceitual na noção de sociedade civil, incorporando-se a esta nova conceitualização expressões que se vinculam aos movimentos sociais e políticos democratizantes do Leste Europeu, da Ásia e da América Latina, tais como: autonomia, autogestão, independência, participação, empowerment, direitos humanos e cidadania.

Não se trata mais de um sinônimo de sociedade, mas de uma maneira de pensá-la, de uma perspectiva ligada à noção de igualdade de direitos, autonomia, participação, enfim, os direitos civis, políticos e sociais da cidadania. Em virtude disso, a sociedade civil tem que ser "reorganizada". O que era um estado natural nos filósofos contratualistas, ou uma condição da política moderna em Hegel e Marx, torna-se agora um objetivo para os ativistas sociais do Segundo e Terceiro Mundos: a sociedade civil tem que ser construída, reforçada, consolidada. Trata-se de meio e fim da democracia política.

É dentro desta perspectiva que trabalham alguns pensadores contemporâneos que fornecem importantes subsídios teóricos para a atuação das chamadas organizações não-governamentais, tais como Alan Wolfe, por exemplo. O próprio Habermas que, ao romper com a correlação ideológica unívoca entre sociedade civil e esfera privada, entendida como economia, e o Estado entendido como esfera pública, credita a esta nova ordem uma esfera privada no sistema (economia) e uma esfera pública não-estatal, constituída pelos movimentos sociais, ONGs, associações de cidadania, etc.

Assim, os conceitos de público e privado não se aplicam mais automaticamente a Estado e sociedade civil, respectivamente. É possível dizer hoje que existem também as esferas do estatal-privado e do incipiente social-público.

Na esfera estatal-privada estão as empresas e corporações estatais que, embora formalmente públicas,

encontram sua lógica na defesa de interesses particulares, econômicos ou setoriais, comportando-se na prática como organizações de mercado. Já na esfera social-pública, ainda emergente, encontram-se os movimentos e instituições que, embora formalmente privados, perseguem objetivos sociais, articulando na prática a construção de um espaço público não-estatal.

Segundo Alberto Melucci, a existência de espaços públicos independentes das instituições do governo, do sistema partidário e das estruturas do Estado é condição necessária da democracia contemporânea.

A construção dessa esfera social-pública enquanto participação social e política dos cidadãos passa pela existência de entidades e movimentos não-governamentais, não-mercantis, não-corporativos e não-partidários. Tais entidades e movimentos são privados por sua origem, mas públicos por sua finalidade. Eles promovem a articulação entre esfera pública e âmbito privado como nova forma de representação, buscando alternativas de desenvolvimento democrático para a sociedade.

É importante assinalar que a abrangência da atuação do fenômeno da globalização implica necessariamente na inversão da relação tradicional de direitos dos governantes e deveres dos súditos, agora o indivíduo tem direitos, e o governo obriga-se a garanti-los. A concepção jusnaturalista dos direitos do homem consubstanciada na Declaração da Virgínia (1776) e na Declaração Francesa (1789) terminou por se incorporar, no século XX, ao artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 1948: "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos", e que serve de preâmbulo às constituições ditas democráticas do pós-guerra. Mas, como observa Hanna Arendt, os homens não nascem iguais, tornam-se iguais como membros de uma coletividade em virtude de uma decisão conjunta que

garante a todos direitos iguais. A igualdade não é um dado, é um construído, elaborado convencionalmente pela ação dos homens, enquanto cidadãos, na comunidade política.

De modo que, sendo o fenômeno da constitucionalidade uma experiência política das democracias liberais, não se compreende mais um projeto constitucional sob os moldes tradicionais desse tipo de ideologia, que propugna pela preservação de uma separação estanque entre instituições privadas e públicas e que confere unicamente ao Estado o privilégio de ordenar a sociedade civil.

O fenômeno da globalização arrasta consigo um novo ordenamento de mundo, no qual a sociedade reordenada por uma política de democracia descentralizada e participativa experimenta novos procedimentos de racionalidade que visam reconhecer e efetivar a emergência de novos atores sociais, cuja ação individual ou coletiva repercute na construção de uma pedagogia concreta dos valores éticos, designada como "ética da solidariedade", imbuída da sustentação do projeto de alteridade do sistema social.

É importante acrescentar que não é simplesmente pelo fato de conter um outro princípio de caráter social ou democrático que um texto constitucional se apresenta ético perante a sociedade, mas porque seus princípios são expostos num conjunto, vinculando sujeitos, consolidando uma "ética de responsabilidade solidária da humanidade", a qual trará efeitos nas atividades e conflitos humanos e será apta a conduzir à materialização de ideais sociais e democráticos.

Asseguradas a cidadania e a dignidade da pessoa humana, lançam-se as bases gerais para a igualdade entre os cidadãos, nas suas mais diversas atividades. Este nivelamento dos homens é ponto de partida de toda comunicação social que se desenrolará com base no ordenamento jurídico.

De maneira que o Direito não pode ser redutível à uma noção de lei. Quanto a isso alerta Eros Grau: "O direito, assim, é concebido estritamente como conjunto de normas sancionadas e cada norma que o integra retira a sua 'essência' da circunstância de ser sancionada. Do direito não cogitam os juristas – seu objeto de indagação é a norma jurídica que se caracteriza como jurídica porque juridicamente sancionada. A norma jurídica, assim, na instância jurídica, se transforma em fetiche, tal qual a mercadoria é fetichizada na instância econômica"¹⁴.

Dai a exigência de se considerar uma constituição, na categoria de norma fundamental, como um instrumento para compor fatos da realidade. A força de sua presença na sociedade e seu efeito modificador, organizador, mantenedor das relações sociais resultam do sentido e valor que os sujeitos em sua prática diária lhe atribuem. A má compreensão da norma jurídica fundamental a mero conceito lógico-hipotético, ou unicamente a um texto imperativo, levanta de forma aguda a questão sobre o modo apropriado da relação entre direito e realidade, exatamente no que diz respeito ao momento da concretização do direito.

O direito como texto é experimento, apresenta um potencial, delimita um campo de ação sobre o qual a sociedade se baseia para o estabelecimento de seus relacionamentos, na requisição de validade e prevalência de interesses. Ele surge como articulador social e as normas de organização coletiva estão na sua origem e na base moderna do contratualismo privado, que tributa sua concreção ao desenvolvimento da organização da sociedade.

Enfim, uma constituição possui uma dupla face, ao mesmo tempo em que é um mandamento impositivo é também uma afirmação de liberdades. Segundo Habermas,

14 GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e críticas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 24.

o valor social da norma jurídica – e aqui se coloca a norma jurídica fundamental – é determinado pelo grau de sua "impregnação na sociedade", ou seja, pela extensão de sua legitimidade.

2. O Conceito Jurídico e Sociológico de Cidadania

A cidadania na forma como hoje a conhecemos é um conceito da Modernidade. Nasceu sob os auspícios da racionalidade do contrato social, que teve em Locke, Rousseau e Montesquieu a sua fundamentação clássica. Legatária do Estado Moderno, a cidadania se converteu numa definição de pertença a um Estado, amparada por estatuto jurídico. Ser cidadão significa ter um status jurídico, ao qual se vinculam direitos e deveres particulares, cujo reconhecimento se dá ao nível de dependência das leis próprias de cada Estado, variando a sua tipologia em função da diversidade de organização estatal.

Porém, o problema da cidadania não se restringe a um problema de ordem jurídica ou constitucional. Sua validade cívica é muito mais definida em razão da questão do modo de como o indivíduo se insere em sua comunidade e de como se relaciona com o poder político do que em função de um mero atributo jurídico. Por isso, é que a cidadania provoca debates apaixonados, discussões conflituosas e polêmicas com alto teor de reivindicações políticas e sociais.

Atualmente, podemos referenciar duas concepções dominantes que veiculam determinada representação da cidadania:

- a) a primeira opõe a sociedade ao Estado; enfatiza a liberdade individual ou comunitária, rejeita a interferência do Estado, considerado um poder externo à sociedade e que pela força a ela se impõe.

- b) a segunda privilegia a tradição, a identidade cultural de um povo, a continuidade histórica da nação.

Para os defensores da primeira concepção, a sociedade é a "comunidade dos indivíduos ligados entre si por relações cotidianas de trabalho e de troca. (...) Sua estrutura específica é a organização do trabalho da comunidade, a rede das funções sociais"¹⁵.

No esteio desta concepção, o destaque é dado à valorização do homem e de suas relações na comunidade: relações de proximidade na mesma cidade ou no local de trabalho e a solidariedade da reciprocidade das funções sociais exercidas pelos indivíduos. O Estado é, deste modo, apreendido enquanto poder coercitivo, ideologicamente constituído, que se sobrepõe à sociedade, exercendo sobre ela um poder de organização e, em certos casos, de transformação.

A partir daí, duas posições teóricas podem ser consideradas para efeito de análise. A primeira consiste em representar o Estado como um aparelho a serviço das classes sociais dominantes. O exército, a polícia, a justiça, o sistema educacional têm, nessa perspectiva, a função de consolidar e de perpetuar o poder de tais classes, garantindo a esse poder um aspecto de legitimidade. O Estado, que em princípio é a encarnação do direito e o defensor do interesse geral, constitui de fato um instrumento a serviço de interesses particulares: essa é a concepção que se inspira nos trabalhos de Marx. A segunda concepção consiste em considerar o Estado como instrumento de 'regulação do social'. Em princípio, a sociedade é capaz de organizar-se sozinha de modo satisfatório, sem que um poder externo tenha de interferir continuamente. O equi-

librio das relações sociais deveria resultar da liberdade total da atividade, juntamente com a consciência clara que cada um tem do próprio interesse. O princípio da concorrência, por exemplo, indica que a liberdade de troca, assim como a situação de competição na qual os produtores têm consciência de estar, deve estabilizar os preços no nível mais baixo possível. O Estado deve simplesmente fixar as 'regras do jogo', isto é, garantir, por meio da legislação, a propriedade e a concorrência. Essa é a concepção do liberalismo¹⁶.

Entretanto, apesar dessas duas posições teóricas inspirarem projetos políticos antagônicos entre si, conservam uma certa simetria na hierarquia de suas concepções. Em ambas, o Estado aparece como um instrumento ideológico visivelmente aglutinador, propenso a interferir no jogo espontâneo das relações sociais. O esquema abaixo apresenta alguns pontos desta simetria:

- a) O Estado na visão Marxista
b) O Estado na visão Liberal

- É um aparelho opressivo e repressivo de regulação do social.
- Uma sociedade livre seria uma sociedade sem Estado.
- É um poder que divide a sociedade em luta de classes.
- Serve à exploração de uns pelos outros e garante legitimidade à dominação.
- É um mal provisório.
- É um instrumento garantidor da dominação das elites.
- Uma sociedade livre seria uma sociedade de mínima intervenção estatal.

15 CANIVEZ, Patrícia. *Educar o Cidadão?* Campinas/SP, Papyrus, 1991, p. 16.

16 *Idem. Ibidem.*

- É um poder inibidor da organização social e espontânea da liberdade.
- Cria obstáculos à produtividade dos indivíduos.
- É um mal necessário.

O importante a assinalar é que essas duas tendências reservam um lugar comum para os valores que caracterizam a sociedade moderna enquanto tal, ou seja, o progresso técnico-científico e a produtividade do mercado concentrada no trabalho e na eficácia. Por isso, o princípio valorativo que norteia a atribuição do status fundamental de cidadania ao indivíduo repousa sobre as categorias de trabalhador, produtor e consumidor. Fora destes atributos, não há cidadania. Pois, o reconhecimento de cidadão que o Estado faz do indivíduo, na sociedade de mercado e de consumo, passa necessariamente pelo exercício do papel de trabalhador, de produtor e de consumidor.

Nessa perspectiva, quando se define o Estado em oposição à sociedade, a noção de cidadania sofre uma enorme restrição, torna-se uma noção marginal, pois não confere ao indivíduo nenhum valor ou dignidade suplementar. Apenas declara uma condição factual: os indivíduos herdaram sua cidadania por nascerem em um território politicamente organizado. Essa nacionalidade compulsória, ou seja, originária da normatização legal, confere direitos e deveres específicos ao indivíduo, geralmente declarados em uma carta constitucional, mas de pouca eficácia no âmbito da vida cotidiana. Daí, as representações sociais da cidadania serem sempre identificadas pelo vínculo que ela necessariamente traduz ao nível da rede de produção e de trocas.

No esteio da segunda concepção, a cidadania aparece atrelada à idéia de uma herança de tradições fundamentais, cuja identidade repousa na unidade nacional. Em tais condições, não se é cidadão pela qualidade de

trabalhador, mas sim pela adesão à determinada cultura, compreendida ao mesmo tempo como modo de viver e modo de pensar. Quanto ao Estado, deve defender essa identidade, isto é, a independência e a continuidade da comunidade¹⁷.

É preciso também esclarecer que esta concepção se refere apenas a um aspecto essencial do Estado. De certa forma, ela contém uma dificuldade concreta: o problema da unicidade dessa cultura e da definição real de sua identidade. O fato é que dentro de uma mesma nação, os indivíduos têm costumes e hábitos culturalmente diversos, com graus variados de significados. Por conseguinte, a comunidade política aparece culturalmente diversificada, reunindo indivíduos com formas diferentes de pensar, sentir e agir. Do que se depreende ao menos um fato: toda comunidade política é essencialmente plural.

Ora, é precisamente por ser plural que toda comunidade política é legatária da história. Reúne indivíduos que se congregam pelo poder instituído, cujo exercício se dá na forma da tirania, monarquia ou república. O exemplo mais típico "é o da tirania na Grécia antiga. São os tiranos que põem fim ao poder das grandes famílias aristocráticas, impondo-se a todos pela violência. Eles realizam assim uma igualdade relativa – de modo perfeitamente negativo. Depois da queda dos tiranos, instala-se uma ordem legal que substitui o poder de um só senhor pela autoridade de um princípio impessoal, que é a lei comum a todos: foi, em Atenas, a obra de Clístenes (508-507 A. C.) que efetua a isonomia, a igualdade jurídica dos cidadãos. Foi então que nasceu o Estado em sentido estrito, o Estado sendo a forma que a lei oferece à comunidade política, isto é, as instituições que a organizam e lhe dão feição. Portanto, é em definitivo a lei, e em particular a Constituição e os

¹⁷ *Ibidem*, p. 18.

valores que nela se expressam, que define o terreno absolutamente comum aos diferentes componentes da comunidade"¹⁸.

Em todo caso, essas duas concepções acerca da cidadania consideram o Estado, sobretudo o Estado moderno, de um ponto de vista estritamente particular. Por um lado, o Estado se opõe à sociedade, nega o caráter espontâneo de organização desta, e se define em função da racionalidade mercantil caracterizada pela idéia de progresso, de modos de produção e de troca. Por outro, enfatiza a tradição e a história, traços fundamentais da comunidade política que o Estado tem obrigação de defender e manter. No primeiro caso, o cidadão é reconhecido em decorrência de ser trabalhador, produtor e consumidor. No segundo, o cidadão é aquele que se integra à comunidade e retoma como padrão político de sociabilidade a história e os valores culturais tradicionais da comunidade em si.

Contudo, há quem afirme que o locus fundamental da cidadania é a democracia moderna. Mas, tudo leva a crer que a democracia tal como a conhecemos no Ocidente tem se vinculado a uma dupla orientação ordenativa: de um lado, designa um modo de governo, cuja realidade política se acha ordenada em torno de uma estrutura jurídica e constitucional fortemente determinada pela racionalidade utilitária do mercado, cujas contradições deságuam no conflito entre classes sociais. De outro lado, designa um Estado ideal formado por indivíduos supostamente virtuosos, congregados em torno da figura de uma comunidade, cuja participação na solução dos próprios problemas constitui a base fundamental de sua cidadania.

Mesmo assim, permanece a dificuldade em definir a democracia moderna, pois a sua definição parece escapar

18. Idem. *Ibidem*, p. 20.

às classificações comuns da filosofia política. Na tradição clássica, por exemplo, se faz uma distinção nítida entre república e democracia. Aristóteles, em sua Política¹⁹, chega a definir a República como o Estado administrado pelo conjunto dos cidadãos, mas visando ao interesse comum, no qual se inclui o interesse da minoria. Quanto à Democracia, é o Estado governado pelo povo no interesse dos pobres. Rousseau, por sua vez, define a república como o Estado constituído pelo contrato social, o que significa a prevalência da igualdade civil e política, bem como da soberania popular. Na República, o povo exerce o poder fundamental – o legislativo – e cada cidadão contribui para a expressão da vontade geral. Na democracia, porém, predomina a forma de governo. Nela o Estado é governado pela maioria do povo, que exerce o poder executivo, mas isso sempre no respeito à legislação adotada por todos²⁰.

Como se pode ver, trata-se de um termo realmente polêmico, que enseja dificuldades no plano concreto de sua aplicação. É tanto que “consideramos democracias Estados que são monarquias (como a Espanha ou a Inglaterra), ao passo que, nas democracias em geral, todo mundo sabe que o poder pertence ao que se costuma chamar de *classe política*, que se recruta por meio de canais bem definidos: carreira feita num partido ou na administração pública, em universidades de prestígio etc. De modo que as democracias modernas são de fato *aristocracias*, se considerarmos que são governadas pela elite dos cidadãos mais competentes; ou então *oligarquias*, se forem dirigidas pela minoria dos mais abastados, ou pela dos ‘decisores’ oriundos do mundo dos negócios”²¹. Essa realidade política enseja por parte de Maurice Duverger o

19. ARISTÓTELES. *Politique*. Paris: Vrin, 1982. p. 198 ss.

20. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1990, pp. 71-82.

21. CANIVEZ, Patrice. *Op. cit.*, p. 24.

conceito de "tecnodemocracia" aplicado às democracias ocidentais contemporâneas fortemente controladas por uma oligarquia econômica. De modo que, fica cada vez mais confusa a noção de cidadania quando relacionada ao uso polêmico do termo democracia e quando vinculada à questão da pertença a um Estado.

Entretanto, se quisermos dar sentido à palavra cidadania no âmbito de um regime democrático, convém levar em conta a questão básica: o modo de como o indivíduo se relaciona com o poder político e de como se insere em sua comunidade. No que se refere ao primeiro aspecto, as democracias contemporâneas têm primado pela idéia do Estado constitucional, isto é, o Estado fundado numa Constituição. Neste tipo de regime democrático, a Constituição além de definir as regras do exercício do poder centrado na autonomia e continuidade da interdependência entre os poderes judiciário, executivo e legislativo, no estilo da definição proposta por Montesquieu, confere um status fundamental ao cidadão em referência a essa interdependência dos poderes. Para tanto, o cidadão "pode recorrer legalmente, diante dos tribunais, das decisões arbitrárias do governo e da administração. A independência dos tribunais significa que o governo, em caso de conflito com um cidadão, não é ao mesmo tempo juiz e parte. O tribunal pode obrigar o Estado – impropriamente confundido, neste uso do termo, com a máquina administrativa – a reconhecer seu eventual erro e repará-lo. Além disso, o concurso dos cidadãos é obrigatório para a atividade legislativa, seja diretamente (no caso do plebiscito) seja indiretamente (quando se elege uma representação nacional). Tais condições garantem ao indivíduo a proteção contra a arbitrariedade do poder. Em outros termos, garantem-lhe o gozo das liberdades fundamentais"²².

22 Idem. *Ibidem*, p. 26.

A matriz ideológica desta argumentação repousa sobremaneira no primado de uma autoridade legal, cuja legitimidade resulta de uma consciente obediência às leis por parte dos cidadãos. Essa legitimidade, entretanto, pode ser fundamentada de duas maneiras. A primeira corresponde ao que se pode chamar de concepção consumista da cidadania. O cidadão é uma espécie de consumidor e o Estado um prestador de serviços. O indivíduo goza de certos direitos porque cumpre certos deveres. A obediência às regras coletivas tem em contrapartida os serviços prestados ao indivíduo pela comunidade, e o indivíduo 'compra' assim um certo número de direitos ao se conformar com os deveres. O defeito dessa teoria, cujas fórmulas voltam sempre nos debates sobre a cidadania, é porém evidente. De fato, se a relação direito-deveres é comparável a um mercado concluído entre o Estado e o indivíduo, nada implica que esse mercado seja concluído entre o Estado e todos os indivíduos. Os direitos de que eu gozo podem ser privilégios, a partir do momento em que eu pago o seu preço. Logo, de acordo com essa concepção, seria possível criar várias categorias de cidadãos, com direitos e deveres desiguais²³.

Com relação ao segundo aspecto, ou seja, o modo de como o indivíduo se insere em sua comunidade, o argumento ideológico é de que o indivíduo goza da prerrogativa do exercício da ação política. O Estado constitucional, ao garantir certos direitos ao indivíduo, assegura-lhe, de um lado, o gozo de uma vida pessoal privada marcada pelo trabalho e, de outro, uma vida politicamente ativa, podendo votar e ser votado e participar nos assuntos públicos.

Essa formulação de cidadania tem sido a lógica da relação do indivíduo com o poder político nas democracias

23 Idem. *Ibidem*, p. 27.

ocidentais, o que vem corroborar aquela condição de "cidadania marginal" analisada anteriormente, visto ser o gozo dos privilégios que distingue um cidadão dos outros.

Essa lógica formal de igualdade praticada pela democracia contemporânea camufla, na verdade, uma máscara social. Pois, os privilégios de uns em detrimento de outros depõem contra a própria democracia. Os argumentos podem ser facilmente rebatidos na medida em que se constata que a maior parte dos cidadãos tem uma vida politicamente passiva, em que os indivíduos não somente são privados de qualquer influência política mas também de qualquer influência no destino da comunidade.

Essa é exatamente a questão colocada por Aristóteles em sua *Política*. Para ser cidadão, diz ele, "não basta habitar o território e poder pleitear seu direito diante dos tribunais. (...) O cidadão autêntico (em oposição às mulheres, às crianças e aos que são atingidos por atimia – degradação cívica total ou parcial por faltas graves) é quem exerce uma *função pública*: que ele governe, ou que tenha função no tribunal, ou que participe das assembleias do povo. A cidadania é, pois, a participação ativa nos assuntos da Cidade. É o fato de não ser meramente governado, mas também governante. Nesse sentido, a liberdade não consiste apenas em gozar de certos direitos; consiste essencialmente no fato de ser, como diz Hannah Arendt, 'co-participante no governo'"²⁴.

Por isso, é que se pode afirmar que, devido à impossibilidade de concretizar o que declara, a democracia contemporânea é, essencialmente, uma aristocracia, pois o princípio de eleições implica a escolha, a seleção daqueles que detém o controle do poder econômico – considerados os melhores – para exercer uma participação ativa nos assuntos públicos.

24 Idem *Ibidem*, p. 30.

Essa racionalidade extremamente utilitária da democracia contemporânea é incapaz de gerar uma concepção fecunda de cidadania. Nela, o cidadão é apenas um termo, uma palavra, um sinônimo, um discurso, uma metáfora jurídica.

É evidente que quando o Estado é o único a elaborar o projeto político, a democracia sofre uma forte restrição de legitimidade e a consequência é a imposição de uma gestão autocrática e perniciososa ao surgimento de uma cidadania efetiva. Quanto mais houver a participação da discussão coletiva acerca dos problemas em sua complexidade e em função do interesse geral, mais se aperfeiçoa a sensibilidade política e a cidadania emerge como uma condição natural de valorização de diferentes projetos possíveis, capazes de dar conta da organização global da sociedade.

Por isso, o "exercício do juízo político supõe evidentemente um mínimo de conhecimentos. Primeiro, exige um conhecimento do conjunto das instituições, de sua estrutura e funcionamento. É preciso que o cidadão saiba o que é um Parlamento, um governo, quais são os mecanismos eleitorais, como funciona um Partido, etc. (...) Além dessas evidências, é indispensável perceber o vínculo entre essa cultura e o sentimento de pertencer ao Estado. Porque esse sentimento está ligado à capacidade de chegar à compreensão dos problemas tais como se apresentam a quem governa. É a aptidão para imaginar as dificuldades de toda a comunidade e para encontrar as possíveis soluções que permitam ao indivíduo sair do círculo estreito de seus interesses categoriais ou privados, a fim de chegar a um ponto de vista propriamente político"²⁵.

Isso significa que pensar uma cidadania ativa exige o desenvolvimento de uma pedagogia do "sentimento

25 Idem. *Ibidem*, pp. 118-119.

nacional e cívico ligada ao planejamento do espaço e do tempo, aos hábitos e às impregnações que nascem do convívio regular dos lugares”, onde os homens desempenham um papel inegável na formação do sentido de comunidade.

Nesse locus público, a cidadania se efetiva na medida em que Estado e Sociedade permitem e ensinam ao indivíduo:

- a) a enfatizar a condição de trabalhador, produtor e consumidor no processo de integração à comunidade;
- b) a desenvolver a compreensão ética do exercício da liberdade e da democracia,
- c) a organizar-se em grupos, associações políticas, etc.;
- d) a engajar-se no processo de construção de uma identidade local como forma de participar do seu próprio destino e da história dos outros,
- e) a exercitar a cidadania como um “modus vivendi” cotidiano;
- f) a recorrer sempre à discussão pública como meio de resolver os conflitos, chegando a decisões comuns;
- g) a recorrer legalmente aos tribunais, a fim de que o seu direito declarado possa ser respeitado e alcançado.

É nesse contexto que começa para o indivíduo – enquanto cidadão – a aptidão de uma existência fecunda e produtiva, integrada no drama do convívio dos homens, onde a atividade do espírito inclui o clima da solidariedade, da tolerância, do respeito, da liberdade e da justiça, como valores que engendram a “*praxis*” humana com seu sentido vivencial e histórico, num movimento vital e

contínuo para efetuar a síntese do tempo. E, assim, a cidadania, como um processo histórico, surge da vontade deliberada dos homens quando juntos se propõem a realizar uma comunidade de destinos.

3. O Pluralismo Jurídico e a Ética da Alteridade

Contrariamente à tendência de concentração e unificação do poder, própria da formulação teórica e doutrinária do monismo estatal moderno, o pluralismo é concebido na linguagem política como a “concepção que propõe como modelo a sociedade composta de vários grupos ou centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais é atribuída a função de limitar, controlar e contrastar, até o ponto de o eliminar, o centro do poder dominante, historicamente identificado com o Estado”²⁶.

Avançando na localização histórica do conceito, o pluralismo enquanto possibilidade “sociológica” e “política” tem suas origens mais precisamente na doutrina dos “corpos intermédios” de Montesquieu, tratada em sua obra *L'Esprit des Lois*, destinados a mediar e a resolver a antítese entre o indivíduo e o Estado na medida em que faz apelo às associações livres de mediação política – exaltadas por Tocqueville –, “consideradas como as únicas capazes de tornar o cidadão apto a se defender de uma maioria soberana e onipotente”²⁷.

A afirmação do pluralismo se faz na medida em que rejeita toda forma de posição individualista da sociedade e do Estado, a qual tende a marginalizar as formações sociais que surgem no espaço intermediário entre este e aquela. No dizer de Bobbio, “a luta que o Pluralismo trava tem sempre duas frentes: uma contra a concentração de

26 BOBBIO, Norberto e all. *Pluralismo*, in: *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1991, p. 928.

27 MATTEUCCI, Nicola. *Soberania*, in: BOBBIO, Norberto e all. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1991, p. 1.186.

todo o poder no Estado, outra contra o atomismo. É uma luta travada em nome da concepção de uma sociedade articulada em grupos de poder que se situem, ao mesmo tempo, abaixo do Estado e acima dos indivíduos, e como tais, constituam uma garantia do indivíduo contra o poder excessivo do Estado, por um lado, e, por outro, uma garantia do Estado contra a fragmentação individualista”²⁸. Há quem afirme, contudo, por exemplo, Robert Nisbet que o pluralismo social tem sua origem em Johannes Althusius, jurista e crítico da soberania absolutista estatal e defensor de um regime federalista de governo baseado “em comunidades naturais ou tradicionais, cada uma das quais, juntamente com os órgãos formais do governo político, participará do processo governamental. (...) Para Althusius, a soberania popular estava no povo considerado apenas em termos de suas comunidades e grupos reais, historicamente desenvolvidos, tradicionais. Esses grupos e comunidades – que iam desde a família até à vizinhança, à paróquia, à guilda ou desde a associação incorporada, sob qualquer forma, até à Igreja – seriam verdadeiras unidades da comunidade política”²⁹.

Para Georges Gurvitch, a identidade do princípio pluralista integra uma realidade nitidamente diferenciada em três dimensões: o pluralismo como “fato”, como “ideal” e como “técnico”. O pluralismo como ‘fato’ é observável em toda e qualquer sociedade. Toda sociedade envolve sempre ‘um microcosmo de agrupamentos particulares se limitando, se combatendo, se equilibrando, se combinando hierarquicamente num conjunto global e se permitindo as combinações mais variadas, condicionadas pelas situações históricas’. A matéria fundamental desse pluralismo de ‘fato’ é a vida social posta pela tensão e equilíbrio entre os diversos grupos. O pluralismo como ‘ideal’ compre-

28 BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 928.

29 Cf. NISBET, Robert. Os filósofos sociais. Brasília: UnB, 1982, p. 394.

ende, para Gurvitch, a liberdade humana coletiva e individual, definida através da harmonia recíproca entre os valores pessoais e os valores de grupo, sintetizada pela equivalência democrática de corpos sociais autônomos e pessoas livres. Trata-se, por demais, na integração fraterna e democrática, de valores intercalados entre a variedade e a unidade. Cabe, ao pluralismo ‘técnico’ enquanto método especial a serviço de um ideal, o esforço para implementar a liberdade humana e os valores democráticos, contribuir para o enfraquecimento do Estado e servir aos interesses gerais em seus múltiplos aspectos³⁰.

No todo, o que importa ressaltar é que o pluralismo propugna pela edificação de um espaço social mediador capaz de amortecer tanto a ingerência desmesurada da ação do Estado centralizador, quanto a ameaça de fragmentação atomizada do individualismo, enquanto dimensão de realização particular de cada um.

Em síntese, e de modo geral, pode-se atribuir ao pluralismo certos “princípios” valorativos básicos necessários à captação de sua natureza específica, tais como:

- a) **Autonomia** – Referindo-se “ao poder intrínseco que os movimentos coletivos ou associações profissionais, econômicas, religiosas, familiares e culturais possuem independentemente do poder governamental”³¹;
- b) **Descentralização** – Significando “o processo em que o exercício do poder político-administrativo se desloca de instituições formais unitárias para esferas locais e fragmentadas. (...) O mérito da descentralização está em reforçar os espaços de poder local e ampliar a ‘participação’ dos corpos intermediários”³²;

30 Apud WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit., p. 160.

31 Idem. Ibidem, pp. 160-161.

32 Idem. Ibidem, p. 161.

- c) **Participação** – Consistindo na integração do indivíduo à comunidade pela participação na discussão pública, como forma efetiva de solucionar problemas e conflitos;
- d) **Localismo** – Significando “que o poder local é o nível mais descentralizado do poder estatal, organizado e articulado por relações que mais diretamente são atravessadas pela sociedade e pelos interesses advindos das forças sociais”³³;
- e) **Diversidade** – Por estar na raiz da ordem pluralista, chancela difusão das diferenças, dos dissensos e dos confrontos. Admite a “diversidade de seres no mundo, realidades díspares, elementos ou fenômenos desiguais e corpos sociais semi-autônomos irredutíveis entre si”³⁴.
- f) **Tolerância** – Por estar associada a uma filosofia da liberdade e ao direito de autodeterminação de cada indivíduo, classe ou movimento social, implica na aceitação das diferenças de uma vida social materializada, da diversidade de crenças e do dissenso de manifestações coletivas, bem como centra sua atenção na motivação das necessidades concorrentes e na diversidade cultural dos agrupamentos humanos.

No que concerne mais propriamente ao pluralismo jurídico, enquanto fenômeno de superação da sociedade massificada, pode ser apreendido como uma forma plúrima de normatividade instada a emergir do desajuste institucional, da saturação do modelo de representação política e do esvaziamento do instrumental jurídico estatal das sociedades periféricas de massa.

É, sobretudo, na superação desse tipo de sociedade, dominada pela racionalidade formal e opressora da burguesia capitalista, que se vislumbra a adoção da criação de espaços políticos diversificados em que proliferam tanto a coexistência das diferenças quanto a multiplicidade de fontes informais e difusas de normatividade. Semelhante tendência não só propugna por uma nova opção na legitimidade de práticas legais cotidianas disseminadas por novos atores sociais, como expressa o reconhecimento de um pluralismo societário marcado pela ingerência de uma democracia participativa.

Percebe-se, assim, que o pluralismo jurídico pressupõe a existência de dois níveis de atuação:

- a) por um lado, a adequação de propostas “prático-teóricas”, no âmbito da cultura jurídica, que levem em conta as reais condições materiais e existenciais vividas pela globalidade da sociedade nacional;
- b) e de outro, a adoção de um processo de “autoregulação” concebido no contexto de uma nova racionalidade jurídica e ética que vise à reordenação da sociedade civil e a descentralização normativa do próprio poder estatal para a sociedade, de um aparato legal enrijecido para uma prática jurídica dinâmica, interativa, que privilegie os acordos, as negociações e as conciliações dos conflitos.

É, portanto, dessa dimensão interativa de um espaço societário participativo de caráter estritamente democrático, onde se presencia a minimização do poder legiferante formal do Estado e a priorização de uma produção normativa plúrima de conteúdo derivado gerada por instâncias organizadas no seio da vida social, que decorre

33. *Idem. Ibidem.*

34. *Idem. Ibidem*, p. 162.

a relevância da questão da "efetividade formal" do direito, consubstanciada na formulação de uma nova ordem de valores éticos. Essa alternatividade na busca de um novo universo axiológico conduz à descoberta de uma nova ética: a ética da alteridade, que rejeita os raciocínios ontológicos e os juízos a priori universais e se assenta numa premissa de cunho libertário, materializada como instrumento pedagógico de expressão dos "oprimidos" ansiosos por emancipação, autonomia, solidariedade e justiça.

4. A Justiça como Equidade

Não resta dúvida que a constatação do exaurimento da cultura jurídica e dos valores éticos projetados pela modernidade burguesa-capitalista testemunha um sucedâneo de crises de legitimidade normativa que circula nas esferas das instituições políticas, econômicas e jurídicas e atravessa o ethos valorativo das práticas cotidianas.

A evidência deste "mal-estar" na vida da sociedade contemporânea de massas "tem sua razão de ser na profunda perda de identidade cultural, na desumanização das relações sócio-políticas, no individualismo irracionalista e egóista, na ausência de padrões comunitários e democráticos, senão ainda na constante ameaça de destruição da humanidade e de seu meio ambiente. Essa situação gera uma das grandes dificuldades presentes, que é arquitetar as bases de um conjunto de valores éticos capazes de internalizar o 'eu' individual e o 'nós' enquanto comunidade real. No meio da crise de legitimidade normativa, vive-se a falta de consenso e o impasse face à diversidade de interpretação sobre o que seja 'virtude', 'bem-comum', 'vida boa' ou 'ação justa'³⁵.

Assim, para se compreender a dimensão da distribuição da justiça, faz-se necessário delimitar a abrangência

da norma jurídica, como fruto da aplicação do direito. Nesse sentido, Roscoe Pound assinala que há três teorias de aplicação da norma jurídica:

- a) "uma teoria analítica, que pressuporia um corpo de normas sem lacunas e antinomias, sujeito a uma interpretação mais aproximada da literal do que da histórica;
- b) Uma teoria chamada histórica, que considera o direito como código e este como "continuazione e lo sviluppo di un diritto preesistente" (continuação e desenvolvimento de um direito preexistente), ainda que a este processo se apresente a crítica do seu caráter puramente lógico;
- c) uma teoria da equidade, para a qual o essencial é 'una rationale ed equa soluzione delle singole controversie. Esse concepiscono il precetto giuridico, sai che trovi nella tradizione una guida che conduce el giudice verso il risultato giusto'³⁶.

Essa distinção proposta por Pound denota a dificuldade que se tem de estabelecer uma compreensão científica do Direito. Analisada do ponto de vista de um "fato social total", a norma jurídica deve ter alcance integral em sua concreção, tomando por referência a importância da experiência jurídica (encadeamento de norma e fato) e da individuação da aplicabilidade das normas, visando à dinâmica operacional do direito. É, nesse sentido, que Helmut Coing atribui à justiça um conteúdo humano, compensador, cuja atuação "abrange a noção de que seu exercício caracteriza-se como um amoldamento

³⁵ Apud LOPES, Mônica Sette. A Equidade e os Poderes do Juiz. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 30. (uma razoável e reta solução para cada uma das controvérsias. Esta compreensão do preceito jurídico, quer seja sua fonte encontrada numa lei, quer seja numa tradição, é um caminho que conduz o juiz ao resultado justo).

³⁵ Idem. *Ibidem*, p. 233.

da situação de fato em enquadramento conceitual, normativo, interpretado em seu nível mediador, adaptador, conformador. Nesse sentido, a idéia de equidade ganha relevo para a inteligência da expressão da técnica da justiça, que culmina na sentença, mormente se considerada a sua evolução no curso da história do Direito e da Ciência do Direito”³⁷.

A primeira idéia de equidade de maior interesse para o mundo Ocidental, vem dos gregos – Platão, Aristóteles, Anaximandro. Para Aristóteles, “o eqüitativo é o justo, superior a uma espécie de justiça – não à justiça absoluta, mas ao erro proveniente do caráter absoluto da disposição legal. E é essa a natureza do eqüitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão de sua universalidade”³⁸.

Na visão contemporânea, e ao nível do processo (avaliação de prova, interpretação de norma), a prática da equidade – como estratégia da efetividade racional – aponta para a reestruturação de uma atividade judicante capaz de contextualizar as práticas cotidianas de uma realidade fragmentada e rearticular permanentemente novas formas de conciliação entre a aplicabilidade formal da lei e a exigência de uma justiça efetivamente cidadã.

Na realidade, transcendendo o caráter de fonte do direito, a equidade é um procedimento de elaboração jurídica cuja utilidade não é a de formular novas normas, mas sim a de aplicar devidamente as normas existentes ao caso concreto particular, visando à distribuição prática de justiça. Assim, o magistrado, para julgar com equidade, deve estar imbuído do sentido do equânime, ou seja, proceder a uma interpretação da norma na abrangência que lhe permite a ordem jurídica no sentido de atender

aos fins sociais da lei. Nesta linha de raciocínio, não se trata mais de aplicar um direito imposto pelo legislador, mas da intencionalidade de estabelecer uma comunicação entre o direito e os valores considerados razoáveis pela sociedade.

Portanto, a justiça como equidade abre o espaço necessário para adequar melhor a norma jurídica à relação entre fato e valor e contribui fortemente para estabelecer uma eficácia real na solução das questões emergenciais da coletividade, vinculadas às reivindicações por justiça.

Admitir essa racionalidade do justo e do razoável na forma de aplicabilidade da norma jurídica é, em certo grau, aproximar mais efetivamente o aparato legal-estatal com o cotidiano dos cidadãos. É substituir procedimentos formais, com elevado nível de institucionalização, por práticas alternativas de juridicidade, com baixo nível de rigor institucional, e que certamente repercutirá no conseqüente alargamento de uma consciência societária normativa, operando na voluntariedade das necessidades básicas e no consenso das diferenças, sedimentando uma nova *praxis* política de administração da justiça.

Referências Bibliográficas

- ARISTÓTELES. *Polítique*. Paris: Vrin, 1982.
 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
 BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1991.
 CANIVEZ, Patrice. *Educar o Cidadão?* Campinas/SP, Papirus, 1991.
 COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. Curitiba: HDV, 1986.
 DELLA CUNHA, Djason B. *Sociologia do Direito: Temas e Perspectivas*. Natal: Ágape, 1997.
 FARIA, José Eduardo. *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*. Brasília: UnB, 1988.
 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

37 Idem. *Ibidem*, p. 41.

38 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, pp. 34-35.

- LOPES, Mônica Sette. *A Eqüidade e os Poderes do Juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- MATTEUCI, Nicola. "Soberania", in *Dicionário de Política*. (org) Norberto Bobbio et al. Brasília: UnB, 1991.
- NISBET, Robert. *Os filósofos Sociais*. Brasília: UnB, 1982.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.
- SKLAIR, Leslie. *Sociologia do Sistema Global*. Petrópolis: Vozes, 1995.
- VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1997.
- WARAT, Luiz Alberto. "El sentido comum teórico de los juristas", in *Contradogmáticas*, 1: 43-71. Florianópolis; 1981.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova Cultura no Direito*. São Paulo: ALFA-ÔMEGA, 1994.

DESFORÇO IN CONTINENTI – DESFORÇO IMEDIATO

Eison Zopellaro Machado
Juiz de Direito Titular da Comarca de Saloá/PE

"Art. 502 do Código Civil – O possuidor turbado ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo.

Parágrafo Único – Os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse".

De atualidade incontestável, a questão do Desforço, ante notícias quase que diárias de invasões de propriedades rurais e urbanas, nos desafia à sua melhor compreensão.

Sem pretender esgotar o assunto, que é de uma riqueza ímpar, registro algumas impressões.

Como institutos de auto-defesa (Art. 160, I do Código Civil), legitimam as ações daqueles possuidores que, na iminência ou atualidade de uma agressão injusta ao seu direito subjetivo patrimonial, lançam-se à reação imediata, usando dos meios proporcionais aos empregados na agressão. Nada mais são que a defesa da posse pelo próprio possuidor, sempre que não puder obter a intervenção tempestiva da autoridade policial ou judiciária.

São meios diretos de proteção concedida pelo legislador ao possuidor, para que este se oponha ao violador, ainda que recorrendo à violência, desde que a oposição seja tempestiva e proporcional à agressão.

Algumas considerações preliminares se fazem necessárias.

A Lei não conceitua POSSE, no entanto, o exame do disposto no Art. 485 do Código Civil levou alguns civilistas a conceituá-la:

- “Exercício de fato dos poderes constitutivos do domínio, ou propriedade, ou de algum deles somente” (Clóvis Beviláquia);
- “Situação fática em que uma pessoa, independentemente de ser ou de não ser proprietária, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a”. (Caio Mário da Silva Pereira);
- “A posse existe com a intenção de dono, mas também pode existir sem ela e até com o reconhecimento de outro dono, e bem assim com o poder físico de dispor da coisa, como sem ele; e se em geral sua defesa é exercida contra as agressões de terceiros, não raro o é contra as do dono, reconhecido como tal pelo próprio possuidor”. (Tito Fulgêncio).

Possuidor, portanto, é aquele que detém de fato o exercício de algum dos poderes do domínio. Não é possuidor aquele que detém a coisa em situação de dependência ou comando de outrem, somente a conservando em nome do verdadeiro possuidor ou em cumprimento a ordens suas, bem como o simples detentor que ocupa a coisa por permissão do verdadeiro possuidor.

Turbação é o ato agressor que molesta o exercício da posse sem eliminá-la totalmente. É a agressão que embarça, atrapalha o exercício da posse, injustamente.

Esubulho é a injustiça e total privação da posse, sofrida por alguém que a vinha exercendo. Tal agressão pode decorrer de violência, ato clandestino, abuso de confiança e, até, de constrangimento suportado pelo possuidor.

Ameaça é a situação anterior à ocorrência da turbação ou esbulho, situação esta que, por suas características (iminência e razão séria), leva à conclusão que a agressão à posse irá provavelmente ocorrer.

Em caso de Turbação, o possuidor pode reagir, desde que a reação seja *in continenti*, contra o ato agressivo real e atual, lançando mão de meios estritamente necessários à sua manutenção na posse da coisa, e se a intervenção estatal for revelar-se tardia ou manifestar-se inoportuna a sua invocação.

Em caso de Esubulho, o possuidor poderá restituir-se da coisa por sua própria força, desde que a reação seja imediata, o que não quer dizer instantânea.

Entretanto, ordinariamente, diante da agressão, busca o possuidor proteção nos órgãos jurisdicionais, servindo-se das Ações de Manutenção e Reintegração de Posse, conforme haja sido turbado ou esbulhado, respectivamente, ou, ainda, do Interdito Proibitório, quando pretende ser mantido na posse que detém e assegurar-se contra uma agressão apenas ameaçada, pedindo cominação de pena pecuniária para o caso de efetivamente vir a ocorrer o atentado. Registre-se, por oportuno, que dado o caráter de fungibilidade de que são revestidas as ações possessórias, estas devem ter regular seguimento, a ser determinado pelo Juiz em despacho fundamentado, mesmo se o autor ajuizar uma ação por outra, desde que se possa deduzir do petítório que providência requer.

Vale notar que o Juiz, presentes provas cabais e tratando-se de “força nova espoliativa” (ação intentada dentro de ano e dia, contados da agressão), poderá conceder a Liminar de Manutenção ou de Reintegração, quer

inaudita altera pars, quer após audiência de justificação. O rito ordinário há que ser observado após a resposta do réu e quando tratar-se de "força velha", devendo o possuidor ser mantido na posse que detém até ulterior decisão.

Observe-se que terá preferência na obtenção da Liminar aquele possuidor que demonstrar ter a melhor posse, assim e nesta ordem considerada:

- 1) a que se fundar em título justo;
- 2) a mais antiga, na falta do título; e
- 3) a atual, isto é, a daquele que a detiver no momento da propositura da ação.

É bom lembrar que, se ainda, restar duvidosa a melhor posse, deverá o Juiz seqüestrar a coisa, nomeando-lhe depositário, até a solução do litígio.

Com o instituto da Tutela Antecipada, recentemente inserido no nosso mundo jurídico, há a possibilidade de antecipar-se, total ou parcialmente, os efeitos executivo e mandamental nas Ações de Manutenção ou de Reintegração, respectivamente, quando há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou quando o dano está sendo, ou já foi produzido, para inibir a atividade prejudicial, para impedir a repetição do ato agressor ou para evitar o seu agravamento, antes da ouvida do réu, após sua resposta e, até, encerrada a instrução, estando o processo apto a ser sentenciado, e, ainda, em sedê de recursos.

No entanto, a intervenção da autoridade, quer policial (observações adiante), quer judiciária, por vários fatores, principalmente o da surpresa, que caracteriza as atuais invasões, pode mostrar-se intempestiva, ineficaz, num primeiro momento, a cobrir o ato agressor. Por isso mesmo, veio o artigo em comento socorrer o detentor da posse, autorizando-o a exercer a auto-defesa do direito violado, ou em perigo de sê-lo, desde que observe requisitos essenciais, a saber:

- a) injustiça da agressão;
- b) iminência ou atualidade da agressão;
- c) tempestividade da reação; e
- d) emprego de meios moderados, proporcionais à agressão.

A agressão injusta não é necessariamente a violenta.

"Injusto" induz a *non iure*, isto é, não autorizado pelo ordenamento jurídico.

Ora, o direito à propriedade e posse é consagrado pela Constituição Republicana e disciplinado por Lei, com as ressalvas pertinentes. No Estado de Direito, não se justifica a invasão, com a conseqüente turbação ou esbulho, de terras alheias, até porque não é modo de aquisição de propriedade, nem a posse violenta ou clandestina pode ser considerada posse justa. As justificativas aventadas devem ser discutidas no âmbito das políticas sociais, frente ao Executivo, que as deve implementar, ou via Congresso, que as deve disciplinar, por atividade legiferante, nunca à força ou clandestinamente, pois o ordenamento legal vigente não dá guarida a este tipo de comportamento.

Assim é que toda invasão a imóvel rural ou urbano, por indivíduo ou grupo de indivíduos, de que resulte turbação ou esbulho, há que ser considerada injusta, resultando, logo, que é lícito o desforço sempre que o agressor não puder, de modo algum, ter sua atitude considerada conforme o direito vigente.

A agressão, para autorizar o desforço, além de ser injusta, há que ser atual ou iminente. A primeira, é cediço, é a presente, a que está acontecendo, é a invasão propriamente dita, *verbis gratia* arranque ou não das cercas e/ou porteiras, ou o arrombamento de portões que dão acesso à área comum do edifício urbano. A segunda é a que está prestes a acontecer, como os acampamentos e reuniões às margens das divisas das propriedades, munidos os agres-

sores de todo tipo de utensílios e ferramentas, estando patente que já se desencadearam os atos preparatórios (a mídia já tem noticiado com antecedência razoável, qual ou quais imóveis estão "na mira" dos movimentos de invasores).

Quanto à atualidade da reação, ou melhor, quanto à sua tempestividade, é de se considerar que a agressão injusta não dê tempo ao possuidor de socorrer-se à autoridade. Não quer dizer com isso que o "contanto que o faça logo" significa reação instantânea. Nada disso! Significa, no entendimento já pacificado, "um breve intervalo", suficiente a permitir ao agredido reunir os meios necessários à reação, quer em pessoal, quer em material. O advérbio "logo", aqui, deve ser entendido de forma a conceder ao possuidor tempo suficiente para buscar auxílio, bem como se se encontrar ausente, retornando, encontrar o agressor e repeli-lo por sua própria força.

Cumpra ao julgador, em última análise, examinar as circunstâncias de cada caso, decidindo se houve um desforço legítimo, exercido tão logo possível, ou se houve um desforço ilegítimo por traduzir, na verdade, exercício de justiça privada, o que, como se tem noticiado, infelizmente, tem prevalecido, com a desnecessária perda de vidas de alguns camponeses.

O parágrafo único do artigo exige, como condição a legitimar a defesa, que os atos de repulsa "não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse". É a dita "proporcionalidade da reação".

A aferição dos meios utilizados na repulsa, confrontados com os meios empregados pelo invasor, dar-nos-á a resposta sobre a proporcionalidade. Aqueles devem ser de intensidade igual a estes.

Se, na invasão, utiliza-se de violência, o possuidor pode reagir com violência para impedi-la ou para retomar o imóvel invadido. Se há um número considerável de in-

vasores, pode o possuidor reunir um número considerável de pessoas para opor resistência (familiares, amigos ou serviçais). Se a invasão se der com um número elevado de agressores, brandindo ao alto armas de fogo, brancas e, até, ferramentas típicas do campo (quando empregados fora da utilização para a qual foram criadas, devem ser consideradas armas), nada obsta a que o possuidor lance mão dos mesmos meios para exercer a autotutela legal.

O importante, como se vê, é a proporcionalidade, aferida pelo confronto entre os meios e modos empregados na agressão com os meios e modos utilizados para rechaçá-la.

Recentemente, por imagens, noticiou-se a invasão de determinado imóvel rural, no sul do país, com emprego de tratores. Neste caso, poderia o possuidor lançar mão de suas máquinas e iniciar, por assim dizer, uma verdadeira "guerra de titãs", para rechaçar a agressão, embora com conseqüências imagináveis.

Nesta linha de raciocínio, algumas indagações são inevitáveis:

- 1) Ao possuidor é exigido que esteja à frente da resistência? Pode ele contratar guardas profissionais e/ou particulares para a vigilância e para proceder ao desforço?
- 2) Em se tratando de crime previsto no Art. 161 do Código Penal, estaria o possuidor obrigado, antes do desforço, a exigir a intervenção da autoridade policial?
- 3) Quais os limites do emprego de armas de fogo?

O ilustre civilista Washington de Barros Monteiro argumenta que, sendo o desforço "ato indelegável", o possuidor há que se colocar à frente da reação, agindo

com suas próprias forças, embora possa ser auxiliado por parentes, amigos ou serviçais.

Como a lei há que ser interpretada de acordo com as peculiaridades de cada caso, sem asfixia ao formalismo, outros não menos importantes estudiosos, *verbis gratia* Prof. Silvio Rodrigues, entendem que, diante da realidade atual das relações sociais, não se pode exigir a presença do possuidor à frente dos trabalhos de desforço. Cita a pessoa jurídica, com seus sócios e diretores e vários estabelecimentos, atentando para a exploração das grandes fazendas, e os guardas de valores (de bancos, empresas e residências), todos, na verdade, atuando como prepostos na defesa dos direitos dos verdadeiros possuidores.

Assim, parece, ante tais argumentos, que ao possuidor é lícito contratar guardas particulares ou firmas especializadas para manterem a vigilância e atuarem no rechaço de eventuais agressões à posse.

Segundo a figura típica do Art. 161, § 1º, II, do Código Penal, basta que a invasão se dê com violência ou grave ameaça à pessoa, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, sempre com o fim de esbulho (a lei penal não tutela a turbação), isto é, com o objetivo de excluir o sujeito passivo do exercício da posse, para que a Ação Penal seja incondicionada ("A figura típica exige que o sujeito realize a conduta com um fim determinado: o de excluir o sujeito passivo do exercício da posse, submetendo o imóvel à sua disponibilidade"¹).

Induvidosamente, está a autoridade policial obrigada a agir de ofício, instaurando o competente inquérito ("O crime atinge a consumação com a conduta de invadir. É admissível a tentativa, desde que o sujeito não consiga entrar no terreno ou edifício alheio por circunstâncias alheias à sua vontade"²). Sua intervenção, no entanto, só seria imaginável, no âmbito do assunto em comento, como for-

1 C.P. Anotado - Damásio E. de Jesus, Saraiva, 2ª Ed., 1991.

2 Damásio E. de Jesus - Direito Penal, 2º vol., 10ª Ed., Saraiva.

ma de coibir a agressão, presidindo um A.P.F., que exige formalidades imprescindíveis - se é que se pode imaginar a autoridade dando voz de prisão e organizando a papela-da diante de uma turba de dezenas e até centenas de invasores. Restar-lhe-ia, face à impossibilidade de reunir meios em homens e material, consumado o crime, iniciar o Inquérito Policial por Portaria.

Registre-se que, em não havendo lesões resultantes da violência, ou sendo estas de natureza leve (v. Art. 161, § 2º, do C.P.), ocorrido o esbulho, o procedimento a ser adotado é o da Lei 9099/95, já que as penas máximas cominadas a estes delitos não são superiores a um ano e cada crime há que ser considerado isoladamente, para efeito de composição, transação penal e, oferecida a Denúncia, suspensão condicional do processo³. Depreende-se, portanto, que a autoridade, neste caso, limitar-se-ia à confecção do Termo Circunstanciado de Ocorrência.

Diante da situação fática - o que se pode inferir das invasões fartamente noticiadas, é incontestante, torna-se inviável o socorro das autoridades, no sentido de evitar-se o esbulho, quer pela impotência em meios, quer pelos exigidos procedimentos na tramitação do Inquérito Policial, do T.C.O. e das Possessórias.

Note-se que o Art. 502 do Código Civil atribui ao possuidor o poder de "manter-se ou restituir-se, por sua própria força", contanto que o faça obedecendo aos requisitos já elencados. Sua interpretação cabal é no sentido de que ao possuidor, não podendo contar com o oportuno socorro da autoridade, ante a iminência ou atualidade da agressão, não se exige dar conhecimento àquela de que vai proceder a um desforço para rechaçar invasão ou desalojar invasores, pois estará ele no exercício legal de um direito, podendo, portanto, agir por sua própria autoridade.

3 V. "A Suspensão Condicional do Processo" - Doorgal G.B. de Andrade - Del Rey, 2ª ed., 1996.

O desforço pode chegar ao emprego de armas de fogo, pois, como já dito, a reação há que ser proporcional à agressão. Contra um número substancial de invasores, brandindo armas e/ou ferramentas, em situação de iminente ou atual agressão à pessoa do possuidor ou seus prepostos, com o fim de turbar ou esbulhar, é de se lhes autorizar o emprego de armas no rechaço.

A Lei permite que o titular do direito violado se oponha ao agressor, ainda que recorrendo à violência, desde que esta seja, volto a lembrar, proporcional à agressão, não podendo ir além do indispensável à manutenção ou restituição da coisa, sob pena de incidir a conduta do possuidor em excesso, com reflexos negativos inevitáveis em eventual processo cível ou criminal. Se, para obter eficácia no exercício de tal direito, houver necessidade de recorrer-se à violência, inclusive com emprego de arma de fogo, tal procedimento será lícito, pois sem ele não se tutelaria a auto-defesa.

NO ENTANTO, COMO O EMPREGO DE ARMAS DE FOGO É SOLUÇÃO, POR ASSIM DIZER "EXTREMA", JÁ QUE FATALMENTE VIDAS PODERÃO SER CEIFADAS, RECOMENDA-SE MUITA, EXCESSIVA CAUTELA ANTES DE LANÇAR MÃO DE TAIS MEIOS.

ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI * (SEGURANÇA CIDADÃ E DIREITOS FUNDAMENTAIS)

Emílio Garcia Mendez
Advogado, Doutor em Direito pela Universidade de SAARLAND - Alemanha, Coordenador para América Latina e Caribe da área da UNICEF dedicada aos direitos da Criança e do Adolescente.

SUMÁRIO

Nota do tradutor. 1. Introdução 2. O falso dilema: Retribucionismo hipócrita ou paternalismo ingênuo 3. Menores delinqüentes como vaga categoria sociológica 4. O adolescente infrator como precisa categoria jurídica : a doutrina da proteção integral das Nações Unidas 5. Bases para a construção de um Sistema de Responsabilização Penal do Adolescente (SIRPA) 6. O verdadeiro dilema: cura de patologias ou construção da cidadania.

Nota do tradutor

Esta não é uma tradução literal do texto de Emílio Garcia Mendez, que, desde a sua divulgação no IV Seminário Latino Americano dos Direitos da Criança e do Adolescente, se tornou uma referência obrigatória para todos os que atuamos nesta área.

Procurei - de modo didático - destacar apenas os principais elementos desta profunda reflexão e articulá-los num esquema de compreensão acessível ao maior número possível de pessoas interessadas nessa questão.

* Traduzido e adaptado por Antônio Carlos Gomes da Costa

Pensei basicamente no pessoal de linha, ou seja, aquele que atua diretamente com os adolescentes autores de ato infracional.

Isto explica porque a leitura deste texto – para quem desejar aprofundar-se mais no assunto – não dispensa o estudo da versão original de Emílio Garcia Mendez. Ali, o interessado encontrará uma profusão de detalhes e nuances, que minhas limitações não me permitiram captar e expor com a clareza necessária.

Finalmente, é preciso deixar claro que, hoje, na América Latina, não é possível abordar a questão do atendimento ao adolescente autor de ato infracional, sem ter como referência as idéias e ideais daquele que mais tem trabalhado e lutado pela implementação da doutrina da proteção integral na Região. Por isso, este nosso Curso de **Introdução à Ação Sócio-Educativa** é dedicado a Emílio Garcia Mendez de quem eu espero – algum dia – ter condições de ser considerado um bom discípulo.¹

1. Introdução

Embora não sendo um texto acadêmico, estas páginas foram pensadas e escritas com profundo rigor técnico e conceitual.

Na contramão do contexto de crise econômica, social, política, ética e cultural deste final de século, a humanidade foi capaz de produzir um instrumento de direito internacional, que põe fim à visão da criança e do adolescente **menorizados** como objetos de **compaixão – repressão**, para afirmá-los como **sujeitos plenos de direitos**. Este instrumento é a Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Depois da sua ratificação por todos os países da Região, a tarefa seguinte foi a adequação substantiva das

¹ Antonio Carlos Gomes da Costa. Belo Horizonte, 2 de maio de 1996.

legislações nacionais à letra e ao espírito do novo tratado internacional de direitos humanos. Vários países já completaram esse processo. Muitos estão a caminho. Nenhum está indiferente.

Encerrada esta etapa, é necessário iniciar o **reordenamento institucional** da área e a **superação das maneiras de entender e agir** características das culturas organizacionais do passado. No caso do atendimento ao adolescente autor de ato infracional, estas tarefas implicam uma radical **mudança de paradigma**.

Este texto se divide em duas partes:

- Na primeira, o propósito é aumentar a clareza de percepção e compreensão dos sistemas de administração da justiça juvenil baseados na doutrina da situação irregular.
- Na segunda, a idéia é **descrever** como deveria ser a estrutura e o funcionamento de um sistema de administração da justiça juvenil baseado na doutrina da proteção integral.

2. O Falso Dilema: retribucionismo hipócrita ou paternalismo ingênuo

Poucas áreas do trabalho social e educativo dirigido à população infanto-juvenil são povoadas de tantos mitos, como a do atendimento ao adolescente autor de ato infracional. A reação formal ou informal da sociedade ao delito cometido por pessoas menores de idade segue sendo uma questão marcada frequentemente pela **confusão** e a **ambigüidade**.

A **reação social formal** aos delitos cometidos por adolescentes se dá pelo sistema de administração da justiça juvenil: segurança pública, ministério público, justiça e ação social especializada.

A **reação social informal** aos delitos cometidos por adolescentes se dá pelos meios de comunicação, pela

opinião pública, pela reação das famílias e outras organizações sociais da comunidade.

Os mitos que envolvem a reação social formal e informal aos delitos cometidos por adolescentes derivam em grande parte das **concepções ontológicas** da chamada delinquência juvenil, que entendem o delito como um ente natural, ou seja, como parte constitutiva da natureza do ser humano.

A concepção que se opõe a essa ontologização do delito é a perspectiva que poderíamos chamar de sócio-construtivista, ou seja, que entende a realidade como um processo social construído, no interior do qual é possível perceber a delinquência juvenil como ações humanas às quais as reações formais ou informais da sociedade conferem um sentido determinado.

As reações sociais formais e informais ao delito são co-constitutivas, isto é, cada uma delas integra de certo modo o conteúdo da outra. Isto implica, de alguma maneira, que cada sistema de justiça constrói um tipo particular de infrator.

Dois tipos de posição historicamente equivocadas sobre a delinquência juvenil:

1. Retribucionismo Hipócrita;
2. Paternalismo Ingênuo.

Retribucionismo Hipócrita	Paternalismo Ingênuo
O direito penal é tudo.	O direito penal não é nada.
Defende o aumento permanente das penas como forma de assegurar a segurança e a ordem públicas.	Defende que o delito juvenil não deva ser alvo de nenhuma reprovação de natureza jurídica, na medida em que ele expressa sempre tendências patológicas ou manifestações próprias da adolescência.

O antagonismo entre essas duas posições é apenas aparente. Através da **repressão**, o retribucionismo hipócrita nega ao adolescente a condição de sujeito pleno de direitos, ao advogar a redução da idade penal e o aumento do rigor das penas. Através da **"compaixão"**, o paternalismo ingênuo tende a **patologizar** as manifestações delituosas, tirando do adolescente a possibilidade de, objetivamente, defender-se, através do devido processo, da atribuição de infração penal.

3. Menores delinquentes como vaga categoria sociológica.

Algumas características básicas da doutrina da situação irregular:

- a) A doutrina da situação irregular não se dirige ao conjunto da população infanto-juvenil, mas apenas aos menores em situação irregular;
- b) São menores em situação irregular os carentes, os abandonados, os inadaptados e os infratores;
- c) A doutrina da situação irregular visa prover proteção, para os menores carentes e abandonados, e vigilância, para os inadaptados e infratores;
- d) Um mesmo conjunto de medidas (advertência, liberdade assistida, semi-liberdade e internação) é aplicado indistintamente aos menores carentes, abandonados, inadaptados e infratores, ou seja, não há distinção entre os casos sociais e aqueles que envolvem conflito de natureza jurídica;
- e) O juiz pode aplicar as medidas previstas na lei ou "outras que lhe pareçam convenientes", ou seja, o procedimento é subjetivo e inteiramente anti-jurídico;
- f) Por tudo isso, menor em situação irregular é objeto de intervenção jurídica e social do Estado;

- g) Em relação aos casos sociais, a doutrina da situação irregular se caracteriza pelo uso do sistema de controle social do delito, para realizar o controle social da pobreza;
- h) No interior desse contexto, não é possível usar o termo "delinqüente" senão, entre aspas. O motivo disso é a imprecisão na caracterização do "delinqüente" através da pouca precisa categoria "**conduta anti-social**", que tanto pode referir-se a um ato infracional, uma inadaptação familiar ou comunitária ou uma transgressão à moralidade vigente. A doutrina da situação irregular, como se vê, é incapaz de definir de forma precisa o que venha a ser conduta anti-social. Esse é um dos tantos mistérios não desvelados do não-direito de menores da América Latina.

Na doutrina da proteção integral, ou seja, num contexto jurídico garantista, o termo delinqüente denota o autor (comprovado) de um conduta previamente definida na lei como crime ou contravenção. Conduta "anti-social" ou traços de personalidade não são suficientes para fazer com que alguém seja considerado um delinqüente. Como se vê, a doutrina da situação irregular foge do direito garantista, da tradição iluminista do direito moderno. O conceito de conduta anti-social remete, na melhor das hipóteses, ao positivismo antropológico do século XIX.

4. O Adolescente Infrator como Precisa Categoria Jurídica: A Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas.

Rita Maxera (1992) demonstra de forma clara e detalhada que todos os princípios do direito moderno se encontram explicitados na letra e no espírito da Convenção.

Nesse contexto normativo não se pode mais aceitar a vaga categoria social de **delinqüente**. Na Convenção, ela se transforma numa precisa categoria jurídica de **infrator**. Assim como não se pode ter uma mulher mais ou menos grávida, não se pode ter um adolescente mais ou menos infrator.

Em outras palavras, somente é infrator o adolescente que violou dispositivos jurídicos previamente definidos como crime ou contravenção, segundo as leis do país, depois que se lhe haja atribuído ou imputado o ato infracional e se lhe tenha assegurado o devido processo, com o respeito estrito às garantias processuais e se lhe haja considerado irresponsável.

Nos países que ainda não fizeram a **adequação substantiva** de suas legislações à Convenção, as leis baseadas na doutrina da situação irregular continuam – para assombro de todos nós – sendo a fonte principal da aplicação do direito.

MOTIVOS para que isso ocorra:

- Resistência Corporativa** dos juízes ante a redução de sua margem de discricionariedade;
- A tradição do direito napoleônico (codificado), segundo a qual os instrumentos internacionais só podem ser aplicados depois de incorporados sob a forma de códigos;
- Na grande maioria dos países da região as autoridades nacionais ignoram o número de adolescentes privados de liberdade. Há um vazio de informação quantitativa;
- As poucas pesquisas sérias existentes mostram um número reduzido de ocorrências, quando se compara com a criminalidade adulta;
- Isto, contudo, não impede que a imprensa passe para a população a noção (extraída geralmente

de vácuo estatístico) de que está em curso um avanço descontrolado da criminalidade juvenil.

- f) A causa de tudo isso é mostrada à população como o resultado da **inimputabilidade penal** dos adolescentes em conflito com a lei.
- g) Alguns casos de delitos graves cometidos ou atribuídos a adolescentes são amplamente divulgados e apresentados à população como a **prova objetiva** do aumento descontrolado da criminalidade entre os jovens.
- h) Nesse contexto, a **inimputabilidade** é confundida deliberadamente com **impunidade**, levando às reivindicações de sempre: endurecimento das penas e abaixamento da idade penal.

5. Bases para a construção de um Sistema de Responsabilização Penal do Adolescente (SIRPA)

Somente a construção de um SIRPA baseado na doutrina da proteção integral poderá levar à superação dos graves erros e limitações das visões baseadas tanto no retribucionismo hipócrita, como no paternalismo ingênuo.

A doutrina da situação irregular leva ao binômio **arbitrariedade – impunidade**. A doutrina da proteção integral estabelece um modelo baseado na **severidade** e na **justiça**.

Requisitos mínimos para a construção de um SIRPA:

- I. Os adolescentes entre 12 e 18 anos são **inimputáveis penalmente**, não obstante, são **penalmente responsáveis**;
- II. As leis penais são o ponto de referência comum para adolescentes e adultos na caracterização dos atos delituosos como crime ou contravenção;

III. O conceito de responsabilidade penal do adolescente difere do conceito de imputabilidade penal em três pontos:

- a) Os mecanismos processuais;
- b) O montante das penas aplicadas;
- c) O lugar físico do cumprimento da medida judicial

IV. Os menores de 12 anos são penalmente **inimputáveis e irresponsáveis**, devendo-se em caso de cometimento de violação da lei, aplicar-se-lhes **medidas de proteção**.

V. Ao adolescente entre 12 e 18 anos, após atribuição de ato infracional e o devido processo, asseguradas todas as garantias, deverá aplicar-se a **medida sócio-educativa** cabível;

VI. Um SIRPA pressupõe a aplicação de um conjunto de medidas sócio-educativas, que permitem a diferenciação e a gradação, segundo a gravidade da infração cometida;

VII. A privação de liberdade é um procedimento **estritamente judicial**. Pode ocorrer somente em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente. O prazo de apresentação ante a autoridade judicial é determinado em lei;

VIII. Como medida definitiva, a privação de liberdade está condicionada por três princípios:

- a) brevidade;
- b) excepcionalidade;
- c) respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

IX. Para a correta aplicação da medida de privação de liberdade, é necessário:

- a) Que o órgão judiciário realize a interpretação estrita e garantista dos dispositivos legais que regem a aplicação da medida;
- b) Que o órgão administrativo desenhe, estructure e execute os programas necessários à correta aplicação das medidas sócio-educativas;

I. A ampliação das competências e atribuições do Ministério Público implica a aplicação da remissão, como forma de exclusão do processo, quando sua instauração resultar contraproducente para todas as partes envolvidas no conflito;

II. Ao contrário das demais medidas, a privação de liberdade é de **execução indelegável** por parte do Estado;

III. As demais medidas podem ser executadas pelo poder público municipal e mesmo por ONGs, mediante provimento da justiça;

IV. Um SIRPA assim concebido e efetivamente controlado por um órgão judicial garantista será capaz de mudar substancialmente o panorama quantitativo e qualitativo da questão do adolescente autor de ato infracional.

6. O Verdadeiro Dilema: Cura de Patologias ou Construção da Cidadania.

Chamado **tratamento** do infrator é, certamente, o maior de todos os mitos que povoam essa área.

Há em torno desse tema uma vasta cultura tautológica, que não se detém nas **razões e formas de entrada no sistema de administração da justiça**, mas considera infrator, de um modo geral, todo adolescente, que “caiu” no sistema, ou seja, está numa unidade destinada a infratores.

Em termos práticos, as unidades de atendimento a adolescentes infratores são meros depósitos de contenção humana, sem nenhuma proposta pedagógica séria.

As “propostas” encontradas nesse universo se dividem em duas grandes linhas:

- a) O enfoque repressivo clássico;
- b) O enfoque cúmplice da marginalidade.

Neste caso qualquer semelhança com o retribucionismo hipócrita e o paternalismo ingênuo não constitui mera coincidência.

No enfoque repressivo clássico a busca da ordem ou pelo menos da aparência de ordem é um fim em si mesmo, é o único ponto da agenda da reabilitação. A concepção que sustenta esse modelo é a de que quem está privado de liberdade não pode cometer delito lá fora. É a **teoria da incapacitação**, que, de fato e de direito, é a base da grande maioria das ações nessa área.

O enfoque chamado **cúmplice da marginalidade** se manifesta de forma difusa no comportamento de educadores e outros técnicos, que tendem a reverter de uma **profunda deslegitimação** todas as formas de **resposta institucional** ao delito juvenil independente do seu conteúdo concreto.

Essa tendência “libertária” se inspira em leituras de natureza sociológica, para considerar, por exemplo, meninas prostituídas e adolescentes, que as atividades ilegais (furtos, roubo, tráfico) como uma categoria a mais de **trabalhadores menores de idade**.

Embora aparentemente antagônicos estes dois enfoques têm alguns elementos comuns:

- Em ambos os enfoques, o adolescente aparece como objeto de intervenção, seja do aparato judicial, seja das políticas sociais;
- Em ambos os enfoques, a **interpretação mecanicista** tende a **desresponsabilizar** o adolescente mediante a **patologização** de sua conduta. A palavra **tratamento** adquire nesse contexto um claro e preciso significado.

Somente num **contexto jurídico solidamente garantista** se pode falar em proposta pedagógica com alguma seriedade.

As transformações na abordagem da questão do ato infracional não são condição suficiente, porém é imprescindível a qualquer sociedade que se proponha a oferecer cidadania para todos.

Para dizê-lo com palavras de *Antonio Carlos Gomes da Costa*:

“Só uma sociedade que aprende a respeitar os “piores” será capaz de respeitar a todos”.

Embora de dimensões quantitativas reduzidas, a questão do adolescente infrator possui – quando não conduzida de maneira correta – um efeito contaminante negativo sobre o conjunto das políticas públicas.

Qualquer proposta de trabalho pedagógico com jovens infratores deveria:

- Estruturar um programa capaz de identificar e reduzir os efeitos negativos da privação de liberdade sobre os adolescentes;
- Buscar a sua reinserção – o mais rápido possível – no mundo exterior.

Princípios estruturadores de programas de **privação de liberdade**:

- PRINCÍPIO DA INCOMPLETUDE INSTITUCIONAL**: Refere-se à necessidade de reverter a cultura de que os estabelecimentos de internação devem possuir todos os serviços necessários aos adolescentes privados de liberdade;
- PRINCÍPIO DA INCOMPATIBILIDADE PROFISSIONAL**: Com exceção de um mínimo de pessoal dirigente, técnico e administrativo, o resto dos funcionários não deve possuir vínculo total ou permanente com estes jovens. O objetivo é evitar o pacto de silêncio e omissão baseado no corporativismo e nas cumplicidades anti-pedagógicas.

O tema da segurança não constitui um problema técnico independente dos princípios jurídicos e filosóficos que inspirem o funcionamento do conjunto do sistema.

Dois tipos de sistemas de segurança imperam na América Latina:

- O cúmplice tolerante;
- O hipócrita repressivo.

O sistema de **cumplicidade tolerante** tenta resolver com o relaxamento das normas internas e a facilitação de fugas as notórias injustiças estruturais do sistema, em vez de lutar no campo jurídico e nas políticas públicas pela sua transformação.

O Sistema **hipócrita repressivo**, coerente com a **cultura de eufemismo** vigente em toda a região, combina níveis mínimos de segurança externa com níveis máximos de segurança interna, como contenção em regime celular 24 horas por dia.

Dentro de um SIRPA adequadamente estruturado em termos jurídicos e pedagógicos, deve-se assegurar:

- a) Uma adequada e firme segurança externa;
- b) O respeito rigoroso aos direitos no plano interno com condições mínimas de segurança;
- c) A intervenção da segurança externa no interior do estabelecimento só deve ocorrer mediante solicitação escrita do responsável pela instituição.

Segurança sem democracia é ditadura.

Democracia sem segurança é dissolução social

A necessidade de um Sistema de Responsabilização Penal do Adolescente é necessidade vital e impostergável para a implantação de um estado democrático de direito em toda a América Latina.

REGULAÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO E DE TRABALHO: AS SEMELHANÇAS EM BUSCA DO EQUILÍBRIO SOCIAL

Eneida Melo Correia de Araujo
Juíza do Trabalho da sexta Região e Prof. da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Fundamentos Político-Jurídicos do Dirigismo Contratual nas Relações de Trabalho e de Consumo. 2. As Novas Dimensões dos Contratos e as Relações de Consumo. 3. A Negociação Coletiva, como expressão da autonomia privada coletiva. 3.1. A autonomia privada coletiva nas relações de trabalho. 3.2. Uma nova dimensão da autonomia privada coletiva: as relações jurídicas de consumo. 4. Os Princípios Orientadores da Negociação Coletiva de Consumo e de Trabalho. 5. Conclusões em busca de negociações coletivas comprometidas com uma nova realidade social. 6. Bibliografia.

Introdução

O estudo das relações de consumo nos projeta para uma nova realidade jurídica e social. Distanciamos-nos da vertente estritamente individualista que durante muito tempo influenciou o direito civil e nos reaproximamos de um plano plural, mais humano e voltado para a coletividade, para a maioria dos homens, os menos favorecidos, aqueles que necessitam da proteção do Estado.

Revela-se o reencontro com os princípios básicos do Direito Civil e trava-se uma ligação nova, com um ramo também em evolução, que é o Direito do Trabalho, notadamente o Direito Coletivo do Trabalho. As relações jurídicas de comércio, alusivas ao consumo, não mais são estudadas como uma contratação estabelecida entre iguais.

Como ensina Cláudia Marques, o **Código de Defesa do Consumidor** configura-se em uma expressão mais social do contrato, em face do qual a vontade das partes não se revela como o centro único ou fonte de onde brotam as obrigações contratuais. A lei passa a ocupar um papel fundamental, conferindo ou não eficácia jurídica ao contrato de consumo¹.

O individualismo jurídico e o liberalismo econômico, aspectos sustentadores dos Estados até a segunda metade do século XVIII cederam espaço às idéias marcadas pelo socialismo e intervencionismo estatais. Ficou evidenciado que a liberdade por si só era insuficiente para permitir que os homens fossem tratados com razoável igualdade.

Os traços mais característicos deste ramo do direito, o Direito do Consumidor, repousam no respeito ao cidadão e na realização da justiça, dados inerentes à natureza do homem, que impõem a consagração da dignidade humana, como fundamento do Estado de Direito.

A liberdade individual de contratar, diante do desequilíbrio gerado pelo predomínio do mais forte na relação jurídica de consumo, fez nascer normas jurídicas dotadas de socialização, tal como acontece nas relações de trabalho.

Por seu turno, a regulação das relações de trabalho que, ao longo dos anos, foi tendo espaço constitucional crescente, influenciou as relações contratuais assentadas na propriedade. Essa deslocou-se do direito civil, passando a ocupar lugar na lei maior do país, com uma tônica voltada para a função social.

¹ Marques, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. Ed. Revista dos Tribunais Ltda., S. Paulo, 1995, p. 203.

A similitude entre o direito do trabalho e o direito do consumidor, também admitida por Eduardo Gabriel Saad, o faz considerar que, nesses dois ramos do direito, o Estado suplanta tradições jurídicas sustentadas no individualismo para proteger o consumidor e o trabalhador. É acrescenta que, em face de terem por objetivo fundamental a proteção ao hipossuficiente, é que as **leis trabalhistas** e o **Código do Consumidor** alicerçam-se em alguns pressupostos comuns:

- a) *acordos e convenções coletivas como fontes não-estatais de normas;*
- b) *dirigismo contratual acentuado;*
- c) *disregard doctrine ou desconsideração da personalidade jurídica;*
- d) *responsabilidade passiva do grupo econômico;*
- e) *instituto da lesão no contrato*².

Nosso estudo dirige-se precisamente ao instituto da **negociação coletiva, considerando o dirigismo contratual, os acordos e convenções coletivos e os seus princípios norteadores**. Procuraremos demonstrar as semelhanças que existem e os objetivos comuns destes planos no Direito do Trabalho e no Direito do Consumidor, direcionados ao exercício do pluralismo político e jurídico e à realização da cidadania dentro do Estado democrático.

O ser humano, em sociedade, traça objetivos individuais e sociais, buscando a concretização dos mesmos. Nessa tentativa, travam-se relações com outros homens e com o próprio poder do Estado. Por meio de tais interações, é possível que delineie-se uma relação de consumo ou uma relação de trabalho. E a integridade dessa relação deve ser assegurada com o atendimento do hipossuficiente.

² Saad, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Ed. LTr Ltda., S. Paulo, 1997, p. 25.

E a atuação das regras de direito do consumidor e do direito do trabalho visa a assegurar a dignidade do homem, enquanto cidadão, seja consumidor, seja trabalhador, sem prejuízo do direito de livre iniciativa, onde a propriedade privada tem sua vertente mais avançada, ainda que com uma inafastável função social.

Entendemos que uma das vertentes do respeito à dignidade do cidadão acha-se na medida em que satisfaça-se com o resultado do contrato que celebra, visando a realizar os seus desejos e perspectivas, sejam econômicos ou não.

Da mesma maneira que nas relações de trabalho, ao se proteger o trabalhador, amparam-se todos os trabalhadores, nas relações de consumo projeta-se a idéia de que, ao se proteger o hipossuficiente, ampara-se toda a população.

Tentaremos demonstrar que a liberdade de contratar não foi abolida dos sistemas jurídicos. A intervenção do Estado não teve o objetivo de traçar essa diretriz. O que se faria delinear seria uma modificação substancial no entendimento ou interpretação desse princípio, a partir do século XIX, como afirmou Dieter Schwab, professor Catedrático de Direito Civil e de História do Direito Alemão, da Universidade de Restibona. Continuará sendo um dos princípios fundamentais do direito civil, nas sociedades em que a economia não é dirigida mas, sim, orientada para uma economia de mercado. Afirma-se, todavia, de forma cada vez mais crescente, a necessidade de que o sistema jurídico defina as premissas dessa liberdade, fixe seus limites e aponte os seus resultados.³

Seguiremos Schwab, afirmando repousar em uma concepção clássica, a idéia de que a liberdade de contratar

traduziria uma situação social ótima porque decorrente do chamado jogo livre das forças de produção e do mercado. E, embora o mercado livre tenha-se revelado forte em matéria de produção, a realidade demonstrou que os resultados dessas mesmas forças nem sempre atendiam às exigências da sociedade. Por outro lado, como o mestre alemão, daremos ênfase ao aspecto de traduzirem-se as insuficiências sociais da liberdade de contratar naquelas situações em que, no mundo dos fatos, um dos contratantes acha-se, em face do outro, em situação de desequilíbrio.⁴ Diz ele:

*"Sempre quando, ao ser fechado um contrato, uma das partes contratantes tiver condições de ditar, à outra parte, o conteúdo do contrato, ocorre não apenas uma situação de perda de justiça para aquela relação contratual isolada/individual, mas, sobretudo, originário de um grande número de contratos leoninos de tal tipo, podem surgir situações sociais negativas de miserabilidade"*⁵

O reconhecimento da desigualdade entre os homens, quer no plano social, quer no plano político e, conseqüentemente, no prisma jurídico, deu ensejo a uma nova reinterpretação do contrato. E, foi nas relações de consumo e nas de trabalho que mostraram-se as mais expressivas manifestações modernas de como se processam as mudanças dos paradigmas contratuais.

Na construção dos novos modelos de contrato privado, há que se considerar uma premissa: a de que nem todo o direito existente em uma sociedade é ditado diretamente pelo Estado. Sem dúvida que o legislador

³ Schwab, Dieter. "Liberdade Contratual e Formação de Contratos 'Ex vi Legis'". In *Ajuris - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul* - 139 - Março/87 - Porto Alegre, p. 24

⁴ *Idem*, p. 26.

⁵ *Idem*, p. 20.

estatal é o principal criador de normas jurídicas, sem que se possam excluir as outras regras de direito que dispensam a coação estatal preestabelecida.

Nesta linha de pensamento, procuraremos realçar o fato de o Estado, com sua carta político-jurídica especialmente delimitada, configurar-se em apenas um elemento de interação com outros agentes equivalentes ou alternativos, ainda que seja de grande relevo, uma vez que se apresenta como o detentor do monopólio qualificado de aplicar sanções.

No Direito do Trabalho, esses corpos intermediários são as Associações Profissionais, os Comitês de Empresa, os Sindicatos. No Direito do Consumidor, as Associações dos Consumidores ou outras pessoas a quem o ordenamento jurídico venha a conferir competência para atuar em nome de uma coletividade. Esse deslocamento da criação normativa do Estado para outros eixos de produção jurídica permite que a cidadania exercite-se e sejam efetivados padrões materiais de democracia.

É que se trata de dado comprovado pela realidade social o de que as garantias do homem e da comunidade são tanto mais eficazes quando decorrem de grupos organizados. E este aspecto bem demarca o que se pode chamar de processo de desenvolvimento do pluralismo jurídico e político no interior do Estado democrático de direito.

1. Fundamentos político-jurídicos do dirigismo contratual nas relações de trabalho e de consumo

As grandes etapas da história do homem nos mostram a luta permanente pela liberdade, bem-estar material, igualdade e justiça. Foi assim na Antiguidade Clássica, em relação aos escravos; o mesmo ocorreu com os plebeus, nas velhas cidades; igualmente com os colonos, na chamada época antiga; também com os servos da gleba, na Idade Média e com os companheiros, na etapa corpo-

rativa dessa mesma fase, até que chegássemos à consagração da liberdade.

O Cristianismo representou a primeira grande reivindicação do homem com um sentido universal, ao declarar a igualdade e a mesma dignidade de todos os seres humanos, demarcando os caminhos da liberdade.

A Idade Antiga, a Idade Média e a Idade Moderna não puderam realizar o ideal básico de liberdade do homem. Foi no seio da implantação do sistema capitalista de produção que surgiram os paradigmas da liberdade. O movimento crescente da burguesia, notadamente na Inglaterra e nas cidades italianas, a partir do século XVI fez nascer o sistema capitalista.

As transformações que se operaram nas indústrias medievais fizeram brotar um novo pensamento econômico, o qual é conhecido pelo nome de mercantilismo. Seu traço mais decisivo acha-se na necessidade de trocar mercadorias por ouro e demais metais preciosos, a fim de fortalecer e aumentar a riqueza nacional. Os mercantilistas reivindicavam um Estado forte para proteger os interesses comerciais e para destruir as numerosas barreiras medievais que impediam a expansão do comércio. As idéias que prevalecerão a partir daí revelam-se incapazes de elaborar uma ordem jurídica justa. São elas: o pensamento da Escola Fisiocrática, o individualismo jurídico e o liberalismo econômico.

A Escola Fisiocrática, a qual tem em Quesnay um dos fundadores, afirma que a sociedade humana acha-se regida pelas leis da natureza, imodificáveis pelas leis positivas elaboradas pelo Estado. Traduzindo este pensamento, diz Eric Roll que aquelas leis teriam sido fruto de uma providência bondosa para o bem da humanidade e estariam claramente manifestadas, bastando um pouco de reflexão para serem descobertas.⁶ Desta concepção surge

⁶ Roll, Eric. *Historia de las Doctrinas Economicas*. Fondo de Cultura Economica, México, 1958, p. 165.

a célebre forma "deixar fazer, deixar passar", a qual haveria de se constituir no conteúdo do Estado liberal e da sua política não intervencionista nas relações econômicas.

A burguesia triunfante do século XVIII não se conformou com a existência de um Estado meramente abstencionista. Forçou-o a ditar leis que autorizaram a ação estatal dirigida à destruição de qualquer força social e humana que pretendesse desviar o curso das leis qualificadas de naturais. E essas normas facilitariam o desenvolvimento livre do capitalismo.

Paralelamente, a filosofia individualista reclamava pela liberdade do homem frente ao poder do Estado, com o propósito de que cada pessoa pudesse realizar-se na história.

Embora o individualismo jurídico não aceitasse o predomínio das forças naturais sobre o homem – como idealizado pela Escola Fisiocrática – seu desvirtuamento deu margem ao predomínio do direito do mais forte sobre o mais fraco. Tratou-se do individualismo político e econômico, no bojo do individualismo filosófico, no qual as normas jurídicas eram ditadas pelo detentor do capital, impondo sua vontade e domínio.

As primeiras linhas visualizadoras do homem cidadão são trazidas ao final do século XVIII, com a revolução política e a revolução industrial. Aquela permite que o direito elabore e ofereça ao mundo um conceito novo, o de homem livre, conceito que, muito cedo, revelou-se desassociado da realidade, na medida em que as grandes concentrações de riquezas, gerando a prevalência do capital sobre o trabalho humano, privavam o homem de qualquer dignidade.

No seio do Estado liberal, floresce o capitalismo, dando ensejo a fenômenos econômicos de tal sorte excludentes para o indivíduo, que a sua liberdade torna-se dado de mera abstração. Sob o fundamento de

consagração dos direitos individuais, o bem coletivo é postergado, haja vista que no âmago das relações privadas protegia-se, fundamentalmente, o patrimônio.

Durante a Revolução Francesa e nos primeiros anos do século XVIII, três normas fundamentais puseram o Estado à serviço do novo regime: a Lei de Chapelier, (1871), o Código Penal Francês e o próprio Código de Napoleão.

O Código de Napoleão, fonte de inspiração do Direito Civil dos povos latinos da Europa e das nações da América, vivificou os antigos contratos romanos e, como no Império Romano dos primeiros séculos da era cristã, os homens, já livres teoricamente, eram contratados sob a forma de arrendamento.

Considerando, todavia, que a história é sempre uma marcha contínua pela liberdade e igualdade social, foi no bojo mesmo do sistema capitalista que surgiram as idéias do intervencionismo estatal.

A filosofia hegeliana deu ensejo a que se observasse que o jogo dialético da história dividia a sociedade em duas classes antagônicas, sendo o papel do Estado procurar a síntese dos interesses opostos.

Os interesses econômicos de concorrer nos mercados internacionais e a disputa pelo império comercial, aliados à concepção socialista então reinante, sobretudo na Alemanha, onde Marx e Lasalle, entre outros, pregavam suas teses, são fatores que acenaram para uma paz social. Surge a chamada "Era da Política Social", a primeira forma contemporânea do intervencionismo estatal.

Caberia ao Estado, a partir dessa fase, um papel de intermediação entre os mais favorecidos economicamente e os mais fracos, buscando uma justiça social. Para tanto, limita-se o interesse individual, sobressaindo o interesse da coletividade, sem a anulação do indivíduo como pessoa e cidadão. Esta, inclusive, passa a ser uma vertente da

própria democracia. O Estado procura regulamentar a atividade privada, direcionando-a em favor dos objetivos da própria comunidade.

2. As novas dimensões dos contratos e as relações de consumo

Constituem-se em fundamentos da **República Federativa do Brasil**, entre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. A **Constituição** os consagra em seu **art. 1º, incisos II, III e IV**.

Por sua vez, a **Constituição Federal, em seu art. 170**, ao cuidar dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, estabelece:

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I -
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV -
- V - defesa do consumidor;
- VI -
- VII - redução das desigualdade regionais e sociais".

Por outro lado, o **§ 4º do art. 173 da Carta Magna** estabelece que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Observe-se, ainda, que a **Constituição Federal**, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, notadamente

dos direitos individuais, estabelece, em seu **art. 5º**, que serão garantidos os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

É neste quadro jurídico que o **Código do Consumidor** vai encontrar a sua adequação e legitimidade, na medida em que se propõe a limitar os possíveis excessos do poder econômico em detrimento do consumidor, muitas vezes hipossuficiente, na relação jurídica de consumo.

A indispensabilidade das relações de produção e das de consumo em sociedade vai justificar a teia de proteção que o direito cria em torno do hipossuficiente. Isto não significa que, do ponto de vista social ou mesmo econômico, seja sempre o consumidor um hipossuficiente econômico. Tanto que, em inúmeras ocasiões, o consumidor é uma pessoa que detém condições financeiras bem superiores às do fornecedor.

A premissa, em que se assenta a **tutela, no direito do consumidor, é a da inferioridade jurídica**, a mesma, aliás, que se encontra no **direito do trabalho, ao amparar-se o trabalhador**. O fornecedor, via de regra, conhece as regras do negócio, dispõe de meios para saber acerca da natureza do produto ou do serviço que oferece no mercado. Na generalidade dos casos, isto não acontece com o consumidor, com o que deixa de ser estabelecida uma relação de consumo em nível de igualdade jurídica com o fornecedor.

Nestes aspectos residem a hipossuficiência do consumidor, diante de sua exposição e incerteza nos contratos que são firmados. Também na dimensão referida repousa a semelhança com o hipossuficiente-trabalhador, nas relações regidas pelo direito do trabalho.

Constata-se, desta maneira, que a relação contratual de consumo tem como pressuposto, admitido pelo sistema jurídico em vigor, o de que as partes estão em uma posição de desigualdade jurídica e, na generalidade dos casos,

também econômica, ainda que este último aspecto não seja um dado fundamental.

