

REVISTA DA

ESMAPE



Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco

95

A Execução na Reforma do Código do Processo Civil

Cândido Rangel Dinamarco

261

Ação de Locuplemento. Destaque no Direito Cambiário (Enriquecimento Ilícito)

José de Moura Rocha

409

Sobre a Teoria Geral do Direito Civil

Nélson Saldanha

511

Aspectos Processuais do Controle de Constitucionalidade

Sidney Sanches



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Av. Martins de Barros, 593 - Santo Antônio
Recife-PE - Fone/Fax: (081) 424.1193



**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, Av. Marins de Barros, 593 - Stº Antônio - CEP
50.010-230 - Recife-PE - Fone/Fax: (081) 424.1193

DIRETORIA

Diretor:

DES. JOSÉ NAPOLEÃO TAVARES DE OLIVEIRA

Supervisor:

DR. JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

**Coordenador do Curso de Preparação
à Magistratura:**

DR. RUY TREZENA PATU JÚNIOR

**Coordenadora do Curso de Preparação à
Magistratura do Trabalho:**

DRª ALBA MARIA PIRES BARBOSA

**Coordenador dos Cursos de Deontologia,
Atualização e Aperfeiçoamento de Magistrados:**

DR. DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO

**Presidente da Associação dos Magistrados
do Estado de Pernambuco (AMEPE):**

DR. JOSÉ FERNANDES DE LEMOS

Secretária Geral:

JOSINA DE SÁ LEITÃO

REVISTA DA ESMAPE

Volume 2 - Número 3

Janeiro/março - 1997

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
BIBLIOTECA**

**Revista da Escola Superior da Magistratura
do Estado de Pernambuco**

Recife

Trimestral

© Copyright by ESMape

Comissão Editorial:**Presidente:** Des. Antônio de Pádua Camarotti Filho**Secretário:** Dr. Demócrito Ramos Reinaldo Filho**Membros:** Prof. João Maurício Leitão Adeodato
Dr. Hugo Cavalcanti Melo Filho**Revisão ortográfica:** João Lippo Neto – Fone: (081) 228.2846**Editoração Eletrônica:** Francisco Carlos S. Melo
Fone: (081) 428.1448**Capa:** Paulo Rocha**Tiragem:** 1.000 exemplares*Direitos Reservados à Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – Esmape*SOLICITA-SE PERMUTA
EXCHANGE DISUED
ON DEMANDE ÉCHANGE**Coordenação Editorial:****EDIÇÕES BAGAÇO LTDA**

Rua Conde de Irajá, 315 – Torre – Recife-PE

CEP. 50.710-310 – Fones/Fax (081) 445.5191, 227.4807 e 227.4855

Revista da ESMape./Escola Superior da Magistratura do
Estado de Pernambuco - Ano 1, v.2 n.3 (mar.1997)
- Recife : ESMape, 1997 -
V. 654p.
Trimestral

I. DIREITO - PERIÓDICO

I. ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO
ESTADO DE PERNAMBUCO

CDD 340.05

Joa/ESMAPE

Impresso no Brasil – 1997 • Printed in Brazil – 1997

CORPO DOCENTE**1º PERÍODO:****Direito Processual Civil I:** Juiz Alexandre Freire Pimentel
Juiz Lúcio Grassi de Gouveia
Juíza Naiva Cristina Campello**Sociologia do Direito:** Antônio Natanael M. Sarmento
Dr. Cláudio F. da S. Souto**Professora Substituta:** Dra. Solange Souto**Direito Administrativo:** Des. Gabriel Lucena Cavalcanti**Português e Ling.****Vernacular Jurídica:** João Batista Lippo Neto**Filosofia do Direito:** Dr. João Maurício L. Adeodato

Dr. Nelson N. Saldanha

Direito Processual Penal I: Dr. João Olympio V. de Mendonça
Maria de Fátima A. Ferreira**Direito Civil I:** Juiz Jorge Américo Pereira de Lira**Direito Constitucional:** Promotora Maria Betânia Silva

Zélio Furtado da Silva

Direito Penal I: Paulo César Maia Porto

Proc. Ricardo Brito A. Pontes Freitas

Psicologia Forense: Dr. Paulo da Silva Rosas**2º PERÍODO:****Direito do Consumidor:** Juiz Demócrito Ramos Reinaldo Filho**Direito Tributário I:** Juiz Hélio Sílvio Ourem Campos**Direito Processual Penal II:** Juiz Honório Gomes do Rêgo Filho**Direito Econômico e****Financeiro:** Joaquim Lustosa Filho**Direito Processual Civil II:** Des. José Antônio Macêdo Malta**Direito Comercial I:** Luiz de Freitas Lima**Hermenêutica Jurídica:** Paula Maria S. de O. Mendonça**Direito Falimentar:** Octávio Lôbo**Organização e Adm.****Judiciárias:** Juiz Ricardo de Oliveira Pass Barreto**Direito Penal II:** Romualdo Marques Costa**Direito Civil II:** Juiz Ruy Trezena Patu Júnior

3º PERÍODO: (Magistratura Comum)

Direito Processual Penal III:	Promotor Albérico Gomes Guerra
Direito Civil III:	Juiz Alberto Flávio Barros Patriota Juiz Leopoldo de Arruda Raposo
Direito Penal III:	Antônio Pedro Barreto Campello
Direito Eleitoral:	Juiz Carlos Frederico G. de Moraes
Medicina Legal:	Clóvis Mendoza Gilberto Valter de M. Moura
Prática Judiciária Cível:	Juiz Fábio Eugênio D. de Oliveira Lima
Direito Processual Civil III:	Juiz Frederico Ricardo de A. Neves
Direito Tributário II:	Juiz José Viana Ulisses Filho

Direito da Infância e Juventude:	Juiz Luiz Carlos de B. Figueirêdo
Prática Judiciária Penal:	Juiz Mauro Alencar de Barros

3º PERÍODO (Magistratura Trabalhista)

Direito Individual do Trabalho I:	Juíza Eneida Melo Correia de Araújo
Professor Substituto:	Juíza Virginia Malta Canavarro
Prática Judiciária Trabalhista:	Juiz Frederico Correia Maranhão
Professor Substituto:	Juiz Acácio Júlio Caldeira
Direito Constitucional do Trabalho:	Juiz Hugo Cavalcanti M. Filho
Professora Substituta:	Juíza Alba Pires Barboza
Direito Internacional do Trabalho:	Juiz José Soares Filho
Professor Substituto:	Juiz Agenor Martins Pereira
Direito Penal e Processual do Trabalho:	Juiz Marupiraja Ramos Ribas
Professor Substituto:	Stella Maria M. Gomes de Sá Leitão
Direito Previdenciário:	Mauri Delgado Chacon
Professor Substituto:	Epaminondas da Câmara Caldas Neto
Direito Coletivo do Trabalho:	Juíza Roberta Correa de Araújo
Professor Substituto:	Juiz Marcelo da Veiga Pessoa Bacallá
Direito Processual do Trabalho:	Juiz Milton Gouveia da Silva Filho
Professor Substituto:	Juiz Edmilson Alves da Silva
Direito Individual do Trabalho II:	Juiz Paulo Dias Alcântara
Professor Substituto:	Juiz Bartolomeu Alves Bezerra

SUMÁRIO

“Tu, Senhor, conservarás em perfeita paz aquele cujo propósito é firme; porque ele confia em ti.”
(Isaias, 27:3)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
TEORIA	11
A LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ NO PROCESSO TRABALHISTA	13
PODER, ESTADO E DIREITO. A SUPRALEGALIDADE DO DIREITO VIVO. ...	23
INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO JURÍDICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO: NOTAS ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DE UMA PERSPECTIVA INDUTIVO-HERMENÉUTICA.	43
ANOTAÇÕES SOBRE O INDIVÍDUO TRANSGRESSOR	63
A EXECUÇÃO NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*	95
GOVERNO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. O CASO BRASILEIRO	111
SUJEITO DE DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO "DIREITO DOS ANIMAIS".	119
"NOS NOSSOS DIAS NÃO HÁ CRIANÇAS, MAS MOÇAS DE 12 ANOS."	
ESTUDO DE UM JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	131
JUSNATURALISMO E CONHECIMENTO JURÍDICO	149
OS PRINCÍPIOS E O DIREITO	177
UM CONGRESSO EM HOMENAGEM A GERALDO ATALIBA	185
LIMITAÇÕES LEGAIS À AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA	191
SERVIDOR PÚBLICO, APOSENTADORIA E DIREITO ADQUIRIDO	201
TRÁFICO DE HOMENS PARA A PROSTITUIÇÃO	215
A "CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL" DE FRIEDRICH MÜLLER	223
REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA	233
AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO DESTAQUE NO DIREITO CAMBIÁRIO (ENRIQUECIMENTO ILÍCITO)	261
FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS NO BRASIL ...	287
SIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 ...	311
ESCOLAS DA MAGISTRATURA NO BRASIL: ASPECTO ORGANIZATIVO INSTITUCIONAL	325
O ART. 6º DA LEI Nº 9.099/95: A CAMINHO DE UMA INTERPRETAÇÃO ALTERNATIVA DO DIREITO	365
O PROBLEMA DO CONHECIMENTO E A CIENTIFICIDADE DO DIREITO ...	375
SOBRE A TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL	409
O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A REPRESSÃO AOS ATOS INFRACIONAIS	419

REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA <i>José Augusto Delgado</i>	233
ACÇÃO DE LOCUPLETAMENTO. DESTAQUE NO DIREITO CAMBIÁRIO (ENRIQUECIMENTO LÍCITO) <i>José de Moura Rocha</i>	261
FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS NO BRASIL <i>José Janguil Bezerra Diniz</i>	287
SIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 <i>José Souto Maior Borges</i>	311
ESCOLAS DA MAGISTRATURA NO BRASIL: ASPECTO ORGANIZATIVO INSTITUCIONAL <i>José Renato Nalini</i>	325
O ART. 6º DA LEI Nº 8.099/95: A CAMINHO DE UMA INTERPRETAÇÃO ALTERNATIVA DO DIREITO <i>José Viana Ulisses Filho</i>	355
O PROBLEMA DO CONHECIMENTO E A CIENTIFICIDADE DO DIREITO <i>Marcos Antônio Nery de Azevedo</i>	375
SOBRE A TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL <i>Nelson Saldanha</i>	409
O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A REPRESSÃO AOS ATOS INFRACIONAIS <i>Paulo César Maia Porto</i>	419
PUNIBILIDADE E CONCEITO DE PENA <i>Romualdo Marques Costa</i>	455
A ESSÊNCIA AÉTICA DO CONTRATO DE TRABALHO: UM BREVE ENSAIO CRÍTICO SOBRE A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO PELA ORDEM JURÍDICA <i>Ruy Trezema Patu Júnior</i>	469
ASPECTOS PROCESSUAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE <i>Sidney Sanchez</i>	511
A CRIMINALIDADE FEMININA E SUAS ESPECIFICIDADES <i>Valéria Maria Cavalcanti Lins Lemos</i>	527
A IRRETROATIVIDADE DA LEI NO DIREITO BRASILEIRO <i>Zélio Furtado da Silva</i>	539
PRÁTICA	557
SENTENÇA CÍVEL. RESSARCIMENTO DE DANOS <i>Eliane dos Santos Mendes Mascarenhas</i>	559
MANDADO DE SEGURANÇA: DA NORMA DE TRATADO INTERNACIONAL COMO NORMA CONSTITUCIONAL <i>Jackson Borges de Araújo</i>	571
SENTENÇA CÍVEL. ACÇÃO PARA ANULAÇÃO DE DOAÇÃO <i>Jorge Américo Pereira de Lira</i>	589
DIREITO ELEITORAL: INVESTIGAÇÃO JUDICIAL. ABUSO DE PODER ECO- NÓMICO. PRÁTICA DE CLIENTELISMO <i>José Fernandes de Lemos</i>	603
PROCESSUAL CIVIL: EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO <i>Leopoldo de Arruda Raposo</i>	625
SENTENÇA CÍVEL. REPARO DE DANOS <i>Návia Cristina Campello</i>	639

APRESENTAÇÃO

Uma revista que atinge, no período de menos de um ano, o seu terceiro número, versando matéria especializada, de natureza técnico-científica, com a colaboração qualificada que vem mantendo, e sob os prestigiosos aplausos da inteligência brasileira, já se pode proclamar confortavelmente emancipada, e até responsabilmente adulta.

A semente, em maio de 1996, nasceu próspera, dado que a excelência dos articulistas recomendou a iniciativa: o Ministro Nery da Silveira, os Profs. Cláudio Souto, Hélio Ourem, João Maurício Adeodato, Romualdo Marques Costa e Ricardo de Brito Freitas; os Desembargadores Fátima Nancy Andrighi, Nildo Nery, Arthur Pio, Agenor Ferreira Lima; os Juízes José Renato Nalini, Jorge Américo, Og Fernandes e Ruy Patu Filho emprestaram os seus nomes e engrandeceram a revista da ESMAPE.

Na segunda vez, mantido o nível dos colaboradores, a diversificação e a atualidade dos temas, cresceu a ajuda, comparecendo o Prof. Hildebrando Campestrini, de Mato Grosso do Sul; o Mestre Zélio Furtado de Mendonça, Dr. Edson de Arruda Câmara, o igualmente Prof. Sylvio Neves Baptista, Demócrito Reinaldo Filho, Eneida Araújo, os também Profs. José

Souto Maior Borges e Nilzardo Carneiro Leão, entre outros, fazendo da nossa **Escola** e do seu meio de expressão intelectual um ponto de referência que nos engrandece e, com algum destaque, não se pode esconder.

Agora, nesta confortável emancipação – insista-se – é impossível negar uma certa nuança de orgulho que inevitavelmente transparece destas páginas em que se concentra uma média elevada do conhecimento jurídico nacional, sintetizada, com licença dos outros juristas, nos trabalhos do Ministro Sydney Sanches e do Prof. Cândido Dinamarco.

Teria sido dispensável – hoje mais do que antes – a praxe da apresentação, porque prescinde de comentários e ladeia-se de qualificação o que, pelo seu conjunto, supera a expectativa, posto que embrionária.

A apreciação crítica prometida na apresentação inicial começa a antecipar-se, isso por causa da força e da esperança de uma iniciativa que, a partir daí, foi crescendo por si mesma, quase de modo espontâneo, como, de resto, cresce o que nasceu puro.

No próximo número – o quarto, praticamente já no disquete – diremos mais, inclusive acerca da fé que não cessa de nos fortalecer.

Recife, março, 1997.
Des. Napoleão Tavares
– Diretor –

Teoria

A LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ NO PROCESSO TRABALHISTA

Alba Maria Pires Barbosa

Juíza do Trabalho Aposentada; Coordenadora do curso de Preparação à Magistratura do Trabalho; Professora de Direito Constitucional do Trabalho.

Já, de há muito, vínhamos sentindo a necessidade de um estudo maior sobre a litigância de má fé no processo do trabalho. Fatos recentes, envolvendo juízes do trabalho e advogados, que militam nesta Justiça Especializada, fizeram-nos redigir este artigo sem a pretensão de esgotar o assunto, mas para nos fazer pensar juntos sobre o tema a fim de juntos, encontrarmos uma solução.

Sempre entendemos que um dos meios de se suprir parte das falhas e dos congestionamentos do Poder Judiciário é coibirmos a chamada **lide temerária** na qual a tônica é o **dolo processual**. O pior é que aqueles que dele se utilizam são os primeiros que criticam a atuação do Poder Judiciário e de seus componentes, mormente os Juízes. Mesmo a Justiça do Trabalho, tida como célere até bem pouco tempo atrás, já vem sendo taxada de morosa e em descompasso com a realidade atual. A criação de novas Juntas, o aumento do número de Juízes, nada disso parece resolver o problema. O que fazer, então? A matéria, sem dúvida, necessita de uma melhor análise a partir do próprio conceito de dolo processual e da compreensão do que seja **abuso de direito**. Sabemos que abusa de seu direito aquele que o extrapola, que fere a sua finalidade.

E essa finalidade está impregnada pela ética. Daí porque, citando Adroaldo Leão¹, "toda a matéria relativa aos vícios do consentimento, ao dolo, à boa fé, ao princípio da autoridade, ao direito de família, aos crimes contra os costumes, está embasada na moral", sendo mesmo a teoria do abuso de direito "uma reação contra a amoralidade e determinados resultados anti-sociais que decorrem da doutrina clássica dos direitos absolutos". CARNELUTTI², citado por ADROALDO LEÃO, chega a afirmar que "la función del Derecho es servir a la Moral".

Se assim é, o processo, que é o meio de realização do Direito, não pode ser utilizado para prejudicar alguém ou para atingir objetivos anti-sociais. E, sem a observância ao princípio da lealdade, o processo não alcançaria o seu fim social! Tanto a verdade quanto a lealdade coadunam-se com o direito de ação e com o direito de defesa. O que devemos tentar alcançar, é o aspecto teleológico do processo. No dizer de CARNELUTTI³, esse aspecto teleológico relaciona-se à justa composição da lide e por isso mesmo não pode dispensar o **comportamento ético das partes**.

Em consequência tanto o direito de ação quanto o direito de defesa podem e devem ser considerados abusivamente exercidos, quando desprezam esse comportamento ético.

Fundamentalmente, a responsabilidade das partes por dano processual encontra-se disposta nos arts. 16 e 17, do CPC.

Esses dispositivos, por força do disposto no art. 769.

1 O Litigante de Má Fé, Rio de Janeiro, Forense, 1986, 2ª Edição, p.9.

2 Teoria General del Derecho, Madrid, 1941, p.56

3 In op.cit.

da CLT, sem dúvida, também são aplicáveis ao processo trabalhista. Afinal, como bem destacou AMAURI MASCARO DO NASCIMENTO, "seria absurda a hipótese de um processo trabalhista autorizando todo e qualquer comportamento, mesmo desleal, de má fé e insincero"⁴.

Todos os militantes da Justiça do Trabalho não desconhecem serem inúmeras as reclamações ajuizadas sem qualquer fundamento, ou por que não dizer de má fé, baseadas no pressuposto de que dessa Justiça Especializada "sempre se leva alguma coisa".

Geralmente, elas envolvem pedidos de salários já pagos, verbas rescisórias já recebidas quando da extinção do contrato de trabalho, isso sem falar nos casos de indicação de endereço falso da parte adversa ou mesmo de simulação de uma relação empregatícia, tudo, claro, com o objetivo mais do que evidente de obterem os reclamantes vantagem indevida e, por isso mesmo, ilícita.

A má fé, nesses casos, atenta contra o interesse social, ofusca a Justiça, gerando o seu descrédito, na medida em que se constitui no excesso desnecessário, asfixiando-a, retardando a solução daqueles interesses verdadeiramente legítimos.

Como dizíamos, no início deste artigo a Justiça do Trabalho já se ressentia do mal da morosidade, pecha que atinge toda a Justiça de uma maneira geral.

O mais grave nisso tudo, porém, é que o pequeno empregado, os inúmeros desempregados, todos estes, sim, são os grandes prejudicados.

4 Curso de Direito Processual do Trabalho, São Paulo, Saraiva, 15ª edição, 1994, p.194.

Isso sem contar também, com a utilização de procedimentos desleais e de má fé, da parte do empregador. Não são poucos os que exaurem todos os recursos e instâncias, mesmo cientes de que não detêm o direito pleiteado, retardando conscientemente o fim do litígio! Usam de todos os meios protelatórios pouco lhes importando a incidência de qualquer acréscimo sobre o valor originário da dívida. Nas empresas, inclusive estatais, há autorização expressa para que seus advogados interponham todos os recursos permitidos em lei. Somente pagam quando transitada em julgado a decisão e, assim mesmo, depois da execução. Tudo isso tem contribuído para "acordos" claramente desvantajosos para o empregado que somente os aceitam premidos pelas circunstâncias e pela necessidade de sobrevivência.

Ora, todos esses procedimentos, quer por parte do empregado, quer por parte do empregador, configuram a litigância de má fé e contribuem para denegrir a imagem do Judiciário.

O grande prejuízo social disso advindo é o dano inegável à imagem da Justiça não nos podem deixar inertes.

Como não concluir que também no processo trabalhista há o dever de lealdade, de veracidade e de boa fé entre as partes.

Como não se aplicar aos casos, nos quais claramente se denota a litigância de má fé, as disposições do art. 18 e seus parágrafos, do CPC?

Por que a relutância de alguns a essa aplicação subsidiária, claramente permitida pelo art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho?

Por sinal, as alterações ocorridas nos arts. 18 caput, e 601 do CPC, que tiveram uma nova redação

em consequência das leis 8952 e 8953, ambas de 1994, deram ao Juiz um maior poder à medida que ele pode agir, inclusive de ofício, para reprimir a litigância de má fé. E não só isso: ele pode, de logo, fixar um determinado valor a ser pago em favor do antagonista prejudicado pelo litigante de má fé, quer a título de indenização, quer a título de multa e até 20% sobre o valor da causa, se o processo se encontrar na fase de conhecimento; até 20% do crédito exequendo, se o processo estiver na sua fase de execução. Essas alterações foram e são significativas.

Com efeito, compete às partes e aos seus advogados:

1. expor os fatos em juízo conforme a verdade;
2. proceder com lealdade e boa fé;
3. não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;
4. não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito, (art. 14 CPC).

Por isso mesmo, não se pode mais continuar tolerando que, no processo do trabalho, tanto as partes, como seus advogados, sintam-se à vontade para contrariar os dispositivos legais acima invocados.

A alegação de que essas normas não se afinam com os princípios do processo trabalhista não tem consistência. A respeito, frisou bem JOÃO ORESTE DANAZEN, no seu artigo sobre a litigância de má fé no processo trabalhista⁵. Esse entendimento conduziria

⁵ Revista Ltr, São Paulo, Editora Ltr, vol. 59, p.895.

ao **aventureirismo irresponsável** e contribuiria para congestionar ainda mais a **JUSTIÇA DO TRABALHO!**

Entendemos, por tudo isso, que também no processo do trabalho, será considerado litigante de má fé todo aquele que:

1. deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
2. usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
3. opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
4. proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
5. provocar incidentes manifestamente infundados.

Afinal, como disse CARNELUTTI, **a parte serve ao processo e não se serve do processo.**

Mas, como o CPC prevê sanções para aqueles que violam o princípio da lealdade e boa fé (art. 18 e § §) cumpre que indaguemos se também no processo trabalhista essas sanções poderiam ser aplicadas diante da hipossuficiência econômica do empregado.

Acreditamos que sim e que não pode deixar de ser assim diante do já citado princípio da lealdade processual, também incidente no processo do trabalho. A aplicação desse princípio deve ser direcionada a ambas as partes, como é óbvio. Isto porque o **profecionismo legal**, caracterizador do direito material do trabalho, não pode servir de escudo para a mentira e a chicana, parta de quem partir, seja lá de quem for, do empregado ou do empregador.

JOÃO ORESTE, já citado, disse com muita acuidade que a "parcialidade compensatória das normas processuais trabalhistas há que se compreender dirigida ao litigante honesto e de boa fé".

A Justiça do trabalho não pode ser complacente com a falta de ética e de escrúpulos dos que a ela acorrem empregando artifícios fraudulentos e faltando com a verdade.

É preciso apenas que conciliemos duas ordens que só aparentemente se contrapõem: a da moralidade dos processos trabalhistas e a da situação econômica do trabalhador. Dizemos que apenas aparentemente há essa contraposição porque entendemos que a hipossuficiência do trabalhador não deve ser um óbice à aplicação das sanções previstas na legislação processual vigente, quais sejam:

1. indenização dos prejuízos por dano processual;
2. honorários advocatícios;
3. reembolso das despesas efetuadas pela parte adversa.

Mesmo porque "não se pode confundir a viabilidade jurídica da imposição de uma sanção pecuniária com o êxito da execução para cobrá-la" (JOÃO ORESTE, in op. citada acima).

Infelizmente, entretanto, pelo menos até agora, essas sanções são ainda raramente aplicadas no processo trabalhista. Preocupado com isso e com as dificuldades encontradas na execução dessa parcela nos casos em que o reclamante é pobre na forma da lei, em artigo recentemente publicado no jornal do AMATRA 7, o juiz CLÁUDIO SOARES PIRES chega mesmo a sugerir a

inclusão no art. 732, da CLT, da hipótese do litigante de má fé. Assim, quando julgado o litigante de má fé, o reclamante, concomitantemente com a obrigação de ter que pagar uma indenização pecuniária à parte prejudicada, teria, como **pena acessória**, de ficar afastado do foro trabalhista pelo prazo de seis meses. Essas penas, portanto, não seriam alternadas mas concomitantes, uma vez distintos seus objetivos: a indenização visando ao reembolso do demandado pelas despesas desnecessárias que foi levado a praticar por culpa do reclamante; enquanto que a pena acessória seria uma disposição de ordem moral! O fato é que a sugestão dada e decisões recentemente publicadas demonstram, inegavelmente, que os magistrados trabalhistas já começam a se preocupar com a problemática da litigância de má fé no processo.

As transcrições abaixo nos dão conta disso:

EMENTA: Afirmativa falsa por parte do empregado impõe a aplicação de pena por litigância de má fé, em face do contido no art. 17, II, CPC. Assim, ACORDAM os Juízes da 1ª turma do Tribunal Regional, por unanimidade, negar provimento ao recurso, condenando-se a Recorrente-Reclamante em litigância de má fé, fixando-se uma multa de 10% do valor da causa à reclamada e honorários advocatícios de 15%. Recife, 12 de setembro de 1996 (Processo TRT- 6ª Região de nº 2139/96, Rel. Juíza Virgínia Malta Canavarro, publicado no D.O.E. em 17.10.96).

EMENTA: Comprovando-se que o recorrente, ao apresentar as suas razões recursais, alterou a verdade dos fatos - o que fez com o propósito doloso de imputar pecha ao juízo de primeiro grau e na tentativa de fazer o Tribunal incorrer em erro de julgamento impõe-se a sua condenação, como litigante de má fé, no pagamento dos prejuízos sofridos pelos recorridos, de acordo com o disposto no art. 18, caput, e § 2º do Código do Processo Civil. Recurso Ordinário não acolhido. Recife, 17 de outubro de 1995. (Processo TRT-2156/95, Rel. Juiz Nelson Soares da Silva Júnior, publicado no D.O.E. 15.11.95).

Não desconhecemos, entretanto, que a fixação do **quantum** indenizatório, principalmente quando dirigido ao empregado-reclamante sem recursos, pode vir a redundar, repetindo palavras de CLÁUDIO PIRES no artigo acima citado, em esforço inútil da máquina judiciária. Mas também entendemos que, enquanto não dispusermos de dispositivos específicos sobre a matéria, o juiz do trabalho, imbuído do espírito de justiça e de sua sensibilidade social, terá que observar, em cada caso, de um lado o prejuízo sofrido por uma das partes e, de outro, a possibilidade econômico-financeira daquela a quem vai apenar. Se o trabalhador, mesmo que de poucos reais, só para efeitos de moralização, ainda assim deve haver a condenação que, aqui, desempenhará também um papel ético-pedagógico.

Conclusões e sugestões:

O litigante de má fé, em nossa sistemática processual, precisa ser mais freqüentemente punido.

Mesmo inexistindo postulação das partes, o Juiz deve, de ofício, condenar o litigante de má fé, dando-lhe um tratamento mais rigoroso, conforme dispõe a modificação na lei processual, a partir de dezembro de 1994.

A sanção a ser imposta ao litigante de má fé, no caso do processo trabalhista, deverá objetivar primordialmente a moralidade dos processos, embora também atentar para a situação econômica do trabalhador, sem que isso desmotive o Juiz na sua aplicação.