O Código de Defesa do Consumidor seguiu as diretrizes do direito do trabalho, o qual significou uma rotura ao modelo tradicional de relações contratuais. É que o contrato de trabalho, do ponto de vista científico, foi o marco das transformações acerca do modelo clássico de contrato. Consagrou as quebras da vontade individual; decretou a falência do princípio do alcance relativo dos contratos e fez ruir o princípio da imutabilidade contratual.⁷

A autonomia da vontade individual, que significou o centro de expressão da ciência jurídica do século XIX, tinha por pressuposto não somente a liberdade de contratar. Punha sua legitimação na igualdade das partes contratantes, como homens livres e, portanto, iguais que pareciam ser. Configurou-se, por muito tempo, em requisito tão importante para o delineamento do contrato que era visto como uma espécie de dado distintivo entre o direito público e o privado. Caracterizava-se na possibilidade de escolha do outro contratante, bem como do tipo contratual e na determinação do próprio conteúdo do contrato.

Presentemente, em face da limitação a este princípio, expressa nos sistemas jurídicos, o Estado pode interferir na escolha do parceiro, ou contratante; pode, ainda, definir o modelo de contrato a ser adotado e, finalmente, lhe é assegurado disciplinar o próprio conteúdo do contrato.

O prof. Paulo Lôbo esclarece ainda que, ao lado do crescente dirigismo jurídico do contrato, outros dados deram ensejo ao que ele denomina de "o cerco à cidadela do contrato tradicional". Seriam eles: o retorno insistente na legislação e na doutrina da equidade, pela via da boa-fé.

⁷ Piá Rodrigues, Américo. *Curso de Direito do Trabalho*, Ed. LTr Lida. S. Paulo - 1982, p. 19.

da lesão, da "cláusula *rebus sic stantibus*" (e suas derivações: teorias da imprevisão, da pressuposição, da base negocial), da onerosidade excessiva e do enriquecimento ilícito.⁸

O jurista mencionado confirma a destruição do mito da imutabilidade do modelo contratual, revelando, inversamente, seu caráter evolutivo. E mostra como o contrato, ao lado de outras instituições do direito privado, teve que adaptar-se às mudanças sociais, acompanhando a evolução dos valores da humanidade. Pondera para o aspecto de que, traduzindo o contrato o cotidiano das pessoas, em todas as épocas, no final do século atual, ele teria que conferir a roupagem à sociedade de massa.⁹ Realça, outrossim, que, da mesma maneira que o modelo de contrato liberal não se adequava à autoridade do direito romano, o Estado social e a sociedade de massa que sucedem ao Estado liberal reagem ao paradigma traçado por aquele. E afirma:

*"Agora, as referências para o contrato não são mais nem o pater familias ou sui juris romano nem o indivíduo proprietário da burguesia liberal; nem a liberdade coletiva dos antigos nem a liberdade individual desimpedida dos modernos; nem o formalismo nem a autonomia da vontade".*¹⁰

O Código do Consumidor não procura ocultar seu objetivo. A partir da denominação revela a sua preocupação de assegurar uma equitativa relação entre as partes, precisamente conferindo a proteção ao menos favorecido juridicamente: o consumidor. Estabelece o art. 4º:

⁸ Lôbo, Paulo Luiz Neto. "Contrato e Mudança Social". In Revista dos Tribunais - 722 - Dez/95, p.43.

⁹ *Idem*, p. 40-1.

¹⁰ *Idem*, p. 40-1.

"A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

- I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
- II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:
 - a) por iniciativa direta;
 - b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
 - c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
 - d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.
- III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;"

Com estes propósitos, o legislador procura resguardar a integridade do ser humano, o exercício do direito à propriedade privada e o livre exercício de iniciativa, sem perder de vista o direito do consumidor e a função social

da propriedade. E, assim, minimizam-se as desigualdades sociais.

3. A negociação coletiva como expressão da autonomia privada coletiva

3.1 A autonomia privada coletiva nas relações de trabalho

No campo do direito do trabalho, especificamente no ramo do direito coletivo, a negociação coletiva tem sido um dos mais eficazes caminhos para a criação de direito e para a solução dos conflitos que surgem das relações contratuais entre empregador e empregado.

Historicamente, ela é fruto das lutas dos trabalhadores no sentido de obterem melhores condições de salário, jornadas mais justas de trabalho, segurança em face das máquinas e a liberdade de associação e de sindicalização.

Pode-se afirmar que o fenômeno jurídico da negociação coletiva trabalhista precede a própria organização sindical, haja vista que os trabalhadores, ainda não organizados em sindicatos, exerceram fortes pressões sobre a classe empresarial, no sentido de conquistarem direitos trabalhistas, entre os quais o de formarem seus sindicatos. Neste sentido, é a lição de Orlando Gomes.¹¹

Entre outros fatores, aponta a doutrina – notadamente J. Ruprecht – que a negociação coletiva é dotada de flexibilidade e adaptação capazes de atender os interesses das partes intervenientes na relação jurídica, bem como os objetivos da própria coletividade na qual é ela celebrada. Daí porque ela atende não somente ao contraditório entre as partes, fruto dos conflitos sociais, dos confrontos entre o capital e o trabalho mas também a uma instância de cooperação.¹²

¹¹ Gomes, Orlando. *Curso de Direito do Trabalho*. Ed. Forense, vol II, Rio-S. Paulo, p. 848.

¹² Ruprecht, Alfredo J. *Relações Coletivas de Trabalho*. Ed. Ltr Ltda., S. Paulo 1995, p. 261-2.

Todavia, somente com a liberdade sindical pode a **negociação coletiva** alcançar o patamar de um verdadeiro pólo de regulação da conduta humana nas relações de produção. Hoje, não se pode deixar de compreender o **processo de negociação coletiva** sem a participação dos chamados "corpos intermediários". Esses, no direito do trabalho, são, via de regra, caracterizados pelos Sindicatos. No nosso sistema positivo, é **imperativo constitucional** que a defesa dos interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões administrativas e judiciais fiquem a cargo dos sindicatos (**inciso III do art. 8º**).

A OIT, de acordo com Alfredo Ruprech, considera a **negociação coletiva** como um processo de adoção de decisões. A **negociação coletiva** corresponderiam as discussões que podem fazer surgir um tipo de contrato coletivo, que denominamos de **acordo ou convenção**, bem como as formas de tratamento entre empregadores e trabalhadores ou entre seus respectivos representantes, quando suponham uma negociação no sentido corrente da palavra.¹³

É importante que se considere que **negociação coletiva** independe dos resultados que dela decorram. Em outras palavras, o que a caracteriza é a existência da tentativa de diálogo, a busca de entendimentos para que se firme um acordo ou convenção coletivos.

E, com efeito, a **negociação coletiva** tem por objetivo complementar o papel do legislador, criando normas jurídicas mediante pactos sociais capazes de regular os contratos individuais de trabalho.

A presença dos corpos intermediários democratizou o procedimento relativo às relações jurídicas entre os homens na comunidade. Abriu-se uma forma de interação peculiar aos grupos sociais. A par disto, deu ensejo ao

¹³ *Idem*, p. 264-5.

exercício do pluralismo jurídico, em face de sua legitimidade e normativa, dado inafastável aos processos democráticos de uma nação.

Constata-se, do ponto de vista histórico, o soerguimento da teoria da autonomia privada coletiva. E, no plano jurídico e social, reorganiza-se o direito do trabalho, dando ênfase à vertente do direito coletivo sobre a do direito individual. Estes dados permitem um redirecionamento da democracia no interior do Estado e fazem brotar o pluralismo jurídico e o pluralismo político.

3.2. Uma nova dimensão da autonomia privada coletiva: as relações jurídicas de consumo

A **negociação coletiva** tem como pressuposto a capacidade das partes de autodeterminação, o que corresponderia à liberdade de contratar em seu aspecto material e não apenas formal. E os Acordos e Convenções Coletivos traduzem o resultado exitoso das **negociações coletivas** entre partes. Não se restringe à matéria trabalhista. Ruprecht menciona as cinco formas, através das quais a participação pode ocorrer, catalogadas pela OIT:

"participação dos grupos profissionais e sociais na elaboração e implementação do planejamento econômico e social em todos os níveis; participação dos grupos profissionais e sociais em diversos órgãos públicos ou semipúblicos (em nível nacional ou regional), encarregados da elaboração e implementação de políticas, programas e projetos de natureza econômica e social; participação de grupos especialmente criados pelas autoridades públicas com vista a facilitar a execução de trabalhos de interesse social, tanto no setor urbano como em regiões rurais (incentivo rural, desenvolvimento comunitário, ação comunitária, etc.); participação dos grupos profissionais e sociais tanto em termos de país

como em nível regional e local; participação no desenvolvimento sob formas de ação empreendidas por grupos profissionais e sociais, independentemente de toda ação governamental".¹⁴

É importante que se destaque que há várias experiências de **negociação coletiva** nas relações de consumo em outros países e não apenas a do **Brasil**, surgida a partir da previsão da **Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC)**.

Thomas Wilhelmsson, ao tratar da regulação coletiva de termos contratuais faz menção a duas experiências no direito comparado. A primeira, de acordo com o estudioso acima, é a dos **Países Escandinavos**: trata-se do **Ombudsman do Consumidor**. A sua tarefa é a de supervisionar o uso de termos contratuais, em face da proteção ao consumidor. Independentemente das reclamações feitas pelo público, se o Ombudsman reconhece que o comerciante usa termos contratuais abusivos, deve tentar fazê-lo desistir desse comportamento. E se o comerciante não desiste voluntariamente, pode ser proibido de repetir o uso desses termos abusivos. Na hipótese de o comerciante persistir, poderá ser multado por este ato. O **Ombudsman** não negocia apenas com uma empresa mas, também com organizações representativas de todas ou da maioria das empresas envolvidas num dado ramo de negócios.¹⁵

A segunda experiência, ainda de acordo com o mesmo autor, ocorre na **Alemanha**, através da lei das **Condições Gerais** que legitima as Associações e organizações de Consumidores a promoverem ações

¹⁴ *Idem*, p. 269-70.

¹⁵ Wilhelmsson, Thomas. "Regulação de Cláusulas Contratuais". Artigo originariamente publicado em *Developing Consumer Law in Asia*, Sothi Rachagan (ed.) published by University of Malaya Faculty of Law e IOCU, Kuala Lumpur, 1994, p. 77-87.

coletivas visando à satisfação dos interesses dos consumidores. Existe, ainda, a **Resolução da ONU**, datada de 09.4.85 estabelecendo prerrogativas para o Consumidor.¹⁶

A propósito da experiência alemã, Dieter Schwab chama a atenção para o fenômeno surgido em algumas áreas de atividade, no sentido de incentivar a criação de associações para a defesa e manutenção de interesses coletivos. E aponta o direito coletivo do trabalho como o campo propício a essa inovação, sem deixar de reportar-se às tentativas que estão sendo feitas em outras áreas contratuais, notadamente nas de proteção ao consumidor. E acentua que a repressão contra práticas negociais ilícitas não deve ser deixada entregue à iniciativa do cidadão contratante individual. Daí, porque, na Alemanha, o legislador reconheceu a tendência na linha de tutela coletiva dos interesses dos cidadãos, permitindo às associações e às representações organizadas de interesses utilizarem-se de determinadas ações judiciais contra práticas negociais injustas.¹⁷

No Brasil, o **CDC, art. 82**, legitima, para as ações coletivas, as associações de consumidores, o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e entidades e órgãos da administração pública direta e indireta.

A **negociação coletiva** pode atuar no sentido de tornar efetivo aquilo que Dieter Schwab denomina de **"identidade ou paridade de armas"**. Chama ele a atenção para o fato de que este fenômeno é bastante empregado no direito do trabalho, ramo no qual o contrato individual do trabalho é sensivelmente superado pelos contratos negociados através de sindicatos patronais e de trabalhadores.¹⁸

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ Schwab, Dieter. *Op. cit.*, p. 26.

¹⁸ *Idem*, p. 26.

O papel de mecanismo de “**identidade ou paridade de armas**” ao qual alude Dieter Schwab também é visualizado por Pasco Cosmopolis, consoante lição de Alfredo Ruprecht. Para aquele autor, a negociação coletiva iguala as partes, sendo uma forma de relação entre elas.¹⁹

- **Código de Defesa do Consumidor, no art. 107** prevê a possibilidade de celebração de convenções coletivas pelas entidades representativas, com o objetivo de regular os interesses entre os consumidores e os fornecedores:

“Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.

§ 1º – A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos.

§ 2º – A convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias.

§ 3º – Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento”.

A **convenção coletiva de consumo** difere em um aspecto da **convenção coletiva de trabalho** porque aquela tem seu âmbito de validade pessoal limitado aos filiados das entidades signatárias do documento, ao passo que essa última atinge a todos os integrantes da categoria profissional, associados ou não.

¹⁹ Ruprecht, Alfredo J. Op. cit., p. 264.

O dado fundamental da **convenção coletiva de consumo** é o de possuir uma função normativa ou disciplinadora, quer porque contém normas capazes de regular as condições das relações de consumo, quer porque objetiva evitar conflitos e, na hipótese de surgirem, estabelece as formas de dirimi-los. Importa ressaltar que a **convenção coletiva**, necessariamente, não precisa conter normas gerais que vigorarão nas relações individuais de consumo, combinadas com mecanismos de composição de conflitos.

Esse **caráter normativo das convenções coletivas** também é realçado por Manuel Alonso Olea. Seriam fontes de direito, dirigidas a uma coletividade determinada; um direito de grupo ou regulações profissionais.²⁰

Paulo Lôbo afirma que os contratos coletivos de trabalho celebrados entre representantes de empregadores e empregados serviram de modelo para as convenções coletivas de consumo.²¹ E que as convenções coletivas têm um alcance duplo. Podem ser um acordo normativo ou um mero instrumento de transação coletiva, ao qual ele denomina de composição de conflitos.²²

Disto decorre que as relações que vierem a ser travadas, durante a vigência da convenção coletiva, na esfera individual entre consumidores e fornecedores deverão observar as balizas traçadas por esses instrumentos normativos, sempre que mais favoráveis ao consumidor.

Destaca Paulo Lôbo que as convenções coletivas de consumo podem subtrair algumas matérias das chamadas condições gerais. Mas considera, com apoio no direito alemão, que o acordo normativo não é definitivo quanto

²⁰ Olea, Manuel Alonso. *Introducción Al Derecho del Trabajo*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1994, p. 359.

²¹ Lôbo, Paulo Luiz Neto. *O Contrato: Exigências e Concepções Atuais*. Ed. Saraiva, São Paulo, 1986, p. 44-5.

²² *Idem*, p. 45.

ao caráter abusivo das condições gerais. As cláusulas abusivas não se tornam válidas por decorrerem de negociação coletiva e conterem-se em convenções porque a invalidade (serem substancialmente abusivas) é dado de ordem pública.²³

A convenção coletiva vale para todos os que participaram das negociações, ou seja, para todos os filiados da associação representativa dos fornecedores e para os que integram a categoria dos empregadores, mesmo que dela discordem, e ainda que venham a desligar-se da categoria, após a celebração do pacto. É este o caráter *erga omnes* destes instrumentos normativos.

Observe-se que a regra da norma mais favorável, fruto do princípio de proteção ao trabalhador, também é utilizada nas relações de consumo. O consumidor pode não regular-se, nas relações individuais com o fornecedor, pelas normas estatuídas na convenção coletiva, quando mais vantajosos os dispositivos legais. Este ato não traduz a quebra do princípio do *pacta sunt servanda*.

É dado fundamental, portanto, tal como sucede no direito do trabalho, que as matérias objeto da convenção coletiva não contrariem os preceitos constitucionais e as regras infraconstitucionais pertinentes ao ramos específicos. Importa ressaltar que as normas contidas no CDC são, em sua maioria, de ordem pública, inderrogáveis pela simples manifestação de vontade das partes, como acontece no direito do trabalho. E se explica: tendo o legislador, atento às mudanças sociais, à existência de desigualdade entre os contratantes na relação de consumo, estabelecido uma tutela jurídica especial a uma das partes (consumidor) e restringido o poder contratual da outra (fornecedor), não autorizaria que essas mesmas partes ou seus representantes afastassem essa proteção legal.

²³ *Idem*, p. 46.

4. Os princípios orientadores da negociação coletiva de consumo e do trabalho

O estudo dos princípios que orientam a negociação coletiva aponta para o papel da autonomia privada coletiva, cujo fundamento histórico de seu desenvolvimento é a reorganização do direito do trabalho no âmbito do direito privado, consoante lição de Dorothee S. Rudiger.²⁴

E, com efeito, a autonomia privada coletiva diz respeito ao exercício da liberdade sindical, uma experiência antiga, mas não muito cultivada, de os grupos sociais elaborarem seu próprio direito, um direito capaz de regular os interesses econômicos e políticos nas relações de produção. Presentemente, o próprio Estado cria regras de reconhecimento desses corpos intermediários, conferindo-lhes o poder de criação de normas jurídicas.

Seguindo as balizas do direito do trabalho, o direito do consumidor também procura o regramento das atividades de consumo, através de suas associações, fazendo nascer os contratos ou convenções coletivos.

Nesse quadro, em que as atividades das organizações se desenvolvem na busca de ampliação do poder de definir seus interesses, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram alguns **princípios norteadores da negociação coletiva** que se trava entre os grupos sociais.

Um desses princípios é o da **justiça contratual**, que voltou a ocupar um lugar de destaque no direito do consumidor, tal como ocorreu no direito do trabalho. Ele permeia quer as relações individuais, quer as negociações coletivas: as trabalhistas e as pertinentes ao direito do consumidor. É que as **negociações coletivas** revelam uma perspectiva nova da autonomia da vontade, a saber, a autonomia privada dos corpos intermediários.

²⁴ RUDIGER, Dorothee S. "A Teoria da Autonomia Privada Coletiva: Do Direito Sindical ao Direito dos Grupos Intermediários". In RT-727 - maio de 1996 - 85 ano, p. 17

Dieter Schwab também conferiu um enfoque especial a questão relativa à relação entre a liberdade de contratar e o **princípio da justiça contratual**. Diz ele que causas de natureza econômica e intelectual podem fazer surgir, no mundo dos fatos, uma situação de desigualdade entre as partes, revelando-se uma delas incapaz de concretizar seus interesses em face da superioridade da outra.²⁵

Na tentativa de reaproximar-se o princípio da **justiça contratual ao da autonomia da vontade**, impunha-se à intervenção do Estado, em face do desequilíbrio que as relações de direito do consumo absorvem.

E, no caso das **negociações coletivas**, o próprio ente estatal, através de seu direito criado pelos órgãos competentes constitucionalmente, assegura aos chamados grupos intermediários o poder de elaborar normas jurídicas, as quais se materializam em **acordos e convenções coletivos**. Constata-se, assim, a intervenção do Estado no sentido de assegurar o **pluralismo jurídico**, viabilizando o equilíbrio entre os sujeitos que se relacionam nas **relações de consumo e nas de trabalho**.

A respeito da **justiça contratual**, temos a lição de Karl Larenz, ao reportar-se à interpretação dos negócios jurídicos. Partindo do pressuposto de que o contrato pode ter lacunas, ou que pode ser duvidosa uma dada questão que teria sido ou não estabelecida pelas partes, alude Larenz a uma interpretação contratual complementar, para o que são decisivos: o contexto total do contrato; um fim que as partes reconheçam para a celebração do mesmo e a situação de interesses, tal como se apresenta para cada um dos contraentes. E, neste quadro, impõe-se considerar se aquilo que as partes estão reciprocamente cobrando uma da outra atende a um sentido de **um justo equilíbrio de interesses**. Pois a lei – prossegue o autor de Metodologia de la Ciencia

²⁵ Schwab, Dieter. Op. cit., p. 26.

del Derecho – refere-se ao princípio da boa fé, como pauta da interpretação contratual complementar. Por ele, a regulação acordada pelas partes, sempre que o permitam as declarações das mesmas, há de interpretar-se em um sentido que, quando possível, seja justo para ambas. A regulação contratual é sempre, por certo, uma regulação justa; mas, quando deixa margem para uma interpretação, esta deverá ocorrer com vista a uma **“justiça do contrato”**.²⁶

Decorre da aplicação do **princípio da justiça contratual ou da razoabilidade**, a interpretação dos acordos e das convenções coletivos, observando os seguintes parâmetros:

- a) a interpretação deve atender mais à intenção das partes do que a manifestação literal de sua vontade;
- b) reputa-se integrante de toda relação jurídica de consumo ou de trabalho, ainda que não esteja expressa na convenção ou no acordo coletivo, a cláusula geral de boa-fé (CDC, art. 4^o, “caput” e inciso III e art. 51, inciso IV);
- c) as cláusulas ambíguas ou contraditórias devem ser interpretadas em favor do hipossuficiente (categoria profissional ou grupo de consumidores);
- d) interpretação com o máximo de utilidade das cláusulas decorrentes das negociações coletivas de trabalho e de consumo, em face da natureza econômica que permeia esses ramos do direito.

No **direito coletivo do trabalho, o princípio da justiça contratual ou do equilíbrio contratual, ou ainda, o da proibição de cláusulas abusivas** também é conhecido pela denominação de **princípio da razoabilidade**.

²⁶ Larenz, Karl. *Metodologia de la Ciencia del Derecho*. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1994, p. 296.

O princípio da justiça social ultrapassa a fase inicial da celebração das negociações coletivas, buscando uma correspondência entre as partes. Cumpre, portanto, uma função social. Seu intento é o de servir como mecanismo assecuratório de um equilíbrio material nos acordos e nas convenções coletivos.

Assim, ao reportar-se o **Código do Consumidor** ao justo equilíbrio, à equidade, a não aceitação da onerosidade excessiva, cuida de categorias reveladoras da vontade de efetivar o **princípio da justiça contratual**.

O princípio da justiça contratual completa-se com o da mudança das circunstâncias, ou seja, o **princípio da "cláusula rebus sic stantibus"**. Abrandando-se o princípio do *pacta sunt servanda* através da cláusula *rebus sic stantibus*, que fora esquecida desde a promulgação do Código de Napoleão mas passa a ser utilizada para coibir os abusos frutos da aplicação do princípio da força obrigatória do contrato, restaura-se o próprio equilíbrio contratual que deve ser mantido na negociação coletiva e nos contratos em geral.

Considerando-se a hipótese de celebração de acordos e convenções com prazos de razoável duração ou cuja execução não ocorre de forma instantânea, é possível que surjam modificações das circunstâncias que deram nascimento às suas cláusulas. Essas alterações das circunstâncias podem ser excessivamente onerosas para os contratantes. Não se cuida, na hipótese, de impossibilidade de cumprimento, vez que tal situação extingue a obrigação.

O **Código do Consumidor**, no art. 6º, inciso V consagra a cláusula *rebus sic stantibus* ao assegurar "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas." Tal norma resguarda ou conserva o contrato, ao mesmo tempo

em que assegura a justiça contratual, na medida em que vincula o pacto à **cláusula rebus sic stantibus**.

Estes aspectos demonstram que os acordos e as convenções coletivos de trabalho e os de consumo são atos em razão dos quais as partes têm o poder de autorregular seus interesses privados. O dado novo é o reencontro com o **princípio da justiça contratual**, o qual havia sido minimizado pela ênfase excessiva do individualismo jurídico.

A **boa-fé** nas relações entre particulares é um outro **princípio jurídico** a nortear as negociações coletivas.

Ainda que, nem o **Código Civil**, nem a **Consolidação das Leis do Trabalho**, o tenham formulado como uma regra de aplicação geral, o **Código Comercial**, embora datado de 1850, já possuía uma norma genérica sobre a boa-fé, precisamente a que trata da boa-fé na interpretação contratual, prevista no art. 131.

Diferentemente do **Código do Consumidor**, o **Código Civil** agasalha, em alguns artigos, a **boa fé subjetiva**: o pagamento indevido (art. 968); a posse (art. 490); o usucapião (art. 500); a construção e plantação (art. 546); a dívida de jogo (art. 1477); a aquisição *a non domino* (art. 622).

O **princípio da boa-fé** acha-se refletido em inúmeros artigos do **Código de Defesa do Consumidor**. Ele seguiu as premissas consagradas pela *AGB Gesetz* alemã. Estes dois diplomas foram mais avançados e abrangentes que a lei francesa (Lei 95-96, de 1 de fevereiro de 1995), posto que esta apenas alude, para a caracterização da abusividade da cláusula, ao desequilíbrio significativo entre direitos e obrigações das partes no contrato.²⁷

O art. 4º, *caput* do nosso **Código do Consumidor** consagra o **princípio da boa-fé** de forma implícita. Mas

o mesmo dispositivo, no **inciso III**, é explícito, ao afirmar que a harmonização dos interesses nas relações de consumo se dá sempre com base na boa-fé. E o art. 51, por sua vez, ao cuidar das cláusulas abusivas, diz, expressamente, no inciso IV que as estipulações que sejam incompatíveis com a boa fé são reputadas abusivas e, assim, nulas de pleno direito.

A **boa-fé**, no **Código de Defesa do Consumidor**, é **a objetiva**. Neste sentido, temos os ensinamentos de Antonio Junqueira de Azevedo.²⁸ E na mesma linha, acha-se Alberto de Amaral Júnior, o qual ainda acrescenta que este princípio foi implicitamente acolhido na **Constituição Federal, art. 3º, inciso I**, ao inserir a solidariedade social com um dos objetivos fundamentais do Estado democrático de direito. E diz mais: "Logo, este objetivo não é compatível com o princípio da autonomia privada (C.C., art. 81), sempre que esta propicie o arbítrio, cujo efeito é acarretar o desequilíbrio das posições contratuais".²⁹

Afirma Amaral Júnior que a **boa-fé**, como verdadeiro *standard* jurídico, requer a mediação concretizadora do intérprete, para que possam ser atendidas as exigências sociais de cada momento histórico. Com isto, não se consagra o arbítrio, posto que o hermeneuta orienta-se pelos princípios estabelecidos pelo **Código de Defesa do Consumidor**. Desta forma – conclui – a **boa-fé**, no plano contratual, tem por escopo impedir comportamentos abusivos, tanto ao celebrar-se, como ao executarem-se os contratos.³⁰

A **boa-fé** que orienta as negociações coletivas é precisamente a regra de conduta pautada na lealdade, na

confiança, no respeito à palavra empenhada, na honradez do compromisso.

A **boa-fé**, como **princípio** que se reporta aos atos jurídicos em geral, deve estar presente não só por ocasião da negociação coletiva, como também, ao celebrar-se a convenção e no curso de seu cumprimento. Como adverte Ruprecht, devem ser evitadas situações confusas ou duvidosas, para o que cada parte precisa proceder com lealdade.³¹

Também João de Lima Teixeira Filho, ao cuidar desse princípio, diz que sua existência resulta até de **presunção *juris tantum***. E exemplifica, na negociação coletiva do trabalho, como uma conduta de má-fé, aquela em que o empregador faz concessões mais onerosas por poder repassá-las a terceiros, que assumem um ônus sem que tenham participado das discussões. Entende – com acerto – que este tipo de comportamento "... desvirtua a negociação coletiva, como processo de amadurecimento social e de realização de justiça entre empregador e seus empregados. Quem assim negocia não preza o princípio da boa-fé".³²

Ainda em consideração ao **princípio da boa-fé**, as partes, em uma negociação coletiva, devem, mesmo na fase pré-contratual atuar dentro da mais restrita lealdade. Consideram-se, assim, envolvidas pelo princípio em questão, as propostas dos negociadores, suas ofertas, os dados preliminares apresentados e o respeito recíproco, no sentido de não serem geradas expectativas falsas.

Importa ainda afirmar que o instrumento normativo em que repousarão as condições que foram negociadas pelas partes deve ser claro, objetivo, evitando tornar-se fonte

²⁷ Marques, Claudia Lima. "Nova Lei Francesa sobre Defesa do Consumidor - A transformação da Diretiva Comunitária sobre Cláusulas Abusivas". In Revista do Direito do Consumidor, n. 17, Jan/mar/96, p. 362-3.

²⁸ Azevedo, Antonio Junqueira de. "Responsabilidade Pré-Contratual no Código de Defesa do Consumidor: Estudo Comparativo com a Responsabilidade Pré-Contratual no Direito Comum". In Revista de Direito do Consumidor, n. 18 - 1996, p. 23-31.

²⁹ Amaral Júnior, Alberto. *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1993, p. 254-5.

³⁰ *Idem*, p. 254-5.

³¹ Ruprecht, Alfredo. *Op. cit.*, p. 309.

³² Teixeira Filho, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. Ed. Ltr Ltda., São Paulo, 1996, V II, p. 1139.

de novos conflitos. É que as convenções e os acordos coletivos têm por finalidade fazer nascer um direito para as partes, estabelecendo normas dotadas de equilíbrio, jamais o de servir para engendrar conflitos.

Um outro **princípio norteador das negociações coletivas**, quer as trabalhistas, quer as de direito do consumidor, é **o da informação**.

Na visão de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro Coimbra, o dever de informação "...visa dar corpo à materialidade das situações em jogo, proteger a confiança e introduzir, nas situações singulares, vectores gerais do sistema;..."³³

Com efeito, as partes, ao demonstrarem o intento de negociação, devem ter o direito recíproco de serem informadas.

Nas **negociações trabalhistas**, o sindicato dos trabalhadores, para poder formular uma pauta de reivindicações, precisa conhecer as reais condições das empresas ou da empresa com quem vai firmar um pacto. É necessário que esteja ciente da capacidade dos empresários de assumirem os compromissos econômicos e jurídicos que são negociados.

No campo das negociações de consumo, o direito à informação também é posto como um verdadeiro princípio orientador. Trata-se de um direito que a Resolução das Nações Unidas, art. 3º, alínea "c" estabeleceu como sendo inerente ao consumidor. Na lição de Gabriel Stiglitz devem ser informações adequadas, que permitam fazer escolhas bem fundadas, sob pena de não ser respeitado o imperativo da **justiça contratual**. Daí porque, prossegue esse autor, as legislações especiais dos vários países proíbem a publicidade que promova produtos e serviços, atribuindo-lhes características, qualidades e comprovações, resultados e certificados

distintos dos que realmente possuem, objetivando impedir que a parte incorra em engano, confusão ou erro. Neste sentido, a lei venezuelana de 1974, art. 7º; a lei mexicana, art. 5º e a lei argentina, arts. 5º e 9º.³⁴

O **Código de Defesa do Consumidor** cuida de forma ampla sobre o **dever de informação**, notadamente ao tratar da questão pertinente à **publicidade**, vedando a enganosa e a abusiva (**Seção III, Capítulo V, Das Práticas Comerciais**).

Conforme leciona Eduardo Gabriel Saad, o CDC atendeu, de certa maneira, à recomendação da Conferência de Estocolmo, de 1967, que revisou parcialmente a Convenção de Paris. Pelo § 4º do art. 37 do CDC temos que, ocorrendo publicidade enganosa ou abusiva por parte do fornecedor de produtos ou de serviços, o consumidor poderá pleitear indenização por danos sofridos, bem como a abstenção da prática do ato, sob pena de execução específica, para o caso de inadimplemento, sem prejuízo da sanção pecuniária cabível e da contrapropaganda, que pode ser imposta administrativa ou judicialmente.³⁵

E, tal como o **princípio da boa-fé, o da informação** orienta as negociações mesmo em sua fase pré contratual, tanto que o **CDC**, em seu **art. 30**, estabeleceu que a informação suficientemente precisa obriga o fornecedor que a fizer, integrando o contrato que for concluído. A **informação**, portanto, nessas condições, gera, na hipótese de celebração de um acordo ou convenção, um direito potestativo para o consumidor.

Um aspecto a que a doutrina trabalhista dirige seus cuidados é acerca do **dever de confiança**. Considerando a indispensabilidade de as partes obterem informações precisas

³³ Rocha, Antonio Manuel e Coimbra, Menezes Cordeiro. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Livraria Almedina, 1984, V II, p. 1291.

³⁴ Stiglitz, Gabriel. "O Direito Contratual e a Proteção Jurídica do Consumidor". In *Rev. de Direito do Consumidor* (1): 184-199, Março/92.

³⁵ Saad, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Ed. Ltr Lda., São Paulo, 1997, p. 318.

sobre os pontos cruciais da negociação, notadamente os sindicatos acerca das condições e capacidade dos empresários, é que se vem tentando construir um dever de guardar sigilo sobre essas informações.

Efetivamente, em uma economia de mercado, onde a livre concorrência e liberdade de iniciativa são os seus pilares, entendemos que tanto a regra que aponta para a informação criteriosa e verdadeira, como a do dever de confidência sobre dados fundamentais das empresas devem ser respeitadas.

Sobre esta questão, adverte João de Lima Teixeira não ser razoável o empregador recusar-se em fornecer informações ao sindicato, sob o pretexto que são secretas, nem, tampouco, exigir-se da empresa a exposição ao risco, ao transmitir a outra parte informações estratégicas de sua atividade. Daí, porque, ele entende serem informações legitimamente exigíveis aquelas que guardem pertinência com as matérias postas em negociação.³⁶

Paulo Luiz Neto Lôbo, analisando **os princípios fundamentais do sistema jurídico**, diz que são os relevantes, em face das condições gerais, à concretização da boa-fé e da equidade, realçando o da confiança.³⁷

Consideramos que deve existir um dever de guardar o sigilo quanto às informações fornecidas pela empresa ao sindicato no processo negocial. Em outras palavras, da mesma maneira que se protege o direito de informação, o dever de guardar sigilo sobre as informações necessita de reserva. Resguarda-se, desta maneira, a confiança, base para as negociações coletivas. Ocorre, todavia, que nem a CLT, nem o CDC contêm normas jurídicas acerca do dever de confidencialidade das informações que as partes obtêm umas

das outras nas negociações coletivas. Desta forma, deve ser entendido que os casos concretos resolver-se-ão à luz do princípio geral que se contém no art. 159 do Código Civil Brasileiro.

Ao lado desses princípios, temos ainda o Princípio da Solidariedade Social, também denominado de Princípio da Paz Social ou da Cooperação, a dirigir as negociações coletivas.

Judith Martins Costa, ao analisar a presença desse Princípio, no direito do consumidor, faz expressa referência à nossa Constituição da República, a qual, no art. 3º, inciso I, declara ser um dos objetivos fundamentais da nossa nação, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária.³⁸

É, efetivamente, havendo a lei maior do país sustentado seus objetivos na concretização de uma sociedade livre, justa e solidária, as leis infraconstitucionais devem orientar-se de acordo com aquela.

Neste sentido, é a lição de Nelson Nery Júnior, ao destacar o papel dos princípios no interior do sistema. Os princípios fundamentais decorrem de uma opção do sistema jurídico, que levou em consideração aspectos políticos e ideológicos. São a base do sistema jurídico ao qual pertencem e sua violação consiste em mal mais grave do que a transgressão da norma. Não se fundam, portanto, em critérios técnicos e lógicos.³⁹

Sobre este princípio, que João de Lima Teixeira prefere chamar de **Paz Social**, ele afirma corresponder a uma trégua implicitamente assumida pelos contratantes ao celebrarem um acordo ou convenção coletiva. Em face do mesmo há uma

³⁶ Teixeira Filho, João de Lima. Op. cit., p. 1133.

³⁷ Lôbo, Paulo Luiz Neto. *Condições Gerais do Contrato e Cláusulas Abusivas*. Cap. V II, p. 164-5.

³⁸ Costa, Judith Martins. "Crise e modificação da idéia de contrato no Direito Brasileiro". In Rev. de Direito do Consumidor (3), Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, setembro-dezembro/92, p. 141.

³⁹ Nery Júnior, Nelson. *Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. In Rev. de Direito do Consumidor (3), Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, setembro-dezembro/92, p. 46-8.

obrigação de manter a paz, enquanto vigente o instrumento normativo.⁴⁰

Ruprecht, por sua vez, alude ao princípio da cooperação, conferindo-lhe as características de solidariedade e de paz social. Diz ele que o princípio da contradição deixou de ser intocável, na negociação coletiva e, em seu lugar, despontou o da cooperação. Sem negar o caráter conflituoso dos interesses patronais e os dos trabalhadores, faz menção à necessidade de se propiciar o funcionamento da empresa, o que confere segurança aos empregados, que têm no trabalho sua fonte de subsistência.⁴¹ Mais adiante, embora sem mencionar como princípio, mas, sim, como uma das finalidades da negociação coletiva, alude o mesmo autor à manutenção da paz social. E assevera que "...por meio da negociação coletiva procura-se encontrar o bem comum, uma justiça que leve o binômio capital-trabalho à desejada convivência política".⁴²

Alfred Hueck e H.C. Nipperdey igualmente se reportam ao fato de que o Direito coletivo do trabalho realiza uma decisão pacífica dos conflitos laborais, sendo o dever de paz imanente aos contratos coletivos, o qual é também um tratado de paz e deve eliminar, durante o tempo de sua vigência, os conflitos laborais, no interesse de uma adequada marcha da economia.⁴³

Um dado importante a ser ressaltado ao analisarmos o princípio da Paz Social é que ele, embora consagrando o princípio vigorante no direito brasileiro do *Pacta Sunt Servanda*, admite a aplicação da teoria da imprevisão. É isto acontece no direito do trabalho e no direito do consumidor. Assim, embora as partes devam cumprir o quanto

pactuado na negociação e que fez surgir um acordo ou uma convenção coletiva, ocorrendo desequilíbrio para um dos contratantes, em consequência de fatos imprevisos, pode deixar de ser realizada a obrigação. Nestes casos, feriria o princípio da justiça contratual e o da boa-fé que orientaram a negociação, conservar a cláusula que gerou um desequilíbrio.

Tem sido proposta na doutrina, quando ocorrentes fatos imprevisos, a reabertura de uma nova negociação, a fim de que equacionem-se as matérias e celebrem-se normas jurídicas novas em substituição às que não mais podem ser cumpridas, em respeito à teoria da imprevisão, oriunda do Direito Francês.

5. Conclusões em busca de negociações coletivas comprometidas com uma nova realidade social

A primeira conclusão que se nos oferece é a de que se pretendemos realmente intensificar a vertente do direito assentado na autonomia privada coletiva, esta deverá ter como pressuposto a necessidade de cooperação ou de paz social. Este princípio norteador da negociação coletiva revela que a competição é desestruturadora, ao contrário da cooperação, que é aglutinadora, capaz de aproximar os homens e os grupos sociais.

Fruto desse processo de coesão social, brota a segunda conclusão: a de que a sociedade é pluralista, com o que os conflitos de interesses não têm apenas uma vertente econômica mas, também, política. Ignorar este dado é tentar ocultar a própria história, vez que existente, desde a antiguidade clássica, essa dupla ordem normativa, posto que ao lado de um direito do Estado, havia o direito natural.

Desta forma, as negociações coletivas, como processo de interação social e de expressão do pluralismo jurídico e político no interior do Estado, podem auxiliar a corrigir as falhas do mercado, no sentido de minimizar os desequilíbrios.

⁴⁰ Teixeira Filho, João de Lima. Op. cit., p. 1134.

⁴¹ Ruprecht, Alfredo J. *Relações Coletivas de Trabalho*. Ed. Ltr Ltda., S. Paulo 1995, p. 261-2.

⁴² *Idem*, p. 266.

⁴³ Hueck, Alfred e Nipperdey, H. C. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Editorial Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 253.

A sociedade capitalista atual, estruturada no individualismo e nas velhas idéias herdadas do liberalismo econômico, ao qual os grupos políticos dominantes vêm conferindo uma nova roupagem, sob o nome de neoliberalismo, tenta impor a subordinação dos interesses humanos em face do capital, elevado à categoria de valor supremo da vida dos povos.

Não há, nesse modelo neoliberal, uma posição de igualdade entre os contratantes. Provocada pelas próprias leis do mercado, onde as regras da livre concorrência e da iniciativa privada não são exercitadas, em face da pressão da grande massa concentradora de capitais, homens, grupos e nações são desiguais.

Neste quadro, onde o pluralismo jurídico e político têm papéis fundamentais, a atividade dos chamados grupos intermediários, entre estes os sindicatos e as associações de consumidores, ao lado dos partidos políticos, pode servir para conferir uma nova dimensão à democracia.

Em sendo assim, os organismos existentes no seio da sociedade, ao estabelecerem negociações coletivas devem atuar no sentido de tornar efetivos os postulados político-jurídicos da Constituição, como uma forma de aperfeiçoar a democracia. A realização dessas expectativas permite a integração social e a satisfação dos indivíduos e afasta os desapontamentos, reafirmando a cidadania.

Estes dados explicam todo o mecanismo jurídico de proteção desencadeado pelas normas postas pelo Estado e o recrudescimento dos processos negociais no seio da sociedade, criadores de normas de direito do trabalho e de direito do consumidor, dirigidas para a proteção ao hipossuficiente.

Como mais uma ordem de consideração, podemos afirmar que a força obrigatória dos Acordos e Convenções Coletivas, quer os de natureza trabalhista, quer os referentes

ao direito do consumidor decorre da própria pressão dos chamados grupos intermediários. Em outras palavras, é a vontade desses grupos sociais (sindicatos, associações) que confere, não só legitimidade, como eficácia às negociações. O fato de o Estado, através de seu direito positivo conter previsão acerca da existência desses entes coletivos e autorizá-los a celebrar acordos e convenções coletivos é apenas um elemento de ratificação, sendo inservível, por si só, a conferir obrigatoriedade aos pactos. Há um temor, respeito e compromisso recíprocos no sentido de procurar cumprir a palavra empenhada, de observar as cláusulas contratuais conjuntamente construídas, por parte dos interlocutores sociais.

Importa ainda lançar, como uma quarta ordem de consideração, a título de conclusão: o direito, fundado no princípio da isonomia, deve tentar buscar os dados de semelhança entre os homens e os grupos sociais, considerando que a igualdade é um elemento meramente ideal e não real.

Pode-se dizer que as negociações coletivas atuam no sentido de:

- a) redirecionar a democracia material no Estado;
- b) servir como mecanismo para o exercício do pluralismo político;
- c) harmonizar os princípios da Constituição Federal, art. 1º;
- d) melhorar o desempenho do livre mercado e da organização sócio-econômica da sociedade;
- e) alcançar o equilíbrio real nas relações contratuais individuais;
- f) solucionar as lides coletivas.;
- g) agir como elemento criador do princípio da "paridade ou identidade de armas" (Dieter Schwab);
- h) constituir-se como fonte autônoma de criação de direito;

- i) garantir ao hipossuficiente o efetivo acesso à justiça contratual e à justiça institucional, na medida em que pode agir através de grupos de representação.

O modelo político que legitima o Estado é o democrático, o qual exige o pluralismo político e jurídico. Os processos de regulação social se ampliam e se alternam, sem que seja alijado o papel formal e material do ente público estatal.

A perspectiva, portanto, é a de que o Estado Constitucional, mostrando-se como uma regulamentação jurídica formal e material, seja capaz de conviver e estimular o deslocamento da criação normativa para outros eixos: a sociedade civil, as associações, os sindicatos, as organizações não governamentais, contribuindo para que a cidadania e a valorização do homem sejam dados reais e o Estado democrático de direito uma verdade.

6. Bibliografia

- AMARAL JÚNIOR, Alberto. *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira. "Responsabilidade Pré-Contratual no Código de Defesa do Consumidor: Estudo Comparativo com a Responsabilidade Pré-Contratual no Direito Comum". In Revista de Direito do Consumidor (18).
- AZEVEDO, Antonio Junqueira. "A Boa-Fé na Formação dos Contratos". In Revista de Direito do Consumidor (3). Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, setembro-dezembro 1992.
- COSTA, Judith Martins. "Crise e modificação da idéia de contrato no Direito Brasileiro". In Revista de Direito do Consumidor (3). Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - setembro-dezembro, 1992.
- GOMES, Orlando. *Curso de Direito do Trabalho*. Editora Forense, Rio - São Paulo, v. II, 1975.
- HUECK, Alfred e NIPPERDEY, H.C. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1994.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. "Contrato e Mudança Social". In Revista dos Tribunais (722), dezembro de 1995.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. *O Contrato: Exigências e Concepções Atuais*. Editora Saraiva, São Paulo, 1986.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. Editora Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, 1995.
- MARQUES, Cláudia Lima. "Nova Lei Francesa sobre Defesa do Consumidor - A Transformação da Diretiva Comunitária sobre Cláusulas Abusivas". In Revista de Direito do Consumidor (17), janeiro - março de 1996.
- NERY JÚNIOR, Nelson. "Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor". In Revista de Direito do Consumidor (3). Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, setembro-dezembro, 1992.
- OLEA, Manuel Alonso. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994.

- ROCHA, Antonio Manuel e COIMBRA, Menezes Cordeiro. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Livraria Almedina, Coimbra, 1984, v.II.
- ROLL, Eric. *História de las doctrinas economicas*. Fondo de Cultura Economica, Mexico, 1958.
- RUDIGER, Dorothee S. "A Teoria da Autonomia Privada Coletiva: Do Direito Sindical ao Direito dos Grupos Intermediários". In RT-727 - maio de 1996 - 85 ano.
- RUPRECHT, Alfredo J. *Relações Coletivas de Trabalho*. Editora LTR, São Paulo, 1995.
- SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Editora LTR Ltda., São Paulo, 1997.
- SCHWAB, Dieter. "Liberdade Contratual e Formação de Contratos Ex Vi Legis". In AJURIS. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (39), março de 1987, Porto Alegre.
- STIGLITZ, Gabriel. "O Direito Contratual e a Proteção Jurídica do Consumidor". In Revista de Direito do Consumidor (1), março de 1992.
- TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições do Direito do Trabalho*. Editora LTR Ltda., São Paulo, 1996, 16ª edição, vol. II.
- WILHELMSSON, Thomas. "Regulação de Cláusulas Contratuais". In Revista de Direito do Consumidor.
- ZAJDSZNAJDER, Luciano. *Teoria e Prática da Negociação - Política de Negociação*. José Olympio Editora, Rio de Janeiro, 1985.

O SIGNIFICADO DA CONSTITUCIONALIDADE: NOTAS PARA UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA

Fabiano André de Souza Mendonça
Mestrando na Faculdade de Direito do Recife -
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.
Professor e Advogado da Universidade Federal
do Rio Grande do Norte - UFRN.

SUMÁRIO

1. A interação social: implicações jurídicas.
2. A Constituição como utopia.
3. A Constituição como fato social.
4. A natureza constitucional.
5. Constituição e sociedade: controle e mudança no espaço social.
- 5.1. O Controle Social.
- 5.2. A Mudança Social.
6. Bibliografia.

A interação social: implicações jurídicas

A vida do homem é o conjunto de suas relações, pois este mantém-se socialmente em constante contato com os demais. Para tanto, a comunicação é feita por meio da exteriorização de um padrão mental produzido pelo indivíduo, tido aqui como principal pólo da interação social; entendida como o processo de exteriorização do mental humano dirigido a um pólo receptor, não absolutamente passivo. Como ver-se-á adiante, poderão também os objetos atuarem como pólos da interação mental.

De maneira sintética, esse padrão mental humano é composto de sentimento de agradabilidade, informado por

uma idéia acerca do que deve ou não deve ser, que será sempre desejada. Portanto, pode-se reduzir o pólo interativo ao conjunto de sentimento, idéia e vontade, dito simplesmente complexo ou composto *siv'*.

Por comunicar sempre um padrão acerca do **dever ser**, é que se pode chamar o mental exteriorizado de **norma social**. Assim, as normas sociais fazem-se responsáveis pela interação básica entre dois pólos mentais *siv*. Essa exteriorização do pensamento é função da **linguagem**.

Daf a importância do papel da mesma para a existência do gênero humano. A linguagem é o meio do qual o homem utiliza-se para expressar qualquer sentimento, idéia ou vontade. Elementos indissociáveis por natureza e separáveis apenas para efeitos científicos ou didáticos, a cuja manifestação o indivíduo não consegue resistir, tal é a violência das relações sociais. Violência não no sentido físico, mas no sentido da **indeclinabilidade de exteriorização** do composto *siv*, seja por que meio for: oral, escrito, gestual, etc. Caso contrário, o homem estaria renunciando à sua própria natureza, sendo mero objeto dos elementos naturais, sem sua principal característica de abstração e racionalidade, visto que sua mente restaria em absoluta falta de interação, sem reagir aos vários fatores externos de estímulo ou proporcionar qualquer fato, sendo então inexistente a vida social.

Portanto, a linguagem, em suas duas principais formas, oral e escrita, é o meio de comunicação utilizado pelo homem para exteriorizar suas emoções, pensamentos e volições.

Inicialmente, ater-nos-emos à linguagem escrita por ser a forma primordial de manifestação do jurídico numa sociedade complexa, se se quer obter o valor segurança.

1 É o que trabalham e expõem, em ritmo de pós-modernidade. Cláudio e Solange Souto em: **A explicação sociológica: uma introdução à Sociologia**. São Paulo: EPU, 1985. *passim*.

O processo de interação social poder-se-á dar entre um pólo *siv* orgânico, biopsíquico e móvel, que é o indivíduo e um meramente físico, como uma transmissão televisiva ou as leis, aqui entendidas sem rigor técnico, podendo ser qualquer manifestação impositiva de conduta. Neste caso, o pólo físico funciona ativamente e o orgânico em função **predominantemente** passiva.

Diz-se "predominantemente" dada a natureza mental complexa do indivíduo que, em suas sucessivas interações com o meio, impede-o de ser absolutamente passivo ou absolutamente ativo na relação, a qual é marcadamente receptivo-ativa, numa constante permuta de padrões sociais. No caso, o que se dá é que naquela específica interação não haverá **reciprocidade** entre os pólos interagentes.

Note-se que, por menor que seja o *quantum* de ação frente ao pólo físico da relação, esta é fundamental para que se processe qualquer mudança social. Visto que, se é indeclinável sua exteriorização é porque o é ela mesmo. Assim, a capacidade do ser humano de raciocinar e de reduzir a abstrações o seu meio ambiente será a principal causa e meio do processo de mudança social, como será melhor tratado adiante.

Neste ponto, impossível não comparar com a **argumentação** da maneira como a trata a psicologia cognitiva, consoante expõe Selma Santos². De fato, a argumentação, tomada como processo para a produção de argumentos (conjunto de proposições em que uma é início e outra conclusão), é um processo "socialmente motivado"³ de diálogo entre **pontos de vista** diferentes, tendentes, cada qual, a se impor.

A importância da visão da interação social como argumentação é o seu caráter racional. Pois, sendo o argumento voltado para convencer outro indivíduo ou

2 "A construção de argumentos no cotidiano", in: DIAS, Maria da Graça, SPINILLO, Alina G. **Tópicos em psicologia cognitiva**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1996, especialmente p. 45/52.

3 F. H. van. Eemeren et al. *apud* SANTOS, Selma Leitão: *ob. cit.*, p. 48.

submeter ponto de vista oposto, ele busca a submissão pelo cotejamento das idéias postas em embate. Busca um **juízo racional** dos argumentos (produto da argumentação-processo). É uma busca de conteúdos, de um **critério de racionalidade**. Finaliza a citada autora por dispor que esse critério deve ser um consenso racional entre o argumentador e o interlocutor, sob pena de tornar "sem sentido a própria atividade argumentativa"⁴. Enfim, um outro ponto que se torna relevante é a visão de que "o raciocínio humano é sensível aos contextos de sua ocorrência"⁵. Dado obtido por meio de pesquisas empíricas com situações naturais e de laboratório.

Ressalte-se que a padronização mental produzida pelo elemento conhecimento é de maior poder aproximador no espaço social⁶.

Assim, vê-se que a interação pode dar-se entre um pólo orgânico psíquico e um objeto. Isso porque o objeto guarda em sua forma determinada característica sensível ao indivíduo, passível de proporcionar-lhe um sentimento de agradabilidade ou de desagradabilidade. Esse objeto poderá tanto ser natural como produto da ação humana, caso específico em que, com maior ou menor grau de intensidade, foi desejo imprimir-lhe algum efeito sensível, que se caracterizará pela transmissão de determinada norma social. Portanto, o objeto em geral poderá ou não ter sido criado com a finalidade específica de conter uma mensagem, caso em que ele se equipara a um código utilizado pelo indivíduo que o talhou.

Kelsen⁷ menciona o problema na distinção entre o objeto das ciências naturais e o objeto da ciência jurídica.

4 *Ibidem*, p. 49-50.

5 *Ibidem*, p. 52.

6 SOUTO, Cláudio: *Ciência e Ética no Direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre: Safe, 1992, p. 104.

7 KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 03. "Um ato de conduta humana, porém, pode muito bem levar consigo uma auto-explicação jurídica, isto é, uma declaração sobre aquilo que juridicamente significa".

Nestas, o objeto teria uma tendência à auto-explicação, já contendo em si uma indicação para o cientista acerca de seus fins, ao passo que, diversamente, nas ciências naturais, caberia ao cientista perquirir-lhe todas as qualidades.

Tal raciocínio já encaminha para o estudo da norma jurídica, do Direito formal, da lei.

Pois que, podendo o homem imprimir significado perceptível aos objetos, utilizando-os como signos dotados de forma e conteúdo, vê-se o surgimento de inusitada figura: a lei. Se bem observada, a lei vem a atender o íntimo desejo humano da perpetuação, o impulso de conservação individual e da espécie, "o homem deve ser e desenvolver-se"⁸.

É ela o receptáculo por excelência do complexo *iv* no campo jurídico, em substituição ao indivíduo, é o **ser artificial**. E não nenhuma técnica moderna das ciências naturais. É a caixa que conterà a essência, ou a fumaça, de determinado pólo ou pólos mentais exteriorizados. Dá-se então a elaboração de um padrão de relacionamento social a ser continuamente ressuscitado e incorporado pelas novas gerações, num contínuo processo de clonagem.

Entendendo por fenômeno social tudo aquilo que se exterioriza através de interações sociais, é imprescindível a colocação do fenômeno jurídico como objeto de Sociologia aplicada.

Para tanto, utilizar-se-á no presente trabalho o conceito de Direito desenvolvido por Cláudio e Solange Souto⁹ por abranger um insofismável conteúdo sociológico, partindo da análise do indivíduo em seu relacionamento com a sociedade. Visto que se ele é medida e fim do Direito, por que não também será o seu nascimento?

8 V. SOUTO, Cláudio: *Ciência e Ética do Direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre: Fabris, 1992, *passim*; onde o autor coloca esse postulado como inerente à natureza humana.

9 *Sociologia do Direito: uma visão substantiva*, 2 ed. Porto Alegre: Safe, 1997, *passim*.

Pois, na linha do já exposto, a importância de um fato será medida na proporção dos efeitos que o mesmo tiver no meio social. Um fato são seus efeitos, como ele se apresentou aos seus circundantes, que poderão nem o ser no sentido de espaço físico. Hoje as distâncias, como dificuldade para alcançar outro local, podem ser medidas pelo tempo de uma mensagem via *fax* ou de ligação à *Internet*, que enquanto *bits* nem ocupam espaço. Há ainda a distância social como medida da semelhança sentida pelos pólos interagentes com relação à determinada norma comunicada¹³. O evento em si rende-se à indefectível ação do tempo e ao esquecimento por um processo natural de afastamento.

Todavia, não se pretende com isso esquecer da busca de um conceito que oriente as investigações. É imprescindível a existência de um parâmetro mínimo de observação. E é com essa intenção que, nos primeiros capítulos, procede-se a uma interpretação das diversas conseqüências da existência de uma Constituição, para emoldurar-lhe os elementos. Sempre lembrando que não é escopo do presente trabalho apresentar um conceito de Constituição, o que exigiria aprofundamento próprio, mas as conseqüências de falar-se de **Constitucionalidade** de determinada norma, seja ela ou não jurídica. De modo a ressaltar pontos da teoria sociológica comumente afastados da especulação constitucional.

A Constituição como Utopia

Antes de mais nada, a Constituição deve ser encarada como um corpo de normas catalisador das aspirações do povo, de maneira generalizada, ou de determinado grupo dominante num momento histórico. Acima de tudo ela é um símbolo do sistema vigente. Reflete todas as transformações sociais por que passa o grupo.

13 SOUTO, Cláudio, SOUTO, Solange: **A explicação sociológica: uma introdução à Sociologia**. São Paulo: EPU, 1985, p. 76.

Nesse quadro, ela representará um ideal ao qual se dará um caráter de intangibilidade, melhor dizendo de relativa imutabilidade. Pelo que ela será, necessariamente, utópica, por descompasso com a realidade¹⁴. Seja progressista ou retrógrada. Esse o sentido em que a palavra Utopia será utilizada no presente corpo. Como um conjunto de idéias que busca a sua imposição com vistas a alterar a realidade existente no meio social.

Para Herkenhoff, tratando do tema, "o presente pertence aos pragmáticos". O futuro é "da nau que não conhece horizontes"¹⁵.

Ademais, há de se ver que, da mesma maneira que, se acaso o presente for o futuro de um passado que parece não ter sido feliz em suas escolhas, ele também nada mais é do que o passado longínquo (e talvez esquecível) de um futuro que não só chegará...mas que também passará.

Prosseguindo, Herkenhoff traça uma singela mas útil distinção entre Utopia e mito. Este teria por sentido esconder a verdade das coisas, alienando o homem. É uma "fantasia descomprometida". A Utopia teria a possibilidade de tornar-se realidade, seria uma "consciência antecipadora do amanhã"¹⁶.

Essa concepção de mito aproxima-se do que Cláudio Souto define como Ideologia, componente indissociável do homem como ser afetivo que é: "conhecimento errôneo ou, pelo menos, duvidoso, em virtude de seus condicionamentos sociais emocionalmente perturbadores da objetividade do conhecimento. Inclusive, e acentuadamente, pelos condicionamentos de classe social"¹⁷. Portanto, o cientista deve afastar-se do pensamento

14 MACHADO NETO, A. L.: **Sociologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva.

15 HERKENHOFF, João Baptista: **Direito e Utopia**. 2 ed. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 11.

16 *Ibidem*, p. 7.

17 SOUTO, Cláudio: **Ciência e Ética no Direito: uma alternativa de modernidade**. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 98.

ideológico devido ao fato deste impedir uma correta visão do fenômeno social, trazendo prejuízos ao processo criativo. A ideologia deve ser colocada, já que impossível essa "neutralidade axiológica", na escolha do tema a investigar e na aplicação dos dados de ciência. Devendo, o investigador, "domesticar" sua ideologia **durante** a atividade científica, controlando o *quantum* da mesma empregado¹⁸.

A Utopia tem íntima relação com valores, com o mundo da Filosofia, como conhecimento baseado em postulados metacientíficos. Daí, não ser impossível que venha a se tornar ciência, por meio da necessária comprovação científica. A Ideologia, então, trará em si o caráter de resistência aos dados científicos, é um conhecimento refratário à inovação científica, constituindo guia para o indivíduo na inexistência de dados de ciência empírica ou no domínio da paixão (da emoção). Diversamente do conhecimento filosófico-utópico com elevado grau de permissibilidade às mudanças, às inovações do campo científico.

Tratando do processo constituinte, Florestan Fernandes afirma que "as elites dirigentes são utópicas na representação do 'país ideal', mas muito objetivas na reprodução do 'país real'"¹⁹. Uma Constituição avançada, e fala-se aqui em seu sentido político, sublimaria desejos e anseios insatisfeitos, mantendo intocável o país real.

Novamente, toca-se no problema da eficácia. Desta feita, para ressaltar o papel dominador que pode desempenhar uma norma constitucionalizada qualquer. Em fato, por reger primordialmente expectativas de conduta, a

18 Cf. SOUTO, Cláudio: *O que é pensar sociologicamente?* São Paulo: EPU, 1987. (Edição Kairós), p. 14-6. *Idem*, "Direito Alternativo: em busca de sua Teoria Sociológica", in *Revista da ESMape*, Recife, v. 1, n. 1, jun. 1996, especialmente p. 41-6.

19 "Constituição para o 'país real'", in: _____: *A Constituição inacabada*. São Paulo: Estação Liberdade, 1989, p. 350.

Constituição põe-nas à disposição da sociedade como um todo, para que faça dela o uso de que necessitar.

Por vezes, trata-se de realizar um antigo desejo. Uma norma que pregue sua satisfação, em condições normais de apresentação, será claramente agradável. Como o texto constitucional tem o grande papel, formal, de elemento central e superior de todo o ordenamento jurídico, essa agradabilidade será transferida para o mesmo por um processo de difusão. Ou seja, por conformação ao controle social, o que será explorado adiante.

Como não se pretende esgotar o tema da diferenciação entre Ideologia e Utopia, dados os vários e abalizados posicionamentos existentes²⁰, a definição aqui adotada é a que mais se coaduna com os objetivos visados, de modo a permitir um perfeito estudo do problema inicialmente colocado.

Para tanto, em síntese, considerar-se-á como Ideologia um pensamento que carece de correspondência científico-empírica, ou seja, um pensamento errôneo, sem a nota da segurança que caracteriza o raciocínio científico, seja por fatores exógenos ou endógenos. É um pensamento "impuro", por estar contaminado por um filtro que lhe impede a correta observação da realidade.

Abre-se a pergunta: é possível, nesses termos, falar-se da existência de uma *Ideologia Constitucional*?²¹ A resposta parece ser parcialmente negativa frente ao posicionamento acima adotado.

O termo Ideologia Constitucional representaria os valores que foram consagrados ou inspiraram o processo

20 Ver, a título exemplificativo, DANTAS, Ivo: *Constituição Federal: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, v. 1, p. 21-2. E, sobre os conceitos de Karl Mannheim, MACHADO NETO A. L.: *Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva; para quem Utopia representa um conhecimento descompassado com a realidade, todavia, progressista, enquanto que Ideologia seria o pensamento de efeitos retrógrados.

21 DANTAS, Ivo: *Constituição Federal: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro, Renovar, 1994, v. 1, p. 21-2.

constituente. O que representaria um conceito diverso do adotado para a análise do presente trabalho. Assim, denominar-se-ia de Ideologia Constitucional a opção política feita pelo legislador com relação ao conjunto de idéias e princípios escolhidos para nortear a vida política do Estado. Todavia, nada impede que seja um conhecimento de índole ideológica.

Porém, malgrado essas observações, devido à plasticidade do termo e sua aplicação simples, abrir-se-á uma exceção no esquema antes exposto para consagrar o termo **Ideologia Constitucional** não em seu sentido de pensamento ideologizado, mas como ideário, conjunto de idéias, especificamente para o trato do tema constitucional. Deixando isso claro para evitar-se uma confusão terminológica.

Terá, então, íntima relação com a abordagem material da Constituição Política, a ser adiante tratada, sendo bússola imprescindível para a Dogmática Jurídica.

Constitui-se, assim, em precioso instrumento de mudança ou de controle social, conforme quem possa manipulá-la. Esse um aspecto de menção imprescindível para que se tenha uma **direita** visão do fenômeno constitucional.

Todavia, pode-se notar a presença de uma **ideologia constituinte** no sentido primeiro aqui adotado. É essa ideologia resultado do acalourado debate entre as diversas facções políticas de um país quando da elaboração de sua lei maior. Cada uma consegue colocar na Carta Política algum anseio de seus representados, por vezes, resultando mesmo na adoção de princípios e regras antagônicas.

É considerando essa ideologia constituinte que se pode dizer que a Constituição, enquanto objeto de estudo para o jurista, não pode ser considerada como ideológica. Vale dizer, para o cientista do Direito importa conhecer e entender as ideologias que nortearam a formação do texto

constitucional sem, contudo, deixar-se contaminar por elas. Apenas desse modo será possível a contínua adaptação de seus preceitos à realidade circundante.

Assim, pode-se dizer que a Constituição, enquanto resultado de um embate ideológico, resultará em um corpo de **preceitos míticos e utópicos**. Os mitos são princípios sem qualquer contato com a realidade, que invocam fatores extra-humanos, quiméricos, religiosos, etc. O mito é típico das sociedades arcaicas, nas quais "o objeto surge como receptáculo de uma força exterior que o diferencia de seu próprio meio, e lhe dá significado e valor." (...) "incompreensível, invulnerável, ela é aquilo que o homem não é. Ela resiste ao tempo; sua realidade combina com a perenidade"²², de modo que cria uma existência não-histórica, baseada em modelos eternos e fora de sua realidade. Nesse sentido, a lei, enquanto baseada num modelo celestial e transcendental será um produto típico de sociedades arcaicas²³.

Apesar de não se poder dizer que a legislação moderna busca amparo em fatores divinos, é reflexo dessa identificação o fato de se pretender que o Poder Judiciário limite-se a recriar no caso concreto a palavra do legislador. Pois, para tanto seria preciso que o legislador, constituinte ou não, fosse entendido como sacerdote de um ato de revelação divina que trouxe ordem ao caos; ato que caberia ao juiz, por meio de rituais, tão-somente, celebrar.

Tal não se coaduna com uma sociedade que tenha pretensões de progresso lastreado em dados científicos. É preciso que tais preceitos sejam tornados utópicos, para que daí seja buscada a sua concretização: os sonhos "sempre seguirão sendo sonhos; justiça, felicidade e paz"²⁴.

22 ELIADE, Mircea. **Mito do eterno retorno: cosmo e história**. Trad. por José A. Ceschin. São Paulo: Mercuryo, 1992, p. 18.

23 *Ibidem*, p. 36.

24 Splenger apud DANTAS, Mácio Vilar Ribeiro: **Introdução ao Direito: aspectos e reflexões sobre o estudo do Direito**. Natal: Nossa Editora: IBTI, 1996. (Coleção textos jurídicos, n. 2) p. 59.

Mas enquanto sonhos, eles comunicam seu sentido à realidade e não se pode escusar de buscar realizá-los com todos os meios à disposição, sob pena de negá-los no caso concreto.

Desse modo, a par dos mitos que já coexistem com a ideologia da constituinte, esta também possui suas parcelas míticas que devem ser extirpadas.

A Constituição como fato social

"Não há comunidade que não possua ordem jurídica; a ordem é um imperativo da existência humana, e as regularidades jurídicas são uma componente essencial dessa ordem. Mas o direito que se ensina na Universidade perdeu pouco a pouco o contacto com a vida real do povo, porque se baseia em três elementos que se abstraem mais a mais dessa vida. São eles a lei, com o seu carácter voluntarístico e não histórico; a Jurisprudência, àquela subordinada, que reflete muito mais o direito dos juristas que o direito das pessoas; e a doutrina propícia às abstrações e infensa à observação dos fatos." (José de Oliveira ASCENÇÃO, **Água Branca**, p. 5.).

Visando a precisar cientificamente o trabalho, deve-se fixar, de início, em que sentido será utilizado o vocábulo Constituição. Sem, contudo, buscar precisar o termo no campo do Direito Constitucional, mas tão-somente, indicar com a **suficiente** precisão de que é que se vai falar. Pois é preciso que se saiba de **que** é que se está a buscar efeitos.

Assim é que se denominará de Constituição, podendo ser utilizado outro adjetivo de igual significado, em sentido **complexo** ou **pragmático** ou **político** ao grupamento de normas, formalizada num texto único, ao qual é dada a supremacia dentro de dado ordenamento jurídico.

Essa Constituição política permitirá duas abordagens: uma material e uma formal. Aquela dizendo respeito ao seu conteúdo, enquanto que esta atinente à sua solenidade, ao modo da apresentação do conteúdo no mundo dos fatos.

Desse modo é que se chamará de **Constituição em sentido material** ao conteúdo das normas consagradas no texto constitucional. Vale dizer, Constituição, em sentido material, faz referência à matéria constitucionalmente consagrada, quer sejam princípios, quer sejam normas.

Todavia, essa Constituição é, por natureza, um ato formal. Portanto, por Constituição em sentido **formal** entende-se o texto legal tomado em seu aspecto exterior, sem observância de seu conteúdo. No caso, a forma manifesta-se na qualidade básica de **supralegalidade** do texto constitucional²⁵. Em um texto **fundamental** que serve a dar unidade sistêmica ao ordenamento jurídico, bem como, ditar padrões de integração quando necessário.

Note-se que, com isso, transpõe-se a vetusta discussão acerca de normas constitucionais materiais e normas constitucionais meramente formais, por dizerem respeito a matéria não constitucional. Pois esse posicionamento é nitidamente da época do Estado Liberal, onde se impunham determinadas obrigações absenteadas ao Estado, consagradas num texto mínimo, que, paralelamente ao Estado de Direito, coroavam o Liberalismo²⁶. O que não se coaduna com o atual Estado Intervencionista que passa a atuar nas mais diversas áreas, além dos direitos e garantias fundamentais. A distinção entre Constituição material e formal passa a ser, então, enfoque científico.

25 DANTAS, Ivo. **Constituição Federal: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. V. 1, p. 29-32.

26 V. DANTAS, Ivo. **Constituição Federal: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. V. 1; BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 6 ed. São Paulo: Editora Brasiliense S/A, 1995; LASSALLE, Fernando. **Que es una Constitución?** Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte, 1975.

Em contraposição a essa Constituição política, coloca-se a denominada **Constituição Social**, resultado do cotejo das normas com a fria realidade dos fatos.

Quando alguém que nunca viu uma mesa indaga "o que é uma mesa", essa pessoa quer descrições, delimitações que possibilitem figurá-la. Melhor colocando, quando se pergunta "qual é a constituição de uma mesa", de nada adiantará responder-se que "é de madeira". Que a mesa é constituída de madeira. É preciso **definir**. Dizer as matérias-primas, inclusive que forma adotaram, como se apresentam ao mundo dos fatos.

Dizer que é de madeira tem um caráter claramente formalista. De fato, de madeira também é a cadeira, um amuleto ou o cabo de um martelo. É necessário descrevê-la de modo que, em qualquer lugar possa ser identificada, independentemente de sua apresentação ou matéria-prima mesmo.

Noutras palavras, é imprescindível a compreensão do fenômeno jurídico. Pois, uma lei não é apenas lei, mas **lei interpretada**²⁷.

Como já se pode observar, o elemento central da discussão transfere-se para a **efetividade** das normas constitucionalmente postas²⁸. Lassale, com sua concepção sociológica da Constituição, sustenta²⁹ ser imprescindível a coincidência do texto constitucional com os **fatores reais de poder**, sob pena de, devido a essa inadaptação, deixar margem a reviravoltas políticas pelo grupo político que se mantiver organizado³⁰.

27 Torna-se de interessante menção a seguinte passagem do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (Supremo Tribunal Federal), no RE 158792-0/SP (DJU 16.06.97, p. 27.283): "A lei - todos o sabemos - nada mais é do que a sua própria interpretação. No poder de interpretar os atos legislativos, encontra-se a magna prerrogativa judicial de estabelecer o alcance e de definir o sentido da vontade normativa, que emanada do Estado, neles encontra meio idóneo de sua expressão formal".

28 "O Direito é; mas a medida do seu ser é dada pela sua realização" (MIRANDA, Pontes de: *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n° 1 de 1969*; arts. 1° a 7°, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, v. 1, p. 30).

29 *Que es una Constitución?* Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte, 1975, p. 40-1.

30 Acerca de críticas ao posicionamento de Lassale, v. HESSE, Konrad: *A força normativa da Constituição*. Trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sufes, 1991, *passim*.

Esse posicionamento coloca-se no plano de um reducionismo sócio-econômico passível de traduzir-se num sociologismo que afasta da discussão o aspecto dialético do relacionamento normas sociais-controle social³¹, bem como, o caráter complexo da realidade jurídica. Este apreciável sob os ângulos sociológico, dogmático ou formal e filosófico, apenas assim passível de compreensão³².

É de se acrescentar, ainda, o caráter formal que em verdade é empregado, contrariamente a um processo de racionalização sociológica. Pois falar em **fatores reais de poder** é um ponto vazio de conteúdo. Principalmente se for observado, prosseguindo nessa linha de raciocínio, que quem sempre governa são os fatores reais de poder. Como bem defende o professor germânico. Isso, a princípio, não nos coloca em nenhuma posição. Todavia, o grande mérito da visão colocada por Lassale está em enxergar o vazio do conceito formalista de Constituição, lançando-se em uma busca nesse sentido.

Desse modo, ele principia indagando por "o que é uma Constituição" para chegar à necessidade de perquirir o que é uma **lei fundamental** para concluir que é aquela que informa todo um sistema, ao redor dela formado, impondo um modo de ser necessário e irrefutável³³. Em suas palavras, é "alguna fuerza activa y eficiente, que influyá de tal modo en todas las leyes promulgadas en ese país, que *las obligue a ser necesariamente*, hasta cierto punto, *lo que son y cómo son sin permitirles ser de otro modo*"³⁴. Portanto, capaz de definir as reais estruturas e estado de um povo.

31 Cf. NEVES, Marcelo: *Teoria da Inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 50-60, falando em *infra* e *super*estrutura jurídica.

32 Cf. SOUTO, Cláudio: *Ciência e Ética no Direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 9-12. REALE, Miguel: *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 64-7.

33 LASSALLE, Fernando: *Que es una Constitución?* Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte, 1975, p. 12-3.

34 *Ibidem*, p. 14.

Outrossim, ele também aborda a problemática da conformação ou não das normas à realidade fática. Que de nada adianta elaborar uma "hoja de papel" sem alterar os fatores reais de poder. Ivo Dantas denomina tal problemática de **valor da Constituição**³⁵.

Gurvitch deixa ver que a autoridade, baseada na razão, é necessária por ser uma garantia social de efetividade do Direito.

Acerca do que denomina de *hecho normativo* e a Justiça que os governa, Gurvitch diz que servem a diminuir "el ardor de la experiencia de los valores haciéndola pasar por la frialdad de la inteligencia para combinarlos". Para ele, o Direito traduz-se na realização da Justiça, que terá por elementos a ordem e a segurança. Contra a alegação de ser o conteúdo do termo Justiça muito vago, ele argumenta que há tantos significados de Justiça quantos ordenamentos jurídicos houverem, cada um com seu sentimento de Justiça³⁶. Essa colocação é bastante útil para que se teça um posicionamento acerca da Constituição.

Se for dito que a Constituição é o repositário maior da **Justiça** de um povo, vê-se logo que poderemos dizer que cada povo terá sua Constituição e sua Justiça será aquela constitucionalmente consagrada. Tal posicionamento respeita as peculiaridades locais, todavia ainda é formalista. Malgrado essa ressalva, serve a assertiva para ressaltar o caráter político que é imprimido ao texto constitucional, dando ênfase ao seu caráter normativo inseparável de sua base ético-científica.

35 **O valor da Constituição:** do controle da constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. XX. "Fazendo referência do *Valor da Constituição* voltar-nos-emos à defesa de sua *eficácia*, isto é, ao fato de que os princípios e normas nele consagrados sejam, *realmente*, ocupantes de uma posição de destaque dentro do ordenamento jurídico-positivo do Estado - característica das Constituições Escritas - o que implicará na existência de mecanismos que possam ser utilizados todas as vezes em que alguma Lei ou Ato Normativo agrida o conteúdo da *Lex Magna*".

36 **Sociología del Derecho.** Trad. por Angela Romera Vera. Rosario: Editorial Rosario, 1945. p. 39 e segs.

Finalizando, tem-se, então, por **Constituição Sociológica** a conformação real dos fatos no cotidiano da sociedade. São as normas religiosas, jurídicas, costumeiras, injurídicas, etc. que regem a vida da sociedade.

Vale dizer, no que comporta um certo pessimismo; inclusive, devido ao fato de ser essa visão originária do **direito vivo**, que teve o mérito de, enxergando a sociedade por baixo do Estado, ver que as leis não eram eternas; que a Constituição é aquela do: "ganha, mas não leva"; do direito escrito mas impossível de ser realizado; das relações injustas; dos "sem direitos"; etc. Em nada se equivalendo ao descrito no texto legal.

A Constituição Sociológica parte do pressuposto de que, como normas não têm vida própria e, conseqüentemente, não podem sair por aí pregando e impondo o seu conteúdo, tais normas serão o que os homens fazem dela. Tanto o que fazem como o que percebem. Principalmente, o que percebem.

Para o homem comum do povo, a Constituição será a norma superior que se impuser a ele, que ele perceber no seu dia-a-dia. Todavia, não será diferente para quem cuida de impor a Constituição, porque ela será o que ele fizer.

Ou seja, há dois planos de visualização: a Constituição enquanto fruto da **aplicação** por parte dos órgãos estatais; e a Constituição enquanto fruto da **criação** dos indivíduos em sociedade. Note-se aí a inversão de fatores em relação à Constituição Política. Nesta, a criação fica a cargo do Estado e os indivíduos limitam-se a aplicá-la.

Se todos os atos da vida civil devem ter um encaixe mínimo e objetivo no ordenamento jurídico, cabe ao indivíduo que contrata, que faz uma compra-e-venda, fazer evoluir o preceito constitucional. Pois, a norma em si regula, não cria *ex nihilo*. Tem sempre em mente determinada situação fática pré-existente, sob pena de tirânica.

Quando, antes, designou-se a Constituição, além de política, de complexa, foi devido ao fato de o Texto Constitucional, em sua realidade prática, encerrar em si uma discussão análoga à que se trava no Direito propriamente dito³⁷. O Direito apaixonou-se por reunir sentimentos opostos em seu conteúdo. Mas o Direito, por buscar a certeza, deve lastrear-se na razão. Porém, esquecer as paixões é esquecer o que ele possui de humano. Pode-se até fazer Direito por poesia, por paixão, mas não se pode fazer Direito como se fosse poesia³⁸.

O fenômeno "Direito" comporta análises de cunho social, filosófico e dogmático em dinâmica interação. Do mesmo modo a Constituição também comportará essa colocação.

A natureza constitucional

Nota-se claramente que o conjunto de limites exposto para a Constituição política é de cunho formal, mesmo o de Constituição material, que se torna passível de qualquer imposição estatal. Portanto, essa é a Consti-

37 Nesse sentido, GURVITCH, *Sociologia del Derecho*. Trad. por Angela Romero Vera. Rosario: Editorial Rosario, 1945. p. 56: "El fenómeno jurídico es extremadamente complejo, su estructura llega a ser antinómica. Dentro de él están juntas antinomia y heteronomia, elementos ideales y elementos reales, estabilidad y movilidad, orden y creación, poder y convicción, necesidades sociales e ideales sociales, experiencia y especulación y, por último ideas lógicas y valores morales".

38 Ainda: "O fenômeno jurídico é uma realidade complexa, múltipla, variada e polifacetária, que encerra o real e o ideal, combina o material com o espiritual, o físico com o mental. Precisamos compreendê-lo tal como ele é. Simplificá-lo, muitas vezes, é diminuí-lo, reduzi-lo e amputá-lo" (DANTAS, Múcio Vilar Ribeiro: *Introdução ao Direito: aspectos e reflexões sobre o estudo do Direito*. Natal: Nossa Editora: IBTJ, 1996. [Coleção textos jurídicos, n. 2] p. 30). Em belíssima introdução, conclui Tercio Sampaio: "Introduzir-se ao estudo do direito é, pois, entronizar-se num mundo fantástico de piedade e impiedade, de sublimação e de perversão, pois o direito pode ser sentido como uma prática virtuosa que serve ao bom julgamento, mas também usado como um instrumento para propósitos ocultos ou inconfessáveis. Estudá-lo sem paixão é como sorver um vinho precioso apenas para saciar a sede. Mas estudá-lo sem interesse pelo seu domínio técnico, seus conceitos, seus princípios, é inebriar-se numa fantasia inconsequente." (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 25). Mais à frente: "O direito contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta" (*Ibidem*, p. 33).

tuição em sentido dogmático. Veja-se, agora, a Constituição em sentido sociológico, "material" por excelência.

Pois, para que bem e com segurança possa abordar-se o tema, é mister sua inclusão no quadro da Ciência Social do Direito de maneira rigorosa. É dever fixar o tema dentro de uma perspectiva lógico-sistêmica causal, buscando suas causas e o que o explicaria. A justificativa para a existência de uma distância social baseada na hierarquia³⁹. Ou seja, um órgão superior a ditar o que seria e o que não seria constitucional não só para um caso mas para várias gerações.

Em assim reconhecendo, vê-se que é impossível empreender-se uma compreensão do fenômeno jurídico sem aceitar que ele é, sobretudo, um fenômeno, um fato, social.

O aspecto filosófico tem o fim de dar-lhe bases firmes de conhecimento, possibilitar a sua existência científica. Pelo âmbito dogmático da Ciência Jurídica, obtém-se o quadrante normativo e suas respectivas implicações de certeza e controle social. Tem-se o seu encadeamento lógico manifesto por seu mais importante e imprescindível instrumento: a lei (*latu sensu*).

Todavia, faz-se necessário empreender esforço no sentido de desmistificar o relacionamento Direito-Sociologia, visto que ambos são ramos do conhecimento humano de indefectível correlação, no momento em que se dirigem ao estudo da conduta humana⁴⁰. Todavia, o estudo da Sociologia Jurídica tem sido repetidamente discriminado por ambos os grupos científicos.

Ora, o Direito é essencialmente evento social. Portanto, deve ser friamente observado com olhos sociais,

39 SOUTO, Cláudio: *Ciência e Ética no Direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre: Fabris, 1992. *passim*.

40 HERKENHOFF, João Baptista: *Direito e Utopia*. 2 ed. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p 20.

sem contaminação ideológica. Como tal, deve ser colocado num quadro rigoroso de proposições, postulados e teoremas em encadeamento lógico-causal, para que se possa bem compreender a sua fenomenologia⁴¹. Afinal, o Direito deve procurar uma crescente busca de racionalização, no sentido de uso da razão, da atenção a conteúdos.

Para tanto, veja-se o que se pode ter por grupo social. O grupo social é um conjunto de interatos dessa ordem onde haja um processo **associativo**, vale dizer, uma predominância do elemento agradabilidade partilhado pelos indivíduos de maneira estável e em índole permanente⁴².

Portanto, no seio desse grupo, existirão um sem número de normas de índole grupal que, por via do processo de socialização vão, paulatinamente, sendo interiorizadas no mental individual.

Pode-se, então, reduzir o grupo, defini-lo, de acordo com suas normas grupais. Esse será o conteúdo jurídico do grupo. O seu sentimento de agradabilidade conjugado com ciência empírica atualizada. Uma idéia constante acerca de algo que deve ser e uma semelhança subjetiva grupalmente partilhada.

Assim, todas essas normas atuarão em conjunto no **ser sendo** da sociedade. É esse conjunto de normas grupais que, de acordo com o Direito, dão o caráter social do grupo.

Nesse quadro, falar de uma norma que represente a estrutura básica, fundamental e necessária à subsistência organizada da sociedade, que não seja esse conjunto de normas grupais, parece ser um contra-senso. Pois impli-

41 SOUTO, Cláudio: **Ciência e Ética no Direito** - uma alternativa de modernidade. Porto Alegre: Fabris, 1992. Especialmente, p. 89-107.

42 SOUTO, Cláudio, SOUTO, Solange: **A explicação sociológica: uma introdução à Sociologia**. São Paulo: EPU, 1985. p. 125 e segs.

caria necessariamente em admitir uma norma superior a outra. Uma norma jurídica que seria mais verdadeira do que outra. Ou há verdade, ou não há verdade. A força dos fatos dispensa gradação, situando-se apenas num plano: o da existência.

A questão torna-se mais complexa se observado que, em sendo a Constituição **Política**, ela pode consagrar uma norma anti-jurídica ou mesmo extirpar do ordenamento uma jurídica. O que, conseqüentemente, iria de encontro à ciência empírica e ao jurídico.

Como não se deve igualar a Constituição, como topo do esquema lógico-normativo, ao Direito, é certo que ela não está adstrita a consagrar as normas grupais. É um ato de vontade do legislador constituinte que pode, inclusive, acrescentar-lhe uma norma de caráter puramente individual.

Devido à característica da supralegalidade, é ela a grande responsável por comunicar ao ordenamento jurídico os dados de ciência ou os valores que o informarão.

Dessa forma, situa-se ela num limiar que fica melhor identificado se a *Lex Legum* for observada como a **porta de entrada dos fatos no universo normativo**. A Constituição é assim um elo de ligação do fático e seus valores com o normativo⁴³.

Se, por um lado, é ela o ápice da pirâmide legal, por outro, representa o "baú" onde serão guardados para referência futura uma infinita gama de compostos *siv*. Visto que é ela que pode delimitar o que é ou o que pode vir a ser e de que modo, legal, portanto coercível a toda a sociedade⁴⁴.

43 Segundo Marcelo Neves, com base em Niklas Luhmann, a Constituição é um filtro estabelecido para servir de "vínculo" ("ligação", "acoplamento") estrutural (*strukturelle Kopplung*) entre política e Direito." (NEVES, Marcelo: **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 61-4)

44 "Na verdade, tem sido própria de todos os tempos a ânsia dos homens de criar ou descobrir uma "hierarquia" das leis, e de garanti-la. É a própria ânsia - ou um seu aspecto - de sair do continente, de "fazer parar o tempo", de vencer, em suma, o humano destino de perece transformação e de morte: as leis mudam, mas permanece a Lei.

Entendido o Direito como uma estrutura una e indivisa, com essa perspectiva sociológica vê-se de chofre que o mesmo não comporta a divisão de normas em constitucionais e inconstitucionais⁴⁵. As regras são ou não jurídicas. É necessário pautar-se por critérios de racionalidade. Acerca do relacionamento conhecimento científico-sociedade, diz Pontes de Miranda: "a Ciência não estabiliza, nem instabiliza, porque se compõe de enunciados de fato, que o homem ou grupo social acolhe ou não acolhe"⁴⁶.

Trata-se do duelo mutabilidade x estabilidade. Aquela entendida como as normas não consagradas ou vedadas constitucionalmente e esta como as normas "pinçadas" para seio da constitucionalidade.

Todavia, isso não deve levar ao ponto de ignorar as normas constitucionais, o que seria um sociologismo de todo prejudicial. Em verdade, o fato de existir um corpo normativo com pretensões de superioridade dentro da sociedade por si só justifica a análise sociológica do fenômeno.

Vale dizer, em determinado momento histórico, há um certo feixe de normas grupais a reger a sociedade. É do entrelaçamento dessas com as normas sociais que flue a estabilidade do grupo⁴⁷.

permanecem os Valores Fundamentais. E uma lei é injusta, logo não é lei, porque viola aqueles eternos valores. É esta, fundamentalmente, a doutrina que está na base de todo jusnaturalismo (...) eu creio firmemente que, se existe um dado, que torna grandiosa e fascinante a experiência jurídica moderna, ela está, exatamente na renovação tentativa "faustiana" de fazer parar aquele átimo fugidão." (CAPELLETTI, Mauro: **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. 2 ed. Trad. por Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Safe, 1992. p. 11-2).

45 Analogamente, no tocante ao relacionamento público-privado como coletivo-individual, v. SOUTO, Cláudio. SOUTO, Solange: **Sociologia do Direito: uma visão substantiva**. 2 ed. Porto Alegre: Safe, 1997. p. 239-40.

46 MIRANDA, Pontes de: **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n° 1 de 1969**, arts. 1° a 7°. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, v. 1, p. 3.

47 "Efetivamente, o legislador, além dos fatos que pretende disciplinar, integrando-os no enunciado de uma nova lei, estuda e compara esse projeto de lei com as leis já em vigor, de tal modo que a indução e a dedução, assim como a análise e a síntese, se conjugam e se completam, como sístole e diástole do coração do conhecimento." (REALE, Miguel: **Lições preliminares de Direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 84).

Ou seja, por esse ângulo, o grupo social pode ser reduzido a um conjunto de normas grupais que o representam, dando-lhe unidade. Pergunta-se: qual o papel da Constituição nesse meio?

De chofre, exsurge o fato de que uma Assembléia Constituinte, seja de que natureza for, democrática ou autoritária, faz, tão-somente, pinçar do meio social normas específicas e alçá-las à categoria da constitucionalidade. Uma sociedade complexa necessita da existência de um Direito Formal a embasar-lhe.

Pois, de início, apenas pode-se dizer que há normas jurídicas e não jurídicas. Atribuir superioridade de uma sobre a outra, é atribuir proeminência dentro da sociedade a determinado preceito, quiçá, a determinado postulado científico. O que redundaria em um pensamento ideológico e constitui-se em opção política do legislador constituinte, visto que ao cientista cabe, na elaboração da atividade intelectual, permanecer equidistante de posicionamentos ideológicos.

Querer distinguir dentre as normas grupais alguma que seja superior às demais é repetir a pergunta de Lassale: que é uma Constituição?

Retornando, então, à questão da Lei Fundamental, servirá a mesma para dar o sentido político; é uma escolha. O citado autor prossegue indagando por o que é uma lei fundamental.

A prosseguir nesse raciocínio, vê-se que a Constituição, em verdade é um *port-raît* da sociedade em que foi elaborada. Não se confunde com o Direito porque é defasável e, em sendo um espelho da sociedade (que a coloca em situação não só reflexiva, mas, no momento em que reflete, numa posição também ativa), poderá também consignar posições injurídicas.

A Constituição deve ser um corpo que permita as demais normas sociais jurídicas de existirem. Ou seja, deve, o máximo possível, estar de conforme com o Direito.

Deve-se então repetir a pergunta: o que é uma lei fundamental?

Sendo o homem um ser basicamente emotivo, dada a sua natureza animal, qualquer segurança que seja pretendida não deve jamais afastar-se do **impulso de conservação individual e da espécie**⁴⁸. Tal princípio básico será necessariamente transposto para o Direito como algo fruto das relações sociais. "Deve ser tudo que for favorável à subsistência e ao desenvolvimento do indivíduo humano e da espécie humana"⁴⁹, sobretudo da espécie, estando no campo do proibido conduta diversa. Deve ser aquilo que atue no sentido da coesão do individual e do grupal. Às vésperas de um terceiro milênio, é esse **instinto**, funcionando junto ao sentimento que, numa sociedade coesa, possibilitará sua evolução por meio da mudança social. À qual o Direito deverá necessariamente fazer companhia.

Esse instinto que, no início da evolução gerava a agressividade humana na luta pela sobrevivência, deve ser visto, na sociedade contemporânea de papéis sociais estabelecidos, como fator segurança contra a violência. Pois, qualquer ato atentatório à existência humana estaria gerando um distanciamento social.

A violência oficial passa a ser vista como um meio de manter a estabilidade grupal lançando-se mão da hierarquia organizacional própria do controle social. Evitando-se assim um afastamento ainda maior e sendo em prol de uma coesão grupal. Regulará ele também a aplicação dos dados de ciência.

48 Esse impulso tem em sua base a racionalidade científica, por dela ser indissociável, assemelhando-se aos princípios de Justiça expostos por John Rawls: antecedem aos fatos aos quais se aplicam e são gerados sob um "véu da ignorância". V. RAWLS, J.: *Uma teoria da Justiça*. Trad. por Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. (Ensino Superior), *passim*; e DWORKIN, R.: *Taking rights seriously*; with a new appendix, a response to critics. Cambridge: Harvard University Press, s/d, esp. cap. 6.

49 SOUTO, Cláudio: "Modernidade e Pós-Modernidade científicas quanto ao Direito", in: *Anuário do Mestrado em Direito*. Recife, UFPE/CCJ, n. 6, 1993, p. 64-5.

Nessa perspectiva, o Direito passa a ser o fator real de poder a ser consignado constitucionalmente, sob pena de ineficácia do sistema escolhido. Ao menos o impulso básico deve ser consignado, pois a própria capacidade intelectual e cognitiva do homem é limitada. É impraticável imaginar o *homo juridicus*⁵⁰. Tal fantasia apenas será possível a nível de ficção, como o condicionamento embrionário para os papéis sociais⁵¹ figurado por Aldous Huxley.

Daf que, fatalmente, o edifício legal dificilmente será **igual** ao planejamento do Direito. No máximo, ele lhe será, em alto grau, **semelhante**, consagrando, por vezes, um critério de legitimidade quantitativo-grupal. Na natureza, não há igualdade conhecida pelo homem, daí apenas poder-se falar em maior ou menor grau de semelhança.

Assim sendo, a norma atenderá mais ou menos ao impulso básico de conservação do ser humano. Se este é invariável, cabe dar-lhe o caráter da permanência. Pois sua manifestação poderá sofrer evolução, bem como, o conhecimento científico-empírico e o sentimento de agradabilidade. Assim, alçado tal impulso à constitucionalidade, terá o mesmo obtido a estrutura organizacional estatal para garantir-lhe a nota da permanência em defesa de eventuais flutuações emocionais. Visto que se pudesse ser facilmente alterado por uma lei ordinária, a sociedade com mais facilidade poderia estar à mercê de normas geradoras de dessemelhança.

Assim, a Constituição deve ser entendida como uma tentativa estatal de estabelecer, por via do instrumental legal-coercitivo, de maneira estável, a norma grupal. Ou

50 REALE, Miguel: *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 49.

51 Apud CHINOY, Ely: "Ordem social, desvio e mudança", in: _____: *Sociedade: uma introdução à Sociologia*. 3 ed. Trad. por Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1973, p. 625.

seja, revelar qual é a norma social partilhada pelo grupo capaz de aceitação generalizada e de possibilitar o progresso da sociedade.

Dizer que há a possibilidade de não conformação ao Direito posto significa dizer que há uma norma maior que não aceita a imposição estatal.

Constituição e sociedade: controle e mudança no espaço social

"A moral política não pode proporcionar à sociedade nenhuma vantagem durável, se não for fundada sobre sentimentos indelévels do coração do homem.

Toda lei que não for estabelecida sobre essa base encontrará sempre uma resistência à qual será constrangida a ceder. Assim, a menor força, continuamente aplicada, destrói por fim um corpo que pareça sólido, porque lhe comunicou um movimento violento." (BECCARIA, **Dos Delitos e das Penas**, p. 24-5).

É tarefa proposta, agora, passar a analisar os efeitos da existência do texto constitucional, como exposto no presente trabalho, frente à sociedade. Quando de sua confrontação com a realidade fática.

Numa redução do estudo do Direito como mecanismo de controle social, abre-se a possibilidade de ater-se ao ápice da pirâmide normativa como manifestação maior do "espírito" do ordenamento.

Dessa maneira, expõem-se as peculiaridades do Direito tanto como mecanismo de controle como fator de mudança social.

Sendo a Constituição uma norma superior cristalizadora de um pensamento e necessitando para a perfeita concreção de suas funções de um órgão maior responsável por sua observância, isto trará sérias implicações no espaço social. Pois, logo de início, será ele afetado pela conjuntura de forças consagrada na norma, bem como, deve ser

observado até que ponto poderá ir essa hierarquia sem afetar a agregação social.

O Controle Social

A sociedade exige, para que possa bem cumprir com seus objetivos, a existência de um controle social que sirva para corrigir as condutas desviantes da manutenção do padrão social de convivência. O Direito é esse mecanismo por excelência.

O controle social é indissociável do processo de socialização, pelo qual o indivíduo assimila as normas imperantes no grupo. Assumindo um papel social que lhe porá limites. Dessa forma, o sistema de trocas da sociedade poderá funcionar. Através do estabelecimento de expectativas de conduta.

Pela imposição do elemento **idéia**, obtém-se a padronização do mental humano, que passa a conter a norma grupal interiorizada. Daí cada indivíduo ser, em sua essência um representante nato do grupo em que é socializado.

A socialização implica em previsão das diversas possibilidades de ação do indivíduo frente aos diferentes estímulos aos quais é colocado. O controle social terá o papel de vigiar essas reações.

A vida social possui um irrefutável caráter dinâmico, de modo que o processo de socialização dura toda a existência do indivíduo. A interação social não se repete. A cada nova interação, por força de seu caráter ativo, a norma social é alterada. Daí a sociedade, como um conjunto de interações sociais, também poder ser considerada um processo.

Daí dizer que controle e mudança social não são excludentes, antes coexistem no todo social. O qual não subsistiria sem ambos.

Exsurge, então, o grande papel do controle social. Qual seja, o de gerar a padronização do elemento idéia. Ou seja, o de socializar o indivíduo.

Na socialização, o indivíduo receberá um papel social que indicará os direitos e obrigações que possui para com o grupo em que foi socializado. Desse modo, ele será engendrado no feixe de expectativas de conduta responsável pelo perfeito funcionamento da sociedade.

A inclusão no ordenamento de determinada norma que atente contra o impulso de conservação individual e da espécie será de chofre sentida como desagradável. O que provocará uma disforia tendente à sua superação.

É aqui que surge o papel do Poder Judiciário.

Como já visto, o só fato de uma norma ser incluída no quadro de constitucional não implica dizer que é jurídica. Uma Corte Constitucional que consagre tal fato poderá estar se guiando por conhecimento errôneo acerca da realidade ou movida por interesses de determinado grupo social que disponha dos meios políticos para tal.

O órgão judicial tem o privilégio de poder unir o fato à força, tornando o Direito realidade, devido a um eventual confronto fático-normativo ao qual é chamado para solucionar.

É a porção ativa do mecanismo estatal em ação. O Judiciário não pode permanecer inerte aos dados de ciência e ao sentimento acerca do dever ser que regem o Direito. Todavia, não que se apregoe aqui um subjetivismo judiciário. De fato, este seria de logo prejudicial por não possibilitar uma certeza nas relações. O que afronta a finalidade com que a ciência é colocada na composição do Direito e a segurança visada pelo dever ser fundamental de conservação.

Porém, se devidamente consagrado na Constituição, esse impulso deverá proporcionar uma mudança social que

albergue devidamente a situação colocada em Juízo. Trata-se de um realinhamento da regulação jurídica em abstrato. Papel que se revela fundamental para o Controle de Constitucionalidade dentro do esquema jurídico⁵². Em caso contrário, fatalmente cairão as instituições "comme se fane et meurt une plante à laquelle on ôte sa lymphe vitale"⁵³.

Pregar uma atitude passiva perante uma situação de flagrante violação ao Direito de maneira a atingir um alto índice de disforia é desconhecer a própria composição do mental humano. A autonomia da mente humana face a imposições. A ordem estatal necessita, assim, para sua manutenção, que fazer-se semelhança do indivíduo, como é sua composição jurídica e admitir instrumentos de mudança. Caso contrário quedará ineficaz.

A Mudança Social

Inicialmente, é preciso ver como reage o indivíduo frente à imposição de determinada norma. Seja esta de acordo ou não com a sua idéia acerca do que deve ou não deve ser.

Quando a norma posta é partilhada por determinado grupo social, ou seja, apresenta grande aceitabilidade por meio de um sentimento generalizado de agradabilidade, essa norma provocará um processo social de aproximação que gerará relações de cooperação entre os indivíduos. Essa norma, portanto, será benéfica para o desenvolvimento social⁵⁴.

52 Nas palavras de Del Vecchio: "Mutabilité et éternité du Droit", in: *Humanité et unité du Droit*. Paris: s.d. p. 39: "non seulement les lois justes doivent être observées, de règle, mais aussi celles qui sont injustes et contraire à l'utilité publique, pourvu que leur injustice n'arrive pas jusqu'à violer les principes essentiels de l'ordre éthique suprême, imprimés d'une manière à la fois indélébile et impérieuse dans notre esprit".

53 *Ibidem*, p. 39.

54 Para maiores detalhes, v. SOUTO, Cláudio. *Ciência e Ética no Direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre: Fabris, 1992. *passim*.

No que, ao contrário, a norma posta gerar uma disforia no grupo, esse grupo terá uma forte tendência a normas sociais desviantes daquela, que lhe contradigam. Essa desagradabilidade partilhada provocará uma área de ausência de controle social. Uma área de não conformidade ao direito posto. Que será de mudança social.

Todavia, essa área de mudança, devido à presença de uma imposição estatal gerará um conflito. Ou seja, uma grande dessemelhança entre os pólos da interação. Isso gerará um desequilíbrio e um distanciamento entre os pólos sociais, que dará origem a um processo dissociativo. Nesse quadro, qualquer paz ou cooperação obtida será instável, visto que o sistema inclina-se para uma competição entre os interagentes que pode facilmente transpor-se para a luta.

No processo de interação, portanto, há de partir-se do elemento **idéia** a ser comunicado, visto que é o que apresenta maior força de padronização, desde que esteja em conformidade com a ciência empírica atualizada. Daí havendo grande possibilidade de equilíbrio do sistema. Da **idéia** partilhada surgindo um sentimento de agradabilidade com tendência à permanência.

Num sistema onde impera um processo dissociativo não se obtém uma unidade de objetivos, uma **sociedade** de interesses. Passa a não mais haver a certeza no relacionamento social, de modo que a área de mudança, paulatinamente, cresce, enquanto que a de conformidade diminui.

Frustradas as expectativas de conduta, o indivíduo passa a orientar-se de acordo com seu próprio composto *siv*. Portanto, caso estejam ausentes os dados de ciência gerais ou os dados acerca do caso concreto, ele guiar-se-á por um conhecimento metacientífico, tendente à inclinação ideológica.

Essa situação é comprovável em pesquisa empírica

realizada na penitenciária estadual do Rio Grande do Norte, onde vê-se um controle social desvirtuado, gerando, em verdade, uma socialização no sentido de um afastamento no espaço social. De fato, cria-se uma dessemelhança, oriunda de um sentimento generalizado de desagradabilidade, aliado a uma indefinição de papéis sociais no presidiário⁵⁵.

Este passando a ser visto mais como objeto de uma utopia do que como um sujeito da reeducação. Provocando uma descrença nos mecanismos estatais de controle. O que gera uma crise de legitimidade que é bem refletida no fato de oitenta por cento dos entrevistados dizerem-se arrependidos, porém, deixando ver que, se pudessem delinquir sem ter de voltar à prisão, o fariam novamente. Havendo, então, o predomínio do elemento vontade.

Ressalte-se que o fato de admitir uma norma como constitucional não implica dizer que a mesma é jurídica. A Constituição é manifestação do Estado, que é apenas uma parte do todo social. Além do mais, buscando o Estado, como ente fictício legitimar-se na Lei, todo Estado seria Estado de Direito.

Então, uma norma constitucional injurídica estará consagrando, em princípio, uma norma de cunho provavelmente grupal.

O que qualquer interpretação constitucional deve ter por lema é, precipuamente, a defesa do **Direito** por via do plano normativo constitucional, sendo o guardião da legitimidade deste. Para tanto, deverá ele haurir subsídios no mais puro conhecimento científico, repudiando o simplismo do dogmatismo hermenêutico que faz com que apenas se vejam as normas e busque-se a sua "real vontade" como se fosse a única possível. Por vezes,

55 MENDONÇA, ALBUQUERQUE, SILVA JÚNIOR et al: *Análise jurídico-sociológica da penitenciária central* Doutor João Chaves, Natal: UFRN/CCSA, 1995. Especialmente, p. 62-6.

se bem observado, servindo tão-somente para um querer vil e inferior que se compraz e realiza em descobrir a intenção sistêmica do diploma legal sem se preocupar se está a se fugir ou não de um verdadeiro padrão normativo, portanto, afrontando qualquer possível busca de uma objetividade e certeza científicas. Fatos são fatos, estas implacáveis estruturas sociais é que constituem e são o objeto do Direito.

Saint-Exupéry relata as aventuras do Pequeno Príncipe do reduzido planeta B612 que, reinando sobre uma rosa, um regato e três vulcões, lança-se numa viagem em busca de outros mundos. Inicia viajando por planetas com habitantes os mais diversos, sempre único e com suas manias. Assim, ele passa pelo planeta do vaidoso, do contador, do bêbado, do acendedor de lampiões cujo dia era cada vez menor para suas rotinas, etc. Num deles o príncipe conhece um rei e começa a dialogar. O rei, com a simplicidade de quem conhece o que possui, afirma reinar "sobre tudo", incluindo as estrelas. O pequeno príncipe fica surpreso. Mas, estando melancólico, solicita uma graça, desejava ver um pôr-de-sol:

"- Ordenai ao sol que se ponha..."

"- Se ordenasse a meu general voar de uma flor a outra como borboleta, ou escrever uma tragédia, ou transformar-se em gaivota, e o general não executasse a ordem recebida, quem - ele ou eu - estaria errado?"

- Vós, respondeu com firmeza o príncipezinho.

- Exato. É preciso exigir de cada um o que cada um pode dar, replicou o rei. A autoridade repousa sobre a razão. Se ordenarem ao teu povo que ele se lance ao mar, farão todos revolução. Eu tenho o direito de exigir obediência porque minhas ordens são razoáveis."⁵⁶

56 SAINT-EXUPÉRY, Antoine de: *O Pequeno Príncipe*. 9 ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1962. p. 38-41.

Uma Constituição é uma norma que está posta para reger a tudo e a todos num dado território. Todavia, não deve ela jamais olvidar seu sentido ético como fazem príncipes outros, pois, antes de ser um discurso do poder, é um discurso da razão, a qual impõe o humano.

Bibliografia

Livros

- ANDREOTTI NETO, Nello: *Biblioteca de sociologia geral*. São Paulo: Rideel, 1976. v. 1.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira: *Água Branca*: pesquisa de um Direito vivo. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1979.
- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marquês de: *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d.
- BOBBIO, Norberto: *Liberalismo e Democracia*. 6 ed. São Paulo: Editora Brasiliense S/A, 1995.
- BOBBIO, Norberto: *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto: *Teoria do ordenamento jurídico*. 6 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro: *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2 ed. trad. por Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Safe, 1992.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio: *Você conhece sociologia jurídica?* Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- DANTAS, Ivo: *Constituição Federal: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. v. 1.
- DANTAS, Ivo: *O valor da Constituição: do controle da constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- DANTAS, Múcio Vilar Ribeiro: *Introdução ao Direito: aspectos e reflexões sobre o estudo do Direito*. Natal: Nossa Editora: IBTJ, 1996. (Coleção textos jurídicos, n. 2)
- DWORKIN, Ronald: *Taking rights seriously*: with a new appendix, a response to critics. Cambridge: Harvard University Press, s/d.
- ELIADE, Mircea: *Mito do eterno retorno: cosmo e história*. trad. por José A. Ceschin. São Paulo: Mercuryo, 1992.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

- GURVITCH, Georges: **Sociologia del Derecho**. Trad. por Angela Romera Vera. Rosario: Editorial Rosario, 1945.
- HERKENHOFF, João Baptista: **Direito e Utopia**. 2 ed. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.
- HESSE, Konrad: **A força normativa da Constituição**. trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.
- JHERING, Rudolf Von: **A Luta pelo Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- KELSEN, Hans: **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade: **Sociologia geral**. São Paulo: Atlas, 1990.
- LASSALLE, Fernando: **Que es una Constitución?** Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte, 1975.
- MACHADO NETO, A. L.: **Sociologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva.
- MACHADO, Antônio Alberto, GOULART, Marcelo Pedrosa: **Ministério Público e Direito Alternativo: o MP e a defesa do regime democrático e da ordem jurídica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.
- MACHIAVELLI, Niccolò: **O Príncipe** (e extratos dos discursos de Maquiavel) acerca das décadas de Tito Lívio). São Paulo: Hemus, 1977.
- MARTINS, Carlos Benedito: **O que é Sociologia**. 29 ed. São Paulo: Brasiliense, 1991. (Coleção primeiros passos, n. 57).
- MENDONÇA, Fabiano André de Souza, ALBUQUERQUE, Iara Maria Pinheiro, SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da (orgs.): **Análise jurídico-sociológica da penitenciária central Doutor João Chaves**. Natal: UFRN/CCSA, 1995.
- MIRANDA, Pontes de: **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**; arts. 1º a 7º. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970. v. 1.
- NEVES, Marcelo: **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- NEVES, Marcelo: **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- RÁO, Vicente: **O Direito e a vida dos direitos**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. v. 1-2.
- RAWLS, John: **Uma teoria da Justiça**. trad. por Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. (Ensino Superior)

- REALE, Miguel: **Filosofia do Direito**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- REALE, Miguel: **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- SAINT-EXUPÉRY, Antoine de: **O Pequeno Príncipe**. 13 ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1967.
- SARAIVA, Paulo Lopo: **Manual de Direito Constitucional: a Constituição deles não é a nossa**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1995. (Biblioteca de Direito Público, n. 7)
- SOUTO, Cláudio, SOUTO, Solange: **A explicação sociológica: uma introdução à Sociologia**. São Paulo: EPU, 1985.
- SOUTO, Cláudio, SOUTO, Solange: **Sociologia do Direito: uma visão substantiva**. 2 ed. Porto Alegre: Safe, 1997.
- SOUTO, Cláudio: **Ciência e Ética no Direito: uma alternativa de modernidade**. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- SOUTO, Cláudio: **O que é pensar sociologicamente?** São Paulo: EPU, 1987. (Edições Kairós)
- SOUTO, Cláudio: **Tempo do Direito Alternativo: uma fundamentação substantiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

Artigos

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira: "as perspectivas do processo constitucional", in: SARAIVA, Paulo Lopo: **Antologia luso-brasileira de Direito Constitucional**. Brasília: Brasília Jurídica, 1992. p. 168-75.
- CAPPELLETTI, Mauro: "Necesidad y legitimidad de la Justicia Constitucional", in: FAVOREU, L. et al: **Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1984. p. 599-662.
- CARVALHO, Ivan Lira de: "A interpretação da norma jurídica: constitucional e infraconstitucional", in: **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**. Curitiba, v. 111, p. 23-38.
- CHINOY, Ely: "Ordem social, desvio e mudança", in: ____: **Sociedade: uma introdução à Sociologia**. 3 ed. Trad. por Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1973. p. 625-703.
- FARIA, José Eduardo: "Os dilemas do Judiciário: racionalidade jurídica e conflituosidade social", in: ____: **Justiça e conflito: os juizes em face dos novos movimentos sociais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 11-43.

- FERNANDES, Florestan: "Constituição para o 'país real'", in: _____: **A Constituição inacabada**. São Paulo: Estação Liberdade, 1989. p. 350-3.
- SANTOS, Selma Leitão: "A construção de argumentos no cotidiano", in: DIAS, Maria da Graça, SPINILLO, Alina G: **Tópicos em psicologia cognitiva**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1996. p. 45-81.
- SOUTO, Cláudio: "Direito Alternativo: em busca de sua Teoria Sociológica", in: **Revista da ESMAPE**. Recife, v. 1, n. 1, jun, 1996, p. 16-73.
- SOUTO, Cláudio: "Modernidade e Pós-Modernidade científicas quanto ao Direito", in: **Anuário do Mestrado em Direito**. Recife, UFPE/CCJ, n. 6, 1993, p. 39-78.
- VECCHIO, Giorgio Del: "Mutabilité et éternité du Droit", in: **Humanité et unité du Droit**. Paris: s/d. p. 21-43.

A ELETRICIDADE E O FURTO DE ENERGIA

Filvio Augusto Fontes de Lima
Juiz de Direito de Terceira Entrância; Professor Adjunto de Direito Penal na Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE; Professor Substituto de Direito Penal Complementar na Faculdade de Direito do Recife- Universidade Federal de Pernambuco-UFPE; Pós-graduado na ESMAPE; Mestrando em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife-UFPE; Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

SUMÁRIO

1. INSERÇÃO DO TEMA 1.1. Considerações históricas 1.2. Eletricidade. Direito público ou privado 2. O ALVORECER DE UM NOVO DIREITO 2.1. Hesitações 2.2. Fatos novos, fórmulas novas 2.3. Surpresa dos juristas 3. DA ELETRICIDADE 3.1. Visão no direito alienígena. A experiência espanhola 3.2. Teorias jurídicas 4. OBJETO E COISA 4.1. Diferenciação 4.2. A eletricidade como coisa pública 4.3. Coisa no sentido jurídico 5. A ELETRICIDADE NO DIREITO BRASILEIRO 5.1. Tendência 6. DEFINIÇÃO DE FURTO DE ENERGIA 6.1. Dúvidas 6.2. Nova ordem jurídica 7. NATUREZA JURÍDICA DO FURTO DE ENERGIA 7.1. Teorias 7.2. Delito "Sui Generis" 7.3. Burla 7.4. Dano 7.5. Furto de Uso 7.6. Furto 8. PREMÊNIA DE UM NOVO DISCIPLINAMENTO DO FURTO DE ENERGIA 8.1. Ineficácia do disciplinamento penal 8.2. Aprimoramento procedimental 8.3. O grande desafio. Bibliografia.

1. Inserção do Tema

1.1. Considerações históricas

A abordagem jurídica no comércio de energia elétrica sugere, irresistivelmente, uma rápida incursão pelos dédalos dos mais variados recantos e vielas do incomensurável universo do direito. Tratadistas festejados de toda parte e de toda época, vêm se debruçando em abstrações

filosóficas e conceituais a partir do evento da energia elétrica. Eles buscam uma definição jurídica desse fluido extraordinário. Com efeito, o desenvolvimento da eletricidade e sua abrangente aplicação na sociedade foi tão surpreendente e decisiva que se pode, sem exagero, dividir o mundo em dois grandes períodos históricos: antes e depois da sua revolucionária utilização. Ninguém consegue negar seu conspícuo vigor. A respeito do assunto declarou o Ministro FANKFURTER, da Suprema Corte dos Estados Unidos, "nenhuma influência da ciência aplicada alguma teve conseqüências econômicas e sociais tão penetrantes, em tão curto espaço de tempo" (FANKFURTER, 1942:413).

Portanto, diante da aparição surpreendente da eletricidade de conseqüências tão significativas e sem dúvida indispensáveis à vida econômica-social, coube ao Direito se apressar para apresentar uma formulação adequada.

Todavia, não obstante o esforço de alguns, não foi possível até o momento, alcançar de forma satisfatória o objetivo perseguido. Por conseguinte, ainda persistem algumas dúvidas conceituais que necessitam ser aclaradas. Daí WALTER ÁLVARES (1978:101) afirmar: "E a misteriosa eletricidade *continua franca e novas conceituações presentes e futuras, que não poderão desconhecer a contribuição da física e da filosófica, onde também se insere a jurídica numa abordagem como relação*". Em decorrência deste fato, ressentem-se a legislação de uma pacífica doutrina para alicerçar o seu comando. O que ora se afirma não é de difícil constatação. Basta para tanto que se alongue a vista para o fenômeno da eletricidade e o seu equacionamento jurídico. Assim, um rápido cotejo entre a sua poderosa vitalidade e os instrumentos comuns do direito privado revelará a impropriedade destes para discipliná-la, ou sequer alcançá-la em seu avanço.

1.2. Eletricidade. Direito público ou privado?

Sem dúvida, a falta de presteza e eficiência das normas legais pertinentes à eletricidade refletem a imprecisão da sua natureza jurídica. Sem esse imprescindível dado resulta a impossibilidade de se erigir com correção o lineamento de qualquer matéria de direito.

A indústria da eletricidade tem por traço específico ser particularmente uma atividade afetada de interesse público. Contudo, ao lado deste aspecto de publicização nota-se que determinados setores de matéria e forma relacionados com energia elétrica também tangenciam com o direito privado. Esse confuso e complexo contexto levou RIPERT apud WALTER ÁLVARES (1962:34), há mais de 50 anos, a indagar sobre o direito que disciplinará o extraordinário fluido: "*Já se delineou uma pergunta que ficou sem resposta: esse novo direito profissional é público ou privado?*".

O nó górdio do problema, como se observa, remonta desde os primórdios da eletricidade, isto é, a partir do momento histórico da conversão da energia em corrente elétrica com aplicação econômica. De fato, a eletricidade surgiu e passou a ser explorada como uma indústria privada. Com o tempo perdeu este caráter, ao assumir o conteúdo funcional de serviço público. Como tal ela se sujeita a uma disciplina de direito público e se constitui das atividades industriais relativas à energia elétrica. Nesta qualidade deve ser entendida como o modo de realizar-se a função, o serviço público, e não como categoria econômica privada. É exatamente dessa constatação que se origina a dúvida dos juristas na sua apreciação da dualidade da natureza jurídica da eletricidade, ou seja, a dificuldade em inserir a eletricidade numa das duas divisões históricas do direito clássico.

Em cima dessa apreciação a eletricidade estaria, de certo, sujeita à fiscalização, controle e regras que ultrapassam os limites do direito privado, especialmente levando-se em conta que esta atividade industrial somente representa o arcabouço material através do qual se realiza um serviço público.

Pela sua pertinência é de se transcrever o entendimento de HAROLDO VALADÃO (1958:13), "*O aparecimento do primeiro satélite artificial russo com a aproximação dum Novíssimo Mundo, com o descobrimento do mundo interplanetário, mostra a necessidade da criação de um Novíssimo Direito, dum Direito Interplanetário à semelhança do que ocorreu com o Direito Aéreo e do que se reclama com o recentíssimo Direito Atômico. O Direito acompanha o homem em toda a sua vida, e, particularmente, em suas novas atividades, em seus progressos científicos e técnicos. À descoberta da aviação seguiu-se o Direito Aéreo e à energia nuclear, o Direito Atômico. A verdade é que as grandes invenções, dando ao homem um excessivo poder material, mas expondo seus semelhantes, também, aos maiores perigos, exigem logo uma nova disciplina jurídica a impedir que o abuso do poder técnico ofenda aos direitos da pessoa humana e leve a atentados contra a Justiça. Esta é a magnificante missão do Direito que o torna irredutível e superior à política, à economia, à técnica, poderes que, por si sós, levam à prepotência, pois a sua lei é a lei do maior, a lei do mais forte. Nenhum novo poder ao homem, sem um imediato controle jurídico. Cabe ao Direito proteger o homem contra os demandas do próprio homem. A cada novo progresso social, econômico ou técnico, outra cobertura jurídica à pessoa humana. No limiar duma nova era, o alvorecer dum novo direito*".

2. O Alvorecer de um Novo Direito

2.1. Hesitações

É óbvio que as ponderações de HAROLDO VALADÃO aludidas no capítulo anterior, se aplicam analogicamente à realidade da energia elétrica.

Em face das conseqüências sócio-econômicas da eletricidade, sem o adequado disciplinamento jurídico, torna-se insustentável a não aceitação de um novo direito.

Contudo, apesar de alguns avanços, ainda perdura nos dias de hoje, a indecisão de alguns tratadistas com referência a sua conceituação jurídica e o seu respectivo desdobramento na sociedade. Eles continuam a não admitir que as relações jurídicas, cujo nascimento é provocado pela energia elétrica, possuem natureza própria, e acenam distintamente com um novo direito e esse novo Direito só no quadro do Direito Público poderá ser colocado.

Observa-se que a intransigência de alguns em não aprofundar numa nova dogmática jurídica decorrente do imperativo da aceleração tecnológica da eletricidade encontra guarida, possivelmente, na natural indisposição dos juristas pelas coisas novas. É aquela aversão à mudança.

JHERING (1943:158), diz que a economia jurídica, "explica os fenômenos resultantes desta tendência, que consistem em esgotar o uso dos meios existentes até os limites mais extremos, ou seja, a arte de socorrer-se manhosamente dos meios que tem ao seu dispor". Talvez porque muitos juristas, recorrendo às ficções, procuram satisfazer à grande necessidade psicológica humana representada na busca de estabilidade, de fixidez.

Em decorrência dessa noção conservantista do direito e da natural propensão psicológica do homem pela mesmice, crescem as questões jurídicas na sua complexidade. No tema em comento, esse crescimento se objetiva na medida em que ele envolve resquício de direito priva-

do ao lado de predominante penetração de direito público a exigir uma correta e precisa definição.

2.2. Fatos novos, fórmulas novas

Porém, não se deve esquecer, como mencionado aqui em outro passo, que diante de um fato novo com repercussão decisiva na sociedade, urge soluções jurídicas novas. É preciso não se repelir o necessário e quando a vida traz novas relações que não podem ser construídas com os elementos antigos, não se pode hesitar em fixar os princípios necessários para a vida dessas instituições novas.

As regras jurídicas não podem ser dogmas, mas conceitos sujeitos a mudanças em vista de abordagens novas.

Daf a feliz fórmula de POUND (1954:13) a respeito do direito, que merece reflexão: “estabilidade sem estagnação”.

Assim, objetivando harmonizar as soluções com a realidade dos fatos novos, deve-se acolher os novéis fenômenos jurídicos sob fórmulas novas.

Mas, a despeito da falta de criatividade reclamada para as soluções jurídicas novas, os autores continuam buscando e rebuscando elementos antigos para atender novas relações no cenário jurídico da eletricidade, aumentando com isto as dúvidas e incertezas.

2.3. Surpresa dos juristas

A respeito das hesitações dos estudos sobre a eletricidade escreveu PONTES DE MIRANDA (1954: 144-145): “No direito civil e no direito penal, os juristas ficaram surpresos, senão perplexos, com a aparição e as aplicações da energia elétrica (Cfr. A. ASHLECHT, *Das Recht der Elektrizität*, 4s); não admitiram que trata-se de “coisa”; para eles, energia e matéria são distintas e

irredutíveis, o que denuncia a permanência de superado e irritante aristotelismo. Faltou-lhes a concepção estoica, com a admissão de som, da voz, da força, da luz, como coisa, para que se adaptasse o direito à física contemporânea (Cf. DIOGENES LAERCIO, *Vitae philosophorum*, VII, 56; AULO-GÉLIO, *Noctes Atticae*, V, 15). Essa resistência de mentalidade é a mesma que se observa no terreno filosófico, com o neo-aristotelismo e o materialismo histórico. Teve-se de pôr a eletricidade no trabalho humano, para se medir como tal (A. WENGLER, *Elektrizität und Recht*, 13s). Pensou-se em direito da personalidade sobre a energia (ARNO KLOESS, *Die Energien in und ausserhalb des des Verkäufers*, *Archiv für die civilistische praxis*, 103, 90s; R. Sohm, *Noch einmal der Gegenstand*, *JHERINGS, JAHRBUCHER*, 53, 384s), o que importaria em distender-se a classe dos direitos imateriais, alguns dos quais o Código Civil pôs na propriedade (114 arts. 649-673). Seria então, de se admitir que se prestasse a ser objeto de negócio jurídico, como o de compra-e-venda, a eletricidade; só o poderia ser de contrato de empreitada, ou de trabalho (obra). Mercadoria, suscetível de compra-e-venda, concedeu E. JAGER (*Gas und Elektrizität*, *Leipziger Zeitschrift*, 294); coisa precisou R. SOHM (*Der Gegenstand*, 385). Recorreu A. SCHLECHT (*Das Recht der Elektrizität*, 6s) à figura do contrato de energia, que seria criação do nosso tempo. Energia é coisa, como o ar, a água, a terra, tem-se de tratar como coisa, de cuja especificidade resultar ser específico o contrato de energia”.

3. Da Eletricidade

3.1. Visão no direito alienígena

Não obstante dessa considerável e preponderante corrente “coisista”, diz WALTER ÁLVARES (1962:90) que autores vários negam à eletricidade o caráter de coisa, no

sentido jurídico, como DICKMAN (*Die Rechtsnatur des Energieversorgungsvertrages*); RUMPF (*Rechtsgrundlagen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft*); LIST (*energierecht*); STEINHAUSER (*Deutsches Elektrizitätsrecht*); LUDWING, CORDT, STECH (*Elektrizitätswirtschaft, ed. 1960*).

Na Espanha, RUIZ-FUNES (1935:5-17), depois de analisar considerável quantidade de teorias sobre o conceito jurídico de coisa e sobre a qualidade de móveis nas mesmas coisas, confessa-se favorável ao duplo postulado a seguir: A eletricidade é uma coisa no sentido técnico, já que é suscetível de ser reconhecida como matéria e deve merecer a regulamentação jurídica das coisas móveis.

É verdade que a problemática aqui exposta se ordena na doutrina de diversos países no Direito Civil. Por seu turno, a norma penal apenas acolhe os conceitos por aquele formulado e resguarda as diversas espécies de coisas. Destarte o que importa efetivamente à lei penal é a agressão à propriedade. Consequentemente, todas as infrações que atacam a relação jurídica que liga o indivíduo com a posse se denominam genericamente de delitos contra a propriedade.

No caso particular da eletricidade, a sua detenção pode ser apreciada no Direito espanhol de duas perspectivas diferentes: o de caráter jurídico do fluido ou da energia, e a consideração que mereça como tal, dentro da velha classificação das possessões; e o dos meios que se empreguem para produzir a subtração e conseguir o apoderamento.

O Direito Civil espanhol define o primeiro problema, levando a eletricidade ao patamar da regulamentação jurídica das possessões móveis.

Tal orientação não é pacífica entre os penalistas daquele país, posto que alguns querem conceber um conceito de possessão para os fins exclusivos da ciência penal. Ele seria formulado não com caráter geral, mas com

o objetivo de definir o conteúdo particular de cada uma das espécies dos delitos contra a propriedade.

3.2. Teorias jurídicas

Assim RUIZ-FUNES (1935:5-17) traz a posição dos Princípios doutrinadores.

MAGRI *apud* RUIZ FUNES (1935:7-8) distingue as coisas móveis das imóveis para determinar aquelas sobre que pode incidir o furto, esclarecendo que só são suscetíveis do *contractatio* as móveis, uma vez que as imóveis constituem objeto de usurpação. Na verdade os preceitos do Direito Civil não são seguidos estritamente pela sistemática penal. Daí os objetos e instrumentos rurais, imóveis por destino, são às vezes considerados móveis para os efeitos penais. Observa-se que nas legislações passadas não havia essa distinção, posto que a ação furtiva se dá para móveis e imóveis.

A palavra móvel engloba animais, frutos da terra, fluidos, líquidos, peixes, gases, enfim, tudo o que pode fazer-se móvel pelo ladrão. Ensinam os espanhóis que para o furto deve ser a coisa corporal; mas não importa que seja tangível. A possessão há de ter um valor, bastando com o de uso e não sendo necessário o de câmbio.

GIURIATI *apud* RUIZ-FUNES (1935:8) é de opinião que quando nossos sentidos não percebem a materialidade de uma coisa, isso não quer expressar que seja impalpável, mas sim que eles são imperfeitos. A lei, quando disse possessão disse matéria, e não se pode negar a materialidade de uma possessão quando se encontra em condições de ser produzida e transportada.

Toda coisa que pode separar-se do mundo exterior onde se produz, sem perder suas características, é corporal. Não é preciso que esteja restringida ao império do tato: sua corporatura pode ser percebida pelos outros sentidos. Basta que exista na natureza, com existência independente, e possa ser determinada por ela mesma.

Para CARRARA *apud* RUIZ-FUNES (1935:10) a tangibilidade não é condição "*sine quo non*" do objeto sobre que recai o furto, porque possessão segundo o referido autor se define no Direito Penal por estas duas características: a) um valor; b) a materialidade, que alude à corporação, não à tangibilidade.

Segundo RUIZ-FUNES (1935:13), FRASSATI alega que a eletricidade tem vida material e é coisa móvel, no sentido do Direito Penal, visto que pertence à natureza irracional, satisfaz necessidade e é apta para lograr fins humanos, pode-se dispor dela pela vontade de um indivíduo, com exclusão da de outro, e existe no mundo exterior.

OTSWALD *apud* RUIZ-FUNES (1935:11) faz a indagação se a eletricidade é um corpo. Sabe-se que a medida, o peso e o volume são determinantes básicos do conceito físico do corpo. Seriam estas características essenciais no direito? Um objeto é matéria do direito quando tem um valor e é suscetível de possessão. A energia elétrica é um objeto. Não se cria do nada; pressupõe outra energia; por isso, tem um valor e é uma coisa móvel.

Observa WEINRICH *apud* RUIZ-FUNES (1935:11) que o Código alemão não diz que as coisas, objeto do furto, devam ser corporais. Na transmissão não autorizada da eletricidade encontra-se o furto.

Já GUTTMANN *apud* RUIZ-FUNES (1935:11) nota que o Código Penal não conceitua as coisas furtáveis: diz apenas alheias e móveis. O primeiro determina a qualidade jurídica; o segundo a qualidade material. Nessa matéria cabe a eletricidade.

MANZINI *apud* RUIZ-FUNES (1935:11-13) reconhece a eletricidade como matéria. Segundo ele o progresso científico e industrial teriam estendido a noção de corporeidade à "*coisa quae tangi non possunt*", porque são suscetíveis de possessão por determinada qualidade ou energia. Independente da forma do agregado material.

Coisas há que embora não tenham forma fixa ou não possam tocar-se, podem-se tomar ou deter, como tais, com a percepção sensorial (derivada de algum sentido), de sua essência e presença corporal.

O jurista italiano em outra obra (*Trattato del furto*) já não expõe a mesma teoria. Ele reconhece como postulado de caráter genérico que o termo coisa móvel tem em Direito Penal um significado mais extenso e conforme à realidade quem em Direito privado. Observa, ainda, que o progresso industrial impôs aos Estados evoluídos o problema da subtração de energia elétrica e de outras forças de luz, de movimento e de calor. Segundo ele, é de aceitação geral de que a energia elétrica seja uma matéria. No entanto, não há essa certeza generalizada com relação dela ser uma coisa. "*Tudo o que existe no mundo físico é matéria, mas nem tudo o que é matéria é corpo. Há uma porção de estados materiais – o som, a luz, o calor, o movimento e não podem ser considerados como a entidade objetiva sobre que recai o delito do furto. Os caracteres de corporeidade e de materialidade são totalmente diferentes*". RUIZ FUNES (1935:13) critica os que sustentam que a energia elétrica é uma coisa corporal. O autor vê essa posição como uma interpretação equivocada. Ele crê que o problema foi demasiado simplificado em seus termos, com o prejuízo de achar uma solução favorável.

Na Itália, ALTAVILLA *apud* RUIZ-FUNES (1935:16-17) crê que deve entender-se por coisa móvel toda aptidão da matéria, suscetível de propriedade e de possessão, e que tenha um valor qualquer. A eletricidade é uma coisa móvel, mas a ela não se pode aplicar o conceito material da detenção, senão o da disponibilidade.

Como apontou WALTER ÁLVARES (1978:65-66), é sintomática a observação do físico HEISENBERG de que o átomo seja uma coisa, não sendo partícula e há muita convergência de opinião de que a energia não é coisa, e sendo

sempre muito sugestiva a indicação de BERTRAND RUSSEL de que "a eletricidade não é uma coisa, como a catedral de São Paulo, porém uma via, um caminho pelo qual as coisas ocorrem ou se comportam".

Como se sabe, a eletricidade encontra-se no átomo, ora, como o átomo não é coisa, então não se poderia jamais conceber a eletricidade como coisa, pois não tem base lógica uma coisa presente num todo que não tem essa natureza. Já por aí física e filosoficamente, a eletricidade mereceria um dimensionamento adequado.

PIPIA *apud* WALTER ÁLVARES (1978:65-66), desde 1900, considerou erro a classificação da eletricidade como coisa, e entendia que a mesma poderia se constituir um objeto de uma relação jurídica, pois a seu ver a eletricidade, não sendo coisa, não sendo um ente, era um estado, dado que a relação jurídica poderia dar lugar à eletricidade, e insistia que como o estado era o conteúdo de uma relação jurídica e objeto de direito.

Também no Brasil, WALTER ÁLVARES defende peremptoriamente que a eletricidade não é uma coisa. Opina que ela só pode ser concebida juricamente como forma, na associação de: a) fenômeno físico; b) utilizado como corrente elétrica; c) com repercussão econômica.

Como consequência, a natureza jurídica da eletricidade não é de coisa, e muito menos de coisa material, integrando-se, em direito clássico, na categoria de bens, enquanto gênero, e ultrapassando a espécie coisa.

Portanto, a eletricidade é um objeto de direito sob a forma de uma relação jurídica. Aduz que a tipificação da eletricidade resulta de seu apoio nas noções de serviço e função, afastando-se do embasamento possessório, que a pesquisa tem revelado a tranqüila exclusão da posse da eletricidade. Tenta demonstrar como a idéia de função e serviço se colocava em oposição oposta à idéia de posse e proprieda-

de, esta última inserida num quadro privativista, enquanto a eletricidade elege uma via publicística (ÁLVARES, 1974:181-209).

Na verdade, a proteção possessória não se adequa à eletricidade, resguardada pelo mandado de segurança, pois não se entende uma posse cujo exercício dependa da vontade de outrem.

De fato, é fisicamente impossível a posse fática da eletricidade, pois no serviço público de energia elétrica ela não se represa, nem é contida, nem se solidifica em mãos do consumidor, porém flui em utilização constante e simultânea com a sua própria geração, por isto, repetindo-se, não se entende uma posse cujo exercício dependa da vontade de outrem, isto é, não se pode conceber que o usuário tenha posse da eletricidade, quando o exercício dessa posse dependa da vontade do concessionário (BUENO, 1971:44).

4. Objeto e Coisa

4.1. Diferenciação

Por seu turno, OERTMANN (1933:24) coloca claramente a diferença entre o conceito de objeto e de coisa, pois objeto é tudo que pode ser matéria de relação, seja de que classe for, e, portanto, uma noção mais ampla que de coisa.

Já no direito brasileiro, segundo expõe CLÓVIS BEVILACQUA (1949:214) há acolhida ao posicionamento de bens como um conceito mais amplo do que coisa, constituindo ele: valores materiais ou imateriais que servem de objeto a uma relação jurídica. Na mesma linha doutrinária estabelece o Código Civil Alemão, de 1895, no artigo 90: que "coisas são somente objetos corpóreos".

A doutrina francesa através de SAVATIER *apud* WALTER ÁLVARES (1978:76) enfatiza: bens são relações de direito vistas do lado ativo e apreciadas em dinheiro, ou

bens são direitos suscetíveis de avaliação pecuniária, e, neste sentido são abstrações.

DE PAGE *apud* WALTER ÁLVARES (1978:76-77) entende que "bens são coisas apropriadas, tudo que existe, salvo o homem, é uma coisa, pelo menos no estado atual da civilização". Ele admite, no entanto, que o julgamento de valoração dos bens às coisas, ultrapassa o seu objeto no primitivo (as coisas concretas), alcançando um grande número de valores abstratos.

2. FORTSHOFF *apud* WALTER ÁLVARES (1978:77) classifica a eletricidade como coisa pública. Este conceito é distinto do civilista. Na verdade pelo Código Civil Alemão as coisas são caracterizadas como entidades corporais. Teriam, assim, limitações e confins definidos, o que não ocorre com a coisa pública, como a água corrente, o espaço aéreo sem limites e a energia elétrica.

3. Por sua vez RUGGIERO *apud* WALTER ÁLVARES (1978:77) ensina que existe um conceito de coisa no sentido físico e material, e coisa no sentido jurídico. Esse conceito coincidiria com o de bens, donde, coisa no sentido jurídico ou bens é tudo aquilo que pode ser objeto do direito.

Ao se observar a opinião dos juristas clássicos sobre o tema, pode-se, sem dúvida, concluir com WALTER ÁLVARES (1978:77):

- 1) bens são relações jurídicas;
- 2) bens são abstrações;
- 3) bens englobam tudo o que possa ter efeito pecuniário;
- 4) bens abrigam, portanto, coisas, obrigações e outras categorias jurídicas.

5. A Eletricidade no Direito Brasileiro

5.1. Tendência

Pelo que se expôs aqui, vimos como a generalidade dos juristas influenciaram, redutoramente, no direito positivo de diversos países, ao catalogar a eletricidade como coisa.

Entretanto, a legislação pátria não seguiu frontalmente essa tendência posto que em nenhum dispositivo específico a define como coisa, a exemplo do Código Civil Italiano, que neste sentido é expresso.

É verdade que o Código Penal brasileiro, no art. 155 § 3º, equipara a energia elétrica à coisa móvel para caracterizar o crime de furto. Já o Código Tributário (**Lei nº 5.172/56**), a considera como produto industrializado para efeito de tributação.

Todavia essas são abordagens oblíquas para os fins indicados e não uma definição legal nitidamente declarada.

Contudo, a simples equiparação já revela a tendência entre nós a uma conceituação da energia elétrica como coisa, ainda que ao lado de ações de direitos pessoais, tidos como bens móveis, e jamais podendo ser considerados como coisa. Sob este aspecto, ainda se pode também considerar a inexistência de uma definição legal direta da eletricidade como coisa, no direito brasileiro.

6. Definição de Furto de Energia

6.1. Dúvidas

Conseqüentemente, sem uma precisa definição legal na nossa legislação, é de se entender a vacilação do Judiciário em face ao furto/fraude.

É preciso o testemunho, neste particular, de MAGALHÃES NORONHA (1960:285) ao declarar: "*Somos dos que julgam difícil a compreensão do furto de energia elétrica no dispositivo do furto comum que, na generalidade das legislações, tem por objeto a coisa corpórea mó-*

vel. Ela não se confunde com matéria, porque é qualida-
de desta força, movimento vibração" (NORONHA, D.
Penal, 2º vol. pg. 285. Ed. Saraiva, SP 1960).

6.2. Nova ordem jurídica

Já nos idos de 1916, ALTAVILLA *apud* RUIZ-FUNES (1935:16-18), apreciando o fato furto da eletricidade à luz da legislação italiana, prevê o surgimento de uma nova ordem jurídica para adequar satisfatoriamente as novas situações surgidas. Assim, vaticinou: "Com esta e com as demais hipóteses enunciadas, um novo Código punitivo deverá prever e definir um delito especial".

7. Natureza Jurídica do Furto de Energia

7.1. Teorias

Em cima desse emaranhado de opiniões a respeito da natureza jurídica da eletricidade, foram acentuadas diversas teorias referentemente à sua subtração.

Em seguida, passamos a apreciar algumas delas em vista da relevância histórica dos seus autores serem considerados precursores do estudo da relação penal da eletricidade.

7.2. Delito "Sui Generis"

1ª) DELITO "SUI GENERIS" – LOBEL e LEDIG *apud* RUIZ-FUNES (1935:14-15) afirmam que "na eletricidade se transmite só o movimento e que nela nada há de corporal. Como o sentido prático restringe o conteúdo objetivo do furto às coisas corporais, a subtração deste movimento carece daquela capacidade, que é condição "sine qua non" da "contractatio" que integra e limita o furto".

Logo, LEDIG robustece a doutrina sustentando que a "a eletricidade não é outra coisa que o éter, e ao subtraí-la falta o objeto do furto".

Por outra parte, o éter não é a "causa movens", senão unicamente o meio de transmissão da corrente elétrica. Usando-a não se dana a economia, porque não se diminui a massa do éter que circunda o corpo que a produz. É ilógica a equiparação do gás com a eletricidade. A subtração do gás vai dirigida para sua matéria característica; a de eletricidade não se contrai às moléculas que a põem em movimento, senão à eletrização, isto é, à oscilação molecular, possível pela existência do éter. Por conseguinte, faltam no furto da eletricidade o objeto e a intenção, característicos dessa especial figura de delito. A subtração da eletricidade será, em todo caso, um "delicto sui generis".

LISZT *apud* RUIZ-FUNES (1935:15) parte do conceito de que a eletricidade é um bem jurídico independente. Daí a distingue da propriedade em que se refere a uma força e não a uma coisa corporal. Esta força se acha acumulada em virtude de um rendimento de trabalho. A proteção legal se limita à energia elétrica; as forças animal, hidráulica, calórica, não se beneficiam dela. Seu apoderamento é uma infração "sui generis" que não tem um caráter definido, e que se modela, de uma parte, sobre as figuras dos delitos de furto, e de outra, sobre a do dano.

GARÇÓN *apud* RUIZ-FUNES (1935:16) aceita a tese de que a eletricidade não é uma coisa material e corpórea, senão um estado particular da matéria, uma vibração não suscetível de ser apreendida, e, em conseqüência, sem aptidão para a subtração. Se seu apoderamento se efetua, se subtrairá uma coisa imaterial e se levará a termo não um furto, senão um delito especial. Opina que a eletricidade é uma forma, não uma coisa, e que seu apoderamento e detenção não têm os caracteres que assinala o furto do art. 379 do Código Penal francês, senão as condições particulares de um delito novo contra a propriedade.

7.3. Burla

2ª) BURLA – CARRARA apud RUIZ-FUNES (1935:19) já houvera discutido da possibilidade de em certas ocasiões, a subtração de um fluido ter os caracteres de uma burla. A hipótese se referia ao apoderamento do gás e foi objeto de uma sentença do Tribunal de Apelação de Veneza nos idos de 1874.

Já MANZINI apud RUIZ-FUNES (1935:19) aceita a possibilidade de uma burla no apoderamento de fluido ou de energia elétrica, sempre que concorra a simulação, constitutiva de uma artifício e apta para enganar. O artifício empregado pode ser negativo quando dissimule uma modificação ou uma diminuição produzida pelo agente em determinado caso, e suficiente para crer que obra em condições legítimas.

Todo apoderamento de fluido ou de energia elétrica, segundo STENGLEIN apud RUIZ-FUNES (1935:20), media um engano, que se exterioriza pelos meios empregados para logrã-lo. Este engano caracteriza a figura do delito; e o apoderamento logrado mediante a fraude constitui uma burla. Ele aceita a hipótese de que são suscetíveis de ser detidos tanto os sólidos como os líquidos. O gás pode equiparar-se aos líquidos por uma razão de analogia. E é só. O autor não prossegue na esteira analógica. Resta então por determinar qual seja a natureza jurídica da eletricidade e a essência da energia elétrica. Que seja matéria ou força é questão que tem pouca importância. O que interessa saber é se pode reduzir-se a uma forma suscetível de ser possuída por determinada pessoa e de ser subtraída de seu patrimônio.

Pela ótica de JIMÉNEZ DE ASÚA apud RUIZ-FUNES (1935:22) os casos em que se empregam meios fraudulentos para subtrair energia ou fluido elétrico, será mais conforme à técnica declará-los incluídos dentro da figura adequada do delito de burla.

7.4. Dano

3ª) DANO – Observa FREUDENTHAL apud RUIZ-FUNES (1935:23), “o que une um fio ao do proprietário de eletricidade, com o fim de desviar a corrente, produz um menoscabo no domínio alheio, que entra no delito do dano”. Não obstante, ele considera que esta tese penal é ineficaz como meio de luta contra as subtrações de força ou de energia elétrica. Chega a reconhecer a tese irrisória. O dano, ao fim, se produz no fio, enquanto à sua apreciação material, e se traduz na diminuição física dos poucos milímetros deste fio que se tenham deteriorado pela inserção do que empregue o danador.

BARON apud RUIZ-FUNES (1935:24) é de opinião que o que apoia numa condução de eletricidade um fio distinto, para subtrair a corrente, prejudica essa condução, porque a faz perder uma de suas qualidades essenciais, podendo chegar até a reduzi-la a metal inerte.

7.5. Furto de uso

4ª) FURTO DE USO – HOPPE apud RUIZ-FUNES (1935:25) crê na subtração de eletricidade trata-se do “*furtum usus*” romano, caracterizado por um aproveitamento da coisa, que não é aquele que para que está destinada de um modo expresso. Para ele a eletricidade não é um corpo, senão um estado suscetível de um uso anti-jurídico; e o “*furtum usus*” não punível, tal e como o concebeu a técnica penal romana, é a única figura de delito que seu aproveitamento pode produzir. O autor se pronuncia neste caso concreto por sua punição.

7.6. Furto

5ª) FURTO – A doutrina de que o apoderamento de fluido ou de energia elétrica constitui um delito de furto, é a mais geralmente aceita pelos penalistas.

GARRAUD *apud* RUIZ-FUNES (1935:28-29) parte da idéia de que o furto não pode ter por objeto mais que uma coisa móvel. Para que haja o apoderamento da coisa, precisa-se que seja suscetível de transportar-se de um lugar para outro, de apreender-se e de deslocar-se.

Ao Direito Penal, prossegue, pouco interessa a divisão dos bens em móveis e imóveis e lhe é indiferente que a mobilidade da coisa proceda de sua própria natureza ou se produza ou determine pelo fato de apoderamento. A coisa, ademais, há de ser deslocável. Por esta condição, não é suscetível de ser subtraído um imóvel e sim o são suas porções, desde que se possa dotá-las de mobilidade. As coisas incorporadas não podem ser subtraídas. O direito a elas se prova ou acredita por meio do título, por ser uma entidade corpórea.

Na legislação francesa, senão por apropriáveis. As forças da natureza, ao ser apropriáveis, tornam-se o objeto de um direito de propriedade e podem ser subtraídas fraudulentamente. Por isso, a subtração e aproveitamento da eletricidade por um abandono, que consume mais força ou luz que aquela a que seu contrato lhe dá direito, ou por um estranho que, por um procedimento qualquer, se alumia gratuitamente ou procura um motor em iguais condições, constituem, sem dificuldade, um furto. O procedimento empregado para efetuar a apropriação, quando se leva a termo por meios fraudulentos, poderá caracterizar um delito de burla. É de se notar que GARRAUD e os demais penalistas franceses empregavam a palavra "vol", que literalmente significa roubo, e que dentro da terminologia jurídica pode igualmente aplicar-se ao furto, já que nela se compreende, com uma significação genérica, toda subtração fraudulenta de coisa alheia, prescindindo do elemento diferencial da violência, que na legislação penal caracteriza a distinção entre roubo e furto. GOYET *apud* RUIZ-FUNES (1935:29) ensina que a subtração não pode recair mais sobre coisas móveis, importando pouco a na-

tureza do bem subtraído. Reconhece, segundo esta doutrina, que cometem furto os que produzem a derivação ou ramificação de uma corrente elétrica ou impedem que passe pelo contador.

Analogicamente é aceitável na hipótese do furto da eletricidade, o critério de CARRARA *apud* RUIZ-FUNES (1935:29-30) referente ao apoderamento fraudulento de gás para iluminação. É furto, afirma, o caso do que aplica um aparelho de desvio ao contador do gás, antes que o fluido chegue a ele, em menoscabo dos interesses da empresa. Há, aqui, um ânimo de lucro, uma coisa móvel, o gás, em posseção de um determinado indivíduo e existe a "contractatio", fraudulenta, da coisa móvel alheia, com ânimo de lucro e contra a vontade do dono. A tangibilidade da coisa não é uma condição necessária; os meios indiretos não alteram a essência do delito, porque o fluido se toma antes de chegar ao poder do concessionário, achando-se todavia no âmbito do domínio ou posseção da sociedade.

Sobre o furto de gás VICO *apud* RUIZ-FUNES (1935:30) endossa a opinião de CARRARA.

De igual modo, MAGRI *apud* RUIZ-FUNES (1935:31) crê que a subtração de eletricidade é um furto.

DE SANTIS *apud* RUIZ-FUNES (1935:31) argumenta que, sendo a eletricidade uma apropriação do homem no domínio da natureza, é coisa suscetível de corporeidade e de subtração e possível objeto material de um apoderamento furtivo.

Na subtração da eletricidade não falta para FRASSATI *apud* RUIZ-FUNES (1935:31) nenhum dos elementos com que o Código Penal italiano caracteriza o furto: a coisa móvel alheia, seu aproveitamento, o fim de lucro, a falta de consentimento do dono. Quanto a "contractatio", colocação da mão sobre a coisa subtraída, no sentido material em que concebeu o Direito romano, é duvidosa; mas não com o significado espiritual que

lhe emprestam os especialistas modernos. A ação da mão do homem não era necessária para que a coisa detida passasse, indevidamente, do possuidor legítimo ao ilegítimo, e este trânsito ilegal é o que constitui a essência jurídica dos delitos contra a propriedade.

Em favor do furto elétrico também se pronuncia o italiano GIURITI *apud* RUIZ-FUNES (1935:31-32).

“Não é razão – diz – que não seja furto a subtração de calor de uma estufa e de fogo da lanterna de uma rua. Nestes casos há motivos que o impedem, como a carência de dano e de dolo, o que o agente obra sem clandestinidade e sem fraude e a consideração do fato em si”.

Na subtração de eletricidade concorrem a fraude e o dano e não se pode supor o consentimento do prejudicado, nem ainda genericamente.

PUGLIA *apud* RUIZ-FUNES (1935:32-33) aborda concretamente o problema da detenção de eletricidade, expressando que para que exista o furto não é necessário o contato material e corpóreo com as coisas que se subtraem, basta que se realizem atos com os que se exerce uma ação imediata a elas, de modo que passem à espera de atividade do agente.

Para LONGO *apud* RUIZ-FUNES (1935:33) “a eletricidade é o produto de nossa atividade, de um trabalho acumulado, que de fato econômico se transforma em jurídico. É uma força universal; mas quando se desenvolve, condensa e reduz para servir a certas necessidades, resulta esse verdadeiro produto de nossa atividade. É um valor de cujo gozo dispõe o que o possui. Quem indevidamente se aproveita dela, viola o direito alheio de propriedade e comete o delito do furto”.

CIVOLI *apud* RUIZ-FUNES (1935:34) ao tratar do objeto do furto, fala da utilização de eletricidade para usos industriais e domésticos, à solução afirmativa não se fundamenta sobre uma interpretação extensiva e sim sobre

um critério jurídico. Opõe-se contra ela que a energia elétrica não pode ser objeto de furto, porque cabe compreendê-las entre as coisas corpóreas. Tampouco é suscetível de ser incluída entre as incorpóreas. Superando o conceito de JUSTINIANO (*quase tangi possunt*), diz-se que são coisas móveis aquelas que não têm existência puramente intelectual, e entre elas, pode, já colocar-se a eletricidade.

Sustenta DERNBURG *apud* RUIZ-FUNES (1935:35) que para a noção do furto não precisa que este recaia sobre coisa corpórea, sendo suficiente a referência a um bem que se encontra no mundo exterior ou seja suscetível ou capaz para a apropriação por parte do homem.

8. Premência de um novo disciplinamento do furto de energia

8.1. Ineficácia do disciplinamento penal

Com toda essa imprecisão de ordem doutrinária, jurisprudencial e legislativa, os artigos 155 § 3º (furto de energia elétrica), 163, inciso III (dano a patrimônio de concessionário de serviços públicos) e 171 (estelionato), todos do nosso Código Penal, tornam-se ineficazes no disciplinamento da eletricidade, portanto, letras mortas.

Esse estado de ineficiência jurídica repercute, obviamente, nas concessionárias do serviço. Elas não têm como sistematizar com eficácia procedimentos administrativos para ativar a repressão e formar a prova dos eventos classificados como furto e fraude no consumo.

8.2. Aprimoramento procedimental

Sensibilizada com essa realidade a ELETROBRÁS constituiu, em 1985, um grupo de trabalho integrado por especialistas jurídicos para estudar o assunto e opinar sobre as soluções. Foi o COGE (Comitê de Gestão Empresarial – Setor de Energia Elétrica).

Ditos juristas, em 1986, apresentaram sugestões a fim de aprimorar os procedimentos jurídicos-administrativos, sempre apoiados na idéia central da criação de uma lei especial, sob pena de se atingir situações insustentáveis. Eles reconheceram que precisa o setor, urgentemente, de normas legais mais ágeis, rígidas e adequadas para travar um sistemático combate ao furto/fraude. Com efeito, esses delitos trazem considerável prejuízo não só para as empresas mas também para os usuários do serviço, posto que as perdas são rateadas pelo universo dos consumidores. Assim, propuseram a adoção pelas empresas de energia elétrica de uma sistemática unificada e abrangente, consubstanciada em novo texto legal, voltado, especificamente, para o combate ao furto de energia elétrica e à fraude no registro do consumo (LIMA, 1986:1-22). Tal lei seria informada pelos seguintes tópicos, entre outros:

- a) reformulação do conceito de consumidor e de sua respectiva responsabilidade, com vistas a dar maior garantia ao pagamento do consumo da energia elétrica;
- b) configuração das diversas modalidades delituosas, pertinentes ao consumo de energia elétrica, de forma a diferenciar, sob o aspecto conceitual o furto de energia elétrica e a fraude no registro do consumo, como modalidade de estelionato, à luz do Código Penal onde tais delitos tipos são capitulados;
- c) atribuição de valor probatório, com presunção de veracidade, até prova em contrário (presunção juris tantum) ao laudo administrativo,;
- d) normatização dos procedimentos punitivos, a serem exercitados pelas empresas concessionárias, nos casos de recusa do consumidor, em reconhecer o débito decorrente da constatação do delito, ou de seu não comparecimento para pagamento, ou pela

interposição de recurso próprio, consistentes no corte de fornecimento e propositura de medidas judiciais para a cobrança;

- e) estabelecimento de normas legais que não permitam a religação do consumidor que adotar as atitudes descritas no item anterior, mesmo que este leve a discussão da hipótese delituosa ao conhecimento do Poder Judiciário, a não ser que haja depósito prévio do valor depurado, em Juízo, ou prestação de caução idônea, ou oitiva prévia da empresa concessionária, mediante audiência liminar de justificação, a livre escolha do Juízo;
- f) condicionar a concessão de medidas liminares, em mandado de segurança ou outras quaisquer medidas judiciais, intentadas diretamente pelo consumidor, para obter a religação, ao atendimento prévio de uma das três alternativas do item "f";
- g) a adequação de parte da regulamentação em vigor, para amparar e resguardar os direitos das empresas, de receberem pela energia elétrica fornecida e consumida, sem o correspondente pagamento, nas hipóteses de constatação de furto ou fraude na marcação do consumo.
- h) reversão, através da nova lei, da tendência do Judiciário, de negar a legitimidade ao ato consubstanciado, hoje, em Portarias, consistente na suspensão do fornecimento pelo não pagamento das faturas, atinentes aos valores levantados e fixados, a título de furto/fraude.

Mesmo sem desvendar, ainda, este novo modelo, a natureza jurídica da eletricidade teve, pelo menos, o dito grupo, a percepção da necessidade de que seja criada uma lei especial; que sejam perseguidas soluções jurídicas novas para proteger penalmente a eletricidade.

8.3. O grande desafio

O alcance entre nós, dessa meta, "punctum saliens" do problema, vem se constituindo, através dos tempos, num verdadeiro desafio para os estudiosos da matéria. Ela representa a vivificação dos inanimados dispositivos penais codificados e anteriormente aludidos. Desta forma, tais artigos desprender-se-iam das amarras do abstracionismo das letras mortas para concretizar a importante finalidade para a qual foram redigidos.

9. Bibliografia

- ÁLVARES, Walter Tolentino. *Instituições de Direito da Eletricidade*, vol. I. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.
- _____. *Direito da Energia*, vol. I. Belo Horizonte: Instituto de Direito da Eletricidade, 1974.
- _____. *Curso de Direito da Energia*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1949.
- BUENO, José Luiz Ladeira. *Fornecimento Gratuito de Energia Elétrica*. Belo Horizonte, Revista do Instituto de Direito da Eletricidade, (13): 39-47, Ago. 1971.
- FRANKFURTER, Félix. *Os Serviços Públicos e o Público*. Rio de Janeiro: Revista Forense, (89): 400-415, Jan. 1942.
- JHERING, Rudolf Von. *O Espírito do Direito Romano nas Diversas Fases de seu Desenvolvimento*, IV, Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943.
- LIMA, Rubem Augusto de (Supervisor). *Sistematização de Procedimentos Jurídicos no Combate à Fraude Contra o Consumo*, COGE SJU. Rio de Janeiro, (2): 1-22, Abr. 1986.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti de. *Tratado de Direito Privado*, vol. II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- OERTMANN, Paul. *Introducción al Derecho Civil*, Trad. Luís Sancho Será. Barcelona: Labor, 1933.
- POUND, Roscoe. *An Introduction to the Philosophy of Law*. Yale: New Haven, 1954.
- RUIZ-FUNES, Mariano. *Proteção Penal da Eletricidade*, Trad. Armando Brussole. São Paulo: Libertas, 1935.
- VALADÃO, Haroldo. *Direito Interplanetário e Direito Intergentes Planetários*. Rio de Janeiro: Revista Forense, (177): 13-27, Mai/Jun. 1958.

OBSERVAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE CONVOCAÇÃO DE UMA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE EM 1999

Gustavo Just da Costa e Silva
Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Procurador da Fazenda Nacional. Professor de Direito Constitucional e de Filosofia do Direito da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE.

Está em tramitação no Congresso Nacional proposta de Emenda Constitucional (PEC nº 554/97) que prevê a realização de um Plebiscito simultâneo às eleições de outubro, por meio do qual o eleitorado decidiria se o Congresso Nacional estaria autorizado, entre 1º de fevereiro e 31 de dezembro de 1999, a promulgar Emendas Constitucionais mediante aprovação, em dois turnos de discussão e votação, por maioria absoluta de seus membros, em sessão unicameral. De acordo com a proposta, a Assembléia Nacional Constituinte, embora qualificada de "Livre e Soberana", estaria restrita aos Capítulos dos Direitos Políticos, dos Partidos e do Sistema Tributário Nacional, bem como a alguns aspectos das relações entre as Entidades da Federação, razão pela qual vem sendo apelidada de "Constituinte Revisora". A inclusão do tema na pauta da convocação extraordinária do Congresso Nacional certamente estimulará o debate em torno da Constitucionalidade desse e de outros projetos semelhantes que surgiram no Congresso nos últimos meses.

A proposta vem sendo entendida ora como reforma ou revisão da Constituição, ora como ato de ruptura da vigente Ordem Constitucional, alternativa conceitual que condiciona a reflexão sobre a validade ou legitimidade do projeto.

1. O ponto de partida da análise é o conflito entre algumas das normas do art. 60 da Constituição e a PEC nº 554/97, na medida em que esta pretende instituir a possibilidade de se vir a ter um procedimento de produção de Emendas Constitucionais significativamente mais simples do que aquele ali previsto. Os juristas que se manifestaram sobre a proposta¹, inclusive os que a defenderam, partiram do pressuposto de que as normas que dispõem sobre a reforma da Constituição são elas mesmas imodificáveis, ao menos no que se possa considerar seu conteúdo essencial,² constituindo assim um limite material implícito (porque não relacionado entre as cláusulas pétreas do § 4º do art. 60) ao Poder Reformador. Na verdade a tese da imodificabilidade das normas sobre reforma não desfruta, na teoria constitucional contemporânea, de tamanha unanimidade, e está muito longe de ser algo que se possa considerar óbvio. O assunto foi objeto de famoso debate entre Alf Ross e Hart acerca da admissibilidade lógica da auto-referência nas normas jurídicas. Para Ross a modificabilidade da norma que dispõe sobre a reforma constitucional constituiria um

absurdo lógico³, o que Hart contestava com o argumento de que o direito não constitui um sistema de enunciados lógicos (mais tarde Ross viria a flexibilizar sua própria posição⁴). Na literatura propriamente constitucionalista o problema surge normalmente a propósito da contenda sobre a constitucionalidade da dupla revisão⁵. A modificabilidade das normas sobre revisão é aqui sustentada, com maior frequência, pelos autores franceses (especialmente os mais influenciados por Vedel) e, entre nós, pelo mais francês dos autores brasileiros, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶. De todo modo, como se disse no debate até agora desenvolvido não se questionou a tese de que a norma sobre revisão constitui limite implícito ao poder reformador, o que nos autoriza a adiar a fundamentação de tal premissa, que aqui se assume, para momento e veículo mais adequados.

Tem-se argumentado, em defesa da "Constituinte Revisora", que a alteração das normas de que dispõem sobre a edição de emendas seria impossível apenas ao Poder Reformador da Constituição, mas não ao povo como titular do Poder Constituinte. Por essa razão acrescentou-se à proposta original do deputado Miro Teixeira a previsão de um plebiscito simultâneo às eleições de outubro, o que legitimaria o Congresso Revisor "sem gravames para a sua pureza constitucional"⁷. O argumen-

1. Segundo nos consta, o debate restringe-se a alguns artigos publicados na *Folha de São Paulo*, edições de 14 de junho e 13 de setembro de 1997, com as limitações próprias desse tipo de publicação, e a um artigo de Celso Ribeiro Bastos publicado na *Revista Literária de Direito* (ano IV, número 19, setembro/outubro de 1997).
2. O conteúdo essencial da norma sobre reforma consistiria na definição dos limites materiais expressos, na atribuição de competência a determinado(s) órgão(s) e no estabelecimento do *quorum* e de um procedimento dificultado em relação à atividade legislativa. Emendas que não digam respeito a esse núcleo essencial, modificando, por exemplo, aspectos meramente procedimentais não relacionados com o caráter rígido da Constituição, seriam admissíveis.

3. Cf. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Tradução de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1965, p. 78-81.

4. Trata-se de "Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional" in Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*. Tradução de Eugenio Bulygin e E. Valdés, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969.

5. Para um panorama geral ver Vega, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. 2ª reimpressão. Madrid, Tecnos, 1991, p. 274-283, e também Cicconetti, *Appunti di diritto costituzionale. Ordinamento giuridico statale e fonti costituzionali*. 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1992, p. 100-108. O próprio Cicconetti é adepto da tese da dupla revisão.

6. "Significação e alcance das 'cláusulas pétreas'", *Revista de Direito Administrativo*, 202, out./dez. 1995, p. 11-17.

7. Cf. Bastos, *op. cit.*, p. 9.

to assenta no dogma democrático da soberania popular (art. 1º, parágrafo único da Constituição de 1988). É usual a respeito a invocação do art. 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição Francesa de 1793: “Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de modificar a sua Constituição. Nenhuma geração pode sujeitar as gerações futuras às suas leis”. Como titular do Poder Constituinte, não se submete o povo às limitações próprias do Poder Reformador, a que é subordinado.

O argumento revela algumas incompreensões quanto aos fundamentos e ao funcionamento do Estado de direito. Não se nega que, de acordo com a filosofia política do Estado democrático de direito, o povo é titular do Poder Constituinte. Este porém não consiste na faculdade de pôr normas constitucionais, independentemente do momento em que isto ocorre, se quando do estabelecimento da Constituição ou se durante sua vigência. O Poder Constituinte se define como a prerrogativa de estabelecer uma Constituição. O que confere verdadeira especificidade ao Poder Constituinte não é meramente a qualidade das normas que produz, mas a sua relação com a ordem jurídica posta, que é uma relação de desvinculação e independência, diferentemente do que se passa com os poderes constituídos (inclusive o de reforma)⁸.

Fica claro portanto o seguinte: ainda que a promulgação da Constituição não retire do povo a titularidade do Poder Constituinte, seu exercício somente ocorrerá quando se trate de substituir a Constituição por uma outra. Durante a vigência da Constituição estabelecida, o povo pode praticar atos de conteúdo jurídico-político, quer diretamente quer mediante representação, mas estes atos

8 Ver a respeito o nosso “Aspectos do controle de constitucionalidade da reforma constitucional à luz da teoria das fontes do Direito”, *Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional*, nº1, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 7-27.

não expressam o exercício do Poder Constituinte. Segundo o ideário democrático-liberal moderno (cuja consideração é essencial para a compreensão das instituições de Estados de direito como o que se pretende o Brasil), o Poder Constituinte é sempre do povo, mas o poder do povo nem sempre é Poder Constituinte.

O poder do povo exercido no contexto da ordem vigente é sempre poder constituído e, portanto, limitado. Proclama-o sabiamente o art. 1º da Constituição Italiana de 1947, de acordo com o qual “a soberania pertence ao povo, que a exerce nas formas e limites previstos na Constituição” (de acordo com a Constituição de 1988, “Todo o poder emana do povo que o exerce... nos termos desta Constituição”). É exatamente por essa razão que jamais se pretendeu seriamente que uma lei aprovada pelo Poder Legislativo e referendada pelo eleitorado pudesse escapar ao controle de sua constitucionalidade, o que todavia deveria ser admitido caso se reconhecesse ao povo o exercício de poder ilimitado no contexto da ordem vigente, já que assim estaria o povo, segundo a concepção aqui criticada, exercendo legitimamente seu Poder Constituinte “reformador” da constituição: a aprovação da lei inconstitucional seria uma forma (assemelhada à *Verfassungsdurchbrechung* da era weimariana, pois a norma constitucional poderia continuar valendo para os demais casos) de dispor sobre a Constituição.

Jorge Miranda vai ainda mais longe: não apenas é impossível ao poder do povo agir ilimitadamente no contexto da ordem vigente, de forma a modificar o procedimento de reforma constitucional, como também a simples utilização do referendo como instrumento revisor é incogitável se não estiver prevista no texto da Constituição. “Não é incorrecto subordinar o exercício do poder pelo povo às formas e aos termos da Constituição. Em democracia de tipo ocidental e em Estado de Direito, o

povo não pode deixar de exercer a sua soberania senão nessas formas e nesses termos, porque o seu poder é, também ele, como todo o poder – um poder juridicamente limitado. Nem, da perspectiva da Constituição vigente em cada momento, o povo está acima da Constituição. Só pode estar para a substituir por outra, não para a rever. (...) Estes os argumentos – não seriamente contestados – porque não pode haver *hoje*, com as normas constitucionais actuais, referendo de revisão, seja para modificar uma norma constitucional material, seja para modificar uma norma constitucional reguladora da própria revisão”⁹.

Nada disso impede contudo que o poder do povo se exerça, no plano da efetividade, para além do que permite a Constituição, nem significa que esse exercício não se possa legitimar no âmbito da realidade histórica do Estado democrático de direito. Essa legitimação é *possível* quando se possa identificar naquele ato o exercício do Poder Constituinte.

O que é importante deixar claro é que a proposta ora em discussão não pode ser considerada ato de revisão da Constituição¹⁰ (nem tampouco o serão as deliberações tomadas pela “Constituinte Revisora”), nem se lhe pode reconhecer validade no sentido de uma compatibilidade com um parâmetro jurídico-positivo de validade. É por isso, com todo o rigor, inconstitucional. Isso vem sendo lucidamente compreendido pelo deputado Michel Temer, Presidente da Câmara dos Deputados, para quem se estaria diante de um “ato político que rompe com a ordem jurídica, deliberadamente. É revolucionário, no sentido de transformador. Derruba a vontade constituinte, manifestada por meio da Constituição de 1988, para que outra se

9 Cf. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 2ª edição revista, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1988, p.151.

10 “E se, apesar de tudo, por hipótese, viesse a efectuar-se tal referendo? Nessa eventualidade (...) não seria revisão; seria ruptura ou revolução” (Miranda, *op. cit.*, p.151).

manifeste. Por isso, o instrumento que o veicular não é ato derivado da Constituição, mas originário, inaugural, autónomo. Não é, pois, emenda à Constituição”¹¹. É essencial compreender, portanto, que a proposta não pode pretender a espécie de legitimidade que decorre do respeito à ordem constitucional em vigor.¹²

2. Se a proposta não encontra fundamento na Constituição, resta examinar se poderia a sua implementação ser, inversamente, fundamento de uma nova ordem constitucional. Dito de outro modo, trata-se de indagar se o fato político objetivado pela proposta apresenta condições de se legitimar como exercício do Poder Constituinte. Que isto não seja tarefa fácil, demonstra-o já o esforço dispendido para caracterizar a consulta popular prevista como exercício de poder reformador ou revisor (ilimitado!) da Constituição, ao arripio da filosofia política do Estado de Direito e mediante o manuseio de impropriedades conceituais como “poder reformador próprio da Constituinte”; esforço esse movido pela sedução de uma legitimidade cômoda mas (como se viu acima) infundadamente buscada numa (inexistente) relação de validade jurídica.

Um dilema da teoria constitucional contemporânea consiste em pretender compreender, no plano analítico, todas as alternativas institucionais histórico-concretas (ao menos a partir do século XVIII), valendo-se porém para tanto de conceitos fundamentais elaborados (como o de Poder Constituinte) ou reelaborados (como o de constituição e o de democracia) pela, ou no contexto da filosofia política democrático-liberal. O muito difundido em-

11 “Revisão constitucional? Constituinte?”. *Folha de São Paulo*, edição de 02.11.97.

12 Para Dalmo Dallari, propostas deste gênero representam um “mero acobertamento de uma fraude” (Cf. “Fraude acobertada”, *Folha de São Paulo*, edição de 14 de junho de 1997).

prego desses conceitos para explicar realidades jurídico-políticas diversas ou mesmo antitéticas do Estado democrático de direito se compagina com a tentativa de regimes autoritários ou totalitários de legitimar-se mediante a adoção da roupagem retórico-conceitual do Estado constitucional¹³. Mas significa teoricamente uma crescente incompreensão daqueles conceitos (na medida em que se fecham os olhos à sua historicidade), frequentemente empregados no discurso teórico-constitucional sem uniformidade de acepção (o que evidentemente prejudica a racionalidade daquele discurso).

É o que ocorre com o conceito de Poder Constituinte quando se pretendem admitir alternativas de sua titularidade. Fala-se assim, por exemplo, em Poder Constituinte do povo, do príncipe, da oligarquia militar, consoante se esteja diante de uma Constituição democrática, monárquica (e aqui o uso a-histórico dos conceitos – o de Constituição e o de Poder Constituinte – se move também diacronicamente) ou autoritária de inspiração militar. A teoria do Poder Constituinte surgiu, de um lado (como componente do discurso revolucionário), para fundamentar o exercício do direito do povo de fazer a Constituição mesmo diante (contra) a ordem estabelecida, e de outro (enquanto conceito-chave da fundamentação do Estado de direito, cuja estrutura se tratava então de levantar, uma vez desmontado o absolutismo), como tentativa de solução para o impasse que atingiu o dogma rousseauiano da soberania popular diante do modelo representativo de democracia que inevitavelmente se impunha. Se ao povo não seria dado, como regra, agir senão

por meio de seus representantes, que toda a existência normal do Estado estivesse então submetida a uma norma posta pela autoridade que se pudesse reconhecer, o mais autenticamente possível, como popular: o Poder Constituinte. Ocorre que, como se sabe, o princípio representativo introduziu-se já no próprio processo constituinte da Revolução Francesa¹⁴, a Constituinte *par excellence* (o processo constituinte norte-americano aproximou-se muito mais, com as suas convenções, do modelo ideal concebido do outro lado do Atlântico). Estaria com isso descaracterizado o Poder Constituinte do povo francês?

A digressão histórica nos reconduz assim ao centro de nosso problema. A resposta àquela indagação é negativa, tanto quanto o seria caso se questionasse, invertendo-se a perspectiva, se bastaria a manifestação direta da vontade popular sobre a produção de um documento constitucional para que se estivesse diante do exercício do Poder Constituinte (ou do Poder Constituinte *democrático*, caso se admitam as alternativas de sua titularidade).

Para compreender o que se acaba de afirmar é necessário ter em mente uma das mais importantes contribuições da teoria constitucional contemporânea para a análise do Poder Constituinte: a distinção, estabelecida por Jorge Miranda, entre Poder Constituinte material e Poder Constituinte formal, ou entre o momento material e o momento formal do exercício do Poder Constituinte. O Poder Constituinte material é o “poder de autoconformação do Estado segundo certa idéia de Direito”, o formal é o “poder de decretação de normas com a forma e a força jurídica próprias das normas constitucionais”.¹⁵ O momento material do Poder Constituinte é “o corte ou a contraposição frente à situação ou ao regime até então

13 Ver a propósito Loewenstein, *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, Walter de Gruyter, 1961, p. 10-13, que alude a uma estereotipização das Constituições decorrente da sistemática reprodução dos modelos constitucionais das democracias ocidentais (adoção de constituição escrita, declaração de direitos) por regimes políticos que não guardavam nenhuma consonância com documentos constitucionais assim tornadas “semânticas”.

14 Cf. Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid: Tecnos, 1985 (reimp. 1991), p. 30.

15 Cf. Miranda, *op. cit.*, p. 62-63.

vigente, seja por revolução seja por outro meio, como a transição constitucional". É nesse momento que se "toma a decisão de infletir a ordem preexistente e assume essa responsabilidade histórica", determinando-se o conteúdo fundamental da nova ordem. É ele o "factor determinante da abertura de cada era constitucional"¹⁶. A elaboração e aprovação do documento constitucional, por uma Assembleia Nacional Constituinte ou alguma outra autoridade, situam-se já no momento formal do Poder Constituinte. "Há sempre dois tempos no processo constituinte, o do triunfo de certa idéia de Direito ou do nascimento de certo regime e o da formalização dessa idéia ou desse regime."¹⁷ "Porque a idéia de Direito precede a regra de Direito, o valor comanda a norma, a opção política fundamental a forma que elege para agir sobre os factos", é no Poder Constituinte material que se há de fundar, em última instância, a legitimidade da Constituição.

Assim, para que se possa falar em Poder Constituinte (democrático) não basta a existência de uma entidade encarregada de elaborar a Constituição e que corresponda em alguma medida ao modelo de constituinte democrática; é necessário, sobretudo, que se possa identificar a ocorrência do momento material do Poder Constituinte do povo, expressado numa decisão política fundamental (a distinção de Miranda é de evidente inspiração schmittiana); decisão que não ocorre todos os dias, mas apenas quando a "comunidade política adopta um novo sistema constitucional, fixa um sentido para a acção do seu poder, assume um novo destino; é apenas em 'tempo de viragem histórica', em épocas de crise, em ocasiões privilegiadas irrepetíveis em que é possível ou imperativo escolher. E estas ocasiões não podem ser catalogadas a priori; somente podem ser apontados os seus resultados típicos - a for-

mação de um Estado *ex novo*, a transformação da estrutura de um Estado, a mudança de um regime político. Poder Constituinte equivale à capacidade de escolher um ou outro rumo, nessas circunstâncias"¹⁸.

O principal obstáculo à legitimidade democrática da Assembleia que se pretende convocar é a ausência de manifestação do Poder Constituinte. Se é possível forjar o momento formal do Poder Constituinte, através de designação de um órgão como "Assembleia Nacional Constituinte", o mesmo não se pode dizer do seu momento material. Qual a opção política fundamental que estaria sendo manifestada no presente momento pela sociedade, qual a nova idéia de direito ou adoção de novo regime político que se poderia hoje considerar assumida em contraste com a idéia de direito ou o regime político atuais, e que estariam a exigir, *para concretizá-las*, a convocação de uma Assembleia Constituinte? É dificilmente questionável que não se está vivendo um tal momento de "viragem histórica", o que revela o verdadeiro sentido da "Constituinte" que se pretende convocar, sob o ponto de vista do princípio democrático: o de ser um fim em si mesma. Se a "Constituinte" vier a se consumir, será no máximo uma paródia de Constituinte democrática, ou, se se quiser falar de Poder Constituinte, não será de Poder Constituinte do povo, mas da oligarquia partidária, esta sim, tornada senhora da Constituição graças a uma carta branca que o eleitorado lhe teria outorgado sem suficiente consciência de seu ato.

Se, como antes examinado, a convocação do plebiscito não é suficiente a adequar a proposta aos parâmetros da ordem vigente de modo a se poder interpretá-la como uma revisão ou reforma da Constituição, também não constitui elemento suficiente à identificação do Poder

16 Cf. Miranda, *op. cit.*, p. 60-61.

17 Cf. Miranda, *op. cit.*, p. 63.

18 Cf. Miranda, *op. cit.*, p. 65.

Constituinte material. Que o simples recurso a instrumentos de Democracia direta não seja critério para se aferir o caráter democrático de determinado regime, sabe-se desde os referendos napoleônicos reeditados no século XX por diversos governos autoritários, inclusive na América Latina. Além disso, o ato constituinte (democrático) material deve-se revestir de um mínimo de *espontaneidade e consciência*. Espontâneo não seria o plebiscito convocado por iniciativa única e exclusiva do Congresso Nacional, que a tanto não foi instado pela população nem pelos elementos organizados da sociedade civil – mas ao qual deveria o eleitorado obrigatoriamente atender em virtude da obrigatoriedade do voto. Consciente não poderia ser a manifestação de vontade a ele imputada, quando a opção que se oferece ao eleitorado não diz respeito a algo que ele possa razoavelmente compreender, a algo com conteúdo palpável e definido, limitando-se ao contrário a autorizar ou não o Congresso Nacional a votar propostas (que o eleitorado não tem nem pode ter a mínima idéia de quais sejam) de emendas constitucionais mediante quorum de maioria absoluta. Acresce a tudo isso que o plebiscito teria caráter nitidamente acessório, quase mesmo insignificante, em relação às eleições gerais de outubro, sempre muito personalizadas e muito mais catalisadoras das atenções do eleitorado e da mídia.

Uma estratégia que poderia ser adotada para contornar tal obstáculo consistiria em pôr em dúvida a legitimidade democrática da atual Constituição, desqualificando-se, em nome da teoria do Poder Constituinte, (a) a autoridade que a instituiu ou (b) o modo como foi elaborada. (a) A Constituição de 5 de outubro de 1988 não seria, de acordo com esse raciocínio, obra do Poder Constituinte, e sim do poder reformador da Constituição de 1967. Como sustenta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a Constituinte de 1987/1988 era apenas o Congresso Nacio-

nal eleito em 1986 (com os senadores eleitos em 1982), cujos poderes especiais derivaram da Emenda nº 26/85 à Constituição de 1967. Esta simplificou o procedimento de reforma constitucional, permitindo ao Congresso aprovar emendas à Constituição por maioria absoluta, bem como desonerando-o da observância das cláusulas pétreas (Federação e República) então existentes – operando com isso uma autêntica dupla revisão. “A Emenda nº 26/85 permitiu uma reforma constitucional sem a limitação das cláusulas pétreas então vigentes que proibiam a abolição da Federação e da República”. Conclui o constitucionalista pela possibilidade de que as atuais cláusulas pétreas sejam suprimidas pela mesma via. Afinal, “o que poder derivado estabelece, poder derivado pode mudar”.¹⁹ Segundo Ferreira Filho, nem por sombra apareceria, no processo político-jurídico de advento da Constituição de 1988, “o poder inicial de organizar a nação que é o verdadeiro Poder Constituinte”²⁰. (b) Em perspectiva diversa mas complementar, Celso Ribeiro Bastos argumenta que “o próprio Poder Constituinte, de que resultou a Carta de 1988, não foi fruto de uma manifestação popular expressa, eis que, no fundo, cifrou-se a elegerem-se congressistas que resultaram investidos de poderes constituintes pela Emenda nº 26/85, em rigor inconstitucional, à Constituição de 67. Sabe-se que, à época, predominava a vontade de uma constituinte autônoma, que, contudo, foi recusada pelos congressistas que aprovaram a dita emenda. De outra parte, não se pode ter por desprezível a distinção entre uma constituinte e um Congresso Nacional investido de poderes constituintes. Na verdade, as grandes constituições do mundo foram elaboradas por pessoas especialmente voltadas apenas para isso. A coincidência do Congresso Nacional com a constituinte levou a um desnível entre os

19 Cf. Ferreira Filho, *op. cit.*, p. 16.

20 *Id.*, *Ibid.*.

poderes. O Executivo e o Judiciário não participaram da aprovação da Lei Maior. (...) É bem de ver, pois, que a nossa Constituição é fruto do Poder Legislativo".²¹

Tais formulações se sujeitam contudo a fortes objeções. Se há um dado sem a menor relevância quando se pretende descobrir se um processo jurídico-político representa o surgimento de uma nova Ordem Constitucional, trata-se da forma como a ordem até então vigente define textualmente tal processo. O que importa verificar, em primeiro lugar, é se daquele processo resultam normas materialmente constitucionais eficazes em sua pretensão de insubordinação à Ordem Constitucional anterior. É o princípio da efetividade.²² É dificilmente questionável que a Constituição de 1988 corresponda a esse critério. Se a convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 se operou por meio de Emenda à Constituição de 1967, é apenas porque o surgimento da nova Ordem Constitucional não se deu mediante um processo revolucionário, mas através de uma *Transição Constitucional*.

Como explica Jorge Miranda – e eis aqui mais uma distinção da maior importância para a teoria constitucional contemporânea que se deve, em sua mais lúcida formulação, ao professor lisboeta, a exemplo daquela entre Poder Constituinte formal e material – os dois modos de mudança de regime são a revolução e a Transição Cons-

21 Cf. Bastos, *op. cit.*, p. 9.

22 A lição é antiga. Na perspectiva de Schmitt, o princípio da efetividade, fórmula de matriz um tanto kelseniano, corresponde à "existência política" da Constituição: "El poder constituyente no se extingue por un acto de su ejercicio. Mucho menos, se apoya en ningún título jurídico. Cuando el monarca renuncia voluntariamente a su Poder constituyente y reconoce el Poder constituyente del pueblo, este último no descansa en el título jurídico consistente en la renuncia del rey. Su razón de eficacia está exclusivamente en su existencia política" (Schmitt, *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 1982, reimp. 1992, p. 108). Sobre o princípio da efetividade ver também Cicconetti, *op. cit.*, p. 34-35.

tucional. A primeira é tradicional objeto da Teoria do Estado. A segunda é menos estudada, mas de importância crescente na vida dos Estados democráticos contemporâneos. Caracteriza-se a transição por não significar uma ruptura direta e instantânea com a ordem anterior. "Na Transição Constitucional se respeitam as competências e os processos de agir instituídos pela Constituição em vigor: o rei absoluto, por ser Rei absoluto, vem autolimitar-se" (*Manual, cit.*, p. 70). Nela se opera o nascimento de constituição material nova nos termos do processo de Revisão Constitucional, que é utilizado para se alterarem princípios fundamentais da Constituição e, portanto, se *transitar* para uma nova Constituição" (*Manual, cit.*, p. 193). O fato de ser utilizado – inconstitucionalmente – o processo reformador da Constituição em vigor não desqualifica a natureza constituinte do processo de transição. "Também aqui há um Poder Constituinte originário (ainda que possa parecer encoberto por outro poder, designadamente o de revisão). A natureza do evento e o seu alcance negador do regime político precedente e criador de outro regime político assinalam bem uma decisão fundamental, a adopção de uma nova idéia de Direito, o erigir de um novo fundamento de validade" (*Manual, cit.*, p. 70). Não é da essência do Poder Constituinte o agir revolucionariamente, podendo na verdade, a todo tempo, "apropriar-se de um poder de revisão aparente, transformando-o em Poder Constituinte originário" (*Manual, cit.*, p. 196). A importância da transição constitucional na atualidade se deve à conveniência de que "se evitem as soluções de continuidade e os custos inerentes às revoluções" (*Manual, cit.*, p. 195).

Torna-se assim fácil compreender que a Constituição de 1988 não foi obra de uma atividade reformadora da Constituição de 1967, mas de um processo de Transi-

ção Constitucional²³ através do qual o restabelecido Poder Constituinte do povo, evitando os inconvenientes de uma já desnecessária revolução (desnecessária porque politicamente o regime anterior já agonizava desde a eleição do presidente civil oposicionista), apropriou-se do poder de reforma da Constituição em vigor ao produzir a Emenda nº 26/85 e com isso propiciar a formação de uma Assembleia Nacional Constituinte "livre e soberana". A EC nº 26/85 era nitidamente inconstitucional em face da Constituição de 1967, pois possibilitava a supressão dos então estabelecidos limites da reforma e significava a própria negação da Constituição.

A análise do Poder Constituinte material que legitimou a Constituição de 1988 constitui outro óbice dificilmente removível à interpretação da Constituinte de 1987/1988 como processo de reforma da Constituição anterior. A espontânea, autêntica e vigorosa campanha popular pelas eleições diretas em 1984 – complementada pelo maciço apoio, quando das eleições indiretas que se seguiram, ao candidato de moderada mas clara oposição ao regime – representou uma inconfundível opção da sociedade pela democracia e pelo Estado de Direito, autêntica decisão fundamental de negar o regime político então vigente. A convocação da Constituinte se inseriu perfeitamente nesse contexto de definição histórica, como o momento formal do Poder Constituinte necessário à realização da viragem histórica já decidida. E poucas constituições terão sido tão fiéis ao Poder Constituinte material quanto a que resultou daquele processo, com a mais ampla consagração de direitos fundamentais de que se tem notícia e cujo rol de cláusulas pétreas se sintetiza

23 O próprio Jorge Miranda viria a apontar a Constituinte brasileira de 1987/1988 como um processo de transição constitucional: "A transição constitucional brasileira e o Anteprojecto da Comissão Afonso Arinos", *Revista de Informação Legislativa*, a. 24, nº 94, abr./jun. 1987, p. 29-44.

na consagração daqueles dois princípios afirmados em 1984, a democracia e o Estado de Direito (ao lado da forma federativa de Estado, que aliás também representa um fortalecimento da democracia).