O importante é coibir todo e qualquer ato contrário à dignidade da Justiça, é lutar para que cada vez mais as partes tenham um comportamento ético dentro do processo, é agilizar o seu andamento impedindo que elas dele se sirvam para tumultuar e denegrir a imagem da Justiça e de seus integrantes.

PODER, ESTADO E DIREITO. A SUPRALEGALIDADE DO DIREITO VIVO

Alexandre Freire Pimentel

Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública, Acidentes do Trabalho, Falências e Concordeatas da Comarca de Olinda; mestrando em Direito pela Faculdade de Direito do Recife-UFPE; professor da Escola Superior da Magistratura e da Universidade Católica de Pernambuco.

SUMÁRIO

Introdução. I. O Poder; II. O Estado; III. O Direito, seu objeto e a supralegalidade do Direito vivo. IV. Bibliografia.

Introdução

A presente monografia abordará como tema-centro deste estudo, a problemática da supralegalidade do **direito vivo** em contraposição ao direito legislado – que, em não raros casos, encontra-se tão defasado e distante da realidade social, que não incidiremos em exagero se o denominarmos de **direito morto**.

Partiremos da premissa de que o conceito central da Ciência Jurídica, é a norma jurídica. Obtemperaremos, no entanto, que para uma norma se caracterizar como jurídica, não é "*conditio sine qua non*", que seja oriunda do aparelho legislativo estatal.

Admitindo a possibilidade da existência de um direito não estatal, ou seja, não produzido pelo Estado em sua acepção formal, admitiremos também – sem a pretensão de esgotar o assunto – a juridicidade da norma social e sua aplicação ao caso concreto, ainda que "*contra legem*".

Defenderemos o ponto de vista de que a juridicidade da norma, encontra-se unida à sua incidência incondicional e à atributividade, que no caso da *norma-jurídica-social-desvianta*,¹ estará, é certo, a depender de uma desvinculação dos aplicadores do direito da ideologia dogmática dominante, fato que na prática judiciária brasileira, vem, hodiernamente, ocorrendo com certa frequência.

E isto se dá, seja quando o Juiz faz do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, instrumento, ainda que dentro da ideologia dogmática, para julgar o caso condizentemente com os ditames sociais de justiça, eleitos pela sociedade civil; seja quando fundamenta sua decisão em dados de ciência empírica, não obstante que, para tanto, tenha de julgar contra a lei, se o caso o exigir.

Quanto à questão da segurança jurídica de decisões uniformes, argumentaremos que se resolve o problema, não pela excessiva positivação, mas pelo controle da atividade judicante exercido pelos tribunais superiores, ressaltando de resto, que, quanto a isto, a dogmática nunca resolveu essa contenda e, tanto isto é verdade que se assim não fosse, não se justificaria a existência dos Tribunais Superiores – salvo o Supremo Tribunal Federal, que dentre outras funções, desempenha a de Corte Constitucional – cuja razão de ser é justamente uniformizar as decisões judiciais, daí os enunciados das súmulas.

Antes porém de adentrarmos nesses debates, necessitaremos de conceitos prévios de institutos que

¹ Alertamos a "priori" que esta expressão será por nós empregada no sentido de norma social que contrarie preceitos positivados em leis e, não no sentido de norma social que se desvia da norma social geral.

se relacionam de forma indissociável com o direito, por exemplo, o Poder e o Estado, como bem insculpe Nelson Saldanha: "As relações entre direito e poder se confundem, às vezes, com as relações entre direito e Estado. O Estado simboliza e concentra o poder, tanto no sentido sociológico como no do direito público. O direito e o poder relacionam-se por meio de valores que o direito implica e de normatividades que o poder acarreta"².

I. O Poder

A palavra poder é empregada com diferentes conotações, dificultando seu uso com precisão terminológica. Etimologicamente, deriva do latim "posse". Se empregado numa conotação física, adquire o sentido de força; se numa conotação moral, significará autoridade; psicologicamente, será entendido como poder mental; numa acepção jurídica, pode ser sinônimo de competência, atribuição legal, capacidade.

"Hobbes e Spinoza basearam seus sistemas no pressuposto de que todo ser vivo se vê impelido a estender indefinidamente o seu poder..."

... Emerson definia a vida como procura de poder...

... Nietzsche considerava a vontade de poder como a força motivadora da natureza humana e da sociedade...

... Russel acreditava-o como conceito fundamental da ciência política...

² Nelson Saldanha, em PODER - Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 59, p.35.

... Word descrevia a lei da natureza como o direito da força"...³

Leslie Lipson, emite seu conceito com assaz precisão, cuja transcrição faz-se justificada, "verbis":

- "a) – O poder é a capacidade de alcançar resultados através da ação planejada. É o produto de mobilização de elementos de apoio. Envolve relação entre grupos e seus agentes;
b) – O que estabelece a distinção entre a autoridade e o poder é o fato de que a primeira consiste no poder reconhecido como válido;
c) – A autoridade é o poder vestido das roupagens da autoridade".⁴

Alguns preferem chamá-lo de potestade de império ou de governo, ou simplesmente de império. O poder deve ser entendido como elemento prévio e imprescindível para a existência do próprio Estado. É esta a lição que nos passa Nicolás Pérez Serrano:

"... el poder, ha de entender ser como elemento previo e ineludible para la existencia misma del Estado, aun antes de que se manifieste en actividades especiales, aunque no quepa olvidar que toda estructura social se justifica precisamente por los fines que está llamado a cumplir. En este aspecto resulta más exacta la interpretación cuando se infiere la necesidad

3 Marinho Neto Garcez - Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, por Carvalho Santos, Vol., 37, p: 197.

4 Sílvio de Macedo - Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 59, p: 35.

del poder como una consecuencia de aquella reducción de la variedad a unidad, mediante una armonía que el Estado representa en cuanto unificación política de un pueblo".⁵

Sendo o Estado fenômeno de convivência social, temos que o poder precede-o e com ele coexiste, como um seu elemento estrutural, indispensável à sua própria existência.

"As relações entre direito e poder se confundem, às vezes, com as relações entre direito e Estado. O Estado simboliza e concentra o poder, tanto no sentido sociológico como no do direito público. O direito e o poder se relacionam por meio de valores que o direito implica e de normatividades que o poder acarreta".⁶

Para o Direito poder impor-se no Estado moderno, ele precisa ser "ordenador", jurisdicizando o poder estatal para existir em função do direito, devendo ser rechaçada a antítese, por mais utópica que seja a tese. É de preferir-se o Estado Imaginário de Direito, pregado por Paul Hirst, ao qual Carl Schmitt chamou de Estado Total.

A conexão preconizada por Pontes de Miranda, entre o princípio da crescente dilatação dos círculos sociais e o da progressiva diminuição do "quantum" despótico, vem, a bem de todos, sendo confirmada pela evolução do ente estatal.

5 Nicolás Perez Serrano, em Tratado de Derecho Político, Ed. Civitas, 1984, p. 120.

6 Nelson Saldanha, em PODER - Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol: 59, p.35.

Em conclusão, relevamos que o poder tende a ser cada vez mais jurídico, só devendo ser exercido por órgãos juridicamente constituídos, sejam pertencentes ao Estado formal, seja pertencentes à sociedade civil organizada, relevando-se porém a necessidade imperiosa de o exercício do poder ser sempre passível de controle, a fim de evitar o que Karl Loewstein nominou de "caráter demoníaco do poder", posto que "donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede".⁷

II - O Estado

Para Carl Quimby Christol, o Estado, ao menos numa forma rudimentar, remonta aos primórdios da existência humana. Era nas estruturas e nas leis dos povos primitivos, que a "imagem" estatal refletia-se em forma de ente organizador e regulador da vida em sociedade.⁸

Nelson Saldanha destaca que o Estado, considerado em seu sentido mais amplo nasceu nas culturas do Oriente Antigo, "estruturando o poder em forma monárquica, fortalecendo o centro decisório-administrativo-militar sobre periferias urbanas e sociais".⁹

O problema da origem do Estado, depende da acepção em que se põe o termo, assim num sentido amplo, designaria "todo grupo político autônomo", inclusive organizações tribais.

⁷ Karl Loewenstein - Teoría de la Constitución, ed. Ariel, 1965, p. 29.

⁸ Christol, Carl Quimby - Introdução A Ciência Política, Vol. I, p. 31 e segs.

⁹ Nelson Saldanha, em O Estado e o Direito, Enciclopédia Saraiva, Vol. 33, p. 441.

Há porém, quem só conceba o Estado em sua forma mais recente, "como organização política sob a qual vive o homem moderno... resultante de um povo vivendo sob um território delimitado e governado por leis que se fundam num poder não sobrepujado por nenhum outro externamente e supremo internamente".¹⁰

Foi na Europa, no "começo dos tempos ditos modernos" que o Estado constituiu-se um fenômeno específico. O surgimento do Estado Moderno correspondeu ao absolutismo monárquico, ligado ao mercantilismo, caracterizado por uma maior concentração de poder e uma ordem mais racionalizada. Só no século XV teve caracterizada sua estrutura nos moldes hodiernos, "ao suceder o ecúmeno medieval, o ecúmeno estatal se percebe que as relações interestatais sucedem às relações interfeudais, ou interimperiais".¹¹

Com as revoluções burguesas, surge o Estado Liberal, segundo estágio do Estado Moderno e que se caracterizou pelo constitucionalismo. Em seguida apareceram as formas sociais de Estado, dentre as quais incluem-se os que adotaram paradigma ideológico socialista-marxista.