O fato de se ter vivido uma transição e não uma revolução em nada diminui o alcance negador do regime anterior, pois não há uma relação necessária entre o modo de instauração de um novo regime e a profundidade da mudança que representa. Recorde-se que Carl Schmitt distinguia entre supressão e destruição da Constituição como os dois possíveis resultados da ação do Poder Constituinte. Com a primeira se mantinha inalterada a titularidade do Poder Constituinte (por exemplo, mediante a substituição de uma Constituição democrática por outra Constituição democrática). A segunda significava a supressão do próprio Poder Constituinte em que se baseava a Constituição então vigente. A Constituinte de 1987/1988, na medida em que afastou a vigência de uma Constituição de origem e prática autoritárias por uma outra democrática – o que não parece plausível negar –, operou uma destruição constitucional, de acordo com a terminologia schmittiana, e não uma simples supressão.

O contraste entre a Ordem Constitucional de 1967 e aquela estabelecida em 1988 não desaparece nem mesmo quando se focaliza a insuficiente eficácia material do regime democrático em vigor. Munido do aparato analítico da teoria dos sistemas, demonstrou Marcelo Neves como nos sistemas jurídicos da modernidade periférica apenas precariamente se realiza a positividade da ordem jurídica, no sentido da autonomia operacional do sistema jurídico em relação aos outros sistemas sociais. As constituições deveriam servir a esse fechamento operativo do sistema jurídico através sobretudo dos elementos institucionais definidores do Estado de direito: separação de poderes, eleições democráticas, garantia de direitos

fundamentais.²⁴ A insuficiente (porque politicamente bloqueada) concretização destes elementos, nas Constituições dos Estados periféricos, justifica que se qualifique de simbólico o processo de constitucionalização democrática que ali se desenvolve. Mas a não-diferenciação operacional do sistema jurídico também se verifica quando aqueles elementos são negados pela Constituição ou por outras normas com força constitucional (como os Atos Institucionais, em nossa experiência recente), havendo aqui uma instrumentalização do direito pela política. A evolução político-constitucional dos Estados periféricos pode então ser em parte interpretada como uma alternância entre essas duas estruturas constitucionais (típicas, bem entendido), que Neves chamou de "círculo diabólico de nominalismo e instrumentalismo constitucionais"²⁵. O contraste entre o regime instaurado em 1964 e aquele implantado em 1988 é evidente também nessa perspectiva, sobretudo quando se considera que dela não decorre uma atitude indiferentista em relação à alternativa entre nominalismo e instrumentalismo²⁶.

Como se percebe, sob qualquer ponto de vista que se examine a questão, a edição da EC nº 26/85 foi tudo menos ato de reforma constitucional, e a Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 é, sem dúvida, obra do Poder Constituinte, e não do Poder Reformador.

Quanto à legitimidade do modo como se elaborou a Constituição, questionada por não se ter convocado uma Assembleia Constituinte exclusiva, é preciso não esquecer que, conforme destaca toda a doutrina constitucionalista, os modos de atuação do Poder Constituinte são indefiníveis *a priori*. Aliás, sabe-se que, de um modo ge-

24 Cf. *Sobre Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*. Berlin, Duncker & Humblot, 1992, e *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo, Editora Acadêmica, 1994.

25 Cf. *Verfassung und Positivität*, cit., p. 109, 144 et passim.

26 Cf. por exemplo, *op. cit.*, p. 107.

ral, as formas ideais da democracia são realizadas apenas aproximadamente na experiência histórica, razão pela qual a legitimidade democrática não é algo que se afira segundo uma lógica do tudo ou nada. Não resta dúvida de que a convocação de uma Constituinte exclusiva poderia significar, em tese, uma maior autenticidade da manifestação da vontade popular e uma maior capacidade de consenso, sobretudo se a eleição dos constituintes não fosse simultânea à dos parlamentares. Sua rejeição pode de fato ser interpretada como uma vitória de forças políticas conservadoras e receosas de uma ampla participação popular na Constituinte, que se esperava se desenvolvesse em exata consonância com a hegemonia partidária então estabelecida, num processo que pouco se diferenciaria da atividade legislativa ordinária. Mas se a idéia de um Congresso Constituinte já não é incompatível com a teoria do Poder Constituinte, especialmente se seus membros foram eleitos investidos de atribuições constituintes, e está longe de desqualificar, por si só, a legitimidade democrática da Constituição que produzir, a prática da Constituinte instalada em 1987 frustrou as expectativas daqueles que lutaram contra a Constituinte exclusiva. De fato, as atividades da Constituinte se desenvolveram em clima de ampla abertura democrática, com a atenção da sociedade civil voltada para tudo o que nela se passava e com uma constante pressão da sociedade (inclusive através do instituto da emenda popular). O pluralismo do debate constituinte que então se desenvolveu corresponde muito mais às concepções contemporâneas de democracia como governo do cidadão do que os expedientes tradicionais de legitimação popular.²⁷ É relevante também que, como já se disse, a Constituinte se apresentou como um desdobramento

27 Ver a respeito Häberle, *Hermêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Fabris, 1997, p. 38-39.

de um nítido processo histórico de conformação do Estado brasileiro a uma nova idéia (democrática) de direito, o que é mais importante para a legitimidade da Constituição – que à tal idéia permaneceu fiel – do que o caráter exclusivo ou não da Constituinte.

Portanto, a tentativa de desqualificar a legitimidade da Constituição vigente como estratégia para dispensar ou reduzir o ônus de uma legitimação democrática da sua ruptura não encontra fundamento na teoria do Estado democrático de direito.

3. É preciso por fim alertar para a gravidade da proposta aqui criticada para o amadurecimento institucional do País.

O fato político ensejador da proposta aqui em discussão não é, como se sabe, nenhuma alteração profunda da realidade política (o que poderia justificar o rompimento com a ordem vigente), mas o insucesso do Governo em aprovar, com a amplitude e celeridade julgadas necessárias, as reformas constitucionais que fazem parte do seu programa político, e que alguns consideram mais vitais para a vida nacional do que a continuidade da ordem constitucional. São esses os móveis valorativos mais imediatos presentes nas fundamentações que se têm apresentado em favor daquela proposta. Embora implicando uma passagem para um nível de abordagem um pouco diferente do até aqui desenvolvido, seja-nos permitido, para enfim concluir, examiná-los brevemente.

Não seria oportuno discutir aqui a importância ou a justiça de cada uma das reformas propostas. É de todo modo profundamente questionável que delas dependa a solução dos problemas sociais do País, apesar de se reconhecer que a Constituição de 1988 está longe da perfeição. Isto por duas razões básicas.

A primeira é de ordem por assim dizer dogmático-constitucional. A heterogeneidade das forças políticas representadas na Constituinte, dentre outros fatores, conduziu à elaboração de um texto, como se diz hoje em dia, aberto. A abertura semântica de certas proposições, estabelecida de um compromisso dilatatório entre tendências que se confrontaram, combina-se com a coexistência de princípios conflitantes, resultado da não identificação da Constituição com nenhuma das ideologias que a procuraram cercar. Expressou-o de modo contundente e até extremado Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem "...escolhendo, cuidadosamente, os artigos e os princípios nós podemos dar a esta Constituição dois ou três sentidos diametralmente opostos".²⁸ A Constituição comporta concretizações em sentidos variados, especialmente na ordem econômica, deixando um amplo espaço à conformação política a se desenvolver no Congresso e reservando um papel especial à sua interpretação judicial. Não é possível atribuir à Constituição a responsabilidade pela dificuldade de se realizar um determinado projeto político, ao menos dentre aqueles de que se possa cogitar na realidade histórica contemporânea.

A segunda complementa a anterior. Qualquer jurista acostumado ao enfoque jurídico-sociológico sabe que as grandes disfunções institucionais do País se relacionam muito mais estreitamente com a insuficiente concretização das normas constitucionais atualmente em vigor do que com o seu caráter imperfeito. Aperfeiçoamentos da legislação ou da Constituição pouco se relacionam, no presente, com a solução dos problemas nacionais, a não ser pelo fato de gerarem a ilusão de que com eles algo está sendo feito no sentido de se buscarem tais soluções.

Mas ainda que tais reformas fossem realmente importantes, a solução proposta diante da dificuldade de

28. Cf. *Direito Constitucional Econômico*, Saraiva, São Paulo, 1990, p. 72.

implementá-las revela uma imaturidade ainda maior da reflexão jurídico-constitucional. É uma unanimidade na teoria constitucional contemporânea ressaltar a importância da estabilidade da Constituição²⁹. A tal estabilidade associou Loewenstein a formação do sentimento constitucional³⁰, e Hesse demonstrou como ela fortalece a *vontade de Constituição*, elemento praxiológico da força normativa da Constituição³¹. Como disse Loewenstein, "é sempre mais fácil viver com uma Constituição defeituosa do que com uma transformada em brinquedo do arbítrio dos partidos"^{32, 33}. Decorre daqui a inadmissibilidade de se propor uma reforma constitucional sem que se fundamente satisfatoriamente a sua necessidade, a ponto de justificar um sacrifício da estabilidade constitucional (que é, em última análise, a estabilidade institucional do País). Que dizer então quando o que se deseja sacrificar em prol de alterações cuja necessidade é apenas pressuposta não é simplesmente a estabilidade da Constituição, mas a própria continuidade da Ordem Constitucional (que por sinal comportaria tais reformas desde que sobre elas houvesse um razoável grau de consenso)? Para saber o que isso significa, ouçamos o cientista político Renato Lessa: "Se a alteração de itens constitucionais, ressalvadas as cláusulas pétreas, exigisse a convocação de Congressos constituintes (...) nossas taxas de bizarria institucional, com certeza, atingiriam a estratosfera".³⁴

29 Para uma ampla abordagem do tema, ver Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Nomos, Baden-Baden, 1982.

30 Cf. Loewenstein, *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Walter de Gruyter & Co, Berlin, 1961, p.27.

31 Cf. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1993, p. 17.

32 *Über Wesen*, cit., p. 64.

33 De um modo mais genérico, remonta pelo menos a Aristóteles a percepção de que "é algo mau acostumar os homens a revogar facilmente as leis, ... pois o povo não resultará tão beneficiado com uma alteração quanto prejudicado por se acostumar a desobedecer aos seus governantes" (*Política*, 1269a).

34 "Entre o fato e o limite", *Folha de São Paulo*, edição de 13 de setembro de 1997.

DE 88 EM DIANTE

Hélio Sílvio Ourem Campos

Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco-ESMAPE. Professor Adjunto da Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP. Juiz Federal/PE. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE. Delegado eleito pela Seção Judiciária do Estado de Pernambuco (96-97) na AJUFE - Associação dos Juizes Federais do Brasil. Ex-Procurador do Município do Recife e do Estado de Pernambuco.

SUMÁRIO

1. Nova leitura constitucional. 2. Poder Judiciário: A tutela positiva e a negativa. 2.1. Tutela negativa. 2.1.1. Inconstitucionalidade material parcial. 2.2. Tutela positiva. 3. Mandado de injunção. 3.1. Parte I (Dos aspectos processuais). 3.2. Parte II (Da capacidade contributiva). 4. Do Supremo Tribunal Federal. 5. Referências bibliográficas. 6. Anotações

"(...) se tomarmos mil cruzeiros de quem tem apenas três mil; cem mil de quem tem trezentos mil, e um milhão de quem tem três milhões. Teremos aí uma correta proporção.

(...)

Não seria sem propósito que Quesnay proclamava aforisticamente: "impostos indiretos, cidadãos pobres; cidadãos pobres, reino pobre." (SIDOU, J. M. Othon. *A Natureza Social do Tributo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, ps. 45 e 53)

1. Nova leitura constitucional

O legislador constituinte predicou, expressamente, para os impostos os princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva.

À parte a classificação falha, pois quaisquer que sejam os impostos serão pagos, necessariamente, por pessoas (1-n), tem-se em linha direta a busca por características pessoais sem que ocorra o repasse de encargos. Os impostos devendo ser pessoais e diretos com redução da intensidade das transferências.

Sem dúvida, algo de complexa praticabilidade; mas é necessário que sejam dados os primeiros passos.

Neste contexto, devemos visualizar o princípio da capacidade contributiva.

“Entre nós, princípio constitucional que é, a capacidade contributiva subordina o legislador e atribui ao Judiciário, através de métodos direto e indireto, o dever de controlar a sua efetivação, enquanto poder de controle da constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos administrativos” (1).

E se arremate: “Em primeiro lugar, o princípio da capacidade contributiva quando apresenta-se constitucionalizado, tem por destinatário o Órgão Legislativo, fator da lei fiscal. E’ assim, materialmente, norma sobre como fazer lei. Sendo assim, se a lei ofender o princípio da capacidade contributiva, genericamente, dá-se uma hipótese de inconstitucionalidade material, por isso que inexistente o fundamento material de validade da lei. Neste caso, o Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade da lei, tanto nos encerramentos de uma ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado), quanto no bojo de uma ação comum, *incidenter tantum* (controle difuso). Agora, se se trata de apurar a incapacidade contributiva real de um dado contribuinte, a ação cabível é a declaratória-constitutiva da incapacidade contributiva do autor face ao padrão genérico da lei. Não é a lei que é inconstitucional, mas a sua aplicação em relação a uma referida pessoa especialmente considerada. Em ambas as situações inexistente lesão ao princípio da tipicidade. Este

não quer que o administrador e o juiz legislem. Ora, quando o juiz declara a nulidade da lei, porque inconstitucional, ou a sua inaplicação a um caso concreto, o juiz não está legislando, senão aplicando a lei contenciosamente, esforçado em princípios constitucionais” (2).

Estas conclusões não se referem a dobras do sistema ou se assemelham a gritos de revolta calcados no direito natural.

É o que preceitua a nossa vigente Constituição: os impostos serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.

Eis um direito fundamental certo, embora omissões o tornem inoperante. E entendemos que, para este gênero de situações, ofereceu o Texto Magno instrumento jurídico eficaz, objeto de nossa análise posteriormente.

E não assimilamos interpretações esquivas, pois ao direito não cabe dar conselhos, porquanto adote linguagem prescritiva.

Vão longe os tempos em que se pôde enclausurar a verificação da potencialidade das pessoas para contribuir com o Fisco apenas no plano legislativo, e com surpreendente desprezo ao Poder Judiciário.

Deve a justiça vasculhar o direito, o que constitui passo importante na busca do atualismo constitucional. Mais uma consequência de um conhecimento prático, que não dá solução final, mantendo-se vivo e em permanente evolução, buscando aproximar-se da dignidade humana.

Ativados os mecanismos constitucionais de defesa das garantias dos indivíduos, apresenta-se o gigantismo de uma tarefa que exige uma inarredável confiança naquele que detém, enquanto função precípua, a salvaguarda do império da Constituição: o Poder Judiciário.

Nas palavras de José Marcos Domingues de Oliveira: “É que o princípio da capacidade contributiva consubstancia garantia individual do administrado, de sorte que é

na sua elaboração os trâmites estabelecidos pela Constituição ou sem revestir a forma que, para cada caso, ela prescreva, diz-se que há inconstitucionalidade formal" (7).

Logo, a obediência a normas com caráter substantivo, como, por exemplo, às que se referem a quem, quando e como pode incidir a tributação, tem esfera própria no âmbito da constitucionalidade material.

Tradicionalmente, a recusa pelo Poder Judiciário de aplicação de uma lei, ou de algum de seus dispositivos, não se submete às peculiaridades do caso concreto. Dá-se uma análise, meramente, abstrata; e ponto final.

Entendemos que este procedimento é incompleto, especialmente quando se trata do tema que abordamos.

Pois, "a verificação da inconstitucionalidade material é feita em face da aplicação da lei tributária a determinado caso particular e ocorre quando se constata que a carga fiscal, lançada de acordo com as determinações legais, alcança pressão exagerada sobre a atividade tributada de modo a perturbá-la no seu ritmo (...). Uma lei fiscal cuja constitucionalidade formal seja indiscutível, pode vir a ser declarada inconstitucional num determinado caso de aplicação. Será esta última uma inconstitucionalidade material, isto é, apenas no caso submetido ao Tribunal, que absolutamente não afetará a constitucionalidade em tese da lei fiscal" (8).

É o dever indeclinável do Poder Judiciário de examinar *in concreto* a existência, ou não, de excesso na carga fiscal incidente sobre o contribuinte que se entende prejudicado.

É posição superada por um moderno constitucionalismo a afirmação de que uma norma não possa vir a ser afastada "apenas porque em casos isolados tal lei impusesse uma privação, mas tão-somente aquelas cujo efeito genérico fosse confiscatório ou opressivo" (9).

Na questão da exorbitância do peso fiscal, não há tributo por completa ausência de "fundamento jurídico-constitucional" do seu fato gerador.

Se não há o fato jurídico tributário, não há de se falar em uma especial prestação pecuniária compulsória, que é o tributo.

Sendo o princípio da capacidade contributiva uma garantia individual do cidadão, não pode ser senão diante da riqueza de características do caso concreto que ele mais razoavelmente se manifesta. Necessário é o exame das questões de fato.

Dois contribuintes com o mesmo rendimento não têm, necessariamente, a mesma capacidade contributiva. Aluguel a pagar, número de filhos, inexistência de escolas públicas na localidade ou próximo a ela, doença na família, ausência de linha direta de transporte coletivo que lhe permita chegar ao trabalho, são apenas alguns exemplos que informam a necessidade de o Poder Judiciário cumprir a injunção (ordem formal) que lhe foi dada.

É o que diz Berliri: "embora não olvidando a dificuldade do problema, parece-nos que isto deve resolver afirmativamente, pensando que, em realidade, quando se sustenta que, em certas hipóteses, o fato concretizado pelo legislador, idôneo em abstrato para revelar uma capacidade contributiva, não a tem em uma situação concreta, não se faz mais que sustentar, ainda que seja limitando-se a algumas hipóteses, a mesma questão que se trataria quando se impugnasse o imposto sobre os calvos ou o imposto de capitação" (10).

Isto porque se busca na tributação uma real capacidade contributiva. Se o fato gerador não é apto para configurá-la, não há fato gerador. Se este raciocínio pode ser aplicado em situações abstratas (imposto sobre os calvos ou o de capitação), também deve ser adotado em situações onde o fato imaginado pelo legislador não é

idôneo para revelar capacidade contributiva, quando reduzido à situação concreta.

2.1.2. Inconstitucionalidade material parcial

É possível que o intérprete se depare com situações ainda mais sutis.

Os fatos geradores, o abstrato e o concreto, podem definir capacidade contributiva, mas não se demonstrarem aptos, perante situações individuais, a dimensionar a intensidade da carga tributária.

A capacidade econômica do contribuinte, apenas parcialmente, se verifica violentada.

Se o útil não se vicia com o inútil, cabe ao juiz identificar a dimensão do tributo.

Para isto deve buscar o socorro das provas técnicas. Não violará a generalidade da tributação, mas a configurará pelo razoável.

Afinal: "Tanto quanto na Filosofia do Direito, com Recaséns Siches, e no Direito Público em geral, na lição de Bielsa, também no Direito Tributário há vicejar a razoabilidade orientando a judicatura na afirmação da vontade constitucional, na realização da justiça do constituinte a que aludiu Couture-pois a Justiça é o supremo valor do direito, fonte da legitimidade das leis, que nada valem se não lhe renderem homenagem.

A razoabilidade é o critério definitivo que os publicistas, como Agustin Gordillo, indicam para localizar-se ou não o abuso de direito nos atos do Poder Público e que os tributaristas, como Jarach e Villegas, também adotam, via princípio da capacidade contributiva, para pôr cobro ao arbítrio do Legislador" (11).

Ademais, é bem adequada, sobretudo atualmente, a afirmação de Alfredo Buzaid quanto à capacidade contributiva na Constituição de 1946: "um critério rígido, de cuja inobservância resulta a inconstitucionalidade do

tributo. Ou se dá esta exegese ao dispositivo constitucional, ou ele será vazio de conteúdo; em outras palavras, letra morta."

É continua: "Se o preceito ordena ao legislador ordinário que gradue o imposto conforme a capacidade econômica do contribuinte, o que resta é determinar qual o conceito capaz de permitir que o Poder Judiciário afira da modicidade" (12).

É uma difícil missão, mas que deve ser exercida pelo Poder Judiciário (4-n).

Repita-se que, no direito tributário penal, tribunais estaduais, e mesmo o STF, vêm admitindo que as multas fiscais, quando a previsão legal se demonstre excessiva, sejam mais aprimoradamente graduadas, de maneira a não inviabilizar atividades lícitas (5-n).

Se isto é possível em contexto de ilicitude, mais ainda o será ao lidarmos com situações que nada têm de ilícito.

2.2. Tutela positiva

Sendo possível se negar à lei, no caso concreto, a sua aplicação, comporta discutirmos a possibilidade de se exigir do Estado a produção de norma jurídica que propicie a efetividade de uma garantia constitucional, como é a do respeito à capacidade contributiva.

Não sendo isto possível, estamos a admitir que podem os poderes constituídos, pela omissão, frustrar as normas constitucionais.

Ao legislador, bem como ao juiz, seria atribuído o arbítrio de respeitar, ou não, o que encontra proteção direta no Texto Maior. Um *non sense*.

Diante do mandado de injunção (inc. LXXI, art. 5., Const. Rep./88) e do instituto da inconstitucionalidade por omissão (par. 2., art. 103, Const. Rep./88), cujos contornos serão construídos pelo Poder Judiciário, verificaremos até que ponto estão preparados os Poderes

Políticos para manter um adequado nível de convivência com harmonia.

A excessiva timidez será afrontosa à dinamicidade do direito; a audácia em demasia poderá implicar em ruptura na separação dos poderes.

No entanto, certas situações, frequentes no Brasil, poderão auxiliar nesta procura da medida do meio.

Por exemplo:

Mantendo congelada a tabela para o cálculo do imposto de renda na fonte, a União engorda o seu caixa indevidamente, à custa de quem percebe salários mais baixos.

Ora, se a lei que havia fixado as diretrizes de obediência à capacidade contributiva se mantiver inalterada, haverá uma evidente quebra da nova situação de capacidade econômica.

Em um país com uma inflação alta como a nossa¹, não corrigir a tabela ou fazê-lo a subestimando, implicará em que mudem de patamar tributário, e paguem uma alíquota maior, aqueles que tiveram reajustes de salários.

Funciona como se, de fato, houvesse o trabalhador subido na hierarquia salarial, auferido um ganho real, e, portanto, devendo ser mais tributado.

Isto implica em ignorar a existência de inflação no período e que os eventuais acordos trabalhistas apenas buscaram repor perdas salariais.

"O mero aumento de valor nominal não constitui renda e não pode ser submetido à tributação, se esse aumento representa a diferente configuração numérica de um inalterado valor econômico" (6-n).

Saindo do campo da tributação da renda, penetra-se, por descaso, na aviltante tributação do minguado patrimônio do trabalhador.

¹ Este trabalho foi escrito em 1991-2.

Caso o cidadão se socorra do Judiciário, visando resguardar o valor intrínseco de sua prestação tributária, assumirá este Poder a indeclinável tarefa de reparar o prejuízo. Ou então, mantendo-se inerte, aprofundará o descrédito nos Poderes Públicos.

Exercendo as suas inalienáveis prerrogativas, isto dissuadirá os outros Poderes a manter atitudes mais compatíveis com as possibilidades de despesa.

3. Mandado de injunção

"A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízes de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral-particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional—não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)." (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p.19)

3.1. Parte I (Dos aspectos processuais)

A princípio, foi o mandado de injunção (inc. LXXI, art. 5., Const. Rep./88) visualizado como um dispositivo de contundência no sentido de que se uma Constituição foi feita, é para ser aplicada. A legalidade como uma conquista, e não como um obstáculo.

Um voto de confiança à magistratura brasileira (13).

Esperava-se com o novo instituto que fossem superadas as normas constitucionais quase inúteis,

Pois: "É paradoxal que as normas supremas da ordem jurídica, o direito dotado de supremacia e de superlegalidade, sejam as de eficácia menos efetiva e mais sujeitas ao desrespeito e à inaplicabilidade" (14).

Entretanto, foram vários os problemas que emergiram com esta figura jurídica.

Vejamos alguns:

a) procedimento aplicável

Os mais conservadores chegaram, inclusive, a negar-lhe imediata aplicação, em face de uma possível dependência de lei especial que viesse a lhe definir o procedimento.

Porém, a questão da auto-aplicabilidade resta superada.

O STF entendeu ser o mandado de injunção auto-aplicável (7-n).

Estabelecendo-se que, no mandado de injunção, "serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica" (8-n).

O que vinha de encontro à sugestão de que: "A edição de norma regulamentadora do mandado de injunção somente deveria ocorrer após um período de maturação jurisprudencial e doutrinária" (15).

b) finalidade

Exsurge, no mandado de injunção, um instituto "cuja principal finalidade será a de instrumentalizar a regra constitucional da imediata aplicabilidade das normas sobre direitos, liberdades e garantias individuais, de forma a afastar a inexecução dessas normas por omissão do legislador" (16).

Cabe, sem dúvida, afirmar que aquele que o impetra "busca a efetivação do direito" (17).

Contudo, o Órgão máximo do Judiciário já se pronunciou no sentido de que "o mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado". E, bem recentemente, registrou: "A jurisprudência desta Corte (...) não confere ao mandado de injunção a eficácia que os impetrantes lhe emprestam. Os provimentos judiciais têm sido no sentido de consagrar a omissão do Congresso Nacional e cientificá-lo do fato" (9-n).

É acanhada a sua contribuição em favor da efetividade, a que, em princípio, pensava-se estar vocacionado.

Chega a ser preocupante a afirmação de que o mandado de injunção não permite, de imediato, "ato concreto de satisfação do direito reclamado".

Quase esvaziado de conteúdo inovador, segundo estas interpretações, abdica o Poder Judiciário do "voto de confiança"?

Que se renove este voto com a edição de norma específica regulamentadora.

Enquanto isto, se mesmo a Corte norte-americana, em um sistema cuja concepção do checks and balances encontra-se bem dotado de alicerce, admitiu rever posições sobre temas outrora polêmicos (segregação racial e discriminação política da mulher etc.), não será motivo de surpresa a evolução de nossa Corte Máxima. (10-n)

Por enquanto, no entanto, a experiência vem em um sentido que não permite maior otimismo.

Alarmante o caso de um mandado de injunção que não levou êxito, pois "já havia projeto de lei sobre a matéria encaminhada ao Congresso Nacional" (11-n).

Fora o fato de que um projeto pode vir a sofrer alterações e de que a previsão de seu texto final assume

um prazo imprevisível, manteve-se o STF fiel à sua orientação de não editar normas faltantes, mesmo para o caso concreto.

Em suma: às decisões decorrentes de mandado de injunção, segundo o entendimento hoje predominante, apenas caberia a tarefa de proceder a uma recomendação, provavelmente não cumprida.

Quer parecer que a omissão no dever de regulamentar (agora, também, no caso concreto), se muito, atribui ao mandado de injunção a função de obter aresto que declare a omissão inconstitucional.

São as palavras do Ministro Carlos Mário Velloso: "a diferença entre mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão está justamente nisto: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional abstrato, de competência exclusiva do STF, a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada a ciência ao Poder Competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de 30 dias (CF, art. 103, par. 2.).

No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou o tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável, em razão de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável" (12-n).

Repita-se: o juiz ou o tribunal fará "a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável". Foram estas as palavras de um jurista que hoje integra a Suprema Corte.

No mesmo sentido se afirma: "a tarefa integradora ou de colmatação de lacunas é criadora, no sentido de criar como explícito algo já implícito no sistema jurídico,

estabelecendo-se uma norma individual relativa à hipótese não regulamentada, submetida à apreciação do Judiciário" (18).

Portanto, há uma esperança de que mais uma norma constitucional não se torne letra morta: inc. LXXI, art. 5., Const. Rep./88.

c) sujeição passiva

Mesmo admitido o caráter satisfativo do mandado de injunção, não se encerrariam os problemas.

É necessário que se eleja o sujeito passivo, porquanto: "o mandado de injunção, como ficou demonstrado, não objetiva a elaboração de normas regulamentadoras do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa, mas à sua satisfação direta, que nem sempre é atribuição direta da autoridade ou entidade a que cabe a elaboração da norma regulamentadora. A satisfação do direito reclamado não é, p. ex., função do Congresso Nacional, ou da Câmara de Deputados, ou do Senado Federal, que não são órgãos executivos da lei, tanto é assim que não têm sequer que ser citados para a causa, pois o julgado não poderá impor-lhe a outorga concreta do direito do impetrante" (19).

Entretanto, com escora nos dispositivos constitucionais previsores de competência (al. "q", inc. I, art. 102-STF; al. "h", inc. I, art. 105-STJ), embora a Constituição tenha silenciado quanto ao legitimado passivo e quanto aos efeitos da ordem injuncional, isto tem servido como escudo na defesa dos contornos estreitos que lhe vem dando a jurisprudência (13-n). Predomina a compreensão de que os órgãos e entidades que eles prevêem, ao se omitirem no dever de regulamentar, participam da relação processual, e disto se extrairia como consequência a mera decisão declaratória da omissão inconstitucional.

Absolutamente não é esta a nossa interpretação. Entendemos que, a despeito da redação em que vêm

vazados esses dispositivos constitucionais, está implícita uma injunção (ordem formal) ao Poder Judiciário.

No caso concreto, havendo lacuna que torne inviável o exercício de direito constitucional, lhe compete, desde que provocado, o dever de tornar explícito o que se encontra implícito no sistema, determinando a satisfação direta dos direitos, liberdades ou prerrogativas.

d) sujeição ativa

Parece ser esta a questão mais próxima do consenso.

Carecendo da ação injuncional, por falta de "legitimatío ad causam, quem não tem o direito constitucional alegado ou quem alega ter direito constitucional a cujo exercício, porém, o que se oponha não seja a ausência de norma regulamentadora" (14-n).

e) efeitos da decisão

Tendo o aresto caráter constitutivo, discute-se se a sua eficácia é inter partes (adstrita ao caso concreto), ou *erga omnes* (extensível aos casos análogos).

Se a extensão de sua eficácia compreendesse os casos análogos, estaria sendo afrontado o princípio da separação dos Poderes.

Se a extensão de sua eficácia compreendesse apenas o caso concreto, haveria possibilidade de julgados divergentes. Mas, tal consequência, antes de ser inconveniente, pode se apresentar como adequada a pressionar, legitimamente, os órgãos responsáveis pela elaboração das normas gerais ausentes.

Elaborada a norma geral, se indagaria sobre a possibilidade de ela incidir sobre uma situação jurídica que vem sendo regulada pela medida do Judiciário.

Ora, será o próprio Judiciário convocado, caso necessário, para resolver esta questão, o que, ademais, é sua tarefa. (15-n)

3.2. Parte II (Da capacidade contributiva)

A engenharia de contorno do mandado injuncional menos depende de suas origens históricas (direito inglês: Common Law ou Equity, ou norte-americano: proteção dos direitos constitucionais) do que da influência de fatores que, fortemente, condicionam a interpretação de uma norma constitucional:

1. a mensagem ideológica da norma;
2. a cultura jurídica, as crenças política, filosófica e religiosa, bem com a inserção sócio-econômica do intérprete, mais outros elementos que integram a sua personalidade;
3. a pressão social em seu âmbito externo.

Deste conjunto de fatores dependerá o sentido que se dará à frase: "A Constituição é feita para ser aplicada" (20).

O próprio constituinte de 1988, que determinou deverem ter as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais aplicação imediata (§ 1º art. 5º), não teve tanta ousadia na regulamentação subconstitucional.

E é inserido no contexto Brasil que afirmamos ser o princípio da capacidade contributiva, hoje, um direito constitucional que, perfeitamente, se enquadra nas características necessárias à obtenção de um mandado de injunção de natureza satisfativa.

Senão vejamos:

São apontados como pressupostos do mandado de injunção:

1. a existência de um direito fundamental certo e inoperante;
2. a falta de norma regulamentadora do exercício de um direito fundamental (21).

Mais: J. J. Calmon de Passos afirmou: "Em virtude de não se ter dado ao Judiciário competência constitucional para impor sanções ao Legislativo, deferiu-se a ele competência constitucional para editar a norma regulamentadora, de aplicação no caso concreto, enquanto omissa a autoridade originária e constitucionalmente competente para isso. O meio de se obter do Judiciário a edição dessa norma é o mandado de injunção" (22).

Não nos parece um exagero se compreendermos por edição de norma regulamentadora a determinação da satisfação direta do direito.

Portanto, é de todo possível inferirmos, diante de um direito fundamental, que é certo, mas inoperante por falta de norma regulamentadora, poder vir o Judiciário a suprir, no caso concreto, o vazio existente, sem que se sobreleve ao Legislativo, pois a este permanece garantida a tarefa precípua de legislar.

Um sistema de pesos e contrapesos que não coonesta prevalência de um Poder sobre outro, garantindo ao cidadão uma vida constitucional em contraste com um silêncio tumular.

Se é dado ao Legislativo regulamentar o mandado de injunção, também é próprio ao Judiciário fixar-lhe os contornos.

Ao povo, de onde emana todo o poder (§ Único art. 1., Const. Rep./88), caberá julgar quem vem cumprindo a contento as suas tarefas.

É verdade que se os membros do Legislativo contam com um mandato de aproximadamente quatro anos, os do Judiciário contam com um mandato quase vitalício (16-n). Sendo este o nosso sistema, cabe àqueles membros de Poder, que detêm maior permanência, justificar o porquê desta situação.

Não defendemos, aqui, que o Judiciário legisle (emita normas gerais e abstratas), pois, atendendo ao caso

concreto, não maculará a conquista do princípio da legalidade, que, sendo fruto de momento histórico, se permite à evolução e à manutenção compatível com a dinâmica de atualização constitucional.

Não se trata de ruptura com a nossa tradição romanista e de uma pouca apurada improvisação do "the judge makes law". Isto poderia ser perigoso em nosso estágio cultural.

Porém, diante da prudente apreciação, e provas técnicas seriam bem assimiladas, o juiz poderia suprir os espaços vazios que surgem perante o caso concreto.

Tomando em cotejo tudo o que até agora foi apresentado, caberá a leitura integral do § 1º, art. 145, da Constituição da República:

"Art. 145. (...)

§ 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte."

Vejamos o que foi dito:

1. os impostos serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.
Aqui, temos uma formulação completa. É um direito fundamental, e constitucional, certo.
2. é facultado à administração tributária identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Logo, é nos termos da lei que se dará a identificação da medida da capacidade de se contribuir para o Fisco.

A lei estabelecerá os critérios de medição, mas o direito do cidadão à obediência pelo Poder Público da obrigação de graduar os impostos em razão da sua capacidade econômica já existe; apenas pode se apresentar inoperante em função do vazio deixado pela ausência de norma regulamentadora.

Portanto, foram preenchidos os pressupostos do mandado de injunção.

Mais: CONCEDER-SE-Á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direito constitucional. É a ordem formal da Lei Maior ao Poder Judiciário, que foi por ela constituído.

Mantenha-se o voto de confiança.

4. Do Supremo Tribunal Federal

Diz a Constituição (art. 102, "caput" e § Único) ser da competência do STF a sua guarda, tendo ele, portanto, a chave da efetividade constitucional, com o apoio não menos importante dos cidadãos em geral e, especialmente, do Ministério Público, que deve zelar pelos direitos nela assegurados, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (inc. II, art. 129).

Com isto não se visa à obtenção de regalias, mas se recebe a responsabilidade solidária pela construção de um Estado Democrático de Direito.

Reclama-se do Congresso Nacional pela falta de implementação das medidas subconstitucionais integradoras, o que, infelizmente, vem sendo procedente.

Mas, é esta mesma Constituição, que torna "inviável" o exercício de tantos direitos constitucionais pela falta de norma regulamentadora, que prevê o mandado de injunção quando da ausência de regulamentação pelo Congresso Nacional. (inc. LXXI e § 1º art. 5º c/c art. 145, § 1º).

A competência para o seu processo e julgamento é originária do STF (al. "q", inc I, art. 102).

E é este Órgão de cúpula do nosso Judiciário, pelos novos ares constitucionais, que deve repensar a tese de que não pode atuar como legislador positivo, dando mais um passo no combate à estática jurídica.

No entanto, atualmente, prevalece o antigo entendimento de que só lhe caberia o papel de legislador negativo para a recusa de validade e aplicação integral à norma que contrariasse requisitos constitucionais (RE 102.553-1, RJ).

Que denegue o mandado de injunção impetrado contra o Congresso Nacional em face da generalizada ausência de regulamentação legislativa das normas inscritas na Constituição (MI 309-2/400-DF).

Que denegue pretensões que lhe solicitem a formulação de normas gerais, vindo a substituir o legislador (MI 168-5-RS).

Mas que cumpra com a sua responsabilidade constitucional diante de um caso concreto de ausência de regulamentação.

Afinal: "A Constituição foi feita para ser aplicada." (23)

Neutralidade não significa omissão. Neutralidade não significa preferência pela manutenção de conclusões passadas.

E será com o surgimento de casos concretos, pela ação dos cidadãos, e pelo zelo a ser demonstrado pelo Ministério Público que o STF irá demonstrar o novo Estado que deve ter surgido com a nova Constituição.

Este é o jogo. Esperemos como vão ser cumpridas as regras. (24)

5. Referências bibliográficas

1. NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. *Comentários à Constituição de 1988 (Sistema Tributário)*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 96.
2. NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. ob. cit., p. 100.
3. OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Capacidade Contributiva-Conteúdo e Eficácia do Princípio*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 64.
4. OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. ob. cit., p. 65.
5. NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. ob. cit., p. 102.
6. UCKMAR, Victor. *VI Curso de Especialização em Direito Tributário*. "As Orientações da Corte Constitucional Italiana em Matéria Tributária". São Paulo: Ed. Res. Tributária, 1978, v. I, p. 299 apud OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. ob. cit., ps. 62 e 74.
7. CAETANO, Marcelo. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Lisboa: Coimbra Editora, 1972, vol. 1., ps. 344-5.
8. PINTO, Bilac. "A Crise da Ciência das Finanças". Revista Forense, n. 82, p. 561.
9. Ohio River and W. R. Co. v. Dittley (Ohio Tax Cases), 1914, apud DÓRIA, Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e "Due Process of Law"*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 185.
10. BERLIRI, Antonio. *Princípios de Derecho Tributário*. trad. espanhola, Madrid: Ed. Derecho Financiero, 1971, v. II, p. 331.
11. Cf. Oliveira, José Marcos Domingues de. ob. cit., ps. 81-2. V. COUTURE, Eduardo J.. *Estudios de Derecho Procesal Civil "apud" LUNA, Mercado. Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1980, p. 201; GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. trad. Marco Aurélio Greco, São Paulo: RT, 1977, ps. 183-4; BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho Público*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1951, v. II, p. 93; VILLEGAS, Héctor. *Curso de Direito Tributário*. trad. brasileira, São Paulo: RT, 1990, p. 91; JARACH, Dino. *Curso Superior de Derecho Tributario*, 9. ed., Buenos Aires: Liceo Profesional CIMA, 1969, p. 131; FONROUGE, Giuliani. *Derecho Financiero*, 3. ed., Buenos Aires: Depalma, 1976, v. I, p. 307; DÓRIA, A. R. Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e "Due Process of Law"*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, ps. 138-9.
12. BUZAID, Alfredo. RT 322/16; RT 322/17.
13. SILVA, José Afonso da. *Mandado de Injunção e Habeas Data*.

- São Paulo: RT, 1989, p. 52.
14. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2. ed., São Paulo: RT, 1982, p. 4.
15. STRENGER, Irineu. *Mandado de Injunção*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 44 (conclusão n. 7).
16. MOREIRA, Wander Paulo Morotta. *Mandado de Injunção*. Estado de Minas Gerais, 06.09.88 apud SILVA, José Afonso da. ob. cit. (1989), p. 25.
17. CATHARINO, José Marthins. "Repertório IOB de Jurisprudência", n. 04/90, texto n. 2/3505.
18. DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 39.
19. SILVA, José Afonso da. ob. cit. (1989), p. 39.
20. SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O Mandado de Injunção*. São Paulo: RT, 1989, p. 7.
21. SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. ob. cit., p. 37.
22. PASSOS, J. J. Calmon. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data-Constituição e Processo*. São Paulo: RT, 1989, p. 133.
23. SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O Mandado de Injunção*. São Paulo: RT, 1989, p. 07.
24. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia (Uma defesa das regras do jogo)*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

6. Anotações

- 1-n. Mesmo um imposto sobre o patrimônio atinge o proprietário, independentemente da coisa.
 - 2-n. Cf. Revista Trimestral de Jurisprudência ns. 33/647 (Pleno), 37/296, 41/55, 43/622, 44/661, 73/548, 74/319 e 78/610. Deste último, transcrevemos trecho do voto condutor do Min. Leidão de Abreu: "A jurisprudência predominante desta Corte se orientou, como bem assinalam (...), no sentido de que pode o judiciário, atendendo às circunstâncias do caso concreto, reduzir multa excessiva aplicada pelo Fisco." (Ac. 11.05.76. Cf. ainda RE n. 60.476 e Ag. n. 40.319, Rel. Evandro Lins).
 - 3-n. Se aderíssemos àqueles que defendem a presunção legal absoluta de capacidade contributiva, além de aniquilarmos com o princípio jurídico, estaríamos cerceando exercício de competência pelo Poder Judiciário e delegando o princípio ao campo, meramente, político ou econômico.
- Diz Rubens Gomes de Sousa, in *Compêndio de Legislação Tributária*, São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1981, p. 95: "Em nosso direito

positivo, a Constituição atribui expressamente um efeito jurídico ao conceito econômico da capacidade contributiva (...)” *O texto se refere à Constituição de 1946.

A favor da presunção legal absoluta: NOVELLI, Flávio Bauer. *Rev. de Direito Tributário*, n. 25-6, p. 171.

4-n. Entendemos sejam os critérios constitucionalmente relevantes para aferir o princípio da isonomia, do qual é espécie o da capacidade contributiva, segundo o nosso atual Texto Constitucional:

1. proibição de distinguir no teor e na aplicação da lei;
2. dever de distinguir segundo o critério básico, em direito tributário, da capacidade contributiva (gradação conforme provas técnicas);
3. atenuação das grandes diferenças econômico-materiais pela progressividade dos tributos;
4. afastamento do critério da capacidade contributiva por outros critérios de comparação que componham um prévio planejamento de uma política de desenvolvimento.

5-n. Cf. Tribunal de Justiça de São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ns. 240/297, 241/611, 273/380. Supremo Tribunal Federal: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, ns. 33/647 (Pleno), 37/296, 41/55, 43/622, 44/661, 73/548, 74/319 e 78/610. Ver, também, impedimento ao confisco via multas: ADIn. 551-1-Med. Liminar, DJU 01.08.91.

6-n. Ac. 10.02.87, pub. *Revista de Direito e Prática Tributária*, 1987, n. II, ps. 399-402 apud OLIVEIRA, José Marcos Domingues de... ob. cit., p. 77.

7-n. MI n. 107-3-DF. Rel. Min. Moreira Alves, DJU 21.09.90, p. 9.782.

8-n. Cf. Par. U'n., art. 24, L. n. 8.038/28.05.90.

9-n. Cf. “Repertório IOB de Jurisprudência”, n. 10/90, ementa n. 1/3121. O caso concreto mais se aproximava de ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 33 ADCT/CF/88).

Pela impossibilidade de o Poder Judiciário editar normas para o atendimento à pretensão posta em juízo: V. Tito Costa, in “Supremo Esclarece Mandado de Injunção”, “Boletim de Direito Administrativo”, 06.90, São Paulo: NDJ, ps. 358-9 (Proc. n. 107-3/DF, ac. un. do pleno, em 23.11.89); MI n. 14-0-DF, “Boletim de Direito Administrativo”, 05.90, São Paulo: NDJ, ps. 324-9; MI n. 168-5-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 20.04.90; MI n. 322-7-DF, Medida Liminar indeferida, DJU 16.08.91, p. 10.789.

Há, também, de ser destacada a opinião do Min. Moreira Alves, publicada nos Anais do Seminário “Plebiscito e Revisão Constitucional” (Período: 25/27.06.91, Coordenação: Senador Maurício Corrêa, Brasília: 1992):

“Mas, entre os instrumentos que a nossa Constituição criou, para

dar a eficácia mais imediata possível às normas constitucionais, está esse instituto que vem despertando grande polêmica, que é o mandado de injunção.

(...)

Falta de norma regulamentadora de quê? Obviamente do texto constitucional. O que implica dizer que toda vez que um texto constitucional estabelecer um determinado direito ou uma determinada prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, ou liberdade constitucional, se o exercício desse direito estiver inviabilizado por falta de norma regulamentadora do texto que concedeu esse direito, essa liberdade ou essa prerrogativa, será possível que o Poder Judiciário, por meio do mandado de injunção, se manifeste. E se pergunta: manifestar-se como? Dir-se-á: manifestar-se legislando para o caso concreto, ou legislando com eficácia “erga omnes”. Manifestar-se para tornar viável o direito, a prerrogativa ou a liberdade.

Mas vejamos os senhores, este texto, obviamente, diz respeito a uma omissão, que é a omissão decorrente da falta de regulamentação. Ora, se se trata de uma omissão, estaremos diante de quê? De uma inconstitucionalidade por omissão. Esta mesma Constituição, no art. 103, declara, peremptoriamente, criando uma nova forma de controle de constitucionalidade até então inexistente no Direito brasileiro; que é forma de controle das omissões inconstitucionais impossível com o sistema difuso de inconstitucionalidade, até porque um juiz, pelo sistema difuso, não pode suprir omissões; o máximo que ele pode fazer é afastar a norma que ele considera inconstitucional.

(...)

(Tratando da discussão, mediante o princípio da isonomia, sobre o reajuste de servidores concedido apenas a uma categoria particular) Já por um controle concentrado da ação por omissão inconstitucional, a solução seria radicalmente contrária a que a própria Constituição estabelece, que diz que neste caso se se considerar que há uma omissão inconstitucional, e essa omissão seria parcial, porque a omissão seria não haver estendido, então, o que poderia fazer o Supremo Tribunal Federal? Poderia dar ciência ao Congresso Nacional de que deveria legislar a respeito para estender a norma. E se o Congresso não legislasse, não haveria solução, até porque, nós sabemos que nesse preceito do par. 2. do art. 103 se declarava, num dos anteprojetos, que quando houvesse a declaração de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal legislaria. Retirou-se isso a bem do quê? A bem da democracia. Por quê? Porque isso é poder político, que é exercido por representantes do povo, e é exercitado também em parte pelo próprio Presidente da República,

que também recebe mandato eletivo. Não juiz, que é vitalício, que não recebe mandato eletivo, que portanto, pelo sistema constitucional, não tem a prerrogativa de elaborar leis.

Ora, transplantemos o problema para o mandado de injunção. O mandado de injunção, se porventura nessa ação, que é a ação nobre de declaração de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal não pode legislar, perguntar-se-ia pelo mandado de injunção que é impetrado por um particular, poderia fazê-lo? Então, teríamos essa situação realmente difícil de explicar. Uma confederação sindical com referência a alguma omissão de inconstitucionalidade por omissão. O Supremo Tribunal Federal unanimemente reconhecia. Realmente, há uma inconstitucionalidade. Falta uma norma que regulamente o texto constitucional. E o que faria ele?

Daria ciência ao Congresso Nacional para que o Congresso, querendo, fizesse a lei, uma vez que não há sanção obviamente de um poder com relação a outro poder.

No dia seguinte, um sindicalizado de um sindicato municipal, integrante do primeiro grau das entidades sindicais, cujo ápice seria ocupado por essa confederação, entraria com um mandado de injunção. O Supremo Tribunal Federal, para ele, ou com eficácia "erga omnes", regulamentaria, legislando, fazendo aquilo que pela ação nobre, que é a ação na defesa do interesse comum, do interesse público e não do interesse privado, não poderia ter feito, porque só podia fazer uma simples comunicação ao Congresso Nacional ou ao Presidente da República se a iniciativa fosse dele, no sentido de que, querendo, apresentasse um projeto ou, querendo, legislasse." Respeitando e discorrendo do que defendido, em que pese o argumento de autoridade e a autoridade do argumento, preferimos fazer a seguinte distinção:

a) Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Trata da ausência da norma em tese.

Cabe ao Poder Judiciário apenas a cientificação, pois a este Poder não incumbe formular normas gerais, o que segue em estrita obediência ao princípio da separação dos Poderes.

b) Mandado de Injunção.

Trata de casos concretos, e que podem ser personalizados.

Não cabendo o argumento de que o direito individual seja inferior ao direito público.

A questão é que não há direito individual em afronta ao direito público.

O Judiciário, aqui, teria o dever constitucional de suprir a lacuna normativa, sob pena de se transformar o mandado de injunção em

uma medida sem contornos.

Assim como cabe ao Juiz concretizar a norma infra-constitucional, agora esta tarefa se estende às antigas, e agora superadas, normas constitucionais de eficácia apenas negativa.

Elas não apenas devem obstar os efeitos das normas inferiores que lhes são conflitantes, mas devem, no caso concreto, ser detentoras de eficácia positiva.

10-n. O STF diante do art. 8., par. 3. ADCT CF/88 (reparação de natureza econômica aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência de Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica) pronunciou-se nos seguintes termos:

a) declarou em mora o legislador;

b) determinou um prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, para que fosse ultimado o processo legislativo da lei reclamada;

c) se ultrapassado o prazo, sem a promulgação da lei, deveria ser reconhecida "ao Impetrante a faculdade de obter contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem";

d) "prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o Impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável".

(Ac. STF-mv-MI 283-5/400-DF-Rel. Min. Sepúlveda Pertence-j. 20.03.91-Impte.: Alfredo Ribeiro Daudt; Imptdos: União Federal e outro. DJU I 14.11.91, ps. 16.355-6- ementa oficial)

11-n. "Repertório IOB de Jurisprudência", n. 12/90, ementa n. 1/3212.

12-n. VELLOSO, Carlos Mario. As Novas Garantias Constitucionais. Revista dos Tribunais, n. 644/14.

13-n. "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I- processar e julgar, originariamente:

(...)

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma das Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;"

"Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

l- processar e julgar, originariamente:

(...)

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;"

Segundo o Eg. TRF-5ª R., Boletim de Jurisprudência n. 22 (20.08.91), p. 35: "A autoridade contra a qual deve ser dirigido o mandado de injunção é aquela a quem compete ou competiria o deferimento da prerrogativa ou do direito assegurado pela Constituição, e não aquela à qual compete editar ou por em vigor a norma regulamentadora desse direito." (MI. Apelação Cível n. 8.469-Pb., Rel. Juiz Orlando Rebouças, j. em 25.04.91, à unanimidade) Entendemos que, a despeito dos termos em que vêm vazados os dispositivos constitucionais, está implícita uma injunção (ordem formal) ao Poder Judiciário. No caso concreto, havendo lacuna que torne inviável o exercício de direito constitucional, lhe compete, desde que provocado, o dever de tornar explícito o que se encontra implícito no sistema, determinando a satisfação direta do direito, liberdade ou prerrogativa.

14-n. Cf. MI n. 357-2/400-DF, DJU 03.09.91, p. 11.869.

V. tb.:

"Diferentemente da hipótese de inconstitucionalidade por omissão, cabível em tese, o mandado de injunção exige, pelo menos, um prejudicado em concreto, em razão da falta de norma que, de fato, impeça o gozo do direito, da liberdade ou da prerrogativa mencionada." (Dobrowolski, Silvio. Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais, RT 643/14, 18).

Ou ainda:

"A legitimação processual ativa é do titular do direito cujo exercício está obstado por falta de norma regulamentadora." (PASSOS, Calmon de. Constituição e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 116).

15-n. O STF, no MS 283-5/400-DF (Ac. do Pleno-mv), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 1 14.11.91, disse:

"prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o Impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável".

16-n. Vide aposentadoria compulsória: art. 93, VI Constituição da República.

UMA REFLEXÃO CRÍTICA ACERCA DA VISÃO DOGMÁTICA DE DIREITO

Inês Cristina Seibmann

Maestranda em Direito, Professora da Associação de Ensino Superior de Olinda - AESO e do Bureau Jurídico, Advogada.

SUMÁRIO

1. Introdução: Visão Dogmática Formalista, uma visão reducionista do direito. 2. A crise atual do direito positivo e a esperança de um novo momento de controle social pelo direito. 3. Direito Alternativo e uso alternativo do direito. 4. Necessidade da utilização de dados científico - empíricos para fundamentar decisões judiciais *praeter* ou *contra legem*. 5. Conclusão: Uma breve reflexão em torno do angustiante problema da desigualdade social. Bibliografia

1. Introdução: visão dogmática formalista, uma visão reducionista do Direito

O direito exsurge das relações sociais, da consciência jurídica de um povo. Tal consciência é, acima de tudo, uma consciência de valores na vida social, valores estes que constituem objetivos a serem alcançados. Assim, a ordem jurídica positiva deve ser formulada dentro de um contexto axiológico, vislumbrando precipuamente a realização do valor justiça, uma vez que justo não é, apenas, sinônimo de legal.

Além do mais, existe um direito que não está na lei e, nem por isso deixa de ser direito, de ter uma síntese do

conhecimento científico e empírico da noção do justo e, nem por isso deixa de ter sua eficácia na vida social.

O direito não pode ser visto sob a ótica exclusiva do direito definido pelo Estado, porque foi a própria sociedade que criou esta forma de organização política chamada Estado. Do contrário, seria imaginar que antes do Estado não havia direito e, que só é direito aquilo que promana do Estado. Desse modo, se teria uma visão dogmática formalista, uma vez que trata-se de uma visão restrita ou reducionista do direito achar que só é direito o que está na lei, pois desta forma iremos confundir direito com legalidade institucional, iremos confundir direito com poder estatal. Sendo que a norma escrita positiva é apenas uma das formas de expressão do direito, que é a sua expressão formal. Para o positivismo jurídico, visão reducionista do direito, que confunde direito com poder estatal, só há direito na voz do Estado, ou seja, no que decorre da normatização estatal.

Na expressão literal de Amilton Bueno de Carvalho “em concebendo o direito como norma, o jurista nada mais é do que instrumento frio e distante do drama social, da classe que em determinado momento tem o poder de legislar”.¹

Como alude o professor João Maurício Adeodato, “as fontes do direito não se limitam ao âmbito estatal, mas estendem-se à sociedade através da complementação da lei pelo costume *praeter legem*, inegável fonte subsidiária do direito”.²

O Estado não é a única fonte de onde promana o direito, mas apenas uma delas, pois ao Estado não pode ser atribuído “o monopólio da produção do jurídico, como o fazem ainda muitos juristas, à luz de uma educação formalista”.³

1 Amilton Bueno de Carvalho. *Direito Alternativo em Movimento*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Luam, 1997, pág. 336.

2 João Maurício Leitão Adeodato. *Para Uma Conceituação do Direito Alternativo*. In Revista de Direito Alternativo, nº 1. São Paulo: Acadêmica, 1992, pág. 158.

3 Cláudio Souto. *Direito Alternativo: em busca de sua teoria sociológica*. In Revista da Esmape, nº 1. Recife: Editora Bagáço, 1996, pág. 37.

A fonte produtiva do jurídico, como alude o professor Cláudio Souto “(...)pode ser o Estado, quando crie originariamente padrão que se identifique com o direito ou, de certo modo, quando venha a incorporar direito alternativo (tais como definidos, com relativa precisão, o direito e o direito alternativo). Neste último caso, o da incorporação do direito alternativo, não há rigorosamente falando, produção estatal do direito (que teria de ser autenticamente originária), já que o direito alternativo que o Estado passou a incorporar, por via de mudança, era criação não-estatal contraposta. A fonte produtiva do jurídico pode ser qualquer grupo social, nacional ou não, desde que o produto corresponda a um **conteúdo** geral de composição que se definiu como direito. (...)Conteúdo esse que se expressa por **qualquer forma**. De outra maneira, estaremos dando um primado à forma sobre o conteúdo, na caracterização do direito e do direito alternativo”.⁴

Finalmente, devemos salientar que o exposto se refere ao pluralismo das fontes de produção do direito, pois quanto ao direito em si mesmo é uno, não se pode negar a sua unicidade, uma vez que não existem vários direitos referentes a uma relação social do mesmo tipo. Assim, assevera o professor Cláudio Souto que “a alternativa do jurídico (se este realmente o for) não pode ser então, em lógica científica, outro “direito” estatal, por exemplo, mas apenas a legislação do Estado ou a decisão judicial que sejam desviantes àquele jurídico, em seus conteúdos. Não pode, logicamente (definidos com relativa precisão o direito e o direito alternativo), haver dois “direitos” opostos, o alternativo e o estatal: um só deles será direito, ou nenhum o será – de acordo com a definição

4 Cláudio Souto. *Direito Alternativo: em busca de sua teoria sociológica*. Ob. cit., págs. 39 e 40.

científico-empírica de conteúdo do jurídico como fenômeno social, que se tenha. (...) Não há jamais Direitos a comparar, porque um só será o Direito, visto que, em todas as divergências, um só corresponderá ao critério científico-positivo universalmente válido do jurídico".⁵

2. A crise atual do direito positivo e a esperança de um novo momento de controle social pelo direito

"Esperou-se que o conhecimento jurídico fornecesse satisfatoriamente às sociedades o controle social básico, o "mínimo ético" tão importante para manter e desenvolver a organização social humana. Porém, esse conhecimento não se modificou com o renovar das sociedades, que também não puderam se atualizar em todo complexo sistêmico. O não-desenvolvimento de uma ciência do direito, nos sistemas das sociedades, mantém uma realidade social particular normada em atraso, atraso esse que afeta o comportamento social total".⁶

"Tudo faz acreditar que a descrença de muitos no conhecimento do direito como ciência, venha a permanecer ainda durante algum tempo, pois tudo indica que o preconceito contra o conhecimento jurídico como ciência já se firmou, mesmo, entre cientistas. Preconceito esse que prejudica o desenvolvimento do conhecimento do direito de uma fase dogmática, logicista, dedutivista, para uma fase científica, indutiva, experimental. O saber jurídico, com efeito, parece ser tido por uma grande maioria de homens de ciência como técnica e arte, pois como lógica, técnica e arte tem-se usualmente portado. Mas é razoável que se comece a ver também o conhe-

5 Cláudio Souto. *Direito Alternativo: em busca de sua teoria sociológica*. Ob. cit., págs. 37 e 38.

6 Cláudio Souto. *Formalidade e Informalidade no Controle Social Pelo Direito*. In Revista da Esmape, v.2, nº 4. Recife, Editora Bagaço, 1997, pág. 438.

cimento do direito como ciência social que começa a ser, e ciência esta com a possibilidade de ser estrategicamente informativa para a prática jurídica".⁷ Não se pode negar a importância do direito estatal, mas também não se pode negar a imprescindibilidade de que o conteúdo desse direito oficial, nas palavras de Souto, "esteja, tanto quanto possível, em consonância com dados de conhecimento científico-empírico e com o sentimento humano de justiça".⁸

Mas esperançosas são as palavras de Souto ao dizer que "um novo momento parece se anunciar para o direito. Momento em que este seja menos tendencioso e mais semelhante para todos. O caminho é a ciência. Pouco a pouco o jurídico, como algo cientificamente embasado, faz-se notar como instrumento de controle social de grande importância".⁹

Em outra parte salienta o ilustre professor que "a demasiada ênfase formalista atual sobre um corpo de leis escritas e rígidas, corre o risco de causar erros gravíssimos(...) além de uma dissonância em relação ao tempo de aplicação, há ainda por considerar a natureza incompleta do corpo de normas coercíveis, pois nenhum sistema de regras, por mais pleno que possa ser abarcará uma realidade social complexa em constante mudança".¹⁰

3. Direito alternativo e uso alternativo do direito

O Direito Alternativo consiste num movimento espontâneo, que surge de posições teóricas diversificadas, "tendo em comum a insatisfação com o direito estatal e, no plano epistemológico, a rejeição do positivismo jurídico e do jusnaturalismo tradicional. É forte a inclinação para

7 Cláudio Souto. *Formalidade e Informalidade no Controle Social Pelo Direito*. Op. cit., pág. 440.

8 Cláudio Souto. op. cit., pág. 441.

9 Cláudio Souto. op. cit., pág. 435.

10 Cláudio Souto. op. cit., pág. 436.

uma sociologia do direito de **combate**, na perspectiva de emancipação humana e da justiça social".¹¹ Esse movimento que se expande por vários países, dentre os quais no Brasil, tem como objetivo maior rever o Direito em suas múltiplas relações com a política e com a sociedade.

Direito Alternativo em sentido amplo, como teoria crítica do direito, pode ser classificado em Direito Alternativo em sentido estrito e em uso alternativo do direito. "O Direito Alternativo em sentido estrito toma como ponto de partida o pluralismo jurídico. Valora como jurídicas emanações normativas reconhecidas pelas comunidades, que as praticam consciente ou inconscientemente, mesmo contra o direito oficial, sobretudo quando este é excludente dos interesses dos grupos sociais dominados. O uso alternativo do direito parte das normas jurídicas reconhecidas pelo Estado, mas segundo uma função social efetiva e, nesse sentido, também transformadora e emancipadora. Seu campo é o da aplicação e o da hermenêutica".¹²

Assim, importante instrumento de hermenêutica, que deve ser utilizado pelo juiz, na busca incessante da efetiva realização da justiça na composição do conflito, está insculpido no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, ao dispor que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". Esse dispositivo constitui um princípio geral que, transcendendo ao âmbito exclusivo do Direito Civil, é imposto à observância do magistrado na aplicação de toda e qualquer norma jurídica estatal, no sentido de sempre considerar os fins sociais a que a lei se destina e as exigências do bem comum, para que ele, desse modo, possa cumprir o seu papel de protagonista da justiça. Pois podemos dizer,

11 Paulo Luiz Neto Lobo. *Direito Civil Alternativo*. In *Lições de Direito Civil Alternativo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, pág. 11.

12 Paulo Luiz Neto Lobo. *Op. cit.*, pág. 12.

nas palavras de Luiz Fernando Coelho, que "ao juiz, especialmente, não cabe aplicar a lei, mas fazer justiça".¹³

Tendo em vista a clássica tripartição dos poderes, existente no regime democrático brasileiro, onde ao legislador cabe ditar normas gerais e abstratas, enquanto ao judiciário compete aplicar tais normas ao caso concreto, Fábio Konder Comparato faz uma crítica em relação aos adeptos do Direito Alternativo ao dizer que: "ora, a luta utópica dos "alternativos" está mal situada. É o parlamento, eleito pelo povo, que deve decidir, em termos amplos, sobre o conteúdo geral da norma escrita. É ele, pelo menos em tese, o representante de todos os segmentos sociais (e não só de uma das classes em pugna). Se o juiz tomasse para si a função de legislar, qual seria, então, o sentido de manter-se o poder legislativo?"¹⁴

Não podemos concordar com esse entendimento, porque, como sabemos, em todas as épocas, ao invés do conteúdo da norma escrita refletir os anseios sociais, reflete os valores homogeneizadores da classe detentora do poder. Com isso, não estamos afirmando que todas as leis privilegiam minorias poderosas, porém, infelizmente, constitui a regra. Além do mais, não se pretende que o judiciário tome para si a função de legislar, nem que o magistrado tenha como regra geral, a não aplicação da lei, mas que assuma uma função ativa no momento da interpretação das leis e, até mesmo, em determinados casos irá contra o dispositivo legal, com o objetivo de adequá-lo aos seus fins sociais e às exigências do bem comum, uma vez que essa permissão encontra-se prevista no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.

13 Luiz Fernando Coelho. *Lógica Jurídica e Interpretação da Lei*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981, 2ª edição, pág. 324.

14 Fábio Konder Comparato. "Função Social do Jurista no Brasil Contemporâneo". In *RT* 670 pág. 7.

Em defesa desse nosso entendimento, encontramos a lição de Miguel Alves Lima, ao dizer que o "Direito Alternativo não rompe com a legalidade de modo absoluto. Não se trata de uma proposta caótica da sociedade, ou de um projeto apocalíptico da ordem jurídica. Quando lança suas críticas à legalidade burguesa – (Estado – (Liberal) – de Direito), essa corrente de pensamento e esse movimento que congrega juristas, filósofos, jusfilósofos, sociólogos, etc., reconhecem o rompimento, isto sim, com o saber jurídico positivista, que escondido sob a saia – do dogmatismo, fala do Direito como quem sustentasse "verdades eleitas", comportando-se como ventríloquo de uma Autoridade ou Mestre dotado de onisciência, de onipresença e de onipotência. Expressando-se por *dogmas*, esse saber jurídico contempla o mundo real à distância, porque seu olhar não vê além da superfície lisa da *igualdade formal*, da *livre-concorrência*, da *autonomia da vontade*, do *Estado-Nação e seu Bem-Comum*, do *Estado Nação e seu Interesse Geral*".¹⁵

O uso alternativo do direito consiste em adaptar o direito às exigências sociais, utilizando-se dos métodos de interpretação jurídica para que o direito positivo se torne mais democrático e protetor da dignidade humana, com a efetiva distribuição da justiça.

Diz Carlos Artur Paulon, que "o uso alternativo do direito é mais um caminho na luta da liberação dos oprimidos. Tem compromisso com a busca do mais justo, em denunciar injustiças, e ter atitude política frente ao Estado e à sociedade. Objetiva interpretações progressistas, quando não for possível criar e estratificar conquistas das classes dominadas".¹⁶

15 Miguel Alves Lima. *O Direito Alternativo e Dogmática Jurídica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992, págs. 45 e 46.

16 Carlos Artur Paulon. *Progresso da Ordem e o Direito Alternativo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, pág. 223.

É no dizer do professor Cláudio Souto "uma prática alternativa, que seja atualizantemente jurídica, será então engajada no sentido de lutar pela realização do direito entendido como síntese de ciência e ética, o que implica a busca de uma mudança social profunda, revolucionária, que é a de procurar-se sempre o benefício efetivo de todos. Mas não será revolucionária na acepção de lutar através de meios violentos de transformação social".¹⁷

Aduz Amilton Bueno de Carvalho que o uso alternativo do direito "é instrumental a ser utilizado pelo jurista consciente e militante. Não se detém na vontade do legislador e avança pelos caminhos criados pela luta dos explorados, no espaço de novos valores progressistas, transformando-os em interpretação teleológico-progressista".¹⁸

Direito Alternativo é, no conceito do eminente professor Cláudio Souto, "norma desviante em face a legalidade estatal, do mesmo modo que esta última lhe é desviante. Não coincide (ou não coincide de todo) o direito alternativo com a legalidade do Estado, pois, de outro modo, não lhe seria alternativa (não seria **outro** conteúdo: a palavra "alternativo" vem do latim "alter", isto é, "outro"). Ou seja, o direito alternativo só é tal pelo desvio, pela não-identificação, pela dessemelhança, em relação ao conteúdo da legislação estatal (conteúdo este que também lhe é desviante e, portanto lhe é também alternativo)".¹⁹

Carrión, citado por Souto, diz que "nem todo direito é alternativo porque direito e legislação estatal podem coincidir, isto é, a legislação pode ter conteúdo jurídico. Ao passo que direito **alternativo** e legislação estatal estão

17 Cláudio Souto. *Direito Alternativo: Em Busca de sua Teoria Sociológica*. In Revista da Esmape nº 1. Recife: Editora Bagaço, 1996, pág. 65.

18 Amilton Bueno de Carvalho. *Direito Alternativo em Movimento*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1997, pág. 43.

19 Cláudio Souto. Op. cit. pág. 22.

sempre reciprocamente contraditórios, são sempre reciprocamente desviados. Se se torna estatal, o direito alternativo deixa de ser alternativo, embora não deixe de ser direito".²⁰

Devemos salientar que o Direito Alternativo não pode ser visto como o direito da maioria, pois se assim fosse se estaria substituindo a formalidade estatal pela formalidade grupal, além disso nem sempre a maioria está com a razão e, portanto, nem toda manifestação da maioria é direito, porque pode não ser jurídico. Assim, não se pode pretender que o Direito Alternativo agasalhe toda e qualquer pretensão da maioria, como direito, pois pode não ser jurídico. Desse modo, o caminho é a ciência e a preocupação deve ser dirigida ao conteúdo do direito, pois para que o direito seja o menos inseguro possível, necessário se faz a junção inseparável do sentimento de agradabilidade, da racionalidade e do conhecimento empiricamente testável.

Assim, leciona o professor Cláudio Souto, que "o direito, na verdade se o quisermos algo de racional, informar-se-á de conhecimento *de origem popular ou não*, desde que testado ou testável pela observação adequadamente controlada dos fatos. E, se o quisermos algo de seguro, como não fundamentá-lo no conhecimento menos inseguro que existe, que é o baseado nessa observação controlada?". Adiante prossegue o ilustre autor dizendo que "é preciso evitar, quanto ao direito alternativo, e ao direito em geral, o equívoco de um cientifismo não compatível com a pós-modernidade da ciência e da vida social. Informação científica no direito, mas, também sentimento nele – pois idéia e sentimento coexistem inseparavelmente no homem e, portanto, em seus produtos culturais. É preciso que ciência e sentimento de agrada-

20 Carrion apud Cláudio Souto, *Direito Alternativo: Em Busca de sua Teoria Sociológica*. Ob. cit., pág. 23.

bilidade controlem-se reciprocamente no direito(...) Ciência e ética no direito alternativo, e no direito em geral, portanto. Nem só informação científica, nem só sentimento de agradabilidade (sentimento de justiça). Mas ambos: por conseguinte, idéia científico-empírica a informar o sentimento de justiça – e este parece ser o critério menos inseguramente racional e justo para a caracterização do direito e de sua espécie contestante, o direito alternativo. Contestante porque o direito alternativo é o direito em oposição à legislação estatal. Porém, se o direito alternativo é sempre opositivo, como padrão desviante que é, não pode ser apenas desviante e contestatório da legislação estatal". Pois, salienta o ilustre professor que o direito alternativo, quando for necessário, "terá de ser desviante e opositivo também quanto à "legislação" popular".²¹ Uma vez que a preocupação deve ser dirigida ao conteúdo do direito.

Dessa forma, conclui o insigne professor que "direito seria então o sentimento humano normal de agradabilidade (que tem como "infra-estrutura" o impulso de conservação individual e da espécie) informado de conhecimento geral empiricamente comprovável (conhecimento científico-empírico, no caso das sociedades civilizadas). Direito Alternativo seria esse direito quando desviante de leis ou decisões estatais, ou de "leis" ou decisões de grupos sociais não-estatais (as quais, por sua vez, ser-lhe-iam também desviantes. (...) Com isso se assegura, por via científico-empírica, pela determinação de seu conteúdo, uma autonomia em face de qualquer forma de comunicação impositiva, seja ela estatal, ou grupal, ou classística. E se assegura também a unicidade do direito e do direito alternativo, pois, se tem um critério definido para saber, de conteúdos normativos reciprocamente desviantes, qual

21 Cláudio Souto, *Direito Alternativo: Em Busca de sua Teoria Sociológica*. Ob. cit., pág. 28 a 32.

é o jurídico, ou se nenhum o é. Sem prejuízo, evidentemente, do pluralismo das fontes de **produção** do direito".²²

Não há como negar que o Direito Alternativo, enquanto teoria crítica reveladora do direito oficial como reflexo dos valores homogeneizadores dos grupos sociais dominantes, constitui valiosa contribuição para que ao direito positivo sejam incorporados princípios informadores do Direito Alternativo, como também a sua efetiva aplicação em toda sua extensão. Pois a luta não se restringe apenas à normatização de conquistas sociais, mas também a sua concretização. Portanto, constitui preocupação constante dos alternativos que o jurista e o direito sejam instrumentos na luta pela emancipação da classe oprimida, na busca pelo resgate do valor dignidade humana com a diminuição das desigualdades entre os homens. E nesta luta, se a legalidade for entrave, deve ser superada, pois o direito, como fenômeno social que é, não se esgota na norma escrita, como também a ela não se restringe. Assim, em respeito ao direito à vida com dignidade, deve o magistrado, adotando princípios que transcendem ao direito legislado, julgar contra a lei, em nome da justiça. E para que essa decisão não tenha uma aparência de decisão subjetiva, deverá o magistrado, sempre que possível, se utilizar de dados científico-empíricos, fornecidos pela ciência social, para fundamentar o seu posicionamento. Pois, "se o magistrado dogmático é, antes de tudo, o servo da lei, o magistrado verdadeiramente moderno e cientificamente pós-moderno é, antes de tudo, o servo do direito, entendido este como algo que implique, de modo necessário, racionalidade testável do conhecimento e sentimento de justiça".²³

22 Cláudio Souto. *Direito Alternativo: Em Busca de sua Teoria Sociológica*. Ob. cit., págs. 33 e 34.

23 Cláudio Souto. *Op. cit.*, pág. 20.

4. Necessidade da utilização de dados científico – empíricos para fundamentar decisões judiciais *praeter* ou *contra legem*

Uma alerta deve ser feita com relação aos magistrados que, no exercício de seu nobre ofício, sob a retórica de que as leis envelhecem, em face do enrijecimento da legislação e, por isso não acompanham as mudanças sociais, decidem *praeter* ou *contra legem*, sem reconhecerem qualquer importância ao auxílio de dados científicos, proferindo julgamentos puramente subjetivos.

É lamentável, que numa era de pós – modernidade científica, ainda existam decisões *praeter* ou *contra legem* alicerçadas, unicamente, no subjetivismo do julgador, sem qualquer embasamento em dados científico – empíricos, fornecidos pela ciência social. Assim, com muita propriedade leciona o professor Cláudio Souto, que a "abertura cognitiva dos operadores do direito é muito deficiente, devido à falta de formação e mentalidade científico-empírica na educação formal dos juristas".²⁴

Ainda, nos ensina o eminente autor, que "a atividade judicante é técnica e deve se utilizar, além da técnica formal, da técnica científica-substantiva, ou seja, aplicando à prática forense conhecimentos científicos substantivos, o que é uma exigência da racionalidade científico – empírica de hoje. Não basta apenas uma abertura do magistrado para o social, aumentando-se a abertura ao científico-substantivo, diminuir-se-á o subjetivismo ideológico".²⁵

Assim, deverá o magistrado alternativo, para evitar uma valoração subjetiva, se utilizar, sempre que possível,

24 Cláudio Souto. *Modernidade e Pós Modernidade Científicas Quanto ao Direito*. Anuário do Mestrado em Direito, Nº 6, Recife: Editora Universitária, 1993, pág. 47.

25 Cláudio Souto. *Ciência e Ética no Direito. Uma Alternativa de Modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, pág. 59.

de informações sociológicas, empiricamente verificáveis, para sustentar seu posicionamento. Portanto, as informações científico-empíricas devem servir para lastrear decisões proferidas *praeter* ou *contra legem*.

5. Conclusão: uma breve reflexão em torno do angustiante problema da desigualdade social

À guisa de conclusão, não podemos deixar de ressaltar que, diante do angustiante problema da desigualdade social, da humilhante exploração econômica que atinge a maioria de nossa sociedade, não podem os nossos magistrados, no exercício de seu mister, permanecer indiferentes diante da discussão quanto ao valor do conteúdo da ordem jurídica positiva, sob o fundamento de que seu dever se restringe, unicamente, à realização da justiça conforme a lei, uma vez que direito não é sinônimo de lei, como também, a ela não se restringe.

No dizer de Luiz Fernando Coelho "o papel do juiz é o de buscar o justo no caso concreto, com a superação do legalismo, pretendendo desmitificar o mito da neutralidade da lei, numa clara e decidida opção pelos pobres".²⁶

A luta pela transformação da sociedade, segundo os parâmetros da justiça, para alcançar a realização dos anseios fundamentais de liberdade e dignidade da pessoa humana, deve ser abraçada por todos, principalmente pelos estudiosos e operadores do direito.

Nesse sentido leciona o professor Cláudio Souto que a "transformação social no sentido da semelhança objetiva e subjetiva entre os homens, para ser cada vez mais efetiva, necessita de que vá surgindo progressivamente, de uma renovada educação para a semelhança, um novo tipo de homem, cada vez mais solidário com os seus semelhantes. Leis estatais ou populares novas adiant-

26. Luiz Fernando Coelho. *Do Direito Alternativo*. In *Revista de Direito Alternativo*, nº 1, São Paulo: Acadêmica, 1992, pág. 10.

tam pouco se operadas pelo indivíduo humano velho em egoísmo e em agressividade conflituosa ou competitiva (tornadas cada vez mais disfuncionais pelo desenvolvimento adaptativo da espécie). Parece de todo óbvio que uma sociedade efetivamente nova não pode ser operada senão por um homem efetivamente renovado pela educação".²⁷

Devemos, ainda, ressaltar, que na democracia moderna, a atuação dos professores, juristas e magistrados constitui importante instrumento à construção de um saber jurídico crítico e retificável. Assim, a melhoria da administração da justiça, serviço público essencial ao aperfeiçoamento da ordem democrática, à segurança e à efetiva realização dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, deve ser objetivo de todos aqueles que assumiram o papel de protagonistas na construção de uma sociedade mais justa e mais solidária.

Portanto, constitui anseio social a eficaz proteção dos direitos da personalidade, através da criação de mecanismos indispensáveis para proporcionar iguais oportunidades a todos os segmentos sociais, que seriam forte arma contra o desprezível contraste social, existente em nosso país, devido à má distribuição das riquezas, por causa de um sistema competitivo egoísta e mesquinho, chamado capitalismo. Como alude o ilustre professor Cláudio Souto, "a competição é "luta pacífica", mas é luta, e na luta competitiva uns ganham e outros perdem, sejam indivíduos ou grupos de qualquer tamanho, inclusive nações. (...) Já a cooperação é sempre um processo de aproximação no espaço social e, desse modo, quanto maior for a cooperação, maior a estabilidade da integração social"²⁸ e, conseqüentemente, maiores serão as semelhanças entre os homens.

27. Cláudio Souto. *Tempo do Direito Alternativo: Uma Fundamentação Substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pág. 133.

28. Cláudio Souto. *Direito Alternativo: em busca de sua teoria sociológica*. Ob. cit., pág. 45.

Bibliografia

- ADEODATO, João Maurício Leitão. *Para uma Conceituação do Direito Alternativo*. in Revista de Direito Alternativo, nº 1. São Paulo: Acadêmica 1992.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito Alternativo em Movimento*, 1ª ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.
- COELHO, Luiz Fernando. *Do Direito Alternativo*, in Revista de Direito Alternativo, nº 1. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- COELHO, Luiz Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.
- COMPARATO, Fábio Konder. "Função Social do jurista no Brasil Contemporâneo", in RT 670.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. *Direito Civil Alternativo*. In *Lições de Direito Civil Alternativo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- LIMA, Miguel Alves. *O Direito Alternativo e a Dogmática Jurídica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.
- PAULON, Carlos Artur. *Progresso da Ordem e o Direito Alternativo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.
- SOUTO, Cláudio. *Ciência e Ética no Direito. Uma Alternativa e Modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.
- SOUTO, Cláudio. *Modernidade e Pós Modernidade Científicas quanto ao Direito*. Anuário do Mestrado em Direito. nº 6. Recife: Editora Universitária, 1993.
- SOUTO, Cláudio. *Tempo do Direito Alternativo: Uma Fundamentação Substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- SOUTO, Cláudio. *Direito Alternativo: Em Busca de Sua Teoria Sociológica*. In Revista da Esmape, nº 1, Recife: Editora Bagaço, 1996.
- SOUTO, Cláudio. *Formalidade e Informalidade no Controle Social pelo Direito*. In Revista da Esmape, v 2, nº 4, Recife: Editora Bagaço, 1997.

DO DIREITO DO ESTADO AO ESTADO DE DIREITO*

UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO PLURALISMO JURÍDICO NAS SOCIEDADES PERIFÉRICAS

Jackson Borges de Araújo

Juiz de Direito titular da 6ª Vara da Fazenda Pública Estadual do Recife (PE). Professor de Introdução à Ciência do Direito do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco. Professor Adjunto de Direito Tributário na Escola Superior de Magistratura de Pernambuco. Formado em Filosofia (LP) pela Universidade Federal de Juiz de Fora (MG) e em Direito (Laureado) pela Faculdade de Direito da UFPE. Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da UFPE.

SUMÁRIO

1. *Mundus Novus*: empório lusitano do pau-brasil. 2. O Brasil da pós-modernidade periférica. 3. As estruturas de poder na sociedade periférica. 4. Reconstruindo o "espaço público" numa sociedade em permanente transformação. Bibliografia.

1. *Mundus Novus*: empório lusitano do pau brasil

O espírito de vanguarda fincado no conhecimento científico da era moderna impulsionou navegadores e empresários comerciantes portugueses e italianos a desbravarem mares ignotos em busca de um "porto seguro" e de novas terras onde pudessem instalar os seus projetos de exploração de riquezas naturais. Com esse objetivo mercantil aportaram à *Terra do Pau Brasil*, no séc. XVI, inúmeras expedições "exploradoras" provenientes de Portugal e Itália; como não encontraram, no início, ouro, marfim e especiarias orientais, resolveram explorar a

* Monografia que, apresentada na disciplina Sociologia do Direito, do Curso de Mestrado em Direito da UFPE em 1997, obteve nota máxima.

ibirapitanga tupinambá (madeira vermelha dos tupinambás, na língua tupi-guarani).

“Jamais um país se identificou tanto com uma planta, com uma árvore, como o Brasil. A procura e exploração das reservas florestais atlânticas foram o motivo do reconhecimento e da conquista do litoral brasileiro; o pau-brasil foi declarado monopólio real na época das doações das capitanias hereditárias, em 1535; essa madeira tornou-se o primeiro brasão com armas do Estado do Brasil, em 1665; a defesa de seu monopólio representava moeda forte em âmbito internacional, e justificou, no tempo do Império, o nascimento da diplomacia brasileira” (Fontana, 1996:124-125).

Em busca do novo, essas *cruzadas* mercantilistas da vanguarda moderna, terminaram por implantar na *Terra Brasilis* um imenso empório comercial alimentado pela atividade exploradora (predatória). Esse empreendimento surgiu sob o crivo da contradição e da desigualdade: a terra é considerada a melhor de todas (*novus mundus*), mas há que ser explorada à exaustão e dominados por todas as formas os povos que nela habitam. A racionalidade moderna foi usada em detrimento da humanidade; a saga da colonização da América é a escravização dos seus povos e a exploração de suas riquezas. “O resultado foi a criação da escravidão em sua versão moderna. Nela, povos inteiros, raças e culturas, transformam-se literalmente em objeto de domínio na forma mais pura e extrema da sociedade moderna: propriedade e mercadorias, usadas para fins mercantis” (Lima, 1995:2). Tudo e todos, cá na colônia, estavam a serviço do comércio de exportação da *ibirapitanga*, a madeira-cor-de-brasa; o tráfico de escravos africanos é um imperativo nesse contexto. Posteriormente, outros ciclos de monocultura (como, por exemplo, o do açúcar, o do café) se seguiram, sempre voltados para o comércio exterior.

Essa estrutura colonial de dominação econômica é resultado e apanágio da mundividência moderna da civilização ocidental. Com efeito, essa *Terra Brasilis* era para os europeus o seu novo mundo, pois dela hauriam alimento, riqueza e estímulo à descoberta, “no contínuo esforço de conhecimento e de conquista (*ex America semper aliquid novi*)”, segundo o historiador e cientista político da *Università degli Studi di Roma*, Riccardo Fontana (1996:256). Trata-se de uma visão eurocêntrica de viés excludente, em que povos e terras do além mar não de servir como instrumentos para fins mercantilistas; inicia-se na modernidade ocidental o processo de *periferização* dos povos americanos, os quais serão mantidos em situação de gritante desigualdade sócio-econômica-política. A brasílica e imensa reserva de riquezas naturais será, a partir do século XVI, espoliada sem tréguas, pelo capital europeu. Ao mesmo tempo, inicia-se entre os povos dominados das Américas, a luta pela sua libertação e manutenção da sua identidade étnico-cultural, de que é formidável exemplo o Brasil dos séculos XVIII e XIX.

Contudo, inobstante a incessante luta por sua libertação, após quase quinhentos anos, a imensa população dos “excluídos”, marginalizados (negros, índios, favelados, desempregados, bóias-frias, dentre outros) continua sofrendo todo tipo de discriminação; o massacre dos índios Ianomami, a chacina de meninos-de-rua na Candelária, no Rio de Janeiro, e aquela outra dos trabalhadores sem-terra no Pontal de Paranapanema, são emblemáticos. As reservas indígenas do Waimiri-Atroari (Roraima) continuam sendo objeto de rapinagem internacional escamoteada e os nossos minérios (alguns estratégicos, como o urânio, o pentóxido de nióbio e de tântalo), saqueados. Neste sentido, veja-se a entrevista de Orlando Villas Boas na Revista *Viver Psicologia*, ano 2, nº 15, outubro de 1993, p. 4-8.

Neste contexto de opressão e exploração ignóbil, o que se pode esperar dessas vítimas do *apartheid* implantado pelo ibéricos, a não ser o ódio e repulsa a essa opressão; “e como ela se concretiza nas autoridades: é o ódio às autoridades, ao Estado - que lhes aparece como síntese do mal”? (Bomfim, 1993:325). Mas, apesar dessa dominação ibérica que teve até hoje como suporte o conservadorismo das elites brasileiras detentoras do poder político-econômico, deu-se a miscigenação e o sincretismo étnico-cultural, mistura ético-genética que perdura. A sinergia desse processo estimulou a *resistência* dos oprimidos que mantiveram os seus costumes, credos e línguas de origem, como ocorre entre o negros e índios. A despeito da tentativa de se reproduzir no Brasil moderno e periférico a cultura européia, prevaleceu a diversidade e a pluralidade nas relações sociais, em todas as dimensões. O confronto de idéias, de valores e de regras continua a existir, pois persistem ainda a escravidão, a discriminação e a estrutura sócio-econômica excludente; os grupos sociais se organizam e se movimentam, no Brasil dos “carapintadas” a fim de enfrentar o perigo do fosso entre o centro e a periferia. E essa luta, por vezes silenciosa e despercebida pelas cúpulas dirigentes, exige uma *ruptura* com o passado e com o presente, de um lado, e o compromisso com um projeto de transformação radical das estruturas sociais, políticas, econômicas e jurídicas do país, de outro.

2. O Brasil da pós-modernidade periférica

Como o projeto da modernidade já trazia em si mesmo o germe da contradição (por incorporar valores contraditórios), terminou por gerar no século XIX, com o advento da revolução industrial e o surgimento do capitalismo nos países de centro, certas perplexidades sistêmicas e conflitos de princípios (do livre mercado, da

comunidade, do indivíduo, do Estado), o que determinou o malogro de parte dos seus objetivos. Não ocorreu a síntese tão esperada da harmonização entre o público e o privado; permaneceu o clássico dualismo Estado-sociedade civil.

O Brasil do após guerra mundial continua um país “moderno” e periférico, ao largo das profundas transformações econômicas e políticas ocorridas à época, no resto do mundo ocidental. O imperialismo ianque (E. U. A) consegue com a cumplicidade das forças reacionárias de direita no Brasil, reprimir e desmontar os focos de resistência popular ao modelo dos países de centro.

Continua o Brasil nos anos 50 e 60 sob o jugo do autoritarismo de direita, a reboque da doutrina da segurança nacional, de certo modo xenófoba e excludente.

A reação popular não se fez demorar: a doutrina dos direitos fundamentais do homem e do cidadão tomou o lugar na ordem do dia.

Ocorreu, contudo, no Brasil de então, o que se deu na sociedade portuguesa (semiperiférica) das últimas décadas: “a permanência de elementos arcaizantes ao nível do mercado e da comunidade, a primazia, a autonomia e o autoritarismo do Estado [...] freqüentemente usados para promover o Estado a agente de modernização da sociedade” (Santos, 1997:96), o que acarreta a inadequação das normas jurídicas em todos os escalões na solução dos conflitos sociais. Para o mestre da Universidade de Coimbra, é enorme, em Portugal, “a discrepância entre quadros legais (mais avançados) e práticas sociais (mais retrógradas), numa situação a que noutro lugar chamei Estado paralelo” (1997:97).

Mesmo periférico, o Brasil é um país onde o imaginário social também é capaz de produzir práticas de libertação *praeter legem* (Santos, s. d. : 3-15; 1997:165), numa prova cabal de que é possível, pelo menos a nível

local, dismantlar o monopólio do poder das elites decidentes, anulando, pela indiferença, a sinfonia eurocentricamente harmônica (fechada) e construindo uma polifonia perifericamente dissonante, mas coerente com o bom gosto dos seus destinatários (Santos, 1997:108-109), as camadas mais baixas da sociedade, em geral, empurradas para as periferias das cidades de grande ou médio porte. Desta última, é exemplo típico a cidade pernambucana de Petrolina, situada no alto sertão, onde o processo de periferização da população marginalizada avança a olhos vistos, sem que o governo municipal possa detê-lo.

Essa *práxis* libertária engendrada pela proliferação dos movimentos sociais organizados nas três últimas décadas, em todos os cantos deste país, deve-se ao fato de que, sobrevive e prevalece no "espaço doméstico" de nossa sociedade o sentimento de solidariedade, com os seus consecutivos valores da cooperação, cordialidade, hospitalidade e boa-vizinhança (Ehrlich, 1986:27-28; Santos, 1997:125-126). Por isso, creio poder-se aplicar ao Brasil a análise das estruturas de poder e sua produção feita por Boaventura de Sousa Santos, em relação a Portugal, a despeito de ter sido outrora Estado colonizador, hoje considerado país semiperiférico, no *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, onde afirma que, a "centralidade do Estado português enquanto Estado semiperiférico distingue-se assim e antes demais da dos Estados dos países centrais por ser mais autoritária e menos hegemônica e por ser mais difícil determinar onde o Estado acaba e o não-Estado começa. Mas, para além disto, e um tanto paradoxalmente, este tipo de centralidade é uma centralidade que não se sabe impor eficazmente, ou seja, cujos resultados de exercício ficam sempre aquém da lógica que lhes subjaz. A decifração deste aparente paradoxo (o terceiro argumento

que aqui apresento) está em que, na semiperiferia, os factores da centralidade do Estado são igualmente factores da ineficácia deste. A heterogeneidade interna do espaço doméstico e do espaço de produção e a não correspondência entre os respectivos requisitos de produção criam autonomias relativas em cada um destes núcleos estruturais da sociedade portuguesa cujo efeito emergente é o de subverter, transformar, apropriar, em suma, bloquear a actuação do Estado. Assim, ao contrário do que se passa nos países centrais, é tão importante determinar a autonomia relativa do espaço de cidadania (do Estado) em relação aos restantes espaços estruturais como determinar a autonomia relativa destes em relação àquele" (1997:125-131) O autoritarismo do Estado nacional, resume Boaventura Santos, por ser relativamente ineficaz, é não só incompleto como contraditório, acarretando enorme heterogeneidade e fragmentariedade da atuação do Estado, que passa a usar de dois pesos e duas medidas, semeando a desconfiança em todos os "espaços estruturais" e níveis da sociedade (1997:131).

A análise histórica das múltiplas (faces) variáveis da sociedade brasileira, procedida de forma sumária, nos permitiu redesenhar os principais traços das estruturas social, econômica e política, atualmente existentes no Brasil; é dentro deste quadro estrutural, que pretendemos fazer a análise sociológica da eficácia social do direito estatal vigente no país: as relações entre o direito (im)posto às baixas camadas da sociedade brasileira e o grau de eficiência deste direito no seio destas camadas periféricas. Não nos ateremos aos aspectos meramente formais da questão, razão porque teremos sempre em vista o fato de ser o Estado (moderno) instrumento de monopolização do direito emergente da sociedade e da aplicação do mesmo (Ehrlich, 1986:120-122), sem, contudo, radicalizarmos.

3. As estruturas de poder na sociedade periférica

Partindo da concepção de que o direito não é um "dado" da natureza empírica, mas produto da razão e vontade humanas e, portanto, algo "construído" pelo homem, impõe-se estudar esse *objeto* antes de tudo como "fenômeno social" (Santos, 1997:161; Ehrlich, 1986:26). E como fato social, o direito é ordenação coativa da sociedade ou o próprio processo regulador das condutas intersubjetivas. Sabemos que o direito como *ordem* situa-se ao lado de outras *ordens* sociais (econômica, política, religiosa, familiar, etc.); por não ser do interesse do presente estudo, não nos deteremos na análise das teorias que procuram explicar as diferenças específicas dessa *ordem* jurídica frente às demais.

Contudo, qualquer que seja a definição que se dê do termo *direito*, não poderá deixar de estar presente o elemento *força* (coercibilidade), expresso pelo termo "imperatividade"; com efeito, se algo é imposto como obrigatório pressupõe um *poder* capaz de coagir. E para que exista poder (como ato de força) é necessário que alguém possa exercer ou praticar esse ato de força, ou seja, o poder de mando exige um ato de vontade humana (decisão). Sem vontade não há poder, porque poder é expressão de vontade, de um "querer". Por isso, o nosso estudo se fixará no poder ou melhor no fato do poder e suas formas de expressão.

Deixando de lado a clássica divisão entre poder público e poder privado, implícita na dicotomia Estado/sociedade civil, por não atender às necessidades da sociedade moderna (periférica) onde predominam os conflitos de valores e o poder se fragmenta, preferimos abordar a questão sob o aspecto dinâmico (genético) ou seja, sob o prisma da origem ou formação do poder.

Segundo o sociólogo Boaventura Santos, quatro são os modos básicos de produção de poder, os quais geram quatro formas básicas de poder, relacionadas entre si, mas estruturalmente autônomas. Para ele, há nas sociedades capitalistas quatro (04) *espaços* (tempos) *estruturais*: o doméstico, o da produção, o da cidadania e o espaço mundial. "Cada espaço estrutural (constituindo isoladamente um feixe de relações sociais paradigmáticas) é um fenômeno complexo constituído por cinco componentes elementares: uma unidade de prática social, uma forma institucional privilegiada, um mecanismo de poder, uma forma de direito e um modo de racionalidade" (Santos, 1997:126).

Veja-se o "mapa estrutural da sociedades capitalistas" proposto por Boaventura (1997:125).

Mapa estrutural das sociedades capitalistas

COMPONENTES ELEMENTARES ESPAÇOS ESTRUTURAIS	Unidade de prática social	Forma institucional	Mecanismo de poder	Forma de direito	Modo de racionalidade
Espaço doméstico	Sexos e gerações	Família, casamento e parentesco	Patriarcado	Direito doméstico	Maximização da afectividade
Espaço da produção	Classe	Empresa	Exploração	Direito da produção	Maximização do lucro
Espaço da cidadania	Indivíduo	Estado	Dominação	Direito territorial	Maximização da lealdade
Espaço mundial	Nação	Contratos, acordos e Org. Inter-nacionais	Troca desigual	Direito sistémico	Maximização da eficácia

“O *espaço doméstico* é constituído pelas relações sociais (os direitos e os deveres mútuos) entre os membros da família, nomeadamente entre o homem e a mulher e entre ambos (ou qualquer deles) e os filhos. Neste espaço, a unidade de prática social são os sexos e as gerações, a forma institucional é o casamento, a família e o parentesco, o mecanismo do poder é o patriarcado, a forma de juridicidade é o direito doméstico (as normas partilhadas ou impostas que regulam as relações quotidianas no seio da família) e o modo de racionalidade é a maximização do afecto. O *espaço da produção* é constituído pelas relações do processo de trabalho, tanto as relações de produção ao nível da empresa (entre produtores directos e os que se apropriam da mais-valia por estes produzida), como as relações na produção entre trabalhadores e entre estes e todos os que controlam o processo de trabalho. Neste contexto, a unidade da prática social é a classe, a forma institucional é a fábrica ou empresa, o mecanismo do poder é a exploração, a forma de juridicidade é o direito da produção (o código da fábrica, o regulamento da empresa, o código deontológico) e o modo de racionalidade é a maximização do lucro. O *espaço da cidadania* é constituído pelas relações sociais da esfera pública entre cidadãos e o Estado. Neste contexto, a unidade da prática social é o indivíduo, a forma institucional é o Estado, o mecanismo de poder é a dominação, a forma de juridicidade é o direito territorial (o direito oficial estatal, o único existente para a dogmática jurídica) e o modo de racionalidade é a maximização da lealdade. Por último, o *espaço da mundialidade* constitui as relações económicas internacionais e as relações entre Estados nacionais na medida em que eles integram o sistema mundial. Neste contexto, a unidade da prática social é a nação, a forma institucional são as agências, os acordos e os contratos internacionais, o mecanismo de poder é a troca desigual,

a forma de juridicidade é o direito sistêmico (as normas muitas vezes não escritas e não expressas que regulam as relações desiguais entre Estados e entre empresas no plano internacional) e o modo de racionalidade é a maximização da eficácia.

Não me posso deter aqui nas virtualidades analíticas e teóricas desta alternativa conceptual. Direi tão-só que: flexibiliza a rigidez estrutural, pluralizando as estruturas sociais sem contudo cair no interaccionismo amorfo; permite criar várias interfaces entre as condicionantes estruturais e as acções sociais autónomas; tornam possível regressar ao indivíduo sem no entanto o fazer de uma forma individualista; repõe o espaço doméstico que a teoria clássica tinha atirado, jacobinamente para o lixo das relações privadas; permite colocar a sociedade nacional num espaço mundial, mas de tal modo que este é concebido como uma estrutura interna da própria sociedade nacional, ou seja, como matriz organizadora dos efeitos pertinentes que as condições mundiais exercem sobre cada um dos espaços estruturais. Acima de tudo, esta concepção permite mostrar que *a natureza política do poder* não é um atributo exclusivo de uma determinada forma de poder. É antes *o efeito global da combinação* entre as diferentes formas de poder. Mas a virtualidade principal desta concepção é que ela permite responder adequadamente à terceira objecção contra a eliminação da distinção Estado/sociedade civil, ou seja, à idéia de que tal eliminação é particularmente perigosa nas sociedades periféricas e semiperiféricas dotadas de sociedades civis fracas e pouco autónomas" (Santos, 1997:126-127).

Atentos às diferenças específicas de cada espaço estrutural de poder acima descritas, podemos evitar possíveis equívocos na aplicação das teorias do "pluralismo jurídico" à realidade dos países periféricos.

O professor Marcelo Neves entende, que constitui "grave erro" utilizar-se de conceitos das teorias do pluralismo jurídico sociológico (a quebra do monopólio estatal do direito pela existência no mesmo Estado de outros direitos dotados de autonomia e eficácia) e do pluralismo pós-moderno (a impossibilidade de dogmatização do direito em face da complexidade das sociedades pós-modernas), de origem europeia e norte-americana, na análise da situação sócio-jurídica dos países periféricos latino-americanos, porque nestes não se opera a autonomização de sistemas sociais emergentes dotados de identidade inconfundível com aquela do direito estatal (1995:12-14).

Se tomarmos como exemplo de sistema, o sistema neural do organismo humano, observamos que ele é composto de inúmeros segmentos (nervos, neurões, vasos sanguíneos, etc.) formando uma complexa teia ou rede de intersecções em perfeita conexidade, dotada de *vascularidade*, tanto central quanto periférica, avessa a obstruções ou bloqueamentos; se qualquer desses vasos sanguíneos é cortado ou intersectado, o sistema neural por si próprio encontra de logo uma forma de se adaptar ou adequar à "nova" situação e um "novo" vaso sanguíneo é logo formado; é como se o sistema neural tivesse a sua própria racionalidade.

O sistema jurídico, qual sistema neural, é formado de uma complexa rede de elementos, uns positivados (constituição, leis, decretos, normas) outros empiricamente identificáveis (costumes, tradições, instituições, práticas usuais) e outros não-positivados (valores, princípios, regras de calibração). Alguns desses elementos (partes) ocupam o campo central do sistema, outros se situam na periferia do sistema; na sua operacionalidade, o sistema ora ganha, ora perde elementos, num contínuo fluxo e refluxo do entrechoque das forças do meio ambiente

(contexto) em que se situa. A depender da sua *textura* – aberta ou fechada – o sistema terá capacidade de absorver e assimilar as mudanças ou transformações externas, ambientais ou ao revés, as rejeitará ou não conseguirá incorporar ao todo os novos elementos, ocasionando, nesta última hipótese, uma obstrução coagulante que impede a *passagem* dos novos elementos resultantes das transformações exógenas.

Não há dúvida que, de fato, existem sistemas jurídicos positivados, uns de *textura* estrutural aberta, outros com *textura* estrutural fechada, vale dizer, aqueles em que se permite a inserção ou incorporação permanente de novos valores, princípios, costumes, mediante a positivação de normas abertas e aqueles outros em que predomina a resistência formal-normativa às mudanças sociais, econômicas e políticas e o rechaço a todo e qualquer tipo de solução alternativa fora da lei.

Ora, se um determinado sistema jurídico, por ser caracteristicamente *fechado*, no sentido em que estamos usando esse termo, rejeita as mudanças/transformações sociais, políticas e econômicas, eliminando-as de *foram repressiva* (criminalizando-as, por exemplo), de modo a produzir pontos de necrose ou enfarte (obstrução) na vascularidade do sistema, corre ele o risco de se autodestruir em face das pressões extrínsecas advindas de outras instâncias de poder, que, ao passar do tempo, minam a sua eficácia, a ponto de torná-lo inócuo. Nesse contexto de crescente complexidade estrutural das sociedades pós-modernas, parece-nos insuficiente buscar no binômio, de viés maniqueísta, “lícito/ilícito”, referencial seguro para a solução de conflitos e questões complexas do mundo contemporâneo. Por isso, e com razão, afirma Niklas Luhmann que, “aumentando a complexidade da sociedade em consequência da crescente diferenciação e da crescente abstração das premissas da assimilação do experimentar,

esse esquema simples torna-se inadequado por vários motivos. Não basta mais pensar que apenas o comportamento possa variar com respeito à norma; as próprias normas passam a ser pressionadas por modificações desejadas. Além disso, a certeza das expectativas, em vista do grande número de possibilidades comportamentais que agora têm que ser permitidas, não pode mais ser convincentemente garantida pela concepção concreta do bem em contraposição ao mal. O desenvolvimento da sociedade obriga a uma maior diferenciação dos diversos planos do sentido, o que aumenta a complexidade e a flexibilidade da totalidade das estruturas de expectativas. O esquema duplo tem que ser substituído por esquema quádruplo, pela separação entre pessoas, papéis, programas e valores enquanto diferentes planos da construção de complexões de expectativas - uma conquista evolutiva da sociedade moderna, cuja institucionalização ainda hoje é altamente problemática (1983:106-107).

A questão que se coloca é a de se saber se o fato de que existem “situações socialmente consolidadas e de longa duração, onde se reflectem conflitos sociais que acumulam e condensam clivagens sócio-econômicas, políticas e culturais particularmente complexas e evidentes”, a ponto de gerarem “espaços sociais, mais ou menos segregados, no seio dos quais se geram litígios ou disputas processados com base em recursos normativos e institucionais internos” (Santos, s. d. : 26-27), constitui *sic et simpliciter* pluralismo jurídico (no sentido da existência no mesmo Estado de *vários direitos* dotados de “identidade própria”, como entende Boaventura Santos).

Que força ou poder de coação (coercibilidade) possuem esses guetos de juridicidade que coexistem *alere* do direito estatal?

Qual o grau de sua efetividade no meio social onde surgem?

A questão só pode ser enfrentada partindo-se de determinada sociedade; como estamos até aqui interessados em estudar essa questão em relação à situação das sociedades latino-americanas, especialmente em relação à sociedade brasileira, temos por conveniente (sob o aspecto metódico-epistemológico) restringirmo-nos ao campo da sociedade brasileira, considerada periférica-capitalista.

Por outro lado, o *espaço de poder* sobre o qual nos debruçaremos é o "espaço da cidadania", onde o agente é o indivíduo, a "forma institucional" é o Estado-Nação, o "mecanismo de poder" é a dominação e o limite do poder, o território (Santos, 1997:125).

Nessa abordagem, tomaremos como *quadro referencial*, a título de amostragem, dois estudos sociológicos paradigmáticos: (a) o de campo, realizado na década de 70 por Boaventura de Sousa Santos na favela da Rocinha, denominada de *Pasárgada*, no Rio de Janeiro, segundo o método da observação participante (Santos, s. d. :3) e (b) o de campo, realizado na década de 80 pela socióloga Maria do Carmo da Costa Oliveira (1982:11-17), na comunidade rural de Vila São Marcos, distante 44 Km da sede do município de Aracoiaba (CE) e 103 Km de Fortaleza. De um lado, a "marginalidade urbana" e de outro a marginalidade rural.

Em ambos os casos, observa-se a presença de *traços* comuns, tais como: (a) os moradores são posseiros sem prova legal da titularidade da propriedade das terras ocupadas; (b) predominância dos sentimentos de solidariedade (cooperação, boa-vizinhança) e de justiça (de fundo ético); (c) a presença constante e intervenção mediadora de líderes ou chefes locais e de instituições comunitárias (civis e religiosas) a fim de prevenir ou

resolver conflitos; (d) a falta de saneamento básico, o analfabetismo, alto índice de mortalidade infantil, ausência de órgãos estatais de saúde, segurança e justiça, configurando-se um quadro de marginalização social com todas as conseqüências que dela advêm.

De grande importância e semelhante teor é a pesquisa de campo realizada entre as décadas de 60 e 80 pelo setor de Sociologia Jurídica da UFPE e Fundação Joaquim Nabuco, em invasões de propriedade urbana por classes de média e baixa renda, na região metropolitana do Recife (Falcão, 1982:9-18). Outra pesquisa de real valor e grande utilidade é aquela sobre a incapacidade estrutural do Poder Judiciário para absorver e decidir os emergentes conflitos coletivos de trabalho, ecológicos e do consumidor, realizada no ano de 1983 pelo professor Luciano Oliveira e Affonso Cezar Pereira, em torno de conflitos ocorridos nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Pernambuco e noticiados nos jornais de circulação nacional, com inestimáveis contribuições a nível de denúncia das deficiências crônicas do judiciário e de sugestões para a melhoria de qualidade das instâncias de decisão da Administração Pública (Oliveira, 1988:13-37; 89-90; 108-112; 131-135; 164-166).

Em relação às comunidades da favela do Rio de Janeiro e da Vila São Marcos, no Ceará, retro mencionadas, observa-se que ambas se servem de um discurso tópicoretórico de caráter predominantemente ético-religioso "que impede a cada momento a autonomização ou insularização da sua dimensão jurídica" (Santos, s. d. :9), ambas não dispõem de aparelhos de coerção organizados de forma permanente (forças para-militares); as sanções sociais em geral se dão sob forma de pressão psicológica, moral, religiosa, sobre o infrator ou difusamente, evitando-se, sempre que possível, recorrer à polícia do Estado (Santos, s. d. :19). Por usarem de muitos *topoi* no seu discurso

argumentativo, ficando a lei em segundo plano, possuem um código de comunicação (expectativas normativas) fraco e um "grau de institucionalização muito baixo" (Santos, s. d. :13). Observa-se ainda nas duas comunidades o uso de formas e práticas semelhantes àquelas em vigor no meio oficial ou seja, no Estado, nas suas repartições públicas, o que constitui o "reconhecimento de homologias estruturais" (Santos, s. d. :11).

Esses défices e "homologias estruturais" acima apontados revelam que, naqueles assentamentos periféricos, se dá uma *imbricação* de códigos fracos *virtualmente* auto-referenciais sobre códigos fortes auto-referenciais (do sistema jurídico estatal), de forma a impedir não só a autonomização dessas "esferas de juridicidade extra-estatal" mas "a construção da própria legalidade estatal", vale dizer, a ponto de ensejar uma "confusão de códigos jurídicos construídos e aplicados difusamente", bem como o "intrincamento destes com os códigos do poder, da economia, familiar, da amizade" (Neves, 1995 :18, 21).

A meu sentir, mais do que uma *redução do espaço* de poder do Estado (espaço da cidadania) nas comunidades marginalizadas, o que ocorre efetivamente é uma diminuição da intensidade de *dominação* (Weber, 1994 :33), em virtude da fraca ou quase nenhuma presença operante do Estado (através dos seus agentes) naqueles sítios periféricos. Cresce a dificuldade de acesso da população marginalizada aos serviços judiciários, devido a várias causas, com algumas exceções (Oliveira, 1988 :69-90); não há estatísticas precisas sobre o nível de qualidade da prestação jurisdicional (por parte de juizes e tribunais), nem controle de qualidade dos serviços da justiça, no Brasil.

Nesse contexto de ausência crônica do Estado, fragmenta-se a "relação de dominação" e inverte-se a

posição dos sujeitos dessa relação; as lideranças locais, instituições não estatais e grupos de pressão passam a ocupar o *locus* do Estado e a substituí-lo nas suas funções, como forma de garantir os direitos fundamentais do cidadão; é o que Marcelo Neves denomina de "estratégias de sobrevivência" (1995 :20).

4. Reconstruindo o "espaço público" numa sociedade em permanente transformação

A idéia de "espaço público" não pode ser explicada sem que se recorra ao método analítico estrutural *histórico-sociológico*, posto que se trata de uma categoria de natureza vincadamente sócio-política resultante da complexa malha de fatores (variáveis) históricos, econômicos, sociológicos, políticos e jurídicos, com raízes na sociedade greco-romana (idade antiga) e na sociedade renascentista da Europa ocidental (sécs. XV e XVI) caracteristicamente mercantilista, mas que só veio a tomar corpo com a formação do Estado-Nação, na idade moderna, em que predomina o neo-colonialismo capitalista e assume o papel de destaque a imprensa (Habermas, 1984 :13-41). Contudo, somente no século XVIII, segundo o professor de sociologia e filosofia da Universidade de Johann Wolfgang Goethe, em Frankfurt, *HABERMAS*, se consolida a "estrutura básica da esfera pública burguesa", em que, a "esfera pública política" derivada da "esfera pública literária" (imprensa e mercado de bens culturais), separa ou melhor serve de elo de ligação (mediante a opinião pública), entre o Estado-instituição (incluída a Corte aristocrática) e a sociedade civil (setor privado); a "esfera pública burguesa desenvolve-se no campo de tensões entre Estado e sociedade, mas de modo tal que ela mesma se torna parte do setor privado" (1984 :45-46, 169). Inobstante a política intervencionista-neo-mercantilista do Estado, no século passado, a complexificação das relações econômicas de mercado provocou a

socialização do Estado, fazendo surgir uma "esfera social repolitizada, que escapa à distinção entre 'público' e 'privado'" (Habermas, 1984 :170). É no século XX que o Estado assumirá funções sociais de proteção da população pobre e marginalizada, a qual passará a reivindicar direitos de toda ordem, o que acarretará a transformação do Estado liberal de direito em Estado social-democrata de direito, garantidor e realizador da justiça social distributiva (Habermas, 1984 :261-262).

Nesse contexto, creio que é possível repensar o papel do Estado numa sociedade contemporânea, caracterizada pela complexidade e heterogeneidade. O Estado não pode ter a pretensão do monopólio do poder em todos os espaços da sociedade, nem se constituir em "instrumento exclusivo de dominação" (Corrêa, 1995 :57). O Estado contemporâneo, mesmo nas sociedades cultural e industrialmente atrasadas ("periféricas") da América Latina, tem de assumir o papel de centro irradiador e conformador de políticas sociais e econômicas capazes de absorver as múltiplas tendências dessa sociedade plural em constante mutação.

A reiterada prática de "estratégias de sobrevivência" nas comunidades marginalizadas ("periféricas"), por si só não implica, a par das homologias estruturais e semelhanças culturais nelas presentes, o reconhecimento de um direito-fora-do-Estado ou *a latere*, à míngua de autonomia consistente dos códigos usados por essas comunidades, uma vez que não chegam a formar um sistema jurídico com identidade própria, dotado de coercibilidade institucionalizada (um código penal próprio). Em que pese a falta de sistemicidade desse "direito insurgente", não se lhe pode negar a força irradiante no processo de reestruturação (recriação) do "espaço público"; aliás, essa *práxis* libertária e desalienante (de certa forma, desestruturante) tem relevante função na

construção de um novo conceito de "espaço público", onde o direito (estatal) passa a ser concebido como técnica de positividade normativa das relações sócio-político-econômicas legitimadas pela institucionalização social (Corrêa, 1995 :59). Essas práticas alternativas do direito positivado têm importante papel (a) de "subverter a desigualdade institucionalizada" e (b) de evitar *rupturas* no sistema jurídico vigente (Corrêa, 1995 :60-62).

Vale salientar neste ponto que a atual Constituição da República (1988) representa um grande avanço no processo de concretização político-jurídica da "utopia da reconstrução do espaço público" (Corrêa, 1995 :61), quando dispõe no § 2º do art. 5º, que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição *não excluem outros* decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (o destaque é meu). Neste dispositivo, de textura aberta, acha-se plasmado o princípio da convalidação do direito insurgente (desde que *compatível* com os parâmetros constitucionais).

Fica, destarte, superada a antinomia desagregadora *direito-dentro/direito-fora* do Estado e com isso, neutralizada, pelo menos, a "guerra de posições" (Gramsci *apud* Corrêa, 1995 :57). A tarefa de re-ordenação sócio-política do Estado, não é, porém, única e exclusivamente do direito ou de seus operadores (concretizadores), mas de todos os que integram a sociedade.

Bibliografia

- AMSELEK, Paul (1983). Le rôle de la pratique dans la formation du droit: aperçus à propos de l'exemple du droit public français. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*. Paris, n. 6, p. 1471-1508, nov./déc.
- BOMFIM, Manoel (1993). *A América Latina: males de origem*. Pref. Darcy Ribeiro, Franklin de Oliveira e Azevedo Amaral. 4. ed. Rio de Janeiro: Topbooks.

- CORRÊA, Darcísio (1995). Movimentos sociais: direito e estado. In: *Direito em debate*, a. 5, n. 5, jan/jun. Ijuí: UNIJUÍ, p. 54-63.
- EHRlich, Eugen (1986). *Fundamentos da sociologia do direito*. Trad. René Emami Gertz. Brasília: Ed. Universidade de Brasília.
- FALCÃO, Joaquim Arruda (1982). *Justiça social e justiça legal* (tese n. 18). Florianópolis: Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.
- FONTANA, Riccardo (1996). *O Brasil de Américo Vespúcio: o papel dos italianos na descoberta do Brasil*. Trad. Edilson Alkmim Cunha e João Pedro Mendes. 2. ed. Brasília: Positiva.
- GUARESCHI, Pedrinho Alcides (1997). *Sociologia crítica: alternativas de mudança*. Porto Alegre: Mundo Jovem.
- HABERMAS, Jürgen (1984). *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- LIMA, Luiz Gonzaga de Souza (1995). *Uma reflexão brasileira: outras palavras sobre o jeito do Brasil*. Rio de Janeiro: UERJ, IBASE.
- LUHMANN, Niklas (1983). *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- NEVES, Marcelo (1995). Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da (s) esfera (s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. In: *Direito em debate*, a. 5, n. 5, jan/jun. Ijuí: UNIJUÍ, p. 7-37.
- OLIVEIRA, Luciano e PEREIRA, Afonso Cezar (1988). *Conflitos coletivos e acesso à justiça*. Recife: FUNDAJ, Ed. Massangana.
- OLIVEIRA, Maria do Carmo da Costa (1982). *Mudança social na comunidade rural: estudo sociológico a partir de uma comunidade eclesial de base*. São Paulo: Paulinas.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (s. d.). O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 272, p. 1-40.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1997.). *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3. ed. São Paulo: Cortez.
- WARAT, Luis Alberto (1995). *O direito e sua linguagem*. Colab. Leonel Severo Rocha, 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- WEBER, Max (1982). *Ensaio de sociologia*. Trad. Waltensir Dutra. Org. e Intr. H. H. Gerth e C. Wright Mills. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan.
- WEBER, Max (1994). *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elzabe Barbosa. 3 ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília.

A CARACTERIZAÇÃO DO OBJETO DA CIÊNCIA DO DIREITO E O SEU PROBLEMA HERMENÊUTICO-DECISÓRIO

João Paulo Alain Teixeira

Professor Universitário e Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

SUMÁRIO

1. A Cientificidade do Direito e a sua Base Empírica. 2. A Multiplicidade de Enfoques: Zetética e Dogmática. 3. A Norma Jurídica e as Demais Normas de Conduta. 4. A Caracterização das Fontes do Direito. 5. O Significado de Hermenêutica para o Direito. 6. Segurança e Justiça: Um Equilíbrio Distante?. Referências Bibliográficas.

1. A Cientificidade do Direito e a sua Base Empírica

O ato de conhecer pressupõe uma relação com o desconhecido. Esta situação é bem ilustrada pela imagem de um foco de luz. Aquele ponto onde o foco incide diretamente corresponde justamente à pequena zona onde o saber cotidiano domina. Rodeando esta zona, encontraremos uma zona de penumbra onde não é possível se enxergar com plenitude, onde o saber convive com a ignorância. Uma faixa mais externa corresponde à escuridão total, sobre o qual não há conhecimento (cf. Aftalión e Vilanova, 1994:19-20).

É evidente que nem todo conhecimento pode ser caracterizado como científico. Neste sentido é interessante a referência à idéia de *protognosis*, representada por aquele conhecimento prático, implícito na própria ação (cf. Aftalión e Vilanova, 1994: 20). Tal conhecimento é adquirido com a própria evolução do ser humano desde o seu nível mais elementar a partir da orientação no tempo e no espaço, passando pelo aprendizado por tentativa e erro, o adestramento, a imitação, até o desenvolvimento de habilidades específicas (cf. Aftalión e Vilanova, 1994: 21 ss.)

A distinção que se faz entre o conhecimento vulgar e o conhecimento científico leva em conta, desta maneira, as formas através das quais o conhecimento é adquirido. O conhecimento vulgar é aquele com o qual estamos lidando a cada momento, como decorrência do nosso próprio viver e sentir. É o conhecimento adquirido sem o rigor que se exigiria de um conhecimento científico¹. O conhecimento científico de outra sorte, exige uma "atitude cognoscitiva" própria, uma disposição de atuar de certa maneira em busca do conhecimento. (Aftalión e Vilanova, 1994: 27).

O conhecimento científico demanda além de um objeto especificamente delimitado, uma metodologia própria, além é claro, do sujeito conhecedor. A exatidão não caracteriza como se pensava outrora o conhecimento científico. Modernamente a cientificidade tem sido entendida não mais pelo caráter de absoluta infalibilidade, mas pelo rigorismo da busca empregada no conhecimento.

1 Para efeito de ilustração é interessante o exemplo citado por Aftalión e Vilanova do taxista argentino que acorda todos os dias pela manhã, escova os dentes, toma banho, lê o noticiário econômico no jornal, sente alguma dificuldade em compreender o tema, toma o café da manhã, e sai para trabalhar. Nesta hipótese, é evidente que o motorista em questão demonstra algum conhecimento, notadamente no tocante à higiene pessoal e ao espanhol falado e escrito, ainda que possa não haver compreendido o noticiário escrito em toda a sua extensão. cf. Aftalión e Vilanova, 1994: 19. Os conhecimentos demonstrados situam-se então no plano da *protognosis*, do conhecimento espontâneo.

Dentro do campo do conhecimento científico porém, inúmeras são as propostas de classificações das ciências, remontando a Aristóteles a conhecida distinção entre ciências teóricas, ciências práticas e ciências poéticas.

As ciências teóricas seriam aquelas que têm por objeto a verdade; as ciências práticas, aquelas que têm por objeto uma ação dirigida à realização de um fim; e poéticas – do grego *poiesis* (produção) – aquelas que têm um objeto exterior produzido por um agente.

De relevante importância para o momento é sem dúvida a distinção entre Ciências Culturais e Ciências Naturais. Tal distinção é levada a cabo a partir da caracterização do objeto de estudo como objeto cultural ou objeto natural. A ciência será cultural se tiver um objeto cultural; será natural se tiver um objeto natural.

Ciências Naturais são a Física, a Química, a Biologia. Ciências Culturais são a História e a Sociologia.

Quanto ao Direito, seria de se perguntar preliminarmente sobre o seu aspecto científico. Se o Direito é uma ciência, qual o seu objeto e qual o seu método próprio?

Para o desate de tal questão Hans Kelsen deu notável contribuição à ciência jurídica ao elaborar uma teoria do direito essencialmente "pura" quanto ao seu método. Com efeito, propunha Kelsen uma teoria do direito onde ficassem expurgados do seu método quaisquer elementos que não fossem tipicamente jurídicos. A teoria pura do direito consiste fundamentalmente em uma teoria da validade. Não há em Kelsen qualquer preocupação com os conteúdos normativos. O que importa para a caracterização do direito é o fato de haver sido a norma elaborada de acordo com a norma fundamental do sistema (*Grundnorm*).

2. Multiplicidade de Enfoques: Zetética e Dogmática

Multifacetado por excelência, o saber jurídico comporta diversas perspectivas de análise. Não por acaso o direito tem despertado interesse nos mais variados ramos do saber. Sobre o direito então, podem ser lançados diversos pontos de vista, podendo ser objeto de estudo das mais diversas áreas do conhecimento. Dentre as várias perspectivas analíticas, três delas destacam-se pela qualidade de "saberes jurídicos fundamentais" (cf. Souto, 1992:09 ss). São respectivamente: a ciência formal do direito ou dogmática jurídica², a ciência social do direito e a ciência filosófica do direito, cada uma delas voltadas para preocupações específicas. Tal diversidade de enfoques, recíproca e dialeticamente complementares, aponta para o campo da compreensão interdisciplinar do direito, superando-se as concepções meramente reducionistas.

Na lição de Viehweg (*apud* Ferraz Jr, 1989:40 ss), teríamos a questão posta nos termos da dicotomia *dogmática/zetética*³, variando-se o enfoque conforme acentuássemos o aspecto *resposta* ou o aspecto *pergunta* respectivamente (cf. Ferraz Jr, 1989:42). Aqui, a integração dialética entre os "saberes jurídicos fundamentais" dar-

se-ia ao nível da combinação entre necessidade da decisão (dogmática) e aperfeiçoamento do sistema (zetéticas).

Tércio Ferraz Jr. explica que "do ângulo zetético, o fenômeno comporta pesquisas de ordem sociológica, política, econômica, filosófica, histórica etc. Nesta perspectiva, o investigador preocupa-se em ampliar as dimensões do fenômeno, estudando-o em profundidade, sem limitar-se aos problemas relativos à decisão dos conflitos sociais, políticos, econômicos. Ou seja, pode encaminhar sua investigação para os fatores reais do poder que regem uma comunidade, para as bases econômicas e sua repercussão na vida sócio-política, para um levantamento dos valores que informam a ordem constitucional, para uma crítica ideológica, sem preocupar-se em criar condições para a solução [...] dos conflitos máximos da comunidade. Esse descompromissamento com a solução de conflitos torna a investigação infinita, liberando-a para a especulação" (Ferraz Jr, 1989:45) Sintetizando a questão, poderíamos admitir juntamente com Lourival Vilanova que o direito consistiria não apenas no aspecto ideal, mas também em realidade. O direito é então idealidade e realidade "em mútua referência"⁴.

As perspectivas unilateralistas, parciais quanto à determinação do objeto da Ciência do Direito estão de há muito ultrapassadas, impendendo-se uma visão do direito como fenômeno global, envolvendo aspectos, sociológicos, políticos, filosóficos e normativos numa síntese monolítica.

No campo da dogmática jurídica distinguem-se três níveis distintos, a saber o da dogmática analítica, o da dogmática hermenêutica e o da dogmática da decisão.

2. Contra a qualificação da ciência formal do direito como "dogmática jurídica" ver Souto, 1992:10, para quem tal denominação "[...] parece imprópria aos tempos modernos, pois 'dogmas' e 'doutrinas' são expressões mais adequadas ao pensamento religioso, do que ao estudo sistemático da forma temporal do jurídico."

3. A preocupação central da dogmática é tornar possível a decidibilidade dos conflitos sociais. Seu único compromisso é com a decisão. Para isto são erigidos os princípios do *non liquet* e o da inegabilidade dos pontos de partida, bem como os mecanismos de compatibilização vertical e horizontal. Esclarece Tércio Ferraz Jr. que "em ambas [na dogmática e na zetética], alguma coisa tem de ser subtraída à dúvida, para que a questão se proceda. Enquanto porém, a zetética deixa de questionar certos enunciados porque os admite como *verificáveis* e *compreensíveis*, a dogmática não questiona suas premissas porque elas foram *estabelecidas* (por um arbítrio, por um ato de vontade ou de poder) como inquestionáveis." Ferraz Jr. 1989:44 grifos do autor. Importante perceber que tanto a filosofia do direito quanto a sociologia jurídica situam-se no campo das investigações zetéticas, abertas portanto, ao amplo questionamento do direito.

4. cf. Vilanova, 1953: 94 ss. Vilanova adota aqui a postura "cultural-dialética" seguindo, neste ponto, Herman Heller para quem "normalidade" e "normalidade" são inseparáveis. Na expressão textual de Heller: "Assim como não se podem considerar completamente separados o dinâmico e o estático, tampouco podem se-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito da Constituição." cf. Heller, 1968: 296.

A dogmática analítica ocupa-se com a teoria da norma e do ordenamento jurídico, estudando os seus caracteres distintivos, o problema das fontes e suas inter-relações recíprocas. A dogmática hermenêutica por sua vez, atua no sentido da sistematização interpretativa do direito positivo, estabelecendo o sentido, alcance e conteúdo da norma em apreço. A dogmática da decisão, por seu turno, vai estabelecer os critérios dentro dos quais será decidido o conflito em questão, pacificando-se o meio social.

Ferraz Jr anota que dentro de uma perspectiva semiótica os três níveis de trabalho da dogmática jurídica correspondem respectivamente à sintática, à semântica e a pragmática. Quando se preocupa com o relacionamento das normas entre si, a dogmática analítica revela o seu aspecto sintático; quando se ocupa ao problema da determinação do conteúdo normativo, a dogmática hermenêutica atua na dimensão semântica; quando se preocupa com o relacionamento do direito com terceiros, os destinatários da norma, a dogmática da decisão revela-se nitidamente pragmática.

Investigando o problema da cientificidade do direito bem como a possibilidade de múltipla abordagem analítica, centremos o nosso foco de atenções sobre o aspecto dogmático, sem contudo deixar totalmente de lado as indagações zetéticas relacionadas ao tema.

3. A Norma Jurídica e as Demais Normas de Conduta

O Estudo da norma jurídica em sua íntima estrutura é de relevante interesse para o jurista. Atende primariamente à necessidade de definição quanto à sua própria existencialidade. Pergunta-se então o que é uma norma jurídica e o que é que confere a característica de juridicidade a um determinado preceito normativo.

Historicamente observa-se que nas comunidades primitivas não havia diferenciação entre religião, direito e costume, integrando todas estas categorias um grande amálgama de crenças em comum. Só com o processo de evolução social foram-se distinguindo os diversos sistemas de controle social em suas especificidades.

Como decorrência da diferenciação entre o mundo do ser (*Sein*) e do dever-ser (*Sollen*), temos diferentes categorias de juízos. Importa considerar a diferenciação entre os juízos descritivos e os juízos prescritivos.

Os juízos descritivos, como é de se imaginar, representam a descrição de algo que efetivamente acontece na natureza. Atende principalmente a pressupostos de verdade. Os juízos prescritivos de outra sorte, não são regidos pelo binômio verdadeiro/falso, sendo orientados unicamente pelos critérios de validade. Diz-se então que uma lei natural, expressão de um juízo descritivo, como são as leis químicas ou físicas, será verdadeira unicamente se corresponder à realidade dos fatos empiricamente observáveis. Os juízos prescritivos não sendo passíveis de avaliação pelo critério da verdade, devem buscar a sua razão de ser em algum critério que a torne válida. Uma norma que estabelece a pena de 6 a 20 anos para o caso de alguém matar outrem não é por si só nem verdadeira nem falsa. Será válida entretanto se houver sido elaborada de acordo com a norma fundamental do sistema jurídico⁵.

O direito atuando como controle social incide diretamente sobre as condutas em relacionamento recíproco.

5 É possível entretanto que estabelecendo-nos a um nível metalinguístico admitamos a verdade ou não de um preceito normativo. Neste caso, não nos referimos diretamente ao *dever ser* implícito na norma, mas ao *ser* que o direito se torna sob a perspectiva da metalinguagem. Assim a nossa pergunta deixa de ser: A norma que estabelece uma pena de 6 a 20 anos para os crimes de homicídio é válida no direito brasileiro? E passa a ser: É verdade que o direito brasileiro estabelece uma pena de 6 a 20 anos para o crime de homicídio? Na primeira hipótese estamos ao nível do direito positivo; na segunda, ao nível da ciência do direito.

Não é o único sistema de controle social, mas distingue-se o direito por características marcantes.

Problemática ainda hoje tem sido a distinção entre direito e moral. Na verdade, se é certo que muitas vezes direito e moral se confundem, não menos certo é que em várias oportunidades tal coincidência é inexistente.

Pela teoria do "mínimo ético" o direito corresponderia àquele conteúdo ético mínimo necessário para a própria sobrevivência social, e por isto mesmo protegido juridicamente. Tal teoria no entanto, se mostra insuficiente para explicar porque o direito tutela certos bens jurídicos que são eventualmente infensos a qualquer valoração de ordem Moral. Exemplo clássico são as normas técnicas. Porque os automóveis nas estradas devem trafegar pela direita e não pela esquerda? E o prazo para contestação da lide? Porque 15 dias e não 20 ou 30? Onde está o conteúdo moral de tais normas? De outra sorte, como bem lembra Reale, podem existir alguns atos juridicamente lícitos e não obstante imorais, o que nos leva a concluir que direito e moral podem eventualmente compartilhar conteúdos normativos, mas não deixam de possuir um campo específico (cf. 1990: 42ss).

Reale aponta como características da norma jurídica a nota de bilateralidade, heteronomia e coercibilidade. Tanto a moral quanto o direito e o costume (regras de trato social) são bilaterais; heterônomos, só o direito e o costume, já que a moral é essencialmente autônoma. Quanto à coercibilidade, a potencial utilização da força só o direito dela dispõe.

A respeito dos juízos coercíveis, tipicamente jurídicos, Ferraz Jr. invoca a distinção entre expectativas cognitivas e expectativas normativas. Tal diferenciação atende no fundo à diversidade de critérios de validade material e formal existentes respectivamente nos juízos de ser e de dever ser (cf. 1989: 101 ss).

Dentro do campo da teoria das expectativas, observamos alguns aspectos interessantes. Com efeito, superada a concepção social hierárquico-segmentária e adotada a perspectiva funcional luhmanniana, perceberemos uma crescente contingencialização do vivenciar humano aliada ao desaparecimento de "crenças em comum" ou de "fronteiras externas da sociedade como um todo" (Luhmann, 1983:225 ss). Passa-se a lidar então, com vários sistemas parciais em relacionamento recíproco multiplicando-se ao infinito as possibilidades de ação. Daí se justifica a necessidade do recurso a processos de seleção consciente das diversas expectativas comportamentais (cf. Luhmann, 1983:226). Com isto, o agir em sociedade passa a lidar com variáveis em número cada vez mais crescente, impondo-se o recurso a processos de seleção consciente como forma de redução desta complexidade. As expectativas cognitivas são aquelas que têm como pressuposto de durabilidade a generalização de possibilidades, através da observação. Se observo que chove sempre que ocorrem tais e tais variações climáticas, tenho aí uma expectativa cognitiva. Se por acaso não chover com a observação de tais pressupostos, a minha expectativa deverá ser adaptada aos fatos ante a minha desilusão.

As expectativas normativas de outra sorte, são aquelas cuja durabilidade só é garantida através de uma generalização não adaptativa. A desilusão é admissível, mas é irrelevante frente à expectativa generalizada (cf. Ferraz Jr., 1989:101 ss). Se uma autoridade emite uma ordem, mesmo que não haja o interesse ou a vontade do receptor no sentido do seu cumprimento, as estruturas normativas atuarão no sentido do seu adimplemento. São portanto, expectativas contrafáticas, assegurada a sua generalização independentemente da ocorrência empiricamente verificável. As expectativas cognitivas são então descritivas; as expectativas normativas, prescritivas.

Mas ora, como visto não é apenas o direito que utiliza-se de comandos prescritivos. E o que o distingue então, diante dos demais meios de controle social? De onde advém o aspecto juridicidade da norma jurídica? O que se verifica correntemente é que o problema da juridicidade de um preceito normativo encontra-se umbilicalmente vinculado ao seu próprio grau de institucionalização decorrente de uma referência a um terceiro comunicador, além é claro, da relação entre quem emite e quem recebe o comando normativo. Este terceiro comunicador pode ser então, o juiz, o árbitro, o legislador, e mesmo o consenso social (cf. Ferraz Jr, 1989:105 ss).

Do seu caráter institucionalizado decorre o entendimento de que as normas correspondem a verdadeiros "imperativos despsicologizados", um comando no qual não se identificam, *a priori*, o comandante e o comandado (cf. Ferraz Jr, 1989:113 ss). A norma é então o critério, o ponto de partida para a decidibilidade de conflitos sociais. A hipótese descrita na norma, incidindo na realidade, dá-lhe a significação jurídica, imputando-lhe uma consequência.

Neste sentido, é enfático Kelsen ao atribuir à sanção o aspecto primordialmente normativo-jurídico. Com efeito, entende Kelsen que o comportamento só é verdadeiramente prescrito com a atribuição de uma sanção. Mas conforme demonstram os estudos jurídicos mais recentes, o entendimento de que a toda sanção corresponde um castigo torna-se insustentável se depararmos-nos, por exemplo, com o problema da definição das normas de competência. Em tais casos, não há propriamente uma sanção, mas se muito, apenas uma nulidade do ato irregularmente realizado. Por outro lado, como admitir as chamadas "sanções-premiais", consequência jurídica naqueles casos de política governamental em que se estimula determinada atividade econômica mediante incentivos fiscais?

A sanção prevista na norma então, não necessita do aspecto castigo para a sua caracterização como jurídica.

4. A Caracterização das Fontes do Direito

A análise das fontes do direito é importante por possibilitar o esclarecimento sobre os diversos níveis analíticos do direito.

Com efeito, é sabido que a linguagem prescritiva do direito, o dever-ser jurídico é apresentado justamente ao nível das suas fontes, que integram o direito positivo. Sobre o direito positivo, como sua meta-linguagem, encontraremos a chamada dogmática jurídica, ou ciência do direito, ou mesmo jurisprudência, de linguagem assencialmente descritiva.

Como quer que seja, a escala não se esgota por aqui, permitindo a análise de mais um nível acima, justamente a Teoria Geral do Direito, que integra os "saberes jurídicos fundamentais" e de caráter essencialmente descritivo.

De um modo geral a noção de fonte do direito está vinculada àqueles meios através dos quais é possível a percepção de uma norma jurídica. A distinção que se faz entre fontes materiais e fontes formais do direito tem se apresentado de modo discutível em doutrina. Às chamadas fontes materiais corresponderiam a soma de fatores de ordem política, econômica, ética e sociais que inspiram a feitura da norma jurídica em sentido formal.

As fontes formais por outro lado, seriam aqueles meios através dos quais as normas se positivam: são a Lei, o Costume, a Jurisprudência, e a Doutrina.

Naqueles sistemas onde se percebe a influência do sistema romano-germânico, percebe-se uma influência predominante da norma legislada. De outra sorte, naqueles sistemas de inspiração anglo-saxônica, percebe-se a influência predominante da norma costumeiro-jurisprudencial.

Corresponde em ambos uma diferente forma de relacionamento entre direito e realidade social. Enquanto que o sistema romano-germânico preocupa-se mais com

o aspecto de segurança, o direito anglo-saxônico preocupa-se predominantemente com o acompanhamento da dinâmica social.

No tocante ao problema da validade das normas jurídicas nos dois sistemas, pode-se dizer que o costume tem uma eficácia anterior à sua própria vigência; a legislação, pelo contrário tem a vigência *a priori*, e a eficácia *a posteriori* (Reale, 1990:157).

Em muitos níveis se dá a distinção entre lei e costume. Quanto à origem, o direito legislado é sempre identificável. É sempre possível determinar o seu momento de origem no tempo e no espaço. Com o direito costumeiro não ocorre mesmo, sendo impossível determinar com certeza o momento da sua gênese, pois que se vai formando lenta e paulatinamente, até se consolidar como costume jurídico. (Reale, 1990: 155 ss)

Quanto à forma de elaboração, a lei se origina de um órgão certo, qual seja, uma assembléia legislativa constituída para tal fim, obedecendo a procedimentos específicos no tocante à sua elaboração. Os usos e costumes por seu turno, vão aparecendo na sociedade de forma desordenada, podendo surgir de um ato consciente que é reiteradamente imitado, ou de um ato inconsciente. Reale chega mesmo a cogitar de uma "subconsciência social" (cf. Reale, 1990:156).

Quanto à extensão ou âmbito de eficácia, se diz que a lei é genérica, possuindo um dado de universalidade, ao passo que boa parte dos costumes se restringe a uma categoria específica de pessoas e de atos. Reale anota agudamente que não procede de todo tal consideração, pois assim como existem leis sem a nota de generalidade, é possível a existência de costumes genéricos como sói acontecer no Direito Internacional.

5. O Significado de Hermenêutica Para o Direito

Ocupa-se a dogmática hermenêutica com a determinação do sentido das normas, o correto entendimento dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade dos conflitos sociais. (cf. Ferraz Jr, 1989:232) Através da hermenêutica os conflitos sociais não são eliminados, mas domesticados, tornando-os assim suportáveis. (cf. Ferraz Jr, 1989:281)

A palavra Hermenêutica provém do vocábulo grego *Hermenêuein*, relativo a Hermes, considerado intérprete da vontade divina. No latim, Hermenêutica vem *Hermeneutica* (que interpreta ou que explica) (Plácido e Silva, 1986). A Hermenêutica é utilizada nas ciências jurídicas de forma a determinar o meio e o modo de interpretar os textos legais, visando a alcançar o exato entendimento do pensamento do legislador tendo em vista a sua aplicação traduzida na decidibilidade de conflitos. Para Tércio Ferraz a principal distinção entre a Hermenêutica e as demais ciências humanas, repousa no fato de que, além de compreender um texto, deve o hermeneuta determinar-lhe a força e o alcance através da superposição entre o texto e a realidade social (cf. Ferraz Jr, 1989: 232).

Por outro lado, as chamadas correntes de interpretação do Direito situam-se desde a estrita observância do texto escrito, ou seja, uma interpretação literal, até a livre interpretação do direito, compondo um quadro bastante diverso e abrangendo várias tendências.

De um modo geral, a dogmática hermenêutica e suas diversas escolas oscila entre o subjetivismo e o objetivismo. Tal dicotomia corresponde à busca da *mens legislatoris* pelos subjetivistas e da *mens legis* pelos objetivistas.

Afirmam os subjetivistas que o trabalho de hermeneuta deve estar sempre direcionado para a descoberta do sentido da vontade do legislador quando da elaboração da norma. Neste caso, a interpretação tem um sentido *ex*

tunc, retroagindo às causas determinantes da feitura da norma. Em sentido diverso, opinam os objetivistas no sentido de que a norma adquire um sentido próprio a partir do momento da sua feitura interagindo constantemente com o meio social a que se dirige. Neste caso, cabe considerar que a atividade hermenêutica passa a ser *ex nunc*.

Assim é que Limongi França (1988:22) como forma de exemplificar a primeira situação nos remete ao código de Justiniano, onde a interpretação era prerrogativa única e exclusiva do imperador, sendo proibido quaisquer comentários interpretativos, sob pena de incorrer em crime de falso e haver suas obras seqüestradas e destruídas.

Na França, dentro do contexto de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, surge o *Code Napoleon*, o Código Civil Francês, que tem vigência ainda nos dias atuais, trazendo consigo a Escola de Exegese.

Entende-se por Escola de Exegese, aquele movimento que no século XIX sustentava que o Código Civil continha a solução para todos os conflitos sociais, bastando para tanto saber interpretar a lei. Segundo os doutrinários da exegese, o intérprete deveria limitar-se a pesquisar a "vontade do legislador" através de métodos previamente determinados, como o Literal-Gramatical, que detinha-se exclusivamente à letra da lei escrita, em questão; e o Lógico-Sistemático, que buscava interpretar a Lei tendo em vista o sistema do qual faz parte.

Paralelamente, na Alemanha, desenvolve-se a corrente Pandectista que é até certo ponto a versão alemã da Escola da Exegese. O fato é que por não haver código civil na Alemanha (O Código Civil Alemão data de 1900), fez-se necessário tomar como base os textos do Digesto ou Pandectas, fundamentados no Direito Romano, permitindo para tal uma flexibilização do texto em virtude de serem observados além da Lei escrita, os usos e costumes.

Foi a partir desta escola que surgiu o conceito de "intenção possível do legislador", elaborado por Windscheid.

Sob a inspiração de Savigny, a Escola da Interpretação Histórica abre outro caminho: a interpretação poderia ser desenvolvida de acordo com as vicissitudes sociais, mediante o estudo das fontes inspiradoras do legislador.

Ao processo de gradual flexibilização da Interpretação integra-se a Escola Atualizadora do Direito, admitindo que a Lei sofre influências no transcurso do tempo e da realidade social em que se encontra. O processo Histórico-evolutivo, fundamento do pensamento atualizador do direito defendia que a lei passa a ter vida própria, trocando influências com o meio ambiente, e por conseguinte tendo seu significado transformado. Tal movimento tinha como escopo o equilíbrio entre certas posições da Escola da Exegese e as necessidades do mundo contemporâneo.

A partir do final do século passado, novas teorias hermenêuticas são elaboradas, de forma que surge a escola da *libre recherche*. Gény, um dos seus principais teóricos dizia: "*par le Code Civil, mais au delà du Code Civil*", ou seja, além do Código Civil, mas através do Código Civil. Desse modo "a vontade do legislador expressa na Lei não é, portanto, um fato histórico, concluso e estático, mas encontra-se antes em um estado permanente evolutivo respondendo com novas significações às diversas necessidades e questões jurídicas, criadas pelas mutações existentes, as quais o autor nem sequer podia pressentir" (Shmalz, 1972:161)

No decorrer do século passado, na Alemanha, Zitelmann através de sua obra intitulada "As lacunas do Direito", afirmava que não existe legislação plena, dado que por maior que fosse o esforço legislativo, sempre haveria lacunas por serem regulamentadas. Aconselhava

então Zitelmann que se procurasse fora texto da lei os meios adequados para o preenchimento das lacunas.

Em 1906 Kantorowicz escreve *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (A luta pela ciência do direito) contribuindo decisivamente no sentido de distinguir as noções de direito e texto escrito. Dizia ele que o intérprete deveria aspirar ao justo acima de tudo, ainda que isso provocasse um choque frontal com a Lei.

Interessante pela peculiaridade que confere ao tema é a posição de Hans Kelsen. Para Kelsen a atividade hermenêutica nada mais é que "...uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior" (Kelsen, 1987:363). Para Kelsen a interpretação quanto ao agente pode ser autêntica ou não autêntica. Será autêntica se proveniente de órgãos investidos da competência para tal. Não-autêntica será aquela interpretação realizada por uma pessoa não vinculada à estrutura de competências estatal, como por exemplo uma interpretação doutrinária.

Sustenta o autor que há uma indeterminação quanto ao ato de aplicação do direito, podendo ser tal indeterminação relativa, intencional ou não-intencional. A indeterminação relativa é aquela que dá uma certa margem de criação por parte dos escalões inferiores quanto ao ato de execução do direito. A indeterminação será intencional quando está na intenção do órgão que estabelece a norma a ser aplicada. Pode ainda ser a indeterminação não-intencional quando o sentido da norma não é unívoco, fazendo com que o órgão aplicador encontre-se diante de várias significações possíveis. Tal indeterminação proporciona que o intérprete passe a lidar com um outro fator: a vontade.

Para Kelsen, vontade e conhecimento se unem para dar origem à interpretação. A interpretação do direito é então plurívoca, admitindo várias interpretações possíveis para cada caso, limitadas apenas pela larga tela do direito

posto. O direito desempenha então o papel de uma moldura que em presença da vontade do intérprete, daria origem a um quadro, que representa justamente o direito a ser aplicado.

Explica Kelsen que a função do intérprete do direito enquanto cientista, nada mais é do que determinar os limites do juridicamente possível, ou seja, os limites da moldura dentro da qual a interpretação é possível. Querer ir além disso significa abrir mão da cientificidade do direito em favor da política.

Comentando a teoria hermenêutica kelseniana, Tércio Ferraz vai nos colocar diante daquilo que chamou "desafio kelseniano". De fato, será que não é mesmo possível para o jurista descobrir a interpretação verdadeira, devendo-se contentar com a simples indicação da plurivocidade do direito?

Talvez tenha sido este um dos fatores determinantes para a ideologização da dogmática jurídica pelas chamadas escolas críticas do direito, que tanta discussão têm provocado no Brasil sob a denominação de "movimento do direito alternativo". Com efeito, tais juristas, percebendo a impossibilidade de uma caracterização de uma hermenêutica cientificamente consistente, passam a ideologizar o discurso jurídico através do recurso à retórica de efeito, como "tomar a causa dos oprimidos", "lutar pelo direito insurgente" e outras expressões de inegável apelo emocional.

Um outro aspecto interessante para a discussão diz respeito ao problema da lacunosidade do direito bem como de suas formas de integração.

É de se dizer inicialmente que a integração do direito depende de uma prévia interpretação a fim de serem detectadas as eventuais lacunas. Mesmo as normas legais claras devem ser interpretadas, pois a constatação da clareza é fruto único e exclusivo do trabalho do hermeneuta.

Quando da aplicação do direito dispõe o aplicador no processo de integração à analogia e à equidade. Através

da analogia, é possível a integração do direito através da sua aplicação em casos não previstos pelo legislador, mas que se encontram em situação de semelhança quanto às suas razões de direito. Observa-se que a analogia não constitui apenas um processo lógico-formal, mas insere-se numa escala de valores calcada na experiência jurídica.

Não se confundem analogia e interpretação extensiva, dado que o pressuposto daquela é a presença da lacuna, enquanto esta só ocorre se desdobrarmos uma norma legal pré-existente.

A analogia se subdivide em *analogia legis*; apoiada na *ratio legis*, extraindo a igualdade de tratamento para certo caso a partir de uma norma pré-existente; a *analogia juris*, apoiada na *ratio juris* e ocorrendo quando há ausência total de norma legal a respeito do objeto⁶.

Nem sempre é possível a aplicação da analogia, caso por exemplo das normas penais, razão pela qual se faz necessário recorrer a uma outra forma de revelação do direito. São os chamados princípios gerais do direito, que em última instância devem servir de baliza ao intérprete. Os princípios gerais do direito são aqueles enunciados lógicos que são admitidos como base de validade para todas as demais asserções relativas ao direito. Para encontrá-los deve o intérprete realizar um trabalho de pesquisa indutiva, induzindo das normas postas os princípios gerais que as informam.

Uma outra forma de integração do direito manifesta-se através da Equidade, que valoriza o conceito de justiça quando em ausência de norma positiva. Através do brocardo *summum jus summa injuria*, os romanos advertiam que algumas vezes a observância apenas dos textos legais poderia trazer danos à Justiça. O intérprete deve então, recorrer à intuição, observando a situação no

6 Há quem considere que a analogia juris é na verdade uma tarefa relativa aos princípios gerais do direito

caso concreto e levando em conta análises a nível empírico quanto ao resultado prático a ser atingido.

É válido dizer que atualmente vários autores estão atentos para o fato de que o ideal da interpretação jurídica seria a combinação entre o nível fático-social e o nível formal-legal, visto que a estrita observância do texto é prejudicial à Justiça Social, assim como a criação livre do direito, levaria no dizer de Paulo Dourado de Gusmão "à possibilidade de uma ditadura togada" (1989:280). Observa Miguel Reale que "são preferíveis as imperfeições de um direito predeterminado ao risco de um direito determinável em cada caso pelo Juiz", optando desta forma pela segurança em detrimento da indeterminação (1990:289). Quanto a este tema, propomos uma discussão mais detalhada a seguir.

6. Segurança e Justiça: um equilíbrio distante?

A discussão sobre o equilíbrio entre segurança e justiça como valores parece estar na base de todo o direito. Inegavelmente é de relevante interesse a busca da realização da justiça. Mas a realização da justiça deve estar inscrita dentro de um horizonte de previsibilidade que torne suportável a própria permanência da sociedade. Por isso, também o valor segurança aparece com nítida relevância, devendo também ser perseguida pelo direito.

O que ocorre na maior parte das vezes entretanto, é que não há um consenso sobre os meios para se atingir tal escopo.

Assim, para as escolas sociológicas do direito a apreensão da idéia de justiça deve ser sempre privilegiada quando da aplicação do direito, através da elaboração de juízos fundamentados na própria observação da dinâmica social. De outra sorte, um jurista de formação filosófica provavelmente tenderá a fundamentar a realização da justiça em aspectos éticos, ou mesmo no bom senso expresso por uma lógica do razoável. Como quer que seja,

nos dois casos estaremos submetidos às contingências de cada caso apreciado na prática, importando em grave prejuízo para a segurança enquanto valor jurídico. Neste sentido, não é de estranhar que as chamadas correntes normativistas do direito abstraíam quaisquer considerações de ordem não jurídica, fundando com isso uma ciência normativa pura, sem qualquer compromisso com os conteúdos expressos pelas normas. Também neste caso, teríamos uma situação não muito confortável, já que o privilégio exagerado da segurança importaria em diminuição da importância da justiça.

Sob certo sentido, esta discussão representa a retomada do clássico embate largamente debatido pela Filosofia do direito entre jusnaturalistas e juspositivistas. Enquanto o juspositivismo privilegia a segurança, o jusnaturalismo privilegia a justiça, argumentando que existem valores transcendentais, que dizem respeito à própria condição humana e que devem ser respeitados.

Tal ponto é de solução problemática pois tem-se verificado na prática que o privilégio da segurança implica um desprivilégio da justiça e vice-versa. Daí a necessidade de se buscar um ponto de equilíbrio quando da aplicação do direito.

Mas a justiça, assim como o direito, são conceitos relativos que variam no tempo e no espaço. Daí uma certa dificuldade em se determinar o que seja uma "lei injusta". Neste caso, caberia a indagação: qual o referencial de justiça a ser adotado? A dos oprimidos? A do opressor? Porquê? Com que fundamento? O que é uma lei justa? E uma lei injusta?

As respostas a estas indagações têm sido, a nosso ver, o grande desafio teórico da moderna teoria geral do direito.

As recentes teorias que propõem uma "dogmática da insurreição" ou uma "epistemologia da insurreição" como as chamadas correntes do "direito alternativo" muitas vezes partem justamente deste pressuposto, mas

em grande número de vezes acabam por tornar insustentáveis os seus postulados pelo excesso de emoção conferido ao tema, comprometendo a sua própria cientificidade.

Discutir o direito em termos de uma aceitação do seu conteúdo pelo Estado não é ir muito além do formalismo, se não houver preocupação em se precisar o conteúdo deste direito estatalmente aceito (cf. Souto, 1996:06). Neste caso, fala-se de legalidade estatal *versus* legalidade marginal, amparada numa legitimidade popular. Mas esta mesma legitimidade popular entretanto, pode se manifestar de modo enviesado, "torto", podendo por isso ter um caráter retrógrado (cf. Souto, 1996:10) e autoritário.

Por isso, refutamos a concepção simplista de que o direito justo por excelência é o direito social ou popular, ao passo que o direito injusto é o direito estatal. Tal maniqueísmo tem dificultado sobremaneira o correto entendimento da problemática. A admitir tal hipótese, como caracterizar como expressão de uma justiça o extermínio de menores nas grandes cidades do país? Ou tráfico "organizado" de drogas e entorpecentes nas favelas brasileiras? E o que dizer do linchamento de menores infratores em praça pública? E os "justiçamentos" no interior do Nordeste? Serão estes exemplos de uma verdadeira realização da justiça?

Transpondo-se o problema para o campo da teoria da validade das normas jurídicas, perceberemos a distinção entre validade formal (vigência) e validade social (eficácia). Neste sentido, não seria equívoco admitir que à validade formal corresponde primeiramente a realização do valor segurança, ao passo que à validade social corresponde o compromisso com o valor justiça⁷. Ora, o ideal seria a

7 Para Tarso Genro, "O suporte ideológico do julgamento, sempre e absolutamente segundo a lei, é a defesa de uma determinada hierarquia de valores e normas dentro do sistema, mas não é a única possibilidade do Juiz no interior do sistema. É possível 'forçar' o sistema sem cair no arbítrio e no autoritarismo" Genro, 1992:25

combinação equilibrada de justiça e segurança. Mas o que se tem observado é que tal equação tem sido de difícil solução, tendo-se não raro, justiça sem segurança, como nos casos de "justiçamentos" e linchamentos; ou ainda, segurança sem realização da justiça, sobressaindo aí com grande destaque o legalismo escancarado, fruto do mais puro fetichismo da lei.

A argumentação procedente de Ulhoa Coelho nos mostra que "tanto o jurista comprometido com uma luta insurrecional quanto o defensor do modelo burguês de sociedade, desenvolvem, ao interpretarem uma norma jurídica, um mesmo trabalho de elaboração teórica, de cunho exclusivamente retórico." (92:113) Daí a situação paradoxal em que a corrente libertária da alternatividade pode atuar contra si própria, hipótese em que o "[...] o intelectual, imaginando estar contestando a ordem em vigor, estaria, na verdade, contribuindo para a sua reprodução, identificando as questões cruciais ao embate entre as classes" (92:113)

O discurso da alternatividade concebido nos termos de um embate entre "dogmáticos conservadores" e "contra-dogmáticos revolucionários" fica esvaziado de sentido, sendo de pouca significação prática a constatação da existência de um direito paralelo se não houver a preocupação com a determinação objetiva e segura daquilo que se entenda por justiça.

É preciso então um esforço no sentido da determinação do que seja a justiça e através de que fatores pode ser ela realizada. No mesmo sentido, não se pode perder de vista a realização da justiça com segurança, entendida como um horizonte de previsibilidade institucionalizado genérica e congruentemente como forma de controle das expectativas sociais. Tal objetivo parece sem dúvida de difícil solução, mas provavelmente a descoberta destes novos caminhos seja o grande desafio das novas gerações de juristas.

Referências Bibliográficas

- ADEODATO, João Maurício Leitão (1992). "Uma Teoria (Emancipatória) da Legitimação para países subdesenvolvidos" in: *Anuário do Mestrado em Direito*. n.º 5. Recife: Editora Universitária. UFPE
- AFTALIÓN, Enrique e VILANOVA, José (1994). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio (1989). *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas.
- FRANÇA, Rubens Limongi (1988). *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva.
- GENRO, Tarso Fernando (1992). "Os juízes contra a lei" in: *Lições de Direito Alternativo*. n. 1. (Edmundo L. A. Jr. org) São Paulo: Acadêmica. pp.17-27.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de (1989). *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense.
- HELLER, Herman (1968). *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre Jou.
- KELSEN, Hans (1987). *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- LUHMANN, Niklas (1983). *Sociologia do direito I*. São Paulo: Biblioteca tempo universitário, Tempo brasileiro.
- LUHMANN, Niklas (1993). "Por que uma 'Teoria dos Sistemas'?", in: *Dialética e Liberdade*, Festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima. Org. Luís a.de Boni Editora da UFRS, Porto Alegre, Petrópolis: Vozes. pp. 430-441
- NEVES, Marcelo (1994). *A Constitucionalização Simbólica*. Guarulhos: Editora Acadêmica.
- NEVES, Marcelo (1995) "Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: o Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina". in: *Direito em Debate - Em Busca de Alternativas*, n. 5. Ijuí: Editora Unijuí. pp. 7-37.
- PLÁCIDO E SILVA (1986). *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense
- REALE, Miguel (1990). *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva
- SCHMALZ, Alfredo Carlos (1972). "A Hermenêutica do Direito na Teoria Relativista de Radbruch" in: *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*. Caruaru.

Assim, "...a Constituição, antes de ser um documento escrito, é uma realidade concreta experienciada pelo povo, resultante da vontade política do titular (a) do direito de auto-ordenação (direito constituinte) e (b) do poder de auto-ordenação (poder constituinte) ou seja, do povo real. A constituição é a materialização dessa vontade popular, num determinado momento histórico. Numa perspectiva democrática, quem determina o conteúdo fundamental de uma Constituição é o povo (através de movimentos populares ou revolucionários) e não a Assembléia Constituinte que redige e decreta o texto da Constituição formal"³.

Canotilho define Constituição como o "estatuto jurídico do político"⁴, revelando em suas multifacetadas um exame realístico dos diversos significados de constituição. Ressalta o autor luso, "que uma constituição não pode ser compreendida, sob pena de a reduzirmos a uma exangue ossatura formal, se não tivermos em conta os modos e as relações de produção, os aparelhos ideológicos e repressivos do Estado, as lutas sociais e os fins perseguidos pelas várias forças políticas de um país, num dado momento histórico, é hoje uma idéia progressivamente aceite"⁵.

Comungando do mesmo pensar, o professor Celso Ribeiro Bastos destaca que, no sentido material, a constituição retrata o "conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas etc., que conforma a realidade social de um determinado Estado, configurando a sua particular maneira de ser"⁶. Assim, o conceito se prende ao modo de ser, e não do deve-ser, isto é, não é uma realidade jurídica.

3 Araújo, Jackson Borges de, "O controle judicial da (In)Constitucionalidade da Emenda à Constituição", Inojosa Editores, 1995, p. 53.

4 In: Direito Constitucional, Livraria Almedina, Coimbra, 1977, p. 39.

5 Direito Constitucional, Livraria Almedina, Coimbra, 1977, pág. 54.

6 Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 1978, pág. 38.

O professor Sálvio de Figueiredo Teixeira, versando sobre o conceito de constituição, traz à luz a lição de Alfredo Buzaid, em torno dos ensinamentos do século XVIII, sob outras conotações:

"Salienta Buzaid, no entanto, que no plano jurídico-histórico, somente no século seguinte, XVIII, vamos lobrigar o conceito real de Constituição, alicerçando sua afirmativa, que encontra guarida na melhor doutrina, no fato de que foi no crepúsculo daquele século, sobretudo em decorrência das revoluções americana e francesa, de 1776 e 1789 respectivamente, que o conceito de Constituição deixou a atitude meramente cognoscitiva (concepções jusnaturalistas - fundadas no direito divino, e historicista - calcada no fatalismo histórico), abandonando o institucionalismo que a caracterizava, para dar lugar ao surgimento das Constituições revolucionárias, chamadas "voluntaristas", programáticas, que buscavam traçar normas criadoras de aperfeiçoamento. Documento jurídico solene, para sintetizar o ordenamento político na nação, "instrumento de propaganda ideológica e de educação popular a serviço da vontade dominante", com a imperatividade promanando da regra jurídica, na lição de Burdeau"⁷.

4. Lei Inconstitucional

A Constituição, portanto, consagra normas básicas de convivência nacional e, sob o aspecto formal, garante a unidade de toda a ordem jurídica, dando validade lógica às demais normas. É, por via de consequência, garantidora dos direitos fundamentais da pessoa humana, da cidadania e da nacionalidade de modo que precisa ser preservada.

Acresça-se a lição do sempre atual Alfredo Buzaid que ao versar sobre o tópico, ensina: "Diz-se que uma lei

7 Revista de Direito Público, 28/19.

*é inconstitucional quando ela, no todo ou em parte, ofende a Constituição. Este amplo conceito de inconstitucionalidade tem a virtude de abranger o de ilegalidade, que surge quando uma lei contraria outra, a que o sistema de direito público está subposta”.*⁸

Nosso ordenamento, por conseguinte, reconhece duas formas de inconstitucionalidade: por ação e por omissão. A inconstitucionalidade por atuação pode ser material, também denominada de substancial ou intrínseca, quando o conteúdo do ato contraria preceito ou princípio constitucional; já a formal, também denominada de extrínseca, ocorre quando as normas são elaboradas sem respeito aos procedimentos, aos trâmites para sua elaboração estabelecidas na Constituição; Sobre esse ponto leciona com primor o professor Marcelo Neves⁹, *verbis*:

“No primeiro caso, o órgão legiferante desrespeita ‘regras’ constitucionais de fundo; no segundo, há descumprimento de ‘regras’ constitucionais de forma. Ou, do ponto de vista pragmático: na primeira espécie, a lei obedece às técnicas constitucionais de validação condicional; na segunda, há desobediência às técnicas constitucionais de validação finalística”.

A inconstitucionalidade total invalida de todo o ato, macula o seu conjunto; a parcial, só afeta parte do ato normativo. A primeira é invalidada para o ordenamento; na segunda somente essa parte é que se torna incapaz de produzir efeitos jurídicos.

Diz-se direta a ofensa quando viola o direito expresso; e indireta quando é incompatível com o espírito ou sistema da Constituição. Tal ocorre como leciona Rui Barbosa, pois:

“A Constituição é ato na nação, em atitude soberana de se constituir a si mesma. A lei é ato do legislador em atitude secundária de executar a Constituição. A Constituição demarca os seus próprios poderes. A constituição é criatura do povo no exercício do poder constituinte, a lei, criatura do legislador como órgão da constituição. A constituição é o instrumento do mandato outorgado aos vários poderes do Estado. A lei, uso do mandato constitucional por um dos poderes instituídos na Constituição.

Logo, em contravindo à Constituição, o ato legislativo não é lei; porque transpondo a Constituição, o legislador exorbita do seu mandato, destrói a origem do seu poder, falseia a delegação de sua autoridade.

*Assim, entre um ato legislativo ilegítimo da nascença e a Constituição, cuja legitimidade nenhuma lei pode contestar, entre o ato nulo da legislatura e o ato supremo da soberania nacional, o juiz, para executar o segundo, nega execução ao primeiro”.*¹⁰

O pensamento de Rui baseia-se na doutrina americana, no sentido de considerar nula a lei que conflita com a constituição. Tese essa que encontra guarida na maioria dos doutrinadores pátrios, sendo, inclusive, adotada pelo Pretório Excelso.

5. Sistemas de Controle da Constitucionalidade de Leis

O resguardo da unidade da Constituição, reclamada em virtude de sua supremacia, como lei fundamental, tem sido objeto de solução variada. Cada ordenamento tem procurado dar soluções que melhor se adequem ao seu particular modo de ser. A doutrina, com lastro em traço

8 Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro. Sariva, 1958, p. 43/44.

9 Teoria da Inconstitucionalidade das leis. Sariva, 1988, p. 110.

10 Comentários à Constituição Federal Brasileira, coligidos por Honório Pires, V. 1, p. 19/20.

comuns, tem classificado os sistemas quanto: a) à forma; em incidental ou principal; b) ao órgão: em político; jurisdicional; e misto ou simultâneo; c) ao momento: preventivo ou repressivo. Tais critérios ao revés de se repelirem se completam.

5.1. Controle Preventivo ou Político

O Sistema *preventivo* ou "*a priori*", isto é, antes da concretização do ato jurídico, está vinculado ao Sistema Político. A doutrina é rica em exemplos, tais como: a) o exercido pelo Conselho da Revolução da primeira fase da Constituição portuguesa; b) o controle do Senado, na experiência francesa do século XIX; c) ou ainda o controle do "*Soviet Supremo*"¹¹ - ex-União Soviética, na experiência dos países socialistas do Leste europeu; d) e o "*Conseil Constitutionnel*" da vigente constituição francesa 1958. E, agora, já também histórico, o "*Conselho da Revolução*" da primeira fase da Revolução Portuguesa, que concentrava a apreciação de inconstitucionalidade, com parecer prévio da Comissão Constitucional, ambos órgão extrajudiciais.

A experiência mundial tem demonstrado que o controle preventivo pode ser exercido pelos sistemas Político (interno ou externo) e Jurisdicional.

O sistema Político, será interno, quando exercido pelas Comissões Parlamentares, como ocorre no Brasil, onde é exercido pela Comissão de Constituição e Justiça - CCJ. E externo, quando exercido por órgão político não integrante do Parlamento, como também, ocorre no nosso país, onde o Chefe do Executivo tem a prerrogativa de vetar as leis, se considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional (art. 62, § 1º da CF).

11. Cabia ao *Presidium do Soviet Supremo* o controle de Constitucionalidade das leis mediante provocação do Procurador Geral (Art. 121, n.º 4, e 164 da antiga Constituição Soviética).

O Sistema Político, em sua forma pura, foi envolvido pelo fracasso, sendo o mesmo debitado à falta de independência do órgão político, transformado em guardião da Constituição. Em verdade o órgão de controle político não poderia repousar em qualquer um dos poderes. Celso Ribeiro Bastos relata o fracasso desse sistema:

"O sistema não produziu os efeitos esperados. Redundou na substituição da opinião política do órgão produtor do ato, pela do órgão controlador. Na verdade, nada nestas chamadas Cortes Constitucionais (ou por vezes de Senado, como no caso da França) contribuía para que seu julgamento fosse fundado na legitimidade ou Constitucionalidade do ato, tendo se mostrado invencível a tendência para apreciá-lo segundo um critério de conveniência e oportunidade, numa desnecessária duplicação do poder controlador".¹²

No sistema político, perde-se a segurança que é inerente à função jurisdicional. Isso se dá em razão da natureza do órgão de controle e pela adoção de critérios políticos de seu exercício. Esse órgão por vezes julgava mediante critérios de conveniência e oportunidade, o que gerava sérios perigos aos direitos fundamentais e ao Estado de Direito.

5.2. Controle Jurisdicional

O Sistema Jurisdicional, ou "*Judicial control*" ou "*Judicial review*" é modalidade de controle de Constitucionalidade que surgiu, pioneiramente, na Inglaterra, na sentença pronunciada por Lorde Coke, juiz supremo do King's Bench, em 1610, no caso do Dr. Bonham, conforme o magistério do professor Pinto Ferreira¹³, e consiste em delegar a função de fiscalizar ou verificar se há ou não a

12. *op. cit.* pág. 57.

13. *Id.* Revista de Direito Público 17/21.

constitucionalidade de lei ou ato aos órgãos do Poder Judiciário.

Cabe também destacar que já em 1788 *Alexander Hamilton* escrevia no "The Federalist" nº 78, *verbis*:

"A interpretação das leis é o campo de ação próprio e peculiar¹⁴ dos tribunais. Uma constituição é, de fato, e assim deve ser considerada pelos juízes, como uma lei fundamental. Portanto, cabe a eles discernir seu significado bem como o significado de qualquer norma específica partida do órgão legislativo. Se chegar a acontecer uma discrepância irreconciliável entre as duas, a que tiver maior prevalência e validade deve, é claro, ser preferida. Ou, em outras palavras, a constituição deve prevalecer sobre a lei, isto é, a intenção do povo deve prevalecer sobre a intenção dos seus agentes"¹⁵.

Esse sistema, no entanto, ganhou precisão técnica na jurisprudência americana, a partir de 1803, após o caso *Marbury versus Madison*, sob o julgamento célebre de *Marshall*, no qual defendeu a seguinte tese, *verbis*:

"Ou *havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa que a contrarie, ou anuir que a legislação possa alterar a Constituição por medidas ordinárias. Não há por onde se contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável mediante processos comuns, ou se nivela com os atos da legislação usual e, como estes, é reformável à vontade da legislatura. Se a primeira é verdadeira, então o ato legislativo, contrário a Constituição não será lei; se é*

*verdadeira a segunda então as Constituições escritas são esforços inúteis do povo para limitar um poder pela própria natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram no objetivo de determinar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseqüentemente, a teoria de tais governos dever a nulidade de qualquer ato da legislatura ofensivo da Constituição. Esta doutrina está essencialmente ligada às Constituições escritas, e assim, deve-se observar como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade"*¹⁶.

Neste critério, a questão se prende ao exame de validade das leis, decretando-se a invalidade da lei em conflito com a Constituição, pela determinação da escolha da lei constitucional, como de caráter superior.

No direito pátrio, duas são as maneiras pela qual o Poder Judiciário exerce tal sistema: a concentrada e a difusa.

5.2.1. Método Concentrado

O chamado "modelo austríaco", consiste na declaração de inconstitucionalidade em caráter principal, geralmente, através de ação autônoma de natureza declaratória negativa da validade do ato. Por esse método, a avaliação de Constitucionalidade está centralizada num único órgão judicante. E, uma vez resolvida esta, os juízes inferiores julgarão a causa, à luz da decisão do "Tribunal Constitucional". Por conseguinte, a harmonia da lei com a Constituição é entregue a um órgão colocado acima da magistratura comum.

No Brasil, onde também é adotado o controle *in abstracto* tal função é acometida ao Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a guarda da Constituição Federal

14 Sic.

15 Tradução feita pelo professor Ricardo Amalido Malheiros Fiuza, em artigo publicado na Revista da Esmape-Recife - V. 2 n.º 4 - p. 394 - abr./jun. 1997, onde, também se encontra transcrição do original.

16 *apud* Pinto Ferreira in Revista de Direito Público, 17/22.

contra investiduras desarmoniosas de lei ou ato normativo federal ou estadual.

5.2.2. Método Difuso

O também chamado "modelo americano", ancora-se na possibilidade de pode ser argüida em qualquer ação a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em face de uma aplicação *in concreto*, como questão incidental, a ser apreciada como preliminar de mérito.

A intolerância de um ato que conflita com a Constituição pode ser argüida em qualquer momento ou fase processual, por meio de qualquer peça processual, inclusive em petição avulsa, juntada aos autos durante o seu curso, ou até em sustentação oral, reduzida a termo, se for o caso. Isto ocorre, porque não há preclusão, visto tratar-se unicamente de questão de direito. Ressalte-se a *res in iudicium deducta* não é o ato tido por inconstitucional, pois tal exame se dá de forma *incidenter tantum*. E que, tal declaração pode ser feita por qualquer órgão jurisdicional (singular ou colegiado), produzindo efeitos *inter partes*.

Não há, por conseguinte, uma declaração formal, por parte do órgão julgante, de inconstitucionalidade do ato, ele simplesmente deixa-se de aplicá-lo, afastando-o. O judiciário apenas aplica a lei, no caso a de caráter superior, ou seja, a Constituição, quando com ela conflita a lei ordinária. Não há, pois, uma invasão do Judiciário na esfera do Legislativo, mas apenas o exercício de função específica do Judiciário, examinando o direito e decidindo qual a regra aplicável.

Assim, "*Cabendo ao Juiz aplicar as leis na solução dos conflitos, deve ele, antes do mais, verificar se elas estão em harmonia com a Constituição, porque, só assim, serão tidas como leis*"¹⁷.

17 Marshall in: *Marbury versus Madison*, opud o professor Ricardo Amalido Malheiros Fiúza, em artigo publicado na Revista da Esmape-Recife - V. 2 n.º 4 - p. 303 -abr./jun. 1997.

Cumprê, agora, enfrentar o papel do Senado ante a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo Supremo no método difuso. É sabido que na ação direta inexistente comunicação ao Senado para que ele suspenda o ato, pois a decisão proferida pelo Pretório Excelso, declarando a inconstitucionalidade, encerra em si efeito de excluir a eficácia da lei ou ato normativo maculado. Comunica-se ao Presidente do Senado, dando ciência aquele Poder que doravante o ato normativo ou legislativo deixa de existir na seara jurídica. A doutrina também é uniforme ao concluir que decisão da Mais Alta Instância não comporta execução, produzindo efeitos imediatos. Proferido *decisum* pela maioria absoluta dos membros do Supremo, cabe ao Senado, no método difuso, suspender a execução total ou parcial de lei ou ato normativo federal.

Parte da Doutrina entende que a função do Senado é tornar pública a decisão do Tribunal levando a todos o conhecimento da decisão. Tal entendimento, *data venia*, não é aceitável, porque a decisão da Suprema Corte é de conhecimento geral, e seria supérflua, nesse sentido, a providência do Senado.

Buzaid lembra que os efeitos do julgado, referindo-se ao controle *in concreto*, valem *inter partes*, não se estendendo *erga omnes*¹⁸. Assim, a suspensão de sua execução tem o efeito de "*cassar-lhe definitivamente a execução*".¹⁹ Por conseqüência, a lei deixa de ser obrigatória, alcançando efeitos *erga omnes*.

Esposando pensar símile o professor Sálvio de Figueiredo Teixeira leciona que, *Verbis*:

"Segundo entendemos, o Senado fica vinculado à decisão proferida pelo Judiciário, não podendo o mesmo

18 op. cit. pág. 87.

19 op. cit. pág. 88.

atentar para conveniências políticas em tal conjuntura, omitindo-se, haja vista que a lei não lhe deu essa faculdade, que seria esdruxulamente ampliadora e contraditória, levando-se em conta que o colimado foi atribuir ao legislativo o resguardo das formalidades no processo da invalidade".²⁰

O Senado, portanto, não revoga a lei ou o ato viciado, como pode parecer, mas apenas suspende-lhe a eficácia. Compete-lhe o exame da ocorrência dos pressupostos constitucionais para declaração da inconstitucionalidade. Conforme a lição de Buzaid: "ocorrendo todos os requisitos legais, não pode o Senado recusar a suspensão, ainda sob a alegação de que a lei deva ser mantida por necessária ao bem-estar do povo, ou à defesa do interesse nacional".²¹

Esposando tese diametralmente oposta o professor e deputado federal Michel Temer leciona:

"O Senado não está obrigado a suspender a execução da lei na mesma extensão da declaração efetivada pelo STF".²²

Não é demais acentuar que essas observações são pertinentes ao controle *in concreto*, no qual o tema da inconstitucionalidade é questão incidental, analisada como preliminar de mérito e produzindo efeitos *inter partes*.

5.3. Controle Misto, Simultâneo ou Eclético

Denomina-se de Misto ou Eclético o sistema de controle da Constitucionalidade que conjugou elementos

20 Citação extraída de artigo da lavra o professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, publicado na Revista da Esmape-Recife - V. 2 nº 4 - p. 406 - abr./jun. 1997.

21 *op. cit.* pág. 89.

22 *In*: "Elementos de Direito Constitucional", 10 ed. Malheiros Editores, p. 47.

do Político e do Jurisdicional. O maior modelo deste sistema foi o implantado em Portugal com a Constituição de 1976 que perdurou até a revisão de 1982. No Sistema Misto português, na primeira fase da Constituição de 1976, o controle político era exercido pelo Conselho da Revolução, cuja função primordial consistia em manter vivos os ideais da Revolução dos Cravos, 1974. Em determinados casos o Conselho era secundado pela Comissão Constitucional, composta por juizes de profissão (togados e de carreira). Existia uma duplicidade de órgãos, um de natureza política e outro de natureza jurisdicional.

Esse sistema, em síntese, é formado pela fusão de duas tradições constitucionais: dum lado a tradição americana do "Judicial review"; e do outro a tradição contemporânea européia duma justiça e duma jurisdição constitucional autônomas.

A aceitação de um Sistema Misto implica na aceitação da idéia de inconstitucionalidades diversas: a) em *abstrato* ou em *tese*, quando a norma por si só não guarda conformidade à Constituição, independentemente do modo de aplicação; b) e em *concreto*, quando na aplicação de uma lei a um caso real se observa a sua inconstitucionalidade.

No controle abstrato (típico do método concentrado) o tribunal se limita à discussão sobre a Constitucionalidade ou não da norma, sem qualquer outro conflito ou interesse particular. Trata-se da análise da lei em tese, independente do caso concreto. Constatada a inconstitucionalidades, o ato é expurgado do mundo jurídico.

Já no segundo, somente um determinado tipo de aplicação da norma é que deve ser considerando inconstitucional, não havendo, pois, necessidade se eliminar a norma da seara jurídica.

6. Controle de Constitucionalidade de Leis Municipais

O controle da Constitucionalidade nasceu de forma tímida, permitindo, de início, tão-só, a declaração do vício da inconstitucionalidade das leis ou atos federais: só com a Constituição de 1934, passou-se a estender tal controle à lei e aos atos estaduais, o que permanece até hoje. Não houve qualquer preocupação com o Controle de Constitucionalidade de Lei Municipal em face da influência norte-americana até hoje tão arraigada entre nós. Portanto, não se admite em nosso ordenamento o controle direto dos atos legislativos ou normativos municipais. Tal proceder tem razão prática de ser, pois do contrário o Supremo viveria mais abarrotado do que já vive e seria praticamente uma Corte de análise dos atos municipais, o que não se coaduna com a sua essência. Esse pensar foi positivado no art. 102, I "a" da Carta Federal de 1988.

A Constituição Vigente, ao largo das alterações introduzidas, mantendo o tradicional Sistema Misto²³, conferiu competência aos Tribunais de Justiça para julgar ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal e atos normativos que contrariem à Constituição Estadual.²⁴ Tal competência é restrita ao exame da Constitucionalidade de lei municipal ou estadual que se apresente incompatível com os *princípios sensíveis* postos na Constituição Estadual. E esta, por comando constitucional, terá de observar os princípios da Magna Carta. Tal se deu,

23 A maioria da doutrina nacional entende ser este o Sistema adotado pelo Brasil; no entanto, há vezes, como a de José Afonso, que entendem ser o Jurisdicional.

24 "Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º. A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

§ 2º. Cabe aos Estados a instituição de representação de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a criação da legitimação para agir a um só órgão".

porque seria simplesmente impossível se atribuir a um único tribunal o encargo de processar e julgar de, aproximadamente, cinco mil Municípios, todos os pleitos de inconstitucionalidade ventilados.

São reservadas aos Estados, através de suas Constituições, as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição, observados os princípios constitucionais.

Essa competência só pode ser fixada para aquelas situações em que a lei municipal atinge a Constituição Estadual em sua normatividade autônoma, isto é, na adoção de regras constitucionais estabelecidas fora do campo regrado pela Constituição Federal. O Tribunal de Justiça, por conseguinte, não tem competência para efetuar tal controle em face da Carta Magna. Se assim não fosse, estar-se-ia burlando o Texto Magno Federal que afasta a possibilidade de controle direto dos atos municipais em face da Constituição Federal, por impossibilidade jurídica do pedido. Admite-se, no entanto, o controle de tais atos em face da Carta Federal por via indireta, pelo método difuso, chegando às portas da Suprema Corte Brasileira pela via do Recurso Extraordinário.

Questão interessante surge quando uma lei estadual ou municipal viola texto da Constituição Estadual, que reproduz, no todo ou em parte, norma contida na Constituição Federal (*norma de repetição*). Precedente do Pretório excelso admite o julgamento ante o Tribunal de Justiça, sob o enfoque da lei estadual, com Recurso Extraordinário para o Supremo, se no julgamento houver violação à Constituição Federal. Se assim não fosse, correr-se-ia o risco do Tribunal de Justiça firmar entendimento em matéria constitucional privativa do Pretório Excelso.

Outrossim, não há proibição para se admitir no âmbito da competência do Tribunal de Justiça a

competência para declaração de inconstitucionalidade por omissão legislativa.²⁵

O professor José Afonso da Silva leciona que "O constituinte não admitiu qualquer espécie de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em conflito com a Constituição Federal. Continua, pois, a não haver tal tipo de ação direta, com remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal decidiu à vista do regime anterior ao de 1988. Havendo impossibilidade jurídica de ação direta de inconstitucionalidade genérica de lei ou ato municipal, em face da Constituição Federal, a consequência lógica é que ninguém tem legitimação para intentá-la, e Tribunal algum tem competência para processá-la e julgá-la, mesmo quando o dispositivo de Constituição Estadual o prescreva, pois trata-se de prescrição ofensiva à Carta Magna da República e, assim, deve ser declarado pelo Tribunal de Justiça a que é dirigida. A impossibilidade jurídica do pedido gera a carência da ação".²⁶ Não há, portanto, ação direta de inconstitucionalidade de lei ato normativo municipal frente à Constituição Federal.

A Constituição do Estado de Pernambuco (no seu Art. 61, I, "l") atribuiu ao Tribunal de Justiça originariamente o resguardo do seu texto contra investidas afrontosas de leis ou atos normativos estaduais e municipais; bem como, das leis ou atos municipais contra sua respectiva Lei Orgânica, o que poderá causar um inchaço do Tribunal.

Por fim, faz-se mister destacar que todos os sistemas expostos guardam, entre si, um elo comum: o resguardo

da unidade federativa gerada pela Constituição. Neste diapasão, pode-se dizer que o Brasil coligiu o que há de melhor na doutrina sobre o tema, tendo como corolário a proteção do "Estado de Direito", e, por via de consequência, do cidadão.

Referências Bibliográficas

- ARAÚJO, Jackson Borges de. "O Controle Judicial da (In)Constitucionalidade da Emenda à Constituição". INOJOSA Editores, 1995.
- DELGADO, Min. José Augusto. "O Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais". In BDM - Boletim de Direito Municipal - novembro. 1994.
- _____ "A lei Inconstitucional e a sua Caracterização", in BDM - Boletim de Direito Municipal - agosto 1995.
- GRECO Filho, Vicente. "Direito Processual Civil Brasileiro", V. 2, 2ª Edição. Saraiva, pág. 339, 1995.
- LOBATO, Anderson Cavalcante. "Para uma nova compreensão do sistema misto de Controle de Constitucionalidade: A aceitação do controle Preventivo" Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, Revista dos Tribunais, pág. 35/46.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O Novo Processo Civil Brasileiro". 17 edição, Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- SILVA da, José Afonso. "Curso de Direito Constitucional Positivo". 12 edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1997.
- REIS, Palhares Moreira. "O Controle da Constitucionalidade das Leis pelo Supremo Tribunal Federal 1988". Recife, Anuário do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Recife nº 05, pág. 257 e segs., 1992.
- ROSA, Des. Antonio José M. Feu. "Inconstitucionalidade de Leis Municipais". ADCOAS doutrina pág. 87/89, 1995.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "Código de Processo Civil Anotado". 5ª edição. São Paulo, Saraiva, 1993.
- TEMER, Michel. "Elementos de Direito Constitucional". 10 edição, São Paulo, Malheiros Editores.
- THOEDÓSIO, Walter. "Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei". São Paulo, Justitia, 44 (118): 97-125, jul./set. 1982.
- VELLOSO, Min. Carlos Mário da Silva. "Temas de Direito Público". Belo Horizonte, Livraria Del Rey, 1994.