Ivo Dantas considera terminologicamente impreciso, falar de evolução histórica do Estado, fazendo retroagir suas análises ao "Estado": Oriental, Grego, Romano e Medieval, porque sendo o Estado um dado histórico cultural concreto, surgido tão-somente na Idade Moderna, seria impróprio antes desse período, falar-se em Estado, já que a convivência humana era regida por outras formas de organização

¹⁰ Celso Ribeiro Bastos & Ives Gandra Martins - Em Comentários A Constituição do Brasil, ed. Saraiva; 1988; p. 147.

¹¹ Cf. Nelson Saldanha, op. cit., p. 441.

política. Seria então mais acertado falar-se em evolução da organização política e não do Estado, porquanto a Teoria Geral do Estado é ciência de estruturas e não ciência da história, assim a palavra Estado deve ser entendida como sinônimo de Estado Moderno.¹²

Canotilho escreve que desde o século passado o conceito de Estado é avocado como forma histórica de um "ordenamento jurídico geral", ou seja, organização unitária e centralizada. Para o mestre lusitano porém, tal concepção deve ser questionada, em virtude de nos quadrantes dos esquemas do que chama de pós-modernidade, a organização política não tem centro, daí falar em um direito sem Estado, em modos de regulação da vida humana, constitutivos do que denomina de reserva normativa da sociedade civil, através de contratos, concertação social, negociações, etc..

Esta posição apresenta-se-nos mais acertada. Fundamentando seus argumentos, Canotilho conclui que a organização política, "é um sistema de sistemas autônomos, auto-organizados e reciprocamente interferentes; é multipolar e multiorganizativa". Paralelamente ao Estado, existem na comunidade, entes institucionais autônomos, e.g., ordens profissionais, associações, e ainda entes territoriais também autônomos como Estados-Membros, Municípios. Daí a referência à perda do centro estatal.

O Estado, pondera, não desaparecerá totalmente do discurso político, isto porque, modernamente, "ele constitui a forma de racionalização do político nas sociedades modernas". É neste sentido e perspectiva, segundo diz, que devem ser interpretadas muitas das

12 Ivo Dantas, op. cit., p. 54.

referências feitas em sua obra: Direito Constitucional, quando se refere à categoria política do Estado.

Numa perspectiva moderna não formalista o Estado há de ser considerado como a infra-estrutura do direito e, o direito, como a superestrutura normativa do Estado,¹³ concebendo-se o Direito como criação social, e não estatal-formal, exclusivamente.

O Direito, surge como realidade mais antiga que o Estado e não apenas do prisma histórico-evolutivo. Os jusnaturalistas, cole-se à lembrança, concebem o Estado tão-somente para aplicar e reconhecer um Direito que lhe precede.

Hodiernamente, falar-se em Estado é falar, por eclipse, em comunidade e poder, o que equivale a falar em comunidade, ao serviço da qual está o poder, em poder conformador da comunidade e em organização aos quais imprime caráter e garantias de perdurabilidade.

III - O Direito, seu objeto e, a suprallegalidade do Direito vivo

Como nos magistrou Kelsen, "uma teoria do direito deve, antes de tudo, determinar conceitualmente seu objeto".¹⁴ Este por seu turno, diz-nos Aftalión, é preexistente à própria ciência que o estuda. Assim como os astros em relação à Astronomia, a terra em relação à Geografia, o Direito precede à Ciência Jurídica.¹⁵

A despeito do conceito de Direito, adverte-nos Lourival Vilanova, para não nos esmerarmos no sentido de

13 Neste sentido veja Pontes de Miranda, em Comentários à Constituição de 1967, ed., 1991, p. 159.

14 Hans Kelsen em Teoria Pura do Direito, Ed. 1991., p. 33.

15 Aftalión, Enrique R. - Introducción al Derecho. Buenos Aires, 1988, p. 197.

formular uma definição *nominal*, ou seja, em dizer o que uma palavra representa; nem empregar uma definição que denomina *real-descritiva*, que à falta dos caracteres essenciais, enumera os exteriores mais marcantes de uma coisa, a fim de distingui-la de todas as outras; nem se deve ainda, empregar uma definição *acidental* que revela um elemento acidental, próprio do definido, porém contingente. A definição que se deve buscar, segundo este mestre, é a que chama de *real-essencial*, dizendo o que a coisa é, desvendando as essências das próprias coisas que essa palavra designa.¹⁶

O objeto que designa a expressão Direito, seja em língua alemã (*Recht*) e suas equivalentes em outras línguas (*Droit*, *Law*, etc.), não obstante ser termo análogo e ter obtido acepções diversas ao longo do tempo na seara da experiência jurídica, é, invariavelmente, o de *ordem coativa da conduta humana*.¹⁷

Neste contexto, Kelsen define *ordem*, como sendo um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade: uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem.

A *conduta humana* por sua vez, na concepção de José Souto Maior Borges, só integra o objeto da Ciência do Direito, enquanto considerada abstratamente, tão-somente quando prevista em norma jurídica, excluindo-se a conduta humana concreta, existencial, em suas relações intersubjetivas.

Assim na dicção deste douto professor, a norma contida no artigo 4º do Código Civil que prescreve: "*a personalidade do homem começa com o nascimento,*

16 Apud Maria Helena Diniz, em *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, Saraiva, 1992, p.26.

17 Kelsen, Hans - *Teoria Pura do Direito*, Ed.M.Fontes, 1991, p. 33 a 36.

com vida", não é um enunciado fático ou biológico sobre o nascimento. O sentido de tal proposição é antes de tudo *deôntico*: *dado o nascimento com vida, deve ser a personalidade*. O nascimento pois, não é em si mesmo fato-de-conduta, mas fato natural, que só ingressa no universo jurídico porque é pressuposto para a incidência de numerosíssimas normas decorrentes da personificação do ser humano.¹⁸

É certo que o processo de purificação da norma jurídica emprestou à *Jurisprudência* o grau de cientificidade que até então era-lhe contestado. Situando a norma no mundo do *dever ser* e afirmando que as proposições jurídicas não podem ser pensadas em juízos postos no mundo do *ser*, Kelsen afirmou que a lógica que requer o direito, não é causal, mas normativa. Cabendo-nos, aqui, exprimir o que os autores formalistas entendem por *causalidade física*, a causalidade não normativa, seja a natural, seja a sociológica.¹⁹

O apotegma insculpido no parágrafo retro, é de valia inestimável para a Ciência Jurídica, embora a consagre apenas em seu aspecto formal. A Ciência do Direito vista dessa forma restrita, esmera-se em metodologia, ao mesmo tempo em que se afasta do conteúdo do seu objeto. É de se corroborar, sem restrições, a lição do professor Nelson Saldanha, no sentido de que "o exagerado apego aos problemas de método tendem a substituir os problemas de conteúdo".²⁰

18 Borges, José Souto Maior - *O Direito como Fenômeno Lingüístico, O Problema da Demarcação da Ciência Jurídica, Sua Base Empírica e o Método Hipotético Dedutivo* - Anuário/Mestrado, 1988, págs. 29 e 30.

19 A este respeito consulte-se Lorival Vilanova, em *Causalidade e Relação no Direito*, edição 1989, p.27.

20 Nelson Saldanha em *Da Teologia à Metodologia, Secularização e Crise no Pensamento Jurídico* - Ed. Del Rey, p.11.

Para Aftalión o grande mérito de Kelsen, foi ter visualizado de forma clara o conhecimento jurídico, distinguindo-o dos objetos das ciências físicas, biológicas, psicológicas ou sociológicas que se situam, estes sim, no mundo do ser.²¹

Não se pretenda a despeito do que acima foi exposto, concluir que o Direito é realidade exclusivamente dogmática, não pertencendo ao mundo fático e, também, não se conclua ante o posicionamento formalista ali adotado, que o Direito não é ciência interdisciplinar. Direito é realidade fática e mais ainda, é realidade cogente, tanto que tem efeitos, inclusive físicos, tais como o deslocamento do patrimônio de uma determinada pessoa para outra, na restituição de certa coisa, em cerceamento lícito da liberdade humana, etc..

Pontes de Miranda considera que somente quem não vive em contato direto com a vida é capaz de afirmar que tais efeitos provocados pela incidência de normas jurídicas não são realidade, chegando inclusive a afirmar:

*"A contemplação do texto frio, estático, sugere a comparação com as fantasias literárias e os planos apriorísticos. Direito é mas a medida de seu ser é dada pela sua realização".*²²

Este autor ensina ainda, que esta realização pode se dar de duas formas: ou ocorre pela observância espontânea dos indivíduos, ou coativamente através de aparelhos do Estado tendentes a isso, às vezes, criado para isso, como é o da justiça.