25 Ocorre tal declaração por se tratar de direitos individuais. Assim, toda vez que a lei fixa sua eficácia de forma contida, tratando-se de direito regrado pelo Art. 5º da Constituição Federal, deve o legislador priorizar a feitura dessa norma.

26 Trecho de parecer apresentado à Câmara municipal de São Paulo e extraído de referência feita pelo Min. José Augusto Delgado no artigo sobre "O Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais".

CONSTITUIÇÃO, INTERPRETAÇÃO, COSTUME

José de Moura Rocha

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professor titular dos cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife.

(* 02/10/1924)

(+ 03/04/1998)

SUMÁRIO

1. Notícia introdutória. 2. Fontes. 3. Costume. 4. Ligeira digressão. 5. O Costume e a ordem constitucional. Lição brasileira. 6. Notas. 7. Bibliografia.

A admiração pelos que fizeram a Faculdade de Direito do Recife leva-nos a homenagear este anônimo – “Um Professor” – quando somos tentados a escrever sobre a Interpretação Jurídica Constitucional, em especial.

Pouco conhecido é um livrinho, pouco conhecido mesmo, intitulado “Apontamentos de Direito Constitucional” sendo o seu autor, simplesmente, “Um professor” [apesar dos esforços feitos não conseguimos identificá-lo] e publicado em Pernambuco nos idos de 1883 pela Livraria Francesa de J. W. de Medeiros.

É um “livrinho” que se incorpora a tantos outros e a indicar a pujança intelectual da Faculdade de Direito do Recife. Ai, lições de Direito Constitucional seguem-se com enorme precisão e, não poucas vezes, como verdadeiras antecipações científicas. Evidente que tudo isto ocorrendo sob o enfoque da época Imperial de quando foi escrito.

Com este trabalho queremos prestar homenagem a este “Um professor”; e destacamos como tema central o problema da interpretação constitucional costume. Diga-se, de logo, sem qualquer pretensão de sistematizar.

Saltando dos dias do Império do Brasil para os nossos dias republicanos nos apercebemos de como é complexa e difícil a questão apontada; principalmente nos termos a que nos propomos: comparativamente.

1. Notícia introdutória

Ponto alto a nos chamar atenção é a ênfase com que o mestre recifense apresenta a Monarquia; lógica e certamente o faz sob enfoque político próprio e dominante à época. Inicialmente, portanto, cumpre-nos destacar palavras suas ao proclamar a função peculiar devida à Monarquia Constitucional. Lembra-nos que *"A monarquia constitucional não cria a razão, nem o espírito empreendedor, nem as ciências, nem as artes, nem as indústrias, nem as virtudes religiosas e sociais. Faz somente que o espírito e a atividade dos cidadãos não sejam comprimidos e obstados, não fiquem inativos e infecundos; dá-lhes liberdade de promover todos os progressos. Mas não é obra sua, se não dos cidadãos, o estado econômico, moral e intelectual do país."* [p.10]

E em torno destes elementos ou premissas (sob visão político) desenvolvem-se os Apontamentos. Quanto a nós, podemos dizer, certamente, ser este o campo a ser trabalhado.

Entre outros fatores, o fator político é importantíssimo na interpretação constitucional. Em trabalho recente sobre tão palpitante tema, destaca *Uadi Lammêgo Bulos* (1) ensinamento de Carmelo Carbone para quem: "O fator político é importante, senão fundamental, pois ajuda a definir o conteúdo dos princípios constitucionais, que são exercidos dentro das linhas mestras do regime político, ajustando o interesse público ao sentimento da coletividade". Seguidamente assinala o nosso autor que "... ao interpretar as normas constitucionais pelo ângulo político, leva-se em conta mais do que o sentido e a significação das palavras sacadas da linguagem prescritiva do legislador constituinte. Deve-se considerar a *ideologia* ou os *valores políticos* que inspiram e corporificam os conteúdos normados."

Na verdade, respeitando os momentos vividos e substituindo a linha monárquica, (encontrada em forma mais do que evidente nos ensinamentos do nosso homenageado professor) pela linha do moderno constitucionalismo não nos encontraremos muito longe do que pretende o chamado moderno Estado Democrático de Direito.

Saltando aos nossos dias tomemos, a título de exemplificação, entendimento de *João Maurício Adeodato* (2) ao estudar bem recentemente *"A 'concretização constitucional' de Friedrich Müller"*. Não nos será difícil encontrar alguma similitude nas doutrinas dos autores apontados. Assim, com palavras suas (João Maurício): "Observa-se, nas Constituições escritas contemporâneas, a freqüente ocorrência das chamadas normas programáticas, apenas para dar um exemplo, aquelas que fixam princípios éticos, políticos, sociais, normas não auto-aplicáveis, que dependem de outras para se viabilizarem, elám daquelas que, *sobretudo nos países subdesenvolvidos, têm a função estratégica de fazer crer que funcionam*". [Preferimos deixar ao largo esta parte sublinhada por merecerem meditação de outras ordens]. Não será difícil nem complicado sentirem-se tendências que se identificam apesar da pureza política da Constituição do Império e do caráter altamente pragmático, como lembra *João Maurício Adeodato* linhas acima.

Não é possível negar ser o conteúdo destes princípios éticos, políticos e sociais coincidentes com o que é criado pela Monarquia Constitucional no sentido de que tanto o espírito quanto a atividade dos cidadãos *não fiquem inativos e infecundos*. A Monarquia Constitucional dá-lhes *liberdade de promover todos os progressos*.

Nada mais razoável e lógico serem diferentes as formas de apresentação da matéria pela Monarquia Constitucional e pelo sistema Republicano.

Um outro aspecto há a considerar. Escrevia o nosso "Um professor" escondido no anonimato, mas com maestria que "O poder público, motor do bem social, pertence substancialmente aos cidadãos; somos nós mesmos que administramos o município, a província, o Estado, as finanças, as escolas, as obras pias." [p.10]

Lição magistral é encontrada aí. Sente-se existir na linha de pensamento d' "Um professor" a fuga à *subsunção* em direção ao *casuísmo*. Posição lógica, sendo bastante para a sua compreensibilidade encarar a filosofia política inerente aos Estados Monárquicos.

Nos nossos sistemas contemporâneos é de perguntar: a tônica seria posta em outros termos? Tomemos ao excelente trabalho de João Maurício Adeodato (3) ao destacar haver Friedrich Müller [entre outros autores] assumido este novel posicionamento. Note-se: depois de apresentar a posição silogística aponta "A perspectiva casuística". Esta "mais céptica, parte do princípio de que a norma geral não produz a decisão..." e mais: "Para Müller, o texto é apenas 'dado de entrada' na efetiva elaboração da norma. Não só a norma do caso concreto é construída a partir do caso, mas também a norma aparentemente genérica e abstrata". Ainda acentua João Maurício Adeodato que no pensamento de Müller "A interpretação aplicadora tradicional é apenas um dos aspectos da concretização normativa", acrescentando adiante: "O que Müller e aliás todos queremos é 'acentuar a equívocidade semântica dos textos constitucionais', legais, jurisprudenciais', quaisquer textos que sejam". É mais: "Müller separa o **dado** lingüístico, a Constituição textual, do procedimento lingüístico, a concretização: já que todos os conceitos são vagos a concretização é um conceito procedimental e operacional, significando uma **construção** da realidade jurídica."

Evidente que não é possível trabalhar em termos tão modernos lá no longínquo 1885; mas não podemos negar uma identidade bem acentuada de todo este modernismo encontrado nas palavras no nosso professor e apresentadas ao início deste trabalho: "A monarquia constitucional... Faz somente que o espírito e a atividade dos cidadãos não sejam comprimidos e obstados, não fiquem inativos e infecundos;..." A que nos leva estas palavras? Cairmos no costume constitucional.

No mundo jurídico, constitucional principalmente, a evolução, talvez melhor dizer, as transformações no entendimento de seu conteúdo são imensas. Para melhor conhecimento do que ocorre nos nossos dias nesta árdua área do constitucionalismo, mister a sua fixação. Vejamos o problema posto em termos de costume.

Nos idos de 1883... Poderia o nosso "Um professor" ir além daqueles elementos interpretativos apresentados? Parece-nos que não. Para concluirmos assim é bastante a apreciação mais detalhada do problema e se, por exemplo, saltamos à problemática francesa tomando este referido costume constitucional como referência o que se nos oferece? Destaquemos ensinamentos de Marcel Prélot et Jean Boulouis (4) no sentido de que, na realidade, o problema do costume constitucional deve ser colocado, não em termos contraditórios de direito escrito e direito costumeiro, mas em termos que conjuguem estas duas fontes do direito constitucional. Dão-lhe apoio, entre outros, Koulicher; D. Lévy; St. Rials. Note-se ainda a lição de Prélot et Boulouis de serem, à época, as leis constitucionais escritas (lá pelo século XIX) particularmente breves e, não poucas vezes, ambíguas.

Acreditamos, por tudo isto, ser bem oportuno chamar à colação pensamento de Piero Calamandrei que já tivemos oportunidade de apresentar em trabalho nosso (5) quando tecemos considerações sobre a vigente Consti-

tuição de 1988. Nesta ocasião, depois de assinalar que a Constituição não basta por si só, escrevemos: "Calamandrei, tratando do que é uma Constituição quando da conclusão dos trabalhos da Assembléia Constituinte Italiana, em 1948, depois de afirmar poder ter a Constituição uma "eficácia educativa" e quase "pedagógica", destacava que ela podia servir "de estímulo e de guia às forças políticas. Em sendo assim, as normas constitucionais possuem caráter puramente tendencial". Adiante, encerrava *Calamandrei* as suas considerações afirmando que "se o povo sabe querer civilmente, poderá acompanhá-la, sem renunciar à liberdade, até a justiça social".

Por todas estas razões entendemos o ensinamento do nosso "Um Professor" para quem o direito constitucional consistia n' "a ordenação da soberania ou dos poderes públicos do Estado, e da liberdade dos cidadãos" a que poderíamos acrescentar: tudo numa linha "tendencial" com eficácia educativa, quase pedagógica. Para tanto basta observar a natureza dos atos de interpretação mesmo que o faça em simples vôo de pássaro.

No tocante à interpretação recorde-se haver quem a aponte como *ato de conhecimento*, de natureza científica (em entendimento da linha do positivismo clássico). Consiste em descobrir o *sentido de um texto* para se poder aplicar ou utilizar qualquer dos *métodos de interpretação*. É *objetivo* por ser imanente ao conteúdo do texto. Os seus princípios serão encontrados no mundo exterior do intérprete que indagará sobre as relações entre a interpretação e as doutrinas sobre a natureza do direito havendo quem vislumbre algum valor sociológico. (6)

Em sentido diverso há quem aponte a interpretação como *ato de vontade* (subjetivo). Assim, *M. Troper* (7) reconhece curiosamente haver um poder arbitrário conferido ao intérprete na definição e na escolha das regras de interpretação. Basta atentar para título de trabalho seu:

"*Nécessité fait loi: réflexions sur la coutume constitutionnelle*" subordinando o uso do costume constitucional à uma série de reflexões fruto de discordância de comportamento não somente doutrinário como jurisprudencial. Haveria a prática, no entendimento de *Carbonnier*, de verdadeiro "*éclectisme tactique*".(8) No caso não existe norma a conhecer pois o intérprete cria o sentido ou a natureza a ser atribuída ao texto. (Adiante veremos orientações de autores como Perelman, Hart, Dworkin a que poderíamos ampliar com Kelsen, Viehweg Habermas, Maynez...)

Observação oportuna e importante será oferecida no sentido de não significar tudo isto a revogação ou a superação do método silogístico quando as premissas (maior e menor) geram uma conclusão. O que realmente existe é a fuga a uma rigidez, podemos dizer pétrea, à dogmática. Tal é absolutamente normal e surge como conseqüência das transformações sofridas pela sociedade.

Na linha aristotélica pode-se apontar a *tópica*. Aí se procura descobrir algo mais razoável para a resolução do caso jurídico; desde que seja problema concreto. Indispensável para a sua compreensão é o trabalho de *Theodor Viehweg* intitulado "*Tópica e Jurisprudência*".

Mas na linha evolutiva do problema interpretativo deve-se ir adiante. Assim, também é oportuno lembrar que foi o inglês *John Austin* quem, primeiramente, colocou o problema dos conceitos jurídicos fundamentais. Em ensaio intitulado *Uses of the Study of Jurisprudence* defende a tese de ser o tema central da jurisprudência, em qualquer dos seus ramos, o direito positivo. Para ele além da existência de princípios, conceitos e distinções comuns aos vários sistemas jurídicos existem diferenciações características e específicas a cada um deles, tomado isoladamente. Por causa disto é que surge uma *Jurisprudence General* ao lado daquela que será *particular* ou *nacional*.

Estas observações são esclarecedoras do momento atual e predominante da hermenêutica jurídica. Evidente que não podiam faltar.

Pela ênfase dada às fontes a par dos costumes (conforme veremos adiante) no processo de interpretação, acreditamos que esta linha, dita "casuística", foi não somente apresentada como foi admitida pelo mestre do Recife em pleno período monárquico.

Partindo-se destes elementos (casuisticamente falando) e guardando, como é evidente, as devidas proporções principalmente quanto ao seu aprofundamento, vamos nos deparar com o nosso "Um professor" desenvolvendo teses das mais interessantes e, entre elas, destacamos o interesse conferido ao COSTUME [como fonte] na área do direito constitucional. As surpresas não serão poucas.

Talvez possamos dizer: **nada de novo sob o sol.**

2. Fontes

O nosso "Um professor" nos seus "Apontamentos de direito constitucional" trata, especificamente, das fontes do direito constitucional. Normal que considere a problemática sendo posta em termos da realidade político-jurídica da sua época tal como temos destacado. Aponta ele como fontes [21]:

1º) A carta de lei de 25 de março de 1824 (contendo a Constituição Política do Império);

2º) A lei das reformas constitucionais de 12 de agosto de 1834, ou Ato Adicional à Constituição;

3º) "Leis que explicam, interpretam e desenvolvem os princípios da Constituição (como a de 12 de agosto de 1840, interpretando alguns artigos da reforma constitucional, a de 15 de outubro de 1827, relativa à responsabilidade dos ministros conselheiros de Estado; a de 14 de junho de 1831, marcando as atribuições do Regente", entre outras.

4º) Este nº 4 foge da linha, digamos, legislativa. Por isso atentemos com muito cuidado este número 4º principalmente quanto às chamadas *manifestações da razão nacional*. Destaca que "*O direito constitucional recebe também importante subsídio das manifestações da razão nacional, ainda que privadas de caráter legal*" [21]. Como já acentuamos, o conteúdo deste nº 4 é merecedor de especial atenção. São palavras do nosso homenageado: "*Entre as manifestações autorizadas da razão nacional ocupa eminente lugar os tratados e os escritos dos publicistas doutos, em outros termos a CIÊNCIA, a qual ora reconhece e reforça o direito existente, ora lhe explica as razões e esclarece-lhe as obscuridades e incertezas, ora o coordena, ora, finalmente, "descobre as suas lacunas e propõe os melhoramentos reclamados pelo progresso das idéias e pela consciência nacional"* [22]

Muito tempo passou. A ciência do direito ampliou o seu campo de atuação e, paralelamente, a sociedade evoluiu mui rapidamente. Destarte, passemos a um outro ponto assinalado pelo nosso "professor", o envolvente dos princípios gerais, e saltemos a um outro autor, importante e moderno: *Chaim Perelman*.

Parte Perelman da idéia de que para o Direito "os princípios gerais não informam o que é, como acontece com a ciência, mas o que vale. E esse valor, que é determinado arbitrariamente, escapa do nosso controle. Não tem fundamento nem na Lógica, nem na realidade..." e mais, "o valor supõe uma arbitrariedade, ou seja, um princípio injustificado. Daí existirem vários, ao invés de um, sistemas de justiça..." conforme nos é apresentado por *Margarida Camargo* (9) em trabalho intitulado "*Uma idéia de justiça apresentada por Chaim Perelman*".

Salta-se daí para o núcleo central do pensamento de Perelman: a *decisão*. Indaga *Guy Haarscher* em quais

condições se pode determinar uma posição justa racionalmente argumentável? (10)

Na apresentação como meros "apontamentos", não se há negar e piamente acreditamos, identidade com a autêntica busca das manifestações da razão nacional. Nem devemos nos descuidar do fator política. Basta se ter em conta a finalidade da CIÊNCIA que reconhece e reforça o direito existente, explica-lhe as razões e esclarece-lhe as obscuridades e incertezas, coordena-o e, finalmente, "descobre as suas lacunas e propõe os melhoramentos reclamados pelo progresso das idéias e pela consciência nacional".

Na verdade estamos bastante próximos àquela sua indagação de como fazer para se garantir a aplicação da Justiça. Também aqui podemos dizer que há a modernização das palavras porque, ontem e hoje sentimos a fuga da lógica formal (sabido ser a sua base a matemática) em direção da busca de solução embasada em juízo de valor ou, podendo acrescentar, na presença de um contraditório surgindo, conseqüentemente, uma busca de algum tipo de racionalidade que está além do que é, simplesmente, certo ou errado.

Excelente apresentação do problema é encontrado em estudo de *Margarida Maria Lacombe Camargo* (11) já lembrado sobre a idéia de justiça que nos é apresentada por *Chaim Perelman*. Salienda a autora ao oferecer posicionamento do ilustre pensador-lógico: "Após alguns anos de pesquisas realizadas com Lucie Olbretchts-Tyteca, ficou convencido da inexistência, de uma lógica específica atinente aos valores, mas da existência de técnicas de raciocínio próprias à crítica e à justificativa de opiniões, escolhas, pretensões e decisões, bem como enunciados que qualificamos habitualmente como juízos de valores."

Recordemos que para *Guy Haarscher* (12), é com a publicação do "Traité de l'argumentation", que passa

Perelman a falar mais de uma "nova dialética" que de uma "nova retórica"; na verdade temos que toda deliberação está ligada a uma argumentação e o auditório (no sentido de ser público) estende-se para se tornar um auditório universal.

Dubouchet (13) ante a problemática aí posta escreve: "À diferença da "lógica formal" não procura a verdade, mas a adesão à solução proposta". Aí a importância de "AUDITÓRIO" ao se tornar uma noção central. Na verdade, lembrando palavras de Perelman: "*un discours ne peut être efficace que s'il est adapté à l'auditoire qu'il s'agit de persuader ou de convaincre*" talvez responda ao problema da imperfeição do direito.

Destarte, os conceitos de "verdade", de "correto", de "validade" ou de "justo" serão postos em termos de "aceitável", de "equitativo", de "admissível" ou de "aceitável" o que nos levaria ao recurso dos "standards" [verdadeiros instrumentos da "administração da justiça" com a sua força criadora e pela criação de normas secundárias, tão bem estudadas por Hauriou].

Não podemos deixar de ver um início de identificação dos pensamentos orientados, de algum modo, a um *casuismo*.

Estando os números 1º, 2º e 3º sob a linha que denominamos "legislativa" não será demais oferecer a problemática posta nos nossos dias. Vejamos por exemplo, o entendimento de *Yann Aguila* (14) ao destacar que, nos nossos dias e sob perspectiva positivista admite-se que "o fundamento da validade de uma regra encontra-se na validade de uma regra superior. Tal é a conseqüência da teoria da "construction du droit par degré" de *Merkl*." Em sendo assim, a validade da constituição pode "repousar" a) sobre valores; b) sobre fatos; c) sobre uma norma hipotética.

Os valores ocupam posição notadamente jusnaturalista quando os princípios morais são impostos ao constituinte. Estes princípios morais são eles mesmos, portadores de caráter jurídico porque, na verdade, a validade da Constituição resulta da conformidade de seu conteúdo ao direito (natural) por exemplo.

Os fatos – estamos frente ao positivismo que nos leva, em última análise, a considerar o direito repousando sobre fatos. Nem se pode negar que, na prática, a edição de uma Constituição funda-se, ou sobre um ato de força, ou sobre a sua aceitação pelo povo. O que não se pode negar é que a validade das regras constitucionais decorre da sua eficácia real.

A amplitude conferida pelo nosso professor à ciência reconhecendo ou reforçando o direito existente; explicando as razões, esclarecendo obscuridades e incertezas, enfim tudo que é reclamado pelo progresso das idéias e pela consciência nacional nos conduz a Hart quando se sensibiliza de maneira muito especial ao problema da imperfeição do direito devido, inicialmente, ao enunciado lingüístico geradora de autêntica e inexecúvel “*crise de comunicação*”. O juiz, na verdade, retira da norma nada mais, nada menos, aquilo que aí está *latente*.

Recordemos que foi John Austin quem, primeiramente e com bastante clareza enfrentou os problemas dos conceitos jurídicos fundamentais em estudo intitulado *Uses of the Study of Jurisprudence*. Aí, depois de defender a tese de que todos os temas da ciência da *Jurisprudence* e em qualquer dos seus ramos tem como base o estudo do direito positivo porque, na verdade, se todo sistema jurídico tem suas diferenciações que lhe são características e específicas, não se pode negar a existência de conceitos, princípios e distinções constituindo o objeto do que denominou *Jurisprudence General*. Ressalta Eduardo Garcia Maynez (15) “que o autor britânico distingue do particular o nacional de cada país”.

Por outro lado Rudolf Stammler defendia a necessidade de uma doutrina das formas jurídicas. Partindo deste pensamento defendia a necessidade de serem estabelecidos princípios e verdades incondicionais e absolutas.

Distante do linguajar moderno, ou melhor, contemporâneo, mesmo assim não nos é permitido desconhecer validade nos ensinamentos de “Um professor” ao destacar manifestações de “razão nacional”.

A hipótese. A constituição funda-se sobre uma hipótese.

Modernamente podemos exemplificar apontando a linha do normativismo kelseniano: a validade da constituição está fundada numa norma fundamental hipotética que preceitua partindo do seguinte preceito; o fato deve obedecer à constituição. A partir daí será a interpretação autêntica ou não autêntica determinando que não se confundam as normas jurídicas com as regras ou proposições jurídicas.

Ou diferenciando-se de Kelsen, podemos dizer com Paul Dubouchet (16) ao considerar o pensamento de Hart que “a regra de direito não tira sua validade de seu caráter lógico que a liga à ordem jurídica, mas também e sobretudo, de seus caracteres psicológicos e sociológicos pelos quais ela aparece como modelo de comportamento aceitos pelos indivíduos”.

Kelsen falaria em hierarquia; a ser substituída, segundo Hart numa como quê *circulatoriedade*.

Saltemos para um outro moderno, Dworkin..

Ao tratar da “Controvérsia Constitucional” busca Dworkin referência à história do direito como método de interpretação; opõe-se veementemente ao método subjetivo (de interpretação) e aponta sua preferência a recair em teoria de método objetivo, a chamada “*integração constitucional*”.(17)

Há uma exigência de coerência do direito. Partindo-se daí, nem mesmo os casos difíceis tornam possível uma vontade arbitrária. Dworkin e com ele Hart chamariam *hard cases* quer dizer, naquela zona de penumbra ou obscuridade "que resiste à estrita aplicação do universal ao particular" e "um problema de *decisão* se posiciona" a que indaga Guy Haarscher se é possível "produzir uma justificação racional à distinção entre distinção inessencial e essencial?" (18)

3. Costume

Tornemos ao nosso "Um professor".

Desenvolvendo seu pensamento e indo adiante, chama a atenção para outras manifestações existentes em torno de *fontes* destacando que "Além dos indicados modos, a consciência e a razão nacionais se manifestam ainda de um modo notável pelos costumes." [22]

Referindo-se, em especial, aos costumes lembra ser muito conhecida a velha máxima: "*longa consuetudo pro lege habetur* e que *lex est constitutio scripta, mos est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta*" a que acrescenta: "*O costume é, com efeito, uma espontânea e verídica manifestação do sentimento nacional, é a voz da natureza civil de um povo, é como uma lei instintiva da sociedade.*" [22]

Nem podia ser de outra maneira. Certamente, é aí onde se encontra o ponto inicial a qualquer desenvolvimento pretendido e a propósito do tema apontado.

Normal que assim acontecesse vez que no momento histórico de monarquia brasileira não podia ser outra a forma de expressão do mestre do Recife. Parece-nos haver nas suas palavras um como que entendimento que posto modernamente, nos encaminha aos autores mais autorizados e modernos.

Como entender estas *manifestações da razão nacional*?

Não se negar certa similitude do apontado pelo nosso homenageado com o pensamento mais moderno do constitucionalismo.

Recentemente escreveu Paul Ricoeur que interpretar é "*Dizer alguma coisa de alguma coisa*" (lembra-nos Yann Aguila) (19) para acentuar que o pensamento jurídico contemporâneo apresenta o direito como uma linguagem e o faz com excelente aceitação. Reencontra-se, então, no direito o problema clássico da interpretação dos textos. Observe-se que surgiu nos Estados Unidos uma renovação da filosofia do direito a partir de uma analogia entre textos literários, religiosos e jurídicos. Observa Yann Aguila com bastante propriedade constituir tudo isto o "*tournant interprétatif*". Na verdade uma reviravolta indiscutível apesar de não serem poucos os desentendimentos.

Indagação importante é encontrada ao se questionar: identifica-se a interpretação das normas constitucionais com a interpretação das leis ordinárias? Parece-nos ser evidente que não, e isto devido ao fato de não ser possível, a ela – norma de constituição – assimilar alguma outra norma. Não nos esqueçamos ser a Constituição a suprema e última regra jurídica.

Certamente faltou ao nosso "Um Professor" intuição maior, capaz de distinguir as normas constitucionais das normas de direito público e de igual forma de direito privado, intuição esta que bem mais tarde, podemos dizer assim, iríamos encontrar nos ensinamentos de Mauro Cappelletti. São eles encontrados no *COURS CONSTITUTIONNELLES EUROPÉENNES ET DROITS FONDAMENTAUX* (20) (apresentado quando do Colloque d'Aix-en-Provence, em 1982). Nesta oportunidade escreve o ilustre mestre italiano: "A interpretação mesma das normas constitucionais, e especialmente o

núcleo central delas que é a declaração dos direitos fundamentais ou BILL OF RIGHTS, é normalmente mais diferente da interpretação das leis ordinárias" a que acrescenta feliz observação: "Ela busca uma aproximação que se conjuga mal com a tradicional "fraqueza e timidez" do modelo continental".

Tudo isto torna impossível discutir a validade do ensinamento de *Delpérée* (21) no sentido de que "*à l'originalité de la Constitution répond la spécificité de son interprétation*". Por quê? por ser, parece-nos, conforme apresentamos acima, a última regra referencial e suprema. Mesmo simpatizando com a tese oferecida por *Delpérée* devemos lembrar não haver sobre ela uma grande maioria de opiniões quando prevalece orientação no sentido de não existir nas relações nacionais alguma diferença de método, isto a aceitar posicionamento de *Cueto-Rua* (22) "*L'interprétation par le juge des règles écrites*" quando "o sentido geral das relações parece implicar que não existe nenhuma diferença de método".

Insistindo no assunto e tendo por fulcro o costume, devemos advertir não ser razoável qualquer radicalização a propósito da matéria. Certamente é por causa de tudo isto que podemos e devemos meditar com *Koulicher* (23) sobre o conteúdo de trabalho intitulado *La multiplicité des sources en droit constitutionnel* no sentido de que o costume constitucional não deve ser posto em termos opostos, exemplificando, em termos de direito escrito e de direito costumeiro, mas em termos que conjuguem estes dois direitos. Não se podendo vê-lo senão como "uma espontânea e verídica manifestação do sentimento nacional" acrescente-se mais ainda: sendo "*voz da natureza civil de um povo*" normal que não se limitasse a constituição ao direito escrito ou ao direito costumeiro.

Quando procuramos trazer o pensamento de "Um Professor", pensamento vivido há mais de cento e

cinquenta anos, necessário se faz considerar algumas influências. Por isso, atentando-se àquelas que nos eram comuns, principalmente na área do direito público, surge um segundo enfoque que não pode nem deve ser desconsiderado: a influência do direito inglês (é como se abrissemos parêntesis).

Tornando aos "Apontamentos" observamos que o nosso professor ao longo de todo o seu trabalho não deixa, em nenhum momento, de reconhecer e proclamar grandeza do direito inglês e lembra publicista alemão que advertia "*que o direito político inglês é para a vida constitucional das nações modernas, o que o direito romano é para as relações da vida privada dos cidadãos*". [23] Explica-se esta conotação pela influência, à época, do direito público inglês que chegou a sobrepor-se ao direito Continental, em especial o francês.

Nos nossos dias, como já salientamos, o problema é posto em termos de se diferenciarem os métodos próprios à interpretação de regras constitucionais daquelas outras regras de direito público ou privado. Conforme já salientamos não são poucas as controvérsias ou posicionamentos a propósito.

Partindo daí encontramos *Dominique Turpin* (24) destacando que no "interior" de uma norma constitucional dada, os poderes públicos podem observar umas certas práticas que suprem lacunas ou interpretam ambigüidade de texto. São palavras suas "... sem se considerar (as normas) como juridicamente obrigatórias, mesmo se são utilizadas de forma repetitiva" a que acrescenta: "A esses 'usos' deve ser assimilado o 'não uso' de uma disposição, ou 'desuso'... o que não implica que desapareça da ordem jurídica, mas devem ser opostas às violações caracterizadas de Constituição".

Insistindo nestas considerações devemos atentar aos ensinamentos de *Gicquel* (25) no sentido de que "As

núcleo central delas que é a declaração dos direitos fundamentais ou BILL OF RIGHTS, é normalmente mais diferente da interpretação das leis ordinárias” a que acrescenta feliz observação: “Ela busca uma aproximação que se conjuga mal com a tradicional “fraqueza e timidez” do modelo continental”.

Tudo isto torna impossível discutir a validade do ensinamento de *Delpérée* (21) no sentido de que “à l'originalité de la Constitution répond la spécificité de son interprétation”. Por quê? por ser, parece-nos, conforme apresentamos acima, a última regra referencial e suprema. Mesmo simpatizando com a tese oferecida por *Delpérée* devemos lembrar não haver sobre ela uma grande maioria de opiniões quando prevalece orientação no sentido de não existir nas relações nacionais alguma diferença de método, isto a aceitar posicionamento de *Cueto-Rua* (22) “L'interprétation par le juge des règles écrites” quando “o sentido geral das relações parece implicar que não existe nenhuma diferença de método”.

Insistindo no assunto e tendo por fulcro o costume, devemos advertir não ser razoável qualquer radicalização a propósito da matéria. Certamente é por causa de tudo isto que podemos e devemos meditar com *Koulicher* (23) sobre o conteúdo de trabalho intitulado *La multiplicité des sources en droit constitutionnel* no sentido de que o costume constitucional não deve ser posto em termos opostos, exemplificando, em termos de direito escrito e de direito costumeiro, mas em termos que conjuguem estes dois direitos. Não se podendo vê-lo senão como “uma espontânea e verídica manifestação do sentimento nacional” acrescenta-se mais ainda: sendo “voz da natureza civil de um povo” normal que não se limitasse à constituição ao direito escrito ou ao direito costumeiro.

Quando procuramos trazer o pensamento de “Um Professor”, pensamento vivido há mais de cento e

cinquenta anos, necessário se faz considerar algumas influências. Por isso, atentando-se àquelas que nos eram comuns, principalmente na área do direito público, surge um segundo enfoque que não pode nem deve ser desconsiderado: a influência do direito inglês (é como se abrissemos parêntesis).

Tornando aos “Apontamentos” observamos que o nosso professor ao longo de todo o seu trabalho não deixa, em nenhum momento, de reconhecer e proclamar grandeza do direito inglês e lembra publicista alemão que advertia “que o direito político inglês é para a vida constitucional das nações modernas, o que o direito romano é para as relações da vida privada dos cidadãos”. [23] Explica-se esta conotação pela influência, à época, do direito público inglês que chegou a sobrepor-se ao direito Continental, em especial o francês.

Nos nossos dias, como já salientamos, o problema é posto em termos de se diferenciarem os métodos próprios à interpretação de regras constitucionais daquelas outras regras de direito público ou privado. Conforme já salientamos não são poucas as controvérsias ou posicionamentos a propósito.

Partindo daí encontramos *Dominique Turpin* (24) destacando que no “interior” de uma norma constitucional dada, os poderes públicos podem observar umas certas práticas que suprem lacunas ou interpretam ambigüidade de texto. São palavras suas “... sem se considerar (as normas) como juridicamente obrigatórias, mesmo se são utilizadas de forma repetitiva” a que acrescenta: “A esses ‘usos’ deve ser assimilado o ‘não uso’ de uma disposição, ou ‘desuso’ ... o que não implica que desapareça da ordem jurídica, mas devem ser opostas às violações caracterizadas de Constituição”.

Insistindo nestas considerações devemos atentar aos ensinamentos de *Gicquel* (25) no sentido de que “As

distorções constatadas, na prática, entre o direito aplicável e o direito efetivamente aplicado coloca o problema da qualificação jurídica em situação que os distancia. Está-se na presença de um uso, de uma falsificação [FAUSSEMENT no texto], ou melhor ainda, de um costume? em resumo, então, a prática constitucional constitui uma fonte de direito?*

4. Ligeira digressão

A título de exemplificação relativamente ao costume saltemos à história onde se vai encontrar larga experiência de vivência neste assunto. Veremos, adiante, como se distancia, a linha francesa, de conscientização de rigidez inglesa. Considerações ligeiras, de ordem mais pedagógica. Exemplificação esta que se pode estender bastante:

- a) *Marcel Prélot et Jean Boulouis* (26) apreciam de maneira muito especial a problemática posta na França destacando com bastante precisão e ante uma possível, alternativa e sumária os direitos escrito e costumeiro, consideram como sendo direito constitucional de um povo as normas efetivamente seguidas durante o governo pelos poderes públicos. Constatar-se-á que sua origem é quase sempre mista. Não há constituição nem plenamente costumeira, nem completamente escrita. Exemplificam oferecendo o fato de haver a França, no *ancien régime*, possuído uma constituição.

Assinalam mais que o nome *constitutio* já é encontrado nos antigos autores e apontam P. Grégoire de Toulouse autor de *Tractatus de Republica*, 1556 e que está ligado ao problema. Paralelamente tratam de "*usages*" ou "*usances*" quanto ao estabelecimento, à transmissão e à organização da autoridade política. (Ordennance sur le domaine, dite Moulins [1565]; la déclaration de 1682 sur

les libertés de l'Église gallicane, devenue loi par un édit de la même année).

- b) Passemos à Inglaterra com a sua sempre apontada rigidez.

Estendendo a questão ao Reino-Unido (Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte) temos que o seu direito constitucional é enormemente costumeiro. Contudo, nem sempre foi assim. Basta atentar-se à Magna Carta (1215) ou à *Confirmatio Cartarum* (1227), à Petição de direitos (1628) ou ao Bill de direitos (1689) entre outros documentos.

No labirinto em que se colocou "Um professor" e para uma sua melhor compreensão, evitando-se dúvidas, mister fixar a significação de alguns termos:

Que são *usages*?

Simple práticas que "não provêm nem de uma decisão legislativa, nem de uma decisão judiciária" (de justice) conforme ensinamentos dos já lembrados *Prélot et Boulouis* (27) e lembram haver *Dicey*, na sua Introdução ao Direito Constitucional, denominado "*conventions de la constitution*". Recorde-se que na Inglaterra seriam consideradas como regras jurídicas.

Que é o *common law*?

O conjunto de regras que, sem serem necessariamente inscritas em algum texto legislativo, receberam sanção de decisões da justiça.

Que são os *statute law*?

Leis ordinárias que tratam de matéria constitucional tais como as leis eleitorais.

- c) Ampliemos o problema a outros países.

Normal que não se pode condicionar estes posicionamentos, francês e inglês, aos demais Estados. Em sendo assim teremos

- a) sistemas *semi-costumeiros* e
b) sistemas *subsidiariamente costumeiros*.

(a) Quanto aos sistemas semi-costumeiros podemos oferecer como exemplo de Constituição as Leis Constitucionais de 1875, note-se: da própria República Francesa, leis extremamente breves (34 artigos passando a 24 após diversas revisões);

(b) Para o sistema subsidiariamente costumeiro o melhor exemplo é encontrado na Constituição Americana. É ela, ao mesmo tempo, escrita e rígida mas podendo ser "amendée sans amendements", quer dizer "emendada sem emendas" (em significativa expressão de *Prévoit et Boulouis*, (28) destacando que a extensão do controle de constitucionalidade não se encontra na Constituição, mas somente na interpretação dada pelo *Chief Justice Marshall*. Lembram ainda estes autores ser a matéria excelentemente apreciada por Julliard em *Le mythe de la stabilité constitutionnelle aux États-Unis*".

5. O costume e a ordem constitucional. Lição brasileira

A razão de se considerar o "costume" na ordem constitucional brasileira (melhor, na monarquia brasileira) partia do fato de não mais corresponder a lei ao desenvolvimento tanto da consciência como da razão nacional.

Como se manifestariam estes costumes?

Conforme os ensinamentos d' "Um professor" tal manifestação podia acontecer de duas maneiras. A primeira quando o costume "introduz novos direitos e deveres"; a segunda quando o costume "faz esquecer direitos e deveres preexistentes".

Considerando a primeira espécie assinalava que "As leis consuetudinárias da primeira espécie, são raras em nosso país, cuja vida constitucional ainda é curta...". Reconhecendo a sua importância assinala sob forma de exemplificação: "mas são possuidoras de uma grande ação no direito público inglês. ...".[22]

Paralelamente assinala mais, destacando que "Na Inglaterra os exemplos neste particular são numerosos. Assaz é lembrar que o bills de attainder e de impeachment estão hoje submetidos por um simples voto de desconfiança." Para trazer ao texto palavras de *Macaulay* encontradas no *ESSAY ON HORACE WALPOLE* e bastantes elucidativas no caso: "Depois da queda de *Walpole* é de prática, se não estritamente conforme a teoria de nossa constituição, considerar a perda do cargo e a reprovação pública como castigo suficiente para os erros da administração, não imputáveis a fatos pessoais de corrupção." [24]

Passando a considerar a segunda espécie de como atua o costume assinalava: "O outro modo de obrar dos costumes é por tácita abrogação. Assim sucede quando uma lei, que confere um direito, ou impõe um dever não correspondendo mais ao desenvolvimento da consciência e da razão nacionais, o direito deixa de exercitar-se, e o dever cessa de ser praticado, sem que o público se escandalize".

Após as considerações que apresentamos acima salta o nosso "Um professor" para a problemática no nosso direito constitucional. São palavras suas "Entre nós também se podem citar casos em que a rigidez literária da constituição tem ido mitigada pela prática e tolerância da razão pública. Sirvam de exemplo o motivo de salvação do Estado exigido para a dissolução da câmara pelo § 101 de nossa constituição, e o beneplácito para as constituições eclesiásticas, que não tem outro fim senão instruir a consciência dos fieis, a respeito das quais o progresso da razão pública, e a liberdade da imprensa tacitamente derogaram a amplitude da disposição do § 14 do art. 102." [24]

Apesar de longa não podemos nos furtar a oferecer sábias conclusões indicativas do seu posicionamento

avançado e coerente e que muito vale para a compreensão do problema. Vejamos:

"Se a lei é a expressão da consciência, dá razão e da vontade de um povo, qualquer que seja o modo porque essa expressão se revele, seja implicitamente por palavras, seja por fatos, ou por omissões, temos em todo caso uma lei. É verdade que as escritas tem mais clareza, mas as consuetudinárias tem mais consistência; porquanto, como observa Vico, facti ipsi probantur et diuturnitate abeunt innaturam. (De uno univ. jur. § 143)." [24]

Partindo-se destes elementos e para melhor adentrarmos no pensamento do nosso "Um professor", vejamos o problema posto nos tempos seguintes ao do mestre recifense.

Sabido que o conteúdo de uma carta constitucional dada, ante a existência de lacunas e interpretações ambíguas do seu texto possibilitam aos poderes públicos poderem observar certas práticas que não serão consideradas juridicamente obrigatórias. Originam-se, por exemplo, os *usos* e os *desusos*.

Na instabilidade política da França geradora, como é sabido por todos, das REPÚBLICAS (IIIª, IVª, Vª) encontram-se determinantes de imensa variedade de entendimentos dos institutos constitucionais. Instabilidade surgindo como sinônimo de política. Contudo, deixando de lado estas variações que, podemos dizer, de ordem política [*chose de la classe politique en conséquence de la souveraineté parlementaire* como recorda *Dominique Turpin* ao tratar da IIIª República], limitemo-nos ao problema doutrinariamente posto. Pela riqueza destes apontados entendimentos dos temas constitucionais ficamos na doutrina francesa.

Dominique Turpin (29) em *Contentieux Constitutionnel* aprecia o problema sob prisma: a) positivista, b) objetivista, c) realista quando destaca posicionamento de

vários juristas. Oferece diversas posições e juristas importantes tais como *Esmein*, *Hauriou*, *Malberg*, *Duguit* entre outros.

É ensinamento de *A. Esmein* que a Constituição "não pode jamais ser revogada a não ser por uma nova lei constitucional entregue na forma querida" nem admitia, a rigor, *la coutume interprétative*".

Nesta mesma linha nos deparamos com *Lafferrière* e *M. Hauriou*.

Tenhamos presente que é observação de *Hauriou* encontrada nos seus *Preceitos elementares de direito constitucional* que, normalmente entre os povos, antes do direito público e referentemente a uma certa ordem e a uma estabilidade de direito privado existia uma *Constituição judicial*. Só mais tarde surgiria uma *Constituição política*. E lembra que a própria origem da instituição monárquica é a justiça porque o monarca era um juiz nacional.

Não menos importante será a posição de *Carré de Malberg* para quem existe notória incompatibilidade entre estes dois termos ("Il y a incompatibilité entre ces deux termes"). A incompatibilidade entre *Constitution et coutume* torna-se evidenciada todas "as vezes que os autores são obrigados a invocar o costume"; significando isto que a este estado de coisa (costume) falta uma base jurídica. Formulação detentora de vigor e de rigor especiais porque a característica maior da constituição é ser uma lei dotada de uma força imensa. Assim, a noção de constituição não se concretiza nem se entende a não ser nessa condição. Há, conseqüentemente, uma incompatibilidade entre constituição e costume, o costume não possui a força superior que caracteriza o direito constitucional.

Destaque-se que a doutrina de *Carré de Malberg* foi formulada, com vigor e rigor particularmente veementes.

Mas, por outro lado cumpre apontar outras posições. Assim, *Leon Duguit* merece destaque especial. Posiciona-se diversamente ao que tem sido apresentado quando afirma que "o costume, assim como a lei positiva ou qualquer outra fonte de direito constata a existência de regras elas mesmo condicionadas pelos sentimentos de sociedade e de justiça e cujas mudanças podem se exprimir, se a lei escrita ou a Constituição demora a se adaptar, pelo costume."

De igual sorte temos, também merecendo destaque especial *R. Capitant* para quem: "é melhor que antes seja feita prova de realismo e de flexibilidade que se ater a uma exegese abstrata de textos às vezes totalmente desconectada da realidade de situações políticas, pois o direito positivo não é aquele posto pelo legislador, mas sim aquele efetivamente aplicado e observado".

O tratamento a ser dado ao costume mereceu especial atenção de *Marcel Prélot* et *Jean Boulouis* (30) quando trataram d' "*Le rôle constituant de la coutume*". Fizeram-no de maneira muito eloquente destacando eles que a força constituinte do costume foi freqüentemente ignorada passando ela silenciosamente e sendo até mesmo negada em nome de uma concepção exclusivamente mal de que é a constituição. Lembra mais que tal doutrina permanece, em direito puro, inteiramente indiscutível e por isso explica-se o fato de autores contemporâneos terem podido invocar tal tese em novo debate provocado pelo recurso ao referendo de revisão constitucional sob a Vª República, na França.

A esta altura se faz necessária uma pergunta que nos parece bastante importante.

Quais os elementos constitutivos do costume?

Quando se admite, a título interpretativo, seja o costume complementar ou ab-rogatório de texto constitucional, temos que este "costume constitucional"

não se distingue do simples uso, não produzindo efeitos jurídicos eventuais a não ser que possua ele um certo número de elementos constitutivos *materiais* tais como repetição, ("uma vez não é costume"), duração, constância e clareza; e *intelectuais*: *l'opinio juris* ou "sentimento de obrigação" por parte dos poderes públicos." (31)

Com referência ao costume constitucional e complementando o seu magistério, *Dominique Turpin* oferece-nos opinião de *M. Virally* no sentido de que "A aplicação de uma regra de direito supõe logicamente a anterioridade desta regra para relacioná-la aos atos de aplicação. Ou, a formulação de uma regra costumeira resulta de precedentes, quer dizer, de atos que a apliquem e continuando: "Isto explica porque os autores favoráveis à existência de um costume constitucional insistem menos sobre o "corpus" (os elementos constitutivos) deste último que sobre o *animus* ou *opinio juris*, fundado sobre uma espécie de princípio preexistente sobre o qual acordam os órgãos de aplicação da norma (poderes públicos e julgados [JUGES] constitucionais) como elemento constitutivo inicial do costume, que as repetições ulteriores não fazem [mais] que confirmar, mesmo se se pode interrogar, com *J. Combacau*, sobre "esta passagem da técnica costumeira a uma variante simples, pouco formalizada da técnica constitucional que leva até o limite a uma desnaturalização completa do processo costumeiro", com as regras oriundas e "instantaneamente do encontro da vontade e ator de um sistema jurídico, mal sustentado por uma prática reduzida a quase nada".

Saltando especificamente ao Brasil vejamos a caracterização, digamos, moderna do *costume constitucional*. Para isto nos louvamos em lições de *Anna Cândida da Cunha Ferraz* (32) quando trata das características do costume constitucional. Vamos sentir evidente fuga a entendimento, digamos sócio-político, caracterizante do pensamento d' "Um professor".

Vejamos: Pelo entendimento da professora *Anna Cândida da Cunha Ferraz* reveste-se o costume constitucional “de características próprias, que o distinguem do costume jurídico em geral. A primeira e a mais importante, resultante de sua natureza, é a de que o costume constitucional não adquire, em plenitude, a eficácia das normas constitucionais escritas. Assim, não goza do atributo formal de regra superior, de regra dotada da supremacia constitucional, inerentes às normas escritas das Constituições rígidas e por essa razão preponderantes no confronto com normas inconstitucionais.”

Parece-nos existir no magistério, como dissemos acima, de *Anna Cândida Ferraz* um sentimento de ordem mais técnico-jurídica que jurídica propriamente dita, numa subordinação da interpretação do que seja o costume constitucional o que implica, ao nosso ver em evidente minimização do “costume constitucional”. Aqui é que sentimos o significado do sentido tendencial ou pedagógico que deveria ser conferido às Constituições conforme destaca *Piero Calamandrei* relativamente à Constituição Italiana do após guerra.

Parece evidente referida minimização que bem percebemos nas linhas de *Anna Cândida da Cunha Ferraz*, apesar de larga indicação de autores, no sentido de que “Não parece, portanto, despropósito afirmar que a existência ou admissibilidade do costume constitucional não é refutada doutrinariamente”. Para indagar a seguir: “Seria incompatível o costume constitucional com a noção de constituição formal, escrita e rígida? Em outras palavras, existe costume constitucional com os mesmos atributos e características que a doutrina aponta para o costume como fonte de direito em geral?”. Ante esta minimização necessário haver bastante prudência ao ser considerada citação de *J. H. Meirelle Teixeira* (33) oferecida por ela mesma no sentido de que: “O costume penetra no mundo

jurídico, quando através dele se manifesta uma norma com pretensão de império inexorável, regendo, portanto, numa coletividade, como se fora lei, isto é, sendo considerada como juridicamente obrigatória”. Parece-nos haver um certo choque de posicionamentos doutrinários, ou melhor, uma identidade, do costume jurídico comum e normal com o costume constitucional. Acreditamos que o nosso “Um professor” subscreveria, preferencialmente, as linhas de *Meirelle Teixeira* estendendo-as ao “costume constitucional”.

6. Notas

As citações de “Um Professor” estão []

1. Uadi Lammêgo Bulos, Manual de Interpretação Constitucional, p. 7
2. Adeodato, João Maurício, “A concretização constitucional” p. 224, in *Revista ESMape*, nº 3
3. Adeodato, João Maurício, op. cit. p. 229/230
Necessário ter-se presente as transformações sofridas pelo Estado. Assim, a partir do século XIX partia-se para o estudo da Constituição de caráter de direito positivado chegando a ser um dos mais importantes pontos do Estado de Direito. Exigia, lembra Tércio Sampaio Ferraz em “*Interpretação e estudos da Constituição de 1988*” (p.9), “uma formalidade constitucional. Esta formalidade conferia à constituição uma transparência e uma estabilidade indispensáveis. Graças a ela, as constituições puderam submeter-se às regras usuais de interpretação.” Mais adiante (p.13) escreve que “A questão muda de figura quando pensamos nas exigências postas ao Estado Social. Este acaba por exigir os mencionados procedimentos interpretativos de legitimação...o que implica, para tomar por empréstimo um termo de Direito Administrativo, uma certa discricionariedade hermenêutica”.
4. Marcel Prêlot et Jean Boulouis, Institutions politiques et droit constitutionnel, p. 208: são ensinamentos seus: “O reconhecimento de um costume constitucional por autor como Rolland (Politique, 1927, p. 679) ou por R. Capitant corresponde a um período onde as leis constitucionais escritas – aquelas de 1875

– eram particularmente breves e, à ocasião, ambíguas.” “Il n’y a donc rien d’étonnant à ce que la pratique politique confirmée ait joué un rôle supplétif nécessaire. Aussi bien, l’importance donnée désormais à la science politique dans l’étude des régimes a mis l’accent sur la fonction déterminante de cette pratique dans leur évolution.

“Mais les développements qui vont suivre montrent la différence qu’il convient de faire entre l’analyse juridique pure et les analyses sociologico-politiques. Ils ne démentent pas vraiment la négation de toute coutume de droit public pouvant acquérir autorité juridique contre la lettre des constitutions écrites, qu’il s’agisse des règles constitutionnelles coutumières qui ont précédé ces dernières à une époque où, d’ailleurs, le droit coutumier était la source à peu près exclusive du droit et voyait son autorité établie à partir de données propres au droit privé, ou qu’il s’agisse d’une situation de coexistence où la coutume ne prend de valeur que supplétive.”

5. José de Moura Rocha, Considerações Críticas sobre a Nova Constituição Brasileira sob o Prisma Processual, in Estudos sobre Processo Civil, III, p. 72
6. Cf. Marcel et Jean Prélôt, op. cit. p. 208; Paulo Bonavides no seu Direito Constitucional (p. 169) acentua que “A imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a correr todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises.”
7. Cf. Yann Aguila, Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit, p.58; Interessante é a observação de Celso Ribeiro Bastos em “Integração, Interpretação, Aplicação”, p.347 de que “A interpretação faz o caminho inverso daquele feito pelo legislador. Do abstrato procura chegar a preceituações mais concretas, o que só é factível procurando extrair o exato significado da norma” e em nota de pé de página (nº 2) cita Anna Cândida da Cunha Ferraz que em *Processos Informais* escreve: “Não obstante a variedade dos métodos apontados pelo doutrina, prevalece o entendimento de que a interpretação constitucional é espécie do gênero interpretação jurídica, porém revestida de características e critérios peculiares, derivados, especialmente, da natureza e das notas distintivas das

disposições constitucionais: supremacia e rigidez constitucional, diferentes conteúdos das normas constitucionais, caráter sintético esquemático e genérico da Constituição etc.”

8. Cf. Yann Aguila, op. cit. p. 59
9. Margarida Maria Lacombe Camargo, “Uma idéia de justiça apresentada por Chaïm Perelman”, in Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, nº 85, p.125
10. Cf. Guy Haarscher, Le procès chez Perelman, in Archives de Philosophie du Droit, tome 39, Paris, p.203
11. Margarida Maria Lacombe Camargo, op. cit. p. 127
12. Cf. Guy Haarscher, op. cit. p.205
13. Paul Debouchet, Pour une théorie générale du droit, p. 66
14. Cf. Paul Debouchet, op. cit. p. 67
15. Cf. Eduardo Garcia Maynez, Logica del concepto juridico, p.151
16. Cf. Paul Debouchet, op. cit. p. 69 e ss
17. Cf. Paul Debouchet, op. cit. p. 71 e ss; cf. Yann Aguila, op. cit. p. 67
18. Guy Haarscher, op. cit. p. 202
19. Cf. Yann Aguila, op. cit. p.56. Entre nós, Juarez Freitas em “A interpretação Sistemática do Direito” (p. 150), depois de afirmar que “... a exegese dos princípios superiores, mormente quando se defronta com o problema dos limites o poder de emendar, é, antes de tudo, a afinação na escolha hierarquizadora dentre princípios igualmente fundamentais” destaca que “interpretar é hierarquizar”. Parece-nos exageradamente formal e estacionário tal posicionamento apesar das carradas de razões trazidas e oferecidas em toda a nota 242 (ps.147 a 149).
20. Apud Yann Aguila, op. cit. 55
21. Apud Yann Aguila, op. cit. p. 55
22. Apud Yann Aguila, op. cit. p. 55
23. Marcel Prélôt et Jean Boulouis, op. cit. p. 207
24. Cf. Dominique Turpin, Contentieux Constitutionnel, p. 243 e ss. Interessante observar que Ivo Dantas no 1º vol. da “Constituição Federal – Teoria e Prática”, p. 49 oferece ensinamento de Burdeau para quem “Le Contenu de la Constitution est commandé par son objet” o qual, evidentemente, forma “les règles relatives à la technique gouvernementale”.
25. Apud Dominique Turpin, op. cit. p. 244
26. Cf. Marcel Prélôt et Jean Boulouis, op. cit. p. 209
27. Cf. Marcel Prélôt et Jean Boulouis op. cit. p. 209

28. Cf. Marcel Prélot et Jean Boulouis, op. cit. p. 211
 29. Cf. Dominique Turpin, op. cit. p. 244 e ss
 30. Cf. Marcel Prélot et Jean Boulouis, op. cit. p. 207
 31. Cf. Dominique Turpin, op. cit. p. 245 e ss
 32. Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da Constituição*, p. 185
 33. Apud Anna Cândida da Cunha Ferraz, op. cit. p. 177

7. Bibliografia

- ADEODATO, João Maurício *A "concretização constitucional" de Friedrich Müller* in Revista ESMape nº 3, 1997, p. 223 - 232
 AQUILA, Yann *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit* L. G. D. J. Paris, 1993
 BASTOS, Celso Ribeiro (e Ives Gandra Martins) *Comentários à Constituição do Brasil*, 1º vol. Editora Saraiva, São Paulo, 1988
 BIELSA, Rafael *El abogado y el jurista* Abeledo-Perrot, Buenos Aires
 BONAVIDES, Paulo *Direito constitucional* Editora Forense, Rio de Janeiro, 1986
 BOULOUIS, Jean - (ver Prélot)
 BULOS, Uadi Lammêgo *Manual de Interpretação Constitucional* Editora Saraiva, São Paulo, 1997
 CALAMANDREI, Piero Colloque d'Aix-en-Provence, *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux* p. 463, Economica, 1982
 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe *Uma idéia de justiça apresentada por Chaim Perelman* in Revista do Instituto dos Advogados Brasileiro nº 85, 1996, p. 88 - 113
 DANTAS, Ivo *Constituição Federal, Teoria e Prática*, 1º vol. Renovar, Rio de Janeiro, 1988
 DUBOUCHET, Paul *Pour une théorie générale du droit* L'Hermès, 1994
 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição* Editora Max Limonad
 FERRAZ Jr., Tércio Sampaio *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988* Editora Atlas, São Paulo, 1990
 FREITAS, Juarez *A interpretação sistemática do direito* Malheiros Editores, São Paulo, 1995

- HAARSCHER, Guy *Le procès chez Perelman* in Archives de Philosophie du Droit, tome 39, Paris, Sirey, 1995
 MAYNEZ, Eduardo Garcia *Logica del concepto jurídico* Fondo de Cultura Económica, México, 1959
 PRÉLOT, Marcel (e Jean Boulouis) *Institutions politiques et droit constitutionnel* 11e ed. Dalloz, Paris, 1990
 ROCHA, José de Moura *Estudos sobre Processo Civil - III* Imprensa Universitária, Recife, 1995
 TURPIN, Dominique *Contentieux Constitutionnel* Presses Universitaires de France, 2e ed. Paris, 1994.
 UM PROFESSOR *Apontamentos de Direito Constitucional* Livraria Francesa de J. W. de Medeiros, Pernambuco, 1883.

PERSPECTIVAS DA JUSTIÇA DO TRABALHO NUMA SOCIEDADE GLOBALIZADA*

José Janguilê Bezerra Diniz

Procurador do Trabalho do Ministério Público da União (ex-Juiz do TRT 6ª Região). Pós-Graduado - Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAP. Professor da Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE e da ESMAP (licenciado). Especialista em Direito do Trabalho - Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Doutorando em Direito Público - UFPE. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito - IBED. Membro do Bureau Jurídico - Desenvolvimento Profissional.

SUMÁRIO

1. O Surgimento do Direito do Trabalho. 2. Origem e Estrutura da Justiça do Trabalho no Brasil. 3. Perspectivas - 3.1. Súmulas Vinculantes. - 3.2. Soluções Extrajudiciais - 3.3. Fortalecimento da Magistratura Togada - 3.4. Extinção da Instituição Classista - 3.5. Extinção do Poder Normativo - 3.6. Outras Sugestões - 4. Conclusões.

1. O Surgimento do Direito do Trabalho

Ab initio de ser ressaltado que o Direito do Trabalho surgiu na Europa do Século XVIII, como resultado das lutas sangrentas da classe operária organizada em sindicatos fortes e reivindicadores, como o Movimento Cartista da Inglaterra¹, a Comuna Parisiense e o Manifesto Comunista (1848), que muito se assemelham às lutas de

* Conferência pronunciada no Congresso Nacional dos Advogados Trabalhistas - CONAMAT, realizado em Belém - PA, Outubro de 1997

¹ Do movimento cartista surgiu a Carta do Povo que consistia num documento contendo várias reivindicações dos trabalhadores. O parlamento inglês recusou-se a aprovar a Carta do Povo, lançando uma brutal repressão contra os cartistas, prendendo os seus líderes.

hoje dos trabalhadores sem-terra no Brasil, aliado ao surgimento e fortalecimento dos partidos de esquerda como os comunistas e os sociais-democratas.

Logo, o fator principal, para a formação do Direito do Trabalho, foi a ação direta e organizada do proletariado contra as condições desfavoráveis (adversas) criadas pela Revolução Industrial, o que nos permite asseverar que primeiro surgiu o direito coletivo e depois o Direito Individual.²

Com o passar do tempo, tantas eram as sublevações e insurreições dos trabalhadores que o Estado se viu obrigado a modificar postura adotada até então, pena de perder o controle econômico da burguesia, passando, daí em diante a regular o processo de produção.

O Estado Prussiano de Bismarck saiu na frente, adotando medidas que protegiam os trabalhadores contra doenças e acidentes do trabalho.

Entretanto, a definitiva formação do Direito do Trabalho como o que conhecemos hoje só surgiu com o advento e término da primeira Guerra Mundial, com a elaboração do Tratado de Versailes em 1919 e a conseqüente criação da OIT.

Ampliando a seara de observações, digno de menção que no Brasil não vivemos a Revolução Industrial tão importante para o surgimento do Direito do trabalho. Logo, o Direito do Trabalho no Brasil surgiu um pouco mais tarde, principalmente em virtude das grandes distâncias e deficiências de comunicação, o que dificultava a organização dos trabalhadores em sindicatos.

No Brasil, diferentemente de outros países os movimentos grevistas do início do século XX não resultaram em estruturar sindicatos fortes, haja vista que o Brasil da época era essencialmente agrícola, com destaque para o nordeste açucareiro.

2 - GOMES, P. GOTTSCHALK, e. "Curso de Direito do Trabalho, Rio de Janeiro: forense, 1995, p. 3.

Foi somente com a abolição da escravidão, quando mão-de-obra se tornou escassa, que se fez necessária a abertura de nossas fronteiras para a imigração européia, cujos imigrantes trabalhadores já contavam com uma legislação trabalhista protetora, influenciando em muito na criação das primeiras medidas no Brasil.

Noutro falar, diferentemente dos países que contavam com sindicatos fortes e combatentes, no Brasil o direito do trabalho foi e tem sido uma constante bênção da lei, não sendo fruto dos anseios populares, surgindo de cima para baixo, do Estado para o povo.

2. Origem e Estrutura da Justiça do Trabalho no Brasil

A Justiça do Trabalho no Brasil, também, não foi produto da necessidade imediata de controlar convulsões sociais, como ocorreu em outros países, pois não havia tais convulsões. Surgiu como produto da ação governamental e não como resultado da reivindicação da classe operária.³

Com efeito, o Estado Brasileiro ao tutelar o operariado na defesa do seus interesses, atrofiou seu poder de mobilização de tal modo que a política de abertura econômica ocorrida no regime militar que castrou o operariado de muitos dos seus direitos, simplesmente não foi combatida. O operariado simplesmente silenciou.

Entretanto, insta perquirir: quais foram os órgãos embrionários do Judiciário Trabalhista Brasileiro e em que época surgiram? A resposta da indagação impõe-nos fazermos uma breve digressão histórica.

Em 1907 foi criado no Brasil os Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem, como órgão encarregado de solver os conflitos entre capital e trabalho, para

3 - ALBUQUERQUE, F. R. S. A Justiça do Trabalho na Ordem Judiciária Brasileira. São Paulo: LTr, 1993, pág. 74.

no ano de 1922 serem criados os Tribunais Rurais no Estado de São Paulo, como órgão solucionador dos conflitos rurais.

Mais tarde, em 1932 foram criadas as Comissões Mistas de Conciliação encarregadas de julgar os Dissídios Coletivos e também as Juntas de Conciliação e Julgamento encarregadas de Julgar os Dissídios Individuais.

No entretanto, foi somente com a *Lex Mater* de 1934, durante o governo Vargas que a Justiça do Trabalho foi criada, vinculada, entretanto, ao Ministério do Trabalho, órgão do Poder Judiciário, estabelecendo critério de paridade de representação das categorias profissionais.

Noutro dizer, em sua forma embrionária a Justiça do Trabalho era órgão meramente administrativo. Era exercida através das Comissões Mistas e Juntas de Conciliação e Julgamentos, como órgãos inferiores, e através dos Conselhos Regionais Superiores, como órgãos de segundo grau, e através do Conselho Nacional do Trabalho como corte superior.

Com a promulgação da CLT através do DL 5.452/43, jungindo todas as normas materiais e processuais trabalhistas num único diploma, deu-se mais vigor ao Direito do Trabalho e por via de consequência à própria Justiça do Trabalho, embora permanecesse ela ainda como órgão meramente administrativo.

Foi apenas com a *Lex Fundamental* promulgada em 1946 que ela foi inserida no Poder Judiciário. Foram, por conseguinte, criadas as Juntas de Conciliação e Julgamento, os Tribunais Regionais do Trabalho e o próprio Tribunal Superior do Trabalho. A partir daí os juizes togados passaram a gozar das garantias constitucionais, quais sejam: da vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade (salvo por interesse público), que, infelizmente, estão tentando acabar.

Hoje, conforme a Carta Política de 1988, em cada Estado haverá pelo menos um TRT. Quando ela se refere

a "pelo menos um", implica que pode haver mais de um, como sói ocorrer com o Estado de São Paulo. (Lá existe o Tribunal da Capital e o Tribunal de Campinas). Entrementes, é triste consignar que existem alguns Estados que ainda não possuem tribunais como ocorre com o Estado do Acre, Roraima, Amapá e Tocantins. Ademais, existem 1.093 Juntas de Conciliação e Julgamento espalhadas pelo Brasil.

Entretanto, senhores, é triste consignar que não só a Justiça do Trabalho mas o Judiciário como um todo passa por inúmeras crises, principalmente a crise de eficiência e de identidade.⁴

A crise de eficiência é baseada no descompasso entre as demandas ajuizadas e o resultado obtido, tanto a nível de qualidade quanto de quantidade, haja vista a superação estrutural do Poder Judiciário. Apenas para ilustrar, no Judiciário Comum em 1990 foram ajuizados 4.209.623 processos, julgados 2.434.842 remanescendo 1.774.741 No Judiciário Trabalhista foram ajuizados 1.233.410 e julgados 1.053.237 remanescendo 180.273

Mesmo com a ampliação da Justiça do Trabalho em 1992, sendo criadas 369 novas Juntas, 6 novos Tribunais Regionais e 993 novos cargos de Juiz, ela se encontra abarrotada de processos. Elucidativamente vejam-se que em 1995 foram ajuizadas 2.117.796.

A crise de identidade, a seu lado, reside no descrédito pela população em face às irregularidades administrativas e ao nepotismo que recrudescer a cada dia. Como corolário do asseverado, basta focalizarmos o Regional da Paraíba, onde todos os juizes do Tribunal foram afastados do cargo, pelo Ministro Pazianoto, corregedor geral, por tempo indeterminado, em virtude de irregularidade administrativas e nepotismo.

4 Termos utilizados pelo Professor da USP, Dr. José Eduardo Farias.

Mas os problemas não param por aí. O orçamento da Justiça do Trabalho é astronômico. Registre-se que em 1996 os Tribunais Estaduais receberam 1,5 bilhão, o Legislativo 1,6 e a Justiça do Trabalho 2 bilhões. Em 1997 o orçamento foi estimado em 3,5 bilhões⁵.

Outrossim, existem distorções gritantes entre os próprios Tribunais Regionais. O TRT de Rondônia conta com 90 juízes, 588 servidores e 27 JCs e recebeu em 1996 de orçamento, cerca de 44 milhões para um fluxo de trabalho de 15.326 processos, que fez um processo custar cerca de 2.863,41. No TRT do Piauí, um processo custou 4.020,80, enquanto em Estados como São Paulo o custo é de 469,87, Bahia 714,96 e o Rio Grande do Sul de 937,73.⁶

No contexto, multiplicam-se Juntas de Conciliação, os TRTs, os servidores e os Juízes; sofisticam-se os órgãos, entretanto os resultados efetivos são poucos⁷. Daí, auspicioso rememorar com muita tristeza a alegação verídica de certo autor de obras de que "outrora o empregado ameaçava o patrão com a reclamação na Justiça, hoje, o patrão ameaça o empregado com a demora da Justiça".

Diante desse quadro triste e desolador, qual a atitude que devemos tomar principalmente diante do furacão globalizante⁸. Quais as perspectivas do Direito do Trabalho e da própria Justiça do Trabalho diante da globalização?

É sabido e consabido que o fenômeno da Globalização também chamado de mundialização ou sociedade

"tecnocrônica" é real, e se manifesta em diversos setores sobre a face da Terra: no mundo das relações econômicas⁹ e sociais; na órbita da política e no desenvolvimento de uma rede mundial de transmissão de informações. Daí surgem as seguintes perguntas:

- 1) Como sobreviver numa sociedade dessa, onde a globalização da mão-de-obra e do mercado de empregos provoca a alta rotatividade dessa mão-de-obra nos empregos e nas diversas regiões do planeta?
- 2) Como sobreviver nessa sociedade onde o emprego industrial perde terreno para os serviços com automação e cibernética?
- 3) Como o trabalhador sobreviverá numa sociedade altamente terceirizante e flexibilizada?
- 4) Como sobreviver numa sociedade onde o capital adquiriu proporções universais?
- 5) Como sobreviver numa sociedade onde a expansão das empresas, das corporações transnacionais através da emergência das cidades globais, contribui para o declínio do Estado-nação?¹⁰
- 6) Como sobreviver numa sociedade onde a revolução tecnológica no campo dos meios de comunicação, possibilitada pela telemática e pela tecnologia dos satélites, amplia de forma excepcional a capacidade de produção, acumulação e veiculação de dados e informações?¹¹

5. OBINO FILHO, Flávio. Falência da Justiça Estatal Trabalhista - necessidade de adoção de mecanismos privados de solução. *Jornal Síntese*, março de 1997.

6. *In Revista Consules: Justiça do Trabalho: Pontos e Contrapontos*. Ano I, nº 9, setembro de 1997, pag. 10-13.

7. ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *Op. Cit.* Pág. 72.

8. A Globalização, fenômeno que nasceu e acelerou-se a partir do término da segunda grande guerra, é o resultado de um fenômeno que começou a ocorrer desde fins do século XIX, a centralização e expansão universal do capital financeiro, através do Imperialismo, do qual o fenômeno globalizante é sua última e tenebrosa consequência. IANNE, A. *A era do Globalismo*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, p. 23.

9. A globalização do capital é inevitável, dentro da ótica do próprio capitalismo, porque a tendência do próprio capital é se expandir para todos os lugares. Se às estrelas pudesse ir o capital, em busca de sua reprodução, para lá ele iria.

10. IANNE, *Op. Cit.*, pp. 19 e 21.

11. Apenas para ilustrar, "a capacidade de armazenamento dos bancos de dados de todos os computadores conectados à internet equivale, por exemplo, a mais de cinquenta milhões de CD-ROMs. E em um CD-ROM pode-se armazenar toda uma enciclopédia." SOARES, Ismar de Oliveira. *Sociedade da Informação ou da comunicação*, São Paulo: Cidade Nova, 1996, pp. 9-10.

É a sociedade mundializante e "tecnocrônica" que fatalmente chegou como forma de vingança do econômico sobre o social.¹²

Estamos vivendo uma nova era, um novo momento histórico, e este novo momento está alterando radicalmente as conquistas sociais dos trabalhadores, e por conseguinte o próprio Direito do trabalho.

Logo, deve o trabalhador se preparar para essa nova era, assim como devem os próprios órgãos governamentais, e o próprio Judiciário Trabalhista se prepararem para esse novo momento.

Com efeito, quais são as perspectivas da Justiça do Trabalho nessa nova era?

3 – Perspectivas

3.1 – Súmulas Vinculantes

Encontra-se aguardando votação na Câmara dos Deputados, após aprovação pelo Senado Federal a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 500/97 alterando o § 2º do art. 102 da CF criando o chamado instituto da súmula vinculante, símile do *stare decisis* do direito americano, estabelecendo a fidelidade ao precedente.

No diapasão, existem vozes pretendendo levar a súmula vinculante também aos demais tribunais superiores como o TST, chamando de novidade. Ora, essa novidade na Justiça do Trabalho constitui-se em "velharia", pois já conhecida com o nome de prejudgado (art. 902 da CLT). Ademais, lembra os "assentos da Casa da Suplicação" previsto nas Ordenações Manuelinas e Filipinas¹³.

Os idealizadores e defensores do instituto a justificam ao argumento de que:

- 1) irá desafogar o Judiciário e principalmente as Cortes Superiores. Aludem que só em 1995 o STF recebeu 30.706 processos enquanto que a Suprema Corte Americana recebeu 4.000 e aceitou julgar 300, a Corte Constitucional Alemã recebeu 5.000 e só aceitou julgar 100;
- 2) repetição de processos em virtude das ações propostas, contestadas e decididas por computador. Dos processos anualmente encaminhados ao STF cerca de 85% são repetitivos. O STF já julgou inúmeras vezes que o empréstimo compulsório instituído pelo Plano Cruzado II deve ser ressarcido, mesmo assim as ações se multiplicam no STF;
- 3) Violação ao princípio da isonomia. Decisões sobre determinado assunto favoráveis a uns e desfavoráveis a outros¹⁴.

Do ponto de vista pragmático a súmula vinculante seria imensamente útil, entretanto não podemos esquecer que o direito é algo vivo, dinâmico, evolui a cada dia que surge de acordo com o momento cultural em que se vive, surgindo novas formas de raciocínio (IHERING). Com a súmula vinculante essa evolução seria impedida acarretando, de conseguinte, o engessamento do direito.

Ademais, conferir efeito vinculante as súmulas, significa alterar o princípio constitucional da legalidade que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", cláusula pétrea.

Outrossim, a súmula vinculante atribui aos tribunais superiores competência de cassação das normas, com evidente fragilização do Poder legislativo, subtraindo-o de sua prerrogativa formal de legislar, tratando-se, por outro lado, de sucedâneo de medida provisória além de suprimir o princípio do livre convencimento do juiz.

12 ADDA, J. : A Mundialização da Economia, 1 – Gênese, trad. Ana Barradas, Lisboa: Terramar, 1997, p. 164.

13 MALHADAS, Júlio Assumpção. A Justiça do Trabalho Satisfaz? Como Melhorá-la? In Jornal Trabalhista, Ano XIV, nº 673, 25 de Agosto de 1997, pág. 879-880.

14 Apud LIMA, Ronaldo Cunha. Artigo Inédito. Gentileza do autor.

No particular existem autores com Arnold Wald e Ives Gandra da Silva Martins, favoráveis às sumulas vinculantes das decisões do STF, apenas nos casos em que a tese jurídica for a mesma e os argumentos jurídicos forem idênticos.

Como saber se a tese jurídica é a mesma e se os argumentos jurídicos são idênticos? Apenas permitindo a subida do recurso, o que não trará nenhuma utilidade para o desafogamento do Judiciário¹⁵.

Portanto, por todos esses argumentos, e principalmente por retardar a evolução do direito, creio não ser uma solução para a crise do Judiciário e da Justiça do Trabalho.

3. 2. Soluções Extrajudiciais (conciliação, mediação e arbitragem)

A conciliação, mediação e arbitragem são formas extrajudiciais de resolução dos conflitos.

A conciliação consiste na utilização dos serviços de um terceiro neutro que ajudará as partes a chegarem a uma solução.

A mediação é uma forma intensa de conciliação e suave de arbitragem. Difere da conciliação pois naquela não existe formulação de propostas e nessa ocorre.

Ela é muito utilizada em países como França e EUA. No Brasil, usada através das mesas redondas nas Delegacias Regionais do Trabalho. Demais, está sendo utilizada com sucesso na cidade de Patrocínio em Minas Gerais, através de vários sindicatos de empregados e empregadores que criaram através de convenção coletiva o NINTER – Núcleo Intersindical de Conciliação Trabalhista, com o incentivo da JCJ daquela cidade.

A arbitragem é um dos mais antigos meios de solução dos conflitos. Surgiu na Grécia e consiste em submeter o conflito a um terceiro, pessoa, grupo, ou uma entidade. Pode ser voluntária ou obrigatória.

A voluntária teve origem e maior desenvolvimento nos EUA e Canadá.

Nos EUA, 90% dos contratos coletivos dispõe de cláusula compromissória, determinando que as controvérsias serão resolvidas pelas agências de arbitragem – FMCS – *Federal Mediation and Conciliation Service* (órgão público) e AAA – *American Arbitration Association* (privado)

Lá existe a *grievance arbitration* ou arbitragem de queixas, que tem por objetivo dirimir as controvérsias oriundas da convenções coletivas, e a *interest arbitration* arbitragem de interesses destinada à fixação de novas condições de trabalhos, como salário, horários, etc.

No Brasil a sua aplicação em qualquer das áreas sempre foi muito pequena, utilizada na maioria das vezes em seara de Direito Internacional Público e raramente no Direito Comercial, embora o próprio CPC de 39 e 73, A CF através dos arts. 217 § 1º e 2º e 114 § 2º, além da Lei 9.099/95, instituidora dos Juizados especiais civis e criminais adotassem a arbitragem de forma facultativa.

Recentemente em questões comerciais e civis, foi publicada a Lei 9.307/96 que permite a solução das controvérsias por arbitragem desde que se trate de direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º), mediante convenção arbitral – cláusula compromissória (convenção inserida num contrato onde as partes se comprometem a submeter qualquer questão à arbitragem) e compromisso árbitral (instrumento arbitral expresso).

Com a publicação da lei alguns autores alegaram que a mesma era inconstitucional pois violava:

15 MALHADAS, Júlio Assumpção. A Justiça do Trabalho Satisfaz? Como Melhorá-la? In *Jornal Trabalhista*, Ano XIV, nº 673, 25 de Agosto de 1997, pág. 879-880.

- 1) o princípio do juiz natural;
- 2) o princípio da efetividade;
- 3) o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF art. 5 XXXV).

Ora, o juízo arbitral já se encontra legalmente previsto em momento anterior, não sendo criado juízo de exceção; pela efetividade, o juiz competente para sentenciar tem que julgar. Esse princípio não é previsto de forma expressa na CF; além disso, a sentença arbitral nos moldes do CPC 584 III é título executivo Judicial. Ademais, o juízo arbitral exclui o acesso à jurisdição estatal, mas não à jurisdição privada, ainda mais que podem as partes se dirigirem ao Judiciário para anular a sentença arbitral (art. 33).

A solução a nosso ver para o desfogamento da JT é a utilização da arbitragem no âmbito Trabalhista tanto para dissídios Coletivos como para dissídios individuais.

Os contrários a sua aplicação alegam:

- 1) Os direitos Trabalhistas são indisponíveis, irrenunciáveis e intransacionáveis, por serem tratados em normas imperativas e de ordem pública;
- 2) existe omissão de lei a respeito;
- 3) alto custo da arbitragem;
- 4) princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF. 5 XXXV)

Em primeiro lugar deve ser asseverado que nem todas as normas trabalhistas são imperativas e de ordem pública, e por consequência indisponíveis os direitos. Boa parte das normas alusivas ao contrato individual de trabalho são dispositivas, e esta disponibilidade existe porque o direito é privado e patrimonial, sendo igualmente privado o interesse tutelado pela norma. Ademais, certos direitos trabalhistas

são irrenunciáveis e intransacionáveis em qualquer lugar do mundo, pois preconizado pela OIT, entretanto em alguns países desenvolvidos a arbitragem é encarregada de resolver 90% dos conflitos trabalhistas. Outrossim, apesar de no Brasil os direitos trabalhistas serem irrenunciáveis, na prática o acordo judicial nada mais é que uma renúncia.

Quanto à omissão da lei, no pertinente aos dissídios coletivos isso não ocorre, porque a CF art. 114 § 2º permite "Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros" No âmbito dos dissídios individuais problema também não existe, haja vista que o próprio art. 769 que consagra o princípio da subsidiariedade autoriza a incidência de preceitos processuais comuns, se omissa a norma processual. Doutra parte, concordamos com Octavio Bueno Magano¹⁶ quando ensina que o certo seria uma emenda à Lei 9.307/96, incluindo expressamente os conflitos individuais do trabalho no seu âmbito de incidência.

O argumento de que é dispendiosa também não vinga. Nada obsta que em convenção ou acordo coletivo seja estipulado que as despesas ficarão a cargo do empregador, ou senão rateadas pelos sindicatos. Por outro lado, a própria Lei Complementar 75/93 através do art. 83 XI permite aos membros do MPT atuarem como árbitros sem qualquer ônus.

A questão da inafastabilidade da jurisdição também não afasta a arbitragem trabalhista, haja vista que a jurisdição privada será exercida. Ademais, é uma faculdade das partes optarem pela jurisdição privada em detrimento da estatal.

16 MAGANO, Octavio Bueno. Solução Extrajudicial dos Conflitos Individuais. In Revista Trabalho & Processo, Setembro de 1997, nº14. SP: Saraiva, pág. 82-83.

3.3. Fortalecimento da Magistratura Togada

É inegável que um dos mais importantes e essenciais direitos do cidadão é o de ser julgado por um tribunal competente, isento e autônomo. Logo, as chamadas garantias constitucionais da magistratura como vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos, inamovibilidade e aposentadoria integral nada mais são que garantias do próprio cidadão, pois servem acima de tudo, para a segurança e tranquilidade do cidadão ou do exercício e gozo da cidadania¹⁷.

Não foi à toa que Afonso I, Rei de Portugal instituiu os chamados "juízes de fora" ou de "fora aparte", mandados de fora do local da contenda, pois sendo estranhos, sem na terra terem parentes, nem amigos, compadres e companheiros, benquerenças ou malquerenças, podiam ser imparciais e resistir à prepotência dos poderosos e assim fazer melhor justiça que os chamados "juízes da terra".

Ma não. Ao invés de se preservarem as prerrogativas (e não regalias ou privilégios) dos magistrados, preservando com isso a sua idoneidade, imparcialidade, isenção e independência, sem ter que se sujeitar a outro poder ou aos poderosos, estão tentando acabar com elas. O exemplo patente disso é a proposta de emenda à CF para a reforma da previdência aprovada no Senado, aguardando votação na Câmara. A proposta, dentre outras mudanças, acaba com a paridade entre vencimentos e proventos, ou seja, só assegura a quem ganha até 10 sm o direito à aposentadoria com proventos integrais. Para os que ultrapassem esse valor, como ocorre com os magistrados, a aposentadoria será da ordem de 70% da remuneração paga enquanto atividade, e, as pensões, se o servidor

morrer após a aposentadoria, corresponderão a 49% do valor percebido na atividade (70% dos 70%).

O argumento é tornar todos iguais perante o texto maior, preservando o princípio da isonomia.

Acontece que os magistrados, no meu sentir, se diferenciam dos homens comuns, pois são defensores dos direitos individuais e sociais, da justiça e dos cidadãos, e em face a isso devem ser alheios a todas as tentações que os cercam, devendo ser avessos a qualquer tipo de corrupção. Tratá-los iguais aos demais cidadãos ao contrário do que se pensa, estará se violando o princípio da isonomia, pois seria tratar iguais pessoas desiguais¹⁸.

Ademais, os juízes contribuem para o sistema previdenciário em percentual que incide sobre o total de sua remuneração, o que não ocorre no setor privado. Por outro lado, é proibido aos magistrados o exercício de outras atividades profissionais lucrativas (salvo uma de magistério – muito lucrativa por sinal) além de ser impedido de participar de atividade político-partidária.

Com efeito, a magistratura tem sido o caminho natural daqueles que desinteressados de fazer fortuna, querem apenas se dedicar ao direito com a sincera perspectiva de promover justiça numa país marcado por profundas desigualdades sociais, devendo por isso ser bem remunerados e terem garantia a uma renda vitalícia, que os resguarde de grandes preocupações financeiras. Do contrário, os juízes atuais sairão da magistratura, e os futuros não mais ingressarão¹⁹.

17 TUPINAMBÁ, hermes. Cidadania e Garantias da Magistratura. In *Informativo Consulex*, Ano XI, nº 28, 14 de Julho e 21 de Julho de 1997, Brasília: Consulex, pág. 746.

18 SILVEIRA, Renato de mello Jorge. Regoma do Judiciário ou Reforma Legislativa? In *Informativo Consulex*, Ano XI, nº 27, 07 de Julho de 1997, Brasília: Consulex, pág. 712.

19 PEREIRA, Beatriz de Lima. Artigo transcrito do *Jornal Correio Braziliense*. Apud JÚNIOR, Carlos Zabkouth. Artigo inédito, gentileza do autor.

Logo, na nossa ótica, o fortalecimento e o futuro do Judiciário e da própria Justiça do Trabalho depende também do fortalecimento da magistratura togada, haja vista que o Poder Judiciário não pode sucumbir diante de circunstâncias hostis. Sua derrocada atingirá em cheio a liberdade, a democracia e a república, e as vítimas serão o povo, a sociedade e a cidadania. Enfraquecer o Judiciário é estimular o arbítrio e a injustiça que já grassam no país. A democracia brasileira seria frágil se o poder judiciário não estivesse apto a defender a cidadania contra os excessos dos Poderes Executivo e Legislativo²⁰.

3.4. Extinção da Instituição Classista

A instituição classista foi criada na década de quarenta para atender a um modelo sindical rígido e corporativo.

Hoje, tem sido fonte de empreguismo e nepotismo, caracterizado pela criação de sindicatos sem representatividade e pela presença de representantes desvinculados da atividade sindical.

As vantagens usufruídas como o alto salário (2/3 nas JCJ e integral no TRT e no TST, além da aposentadoria com 5 anos) estimulam a proliferação de entidades sindicais, com o único fim de indicar ocupantes, desfigurando a atividade sindical. Ex. Sindicato das Empresas de Confecção de Roupas Brancas para Homens, Sindicato das Manicures e Cabelereiros de Homens, etc.

Logo, é sabido que nenhum benefício traz para o jurisdicionado, haja vista que o mesmo não tem preparo técnico para julgamento nem tampouco para uma conciliação justa, representando verdadeira ameaça à independência do Judiciário, visto que quem tem o papel definido na CF de defender interesses não reúne condições

20 RIBEIRO, Antônio de Pádua. Folha de S. Paulo, de 05. 10. 97

profissionais para julgar com independência e imparcialidade, trazendo para o Judiciário o clientelismo e o corporativismo²¹.

Com efeito, a unanimidade da magistratura tem reivindicado sua extinção, com a conseqüente transformação dos cargos em cargos de juizes de carreira.

E já existe perante o Congresso projetos de vários parlamentares: Senadores Gilberto Miranda (PFL-AM), Eduardo Suplicy (PT-SP), os deputados Jairo Carneiro (PFL-BA) e José Genoíno (PT-SP), entre outros.

Recentemente, ou mais precisamente, no dia 22. 10. 97, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprovou o substitutivo do senador Jeferson Peres (PSDB-AM) que acaba com a categoria de juizes classistas nos tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e no Tribunal Superior do Trabalho (TST). O projeto recebeu 14 votos a favor e 4 contra o fim dos classistas. Agora, a proposta será levada pra votação no plenário do Senado.

3. 5. Extinção do Poder Normativo

O Poder Normativo da JT, constitucionalmente previsto desde a carta de 37, mantida na de 88 através do art. 114 § 2º, permitindo a JT estabelecer normas em dissídios coletivos, é um dos fatores de baixa incidência de mecanismos alternativos de solução dos conflitos coletivos, alimentando diversas críticas²² como:

- 1) impede a livre organização dos trabalhadores e empresários na busca de soluções autônomas e eficazes dos conflitos coletivos do trabalho. O

21 PEREIRA, Beatriz de Lima. A Reforma da Justiça do Trabalho. In Revista LTr, Vol. 61, nº 08, Agosto de 1997, pág. 1033-1035.

22 ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Mediação e Arbitragem. Solução Extrajudicial dos Conflitos do Trabalho. In Revista Trabalho & Doutrina, Setembro de 1997, nº 14, SP: Saraiva, pág. 76.

Poder Normativo conduziu o processo de composição dos conflitos coletivos a uma prática comodista e ineficiente, desestimulando a busca de soluções determinadas pelas próprias partes interessadas. Se um terceiro, o Estado, pode ditar a solução, qual a razão para aprofundar a discussão na busca de entendimento que responsabilizará diretamente as partes?

- 2) A lentidão no julgamento do dissídio, considerando-se os recursos cabíveis, acarreta incontáveis dissabores para as partes. Alguns demoram dois, três ou mais anos;
- 3) O fato de já conhecerem previamente as partes a solução judicial que será dada, inclusive porque existem os chamados "precedentes normativos", verdadeira cristalização da jurisprudência, inibindo a autêntica negociação coletiva;
- 4) Quanto mais normas se edita, mais conflitos acaba criando a Justiça do Trabalho, em face dos dissídios individuais que daí decorrem, muitas vezes pela dificuldade de interpretação da cláusula;
- 5) Serve como argumento para justificar a permanência da representação classista nos tribunais;
- 6) A criação da norma pelo Judiciário é uma exceção ao princípio da legalidade.

Em 1993, procurando valorizar a negociação coletiva e tentando diminuir a atuação do poder normativo, o TST passou a exigir a comprovação do insucesso da negociação prévia através de documento hábil como pressuposto processual do dissídio coletivo de natureza econômica.

3.6. Outras sugestões

Criação de Instâncias Administrativas ou Pré-judiciais.

É de toda necessidade, ainda, para a reestruturação e desafogamento do Judiciário Trabalhista a criação de instâncias administrativas para composição dos conflitos individuais de trabalho, consubstanciando-se através de comissões de empresas ou comissões sindicais. No diapasão a tentativa de que o conflito seja solucionado nesse órgão deve constituir como pressuposto processual positivo do processo judicial;

Douta parte, a criação de Juizados de Pequenas Causas Trabalhistas, nos moldes da Lei 9. 099/95 norteadora do Juizado Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Comum também é imperativo, para julgar as causas de alçadas, cujos valores devem ser aumentados.

Reforma processual radical.

Uma reforma processual urgente e radical, capaz de imprimir maior celeridade ao julgamento dos feitos se faz mister, até mesmo com a criação de um Código de Processo Trabalhista, se possível, ou senão, pelo menos, uma reforma drástica em todas as fases do processo.

No cognitivo impõe-se a "elevação do valor de alçada previsto na Lei 5. 584/70 para pelo menos dez salários mínimos, com a criação de instância recursal formada por turmas de juízes de primeiro grau, integrada por três juizes togados, aos quais caberia o exame do recurso interposto pela parte vencida nos processos de alçada, afastando assim a violação ao princípio do duplo grau de jurisdição"²³. Na fase recursal urge diminuir os números exagerados de recursos.

Na fase executiva, com a introdução de "dispositivos que explicitem e restrinjam as modalidades de liquidação

23 PEREIRA, Beatriz de Lima. *Op. Cit.* Pág. 1034.

de sentença. A criação do cargo de contador ou assistente de execução nas Juntas de Conciliação e Julgamento, o que encurtaria muito o tempo do processo de execução, em sua fase de liquidação, pondo fim às desnecessárias "perícias contábeis", que hoje atrasam e encarecem o processo de execução trabalhista. " A indicação taxativa das hipóteses de cabimento de embargos à execução, e, em especial a introdução de disposições punitivas, através da aplicação de multas àqueles devedores que injustificadamente protelam o processo de execução para a satisfação do crédito trabalhista"²⁴.

4. Conclusões

À luz do explanado nos trechos precedentes, e diante do fenômeno da globalização ou mundialização que chegou e está exercendo forte influência no Direito do Trabalho e na própria Justiça do Trabalho, impõe-se com urgência tomar as seguintes providências: a) utilização da justiça arbitral como forma de solução dos conflitos individuais e coletivos trabalhistas; b) extinção dos juizes classistas; c) fortalecimento da própria magistratura togada; d) extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho; e) criação perante a Justiça do Trabalho de instâncias administrativas ou pré-judiciais; f) reforma processual radical com a criação de um Código de Processo Trabalhista.

24 PEREIRA, Beatriz de Lima. Op. Cit. Pág. 1034

POSSIBILIDADE DE SER CONCEDIDO EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO

(CPC, ART. 558) CONTRA DECISÃO DE CONTEÚDO NEGATIVO

Leonardo José Carneiro da Cunha
Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professor da Escola de Advocacia Ruy da Costa Antunes (OAB/PE). Advogado.

Dispõe o art. 558 do CPC, com a redação que lhe emprestou a Lei nº 9.139, de 30.11.95, que o relator poderá, a requerimento do agravante, em casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

A inserção no dispositivo da expressão "casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação" alargou as hipóteses em que se possibilita seja conferido efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento. O desiderato da alteração que se imprimiu ao referido art. 558 do CPC volta-se, desenganadamente, para a eliminação do uso indiscriminado de mandados de segurança contra atos judiciais que causem prejuízos ao direito do agravante.

É inquestionável a possibilidade de aplicação do dispositivo para a suspensão imediata dos efeitos de decisão concedida contra o agravante, com o propósito de elidir prejuízos que possam ser por ele suportados.

Muito se tem debatido sobre a possibilidade de o relator do agravo de instrumento conceder o efeito suspensivo a que se refere o art. 558 do CPC, quando a decisão recorrida for de cunho negativo ou indeferitório.

Com efeito, tanto o entendimento doutrinário como o jurisprudencial dissentem a respeito do assunto. Há autores de nomeada que defendem a falta de interesse do agravante em obter efeito suspensivo contra decisão que lhe houvera indeferido algum pedido ou pretensão. Nesse sentido, sobressai o magistério de Vicente Greco Filho segundo quem:

"O efeito suspensivo do agravo, todavia, não substitui o mandado de segurança e o *habeas corpus* quando a parte pretende obter uma eficácia não contida na decisão atacada e em face da qual o 'efeito suspensivo' seria inócuo, como, por exemplo, interposto o agravo contra decisão que negou a liminar, que obviamente não pode ser obtida por meio de efeito suspensivo do recurso."¹

Nesse caso, restaria ao agravante o uso do mandado de segurança com vistas a obter a decisão que lhe houvera sido negada pelo juízo de primeiro grau. Não se poderia atender ao objetivo da reforma empreendida no aludido art. 558 do CPC, restando mantido o uso do mandado de segurança ante a impossibilidade lógico-processual de ser concedido o efeito suspensivo.

Para essa corrente doutrinária, o recurso de agravo não se presta a atender a urgência imposta em hipóteses de indeferimento, de vez que não dispõe de mecanismos para atendimento imediato da providência liminar, prevendo, tão somente, a concessão de efeito suspensivo.

A razão de tal entendimento resulta da circunstância de nenhuma eficácia ter a ordem do relator do agravo

para suspender o cumprimento da decisão. Ora, se nada foi deferido, não há nada a ser cumprido ou suspenso.²

Há quem defenda uma outra via a ser eleita pelo agravante, quando se insurja contra decisão de conteúdo negativo. Na lição de Bóris Kauffmann, "também é possível, no sistema atual, suspender os efeitos da decisão, quando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, utilizando-se da ação cautelar incidente, deduzida diretamente no tribunal."³

O entendimento do ilustre doutrinador tem fulcro no parágrafo único do art. 800 do CPC, que permite o ajuizamento de medida cautelar junto ao Tribunal perante o qual tramite o recurso interposto pela parte interessada.

Sobre tal entendimento, há que se levar em conta a natureza acessória e instrumental da medida cautelar a impossibilita seja satisfativa.

Importa, no particular, lembrar que na processualística brasileira é inadmissível a propositura de medida cautelar inominada com contornos de satisfatividade.

Diferentemente das medidas cautelares nominadas ou típicas que se acham postas pela regulamentação legal que lhes é peculiar, estando sujeitas a requisitos e procedimentos pormenorizados, as inominadas ou atípicas resultam do poder geral de cautela em relação ao qual a lei traçou pressupostos genéricos a delimitar a atuação do magistrado, quais sejam a *necessidade* e a *provisoriedade*.

2 O eminente Desembargador Amaro José de Araújo, cuja recente aposentadoria privará a todos das brilhantes decisões proferidas no Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco, bem demonstrou a dificuldade do assunto, ao agradecer pedido de liminar formulado em mandado de segurança impetrado contra ato judicial que houvera negado pedido de tutela antecipada. Em sua decisão, afirmou: "... tenho que, conquanto haja fundada dúvida do cabimento da segurança nesta hipótese, em razão da nova sistemática do recurso do agravo, merece acolhida a sua pertinência. É que não se poderia pensar em atribuir efeito suspensivo ao agravo contra decisão que antecipou o pleito antecipatório." (Publicada no Diário de Justiça de Pernambuco, de 17.05.97, p. 06 - anexo).

3 *apud*, Athos Gasmão Carneiro. *O Novo Recurso de Agravo e outros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 77.

1 *Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitória*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 37.

No que respeita ao segundo requisito – *provisóriedade* – opõe-se à natureza satisfativa repudiada pela sistemática processual. No particular, Lopes da Costa ressalta que a medida cautelar inominada “não deve transpor os limites que definem a sua natureza provisória.”⁴

A esse respeito, tem sido pacífica a jurisprudência pátria:

“O juiz só pode determinar medidas provisórias, com base no art. 798 do CPC, quando houver fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, mas **terão que ser medidas cautelares e não medidas de caráter satisfativo.**”⁵

“É vedado ao juiz *a quo* decidir no processo cautelar o que só poderia ser discutido, equacionado e resolvido na ação principal.”⁶

“A medida cautelar não pode antecipar a prestação jurisdicional pleiteada no processo principal, pois isso equivaleria a dar-lhe o caráter de execução provisória de uma sentença que não existe.”⁷

Embora tais decisões refiram-se a medidas cautelares postuladas perante juízos de primeiro grau, devem ser levadas em conta, *mutatis mutandis*, aos casos em que haja recurso interposto junto a órgão de segunda instância.

Ora, na medida em que se permite ao relator, mediante medida cautelar, conceder a pretensão que fora negada no juízo de primeiro grau, restaria já satisfeito o pedido formulado no agravo de instrumento; restaria, é bem de ver, já reformada a decisão de primeira instância que houvera negado a pretensão ali formulada.

À evidência, a medida cautelar manejada na hipótese revestiria inquestionável feição satisfativa.

Daf por que, com a devida *venia* dos que se posicionem em sentido divergente, não se afigura possível o uso de medida cautelar para obter perante a segunda instância a decisão que não foi concedida pela primeira.

A par de tais entendimentos, avulta a orientação doutrinária no sentido de ser plenamente compatível com a disposição inscrita no art. 558 do CPC a concessão do efeito suspensivo contra decisão de teor negativo. No particular, impõe-se colher insumo de J. E. Carrera Alvim:

“No atual sistema, em que o processamento do agravo de instrumento é direto no tribunal, o relator dispõe tanto do poder de *suspender* a eficácia da decisão, em caso de provimento de conteúdo *positivo*, quanto do poder de conceder liminar ao agravante, nos próprios autos do agravo, no caso de provimento de *conteúdo negativo*. *De lege lata*, o legislador *minus dixit quam voluit* (disse menos do que queria).

Mais coerente com o espírito da reforma é a interpretação mais ampla do art. 558, *caput*, de modo a compreender ambas as hipóteses, evitando continue o mandado de segurança a ser utilizado para possibilitar ao agravante alcançar um resultado que pode ser obtido no bojo do próprio agravo.”⁸

De tal entendimento infere-se que caberá ao relator, desde que expressamente requerido e uma vez configurados os requisitos necessários e suficientes a tanto, **suspender** a execução da medida **deferida** pela decisão agravada, ou **conceder** a medida **indeferida** pelo juízo de primeiro grau.

O que se verifica, em verdade, é que o relator, nesses casos, nada mais faz senão antecipar efeitos do futuro e provável juízo de provimento recursal.⁹ Trata-se de

4 *Medidas Preventivas*. Belo Horizonte: B. Alvares, 2ª ed., nº 16, p. 21.

5 RT 542/230.

6 RT 556/201.

7 RT 684/100.

8 *Novo Agravo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, 2ª ed., p. 129.

9 Teori Albino Zavascki. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 120.

indubitável antecipação de tutela proferida em sede de agravo de instrumento.

Já se percebe que este último entendimento atende à feição instrumental que deve gizar o processo civil moderno. Atende, de igual modo, ao princípio orientador da hermenêutica jurídica segundo o qual *commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat*, ou seja, "prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, em vez da que os reduza à inutilidade".

Realmente, restaria inútil a alteração procedida no art. 558 do CPC, na hipótese de ter aplicação restrita aos casos em que se recorre contra decisão de cunho positivo ou concessivo.

Mais que a letra crua da norma, deve-se procurar sua razão lógica, os valores jurídico-sociais que lhe deram vida e o fim por ela colimado, restando aplicável a parêmia *odiosa restringenda, favorabilia amplianda* (restringa-se o odioso; amplie-se o favorável).

A utilização de mandados de segurança, medidas cautelares ou quaisquer outros incidentes que visem à consecução da prestação jurisdicional indeferida pela decisão agravada afigura-se desaconselhável, quando o pretendido efeito pode ser obtido nos próprios autos do recurso.

Desse modo, tornar-se-ia viável o objetivo da reforma, manifestamente voltado à eliminação do uso do *writ* contra atos judiciais, não o reduzindo à inutilidade.

Afora essas circunstâncias, o entendimento segundo o qual não seria possível a aplicação do art. 558 do CPC, quando se tratar de decisão indeferitória, conduziria à eliminação do princípio da unirrecorribilidade ou da taxatividade dos recursos.

Isso porque teria no conteúdo da decisão o critério para a definição do recurso cabível. Significa que, a

prevalecer aquele entendimento, o meio de impugnação contra as decisões interlocutórias deveria variar de acordo com o seu conteúdo. Se revestir feição positiva ou concessiva, seria cabível o agravo de instrumento com efeito suspensivo. Do contrário, ou seja, se ostentar cunho negativo ou denegatório, caberia o uso de mandado de segurança ou de medida cautelar junto ao respectivo tribunal.

Ora, é consabido que tal critério não vigora no sistema processual brasileiro, desde a revogação do Código de Processo Civil de 1939. Naquele diploma, diversificavam-se os tipos de recursos dependendo do conteúdo contido no ato decisório. Caso se decidisse acerca do mérito da questão, caberia apelação. Em não se julgando o mérito, o recurso admitido era o agravo de petição.

Diferentemente do antigo sistema do código revogado, os recursos previstos no atual diploma processual têm sua admissibilidade dependente do tipo de decisão, e não do conteúdo ou efeito que dela promana.

De fato, variam as espécies de recurso conforme o ato judicial praticado pelo magistrado. Sendo decisão interlocutória, deverá contra ela ser interposto o recurso de agravo, ou retido, ou de instrumento. Sendo, a seu turno, sentença, contra ela deverá ser interposto recurso de apelação.

Demais disso, é de se verificar que o relator, com fulcro no art. 557 do diploma processual civil, poderá, de logo, negar seguimento ao agravo de instrumento, quando for *manifestamente improcedente*.

À toda evidência, a disposição legal conferiu competência ao relator que, de regra, é atribuída ao órgão colegiado do qual faz parte. É bem de ver que, *in casu*, há manifesta antecipação do provimento final que deveria ser proferido pela turma ou câmara.

É forçoso admitir que, se poderá o relator negar seguimento ao agravo por verificar ser manifestamente improcedente, antecipando a provável decisão que seria exarada pelo colegiado, nada impede que reforme, desde já, o ato judicial agravado, antecipando, de igual forma, a provável decisão a ser proferida pelos seus pares.

Sem embargo da controvérsia instalada em torno do assunto e não obstante as insuspeitáveis opiniões divergentes, parece que o entendimento jurisprudencial vem se firmando no sentido de conferir interpretação inteligente ao disposto no art. 558 do CPC, a fim de permitir que seja concedida a pretensão que o agravante teve negada perante o juízo de primeiro grau.

À guisa de exemplificação, convém transcrever algumas decisões que confirmam a assertiva.

“Processo civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento *versus* Mandado de Segurança. O *novo agravo*, com a possibilidade de atribuir efeito suspensivo ao despacho atacado, teve como um dos objetivos restringir o uso do mandado de segurança. A lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995, que deu nova redação ao art. 527 do CPC, permitiu ao relator dar efeito suspensivo ao agravo ou, em caso de despacho de natureza negativa, conceder liminar. Assim, cabe à parte interpor agravo contra decisão que concedeu, ou negou, a liminar, e não impetrar mandado de segurança.”¹⁰

“Em sua nova sistemática, o recurso de agravo, que será dirigido diretamente ao Tribunal (art. 524 do CPC), enseja que o relator, a requerimento do agravante e desde que seja relevante a fundamentação, suspenda o cumprimento da decisão agravada, entre outros, nos casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação

10 Acórdão unânime da 2ª Seção do TRF da 1ª Região, proferido nos autos do Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 1997.01.00.007596-0-MA, relator Juiz Tourinho Neto, julgado em 30.04.97, DJU de 09.06.97, p. 41.702.

(art. 558 do CPC). Assim, mesmo em caso de urgência, é o agravo de instrumento, e não a via autônoma da ação de mandado de segurança, o meio processual adequado para controlar decisão judicial que indefere pedido de antecipação da tutela.”¹¹

Pelo que se verifica, com a modificação imprimida ao art. 558 do CPC, restou descabida a impetração de mandado de segurança contra ato judicial. Havendo recurso expressamente previsto contra decisão interlocutória, ao qual se poderá conferir efeito suspensivo, não há mais que se valer do *mandamus* como meio hábil à consecução de providência jurisdicional negada pelo magistrado de primeiro grau.

Na esteira de recente entendimento expressado pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda é possível a utilização do *writ*, “após o impetrante formular e ver indeferido o pedido a que se refere o Art. 558 do Código de Processo Civil”.¹²

Diante de tais razões, é forçoso concluir ser possível ao relator, com supedâneo no art. 558 do CPC, conceder o provimento judicial pretendido pelo agravante e negado pela decisão recorrida. Somente na hipótese de ser negado pelo relator a providência alvejada pelo agravante, poderá ser utilizado o mandado de segurança com vistas a evitar dano irreparável que resulte do indeferimento.

11 Acórdão unânime da 2ª Turma do TRF da 4ª Região, proferido nos autos do Mandado de Segurança nº 96.04.31418-1, relator Juiz Teori Albino Zavascki, julgado em 20.06.96, DJU 17.07.96, in RT 736/422.

12 Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, proferido nos autos do RMS 7.246/RJ, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 06.09.96, DJU 21.10.96, p. 40.201. Eis o inteiro teor da ementa do acórdão: “Processual - Mandado de Segurança - Ato judicial - Agravo de Instrumento - Efeito suspensivo - CPC art. 558 (L. 9.139/95) - 1 - Desde o advento da Lei 9.139/95, o Mandado de Segurança, para imprimir efeito suspensivo a decisão judicial, só é admissível após o impetrante formular e ver indeferido o pedido a que se refere o Art. 558 do Código de Processo Civil. II - Se o pedido de Segurança é anterior à Lei 9.139/95, nem por isto, o agravante perde a oportunidade de pedir ao relator, a suspensão do ato recorrido. Em tal circunstância, desaparece o interesse em obter o Mandado de Segurança.”

SOBRE A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: DESDOBRAMENTO DE UMA POLÊMICA

Maria Betânia Silva

Promotora de Justiça. Professora de Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE e da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP.

SUMÁRIO

1. Introdução
2. O problema visto de dentro pelo judiciário
3. O problema visto de frente pelo judiciário.

1. Introdução

Em artigo publicado no livro *Ação Civil Pública - Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*¹, o Prof. Arruda Alvim sustenta que a declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites ao exame de constitucionalidade de leis em sede de Ação Civil Pública.

A preocupação manifestada pelo Prof. Alvim, em linhas gerais, reside na possibilidade de que uma vez argüida e declarada a inconstitucionalidade de lei em sede de Ação Civil Pública, o efeito dessa decisão seria o mesmo daquele decorrente da declaração de inconstitucionalidade, pelo critério concentrado que é de exclusiva competência do STF.

¹ Edis Milaré, (coord.) *Ação Civil Pública - Lei nº 7347/85 - Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, pág. 152.

O Prof. Alvim, sintonizado com a realidade empírica, assinala que muitas vezes "propõem-se ações civis públicas, de forma desconectada de um verdadeiro litígio, com insurgência, exclusivamente, contra um ou mais de um texto legal e, o que se pretende na ordem prática ou pragmática é que, declarada a inconstitucionalidade de determinadas normas, não possam mais elas virem a ser aplicadas, no âmbito da jurisdição do magistrado ou do Tribunal a esses sobrepostos"². Acresce, ainda, como argumento à sua análise sobre a matéria, que o efeito *erga omnes* atribuído à decisão proferida em sede de Ação Civil, implica a restrição do papel do STF como Corte constitucional, ressaltando que, em tais circunstâncias, a decisão nascida de um caso concreto "abrange apenas parcela da Federação", deixando, portanto, o STF à margem do controle que lhe cabe efetuar.

Nesse sentido, conclui que ações civis públicas confeccionadas com o fim de obter a declaração de inconstitucionalidade de lei deixam de vislumbrar um litígio e por isso têm, segundo suas palavras, "...uma utilização distorcida..."³.

A leitura desse artigo do Prof. Alvim suscita alguns questionamentos, a partir dos quais deduz-se que a matéria se mostra polêmica. A esse respeito tive oportunidade de escrever um artigo na *Revista da Esmape*⁴, no qual desenvolvi um ponto de vista diverso daquele esposado pelo Prof. Alvim.

No referido artigo argumentei a favor da possibilidade de se argüir a inconstitucionalidade de lei em sede de Ação Civil Pública, considerando que esta ação, sempre que proposta, decorre sim de um litígio. Ressaltei que a

2 _____ Op. Cit. Pág.158.

3 idem.

4 Silva, Maria Betânia-Ação Civil Pública e Arguição de Inconstitucionalidade de Lei. *Revista da ESMape*. Recife: ESMape, A. T. n. 1, nov.1996. pág.446-464.

investida doutrinária contra essa possibilidade decorreria, ao meu ver, da falta de atenção à natureza do direito cuja tutela se busca mediante o ajuizamento da ACP⁵.

Sustentei que, sendo a natureza coletiva ou difusa do direito objeto da Ação Civil Pública a circunstância que determina o efeito *erga omnes* da decisão nela proferida, isso não poderia ser tomado como óbice ao exercício do controle de constitucionalidade pelo Judiciário, pelo critério difuso, ou seja, por via de exceção. Em última análise prendi-me à idéia de que, em sendo o sistema constitucional brasileiro do tipo jurisdicional, não se pode falar em restrições a essa atividade, sobretudo considerando o caráter democrático que esse sistema apresenta.

Sob essa perspectiva, então, improcederia a exclusividade da competência do STF como Corte constitucional, tal como defendida pelo Prof. Alvim.

Destaque-se, em vista desse entendimento, que não se tratou de admitir qualquer subtração ou redução do controle de constitucionalidade que é exercido pelo STF. Reconheceu-se, apenas, a partir de uma abordagem renovada do significado do texto constitucional para a vida jurídico-política do país, que a convivência do controle de constitucionalidade por via direta com aquele que se exerce por via incidental além de possível, há alguns anos caracteriza o sistema constitucional brasileiro. Nisso residiria o caráter político do papel do Judiciário, tornando a compreensão dos fenômenos jurídicos, na esfera constitucional, ainda mais complexa.

A breve retrospectiva quanto ao conteúdo desses dois artigos, cotejando-os, se fez necessária porque, nesta oportunidade, pretende-se, de novo, discutir a matéria neles tratada, enfocando-a a partir de um caso concreto.

Já se pode antecipar aqui a conclusão de que o refinado conhecimento processual do Prof. Alvim aliado

5 Ação Civil Pública. Abreviatura a ser usada ao longo desse artigo.

a sua intuição sobre a realidade forense do país, em princípio, contam a favor da sua tese. Todavia, insiste-se na renovada interpretação sobre o significado do texto constitucional⁶ e o efeito que isso produz para a compreensão da realidade jurídico-política do país.

O objetivo agora é tratar da arguição de inconstitucionalidade de taxa de iluminação pública em sede de Ação Civil Pública. Crê-se que essa questão deve ser do conhecimento de boa parcela da comunidade jurídica do Estado e talvez do país. Assim, abordá-la significa pisar em chão batido, de pés descalços, e ainda, sob um sol escaldante. Importa, porém, achar nesse caminho, que parece complexo e polêmico, uma sombra que nos abrigue e que nos salve da condição de "cidadãos-retirantes".

2. O problema visto de dentro pelo Judiciário

Em várias comarcas do Estado, o Ministério Público tem proposto Ação Civil Pública com o objetivo de impedir

6 A expressão: "renovada interpretação do significado do texto constitucional" é aqui empregada ante a falta de uma expressão mais sintética e precisa para traduzir a ideia de que, contemporaneamente, parece superada a visão estática do texto constitucional. Crê-se que essa visão tenha sido substituída por uma perspectiva dinâmica da Constituição haja vista a indiscutível plurivocidade que esse termo comporta. Nesse sentido, deve-se atentar para o fato de que apreender o significado do texto constitucional seja teoricamente, seja para dar-lhe aplicação num caso concreto, exige que se contemplem as várias possibilidades de interpretação da norma constitucional, o que sugere a existência de inúmeras soluções para o problema jurídico discutido. Assim, está-se diante de um novo processo de aprendizado sobre a função do texto constitucional na realidade jurídico-política. Isso significa ainda que, no plano concreto, o fenômeno jurídico é mais complexo do que se imagina. Em outras palavras, para uma mesma situação não há uma única solução, mas várias, fazendo-se a escolha daquela que se mostre mais adequada e razoável, no caso. Frente a isso, a mentalidade jurídica, de um modo geral resiste, objetando - embora sem se dar conta da própria resistência - que as várias interpretações para o significado do texto constitucional gera insegurança jurídica, quebrando a harmonia e unidade do sistema jurídico. Dessa atitude, extrai-se o substrato da crítica ao controle de constitucionalidade por via incidental. Contudo, convém despertar o operador do direito para o fato de que tema de suas tarefas, no processo de aplicação e interpretação das normas sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais, é a de promover a unidade do sistema e não descobri-la como um dado, já que a auto-suficiência do sistema jurídico não é absoluta. Em que pese a reconhecida autonomia operacional do seu funcionamento, é fato, que o sistema jurídico está conectado a outros sistemas sociais, deixando de apresentar a unidade que o jurista, comovimento, espera encontrar.

a cobrança da taxa de iluminação pública pelo Município. Calcada em dispositivos da Constituição Federal e da Lei nº 7.347/85 que legitimam o Ministério Público para agir na tutela de interesses coletivos e difusos, em dispositivos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e do Código Tributário Nacional, a Ação Civil Pública, nesse caso, tem por finalidade declarar a inconstitucionalidade do texto municipal que autorizou a cobrança da taxa de iluminação, desobrigando, em definitivo, os municípios do seu pagamento.

No pólo passivo dessa ação figuram, normalmente, o Município e a Celpe. Via de regra, pleiteia-se a concessão de liminar, que, não raro, é concedida e, não menos raro, a Ação é julgada procedente.

Sistematicamente, ao que parece, a Celpe ingressa perante o Tribunal de Justiça com um pedido de suspensão de liminar, aduzindo, em síntese, que o Ministério Público não poderia se valer da ACP para discutir a legalidade da taxa que é matéria de alta indagação; que a cobrança dessa taxa é legal, inexistindo inconstitucionalidade e que não é possível a concessão de liminar nessa ação, porque essa medida acautelatória adquire um caráter satisfativo.

Eis aí o âmbito no qual essa lide se delinea.

Mas não é interesse aqui discutir todos os aspectos que a questão envolve. Interessa, apenas, neste artigo, analisar em que termos é formulado o pedido na Ação Civil Pública que visa impedir a cobrança da taxa de iluminação pública, seja para fins de concessão de liminar, seja de julgamento definitivo. Para essa análise, no entanto, vai-se estabelecer uma correlação com a problemática constitucional que decorre da tese esboçada pelo Prof. Alvim, a qual, diga-se de passagem, encontra eco em significativa parcela da doutrina.

O fato de se circunscrever a discussão aos termos do pedido formulado na ACP, repita-se, decorre da polêmica já referida quanto ao controle de constitucio-

nalidade, pela via incidental, nesse tipo de ação. O que se constata é que em alguns das ações já processadas e julgadas, não parece possível, do ponto de vista processual e constitucional, dissociar o pedido de mérito do pedido liminar, sendo precisamente esse fato que chama a atenção e renova a necessidade de debater a tese do Prof. Alvim.

Com efeito, muitas das Ações Cíveis Públicas contra a cobrança da taxa de iluminação pública, via de regra, postulam em liminar e no mérito a mesma coisa. Na prática, liminarmente, requer-se a suspensão da taxa, sob o argumento de que sendo ela um tributo vinculado à atuação estatal e diretamente referido ao contribuinte-obrigado, a teor dos artigos 4º, II, 77, 79, II e III do CTN, a sua cobrança em relação ao tipo de serviço prestado, qual seja, a iluminação pública através do fornecimento de energia elétrica está desprovido das características desse tributo: especificidade e divisibilidade. Além disso, estaria ferindo o art. 155, I, "b" da CF⁷.

Ao que parece, quanto à discussão sobre as características da taxa como tributo, tal como regulado pelo CTN, a matéria não se revela tão polêmica. Afinal, sustentar que o pagamento da taxa de iluminação pública deriva de um serviço específico e divisível prestado pela Municipalidade ao cidadão, como indivíduo isoladamente considerado, é querer tapar o sol com a peneira. Pelas frestas jurídicas relativas a essa matéria vê-se a luz que ofusca a tese de todos quantos se posicionem a favor da conta mensal acrescida da taxa de iluminação.

Na verdade o cerne da questão não é de natureza tributária, mas processual e constitucional. Não interessa, propriamente, a consideração sobre a natureza legal desse

7 A respeito das características legais da taxa ver interessante artigo de João Batista Petersen: *Sobre a taxa de Iluminação Pública*, publicado no Informativo IBAF (Instituto Brasileiro de Advocacia Pública), Edição n.27, dez/1997.

tributo enquanto contraponto do direito material que se alega. Importa sim saber como a tutela desse direito foi requerida ao Judiciário.

Superada a problemática acerca da legalidade da taxa, considerando-se, então, que ela não poderia ser cobrada por resultar de um serviço indivisível e inespecífico, e ainda, por redundar numa circunstância de bitributação, em vista do que dispõe o art. 155, inciso I, alínea *a* da C.F., a confecção dessas ACP apresenta, ao que tudo indica, um deslize no que concerne ao pedido formulado na inicial.

Observe-se que a liminar para o fim de declarar a inconstitucionalidade da taxa produz, na prática, a suspensão de sua cobrança. Aliás, é nesses termos, geralmente, que o pedido de liminar é articulado. Isso significa que a lei municipal que instituiu esse tributo deixa de ter aplicação no município. Essa é, de fato e de direito, a consequência decorrente da declaração de inconstitucionalidade por via incidental, que se diferencia daquela proferida no controle abstrato cuja consequência, como se sabe, é a declaração de nulidade do texto legal impugnado, com a sua retirada do ordenamento jurídico.

Sucedo que, em geral, no mérito, formula-se pedido de suspensão definitiva da taxa de iluminação pública. Ora, em tal circunstância, como aliás tem sido a regra, se a liminar é concedida nada mais resta a discutir na sentença que julga o mérito da ACP. Sobretudo, em caso de procedência, no qual não se pode reverter o resultado da liminar. Trata-se, sem dúvida, de uma liminar satisfativa.

O caso se complica, quando, com base nesse aspecto, a Celpe busca, na instância superior, a suspensão da liminar concedida. Em que pesem os argumentos, geralmente expendidos pela Celpe sobre a legalidade da taxa e a inadequabilidade da ACP como instrumento processual

para questioná-la – o que revela o caráter extremamente polêmico do assunto – o argumento sobre o caráter satisfativo da liminar se mostra mesmo irrefutável. Inclusive porque, nessa circunstância, contraria-se o efeito da norma contida no art.475 do CPC.

Segundo essa regra: “*Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:*

- I – *omissis*
- II – *proferida contra a União, o Estado e o Município*
- III – *omissis*”

A circunstância de que muitas vezes a ACP já foi julgada no mérito e o pedido de suspensão de liminar ainda tramita na superior instância é particularmente grave. Nessa hipótese, está-se questionando, na prática, o efeito produzido pela liminar, a qual, na decisão de mérito, veio a ser confirmada.

Em tal situação, a análise do pedido de suspensão de liminar, salvo melhor juízo, parece subsistir na instância superior como oportuna porque, a teor do dispositivo acima transcrito, afinal de contas, a sentença proferida na ACP não deveria produzir os efeitos senão após sua confirmação. Donde se conclui inadmissível que a liminar desde o início da lide já estivesse produzindo o efeito que se interdita à decisão definitiva.

Como a circunstância aqui enfocada diz respeito à execução de decisão liminar, a rigor, dispensam-se maiores reflexões sobre se o que prevalece em sede de ACP é o poder cautelar do juiz contemplado no art.14 da Lei nº7347/85, segundo o qual se lhe faculta conceder o efeito suspensivo ao recurso interposto de decisão definitiva ou,

a disposição do Código de Processo Civil que adota como regra o efeito devolutivo aos recursos⁸, em geral.

Em todo caso, se quiser estender a discussão sobre a execução da decisão de mérito em ACP é preciso realçar que, afóra a disciplina do CPC acerca dos recursos em geral, prevendo como regra que esses somente são recebidos no efeito devolutivo, pela aplicação do disposto no §1º do art. 4º da Lei nº 8437/92 quando houver manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, admite-se o efeito suspensivo aos recursos interpostos de decisões definitivas proferidas, inclusive em ACP, conforme a avaliação efetuada pelo órgão que tiver conhecimento do recurso.

Na prática, frise-se, essa lei parece instaurar uma contradição quanto ao tratamento dispensado aos efeitos do recurso em ACP, tornando-se a regra e não a exceção, pois, comumente, ela é invocada pela pessoa jurídica de direito público contra a qual a sentença de ACP foi proferida para que o órgão jurisdicional da instância superior exercite o seu poder na concessão do efeito suspensivo ao recurso. Por conseguinte, acentua-se a tendência no sentido de que, em relação à ACP, a regra do sistema recursal constante do CPC cede lugar à aplicação das leis extravagantes que disciplinam os efeitos dos recursos.

Sobre essa tendência, numa breve digressão, cumpre notar que no plano jurídico-processual os inconvenientes

8. Ver CPC Comentado de Nelson Nery e Rosa Nery, que destacam a subordinação da ACP ao sistema recursal do CPC, embora, terminem por também ressaltar o poder de cautela do juiz como circunstância que o autoriza a conceder aos recursos o efeito suspensivo. Observe-se, porém, que nas decisões sobre a inconstitucionalidade da taxa de iluminação pública com a sua conseqüente suspensão, o magistrado não se ocupa de declarar qual o efeito que se deve emprestar ao recurso. A decisão em si já promove a execução imediata da sentença, fazendo com que a previsão do art.14 da Lei de ACP se torne desprovida de sentido e nisso reside o paradoxo.

são muitos. Na realidade, essa falta de uniformidade na legislação processual, com disciplinamentos esparsos acerca dos efeitos atribuídos aos recursos, retarda a prestação jurisdicional necessária à resolução dos conflitos. Na prática, em sede de ACP a reapreciação da matéria decidida no juízo inferior pode ficar na dependência, forçosamente, de um questionamento prévio acerca do efeito no qual o recurso deva ser recebido. Com isso, o interesse público que subjaz ao litígio e fora o móvel de sua discussão na esfera judicial, transforma-se em pretexto e argumento de um processo próprio que não é nem recurso, nem ação. É simplesmente pedido de suspensão de execução de decisão, segundo o qual se espera do juízo *ad quem* um pronunciamento favorável ao efeito suspensivo do recurso que, no juízo *a quo* não foi concedido.

Assim, em matéria de recurso em ACP, abre-se muita exceção para pouca regra. É, em última análise, acentua-se a tensão entre órgãos que, teoricamente, agem na defesa do interesse coletivo e difuso. De um lado, o Ministério Público – já que ele, na maioria dos casos, exerce a sua legitimidade para a propositura de ACP – e de outro, a pessoa jurídica de direito público contra a qual a ACP é proposta, o que prova a dimensão política da ACP como instrumento de resolução de conflitos de natureza interindividuais.

3. O problema visto de frente pelo Judiciário

Feitas essas considerações acerca do efeito dos recursos interpostos das decisões (liminar ou definitiva em sede de ACP), retome-se aqui a reflexão sobre o alcance que elas têm no objeto de análise deste artigo: ACP contra o pagamento da taxa de iluminação pública. É fato que suspender temporariamente o pagamento da taxa por considerá-la inconstitucional ou, definitivamente,

por força de uma decisão terminativa do feito, não tem muita diferença, na prática. Quando se decide pela suspensão no pagamento da taxa, através de liminar, desde então o Município fica desautorizado para cobrar esse tributo. Desde então, os munícipes se beneficiam do não-pagamento desse tributo. Assim, a sentença (decisão definitiva) com efeito *erga omnes* se torna uma confirmação do que a liminar já fizera.

Sob essa ótica, e especificamente quanto a essa questão da taxa de iluminação pública, parece que, como assinalou o Prof. Arruda Alvim, a arguição de inconstitucionalidade em sede de Ação Civil Pública não se constitui numa estratégia processual sustentável, pelo menos da forma como vem sendo feita. De fato, a arguição de inconstitucionalidade pedida em liminar e no mérito no âmbito dessas ACP, parece equivaler ao controle de constitucionalidade em abstrato.

No entanto, malgrado, essa constatação, ressalte-se que a equivalência aqui apontada não decorre do efeito *erga omnes* atribuído à decisão que encerra a ACP, argumento que foi exaustivamente utilizado pelo Prof. Alvim. A rigor, essa equivalência advém do fato de que, na prática, quando a lei que instituiu a taxa de iluminação pública é considerada inconstitucional no curso do processo, ela deixa de ter eficácia, de ter aplicação como se tivesse sido retirada do ordenamento jurídico municipal. Ou seja, a decisão proferida na ACP, dá impressão de que o seu efeito é o mesmo que decorre do controle abstrato de constitucionalidade de leis.

É aí que reside o cerne da problemática acerca da arguição de inconstitucionalidade em sede de ACP. Como articular um pedido de tutela de direito coletivo ou difuso baseado em lei considerada inconstitucional, senão pedindo, em liminar ou em definitivo, o reconhecimento desse vício?

A resposta, ao que tudo indica, não pode ser dada apenas mediante a consideração do modo de controle de constitucionalidade e dos seus efeitos. Faz-se necessário analisar esse modo de controle de constitucionalidade, por via incidental, em correlação com o direito material que se pretende ver assegurado através Ação Civil Pública e com a forma através da qual o pedido foi articulado.

Novamente, enfatiza-se a natureza do direito que se presta a ser tutelado pelo uso da Ação Civil Pública, pois conforme acentua Ada Grinover se reportando às posições de Villone, Denti e Vigoriti, a ACP "*Em primeiro lugar, é dado político que altera o conceito de processo, não mais entendido como clássico instrumento de solução de lides intersubjetivas, mas transformado em meio de solução de conflitos metaindividuais, por isso mesmo tipicamente políticos. Assim como se modifica o conceito de processo, muda o de ação, a qual se transforma em meio de participação política, numa noção aberta do ordenamento jurídico, em contraposição à fechada rigidez que deriva das situações substanciais tradicionais*"⁹

Assim, salvo melhor juízo, é a natureza coletiva ou difusa do interesse perseguido na ação, o que engendra certos equívocos de ordem processual, seja no uso da ACP, seja na análise teórica que dela se faz, mormente quando nela se discute a constitucionalidade de leis.

Acresça-se a isso o fato de que a inovação processual produzida pela Lei nº 7.347/85 não parece ter vindo acompanhada de uma nova visão sobre o que constitui um direito coletivo ou difuso. Ao que parece, existe certo descompasso entre a revolução processual operada pela previsão da ACP e a compreensão pela comunidade jurídica do significado do direito que ela visa a proteger.

9 Ada Pellegrini Grinover, *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos*, in *A Tutela dos interesses difusos*, coord. de Ada Pellegrini Grinover, São Paulo, Max Limonad, 1984, p.36.

Não se quer com isso afirmar que se desconheça a existência do direito coletivo mas, supõe-se que ainda há muita dificuldade em identificá-lo e, por conseguinte, de bem assegurá-lo através do instrumento próprio para sua tutela.

A esse respeito, anote-se a lúcida observação de Kazuo Watanabe ao afirmar que "*É necessário que a sociedade civil se estruture melhor e participe ativamente da defesa dos interesses de seus membros, fazendo com que o nova mentalidade que disso resulte, pela formação de uma sociedade mais solidária (art.3º, inciso I da CF), seja a grande protetora de todos os consumidores*"¹⁰.

Na questão objeto deste artigo, parece necessário, de antemão, que se tente identificar e definir qual o direito material cuja tutela e proteção se requer e que se sustente, como pedido de mérito da ACP, esse mesmo direito, pois, ainda, na esteira do ensinamento de Kazuo Watanabe "*A causa de pedir e o pedido são de particular relevância para a determinação de vários aspectos da ação*"¹¹. A isso ele acresce que "*Se o que expõe o autor da demanda coletiva como causa de pedir, no aspecto ativo, são os interesses ou direitos "difusos" ou "coletivos", cujas notas características são a natureza transindividual e o caráter indivisível, e no aspecto passivo, a violação desses mesmos interesses ou direitos, e formula ele o pedido de tutela coletiva desses interesses ou direitos transindividuais e indivisíveis, é suficiente uma só demanda coletiva para a proteção de todas as pessoas titulares desses interesses ou direitos, "indeterminadas e*

10 Citado por Ada Grinover, *O Processo em Evolução*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, pág.432.

11 _____, Apud Watanabe, Kazuo, *Demandas coletivas e os problemas emergentes na praxis forense*, artigo a ser publicado em obra coletiva intitulada *As garantias do Cidadão na Justiça*, sob a coordenação de Sálvio de Figueiredo Tenreiro, São Paulo: Saraiva, no prelo) pág.437.

ligadas por circunstâncias de fato', em se tratando dos "difusos" e de todas as pessoas pertencentes a um mesmo grupo, categoria ou classe 'ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base', em se cuidando dos "coletivos".¹²

Assim procedendo, para que a questão da inconstitucionalidade em sede de ACP seja admitida e devidamente posta, o primeiro passo nas Ações Cíveis Públicas ajuizadas contra o pagamento da taxa de iluminação pública é o de identificar o direito material que subjaz a essas ações. Levando-se em conta que a ACP é instrumento de defesa de direito material de natureza coletiva ou difusa, tudo indica que, no caso relativo à inconformação com o pagamento da taxa de iluminação pública, se busca obter a manutenção do serviço de iluminação municipal independentemente do pagamento de um novo tributo, além daquele que já incide sobre o serviço de fornecimento de energia elétrica.

O uso da Ação Civil Pública, em tais termos, sofre os ajustes que parecem necessários para evitar o seu desgaste. Dá-se assim um sentido adequado e mais racional a esse instrumento, de forma a compatibilizá-la com o sistema jurídico ao invés de colocá-la em contradição com ele, como ocorre quando se afirma que no seu âmbito não cabe a arguição de inconstitucionalidade de leis.

Dito de outra maneira, interessa ajustar o uso da ACP quanto ao problema da taxa de iluminação pública à sua finalidade, que é a de tutelar um direito que não pertence a apenas alguns indivíduos, mas a toda comunidade e em relação ao qual a população não pode diretamente arcar com o ônus, muito menos cada um dos membros dessa sociedade individualmente considerados.

A iluminação pública é serviço que beneficia a comunidade de um modo geral. Ele se presta tanto ao governo quanto aos governados. O seu custo depende tanto do pagamento dos tributos pelos governados, quanto da boa aplicação dos recursos arrecadados pelos governantes. Nessa linha de raciocínio, considerando a definição legal de taxa, prescinde-se de uma nova fonte de recursos para a prestação do serviço de iluminação. Por conseguinte, instituir uma taxa para fornecer a iluminação pública que constitui obrigação básica e genérica da administração, resulta em dar aparência de legalidade ao que o sistema jurídico interdita, consolidando uma prática administrativa distorcida.

À administração em qualquer esfera, federal, estadual e municipal cabe a prestação de serviços básicos à comunidade em decorrência dos impostos arrecadados para esse fim. Se a administração institui um tributo, como a taxa de iluminação pública, sob o argumento de que precisa de recursos para a prestação desse serviço, o ajuizamento de uma ACP sobre a questão torna-se um foro legítimo para discutir esse assunto, cabendo à municipalidade **comprovar**, como o faria em qualquer outra ação, **as questões de fato e de direito** que justificam a sua conduta. Afinal, o rito procedimental previsto nas ACP permite instrução e dilação probatória. Se a pessoa jurídica de direito público contra a qual Ação foi proposta alega a impossibilidade de prestar o serviço, deve-se-lhe exigir a comprovação do alegado, instaurando-se, por isso, a fase instrutória.

Assim fixados os limites da discussão, de um lado a defesa incondicional do direito de todos à iluminação pública, sem pagamento de tributos especialmente criados para isso, de outro, a comprovação da necessidade financeira de instituição do tributo e a possibilidade, no caso da taxa da iluminação pública, de somente fornecer

12 *ibidem*, pág. 438.

o serviço aos que pudessem subsidiá-los, estaria solucionado. doutrinária e processualmente, o problema da arguição de inconstitucionalidade em sede de ACP.

Em resumo, a liminar requerida poderia contemplar a suspensão temporária da taxa, com base no argumento de sua inconstitucionalidade, que, no caso, é questão prejudicial ao julgamento da causa e como tal deve ser tratada. E, nesse sentido, o pedido de mérito, que teria de reconhecer a inconstitucionalidade em definitivo, deve ir além dessa prejudicial, repousando na **suspensão definitiva da taxa de iluminação com a manutenção do serviço prestado nos mesmos níveis em que ele vinha sendo prestado antes da instituição ilegal desse tributo**. Seria, portanto, **a manutenção do serviço de iluminação pública** o direito difuso da comunidade, porque esse é o dado fático que subjaz tanto à criação da taxa quanto à propositura da ACP que, nesse caso, é instrumento de participação política no sentido mais amplo.

Ademais, o pedido formulado nesses termos processualmente contemplaria a possibilidade de condenar o réu ao cumprimento de uma obrigação de fazer : a prestação do serviço de iluminação pública. Este sim o objeto da ACP, ficando mais do que evidente que a inconstitucionalidade da taxa somente pode ser suscitada como uma questão prejudicial ao mérito da causa.

Sob essa perspectiva, por fim, não seria a inconstitucionalidade o objeto da ACP e tampouco seria correto que se interpretasse como objeto de ACP contra a taxa de iluminação pública uma obrigação de não-fazer, pois, o que se persegue como direito material da comunidade é a iluminação pública, serviço obrigatório e de envergadura constitucional a ser prestado pela municipalidade.

DANOS MORAIS*

Marupiraja Ramos Ribes

Juiz de Direito da 1ª Vara por Distribuição da Comarca de Belo Jardim. Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMape e da Faculdade de Direito de Caruaru - FADICA.

O dano moral, em verdade, difere, na sua constatação, do dano patrimonial. Geralmente deve ser comprovado o ato ilícito, sendo devidamente apurada, para efeito de fixação da responsabilidade do agente a sua culpa, excetuando os casos de incidência da responsabilidade objetiva.

No caso específico da Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público na Tragédia da Hemodiálise e contra o Instituto de Doenças Renais S/C Ltda., não foi preciso perquirir a culpa da Clínica, bastando a verificação do nexo de causalidade, para fixação de sua responsabilidade, aplicando-se ao caso em tela a responsabilidade objetiva em razão do Código de Defesa do Consumidor.

Na oportunidade, é interessante destacar uma passagem da sentença prolatada no caso da Hemodiálise de Caruaru, quando o Ministério Público emitiu seu pensamento quanto ao cabimento da apuração do dano Moral conjuntamente com o dano patrimonial.

* Palestra proferida no I Encontro dos Advogados do Banco do Brasil S/A de Pernambuco realizado em Caruaru de 20 a 21/10/97.

Vejamos:

"Quanto ao dano em particular, o autor entende que foi causado não só o dano patrimonial aos pacientes, como certamente o dano moral, afirmando assim, que além das regras estabelecidas pelo Código Civil para o ressarcimento de danos causados à integridade física, é cabível também, a reparação por danos morais".

A possibilidade de conjugação dos danos materiais e morais é plenamente possível, estampada tal permissão no texto constitucional e a sua aplicação no caso da Hemodiálise foi adequada, pois, além da vida de alguns pacientes, a Clínica prestadora de serviços de Hemodiálise, com a irregularidade da prestação do serviço de hemodiálise, deixou desesperados centenas de familiares daquelas indefesas vítimas de uma tragédia que fataliza e faz pensar na importância da vida humana, principalmente quando esta é retirada bisonhamente e sem razão de ser, pois a ação da Clínica não só atingiu a integridade física dos pacientes, mas causou dor e humilhações a eles e aos seus familiares, originando, assim, o dano moral.

Na visão de FLÁVIO DE QUEIROZ B. CAVALCANTI, na sua consagrada obra sobre *"Responsabilidade Civil Por Fato do Produto no Código de Defesa do Consumidor"*, a cumulação do dano moral com o dano patrimonial, além de possível juridicamente, é vista da seguinte maneira:

"Hoje, acertadamente, a questão se mostra pacificada pela admissão da cumulação, sendo, inclusive, objeto de enunciado da Súmula nº 37 da Jurisprudência dominante do Superior Tribunal da Justiça, assim vertida:

São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".

Prossigo assim com minha fundamentação, dizendo que os consumidores do serviço de Hemodiálise da Clínica

ré tinham certos de que receberiam naquela unidade hospitalar o tratamento adequado para solucionar sua doença renal, e no entanto deparam-se uns com a morte, outros com a contaminação de uma intoxicação irreversível, sendo assim, além da indenização material, cabível a aplicação da indenização por dano moral.

Na realidade, existem duas etapas distintas no estudo do dano moral, uma é a sua ocorrência, que deveras, em muitos casos é bastante complicada, para o operador do direito vislumbrar os casos de ocorrência do dano moral.

A segunda etapa, após comprovada a ocorrência do dano moral, é, sem dúvida, a fixação do valor a ser estabelecido para efeito de ressarcimento, já que, em muitos casos, não há elementos para a fixação do "quantum" perseguido por quem deseja ser ressarcido por dano moral.

No primeiro caso, a dificuldade encontra-se voltada para a dor moral, notadamente subjetiva. É muito difícil provar sua ocorrência, que é, portanto, presumida.

Os casos mais comuns de ressarcimento por dano moral, são os voltados à proteção da imagem, honra, dignidade e outros atributos da pessoa humana.

No caso das Instituições bancárias, o protesto indevido, a colocação indevida do devedor no cadastro de proteção ao crédito, ou mesmo a retirada tardia do nome no referido cadastro, a cobrança extorsiva de juros ou taxas bancárias e principalmente as cobranças coercitivas são muitas das situações que implicam o direito ao lesado em ajuizar Ação Indenizatória por Dano Moral, às vezes, acumulada de perdas, danos ou lucros cessantes.

A pessoa jurídica poderá ser autora de indenização por dano moral, todavia na hipótese de dano reclamado, ser a dor psicológica, só sentida por um ser humano, só será legítima a pessoa jurídica, se ajuizada a demanda pelo

seu representante legal e desde que o ato ofensivo ou lesivo tenha-o atingido também.

Em todos os casos por dano moral, o que se discute é o momento consumativo do dano, ou seja, quando nasceria para o pleiteante de tal ressarcimento, o direito de reclamar, ou melhor, qual é o momento em que a sua moral foi atingida.

É importante sabermos que existem várias dores que atacam a moral comum de um ser humano, como por exemplo a dor psicológica.

Em tais situações, apesar de aceita a presunção desse dano, só se consuma se existir uma ofensa à moral, relacionada à presunção de tal ofensa e dependente desta para a configuração do dano.

Realmente, se o dano é simplesmente moral e não exerce repercussão no patrimônio da pessoa atingida, ele não tem como ser provado, e por isso a regra de aplicação de sua incidência é o de constatar a existência da ofensa.

Por fim, e em matéria de dano moral, deve-se perquirir como calcular o valor indenizatório perseguido pelo ofendido.

As regras não estão bem definidas na Doutrina e na Jurisprudência, todavia observam-se, em quase todos os casos, os seguintes critérios:

- 1) A posição social e pessoal da vítima.
- 2) A condição econômica do ofensor.
- 3) A intensidade do dolo ou culpa, ou o quantitativo da dor ou da humilhação sofrida.
- 4) As circunstâncias em que ocorreu o evento.

Verificando tais elementos, é possível arbitrar valores em caso de indenização por dano moral, não se aplicando a realização da perfécia, incabível para tal procedimento,

porém, poderá o próprio julgador com os dados fornecidos pelo ofendido, que realmente deve dizer o quanto deseja, fixar por tais critérios acima relacionados, o valor do dano moral.

Quando ao julgador não é possível, por tais critérios, chegar ao valor correspondente ao dano moral pleiteado na ação indenizatória, o recurso utilizado pelos julgadores são os parâmetros previstos na Lei nº 4.117/62 e Lei nº 5.520/67, que, em ambos os casos, orientam o magistrado através de fixação do *quantum debeatur* por salários mínimos, sendo que tal regra é muito questionada.

Em verdade, questionáveis são as decisões a despeito de indenização por dano moral, a uma pela insatisfação do ofensor em não aceitar que seu ato gerou uma ofensa ao pleiteante da indenização moral e a duas porque após fixada a responsabilidade, em quase todos os casos, existe uma contrariedade contundente quanto aos critérios de fixação do valor a ser indenizável, além do que, os pleiteantes em muitos casos, pedem valores exorbitantes.

Entendo que, no julgamento de indenização por dano moral, é necessário que o magistrado seja por demais equilibrado em suas conclusões e esteja atento ao que realmente deseja o ofendido, já que é vedado o enriquecimento ilícito, devendo a dor moral ser reparada, mas não pode ser ela a fonte geradora de um enriquecimento repentino do lesado.

Com tais considerações, compreendo que o tema é bastante complexo, mas ao mesmo tempo motivante, pois as discussões em torno do dano moral apenas contribuem para que a matéria cada vez mais torne-se menos subjetivista, que em verdade é a característica mais forte do próprio dano moral.

Portanto, deve estar ciente aquele que fixa a responsabilidade por dano moral, de que sua decisão necessita

ser fundamentada sem que esta subjetividade contamine o conteúdo decisório, para que a contemplação vitoriosa dos demandantes em ações indenizatórias por dano moral não se revista de um deferimento indevido. Além disso, é preciso estar atento aos casos de legitimidade de quem pleiteia ou contra quem é demandado tal pedido e, ao final, possuir equilíbrio na fixação do valor indenizatório, restaurando com este tão-somente a perda alegada pela parte ofendida.

O ESTADO EM QUESTÃO: PRESENTE E FUTURO *

Neilson Saldanha

Professor de Filosofia de Direito da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE e dos Cursos de Pós-Graduação em Direito na Faculdade de Direito do Recife – UFPE.; membro do Instituto Brasileiro de Filosofia e da Academia Pernambucana de Letras.

SUMÁRIO

1. "Presentes" e "futuros". 2. O Estado como figura histórica. 3. Crises e teorizações. 4. Ainda as crises: aspectos correlatos. 5. Variáveis. 6. Observações finais.

1. "Presentes" e "futuros"

Uma reflexão sobre o futuro do Estado, ou sobre seu presente e seu futuro, envolve dificuldades análogas à de toda outra que se refira ao "futuro" e ao "presente" de qualquer instituição. A alusão ao tempo e à sua relação com as coisas, ao antes e ao depois, ou ao agora, corresponde à tomada de algumas referências norteadoras: assim as coisas de hoje são referências para a indicação de um fluxo que chega até elas, e para a cogitação concernente ao que possa ocorrer depois delas. A historicidade da vida humana e da experiência (a social e política inclusive) é algo incontestável, mas com frequência a sua compreensão

* Conferência pronunciada em Cruz Alta, RS, a 8 de outubro de 1997 no Simpósio sobre "O Estado no limiar do novo milênio".

tropeça na necessidade de demarcar porções de tempo, que nos fazem falar de épocas, processos e contextos.

Com frequência os homens que vivem em determinados períodos têm a impressão de testemunhar tempos especiais; parece-lhes ser peculiarmente difícil, crítica ou decisiva a época em que lhes foi dado viver. E então questiona-se a sobrevivência de certas coisas; pergunta-se se a "crise" (ou algo semelhante) permitirá a permanência da arte, a da família, a da moral, ou a do próprio ser humano. Desde Hegel tem-se pensado na extinção da filosofia, que, segundo certo modo de ver, se teria esgotado no grande e complexo sistema do mestre alemão. Pensa-se correlativamente no "fim da história", que no esquema hegeliano sofreria uma parada, quando o processo dialético se realizasse em seu estágio final.

O tema do "futuro" sempre se equaciona, obviamente, em função das estruturas do presente: o presente com sua precariedade e sua fugacidade. Dentro disto se vem colocando também, e sempre em ligação com a própria crise do humano, a indagação sobre as perspectivas da política, bem como a do Direito e a do Estado. Não por acaso se tem aludido, desde a primeira metade do século vinte, à morte do Direito e do Estado. Desde antes, aliás, se tivemos em conta a teoria de Marx sobre o perecimento do Estado, paralela – o que é curioso – às previsões dos liberais de seu tempo (Spencer por exemplo) sobre a redução do Estado ao mínimo.

A reflexão sobre presentes e futuros supõe contudo, como é óbvio, uma alusão aos passados: o "presente" é sempre um trecho, de extensão variável, que radica em outros trechos e nasce de momentos contíguos. No caso da alusão às instituições, o próprio conhecimento das formas presentes, bem como sua valoração, de que se parte para cogitar do futuro, implicam o conhecimento e a valoração das formas passadas, com sua carga de historicidade e de exemplaridade. No passado estão os modelos e os padrões, genéricos estes, específicos aqueles,

que a historiografia veio fixando, sobretudo a partir da imagem da polis, cuja conceituação demandou a comparação com formas outras, anteriores ao mundo helênico, ou contemporâneas dele. Ou seja, reinos, impérios, principados.

2 – O Estado como figura histórica

A linguagem didática utiliza, vez por outra, a distinção entre um "sentido amplo" e outro "restrito", para situar a abrangência de certos conceitos próprios das ciências sociais. Quando se menciona o Estado em sentido amplo, alude-se a todas as formações políticas soberanas, ou pelo menos autônomas, localizadas em determinado território. Em sentido restrito, o Estado se distingue de outras formações, e seu conceito se realiza peculiarmente no caso do chamado "Estado moderno", considerado como uma estrutura histórica específica. Mas, o que ocorre com a imagem do Estado moderno, ou seja, o fato de destacar-se historicamente durante o trecho final do feudalismo, em um processo de centralização e de concentração, pode ser observado também no advento do Estado romano, senão mesmo em outros casos.

O que quero dizer é que as imagens históricas não nos mostram apenas eventos particulares, mas também generalidades e permanências. Ao tratar do Estado, temos de ter em conta não somente as variáveis que sua figura apresenta, mas igualmente a própria persistência da figura. A permanência do Estado é certamente correlata das condições sócio-culturais que o possibilitam, incluindo-se nessas condições as formas de poder e de dominação que constituem o fenômeno estatal. É também correlata da permanência do direito e da burocracia.

Hegel, que aludiu ao Estado como algo que veio depois da família e da sociedade, atendendo à exemplaridade da história antiga, juntou as noções de Estado e de

Direito sob o conceito metafísico de "Espírito objetivo". Mas na geração de Max Weber começou-se a falar de dessacralização, e a pensar a racionalidade como categoria histórica ligada, de resto, à burocracia.

André Piettre escreveu que as sociedades nascem na religião e morrem na burocracia; a frase configura a linha da dessacralização, mas assinala na burocracia um sentido de terminalidade, reveladora da morte histórica das sociedades.

Mas, ao tratar de permanências e depois de citar Hegel, vale mencionar com este a idéia de *Aufhebung*, que corresponde à cumulatividade da experiência histórica, dentro da qual a sucessão dialética de negações, que arrastam afirmações e formam sínteses, se constrói da permanência ao menos parcial, do que é destruído. Assim o Estado "absoluto" pressupôs as demarcações nacionais, e criou uma ordem administrativa que foi mantida pelo Estado liberal. O Estado liberal trouxe um modelo constitucional, constante de poderes e garantias, que foi aproveitado pelo Estado dito social. As coisas mudam, as coisas ficam.

3. Crises e teorizações

Aludi algo acima à noção de crise, que aqui retomo com especial referência ao mundo ocidental posterior à Revolução Francesa. A indicação coincide mais ou menos com o consolidar-se do processo dessacralizador: as discontinuidades e os conflitos do mundo burguês e secularizado são crises na teoria e na prática, ou seja, no plano dos conceitos e no das instituições. Os problemas trazidos pelas revoluções ditas liberais, ou burguesas, foram problemas do Estado Nacional, definido desde seus inícios no tocante ao espaço, ou seja, ao território, mas indefinido quanto às formas internas e às opções ideológicas. A crise do Estado nacional se esboçou desde que a referência aos direitos

individuais trouxe um potencial desmentido ao poder compacto da ordem estatal; isto foi observado, há décadas, por Gino Gorla. O modelo do Estado nacional envolveu, de qualquer sorte, diversos contrastes e implicou diferentes conotações, estudadas em livro clássico por Friedrich Meinecke. A tudo isso cabe somar enfim a crise do próprio fenômeno nação, verificada nos dois últimos séculos, desde que a imagem romântica do ser nacional passou a ser combatida pelas teorias que preferem aludir a classes do que a povos, bem como pelo internacionalismo e pelo plurinacionalismo que se tornaram crescentes. A chamada crise do Direito, registrada de diferentes modos a partir de certo trecho do século corrente, tem relação com a crise do modelo racional de ordenamento jurídico, que supunha a validade de alguns conceitos basilares, e que supunha o Estado como garantidor da aplicação das normas: o Estado nacional, soberano e legítimo.

Mencionando mais uma vez o pensamento de Hegel, cabe repetir que em sua doutrina o advento do Estado pressupõe a experiência da família e a formação da sociedade: passagem do espírito subjetivo ao objetivo. Não é necessário adotar as expressões de Hegel a respeito da essência do Estado (seu caráter divino ou semi-divino); mas de qualquer sorte parece válido reconhecer que a estruturação do Estado, tanto no mundo antigo quanto no Ocidente pós-medieval, envolveu a consolidação do chamado espaço público, que Habermas estudou em livro conhecido, e que Hannah Arendt analisou na obra sobre a condição humana. O espaço público como núcleo comum e destarte "político" da convivência urbana e da ordem social; o Estado como organização de funções em torno desta ordem e daquela convivência.

4. Ainda as crises. Aspectos correlatos

Aludi ao Estado moderno com seus estágios, que de certo modo correspondem aos estágios da seculari-

zação, consolidada com o iluminismo e continuada após ele. Secularização sempre significa crise, quer se trate do mundo grego e romano, quer do ocidental.

O Estado ocidental moderno estruturou-se paralelamente à formação do capitalismo e da sociedade burguesa. Em sua estruturação incluiu-se o triunfo do direito legislado sobre o costumeiro, bem como o do liberalismo que redigiu constituições e fixou direitos e garantias. Pouco acima falei do Estado liberal, colocado como um passo dentro da acumulação dos modelos constitucionais, que vão da unificação administrativa, operada no âmbito do absolutismo, ao sentido "social" da extensão dos direitos e dos serviços, próprio da fase que sucedeu às garantias liberais.

Crises e estágios estão também no processo histórico do chamado Estado de Direito: primeiro a constitucionalização, obra ainda do legalismo vindo da fase absoluta, depois a consolidação dos direitos, depois as crises surgidas ao tempo do chamado Estado social, que promoveu o "bem estar" mas interveio na vida concreta das nações, na econômica sobretudo. O mesmo se diga do processo histórico da democracia moderna, com as alusões à soberania popular em Altúcio e em Rousseau, e com o desdobramento dos ismos despertados no século dezenove.

Desde o século dezenove vivemos este tempo de crises, no qual as grandes formas históricas permanecem, mas por toda a parte alteradas e em dificuldades. Tal ocorre com a família, com a Escola (inclusive com a Universidade), e certamente com o Estado. Também com o Direito, obviamente. Vivemos, como na teoria jurídica já se tem acentuado, um tempo de decodificações, a idade da decodificação para usar a expressão de Irti. Massificação e decodificação, e nos termos de certos filósofos "desconstrução": ou seja, fragmentação e desestruturação.

saturação e esvaziamento, como se as formas consagradas na tradição fossem viradas ao avesso.

Evidentemente tudo isso traz à baila a crise da idéia de sistema, na filosofia e nas ciências sociais, na jurídica inclusive. Crise relacionada com a do racionalismo, que havia justificado o Estado e construído a exigência do sistema, havia criado os códigos e definido as linhas centrais da ordem jurídico-estatal. Crise, portanto, da própria imagem das relações entre o Estado e a sociedade, que o contratualismo havia delineado do modo mais harmônico possível, e que os abalos revolucionários e pós-revolucionários haviam comprometido. O problema inclui as alterações da própria configuração da sociedade, deslocada do modelo nacional surgido com o Estado absoluto. A planetarização, por um lado, e o ressurgimento dos particularismos, por outro, têm, nos decênios mais recentes, complicado o perfil das sociedades nacionais.

A este respeito vale mencionar o problema da soberania. As reformulações do convívio entre os Estados e das hegemônias internacionais transformaram substancialmente a noção e a experiência da soberania, inclusive dentro dos contextos correspondentes à formação de "comunidades" e de associações específicas. Não creio que possamos prever, com clareza, o que virá a ser dessas associações.

5. Variáveis

A pergunta pelo futuro do Estado deve, por tudo isso, ser feita dentro de um questionamento sobre o destino das sociedades nacionais, da politicidade e do plano institucional da vida histórica. Estou falando de politicidade no sentido – já utilizado em outros textos – de conjunto das estruturas institucionais que constituem o viver dos homens. Acima foi visto que a crise do Estado se liga genericamente à das instituições. Destarte seu futuro não se desliga do das

estruturas que perfazem o que se chama de sociedade: o que pode alterar-se é o modo como sociedade e Estado se vinculam. A alusão certamente deve estender-se ao Direito; ambos os "futuros", o do Estado e o do Direito, são imponderáveis, como todos os futuros, mas por certo não ocorrerão gratuitamente.

A oposição ao Estado vem, ultimamente, procedendo de dois pontos bastante diversos. Temos tido a crítica do Estado por parte de uma certa crítica meio marxista, que o reduz à função de "dominação" e que fala confusamente do "mito" do Estado; e têm-la tido partindo dos políticos e economistas ditos neo-liberais, que preconizam a diminuição do Estado, como se preconizava ao tempo do *laissez-faire*. Entretanto a redução do Estado a um sentido de mito, ou a um processo de dominação, omite a sua realidade histórico-política, ligada à evolução das estruturas sociais como um todo. Por sua vez, a referência ao "tamanho" do Estado, com o pleito por uma diminuição, traduz quase sempre os interesses do capitalismo globalizador e privatizante. Com frequência esse pleito deixa de lado o tema das relações entre a função de governar e a de administrar, ambas próprias do Estado, ambas irreversivelmente inseridas na figura daquele Estado "prestador de serviços" mencionado há tempos por Laski e por Duguit, por Forsthoft posteriormente. A presença positiva do Estado corresponderá ao volume do que a sociedade lhe cobra em termos de serviços; tentar reduzir o Estado a um mínimo é esperar que as demandas sociais desapareçam, ou que sejam atendidas dentro da dimensão privada – o que coloca, para a dinâmica política, problemas delicados. Creio aliás que, a estas alturas dos tempos, o hiperprivatismo é uma utopia perigosa.

Uma variável que deve ser tida em conta corresponde, contudo, à questão das formas de governo. Em momentos outros a discussão sobre o assunto consistiu basicamente na

análise da monarquia, ou da república, na contraposição entre ambas ou na construção de um esquema tripartite, retirado de Aristóteles (que por sua vez pressupusera Heródoto e Platão). No século vinte o contraste mais relevante ficou sendo entre autocracias e democracias, com um reiterado debate sobre as bases, os tipos e o destino da democracia. Este destino depende seguramente das relações entre poder e sociedade, envolvendo-se aí questões de técnica e de ideologia, concernentes a regimes, sistemas eleitorais e partidos. As dificuldades da democracia, sempre ressurgentes (sobretudo nos países periféricos), comprometem a reflexão objetiva sobre o perfil do Estado.

Por outro lado, alterou-se profundamente a situação dos Estados nacionais em face da comunidade internacional, já pela implacável invasão das informações, já pelo estilo das novas hegemonias. Até a Segunda Guerra, para tomarmos uma referência, os problemas internos de cada nação, e de cada Estado, eram realmente internos e não havia maior intromissão sobre eles – mesmo com os organismos internacionais surgidos no fim do século dezenove ou após a Primeira Guerra Mundial. Hoje temos a permanente interferência de organizações privadas em problemas nacionais ou locais; temos além disso a fiscalização dos governos nacionais por parte de certas entidades econômicas, como o FMI, na verdade controlado pelos Estados Unidos. Com isso retornamos ao tema da soberania e bordejamos, de novo, a questão das "comunidades" que agrupam nações, ou Estados, sem entretanto tratar-se da velha figura das uniões de Estados.

Outra variável, que incide sobre o tema, (e em relação com o item precedente) é a diferença existente entre os diversos "mundos" em que a linguagem política vem dividindo a humanidade: do segundo deixou-se de falar, desfeita a União Soviética, mas o terceiro se desdobra às vezes em um quarto, conforme critérios e momentos. O

subdesenvolvimento, contra o qual lutam os países latinoamericanos e africanos, bem como outros da Ásia, pede sempre a ação do Estado como agente econômico e como modernizador, embora os governos possam, naqueles países, conduzir políticas contraproducentes e antipatrióticas.

6. Observações finais

Não compartilho, como já se percebeu, das posições que combatem a existência do Estado: tanto as que vêem nele simples expressão de um predomínio de classe, como as que nele enxergam um estorvo para a vida econômica. Penso, e já toquei no assunto, que na dinâmica da história certos momentos da experiência política são cumulativos: e daí o Estado moderno ter conjugado a unidade administrativa com as garantias constitucionais, vinda aquela do absolutismo, estas dos esquemas liberais. E sobre esses esquemas se apoiariam as funções do chamado Estado social, em suas variantes, bem como, aliás, os desdobramentos dos direitos ditos sociais.

Ao apontar para estes aspectos, que revelam continuidades e transformações, constatamos a presença do Estado como um dado histórico, com seu perfil político e sua conexão com a ordem jurídica. Deste modo entendemos o Estado como um correlato do poder legítimo: pessoalmente não sei imaginar um direito sem Estado – mesmo sem me ter como “juspositivista” – nem uma sociedade sem Estado: legitimidade, funções, aplicação do Direito, tudo isto supõe o Estado, ainda que reordenado em seus contornos dentro das novas comunidades, ou redimensionado pelas pressões da “globalização”. Considero uma utopia a concepção de uma ordem constitucional sem o Estado. Os autores que falam em sociedades sem Estado (aqui recordo o conhecido livro de Pierre Clastres, de 1974, como a respeito de direito

sem Estado citaria a recente obra de Cohen-Tanugi), se acham muito mais ligados ao estudo empírico dos indígenas do que propriamente à teoria do Estado. Entretanto, citaria um texto relativamente recente do professor Jorge Vanossi sobre a crise e a transformação do Estado moderno, expressando posição análoga à que aqui defendo, e chamando a atenção para os problemas ético-políticos que cercam a questão da crise do Estado (1).

* * *

Provavelmente os mecanismos de internacionalização técnico-político-econômica, que tão visíveis e ostensivos se acham hoje, reordenarão o mundo em função de interesses hegemônicos. É possível, porém, que não destruam os ordenamentos jurídico-estatais. Quando afirmo que a sociedade e o direito necessitam do Estado, penso que as sociedades nacionais seguirão existindo, por algum tempo ao menos, e que durante esse tempo o Estado existirá em cada âmbito nacional como estrutura, ainda que, possivelmente, em certos casos a soberania como poder efetivo tenha sido suprimida. Não se pode prever o futuro das grandes oligarquias internacionais, como não se pode saber o destino das minorias étnicas. É possível que o império norteamericano entre em dificuldades, e que povos hoje inferiorizados reencontrem seu caminho.

Não sei também que rotas a democracia seguirá. A universalização do sufrágio, por via tecnológica, será ou não um benefício para a situação concreta do povo, em cada país ou região, em face do poder dos governos e dentro das miragens que a chamada “mídia” oferece. Não sei se se podem prever resurgências da autocracia, sempre pensáveis em face da massificação que ocorre por toda a parte, e dos ressentimentos latentes. O pluralismo de formas é uma experiência importante, mas ocorre com elas o que

ocorre com a temática das formas de governo: constituem assuntos que principalmente interessam à classe média.

Em nosso país, onde — para usar uma frase de Tobias Barreto — o Estado se criou antes da nação e se tornou mais organizado do que ela, em nosso país a questão do Estado oscila hoje entre os ataques casuísticos dos neo-liberais e o democratismo meio vago de certas esquerdas, sem que se delineiem com clareza os contornos de um Estado que promova o desenvolvimento sem adernar para o autoritarismo. Creio que nenhum “ismo”, sozinho, poderá conduzir nosso país nos dias que correm: pessoalmente pensaria em uma socialização no plano econômico, aliada a um indeclinável liberalismo no concernente às estruturas constitucionais: uma espécie de “constituição mista” (com remissão a Políbio e Fortescue mas em outro sentido), com um freio nas privatizações prejudiciais à nação, e com um Estado repensado a sério. Um Estado apto a reeducar o povo, e a reabilitar-se em função do povo.

Nota:

- (1) — “Crisis y transformación del Estado moderno”, em G. Carcassone e outros, *Transformaciones del derecho público* (Ed. Ciudad Argentina, B. Aires 1994). A edição do livro de Clastres de que disponho é a tradução brasileira *A sociedade contra o Estado*, Francisco Alves 1978; do de L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État*, col. Quadrige, ed. PUF, Paris 1992 (1ª edição em 1985).

CONCEITO DO DIREITO CIVIL

Silvo Neves Baptista
Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE e da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP.

SUMÁRIO

1. *Ius Civile, ius proprium civitatis.* 2. *Ius Civile, ius Gentium.* 3. *Ius Civile, ius Gentium, ius Naturale.* 4. *Ius Civile, ius Honorarium.* 5. *Ius Civile e ius Canonicum, ius Commune e ius Proprium.* 6. *Common Law.* 7. O Direito Civil como direito privado geral.

Não se pode conceituar o direito civil através de uma definição válida para todas as fases da sua história¹. Direito Civil já significou o “direito de um povo”, o “direito do povo romano”, ora em oposição ao direito das gentes, ora em oposição ao direito honorário criado pelos magistrados; o direito que tem por fonte a lei, o plebiscito, os *senatus-consultos* e decretos dos príncipes; direito diverso do direito natural e do direito canônico; direito ao mesmo tempo “público e privado”; ou só “direito privado”, confrontando-se com o direito público.

¹ HERNANDEZ Gil, *El Concepto del Derecho Civil*, pág. 9 e 17, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943.

1. Ius Civile, Ius Proprium Civitatis

Para os antigos, *ius civile* expressava o direito de um determinado povo. Falava-se assim no direito civil dos atenienses, dos espartanos, dos romanos (*ius proprium civium romanorum*). Esse significado do *ius civile* aparece em diversos textos das Institutas e do Digesto. Quando se referiu às variadas acepções do direito, Paulus definiu o direito civil como aquele que, em cada cidade, é útil para a generalidade das pessoas – *quod omnibus aut pluribus in quaquo civitatis utile est, ut est ius civile*. (D.1.1.1.11). Gaius, depois de estabelecer o paralelo entre o *ius civile* e o *ius gentium* concluiu que frente ao direito comum o direito civil é o próprio de um determinado povo: *nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis* (D.1.1.9.). O conhecido conceito de obrigação constante das Instituições justinianéias alude também à noção do direito civil como o direito de um certo povo (*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis iura – Inst. III, tit. XIII, de obligationibus*)... “segundo o direito de nossa cidade”.

O *ius civile* era aplicável aos que integravam uma *civitas* determinada, e o *ius civile romanorum* (*ius Quiritium*), o direito próprio da cidade romana.

2. Ius Civile. Ius Gentium

Ao lado do *ius civile romanorum* havia o *ius gentium* formado por instituições e normas comuns a outros povos (especialmente aos povos civilizados que habitavam em volta do Mediterrâneo), introduzido em Roma pela atividade pretória, e destinado originariamente a resolver as pendências entre peregrinos e cidadãos romanos ou peregrinos entre si.

A distinção entre o *ius civile* e o *ius gentium* tinha à época grande importância prática, porque enquanto os estrangeiros ou peregrinos que residiam em Roma (gregos, fenícios, judeus) se regiam pelo *ius gentium*, o *ius civile* era reservado unicamente para disciplinar as relações entre romanos.

Escreveu R. Sohm² que “a história do direito romano teve dois grandes períodos: a época do direito da cidade (até o último século da República) e a época do direito universal (no tempo do Império). No primeiro, prevalece o direito estrito, formal e nacional – o romano (latino) – o direito civil à moda antiga, no segundo, o direito equitativo, livre de formas, à mercê do comércio internacional (*ius gentium*) e do intercâmbio do romantismo e helenismo – o direito civil do futuro”.

Diante da impossibilidade do *ius civile* resolver os conflitos gerados pelo comércio internacional, o *ius gentium* foi sendo lentamente introduzido em Roma, num processo de assimilação semelhante ao que se verificaria mais tarde com a recepção do direito romano na Alemanha³. A recepção do *ius gentium* não representou uma incorporação artificial de um conjunto de leis contra o ordenamento jurídico recipiente. Ao contrário, a exemplo do que ocorreu com outras recepções, a aplicação do *ius gentium* consistiu numa absorção gradual do direito de povos estrangeiros, tornando-se imperceptível no momento

2 “So ergeben sich zwei grosse Perioden der römischen Rechtsgeschichte: die Zeit des Stadtrechts (bis in das letzte Jahrhundert der Republik) und die Zeit des Weltrechts (die Kaiserzeit). Dort (zur Zeit des Stadtrechts) ueberwiegt das strenge, formale, national-römische (lateinische) Recht (ius civile alter Art), hier (zur Zeit des Weltrechts) ein billiges, formfreies, aus dem Weltverkehr (ius gentium) und der Wechselwirkung römischen und hellenischen Wesens hervorgegangenes Recht (das ius civile der Zukunft)” (R. SOHM *Institutionen, Geschichte und System des Römischen Privatrechts*, pág. 46, 17ª Auflage, Verlag von Duncker & Humblot, München, 1933).

3 BAPTISTA, Sílvia Neves. *Recepção do Direito Romano*. Vox Legis, nº 157, jan/1982.

histórico em que se verificou. Lembra F. Wieacker⁴ que “a palavra ‘recepção’ dá lugar ao erro de acreditar que o direito estranho possa, em geral, ser aceito por um povo vivo, sem que seja anexado totalmente, e conseqüentemente transformado. Favorece esse equívoco a admisão superficial de que o “direito” seja uma coisa acabada para sempre, previamente dada, que se pode colher e transmitir, quando na realidade é uma integração cultural e estratificação sumamente complicada, uma estrutura ordenada de processos coletivos históricos, sociais, éticos, intelectuais e psicológicos”. E, acrescenta mais adiante o mesmo autor, que “toda recepção é, ao mesmo tempo – como todo processo metabólico – uma assimilação; um povo só pode, sem deixar de viver, aceitar um direito estranho, se tal direito faz parte integrante de sua própria vida e pensamento”.

O *ius gentium* incrustou-se de tal maneira no *ius civile*, através dos Editos do Pretor, da jurisprudência e da legislação imperial que, além de oferecer solução de pendências entre cidadãos romanos e peregrinos e de peregrinos entre si, terminou sendo aplicado às lides entre os próprios romanos, nas contendas resultantes do tráfico internacional. Dessa maneira, o *ius gentium* passou a ser considerado parte do direito nacional, integrante do *ius civile*, naquilo que era comum a todos os povos. Foi por isso que Bonfante⁵ definiu o *ius gentium* como “aquele conjunto de normas que os romanos tinham em comum com os povos civis da antigüidade ou que aqueles criaram nas relações com estes”.

Assim o *ius gentium* fez com que o *ius civile* deixasse de ser o “direito de um povo determinado” para transformar-se em “direito universal”.

4 F. WIEACKER, *História del Derecho Privado de la Edad Moderna*, pág. 91, trad. esp. de T.F. Jordón, ed. Aguillar, Madrid, 1957.

5 P. BONFANTE, *Istituzioni di Diritto Romano*, pág. 17, 6ª edição da Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1917.

3. *Ius Civile. Ius Gentium. Ius Naturale*

A trílice divisão do direito em *ius civile*, *ius gentium* e *ius naturale* traduz uma dupla antítese⁶: uma entre o *ius civile* e o *ius gentium*, e outra entre o *ius civile* e o *ius naturale*. A antítese entre o *ius civile* e o *ius gentium* leva em conta as pessoas ou as relações a que se sujeitam as suas respectivas incidências. A contraposição entre o *ius civile* e o *ius naturale* é feita basicamente em razão da fonte que inspira a norma: o *ius civile* criado na maioria das vezes pelo legislador e, por exclusão, o *ius naturale*, comum a todos, fruto das necessidades naturais do homem.

Não se estabelecia antítese entre o *ius gentium* e o *ius naturale*. Ao contrário, na quase totalidade dos textos latinos, aparecem ambos com um único sentido. Nas Institutas de Gaio, por exemplo, I,II, *de jure naturale, gentium et civili*, § 1º, o direito das gentes é confundido com o direito natural: “O direito é dividido em civil e das gentes. Todos os povos que se regem por lei e costumes usam em parte o seu próprio direito, e em parte o direito comum de todos os homens; pois o direito que cada povo constitui para si, esse é o seu próprio e se chama direito civil, ou o direito próprio da cidade. O que a razão natural estabelece entre todos os homens, e se observa uniformemente entre todos os povos, se chama direito das gentes” (*ius autem civile vel gentium ita dividitur. Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*).

6 Escreve P. BONFANTE, op. cit. pág. 16, que “questa tripartizione si resolve in una duplice antitesi, perché il *ius civile* assume, di nuovo anche in questo più ristretto uso un significato diverso, secondochè è opposto al *ius naturale* o al *ius gentium*.”

A despeito da definição do *ius naturale* que inicia o Título II das Institutas – *ius naturale est quod natura omnia animalia docuit* – e da alusão à tripartição do direito no enunciado do referido Título (*de iure naturali, gentium et civili*) provenientes ao que tudo indica de uma interpolação dos compiladores justinianeus⁷, a verdade é que nos comentários de Gaius, logo abaixo da definição do *ius naturale*, só aparece a bipartição do direito em civil e natural, sendo o *ius civile* o que cada povo adota para si, e *ius naturale* o que pertence a todos os homens, e que usam todos os povos (...*quasi quo iure omnes gentes utuntur*), incluída pois no conceito deste a noção do *ius gentium*. A divisão tripartite surge apenas em fragmentos do Digesto atribuídos a Ulpianus, pelo que se conclui que além de Ulpianus provavelmente ninguém mais a adotou⁸.

A concepção romana do *ius gentium* como “direito natural” atribuída ao *ius naturale* o carácter de direito positivo, já que o Pretor Peregrino aplicava aos estrangeiros as normas do direito das gentes, comuns a todos os povos.

As fronteiras da divisão tripartite somente seriam demarcadas alguns séculos depois com a Escolástica, ocasião em que o *ius civile* definido como o direito positivo criado pelos homens; o *ius naturale*, o direito derivado das necessidades naturais inerentes a todos, e anterior à vontade legislativa; e o *ius gentium* com duas fontes distintas: o direito das gentes natural, cuja fonte era a razão,

7 MARQUES, Júlio. *Comentários a las Instituciones de Gaius*, pág. 3, Ed. Tercer Mundo y Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 1968.

8 SALIVAS et BELLAN sustentam que “la conclusion à tirer de ce qui précède est donc que la division tripartite d’Ulpian n’avait que son auteur pour partisan. Justinien lui-même, reconnaissant son insanité, l’abandonna complètement, après l’avoir donnée au commencement de ses Institutes” (*Éléments de Droit Romain*, vol. 1, pág. 13, Ed. Girard et E. Briere, Paris, sem referência ao ano de publicação). Textos alusivos à bipartição: Inst. I.1.189; 2.65 e 73; 2.66 e 69; I.158; D.41.1.1; D.43.18.2. Textos alusivos à tripartição: D.16.3.31. Alguns autores, sem justificação convincente, alegam que a bipartição correspondia ao período clássico e a tripartição, ao direito romano-justiniano (cf. HERNANDES GIL, op. cit., pág. 42, nota 47).

e o direito das gentes positivo, que tinha como fonte a vontade do Estado⁹.

4. *Ius Civile. Ius Honorarium*

Enquanto a distinção ente o *ius civile* e o *ius gentium* era feita em função das pessoas ou da natureza das relações jurídicas, a diferença entre o *ius civile* e o *ius honorarium* (também chamado *ius praetorium*) residia nas fontes que deram origem às normas jurídicas: o *ius civile* tinha como fontes a lei, o costume, os plebiscitos, os senatus-consultos, as responsa prudentium, as constituições imperiais, enquanto que as fontes do *ius honorarium* eram os editos dos magistrados – pretores, edis curuis e governadores de província¹⁰. Papinianus fez esta distinção em fragmentos constantes do Digesto I.1.7. § 1: “*ius autem civile est quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit et ius praetorium est quod praetores introduxerunt, adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam: quod et honorarium dicitur, ad honorem praetorum sic nominatum*”.

O *ius honorarium* foi o grande responsável pela expansão do *ius gentium* entre os romanos. Não que a esfera de atuação do *ius honorarium* coincidissem com a do *ius gentium*, porque, como adverte De Francisci¹¹, “o edito contém institutos de criação pretória que no começo foram aplicáveis só aos cidadãos, enquanto a característica do *ius gentium* é a de ser aplicável tanto a estes como aos estrangeiros”. Aliás, havia duas espécies de magistratura: a do pretor urbano, que era exercida na cidade, limitando-se a dirimir as controvérsias entre os cidadãos romanos, e

9 A VERDROSS, *Derecho Internacional Público*, pág. 55, trad. esp. de Truyol y Sena, Aguilar, Madrid, 1961.

10 SÍLVIO MEIRA, *Instituições de Direito Romano*, 1ª vol., págs. 44 e 45, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1971.

11 in HERNANDEZ GIL, op. cit., pág. 35, nota 39.

a do pretor peregrino, com competência para resolver os litígios entre cidadãos e peregrinos, ou destes entre si.

De fato, o *ius honorarium* nunca constituiu um conjunto de regras opostas as do *ius civile*. Ao contrário, ele sempre funcionou como instrumento de atualização do *ius civile*, ora restringindo, ora completando ou ampliando suas normas¹². Exemplo disso foram os *bonae fidei iudicia*, que eram de origem honorária, e depois foram considerados *ius civile*. Excepcionalmente, porém, ocorreram situações contrapostas no direito de propriedade e no direito sucessório. No campo do direito de propriedades estabeleceu-se uma distinção entre a propriedade civil (*dominium ex iura Quiritium*) e o patrimônio honorário (*in bonis habere*). No direito sucessório, ao lado da herança civil (*hereditas*), havia a sucessão hereditária do direito pretório (*bonorum possessio*).

5. Ius Civile e Ius Canonicum. Ius Commune e Ius Proprium

Na Idade Média o direito civil se universalizou. Foi enriquecido pelo direito pretório, pelo cristianismo e ensinamentos teológicos que atuaram como elos da unificação em face do particularismo feudal¹³. O *ius civile* deixou de ser o direito de um povo para consolidar-se como o direito comum. “Da Idade Média ao Renascimento, escreve Bonfante¹⁴, o direito romano justinianeu

se converteu pouco a pouco, por obra dos juristas da Escola de Bolonha e por efeito de um complexo de causas históricas e sociais, a lei comum para todos os povos latinos e germânicos”.

É bem verdade que o mundo jamais conheceu um sistema jurídico válido e eficaz para todos os povos. Nem mesmo os grandes impérios dos persas ou dos romanos conseguiram a universalização das suas leis. O *universum ius* nunca existiu. O direito romano justinianeu muito se aproximou dessa universalidade, mas mesmo naquela época, houve povos, a exemplo dos muçulmanos, indianos e chineses, com tradições e sistemas jurídicos muito diferentes, que nunca adotaram o direito romano¹⁵.

A expressão *ius commune* deve ser interpretada restritivamente como o direito do *Corpus Iuris Civilis* aplicável aos latinos e germânicos, estes nos três subgrupos: o setentrional (dinamarquês, sueco, norueguês e irlandês), o oriental (godos) e o ocidental (alemão e inglês).

A queda do império romano não impediu a expansão do direito civil dos romanos, pois os povos invasores foram absorvendo lentamente o direito dos povos dominados, de tal maneira que junto ao seu próprio direito (*ius proprium*) os invasores passaram a adotar o direito dos romanos como direito nacional.

Ao lado do direito civil (*ius commune*) e do direito próprio de cada povo (*ius proprium*) desenvolveu-se o direito canônico (*ius canonicum*), resultado do extraordinário poder legislativo da Igreja Católica. A denominação *Corpus Iuris Canonici*, que foi criada no século XII pelos glosadores, surgiu precisamente para distinguir a compilação justinianéia das coleções normativas da Igreja.

12 W. KUNKEL, *História del Derecho Romano*, pág. 105, trad. esp. De Juan Miguel, Barcelona, 1965. KUNKEL lembra que “só a relação entre a *Common Law* e a *Equity* no direito inglês oferece um paralelo para este entrecruzar-se dos ordenamentos que estão vigentes. Também aqui há uma *ownership in equity* junto à *ownership in law* e, como em Roma, podem ser pessoas diversas as que tenham sobre uma mesma coisa a propriedade em sentido de um e outro ordenamento”. Cf. KENNETH e DENIS J. KEENAN, *English Law*, pág. 332, Pitman Publishing, London, 1973.

13 JM PASCUAL QUINTANA, *En torno al Concepto del Derecho Civil*, pág. 25, ed. Da Universidade de Salamanca, Salamanca, 1959.

14 P. BONFANTE, *op. cit.* pág. 4.

15 RENÉ DEKKERS, *El Derecho Privado de los Pueblos*, pág. 251, trad. De F. Osset, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.

Por não limitar-se ao âmbito da Igreja, o direito canônico também foi considerado um **direito comum**, visto que a Igreja tomou para si a tarefa de remodelar todo o direito existente, segundo o espírito escolástico¹⁶, especialmente através de resoluções dos pontífices sobre assuntos concretos a respeito dos quais o povo os consultava.

Enquanto o direito civil e, em certos aspectos, o canônico, formavam o *ius commune*, o *ius proprium* era constituído pelo direito estatutário e consuetudinário. Em virtude disso, estabeleceu-se no início da Idade Média um dualismo entre o *ius commune* e o *ius proprium*. A universalidade do direito civil, ao lado da multiplicidade de fontes do **ius proprium**, decorrente da diversidade e pluralidade de ordenamentos das comunas, representava um grave problema para a interpretação e a aplicação do direito naquela época.

Lembra Calasso¹⁷ que o Estatuto de Dervio (pequena comuna da jurisdição de Milão) continha no preâmbulo que "*iure tripartito sive triforini regulamur et regimur, canonico videlicet, civili etiam et municipalium...*" "*Il problema da risolvere*, diz Calasso, *era appunto questo: di graduare la validità di questo norme concorrenti*". Na maioria dos casos o juiz se regia pelo Estatuto, aplicando o direito comum subsidiariamente. Mas, às vezes, em algumas comunas, observava-se o fenômeno exatamente inverso: só quando o direito comum se mostrava insuficiente é que o juiz fazia incidir as regras do direito estatutário.

Em síntese, da Idade Média ao Renascimento o *ius civile* foi considerado o *direito comum*, compreendendo essa expressão todo o sistema de normas inerentes aos povos latinos e germânicos, em oposição ao direito próprio de cada povo.

16. R. SOHM, op. cit. pág. 143.

17. F. CALASSO, *Médio Evo del Diritto*, pág. 455, ed. Dott. Giuffrè Editore, Milano, 1954.

6. Common Law

No sistema inglês, "direito comum" – *common law* – encerra um duplo sentido. De um lado, traduz todo o direito não escrito – "*the unwritten law of England, i.e., the whole of England law except that which has been enacted by Parliament*"¹⁸. Noutro sentido, diz-se comum porque é aplicado a toda Inglaterra e ao País de Gales – "*It is called common because it was, and is, the law which is common to the whole of England and Wales...*"¹⁹. Emprega-se também a expressão *common law* para distingui-la da *equity* (conjunto de normas aplicadas pela Court of Chancery), do *statute law* (o direito extraído dos Acts of Parliament), do *special law* (o direito ditado pelas Cortes especiais, como a do direito eclesiástico ou do direito mercantil), e finalmente, para diferenciá-la do *civil law*, que tem como fonte o direito romano.

Assim, enquanto na Europa Continental o direito comum foi o próprio direito civil, na Inglaterra, o termo *common law* foi, e ainda é, usado em certo sentido, em oposição ao direito civil.

7. O Direito Civil Como Direito Privado Geral

A partir do Renascimento, o direito civil passou a significar o direito privado, contrapondo-se ao direito público. A razão desse significado deve-se à circunstância de o *ius civile* compreender até então todo o direito público e privado, mas, como os textos normativos concernentes ao direito público se tornaram obsoletos na Idade Média em virtude das profundas alterações verificadas nas estruturas administrativas e organizações políticas de

18. W. FRANK, *The General Principles of English Law*, pág. 13, Harrap London, 1971. Cf. também KENNETH SMITH e DENIS KEENAN, op. cit. pág. 3.

19. BERBARD SCHWARTZ, *The Law and its development: civil and common law systems compared*, Revista de Direito Civil, nº 6/160.

então, as coleções legislativas sobre a administração do Império perderam toda a sua utilidade²⁰.

Nesse período de sua evolução histórica, o direito civil concentrou todo o direito privado, e só aos poucos foram aparecendo as ramificações, fortalecidas pela codificação do direito mercantil no século XIX, levando alguns autores a classificar o direito civil como uma espécie do gênero direito privado, no mesmo plano do direito comercial e, posteriormente, já neste século, ao lado do direito do trabalho, do direito agrário e do direito internacional privado.

A classificação do direito civil como um dos ramos do direito privado resultou de uma visão distorcida do fenômeno das especializações, pois em verdade o direito civil nunca foi "ramo" do direito privado. As autonomias surgidas não nivelaram o direito civil aos demais setores do direito privado, nem lhe restringiram o conteúdo. Deram-lhe a configuração de direito geral, frente às especializações do direito privado. Antes da autonomia dos atuais ramos, o direito civil representava todo o direito privado. Hoje ele é o **direito privado geral**, enquanto todos os demais setores enquadram-se como **direitos privados especiais**.

Ainda que houvesse uma total desagregação das partes especiais do direito civil, ou que de futuro todas elas venham a formar leis ou códigos independentes, mesmo assim, o direito civil continuaria sendo o direito privado geral. A despeito de todas as autonomias, escreve Pascual Quintana²¹, "*el contenido intrínseco del Derecho civil permanece inalterable y seguirá regulando a la persona, en su esfera privada, - sea general o particular*

20 HERNANDEZ GIL, op. cit. 45; M. PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 1.º pág. 13, Ed. Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1948.