21 Aftalión, cf. op. cit., p. 444 e 445

22 Miranda, Pontes de - em Comentários à Constituição de 1967, ed. 1991, p. 53

Observe-se que o fato de tal realização poder ocorrer pela observância espontânea dos indivíduos, comprova que o elemento coação é meramente *acidental* e não *essencial* à existência do fenômeno jurídico. Na verdade, discorre Souto, *"a sanção organizada é exterior à norma jurídica e a tendência à sanção do ordenamento jurídico não é um elemento essencial da definição da regra do direito, mas só um corolário dos elementos de tal definição"*.²³

A realidade jurídica não pode prescindir da realidade fática. Como dita Lourival Vilanova em Causalidade e Relação no Direito, a norma jurídica geral e abstrata, não se realiza, isto é, *"não passa do nível conceptual para o domínio do real-social, sem o fato que lhe corresponde, como suporte fático de sua hipótese fática"*.²⁴ Embora consigne mais adiante, que o fato, fora do alcance da norma, ou seja, onde nenhuma norma alcance-o para relacioná-lo com efeitos jurídicos, é juridicamente *irrelevante*²⁵ (o que vem confirmar a mentalidade formalista deste insigne mestre). Sendo certo que a expressão acima sublinhada faz referência apenas à norma jurídica estatal, excluindo-se também, e isto é conclusão nossa, qualquer norma social, ainda que detenha a característica da incidência incondicional.

De nossa parte, obtemperamos, no sentido lato da palavra: qualquer norma, que, em seu conteúdo, guarneça preceitos morais, religiosos, econômicos, etc. e obtenha essa incondicionalidade de incidência, caracterizar-se-á como **norma jurídica**, ainda que não provenha diretamente do aparelho estatal formal.

23 Veja-se Sociologia do Direito, p. 94.

24 Cf. Lourival Vilanova, op., cit., p. 90. Com a pertinente ressalva do autor que **generalidade e abstrateza**, não é característica comum a todas as normas.

25 Lourival Vilanova, op., cit., p. 144.

Assim, para tentar demonstrar que uma norma social detém a nota da "incidência incondicional", poderíamos imaginar o caso do Estado brasileiro, onde a norma penal estatal pune com pena privativa da liberdade a pessoa capaz que praticar crime de furto.

Não é nossa intenção, registre-se, desconsiderar o formalismo kelseniano. Achamos ser impassível de controvérsia, que ao purificar a norma e, ao distinguir o *dever ser lógico do axiológico* Kelsen deu à Ciência do Direito, a pureza metodológica que, naquele momento histórico, era-lhe imprescindível.

Embora partilhemos da opinião de que o Direito é indiscutivelmente ciência social interdisciplinar, não podemos deixar de atribuir ao formalismo kelseniano o mérito de ter demarcado, a seu tempo, o *objeto* da Ciência do Direito, ainda que sob um prisma estritamente *formal*. Aliás é de autoria de Nelson Saldanha²⁶ o prólogo que consigna o surgimento do cientificismo, "*de algum modo provém do racionalismo, e sua transformação em metodologismo*".²⁷

O que de fato não aceitamos, são atitudes arraigadas, sejam de formalismo, sociologismo ou filosofismo. Modernamente não há como não considerar o Direito como ciência interdisciplinar. A autonomia científica de cada um desses ramos do conhecimento jurídico está a demonstrar e provar tal assertiva. Na dicção do professor Cláudio Souto, "*... a rigor, não cabe simplesmente atribuir à Sociologia do Direito o*

fato, à Dogmática Jurídica a norma, e à Filosofia do Direito o valor (incluído aqui o valor 'justiça'), tal como se faz freqüentemente nos meios jurídicos.²⁸

A realidade jurídica, como afirma Souto, é sempre, indissociavelmente tridimensional. Pertence à Lourival Vilanova, a afirmação de que "*a radical contraposição entre o direito como fato e o direito como norma, como fundamento para a distinção entre a sociologia do direito e a Ciência do Direito, não é exata como técnica metodológica, pois contraria a ontologia mesma do direito*"²⁹

Assim, e em conclusão ao exposto, cremos que uma definição com a marca do "real-essencial", a despeito do direito e seu objeto, há de considerar esta Ciência, como transbordante seu aspecto formal, ou seja, Ciência necessariamente interdisciplinar e, que considere, como objeto seu, não só a norma produzida pelo aparelho estatal legislativo, mas, também, a norma social. Definida esta, como sinônimo do fato social, é, na verdade, tão estatal quanto a norma estatal-formal, ainda que dela seja desviante. E isto é assim, porque a sociedade civil, produtora de normas sociais, não deixa de ser parte integrante do Estado. Logo, as normas por ela produzidas são tão estatais quanto as produzidas pelo Estado formal.

Merece lembrança o fato de a doutrina tradicional já admitir, ainda que de forma modesta, "causas supralerais de exclusão de antijuridicidade", indepen-

26 Saldanha, op.cit.p.12.

27 No capítulo IV da citada obra, o autor assinala que a reflexão histórica pode (ou deve) admitir os limites da racionalidade e com isto admitir posições menos racionais e até mesmo irracionais (expressão que usa com reservas). Cf. Saldanha op.cit. p.77

28 "Cláudio Souto, em Ciência e Ética no Direito, Uma Alternativa de Modernidade, Ed.Febris 1992, p.13. De ressaltar que esta tese é retomada em "Sociologia do Direito" (edição de 1981), à página 16, do mesmo autor.

29 Lourival Vilanova, em Relação e Causalidade no Direito, 2ª edição, 1969, p.09.

dente de estarem ou não previstas no elenco do artigo 23 do Código Penal. Mas aqui, a solução, como adiante mostraremos, é fulcrada na dogmática e, só aceita quando existirem lacunas na lei penal.

Vejamos a respeito a exposição de Damásio de Jesus: "*Existem condutas consideradas justas pela consciência social que não se encontram acobertadas pelas causas de exclusão de antijuridicidade. É o caso do professor que impõe ao aluno uma punição não prevista no regulamento escolar e aceita pelas denominadas 'normas de cultura'. Suponha-se que tal punição constitua-se num fato típico. Apreciada a enunciação do artigo 23, percebe-se que a conduta não se enquadra em nenhum dos seus incisos. O professor deve ser punido? Se a consciência social presta seu assentimento ao comportamento do mestre em fase de nele não haver ilicitude, a necessidade da conservação do interesse comum faz com que o fato típico não se revista de antijuridicidade penal. Não há crime, aplicando-se uma causa supralegal de exclusão de ilicitude.*"³⁰

Na verdade a solução dada por Damásio passa necessariamente pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Mesmo sendo o fato, no exemplo supra, típico, o professor não é punido, embora inexista qualquer causa de exclusão de antijuridicidade do seu comportamento previsto na lei penal (art. 23 do C.P.).

A justificativa dada para a não punição do professor deriva de um esquema interpretativo que considera a norma do artigo 23 do CPB, na categoria de normas penais não incriminadoras, portanto, passível de aplicação analógica, prevista no art 4º da LICC, que

ante a omissão da lei penal objetiva, resulta na absolvição do réu com base na integração do direito.

Embora se perceba neste caso uma diminuição do que Cláudio Souto denomina de "teor ideológico das decisões judiciais"³¹, e isto porque sob um ângulo puramente formal a conduta do professor seria também passível de condenação judicial, já que nenhuma causa excludente da antijuridicidade estava prevista em lei. Mesmo verificando-se essa diminuição ideológico-formal, a solução por sua vez não se esmerou em qualquer dado científico-empírico, capaz de justificar (o que é plenamente possível), uma absolvição fundamentada na norma social desviante da que descrevia aquele fato como típico, ante seu caráter de supralegalidade.

Exemplo de decisão arrimada, em saber puramente sociológico, proferida pelo saudoso juiz federal Artur Maciel, quando absolveu um homem pobre que vendia cigarros contrabandeados na Cidade do Recife, tendo-a fundamentado em assertivas sociológicas da lavra de Gilberto Freyre e, justificando-a mesmo *contra legem*, no fato de que naquela hipótese, aquele homem não deveria subsumir-se ao adágio que consigna: ninguém se escusa de cumprir a lei alegando seu desconhecimento, já que o comércio de cigarros estrangeiros era feito abertamente, havendo pois, uma presunção de legalidade do ato imputado de criminoso.³²

Tanto no exemplo de Damásio como no de Souto, encontram-se patenteadas duas normas sociais desviantes em termos de conteúdo, das normas jurídicas estatais-formais, embora não se caracterizem como normas sociais desviantes de outras normas sociais gerais, já que existia

30 Damásio de Jesus, em *Direito Penal*, vol I, p.315.

31 Vide *Ciência e Ética no Direito, Uma alternativa de Modernidade*, p.66.

32 Cláudio Souto, *op. cit.*, p.68.

tanto num caso como noutro um consenso social de que tais condutas eram lícitas, embora fossem ao mesmo tempo, típicas e antijurídicas. Inolvide-se que no exemplo de Damásio, só por meio da analogia é que se alcançou uma causa supralegal de antijuridicidade.

Não podemos olvidar que uma sociedade civil nunca será homogênea. E em sua essência será sempre pluralista, exigindo para sua regulação mínima, um "Rechtsstaat" que identifique não apenas a origem da lei, mas também exija que a "legiferação" e as normas legais assumam a forma de direito.³³ Daí a necessidade de as normas jurídicas estatais conterem proposições "vivas", ou seja: proposições que correspondam às normas sociais criadas e aceitas pelo grupo social estatal: noutros termos, que satisfaçam aos ideais da nação.

A supralegalidade das normas sociais, deriva da "reserva normativa" da sociedade civil, devendo ser questionada a concepção de que o Estado é sempre uma organização unitária e centralizada. Na dicção de Canotilho, na era da pós-modernidade a organização política não terá centro, sendo assim plenamente factível falar-se de um **Direito sem Estado**, ou melhor, "um direito que se situe acima do direito do Estado."

É iniludível que tais idéias e normas da "nação", estão sempre em patamares superiores aos do Estado formal. Tanto isto é verdade que, quando o estado, (aqui considerado em seu aspecto puramente formal), não abstrai da sociedade as normas que deseja ver executadas, ou, quando tais normas não mais correspondem à realidade fática, surgem, espontaneamente do corpo social, as normas ditas "desviantes", que são tão jurídicas quanto as formais produzidas pelo aparelho legislativo estatal. Daí,

33 Confira-se Paul Hirtz - A Democracia Representativa E Seus Limites, 1992, p. 75.

a imposição exercida hodiernamente sobre o aparelho judiciário do Estado, no sentido de aplicar aos casos concretos, o direito vivo, (entendido este como o sendo que a sociedade civil tem por vigente, aquele que realmente regra a vida das pessoas em comunidade) sob pena de, em aplicando uma norma dissonante da social, incidir no erro de aplicar um "direito morto".

É que tal direito é "supralegal", portanto, acima do direito legal. Eis a razão maior de pugnar-se pela "real" independência do aparelho judiciário, (já que em realidade as lides ainda são resolvidas pela Jurisdição), deixando a seu cargo a solvência da questão da segurança jurídica, evitando-se a proliferação de decisões contraditórias através do controle da atividade judicante pelo duplo grau de jurisdição, exercido pelos tribunais.

Fato que hodiernamente é amparado por remédios processuais como por exemplo o mandado de segurança, cada vez mais usado para emprestar efeito suspensivo a recursos que, em consonância com a lei processual civil, não os possuem, como no caso do agravo de instrumento³⁴. Vê-se que a questão da segurança e a uniformidade das decisões judiciais, estão para ser resolvidas pelos órgãos aplicadores do direito, independente de os juízes de primeiro grau aplicarem ou não o direito legal. De resto, caberia salientar que a dogmática nunca resolveu tal questão. Se assim não fosse, seria injustificável a elaboração de súmulas pelos tribunais superiores, que não visam a outra coisa senão a estas mesmas, não obstante a presença exaustiva de normas legais.

34 A isto acrescenta-se que os tribunais, já há algum tempo, vêm concedendo liminares em mandados de segurança, ainda quando não tenha havido a interposição do agravo ou da apelação, contrariando a lei processual civil.

IV. Bibliografia

- AFTALIÓN, Enrique - Introducción al Derecho, 1988.
- BASTOS, Celso Ribeiro - Comentários à Constituição do Brasil. Editora Saraiva, 1988
- BORGES, José Souto Maior - O Direito Como Fenômeno Lingüístico, O Problema da Demarcação da Ciência Jurídica, sua Base Empírica e o Método Hipotético Dedutivo. Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, 1989
- DANTAS, Ivo - Teoria do Estado - Direito Constitucional I. Editora Del Rey, 1989
- DINIZ, Maria Helena - Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. Editora Saraiva, 1991
- GARCEZ, Marinho Neto - Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, por Carvalho Santos, Vol. 37
- HIRTZ, Paul - A Democracia Representativa e Seus Limites. Zahar Editor 1992
- JESUS, Damásio de - Direito Penal, vol. I, Editora Saraiva
- KELSEN, Hans - Teoria Pura do Direito. Ed. Martins Fontes, 1965
- LOEWENSTEIN, Karl - Teoria da la Constitución. Ed. Ariel, 1965
- MIRANDA, Pontes de - Comentários à Constituição de 1967
- SALDANHA, Nelson - Poder - Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 59
- O Estado e o Direito - Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 33
- Da Teologia à Metodologia, Secularização e Crise no Pensamento Jurídico. Editora Del Rey, 1994
- SERRANO, Nicolás Perez - Tratado de Derecho Político. Editora Civitas, 1984
- SOUTO, Cláudio - Ciência e Ética no Direito - Uma alternativa de modernidade - Editora Fabris, 1992
- Introdução ao Direito como Ciência Social. Editora da Universidade de São Paulo, 1981
- SOUTO, Cláudio e Solange - Sociologia do Direito. Editora da Universidade de São Paulo, 1981
- VILANOVA, Lourival - Causalidade e Relação no Direito. Editora Saraiva, 1989.

INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO JURÍDICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO: NOTAS ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DE UMA PERSPECTIVA INDUTIVO-HERMENÊUTICA.

Alexandre de Maia

Professor substituto da UFPE. Professor de Direito Alternativo na Escola de Advocacia Ruy da Costa Antunes. Acadêmico do Curso de Mestrado em Direito da UFPE.

SUMÁRIO

1. Introdução; Teleologia da interpretação jurídica. Primeira Parte: 2. Aplicação do direito; 2.1. Panorama geral; 2.2. O silogismo na aplicação jurídica; ineficiência. 3. A interpretação do Direito; 3.1. Abordagem doutrinária clássica; 3.2. A teoria crítica do direito e a interpretação jurídica. Segunda Parte: 4. O direito tributário e o princípio da estrita legalidade; 4.1. Considerações iniciais; 4.2. Código Tributário Nacional, exegese e integração jurídica. 5. Conclusões: por um resgate da indução na interpretação jurídico-tributária. 6. Bibliografia; 6.1. Livros; 6.2. Artigos.

1. Introdução: Teleologia da interpretação jurídica

Este trabalho trata de um tema por demais interessante e polêmico no estudo do direito: a problemática da interpretação jurídica. Tal ponto torna-se ainda mais crucial em virtude da própria razão ontológica da atividade do jurista. Sabe-se que, em quaisquer ramos de atuação do profissional do direito, estará ele efetuando um trabalho de interpretação, haja vista que os magistrados, membros do Ministério Público, professores, etc., sempre pautam seu mister na atividade interpretativa.

Apesar de tal importância, verifica-se a inércia dos currículos das Faculdades de Direito no que se

refere à hermenêutica jurídica, vista como teoria interpretativa do direito. Os livros utilizados para uma abordagem completa do tema ainda são os mesmos observados em gerações passadas. Assim, a matéria ora em tratamento, muito embora seja exaustivamente estudada pelos filósofos e teóricos do direito, não obteve uma sistematização curricular forte, que possa dar uma base sólida ao jurista quando ele, ao exercer sua profissão, possa tomar decisões que se enquadrem nos princípios hermenêuticos.

A grande indagação que existe é saber se as regras traçadas pela hermenêutica jurídica, incluindo-se a noção de "integração" a ser tratada no texto, podem se fazer verificar no direito tributário, haja vista a estrita legalidade que permeia tal ramo do direito. A legalidade exacerbada poderia nos levar a concluir pela adoção de uma interpretação literal da lei, com a observância meramente gramatical do dispositivo legal que trata sobre a tributação. O presente estudo visa a esclarecer tal embate e buscar uma solução teórica, mas com uma finalidade prática inquestionável.

Para tanto, tentaremos, no breve espaço deste trabalho, traçar, em linhas gerais, o panorama da hermenêutica e sua implicação teórica no mundo jurídico, através de uma explanação inicial sobre aplicação, interpretação e integração no direito, para, a partir de então, efetuar a ilação dos princípios da hermenêutica com o direito tributário, a fim de se perquirir acerca da concretização de tal relação. Assim, o trabalho estará dividido em duas partes, uma geral, que tratará da teoria geral da interpretação, e uma específica, que versará sobre o princípio da estrita legalidade tributária e, por fim, as conclusões acerca do estudo efetuado.

Além de tal perspectiva, buscaremos expor a idéia de teóricos vinculados a uma teoria crítica do direito no que diz respeito ao tema ora em apreço, para, a partir de então, traçar um paralelo com a teoria tradicional, que tem sempre um ponto de partida emanado da manifestação do poder, como veremos adiante.

A metodologia empregada para a elaboração deste ensaio consiste basicamente em pesquisas bibliográficas, pois os estudos de caso não são, em nosso entender, necessários ao desenvolvimento teórico aqui tratado. Utilizaremos o sistema completo nas citações bibliográficas, com as chamadas notas de rodapé, dando destaque em negrito a expressões que são relevantes ao entendimento exposto, e utilizando aspas para enumerar os artigos de revistas, bem como para expressões que, na prática, não atendem ao seu sentido literal, tomando um certo tom jocoso em seu emprego.

Vale ressaltar que o tema caracteriza-se pela sua extensão, o que não nos permite esgotar por completo a abordagem que merece. Portanto, nossa incursão dar-se-à a partir de conceitos gerais, sem um aprofundamento maior que só poderia ser alcançado com a elaboração de uma dissertação ou tese, o que, como se vê, não é nosso intuito.

PRIMEIRA PARTE

2. Aplicação do Direito

2.1. Panorama geral

O dia-a-dia do jurista está pautado pela atividade de aplicação do direito. Especificamente no que tange aos magistrados, que têm a função precípua de, ao solucionarem os conflitos que surgem em sua seara jurisdicional, decidir com base no ordenamento jurídico

vigente (direito positivo em sentido objetivo), a fim de se observar qual das partes envolvidas em determinado litígio possui o direito subjetivo, conforme a clássica distinção existente nos livros de teoria geral do direito.¹

A necessidade da aplicação do direito surge do fato de que o direito produzido através dos meios legislativos detém o atributo maior da generalidade, em que, via de regra, a lei deve tratar do maior número de casos concretos possíveis. Em síntese, deve ela abranger uma parcela significativa do mundo social para que os particulares, em maior número, com base em seu disciplinamento, possam ter a faculdade de cobrar de outro determinada conduta comissiva ou omissiva, zelando-se, assim, pela segurança e a ordem jurídicas, tendo-se por valor-fim a justiça, conforme o plexo axiológico estudado por Cossio.