21 JM PASCUAL QUINTANA, op. cit. pág. 111.

- en cuanto es miembro de una comunidad, así, como, también, la secuencia de sus relaciones que engendre por la actividad sociable en que se desenvuelve con respecto a sus semejantes, y, además, conviene tener en cuenta que, pese a toda posición radical o extremada, por muchas 'especializaciones' o desgajes que el tronco común pudieran conseguir determinadas instituciones, siempre tendrían, necesariamente, que acudir al Derecho civil por cuanto éste suministra los conceptos, sienta las bases de una sociedad organizada en su primera célula que es la familia y absorbe para sí la ejecución que reflejan esas relaciones en el círculo económico del patrimonio individual". E mais adiante acrescenta o mesmo autor²²: "*El Derecho civil fue, es e será, Derecho privado por excelencia y aún más Derecho privado general a pesar de la interferencia que, con más o menos acentuación, se lleve a cabo en su esfera por el Derecho público; así, pues, con un carácter general y básico es preciso proclamar primeramente que Derecho civil equivale siempre, y en todo caso, a Derecho privado*".

Essa noção do direito civil como direito privado geral (ou comum) domina quase toda a moderna doutrina civilista. H. Koehler²³, por exemplo, ensina que o conteúdo do direito privado se divide em "direito privado geral" e "direitos privados especiais". "O direito privado geral é o direito civil", diz ele ("*das allgemeine Privatrecht ist das bürgerliche Recht - Zivilrecht*"). São direitos privados especiais, segundo o mesmo autor, o direito mercantil, o direito societário, o direito dos títulos de crédito, o direito

22 JM PASCUAL QUINTANA, pág. 115

23 HELMUT KOEHLER, *BGB - Allgemeiner Teil*, 21 ed., págs. 7 e 8, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen, 1991. Hoje é raro aparecer um civilista sustentando que o direito civil é um "ramo" ou "subespécie" do direito privado. Registra-se como exceção a opinião de H. LANGE, para quem "*das bürgerliche Recht ist eine Unterart des Privatrechts*" (*BGB, Allgemeiner Teil*, 10ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, pág. 2, Muenchen, 1968).

autoral, o direito da propriedade industrial, o direito do trabalho e o direito econômico, K. Larenz²⁴ distingue o direito civil, como o direito privado geral (*das allgemeine Privatrecht*) das várias modalidades especiais (*eine Reihe von Sondergebieten*) principalmente o direito comercial e o direito do trabalho. No mesmo sentido, Planiol, Ripert et Boulanger²⁵ e, entre nós, Clóvis Beviláqua²⁶, Caio Mário da Silva Pereira²⁷, Maria Helena Diniz²⁸, para citar apenas esses, todos destacam o carácter geral do direito civil, em confronto com os direitos privados especiais.

Os conceitos de "direito geral" e de "direito especial" aqui utilizados têm o alcance que lhe emprestou F. Ferrara²⁹. Lembra ele que o direito pode ter uma esfera de aplicação geral, extensiva a todas as relações, ou limitada a um campo circunscrito delas. Uma é o direito geral, a outra, o direito especial. O direito especial se desenvolve sob o direito geral, destacado por uma relação particularizada, ou por certa classe de pessoa, ou de coisas, assumindo uma fisionomia própria e independente. Não é a rigor uma exceção, e sim uma especificação, um complemento que atende a determinada atividade, mas que permanece intimamente ligado ao tronco do direito geral.

Essas particularidades surgem, ora em função da **qualidade da pessoa** (direito do menor, direito do estrangeiro); ora da **qualidade dos bens** (direito florestal, direito de minas); às vezes do **exercício de certos direitos** (direito de caça, de pesca), ou de um **complexo de relações**

24 K.LARENZ, *Allgemeiner Teil des Deutschen Buergerlichen Rechts*, pág. 4, ed. CH Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen, 1967.

25 PANIOL, RIPERT et BOULANGER, op. cit. pág. 13.

26 CLÓVIS BEVILÁQUA, *Teoria Geral do Direito civil*, pág. 58, 7ª ed, Livraria Francisco Alves, Rio, 1955.

27 CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições do Direito Civil*, vol. I., pág. 21, 6ª ed., Forense, Rio, 1982.

28 MARIA HELENA DINIZ, *Curso de Direito Civil*, 1º vol. Pág. 38, 8ª ed., Saraiva, São Paulo, 1991.

29 FRANCESCO FERRARA, *Trattato de Diritto Civile Italiano*, vol. 1, parte I, pág. 83, Athenaeum, Roma, 1921.

jurídicas (direito comercial, direito agrário, direito marítimo, direito bancário). Conquanto não seja uma exceção ao direito geral, os direitos especiais podem eventualmente conter regras excepcionais, o que não significa atribuir a todo o direito especial o carácter de excepcionalidade. Exemplificando com o direito comercial, diz F. Ferrara³⁰ que se trata de normas subordinadas: "*il diritto commerciale è un diritto diverso, non un diritto opposto, é uno svolgimento, non um 'anomalia di fronte al diritto civile. Ciò non esclude che il diritto commerciale non possa contenere anche norme eccezionali, ma da ciò ad attribuire tale carattere in blocco a tutto il diritto commerciale, ci corre. L'opinione contraria riposa sul vizio logico di considerare ogni disciplina diversa dei rapporti come eccezione, la quale invece, si noti bene, è una deviazione contro i principi, una stonatura nell'euritmia del sistema!*" (Grifos do autor citado).

No direito civil estão contidos os princípios e normas atinentes a todo o direito privado. Diferentemente das diversas especialidades, cujas regras dizem respeito a uma determinada atividade ou profissão, qualidade de pessoas ou de coisas, ou ao exercício de certos direitos ou de um conjunto de relações jurídicas, o direito civil aplica-se genérica e indistintamente a todos os ramos do direito privado, além de fornecer elementos aos diferentes campos do ordenamento jurídico. Através dele se conhece a estrutura fundamental do ordenamento jurídico de um povo, nele residindo as regras que se estendem a todos os domínios do direito. No dizer de Caio Mário da Silva Pereira³¹, tem o direito civil "aplicação generalizada, não

30 FRANCESCO FERRARA, op. cit. pág. 85, nº 5.

31 CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, op. cit. vol. I, pág. 21. DILVANIR JOSÉ DA COSTA afirma que "os direitos subjetivos civis formam a essência ou a base dos direitos subjetivos em geral, pela sua proximidade ou mais íntima vinculação ao homem" (Revista de Direito civil, vol. 9/105). Cf. ainda JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUZA, *O Direito Civil entre o "Jus Naturale" e a Tecnoocracia*, in Revista de Direito Civil, vol. 5/19.

restrita à matéria civil. É no direito civil que se aprende a técnica jurídica mais característica de um dado sistema. É consultando o direito civil que o jurista estrangeiro toma conhecimento da estrutura fundamental do ordenamento jurídico de um país, e é dentro dele que o jurista nacional encontra aquelas regras de repercussão obrigatória a outras províncias do seu direito. Nele se situam princípios que a rigor não lhe são peculiares nem exclusivos, mas constituem normas gerais que se projetam a todo o arcabouço jurídico”.

Salienta K. Larenz³² que o direito civil constitui o núcleo do direito privado (“*das bürgerliche Recht ist das Kerngebiet des Privatrechts*”), contendo os pilares básicos sobre os quais assentam as disciplinas dos demais segmentos do direito privado. É por isso impossível compreender os domínios privados especiais sem o conhecimento das regras gerais do direito civil. São fundamentais para todo o direito privado as noções, regras e princípios do direito civil concernentes à pessoa, à personalidade jurídica, aos bens, aos pressupostos de existência, aos requisitos de validade e aos de eficácia dos atos e negócios jurídicos, às obrigações, posse, propriedade, direitos autorais, família, sucessões, responsabilidade civil.

Regula o direito civil as relações mais comuns e ordinárias da vida, cujos sujeitos delas participam despojados de suas qualificações culturais, sociais ou profissionais. Neste sentido, Puig Pena³³ define o direito civil como “um conjunto de normas de carácter privado que disciplinam as relações mais gerais da vida, em que as pessoas que intervêm aparecem como simples particulares independentemente de sua profissão, classe social, condição ou hierarquia”. É o direito que diz respeito a

todos porque afeta as situações mais simples da vida humana: as ligações entre pais e filhos, marido e mulher, credor e devedor, alienante e adquirente, proprietários, vizinhos, sucessores, herdeiros ou legatários³⁴. Compreende assim o direito da vida diária, na expressão de H. Lange³⁵ (“*das bürgerliche Recht ist das Recht des täglichen Lebens*”). Segundo Pascual Quintana³⁶ é o direito que objetiva “regular a pessoa em sua plena dimensão vital e econômica, assim como as relações jurídicas que dentro da ordem legal e comum estabelece com seus semelhantes para o melhor cumprimento dos seus fins na comunidade de que é membro e a cuja segurança e estabilidade tende”.

Em resumo, *direito civil é o direito privado geral, cujas normas e princípios disciplinam as relações da pessoa como titular de direitos e deveres no âmbito privado, quer quanto aos direitos da personalidade, quer como membro de uma família, ou como sujeito de situações jurídicas patrimoniais.*

32 K. LARENZ, op. cit. pág. 5.

33 In M. PASCUAL QUINTANA, op. cit. pág. 115.

34 MARIA HELENA DINIZ, op. cit., pág. 38.

35 H. LANGE, op. cit., pág. 1.

36 JM PASCUAL QUINTANA, op. cit. pág. 118.

FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Wladimir da Rocha França

Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Mestrando em Direito Público pela U.F.P.E./Faculdade de Direito do Recife

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Esferas de Discricionariedade. 3. Conceito de Poder Discricionário. 4. Vinculação e Discricionariedade. 5. Elementos do Mérito. 6. Considerações Finais.

1. Introdução

O grande dilema enfrentado pela administração pública na fase atual do Estado Intervencionista tem sido conciliar os princípios e regras do direito público, responsáveis pela segurança jurídica, e as finalidades político-econômicas da Constituição.

A grande tradição do direito administrativo em tratar a função administrativa como uma atividade adstrita à juridicidade, como o campo de atuação instrumental do administrador, tem sido enfrentada pelo caráter volátil da época que vivemos. A estrita vinculação dos meios postos à disposição do administrador para a concretização normativa do texto constitucional foi, em muitos pontos, quebrada pela ansiedade das forças econômicas do capital

e do trabalho por soluções rápidas e eficazes para as tensões sócio-econômicas da globalização.

A tendência de se deslocar parte da atividade de produção de lei material para o Poder Executivo refletiu justamente as pressões da sociedade por uma maior dinamização da ação estatal, em face de uma realidade social cada vez mais instável. Há na atualidade um impulso natural para tal deslocamento da produção da norma para o Poder Executivo, onde o acesso às decisões do Estado por canais formais e informais acontece de modo mais eficaz para a inserção de interesses privados setoriais como interesse público "legitimado" pela produção legislativa da administração pública, longe dos processos lentos e abertos do Poder Legislativo (cf. Faria, 1993: 139).

A lei material não pode prever e estabelecer todos os pressupostos fáticos e jurídicos cabíveis para a concretização normativa do sistema. As situações jurídicas individuais que surgem diante do operador jurídico refletem necessariamente a complexidade e o curso das mudanças da sociedade. O legislador é incapaz de prevê-las totalmente, e, por conseguinte, de estabelecer todas as medidas, parâmetros, instrumentos e, não raras vezes, a própria finalidade específica a ser seguida pelo administrador nas situações jurídicas individuais.

Dentro da nova realidade da administração pública, é possível identificar as formas jurídicas pelas quais a Administração se manifesta no processo de concretização do texto normativo.

Num sentido formal, todo e qualquer ato emanado pelo Poder Executivo, centro predominante da função administrativa, constitui um ato administrativo (Seabra Fagundes, 1984: 24).

Se o ato emanado pelo Poder Executivo orienta a determinação e formação das situações jurídicas individuais que deverão ser regidas pelo preceito normativo

proposto no texto legal, desencadeando um processo de concretização normativa da lei, tem-se um ato administrativo material (Seabra Fagundes, 1984: 21). Havendo o sentido de dar eficácia aos direitos subjetivos e obrigações públicas do indivíduo, propostos no texto normativo, dentro dos princípios e regras extraídos no processo de concretização do ordenamento jurídico estatal, o ato administrativo material assume um caráter efetivamente jurídico (Seabra Fagundes, 1984: 30/31).

Com o deslocamento de competência legislativa para o Poder Executivo, provocada pelas demandas normativas do Estado Intervencionista, houve uma expansão nos atos administrativos formais no sentido de se ampliar a ação do Poder Executivo como agente normativo da economia e impulsionador da própria ação estatal.

Os atos administrativos formais não deixam de ter, tal como os atos administrativos materiais, os mesmos requisitos: competência, motivo, objeto, forma e finalidade. Devem estar prestabelecidos no texto legal, já que o princípio da juridicidade delimita justamente o campo de ação estatal.

A competência consiste na atribuição legal de deveres-poderes para o desempenho da função estatal, o impulso gerador do ato (cf. Meirelles, 1995: 134; Seabra Fagundes, 1984: 23). Pode assumir um caráter administrativo, legislativo ou jurisdicional, dependendo da organização funcional do Estado.

O motivo compreende os pressupostos fáticos e jurídicos que autorizam a edição e concretização do ato (Meirelles, 1995: 136; Seabra Fagundes, 1984: 23; e Mello, 1994: 179). Difere de motivação, que consiste na exteriorização dos motivos do ato.

O objeto corresponde ao conteúdo do ato administrativo, isto é, "a criação, modificação, ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou

atividades sujeitas à ação do Poder Público" (Meirelles, 1995: 137; cf. Seabra Fagundes, 1984: 23).

A forma representa o revestimento exterior do ato administrativo (Meirelles, 1995: 135; Seabra Fagundes, 1984: 24), através do qual o ato administrativo ingressa no ordenamento jurídico.

A finalidade representa o interesse público a ser atingido com a edição e concretização do ato administrativo, "o resultado prático que se procura alcançar pela modificação trazida à ordem jurídica" (Seabra Fagundes, 1984: 23).

A expansão da atividade legislativa em direção ao Poder Executivo acarretou o aumento do poder discricionário posto nas mãos do administrador, passando a editar importantes parcelas (senão quase que a totalidade das parcelas relevantes) do texto normativo a ser concretizado. Ou seja, funções legislativas e administrativas passaram a residir perigosamente em um único órgão, numa concentração de poderes somente delimitada pela Constituição.

Procuraremos aqui esboçar os aspectos que integram o fenômeno "discricionariedade administrativa", identificados pelos estudiosos do Direito Administrativo.

2. Esferas de discricionariedade

A discricionariedade representa um dos grandes pontos de controvérsia na seara do direito público.

No Estado de Polícia, o poder está desvinculado de um ordenamento jurídico efetivo e todas as suas funções essenciais encontram-se reunidas em uma mesma pessoa ou um mesmo grupo político, tratando-se a coisa pública consoante os desígnios da autoridade, no pressuposto de que estes definem com clareza, objetividade e certeza, os reais interesses da coletividade. Entretanto, tal modelo foi ultrapassado pela sociedade em toda a sua história.

Rege-se o Estado de Direito por um sistema de normas jurídicas, emanadas por um órgão específico e, normalmente, formado consoante os interesses sócio-políticos dominantes, controlados jurisdicionalmente. Toda a atividade pública está auto-vinculada ao ordenamento jurídico vigente, segundo o princípio da juridicidade. Qualquer atentado à submissão dos órgãos e dos agentes públicos à lei é encarada como uma ameaça à "Vontade Geral" nela expressa.

Mesmo assim, a clássica visão do Estado de Direito, onipotência e onisciência da lei tem sido constantemente questionada pela realidade com que os órgãos e agentes públicos se deparam.

Segundo Almiro do Couto e Silva (1990: 52), pela experiência histórica, o Estado de Direito é conhecido como "aquele em que a sujeição da ação estatal à lei não significa sempre a execução automática dos preceitos que a integram". Há diversos graus de liberdade de ação para os órgãos do Estado perante a lei.

O Poder Legislativo não pode ser obrigado a agir dentro da sua função típica, embora exista uma tendência a restringir essa liberdade, marcada por exemplos como a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, da Constituição) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da Constituição). Não se admite que haja interferência de outro poder estatal, havendo portanto uma maior liberdade.

Estritamente vinculado à lei, o Poder Judiciário aplica a norma jurídica no caso concreto seguindo os parâmetros fixados pelo sistema jurídico à prestação jurisdicional. Contudo, isso não implica dizer que inexistam a criação do juiz ou do intérprete nessa função (cf. Grau, 1990: 128/134 e 188/194).

O Poder Executivo constitui uma etapa intermediária. No exercício da função administrativa, a lei confere

ao Poder Público um campo de liberdade para que possa fazer concreta a ótima gestão da coisa pública. É insuficiente para tanto a pura aplicação da lei, sem que haja espaço para a Administração Pública tornar mais dinâmica e eficaz a satisfação do interesse público, contido na própria lei e dentro da competência que esta lhe definiu.

A discricionariedade do legislador é mais ampla do que a dos órgãos jurisdicionais e da Administração. (Miguel Seabra Fagundes, 1991: 195) expõe-nos o seguinte ponto-de-vista, que bem expressa os graus de discricionariedade que estão presentes nas três funções estatais:

“Ao Poder Judiciário se reserva o exercício da discricionariedade num âmbito quantitativa e qualitativamente muito mais limitado. Em princípio só interferindo no *processus* de realização da vontade estatal quando provocado e para solver conflitos, a margem da atividade discricionária, que lhe toca, em correlação com essas circunstâncias, é restrita na extensão e natureza. Somente na omissão do direito, ou na impossibilidade da sua aplicação por exigir a relação ajuizada solução adrede construída (sentença dispositiva), cabe-lhe decidir escolhendo um critério”.

Sendo a discricionariedade do legislador mais ampla em conteúdo e a primeira a manifestar-se, cronologicamente, no *processus* de expressão de vontade do Estado, a discricionariedade reservada ao administrador e ao juiz pode dizer-se, em certo sentido, residual. Exerce-se no que não tenha sido regulado pela lei. Onde e quando se manifeste, em toda a plenitude, a discricionariedade do Poder Legislativo, já não haverá opções confiadas aos Poderes Executivo e Judiciário no *processus* de expressão da vontade estatal. Exaurindo a lei as possibilidades de escolha, não resta senão cumpri-la, individualizando a solução por ela predeterminada”. (Seabra Fagundes, 1991: 195).

A existência da discricionariedade é intrínseca ao governo humano. Afirmam Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández: (1993: 443): “Hay por ello potestades que en sí mismas son y non pueden dejar de ser en buena parte discrecionales, por su propia naturaleza; así, la potestad reglamentaria, o la potestad organizativa, o las potestades directivas de la economía o, en general, todas aquellas que implican ejercicio de opciones respecto da soluciones alternativas. Todo esto no es mecanizable en fórmulas fijas y regladas. Es más: la atribución a la Administración de muchas funciones se hace buscando justamente para su gestión la estimación subjetiva de la oportunidad que la técnica de la discrecionalidad permite y sólo por ello”.

Se o administrador se torna o legislador, necessariamente ocorre a expansão da discricionariedade no Poder Executivo.

Entretanto, essa liberdade da administração pública não é criada de modo a produzir arbitrariedade. Do contrário, a criatura “discricionariedade” voltar-se-ia contra o seu único criador, a lei.

3. Conceito de poder discricionário

A lei estabelece as competências que permitirão aos agentes públicos desempenhar as funções e observar os fins que a mesma contém. Dentro dessas competências, caberão aos agentes públicos atuar no sentido de satisfazer os interesses da coletividade de forma concreta e efetiva.

Quando as circunstâncias e a matéria tratada permitirem, a lei procura prever com maior precisão possível as necessidades e problemas com os quais se deparará o agente público. Tenta ainda impor o comportamento que este deve manter, assim como as soluções que devem ser escolhidas.

Todavia, decorre dos preceitos que norteiam o Estado de Direito o princípio de que as normas integrantes do sistema jurídico devem pugnar por conceitos gerais e abstratos, haja vista a repulsa à exceção, ao favoritismo, às perseguições e à tutela de interesses individuais em detrimento aos interesses da coletividade.

O legislador é incapaz de apresentar normas em cujo seio estejam presentes todos os elementos de fato dos problemas enfrentados pela Administração Pública. E causa temeridade à sociedade que se estabeleçam normas por demais específicas, enfim, riscos aos direitos e garantias individuais e da própria coletividade.

Portanto, se a lei pode definir comandos específicos, sem que isso ameace os princípios básicos do Estado de Direito, assim o fará. Caso a instituição dessas diretivas se mostrem possivelmente danosas ao interesse público ou insuficientes para a sua satisfação, caberá à lei criar o necessário espaço à administração pública poder atuar com eficiência.

José Cretella Júnior (1975: 134; em sentido similar: Seabra Fagundes, 1984: 82-84) diz-nos: "Dentro da legalidade, os agentes da Administração, balizados embora por normas jurídicas que lhes regem os movimentos, tomam atitudes, intervindo ou não, agindo ou deixando de agir. Quando agem, selecionam, dentre as várias possibilidades que lhes oferecem, a que melhor traduza, num dado momento, a vontade da Administração orientada para o interesse público. Jogam, para isso, com o livre poder de apreciação para resolver este ou aquele caso. Ou para não resolver".

Existindo espaço para o administrador em optar por um comportamento adequado à resolução do problema posto, ou melhor, para fazer uma apreciação subjetiva do caso concreto, sustentado por critérios de conveniência e oportunidade, há discricionariedade.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1992: 48) define discricionariedade como "a margem de liberdade que remanesça no administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente".

O administrativista paulista (*id.*) nos traz novos aspectos para análise. Reafirma que a partir do momento que a norma falha em sua onipresença, abre-se caminho para o administrador fazer a "escolha ótima". E se refere também a controvertida questão da "fluidez das expressões da lei".

O poder discricionário compreende um instrumento poderoso nas mãos dos agentes e órgãos públicos, no exercício da atividade administrativa. Podemos identificar nas três esferas do Poder Público, o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, a sua existência. Mas, é no Executivo, onde predomina a função administrativa, que o poder discricionário não constitui uma atividade secundária ou periférica (Silva, 1990: 55).

Afonso Rodrigues Queiró faz-nos recordar da repulsa provocada em muitos pela discricionariedade. Esta contribuiria para um anacronismo e uma incoerência no Estado de Direito, como um dos últimos focos do "absolutismo autoritário" no dizer de Tezner (*apud* Queiró, *s/d*: 43), ou, podendo somente ser admitida quando na ausência de direito subjetivo público a um determinado comportamento da autoridade, no sujeito estranho à administração em relação ao Estado, como define Bühler (*apud* Queiró, *s/d*: 42); enfim, deveria existir no sistema de modo restrito e excepcional ou até mesmo não existir.

Não se admite a discricionariedade sem que uma lei faça a demarcação de suas fronteiras, na ausência de circunstâncias fáticas e jurídicas que possibilitem ao administrador dispor da chamada "opção discricionária".

4. Vinculação e discricionariedade.

A juridicidade constitui a fonte dos poderes administrativos. Pode esgotar previamente todas as condições de seu exercício como remeter à apreciação subjetiva da Administração. A distinção das formas de atribuição legal dos poderes administrativos corresponde aos conceitos de vinculação e discricionariedade. A distinção entre atos vinculados e atos discricionários representa um ponto significativo na questão do poder discricionário.

Nos atos vinculados, a lei constrói o ato administrativo com todas as especificações necessárias a sua aplicação, devendo o administrador ater-se ao seu enunciado e aos requisitos e elementos indispensáveis a plena eficácia da medida prevista, sob pena de invalidade. "A legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo" (cf. Meirelles, 1995: 102).

Todo o ato administrativo material tem um conteúdo mínimo de vinculação. A lei não abdica de indicar a competência, a forma e a finalidade dos atos administrativos materiais. Mas também é difícil um ato inteiramente vinculado (Meirelles, 1995: 102).

Só há uma escolha para o agente público, quando investido no poder vinculado: a que a lei objetivamente determinar, e tipificada de modo a não causar qualquer dúvida ou controvérsia na concretização da lei.

Predominam as especificações da norma jurídica sobre os elementos deixados livres aos agentes públicos.

Entende Hely Lopes Meirelles (1995: 102) que o poder discricionário se manifesta quando existe, na prática dos atos administrativos, a possibilidade da Administração Pública de escolher sua conveniência, oportunidade e conteúdo. Essa escolha passa por uma apreciação subjetiva da Administração Pública consoante critérios de conveniência e oportunidade que a mesma forma (Mello, 1994: 203).

O administrador tem o poder discricionário na medida do disposto em lei, restrito àqueles elementos deixados livres pela lei. A Administração Pública subordina-se à lei incondicionalmente, devendo observar no exercício do poder discricionário o mínimo de legalidade e o interesse público. As prerrogativas discricionárias estão sujeitas à mensuração imposta pela lei. A remissão legal ao juízo subjetivo do administrador não pode mais que parcial e não total. "*En efecto, si resulta que el poder es discrecional en cuanto que es atribuido como tal por la Ley a la Administración, resulta que esa Ley ha tenido que configurar necesariamente varios elementos dicha potestad y que la discrecionalidad, entendida como libertad de apreciación por la Administración, sólo puede referirse a algunos elementos, nunca a todos, de tal potestad*" (Enterría & Fernandez, 1993: 207).

O exercício do poder discricionário, como já foi dito, constitui a instrumentalização do Poder Público no atendimento do interesse público, permitindo que a Administração Pública possa atuar quando a lei determina a interferência do juízo subjetivo do administrador.

A lei institui a discricionariedade quando verifica que a Administração Pública, mais próxima dos problemas por ela enfrentados, evidentemente, mostra-se melhor preparada para tomar as decisões e escolhas mais adequadas ao uso concreto.

Diante do caso concreto, o administrador atua como um mediador entre este e a lei. Cabe a ele, dentro da sua competência, tornar efetivo e resguardado o interesse público, consoante as formas que a lei determinar.

A discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Nesta o poder público exorbita a esfera de sua competência e utiliza-se de instrumentos proibidos ou inadequados no cumprimento da finalidade legal, ou mesmo, ignora-a seguindo finalidades estranhas ao interesse público. O exercício do poder discricionário pressupõe a severa obediência aos parâmetros legais e a correta subsunção do caso concreto às categorias impostas pela lei. Seria uma incoerência se o Estado de Direito edificasse um poder, um instrumento, sem limites e, danoso ao ordenamento jurídico, para a Administração Pública.

Para a análise das condições que viabilizam a "opção discricionária", é preciso a compreensão de dois aspectos (cf. Mello, 1994: 207).

O primeiro tópico refere-se ao exame da norma jurídica que admite o "juízo discricionário". Na vinculação, ocorrendo o acontecimento previsto, a ação do agente público goza de total objetividade e contém o comportamento exigido e especificado para o caso.

Já na discricionariedade a norma jurídica é imprecisa. Pode não haver a descrição antecipada da situação que exigirá dada medida administrativa; pode a situação ser descrita através de conceitos vagos e indeterminados, bem como irredutíveis a uma objetividade total; pode contar a permissão expressa à liberdade decisória; e pode ter seu objetivo exposto de forma genérica ou por uma forma específica carente de precisão.

O segundo tópico trata do exame do caso concreto, onde realizar-se-á o confronto entre este e a norma jurídica que admite a interferência subjetiva do administrador. Somente diante da situação posta pela realidade, o agente

público pode avaliar as condutas administrativas cabíveis e adotar a que representa "providência ótima" para o adimplemento de seu dever legal.

O administrativista paulista filia-se a uma corrente minoritária na doutrina e na jurisprudência brasileira, defendendo a admissibilidade da apreciação subjetiva do administrador sobre a finalidade do ato. Apesar de sempre vinculante, haveria margem de liberdade na qualificação do interesse público (Mello, 1994: 207).

Comentando o voto do jurista Miguel Seabra Fagundes, em acórdão proferido na ap. Cível nº 1.422 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Victor Nunes Leal (1960: 279; ver Mello, 1992: 57) expõe a posição do administrativista potiguar: "Entretanto, segundo esclarece o des. Seabra Fagundes, apoiado nos melhores autores, 'no que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro'. Quanto à finalidade dos atos administrativos (discricionários ou vinculados), está ela sempre expressa ou implícita na lei; por isso mesmo, o fim legal, que é necessariamente um fim de interesse público, também constitui aspecto vinculado dos atos discricionários, susceptíveis, portanto, de apreciação jurisdicional".

Cabe o juízo discricionário no fim imediato e específico do ato administrativo, desde que corrobore o fim genérico expresso na lei (Silva, 1990: 57).

Quanto aos atos administrativos materiais, não se pode falar efetivamente numa apreciação discricionária da finalidade legal, se ela foi univocamente expressa no texto legal, esgotando a formação do juízo discricionário. Já em se tratando de um fim político-econômico posto no texto normativo, a questão se torna mais complexa.

Com o Estado Intervencionista, vieram as chamadas leis-objetivo ou normas-objetivo, como instrumentos normativos criados e/ou impostos pela Administração na

implementação de políticas públicas (Grau, 1990: 183). Têm por função a de impor metas, resultados e fins político-econômicos para a administração pública, sem especificar os meios pelos quais devem ser alcançados e, por conseguinte, conceder à Administração Pública uma larga margem de poder discricionário (Comparato, 1994: 20). Não se confundem com as normas de conduta e de organização que também vinculam o Estado, já que estas destinam-se a viabilizar a sua realização (Grau, 1990: 183).

Podem estar abrigados nos atos administrativos, tanto formais quanto materiais, fins relacionados com a política econômica do Estado. Nos atos administrativos materiais, a competência, forma e finalidade permanecem vinculadas, sendo vedada a apreciação subjetiva do administrador do que foi politicamente esgotado pelo legislador ou pela própria Administração, quando aqueles desencadeiam a concretização normativa do ato administrativo dotado de força de lei material.

Nos atos administrativos formais, quando dotados de força de lei, a competência, a forma e a finalidade mediata ou genérica são predeterminados pela lei formal e material. Usualmente previstos de modo direto pela Constituição, o motivo, o objeto, e a finalidade imediata e concreta do provimento normativo estatal passam a ser estabelecidos segundo o juízo discricionário do administrador. Não constitui um núcleo de arbítrio no ordenamento jurídico (enquanto não quebrados os limites da juridicidade e da finalidade genérica constitucional), mas sim um resultado das tarefas assumidas pelo Estado Intervencionista, como agente fiscalizador, regulador e planejador da atividade econômica em sentido amplo.

Tanto a discricionariedade quanto a vinculação não podem ser vistas numa visão absoluta. Compreendem elementos que devem existir em harmonia no regime jurídico-administrativo, sob pena de ou eliminar a

criatividade e dinamismo indispensáveis à gestão dos interesses públicos, ou impossibilitar a fiscalização dos atos administrativos.

5. Elementos do mérito

Para tentar compreender a discricionariedade, é preciso esclarecer quais são os elementos, as fontes e os limites que o ordenamento jurídico estabelece para o dever-poder discricionário.

O ato discricionário representa a concretização do dever-poder discricionário quando a norma faculta a ação ou a omissão ao agente da Administração Pública, baseando-se este nos critérios de conveniência e oportunidade (Cretella Júnior, 1975: 135).

A ininterrupta torrente dos fatos trazidos à Administração Pública inviabiliza os esforços do legislador em produzir normas que cubram todos os seus aspectos de relevância jurídica. Faz-se então necessária a concessão de uma margem de liberdade decisória nos agentes e órgãos públicos para que estes possam apresentar as soluções exigidas pela lei e segundo sua finalidade maior, o interesse público.

Entretanto, na atividade administrativa desempenhada pelo agente público se verifica a recusa da lei em deixar à sua livre apreciação elementos e pressupostos indispensáveis à harmonia, à coerência e à segurança do ordenamento jurídico. São a competência, a forma e a finalidade dos atos administrativos materiais; e competência, forma e a finalidade mediata ou genérica para os atos administrativos formais dotados de força de lei.

Representam o mínimo legal indisponível para lei material, que nos atos ditos discricionários devem também ser observados pela Administração Pública.

Aos demais elementos e pressupostos dos atos administrativos determina a lei a sujeição destes ao juízo

discricionário do administrador. Evidentemente, quando estiver configurada a necessidade do exercício do dever-poder discricionário.

Nesses espaços abertos pela lei, a conveniência e a oportunidade para a prática do ato, a configuração do motivo do ato e o objeto a ser edificado no ato, e, em situações excepcionais para a administração, para a delimitação da finalidade do ato, tudo consoante a juridicidade, navega a discricionariedade. Compreende uma concessão legal ao Poder Público.

A norma ensejadora da "opção discricionária", quando encontra o caso concreto levado à Administração Pública, tem suas imprecisões, conceitos indeterminados, faculdades, concessões, proibições e soluções, propostas ou impostas, colocadas diante do administrador.

Perante o caso concreto, constitui dever irrenunciável ao agente ou órgão público apresentar as medidas cabíveis para a satisfação do interesse público, ou mesmo nenhuma em virtude deste. Tomada a decisão conforme a forma, competência e finalidades legais, em regra, é vedada a intervenção dos outros poderes do Estado no chamado "mérito do ato administrativo".

Geralmente é definido como "o aspecto do ato administrativo que consulta a conveniência ou a oportunidade da medida tomada" (Cretella Júnior, 1975: 138). A sua formação passa pela compreensão do conteúdo da norma jurídica a qual se atribui a cessão da discricionariedade.

O mérito do ato administrativo abrange um aspecto do procedimento da Administração, relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida, vedada a incidência do controle jurisdicional (Seabra Fagundes, 1991: 189). O mérito tem um sentido político, vinculado ao dever da

boa administração, compreendendo todos os aspectos de conveniência e oportunidade edificados por um juízo comparativo na adequação da lei ao caso concreto (Seabra Fagundes, 1991: 190). No processo civil, entende-se por mérito o "conteúdo substancial da lide"; enquanto que no direito administrativo, constitui um elemento que eventualmente pode compor o ato administrativo (Seabra Fagundes, 1991: 193).

Conseqüentemente, inexistente mérito nos atos vinculados sendo elemento privativo dos atos discricionários. Nos atos vinculados, o conteúdo político já foi analisado e definido pelo legislador e, por conseguinte, inexistindo espaço para uma avaliação subjetiva de conveniência e oportunidade da ação estatal no caso concreto (Seabra Fagundes, 1991: 194).

A conveniência e a oportunidade são os elementos utilizados na técnica discricionariedade na formação do mérito, seu resultado final, a fim de satisfazer um interesse público específico contido no texto normativo. Enfim, a discricionariedade define os aspectos que devem ser deixados ao juízo subjetivo do agente público, passando o mérito a conter todos os aspectos edificados pelo binômio conveniência-oportunidade (Moreira Neto, 1991: 32).

A competência poderá estatuir que, dentre vários atos legalmente possíveis, "tenha o administrador a faculdade de escolher aquele que julgue mais conveniente e oportuno, bem como de determinar a feição concreta que o ato deverá ter" (Silva, 1990: 48).

O poder de escolha está relacionado com o "se" e o "como" da ação administrativa ou com ambos (Silva, 1990: 55). O poder discricionário sempre se manifesta no âmbito da consequência jurídica (*Rechtsfolge*), existindo uma forma de poder discricionário que se identifica na decisão relativa à adoção ou não de uma medida determinada (*Entschliessungssermessen*) e outra que se refere apenas

à escolha do ato a ser praticado, dentre as alternativas cabíveis (*Auswahlermessen*) (Silva, 1990: 48).

Um ponto de controvérsia que se verifica no estudo do poder discricionário é o concernente à relação entre e os conceitos jurídicos indeterminados e por conseguinte, ao estabelecimento de uma zona de livre apreciação no exercício da atividade administrativa e segundo os limites da lei.

José Eduardo Faria define-os com precisão: "Os 'conceitos jurídicos indeterminados' são expressões propositadamente vagas utilizadas pragmaticamente pelo legislador com a finalidade de propiciar o ajuste de certas normas a uma realidade cambiante ou ainda pouco conhecida; graças a esses conceitos, o intérprete pode adequar a legislação às condições sócio-econômicas, políticas e culturais que envolvem o caso concreto e condicionam a aplicação da lei" (Faria, 1993: 139).

Os conceitos jurídicos indeterminados expressam e qualificam as necessidades públicas cuja satisfação representa o destino da Administração Pública. Tais como "utilidade pública", "urgência", "grave comoção", "atentado à Ordem Pública" etc.

No direito austríaco, Bernazik defendia a existência de uma "discricionariedade técnica" dado que os problemas administrativos se apresentam usualmente com grande complexidade, sendo portanto, vedado ao poder judiciário submetê-la ao seu controle e entrar no mérito do ato administrativo. Entretanto Tezner renegava que pudesse haver poder discricionário nos casos de aplicação do conceito jurídico indeterminado, bem como a insusceptibilidade deste à revisão judicial (cf. Silva, 1990: 57).

Preconiza-se no direito germânico a inserção dos conceitos jurídicos indeterminados no suporte fático legal (*Tatbestand*); e as questões que lhe disserem respeito, resumem-se à interpretação da norma jurídica; haja vista

o poder discricionário abranger a escolha da consequência ou do efeito jurídico (*Rechtsfolge*) (cf. Silva, 1990: 58).

Por ser vago e impreciso, o conceito jurídico indeterminado enseja o surgimento de conceitos diversos. Uns são conceitos empíricos, referindo-se a fatos, situações ou estados da natureza ou da realidade (ruído, dia, óbito, por exemplo); outros são conceitos valorativos, sendo exigido do hermeneuta jurídico a sua apreciação consoante as peculiaridades destes (conduta desonrosa, motivo torpe, segurança nacional, por exemplo) (Silva, 1990: 58).

É reconhecida na doutrina e na jurisprudência germânicas a presença de uma "área de apreciação" (*Beurteilungsspielraum*), na opinião de Bachof; que compreende as soluções "sustentáveis", segundo Ule (*Vertretbaren*), já que a Administração Pública goza de "prerrogativas de avaliação" (*Einschätzungs prärogative*), conforme Hans Julius Wolf (cf. Silva, 1990: 59).

Baseado nessas afirmativas, o professor gaúcho nega o conceito jurídico indeterminado como fonte do poder discricionário, ainda que aquele não esteja sujeito a um controle judicial pleno, por ser inviável ao Poder Judiciário declarar a correção ou o equívoco do comportamento administrativo. E diz: "A diferença fundamental que há entre poder discricionário e conceito jurídico indeterminado, no que se liga ao controle jurisdicional, está em que, no primeiro o controle restringe-se aos aspectos formais, externos, do ato resultante do seu exercício, ou aos seus pressupostos de validade (competência do agente, forma, desvio de poder, etc.), mas não entra na apreciação do juízo de conveniência e de oportunidade da medida no mérito do ato administrativo, como se costuma dizer no direito brasileiro" (Silva, 1990: 59). No caso dos conceitos jurídicos indeterminados, há a plenitude do controle jurisdicional, "só esbarçando na fronteira da impossibilidade cognitiva de declarar se a aplicação foi correta ou equivocada" (Silva, 1990: 60).

Poderia haver então espaço para uma única solução justa, mesmo na interpretação e concretização do exposto no conceito jurídico indeterminado. Só teríamos discricionariedade quando o texto normativo se referir, expressamente, a duas ou mais soluções justas, e, conseqüentemente, abrindo espaço para a apreciação subjetiva do administrador. Em todo e qualquer caso concreto, o conceito jurídico indeterminado se tornaria determinável. *"Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o na la hay; o el precio es justo o no lo es; o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado. Tertium non datur. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una 'unidad de solución justa' en cada caso"* (Enterria & Fernandez, 1993: 444).

A complexidade do ato concreto e a diversidade de opiniões e pareceres constituiriam os limites que impediriam ao julgador alterar a decisão administrativa, quando no exame da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pela Administração Pública. No exercício do poder discricionário, a lei tomaria para si a demarcação das fronteiras proibidas à revisão judicial dos atos administrativos, que por sua vez, compreenderiam a "área de apreciação" do administrador.

Inexiste consenso na doutrina quanto à inserção dos conceitos jurídicos indeterminados como uma fonte do dever-poder discricionário. Como por exemplo, a posição defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello, diversa da defendida na doutrina espanhola e germânica. Aquele jurista diverge da opinião de que o tema dos conceitos

jurídicos indeterminados é distante ao tema da discricionariedade.

Parte ele do pressuposto de que "é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis", justamente em virtude da fluidez do conceito legal (Mello, 1992: 23).

Portanto, quando confrontado com a realidade fática, disporia o administrador também de uma margem de liberdade intelectual. Seria admissível ao agente público produzir um ato discricionário em razão de ter sido adotado um comportamento administrativo aceitável para o caso concreto. Comportamento este que poderia ser extraído do conceito legal fluido, e, insusceptível de correção judicial.

Cabe ao Poder Judiciário repassar as violações de direito, devendo verificar se a Administração Pública ficou dentro do "campo significativo da aplicação" do conceito normativo vago ou se foi desconhecido. Deve ainda reconhecer se a decisão administrativa é incensurável e a ausência de direito subjetivo de terceiro ameaçado ilegalmente pelo comportamento administrativo adotado.

A discricionariedade é integrada tanto pela liberdade volitiva quanto pela liberdade intelectual. Além das opções administrativas, orientadas pelos critérios de conveniência e oportunidade, os conceitos vagos e imprecisos apreendidos na forma adotada pela Administração Pública para a situação contextual constituem a fonte do poder discricionário. Evidentemente, consoante as determinações e limites impostos pela Ordem Jurídica.

Ambos produzem os mesmos efeitos jurídicos, chegando inclusive a se mesclarem e, tornando prejudicial à medida administrativa, a sua dissociação. Portanto, o controle judicial efetuado sobre esses elementos tem a

mesma intensidade e natureza; "a discricionariedade ensejada pela fluidez significativa do pressuposto ou da finalidade da norma cingir-se-á sempre ao campo de insolúveis dúvidas sobre o cabimento dos conceitos utilizados pela regra de direito aplicado" (Mello, 1992: 33).

A função administrativa não pode ser reduzida à mecânica tradução em ato de imperativos legais pois de outro modo, comprometer-se-ia a proteção e a garantia dos direitos individuais, a clássica divisão de poderes e o princípio da superioridade da lei material em relação às outras funções estatais, sendo hoje impossível a sua total submissão ao controle jurisdicional (Queiró, s/d: 49/50).

O órgão legislativo institui as diretivas da atividade administrativa através de comandos para os órgãos ou agentes da Administração Pública. São acrescentados aos limites naturais e lógicos que regulam a atividade administrativa as condições de aplicação da norma, estabelecendo uma ação, negativa ou positiva, da qual não se pode eximir a administração pública.

Inexiste no direito público, que rege a administração pública, o princípio da autonomia da vontade. Cabe ao agente público, dentro da parcela da sua competência, identificar na realidade as condições de fato previstas na norma administrativa, conforme a finalidade legal.

O texto normativo aponta as situações de fato que compreenderão as condições de imputabilidade de qualquer ato à administração pública (Queiró, s/d: 56). Perante as condições de fato, competirá ao agente desenvolver, de início, um processo interpretativo, circunscrito à liberdade que a lei lhe conferiu, defrontando-se com duas espécies terminológicas e conceituais: conceitos de significação definível e conceitos de significação exata indeterminada ou plurissubjetivos (Queiró, s/d: 56). Logo o Estado de Direito impõe um

limite para a determinação dos conceitos utilizados na norma ao legislador, sob pena de se passar da norma abstrata à ordem individualizada (Queiró, s/d: 57).

Quando previstas de modo incontrastável as premissas de fato na norma, segue a administração na prática dos atos que estabelece diante da constatação daquelas (Queiró, s/d: 57). Se, ao invés, essas premissas são previstas em forma contrastável, será necessário que o agente estabeleça o conceito oriundo de uma das várias interpretações possíveis (Queiró, s/d: 58). A discricionariedade possibilita e garante, conseqüentemente, a aplicabilidade da norma jurídica.

O problema do poder discricionário é problema de interpretação (Queiró, s/d: 65). A norma jurídica impõe como dever à Administração Pública uma determinada atividade que esta fica obrigada a realizar, sempre que no mundo das realidades um certo fato ou condições se verifiquem. Apresentam-se como conceitos, que podem pertencer ao mundo da realidade empírica, indubitavelmente individualizados, embora abstratos; ou no mundo da realidade contraposta, onde predomina a incerteza. Nesta, caberá ao agente administrativo fazer a subsunção dos fatos aos conceitos postos e interpretáveis, segundo o que estritamente a competência discricionária permitir.

Antes de tudo, o poder discricionário constitui um dever. O instrumento legado ao administrador pela norma para que apresente as soluções exigidas pela Ordem Jurídica às questões enfrentadas na atividade administrativa.

Exige-se incondicionalmente do administrador que exerça as prerrogativas decorrentes do poder discricionário no sentido de optar pelo comportamento que represente a maior repercussão de efeitos e conseqüências benéficas ao conjunto dos administrados.

Preceitos jurídicos guardam em seu seio as faculdades e os deveres que, conferidos ao Poder Público, viabilizam à ação administrativa mais eficaz ao concreto. Não estão à disposição ilimitada da Administração Pública. Representam sim as condições para a "providência ótima", seja por critérios de conveniência e oportunidade, seja por conceitos jurídicos indeterminados. Em suma: quando estabelecida a competência discricionária.

Todavia, "(...) a providência ideal em muitas situações é objetivamente incognoscível. Poder-se-á tão somente saber que será uma que se contenha dentro de um número limitado de alternativas e que se apresente como razoável para o caso concreto" (Mello, 1992: 43).

A função administrativa subordina-se à lei, somente podendo ser desempenhada consoante o seu fim genérico e na órbita formada pelos limites da Ordem Jurídica e da situação contextual.

Os deveres-poderes da Administração só podem ser orientados para a finalidade legal. Havendo por parte do órgão ou agente público investido na competência discricionária a utilização indevida dessas prerrogativas, ou para satisfazer interesse estranho à finalidade legal, ou para efetivar interesse secundário e incongruente ao caso concreto, ainda que admitido pela lei, pressupõe-se o desvio de poder, o *détournement de pouvoir*.

É a Teoria do Desvio de Poder.

A identificação dos limites do poder discricionário depende primordialmente do processo interpretativo lógico, a ser desenvolvido pelo administrador, dos preceitos jurídicos. "Trata-se de uma faculdade de escolher uma entre as várias significações contidas num conceito normativo prático, relativo às condições-de-fato do agir administrativo - escolha feita sempre dentro dos limites da lei". (Queiró, s/d: 77). Embora estabeleça o fim imanente à atividade administrativa, a norma é suscetível de interpretação pela Administração Pública.

Conseqüentemente, os limites da discricionariedade administrativa seriam construídos sobre a hermenêutica jurídica, aplicada a conceitos legais "teóricos". Os conceitos de "puro valor" constituiriam pontos intocáveis a apreciação subjetiva do administrador, somente podendo ser preenchidos pela concepção sócio-política vigente e, portanto, fora da liberdade discricionária.

Para Weida Zancaner (1993: 206), mesmo na "zona de livre apreciação", não há liberdade absoluta por parte do agente administrativo. Além dos limites demarcados pela lei que cria o poder discricionário, existem os decorrentes *ratio legis*, do fim geral de utilidade pública bem como das normas e princípios constitucionais conformadores da ação do Estado (cf. Silva, 1990: 62/64).

Victor Nunes Leal (1960: 289) lembra que "(...) a demarcação dessa zona livre é, em si mesma uma questão jurídica suscetível de apreciação jurisdicional". Quando se cuida do controle do poder judiciário sobre os atos discricionários, refere-se à identificação dos limites impostos pelo Ordenamento Jurídico.

No que concerne aos conceitos jurídicos indeterminados, questiona-se o processo interpretativo como o único caminho para lhes conferir a objetividade necessária à sua aplicação. Esgotado, haveria ainda espaço para a sua apreciação subjetiva do administrador, ou seja, a discricionariedade.

Todavia, somente na impossibilidade de se fazer cessar fluidez do conceito legal pelos meios previstos no Ordenamento Jurídico, deixar-se-ia à administração pública a liberdade intelectual e volitiva no desempenho de sua competência discricionária.

A administração pública está acorrentada às diretivas legais bem como a todos os princípios fundamentais do Estado de Direito.

Se a Administração reiteradamente liga determinados efeitos jurídicos à determinadas situações de fato, o princípio da igualdade impõe que o mesmo comportamento deve ser adotado em casos futuros semelhantes.

Os atos discricionários devem estar distantes do irracionalismo, da incoerência, da insensatez e da ilogicidade, segundo o princípio da razoabilidade. Não pode o regime jurídico-administrativo abrigar medidas desautorizadas e desconexas com a situação contextual.

Desrespeita frontalmente o princípio da moralidade a ausência de lealdade e de boa-fé no comportamento administrativo.

Inexiste qualquer óbice à análise Poder Judiciário desse e de outros princípios caros ao Estado de Direito. O controle jurisdicional desses aspectos essenciais dos atos administrativos não implica a intervenção no mérito do comportamento administrativo ou na substituição dos critérios de conveniência e oportunidade.

Enumera Almiro do Couto e Silva (1990: 63) os vícios relacionados com o exercício do poder discricionário: a transgressão das balizas legais; o abuso de poder ou desvio de sua finalidade maior; e o seu não exercício ou exercício deficiente. Todos se referem aos “casos em que a lei define apenas algumas condições necessárias ao exercício do poder, deixando que a Administração Pública complete o quadro regulativo para o exercício da potestade, através de uma estimativa subjetiva, quer quanto à escolha ou valorização do pressuposto de fato, quer quanto à determinação última do conteúdo concreto da decisão aplicável, dentro das lindes legais, quer quanto a ambos os elementos, ou ainda, quando for impossível a objetivação dos conceitos jurídicos indeterminados” (Zancaner, 1993: 208).

6. Considerações finais

Está distante a Ciência Jurídica de apresentar a solução final para o problema da compreensão do mérito do ato administrativo.

Renunciar ao poder discricionário como alguns doutrinadores chegam a preconizar, seria ignorar um poderoso meio para que a Administração Pública possa agir com inovação e dinamismo na resolução dos casos concretos. No entanto, acolher no Ordenamento Jurídico “zonas de livre apreciação”, onde gozaria o administrador de uma liberdade absoluta, significa uma opção igualmente temerária ao Estado de Direito.

Hodiernamente, a discricionariedade administrativa integra de modo inquestionável as bases e colunas de sustentação do Estado de Direito. O estudo da questão, na forma como é orientado na doutrina, parece-nos induzir ao debate quanto ao tamanho do claustro do poder discricionário.

A compreensão das estruturas da discricionariedade é provocado, no âmbito jurídico, pela necessidade básica de edificar barreiras aos abusos e arbitrariedades às quais a cidadania teme e repugna.

É inevitável a presença dos conceitos jurídicos indeterminados no Direito. Afastado da realidade dos fatos, tornar-se-ia esclerosado e estático, com o alcance restrito à época de sua formação. A sua amplitude e atualização decorreu justamente da fluidez desses conceitos, possibilitando uma maior concreção do fim precípuo da Ciência Jurídica: a paz social.

Vimos que, quando a norma pode estabelecer minuciosamente as suas diretivas, sem prejuízo às conquistas mais preciosas da Democracia, assim será feito. E em virtude do próprio desenvolvimento do Estado de Direito, a lei põe ao administrador as “opções

discricionárias”, haja vista a sua proximidade com a realidade material, ou mesmo conceitos normativos cuja objetividade é incognoscível.

O legislador reflete nas normas jurídicas que constrói os anseios, necessidades e interesses da coletividade, como também os princípios fundamentais contidos na lei maior. O julgador preza pela estabilidade do sistema jurídico em vigor, cuidando de retirar ou anular os atos que a ameaçam.

O poder discricionário é uma função exercida pelo administrador em nome do interesse público. Submete-se aos ditames normativos e ao controle jurisdicional, respeitadas a tripartição dos poderes e o princípio da superioridade da lei. Tem o seu espaço delimitado pelo ordenamento jurídico, sendo vedado ao administrador agir fora das fronteiras legais, ou menos do que elas permitem, mas sim, segundo o que elas estabelecerem.

A discricionariedade administrativa tem uma natureza instrumental indispensável à boa gestão da coisa pública. O interesse público obriga aos agentes ou órgãos administrativos investidos na competência discricionária à escolha da melhor opção, a melhor solução para o caso concreto.

A razão da criação desse instituto jurídico abrange a construção dos melhores caminhos para o desempenho da atividade administrativa. Antes da sujeição aos critérios de conveniência e oportunidade formados no juízo discricionário, o comportamento administrativo curva-se em primeiro lugar ao Direito e seus princípios basilares. Inexiste discricionariedade quando: somente se dispõe de uma solução única; abriga o ato administrativo fins estranhos secundários ou distantes da utilidade pública; violam-se as diretrizes legais e competência discricionária; produzem-se atos incongruentes e danosos à sistemática institucional; causa prejuízo à direito subjetivo de terceiro oponível à Administração Pública; entre outras hipóteses.

Enfim, as faculdades e prerrogativas conferidas ao Poder Público, como também a interpretação dos conceitos legais fluidos, não podem ser utilizados para proteger a ilegalidade, a arbitrariedade, o abuso de poder.

Assim como representa ao julgador, o processo interpretativo das normas jurídicas e seus conceitos indeterminados é uma fonte de constante renovação e atualização da Administração Pública. Entretanto, constitui uma fase do exercício do poder discricionário, quando se faz a subsunção do caso concreto ao tipo legal.

Precede à formação do juízo discricionário. Por sua vez, compreende a apreciação subjetiva do administrador sob a ótica de critérios de conveniência e oportunidade próprios, diante da situação contextual. Definido o ato administrativo cabível, verifica-se na administração pública ou no Poder Discricionário, quando invocados para se ajustar ao regime jurídico-administrativo ou para dirimir os conflitos de interesse, a observância do mínimo legal exigido e dos princípios constitucionais.

O juízo discricionário não pode ser substituído pelo juízo do julgador. Todavia o ato administrativo é intocável pelo Judiciário, até o momento em que este passa a ameaçar a segurança jurídica e os direitos subjetivos.

O enfoque dado à Administração orienta o grau de discricionariedade administrativa admitida ao caso concreto. Os grilhões legais à autonomia do Poder Público tendem a ceder à evolução da concepção sócio-política vigente no Estado Moderno de Direito, restando ao operador jurídico tentar apresentar soluções necessárias e eficazes, consoante a sua repercussão na Carta Magna.

Bibliografia consultada

- CRETELLA JÚNIOR, José (1975). *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia & Tomas-Ramon Fernandez (1994). *Curso de Derecho Administrativo - I*. Madrid: Civitas.
- FARIA, José Eduardo (1993). *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros.
- GRAU, Eros Roberto (1990). *Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. São Paulo: RT.
- LEAL, Victor Nunes (1960). *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense.
- MEIRELLES, Hely Lopes (1994). *Direito Administrativo Brasileiro*. 20 ed. São Paulo, Malheiros.
- MELLO, Celso Antônio B. de (1994). *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros.
- MELLO, Celso Antônio B. de (1992). *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros.
- QUEIRÖ, Afonso Rodrigues (s/d). "A Teoria do Desvio de Poder do Direito Administrativo". In: *Revista de Direito Administrativo* - 6. pp. 41-78.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel (1984). *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6 ed. São Paulo: Saraiva.
- SEABRA FAGUNDES (1991). "Conceito de Mérito no Direito Administrativo". In: *Revista de Direito Administrativo - Seleção Histórica*. Rio de Janeiro: Renovar. pp. 189-203.
- SILVA, Almiro do Couto e (1990). "Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro". In: *Revista de Direito Administrativo* - 179. Rio de Janeiro: Renovar, jan/jun.1990. pp.51-67.
- ZACANER, Weida (1993). "Razoabilidade e Moralidade na Constituição de 1988". In: *Revista Trimestral de Direito Público* - 2. São Paulo: Malheiros. pp. 205-210.

DESAPROPRIAÇÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 12 DA M.P. nº 1.632 E A JUSTA INDENIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO¹

Zélio Furtado da Silva

Mestre em Direito. Professor da Universidade Federal da Paraíba - UFPB e da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE. Advogado.

SUMÁRIO

1. Apresentação do problema.
2. A justa indenização no sistema jurídico brasileiro.
3. A justa indenização no Direito Comparado.
4. Fundamentos da justa indenização.
5. A inconstitucionalidade do art. 12 da Medida Provisória 1.632.
6. Bibliografia.

1. Apresentação do problema

A Medida Provisória nº 1.577 publicada em de 12 de junho de 1997 que depois, por ter sido alterada em alguns dos seus dispositivos, recebeu o número 1.632-9, informando no dígito (9) a lembrança das reedições ocorridas até então, modificou substancialmente o art. 12 da Lei 8.629 de 25.02.93 que "dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária..", dando-lhe a seguinte redação:

"Medida Provisória nº 1.632-9²

- 1 Parte do conteúdo deste artigo estará – brevemente – no livro de nossa autoria sobre o mesmo tema.
- 2 Até a entrega deste artigo, estava em vigor a M.P. nº 1.632-9 publicada no D.O.U. do dia 13 de fevereiro de 1998.

“Art. 12. Considera-se *justa a indenização* que reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis, observados os seguintes aspectos..”

Antes, o caput do art. 12 da Lei 8.629 de 25.02.93, tinha a seguinte redação:

“Art. 12. Considera-se *justa a indenização* que permita ao desapropriado a reposição, em seu patrimônio, do valor do bem que perdeu por interesse social:

O dispositivo retro traduz o comando do inciso XXIV do art. 5º e o 184 caput da Lei Magna de 1988, quando determina a possibilidade de desapropriação da propriedade privada desde que seja mediante prévia e justa indenização.

O legislador ordinário procurou dar uma definição sobre o que seria justa indenização; deu satisfatoriamente o significado e estabeleceu os critérios de obtê-la no art. 12 da referida Lei 8.629 de 25.02.93.

A JUSTA INDENIZAÇÃO é uma reposição do patrimônio, disse certo o legislador ordinário porque expressou a vontade da Constituição e a tradição jurídica universal. Engana-se o legislador monocrático ao pretender por meio de Medida Provisória coincidir valor de PREÇO DE MERCADO – suas oscilações, flutuações e oportunidades – com valor de REPOSIÇÃO DO PATRIMÔNIO. A Reposição reflete inúmeros aspectos enquanto PREÇO DE MERCADO é preço de ocasião. Por não se tratar de compra-e-venda, e sim de desapropriação, tem-se como justa indenização aquela “que permite ao desapropriado a reposição, em seu patrimônio, do valor do bem que

perdeu por interesse social.” (art. 12 da Lei. 8.629 de 25.02.93).

As disposições normativas do art. 12 da Medida Provisória nº 1.632-9 e as que lhes sucederem com igual redação, são visivelmente INCONSTITUCIONAIS por não atenderem a JUSTA INDENIZAÇÃO, estando sendo reeditadas seguidamente com esse vício de inconstitucionalidade, conforme se demonstrará adiante.

2. A justa indenização no sistema jurídico brasileiro

A prévia e justa indenização é uma tradição no Direito Constitucional Brasileiro e no Direito Comparado. É uma garantia pela perda da propriedade por ato do Estado, incumbido que é de assegurar ao particular o direito à propriedade, este só excepcionalmente limitado pela desapropriação, desde que atenda a condição de prévia e justa indenização.

Antes mesmo que o Estado assumisse o monopólio da organização jurídico-social o homem, desde os seus primórdios, já havia conquistado o Direito de exercer o domínio sobre a *res*, sobre os bens.

No Estado Contemporâneo, a partir da Revolução Francesa, o direito à propriedade se conservou como *inviolável e sagrado*. Os revolucionários franceses de 1789 prescreveram no grande e imortal monumento jurídico da humanidade que é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 26 de agosto de 1789, que a perda da propriedade ocorreria “*sob a condição de justa e prévia indenização*”, conforme se lê no art. 17, *verbis*: “*Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob a condição de justa e prévia indenização*”³. (grifamos).

3 *Constituições de Diversos Países*. Organização, Tradução e Nota Prévia de JORGE MIRANDA. Lisboa: Imprensa Nacional, 1986, I vol. p369.

A Declaração de Direitos de Pensilvânia nem mesmo com indenização admitia a desapropriação. O direito de propriedade elencava-se no rol dos Direitos Naturais, igualava-se ao direito à vida, portanto, essencial e inalienável.⁴

A Constituição Imperial Brasileira de 1824 assegurava “o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A Lei marcará os casos, em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras Lei se determinar a indenização”. (art. 179, XXII).

Antes, lembra JOÃO BARBALHO, o Decreto de 21 de maio de 1821, já contemplava à propriedade como “uma das bases principais do pacto social entre os homens a segurança de seus bens” determinava, “que a ninguém se tomasse coisa alguma contra a vontade do possuidor ou proprietário, fossem quais fossem as necessidades do Estado, sem que primeiro de comum acordo se ajustasse o preço que pela Fazenda Real deveria ser pago no momento da entrega”.⁵

A primeira Constituição Republicana de 1891, insere pela primeira vez a palavra “desapropriação” e as expressões “necessidade, ou utilidade pública” não olvidando a plenitude do direito de propriedade e a indenização prévia, nas hipóteses de sua perda; confira § 17, art. 72 “O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação pôr necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia.”

4 Cf.: no mesmo sentido em PINTO FERREIRA in *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, 1^o vol., p.100 e ALCINDO PINTO FALCÃO in *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, vol. 1^o, p. 226.

5 JOÃO BARBALHO. *Comentários à Constituição Federal de 1891*. Edição fac-similar, Brasília: Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, 1992, p. 324.

O Constituinte de 34, repetindo a condição da previedade introduziu a justeza da indenização, como se lê no item 17 do artigo 113, *verbis*: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito a indenização ulterior. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude.”

Inspirada no ideário da Revolução de 30, acompanhando as transformações sociais da época e as pegadas da Constituição Alemã de Weimar de 1919, a redação do item 17 do art. 113 da Constituição de 34, foi proposta inicialmente com a expressão “prévia e integral indenização”, pelo eminente jurista OSWALDO ARANHA, perante a 37^a Sessão, em 17 de março de 1931, da Comissão Elaboradora do Ante-Projeto da Constituição de 1934.⁶

Nos debates daquela Comissão, justificava OSWALDO ARANHA, com a inclusão da expressão “...mediante prévia e integral indenização”: “eliminar qualquer possibilidade de interpretação desse dispositivo como uma fórmula mascarada de confisco pelo Estado...” Teria escrito “prévia e integral indenização” – para não dar a impressão de que queria estabelecer uma regra de desapropriação, por assim dizer, sumária.”

Naqueles debates, as intervenções lúcidas e brilhantes de juristas do quilate de JOÃO MANGABEIRA, THEMISTOCLES CAVALCANTI, CASTRO NUNES,

6 *Elaborando a Constituição Nacional* – Atas da Subcomissão Elaboradora do Anteprojeto 1932/1933. José Affonso Mendonça de Azevedo. Organização e índice: Paulo Roberto Moraes Aguiar. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993, p. 708/711

A Constituição do Japão de 3 de novembro de 1946, garante a inviolabilidade do direito de propriedade, excetuando no art. 29 a desapropriação mediante justa indenização, *verbis*: “O direito de propriedade é inviolável. O conteúdo da propriedade é definido pela lei, em conformidade com o bem público. A propriedade privada apenas pode ser expropriada por utilidade pública e mediante justa indenização”.

A Constituição Portuguesa de 1976, no art. 62, itens 1 e 2, *verbis*: “1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indenização”.

O art. 14 da Constituição da Holanda de 19 de janeiro de 1983: “Só pode proceder-se à expropriação por utilidade pública e com garantia prévia de completa indenização nos termos da lei”.¹¹

Os exemplos mencionados bem demonstram que os Constituintes brasileiros, de diversas épocas e gerações, sempre estiveram em sintonia com os sistemas jurídicos de outros povos. Podendo-se afirmar que a prática de indenizar o proprietário pela perda da propriedade por ato do Estado, não é nenhuma criação original de uma elite dominante instalada no Parlamento brasileiro.

A condição da JUSTA INDENIZAÇÃO nas desapropriações no Direito Brasileiro não é de cumplicidade, complacência e piedade do Estado com o patrimônio privado; nem favor que os Constituintes fizeram à ordem jurídica nacional. Outra alternativa não se teria de proteger à propriedade privada contra o interesse do Estado, o revés seria o CONFISCO, fórmula

11 *Constituição de Diversos Países*, ob. cit. p. 444.

odiosa de saquear o patrimônio privado, expurgada e inadmitida em todos os regimes políticos democráticos do mundo.

A propriedade privada é instituto jurídico e a garantia da justa indenização é institucional, segundo lição de PONTES DE MIRANDA¹² destacando ainda: “A liberdade pessoal não é instituição estatal, que se garanta; é direito fundamental, supra-estatal, que os Estados têm de respeitar. A propriedade privada é instituição, a que as Constituições dão o broquel da garantia institucional”.¹³

4. Fundamentos da justa indenização

A JUSTA INDENIZAÇÃO atende a um princípio axiológico do Direito, que é a JUSTIÇA; e, efetivamente, não há nada mais justo do que reparar fidedignamente alguém pelo prejuízo sofrido sem culpa, na hipótese, por vontade própria e discricionária do Estado. Impõe-se, *ipso facto*, que a indenização seja reparatória do patrimônio, atenda ao justo! “A exigência constitucional da justa indenização representa consequência imediata derivada da garantia de conservação que foi instituída pelo legislador constituinte em favor do direito de propriedade”.¹⁴

Segundo o dicionarista jurídico PLÁCIDO E SILVA a palavra justa, como adjetivo “*possui aceção de justo, também derivado de justus, com a significação do que convém, do que é legítimo, ou é legal. E neste sentido é empregada em varias locuções jurídicas.*”¹⁵

12 PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, Tomo V, 2ª Edição, p. 395.

13 PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, ob. cit. p. 396.

14 STF no MS 21348. Relator Min. CELSO MELO. Pleno. Data Julgamento: 02.09.1993.D.J. 08.10.93, p. 21012.

15 DE PLÁCIDO e SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, Edição Universitária, v. III, p.39.

Para LALANDE, em seu Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia, a palavra justo é “aquilo que é exato, correto, rigoroso, preciso. O substantivo correspondente é, então, justiça.”¹⁶ No mesmo sentido é para MÁRIO FERREIRA DOS SANTOS, “justo é o que é conforme à equidade, à justiça, à razão, à retidão, ao direito. Também o que é exato, rigoroso, preciso.”¹⁷

Na investigação empreendida pelos juristas, buscando atender ao mandamento constitucional, o sentido da expressão justa indenização, corresponde à real e efetiva reposição patrimonial do bem desapropriado. É assim na dicção de PAULO TORMINN BORGES, *verbis*: “justa indenização é a que corresponde ao valor da coisa desapropriada, de modo que o patrimônio do expropriado permaneça economicamente íntegro”.¹⁸

A indenização não pode ser considerada justa se há mera expectativa ou efetiva possibilidade de prejuízo para o desapropriado; a ocorrência de tal incidente enseja uma flagrante inconstitucionalidade, como é a hipótese prevista no art. 12 da Medida Provisória atacada, por estabelecer “o preço de mercado” – oscilante, variável, ocasional – como parâmetro único de justa indenização, sabendo-se que justa indenização é a reposição do patrimônio.

Para que haja “justeza e justiça na indenização – como ensina JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES – é preciso que se recomponha o patrimônio do expropriado com quantia que corresponda, exatamente, ao desfalque por ele sofrido em decorrência da expropriação. Não se deverá atribuir ao desapropriado nem mais nem menos

do que se lhe subtraiu, porque a expropriação não deve ser instrumento de enriquecimento nem de empobrecimento do expropriante ou do expropriado”¹⁹.

O comando é constitucional. Se há invasão do Estado nos domínios privados com perda da propriedade se estará diante de uma desapropriação condicionada – para que se perfaça – ao pagamento prévio e justo de indenização. O Estado não pode exercer o seu poder de *imperium* além do constitucionalmente admitido, porque aí ocorreria o arbítrio, incompatível com a democracia e o direito. Por outro lado, o particular não poderia obstaculizar a decisão estatal no exercício de seus desígnios de atender a necessidade, ou utilidade pública e o interesse social.

Lembra CAIO TÁCITO que “Não há direito individual tão forte que se possa opor à supremacia social da destinação de bens e direitos dos fins públicos qualificados em lei. Mas, não há também poder expropriante tão poderoso que possa trazer, ainda que indiretamente, prejuízo ou diminuição patrimonial aos administrados. A regra da justa indenização, compreendida a expressão em seu teor econômico, é o termo de equilíbrio entre esses dois valores. Graças a essa garantia, pode a desapropriação expandir-se em toda a sua plenitude, como instrumento moderno de justiça social e de política econômica, sem violentar a proteção dos direitos patrimoniais, como é peculiar à nossa formação constitucional”. (in *Problemas atuais de desapropriação* – Rev. Dir. Publ., Vol. 31 – 7/8 e 12).

A indenização justa, prevista no art. 5º, XXIV, da Constituição, para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “é aquela que corresponde real e efetivamente

16 ANDRÉ LALANDE. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 602/603.

17 MÁRIO FERREIRA DOS SANTOS. *Dicionário de Filosofia e Ciências Culturais*. São Paulo: Editora Matasse, 1965, 3ª vol., 3ª Edição, p. 748.

18 PAULO TORMINN BORGES. *Institutos Básicos de Direito Agrário*. Ed. Pro-Livro, 1977, p. 93.

19 JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES. *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 3ª Edição, p. 460.

ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio. Indenização justa é a que se consubstancia em importância que habilita o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e o exima de qualquer detrimento”.²⁰ (grifamos).

Indenizar é uma exigência que se impõe pela perda da propriedade e ter a qualidade/condição de ser justa atende a princípio finalístico e racional do Direito que não poderia admitir indenização injusta.

Na consagrada obra Manual Prático das Desapropriações, LIMONGI FRANÇA equipara a justa indenização como um Direito Natural, em sua dicção elucidada, “Na indenização do objeto expropriado, deve-se ter em conta que, antes de mais nada, por imperativo constitucional e, sobretudo, de Direito Natural, ela deve ser justa, sem o que a desapropriação seria um instrumento de desmando, de arbítrio, uma lança tenaz e incontrolável do antidireito”. Noutra parte, “É preciso não perder de vista que o poder expropriante tem o dever público de recompor plenamente, até onde for possível, e, no que for impossível, de compensar economicamente a anterior condição jurídica do expropriado”²¹

A justa indenização não chegaria às raízes de ser um Direito Natural, como afirma LIMONGI, contudo goza de um largo prestígio no sistema jurídico, ao ponto de figurar não só em lei ordinária mas primeiramente no texto constitucional.

A indenização é exigência que se impõe como forma de buscar o equilíbrio entre o interesse público e o privado,

20 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996m, 8ª Edição, p.519.

21 R. LIMONGI FRANÇA. *Manual Prático das Desapropriações*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 83 e 95.

segundo lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “o particular perde a propriedade e, como compensação, recebe o valor correspondente ao dinheiro (agora, em algumas hipóteses, substituído por títulos da dívida pública). Diz Marcelo Caetano (1970, v. 2:960) que “a expropriação vem a resolver-se numa conversão de valores patrimoniais: no patrimônio onde estavam os imóveis, a entidade expropriante põe o seu valor pecuniário”.²²

5. A inconstitucionalidade do art. 12

O inciso XXII do art. 5º, da Constituição Federal vigente, diz que “é garantido o direito de propriedade”, o XXIV excetua-se “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”. (grifamos).

No Capítulo que trata da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, o *caput* do art. 184 diz que “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”. (grifamos).

O § 1º do art. 184 ressalva especialmente que “As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro”.

Por meio da MEDIDA PROVISÓRIA nº 1.577 de 11 de junho de 1997, em nona edição, atualmente sob o nº

22 MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 1993, p. 131.

1.632-9, S. Excia., o Presidente da República, na condição de legislador monocrático, esgrima impiedosamente o texto constitucional, ao dar nova redação ao art. 12 da Lei 8.629 de 25.02.93, estabelecendo que a justa indenização é aquela que reflete o “preço de mercado”. Querendo confundir, diz que no preço de mercado já estariam “incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis.” (grifamos).

Deixa claro que o preço do imóvel independentemente do que nele se contém (benfeitorias, matas, etc.) é aquele que está valendo no mercado. Ainda que o proprietário tenha feito valiosas benfeitorias e que circunstancialmente em razão de uma crise econômica recessiva – como atualmente se verifica – a justa indenização é o preço do mercado, é o preço da crise?

A redação do parágrafo 1º do art. 12 em comento, não pode ter sido feita por um jurista ou um técnico legislativo que se respeite; estes certamente não dariam uma redação tendenciosa e dúbia, confira-se:

“ § 1º do art. 12 da M.P. 1.632-9

“Verificado o preço atual de mercado da totalidade do imóvel, proceder-se-á à dedução do valor das benfeitorias indenizáveis a serem pagas em dinheiro, obtendo-se o preço da terra a ser indenizado em TDA”.

Trocando em miúdos e sem qualquer esforço hermenêutico, imagine-se que o preço de mercado – que em face da crise econômica a oferta é maior que a procura – atribua-se a uma determinada propriedade o valor de R\$ 200.000,00. As benfeitorias (obras hidráulicas, elétricas, construção civil, estradas, irrigação, etc.), foram investimentos feitos pelo proprietário na ordem de R\$ 800.000,00, facilmente verificado mediante levantamento

específico. Indaga-se: de acordo com a moldura estampada do § 1º do art. 12, o que restaria ser pago em dinheiro e Título da Dívida Agrária (TODA) pela “terra nua” se o preço total de mercado do imóvel só é R\$ 200.000,00 enquanto só de benfeitorias na dita propriedade tem R\$ 800 mil investidos? E agora, como se proceder à dedução do valor das benfeitorias indenizáveis, se só estas compreendem três vezes o preço de mercado do imóvel? Onde estaria a **justa indenização**?

No parágrafo 2º, o véu que pretendia disfarçar e confundir no parágrafo 1º, rasga-se ferindo de morte o consagrado direito de propriedade e garantia constitucional da reparação patrimonial. Impõe o mencionado dispositivo que mesmo que se chegue à conclusão de um alto valor referente a benfeitorias, matas, floresta ou outro tipo de vegetação, não poderá ser considerado !!! O preço será obrigatoriamente o preço de mercado. O valor daqueles bens estariam excluídos do pagamento da indenização.

No § 2º se tenta excluir maquiavelmente a justa indenização e insidiosamente impor o “preço de mercado”, *verbis*:

“§ 2º do art. 12 da MP nº 1.632-9:

“Integram o preço da terra as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, não podendo o preço apurado superar, em qualquer hipótese, o preço de mercado do imóvel”. (grifamos).

O dispositivo supra não deixa dúvida, ainda que a equipe técnica do órgão desapropriante chegue a obter um determinado valor, este jamais poderá ultrapassar o “preço de mercado”!!!

A Constituição fala em justa indenização e não em justo preço. Ora – ensinava o jurista e publicista ODILON

ANDRADE “indenização é, em direito, a satisfação do dano causado (Teixeira de Freitas, “Vocabulário Jurídico”, verb. “Indenidade”) e será justa, quando compensar, exatamente, o prejuízo sofrido; ao passo que justo preço, também em dinheiro, é o que se determina segundo a unanimidade dos praxistas, pela verdadeira, geral e comum estimação dos homens”.²³

O “preço de mercado” ou como se diz popularmente nas transações imobiliárias rurais “**porteira fechada**” e o civilista falaria “*ad corpus*”, não atende – como antes aduzido – aos auspiciosos objetivos dos princípios e normas constitucionais informadores do instituto desapropriatório.

O “**preço de mercado**” oscila conforme as mudanças na economia, pode servir de parâmetro nunca como balizador para satisfação de uma justa indenização que é o resultado de uma reposição do patrimônio. Notadamente, numa época de crise econômica o “**preço de mercado**” de qualquer imóvel jamais vai atingir seu valor efetivo, de reposição do patrimônio. Acresce-se à crise econômica, outros fatores contribuem verticalmente para o aviltamento dos preços dos imóveis rurais, como exemplos: a atual ausência de chuvas, a ameaça do fenômeno climático *El Niño*; os juros altos nos empréstimos agrícolas, etc.; todos esses fatos afugentam os proprietários rurais, propiciando maior oferta do que procura, contribuindo, afinal, decisivamente na queda dos preços dos imóveis no mercado. No que se conclui que o “**preço de mercado**” não constitui nenhum critério justo para se indenizar o proprietário desapropriado.

O conceito de indenização – segundo lembra CRETELLA JÚNIOR – “*contém em si o de reparação do dano, que significa diminuição no patrimônio, isto é, dano é a perda de uma parte material do patrimônio ou a*

23 ODILON C. ANDRADE. *A Justa Indenização nas Desapropriações*. Rio de Janeiro: 1950, Ano XLVII, v. 131, p. 303.

perda de expectativa juridicamente firmada. Se o proprietário expropriado por utilidade pública experimenta um prejuízo, tem razão de ser ressarcido e, pois, tem direito a que seu patrimônio seja colocado nas mesmas condições em que se achava antes da desapropriação (Arturo Lentini, citando Pisanelli, Istituzioni, 1939, vol. I, pág.579)”.

“*O critério do justo preço da indenização, evidentemente inspirado na concepção privatística do instituto, não exprime todo o conteúdo ao qual a indenização deveria corresponder. O dano sofrido pelo expropriado não é apenas privação do valor venal da coisa, mas estende-se a todas as outras conseqüências econômicas que a privação pode produzir sobre seu patrimônio e sobre os efeitos especiais que podem derivar do momento particular em que a desapropriação se concretize (Zanobini, Corso, 3ª ed. 1948, vol. IV, pág. 194)”*.²⁴

O “**preço de mercado**” constituiria um parâmetro ideal se a hipótese fosse de *compra-e-venda*. O que não é. “*Não há na desapropriação, transferência da propriedade, por qualquer negócio jurídico de direito privado. Não sucede, aí, venda do bem ao poder expropriante, não se configura, outrossim, a noção de preço como contra-prestação pretendida pelo proprietário, “modo privato”. O “quantum” auferido pelo titular da propriedade expropriada é, tão-só, forma de reposição, em seu patrimônio, do justo valor do bem, que perdeu, por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social. Tal o sentido da “Justa Indenização” prevista na Constituição (art. 153, parágrafo 22)”*.²⁵

24 J. CRETELLA JÚNIOR. *Comentários às Leis de Desapropriação*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972, p. 248 e 252.

25 S.T. F. RMS 13.189. Relator Min. HERMES LIMA. Pleno. Julgamento em 13.08.1987. D.J. 18.11.88, p. 30023.

Com razão o ilustre jurista PONTES DE MIRANDA, esclarece: “A pretensão à indenização não é pretensão a preço de compra-e-venda. Não há, na desapropriação, compra-e-venda”.²⁶ Noutra parte, saliente: “Há a perda da propriedade por parte do dono bem, por ato jurídico do Estado. Não há venda. Não há alienação da coisa de outrem”.²⁷

No mesmo sentido, proferiu o STF no R.E. nº 72.014 em que foi relator o eminente Ministro DJACI FALCÃO, “Acontece que na desapropriação não se opera uma venda, não havendo cogitar da existência de lucro. Na desapropriação há um ato jurídico complexo de direito público, um ato de soberania, por força do qual se dá a perda da propriedade da pessoa física ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro” (art. 153, § 22 da C.F.). “Impõe-se o pagamento do justo valor em dinheiro, a fim de recompor o patrimônio do expropriado, pela perda sofrida. Não se cuida, vale insistir, de operação de venda nem caso de venda forçada, conceito hoje superado. A rigor, não se busca o elemento preço, próprio do contrato de compra e venda, mas a reposição no patrimônio do expropriado do justo valor do seu bem de que ficou privado. Em síntese, objetiva-se o resguardo da integridade do patrimônio”.

O Estado terá que se enquadrar dentro do modelo insculpido na Constituição, jamais se igualar ao particular como se fosse um simples negócio jurídico de compra-e-venda. “O expropriante deve indenizar o expropriado mediante justa indenização, o que traduz a idéia de que a obrigação de o primeiro pagar ao segundo é obrigação de valor, e não de dinheiro ou moeda, qualidade substantiva esta que se comunica aos juros compensa-

tórios, os quais, por constituírem, obrigação acessória, contém a mesma substantividade da principal, e não uma substantividade própria”.²⁸

Ainda, pelo preceito do art. 12 da MP ora atacado de inconstitucionalidade, como ficariam os Lucros Cessantes, os Juros Compensatórios, Moratórios, a Correção Monetária se a norma restringe e impõe que “Considera-se justa a indenização que reflita o preço de mercado.”? Repete-se: tão somente o preço de mercado. É o mesmo que monitorar as decisões judiciais, essas têm que estar adstritas ao “preço de mercado” sob pena de inconstitucionalidade. A decisão cingindo-se a “preço de mercado” desloca a competência de julgar do Juiz para o Perito, porque não haverá mais o que se perquirir quanto à justeza se o preço de mercado já está informado- é simples informação; contrariando, destarte, entendimento sumulado no sentido de que “Ao fixar a indenização, por desapropriação, o Juiz não fica adstrito aos laudos periciais (Cod.de Proc. Civil, art. 258)”.²⁹

Por outra banda, a Constituição quando diz que TERRA NUA é paga em título agrário e BENFEITORIAS em dinheiro, é porque veda, inadmite a modalidade de indenização via “porteira fechada”. Se acaso fosse intenção do Constituinte o mesmo diria que a justa indenização é o preço de mercado, é porteira fechada e “ad corpus”. Sem qualquer outra contemplação, não haveria na hipótese porque distinguir TERRA NUA a ser indenizada em TDA e BENFEITORIAS em moeda corrente.

Para se obter a JUSTA INDENIZAÇÃO terá que ser levado em consideração não somente um indicador. Os caminhos para encontrar o justo exige uma multipli-

26 PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, Tomo V, 2ª Edição, p. 477.

27 Ob. cit., p. 433.

28 RE 70.622. Relator Min. ANTÔNIO NEDER. Segunda Turma. Julgamento em 14.10. 1971. Ementário do STF, vol. 00856.01, p. 00219.

29 S.T.F. ERE 51670. Relator Min. VICTOR NUNES. Pleno. Julgamento 12.07.1965. D.J. 28.04.65, p. 00852.

cidade de requisitos, desde os dados mais simples, às reais perdas patrimoniais. É com razão que sempre coube a prudência de Juízes Togados integrantes de um dos Poderes da República.

Reconhecendo os mais diversos processos para se obter a justa indenização, MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, explora com profundidade o tema lançando mão, inclusive, da mais abalizada doutrina alienígena. *“As dificuldades, por sua vez, influem nas regras ou normas de conduta que devem pesquisar o valor da coisa expropriada, mas na sua unidade. O melhor sistema, portanto, é o judicial, que deixa o juiz em liberdade de apreciação definitiva, seja qual for o resultado avaliatório conseqüente do assessoramento pericial. De plano, na unidade do valor, está o significado da compensação indenizatória. O seu conceito jurídico e social. A proteção da propriedade. Ou a garantia do indivíduo-administrado”*.³⁰

Ainda na longínqua hipótese alcance o “preço de mercado” um valor que atenda a uma justa indenização, contudo, a norma do art. 12 da MP 1.632 é inconstitucional, posto que a Constituição não estabeleceu parâmetros rígidos, clausurados – como é o “preço de mercado” na medida que é único, nem flexíveis, para atender a justa indenização, que deve ocorrer em atenção aos princípios e normas garantidoras do direito de propriedade.

Quando a Constituição – ensina PONTES DE MIRANDA – *“diz que a indenização há de ser justa e prévia impede qualquer critério de fixação e prestação da indenização que não seja justa ou que não seja prévia. Foi assim que a técnica jurídica afastou o princípio clássico da não intervenção para poder tornar admissível*

30 MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO. *Desapropriação*. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1977, p. 210/211.

o princípio da intervenção conforme pressupostos precisos”.³¹ Em outra parte, realça *“A técnica legislativa não poderia, sem ofensa aos princípios gerais de direito, permitir a desapropriação sem o equivalente do que o sujeito passivo da desapropriação perde. Há invasão da esfera jurídica de outrem, que a lei só permite se observado o que ela estatui, a favor da constituição mesma da propriedade”*.³²

A Medida Provisória como qualquer Lei (embora a MP ainda não seja) do mesmo calibre, sob pena do vício de inconstitucionalidade, não pode limitar o alcance da norma constitucional porque aí ocorreria uma inversão no sistema jurídico em detrimento da supremacia da Constituição diante todas as demais normas infraconstitucionais.

“O pressuposto – ensina PONTES DE MIRANDA - de direito material do fundamento da desapropriação é de ordem constitucional. Nem a lei pode dispensá-lo; seria nula a regra jurídica que o dissesse. Nem pode a lei deixar que se decrete a desapropriação sem que satisfeito esteja. O que a lei pode adiantar é na exemplificação dos fatos que perfazem o pressuposto. Os conceitos são constitucionais”.³³

A prerrogativa da soberania conferida ao Estado de poder desapropriar impõe-lhe, também, deveres como pessoa jurídica pública; estando seus agentes – sejam políticos ou administrativos – sujeitos a pautar os atos e ações segundo normas e princípios, dentre os quais destaca-se o da legalidade, impessoalidade e o da moralidade insculpidos no art. 37 da Carta Política de 1988.

31 PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, Tomo V, 2ª Edição, p. 400

32 Idem, ob. cit. p. 418.

33 PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição...*, ob. cit. p. 459.

Aliás, na experiência do Direito Brasileiro, não é de hoje que o arbítrio tenta gravitar na órbita desapropriatória com lança-chamas só interceptadas graças à intervenção do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que em todas as oportunidades- embora em muitos momentos o ambiente político fosse desfavorável – declarou a inconstitucionalidade de atos normativos transgressores dos direitos e garantias individuais atinentes ao direito de propriedade e à garantia da justa indenização.

Foi assim ao se pronunciar acerca da inconstitucionalidade do art. 11 do Decreto-Lei 554 de 25 de abril de 1969, no RE 99.849 em que foi relator o Min. MOREIRA ALVES, cujo ementa está vazada nos seguintes termos: “*DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL, PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. É inconstitucional o art. 11 do Decreto-Lei Federal 554, de 25 de abril de 1969, por violar a garantia, reafirmada no próprio artigo 161 da Constituição, de que a desapropriação se faz mediante justa indenização. A exegese estrita, dada pelo acórdão recorrido aos incisos II e III do art. 3º do citado Decreto-Lei, e que os concilia com a garantia constitucional da justa indenização, não ofenda, obviamente, o texto constitucional em causa. Recurso Extraordinário não conhecido. DECLARADA A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 11 DO DECRETO-LEI FEDERAL 554, DE 25 DE ABRIL DE 1969*”.³⁴

Foi de igual modo, quando declarou a inconstitucionalidade contida no art. 1º, § 2º, inciso II do DECRETO-LEI nº 1.641/78, no Recurso em Mandado de Segurança nº 13 189 em que foi relator o Min. HERMES LIMA, tendo o Pleno do S.T.F. decidido:

34 RE 99.849. Relator Min. MOREIRA ALVES. Pleno. Julgamento 17.08.83. D.J. 11.11.83, p. 07544.

“*REPRESENTAÇÃO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO INCISO II, DO PARÁGRAFO 2º, DO ART. 1º, DO DECRETO-LEI FEDERAL N. 641, DE 7.12.1978, QUE INCLUI A DESAPROPRIAÇÃO ENTRE AS MODALIDADES DE ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS, SUSCETÍVEIS DE GERAR LUCRO À PESSOA FÍSICA E, ASSIM, RENDIMENTO TRIBUTÁVEL PELO IMPOSTO DE RENDA. Não há na desapropriação transferência da propriedade, por qualquer negócio jurídico de direito privado. Não sucede, aí, venda do bem ao poder expropriante, não se configura, outrossim, a noção de preço como contraprestação pretendida pelo proprietário, “modo privado”. O “quantum” auferido pelo titular da propriedade expropriada é, tão-só, forma de reposição, em seu patrimônio, do justo valor do bem, que perdeu, por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social. Tal o sentido da “Justa Indenização” prevista na Constituição (art. 153, parágrafo 22). Não pode, assim, ser reduzida a indenização pela incidência do imposto de renda. REPRESENTAÇÃO PROCEDENTE, PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO “DESAPROPRIAÇÃO” CONTIDA NO ART. 1º, § 2º, INCISO II, DO DECRETO-LEI N. 1641/78*”.

Época política difícil, em todo vigor a Ditadura Militar de 64, nem por isso intimidou o STF a enfrentar e declarar a inconstitucionalidade naqueles decretos-lei retro mencionados. A propósito foi assim, também, na Ditadura Vargas, o art. 27 do Decreto-Lei 3.365 de 21 de junho de 1941, que limitava – nas desapropriações por utilidade pública- o valor da indenização ao valor venal do imóvel; fazendo prevalecer aquela Corte o comando constitucional da prévia e justa indenização, declarando tal dispositivo inconstitucional.

Diante tais razões, vê-se que o art. 12 da Medida Provisória nº 1.632-9 publicada no D.O.U. de 13.02.98 que substituiu a Medida Provisória 1.577 de 11.06.97, e suas sucessivas reedições, atenta contra literal dispositivo da Constituição Federal de 1988, pelo que se espera exerça o Poder Judiciário em qualquer de suas instâncias, a prerrogativa de expurgar antes mesmo que se transforme em Lei esse autêntico monstro jurídico contra uma das consagradas garantias constitucionais de todas as épocas.

6. Bibliografia

- ANDRADE, Odilon C. *A Justa Indenização nas Desapropriações*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1950, ano XLVII, nº. 131.
- AZEVEDO, José Affonso Mendonça. *Elaborando a Constituição Nacional – Atas da Subcomissão Elaboradora do Anteprojeto 1932/1933*. Organização e índice: Paulo Roberto Moraes Aguiar. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.
- BARBALHO, João. *Comentários à Constituição Federal de 1891*. Edição fac-similar, Brasília: Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, 1992.
- BORGES, Paulo Tormin. *Institutos Básicos de Direito Agrário*. Ed. Pro-Livro, 1977.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 1993.
- FALCÃO, Alcindo Pinto. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, vol. 1ª.
- FRANÇA, R. Limongi. *Manual Prático das Desapropriações*. São Paulo: Saraiva, 1976.
- FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, 1ª vol.
- JÚNIOR, José Cretella. *Comentários às Leis de Desapropriação*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996m, 8ª Edição.
- MIRANDA, Jorge. *Constituições de Diversos Países*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1986, vol. I e II.

- MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, Tomo V, 2ª Edição, p. 400
- SANTOS. Mário Ferreira dos. *Dicionário de Filosofia e Ciências Culturais*. São Paulo: Editora Matasse, 1965, 3ª vol., 3ª Edição.
- LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- SALLES, José Carlos de Moraes *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 3ª Edição.
- SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, Edição Universitária, v. III.
- SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *Desapropriação*. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1977.
- TÁCITO, Caio. *Problemas Atuais de Desapropriação*. Revista de Direito Público, vol. 31.

Jurisprudência

- D.J. (S.T.F.) de 28.04.65
 D.J. (S.T.F.) de 11.11. 83
 D.J. (S.T.F.) de 18.11.88
 D.J. (S.T.F.) de 08.10.93
 EMENTÁRIO do S.T.F., vol. 856.01,

ESMAPE - BIBLIOTECA
 340.05
 P-01
 EMPRÉSTIMO



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Rua Dom Bosco, 1308 – Boa Vista – Recife-PE – CEP 50070-070