Diante do presente quadro, aplicar o direito significa, dentro da doutrina tradicional, enquadrar a letra fria da lei, fonte formal – mas não única – por excelência, à realidade empírica. Assim, para que a lei alcance a sua teleologia, existe uma necessidade premente de se verificar a realidade para, a partir de então, decidir como aquele juízo eminentemente abstrato e geral vai se observar no mundo dos fatos. Esta tarefa é de vital importância para a concretização empírica dos princípios basilares que norteiam a vida jurídica como um todo,

haja vista que a principiologia constitucional é composta pelas normas de cunho mais genérico possível, e que necessitam de uma atividade interpretativa de cunho mais acentuado, em virtude da importância de tais normas para a configuração de um Estado democrático, cada vez mais aquém da perspectiva empírica.

2.2. O silogismo na aplicação jurídica: ineficiência

A grande problemática que surge com a aplicação pura e simples do direito está na idéia de se imaginar uma aplicação silogística do direito, que é defendida por muitos autores sob a argumentação de que, se devemos concretizar o direito, não se pode sair por demais dos ditames normativos contidos na legislação, sob pena de se configurar uma afronta à segurança jurídica.

Mecanismo simples de raciocínio, o silogismo é o resultado da atividade de fusão de dois enunciados, sendo um mais genérico e outro uma especificidade do tema traçado no juízo anterior, que denominamos, respectivamente, premissa maior e premissa menor, sendo o resultado de dita interação, a conclusão. Um exemplo básico de silogismo seria a idéia de homem como ser humano, em que teríamos por premissa maior o fato de ser ele um animal, e por premissa menor a idéia de racionalidade. Logo, por conclusão, teríamos: “o homem é um animal racional”. Trazendo esse tipo de raciocínio dedutivo² para a atividade jurisdicional,

1. Para maiores detalhes acerca da distinção direito objetivo x direito subjetivo, cf. TORRÉ, Abelardo: *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Perrot, 1991, pp. 223-262 e 329-332, esta última com relação específica ao direito positivo, fazendo uma análise com a idéia de “direito vigente”. Cf. tb. FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Introdução ao Estudo do direito - Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994, dentre outros, visto que a lista é por demais exaustiva.

2. Sobre indução e dedução como métodos mentais de raciocínio, cf. SOUTO, Cláudio: *O que é Pensar Sociologicamente*. São Paulo: EPU, 1987, especificamente no último capítulo, em que trata da causalidade e da funcionalidade (E. DURKHEIM, T. PARSONS E N. LUHMANN) do pensamento sociológico.

teríamos por premissa maior a lei, por premissa menor o caso concreto e a conclusão, por fim, seria a sentença.³

Ocorre que tal tipo de raciocínio é bastante simplista, em virtude de que, para cada caso concreto, existirão, no mínimo, duas soluções possíveis. Logo, a aplicação meramente silogística não é suficiente para o fenômeno jurídico, pois ela englobaria apenas uma solução cabível ao caso concreto, por ser tal raciocínio uma mera atividade de subsunção, não estando em consonância com as múltiplas soluções que podem existir a uma mesma realidade empírica. Um exemplo de tal assertiva está, por exemplo, no fato de uma moça usar trajes sumários em um interior do sertão, cercado pelo paternalismo coronelista e de rigor moral acentuado. Uma autoridade policial, por exemplo, poderia prender a moça em flagrante por ter cometido o crime de ultraje público ao pudor. Ocorre que, se a mesma moça trajasse as mesmas roupas em uma cidade da capital, poderia ser ela considerada uma pessoa com pudor excessivo, comparando-se com as vestimentas de outras jovens naturais da capital.

Tal exemplo, embora pareça banal, é ilustrativo para acentuar as diferenças existentes em vários meios sociais, e que tais características locais são fundamentais para uma aplicação jurídica de acordo com os anseios sociais, visto que o povo é, acima de tudo, o destinatário das normas jurídicas legais. Buscaremos observar se, no direito tributário, pode haver esta ampliação do sentido da letra da lei.

3 TORRÉ, Abelardo: *Introducción al Derecho* (n.1), p. 454.

Então, pode-se confirmar a ineficiência do método silogístico de aplicação do direito. Em virtude de tal impasse, os juristas buscaram uma nova solução para o problema, modificando a antiga idéia de aplicação do direito por uma perspectiva diferente e mais condizente, segundo a doutrina tradicional, com as diferenciações⁴ existentes em uma sociedade complexa⁵. Para tanto, começa a haver uma preocupação com um novo ato de conhecer, a interpretação.

3. A interpretação do direito

3.1. Abordagem doutrinária clássica

Como se vê, a necessidade de se interpretar vem da inadequação do método tradicional de aplicação silogística do direito. Para se interpretar corretamente, a doutrina tradicional acerca da interpretação elegeu

4 As diferenciações tratadas no texto não dizem respeito à idéia de funcionalidade sistêmica pregada por Luhmann. Para tanto, cf., do autor referido, *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: UnB, 1980, em que há um emprego do termo no sentido de se estabelecerem esferas auto-referentes que caracterizariam os subsistemas sociais, dentre os quais o jurídico. Para uma crítica à posição adotada por Luhmann, cf. ADEODATO, João Maurício: "A Legitimação pelo Procedimento Juridicamente Organizado - Notas à Teoria de Niklas Luhmann". *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, ano XXII, n.º 16, 1985, pp. 65-92. e NEVES, Marcelo: *A Constituição Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. Empregamos a expressão multicidada em seu sentido cultural, ou seja, as diferentes regiões e localidades possuem certas normas de conduta que, por vezes, não são encontradas em outras, o que gera uma necessidade de adequação jurídica a tal meio social de vida.

5 Por sociedade complexa entende-se aquela em que as esferas normativas possuem certa autonomia, diferentemente do que ocorria nas sociedades primitivas, em que a indistinção era a regra, visto que um mesmo fato poderia ter implicações na esfera jurídica (crime), religiosa (pecado) e moral (imoral). Para um aprofundamento desta idéia no desenvolvimento do que se chama "jusnaturalismo", cf. ADEODATO, João Maurício: "Ética, Jusnaturalismo e Positivismo no Direito". *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Pernambuco*. Recife: OAB (no prelo).

um ponto básico de observação: a delimitação, que consiste num processo de determinação qualitativa do tema tratado pelo agente cognoscitivo, a fim de se limitar determinado universo empírico de observação de um determinado código informativo⁶. Por vezes, tal código é obtido através de observação controlada da realidade (*Wirklichkeit*) empírica, como na sociologia. Tal observação controlada, que atestaria a cientificidade do tema, não é observada na teoria clássica da interpretação, como veremos a seguir.

Logo, a interpretação jurídica consiste no ato de se delimitar. Todavia, tal informação não é suficiente para se compor uma definição da interpretação. Assim, entende-se que determinando-se o sentido e o alcance das normas jurídicas estar-se-ia interpretando o direito. A determinação de sentido dar-se-á quando o intérprete esclarecesse o que a norma jurídica quer dizer com o código de palavras,⁷ por vezes, e quase sempre, utilizando a expressão, especificamente quando tratamos da fonte basilar do direito estatal, a lei.

Já o alcance do direito diz respeito aos destinatários da norma jurídica, ou seja, busca-se esclarecer a que grupo(s) social(is) determinada norma é dirigida, a fim de que se possa estabelecer o liame que ensejará a sua efetiva concretização, como tal a chamada relação jurídica⁸. Desse modo, ao se determinar o sentido e o

6 Sobre os códigos binários que informam os subsistemas sociais, cf. LÜHMANN, Niklas: *Legitimação pelo Procedimento* e NEVES, Marcelo: *A Constitucionalização Simbólica* (ambos n.º 4).

7 Para um estudo detalhado de semiótica, cf. WARAT, Luís Alberto: *O Direito e Sua Linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 1987 e NEVES, Marcelo: *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo, Saraiva, 1988, ambos *passim*.

8 TORRÉ, Abelardo: *Introducción al Derecho* (n.º 1), p. 457.

alcance de determinada norma jurídica, efetuada estava a interpretação, a partir do princípio hermenêutico da delimitação.

Os autores prendem-se a uma série de classificações de métodos interpretativos que, no caso em apreço, fogem ao tema. Vale ressaltar apenas uma delas, que é a efetuada de acordo com a extensão da interpretação, em que se verifica a restritiva, a extensiva e a declarativa. A presente classificação será útil para traçarmos diferenciações entre a interpretação e a integração jurídicas. Além disso, elas são as conclusões do intérprete acerca do enquadramento ou não da norma ao caso em apreço por sua atividade cognoscitiva.

Entende-se por interpretação declarativa aquela em que o intérprete chega à conclusão de que o texto legal corresponde fielmente ao anseio peculiar do caso tratado. Cuida-se, pois, de textos legais simples, que não exigem muito parâmetro exegético para a sua compreensão.

Já a interpretação extensiva verifica-se quando o intérprete conclui que a norma jurídica interpretada está englobando um número de casos menor que o da sua possibilidade, fazendo-se necessário um movimento de ampliação do seu respectivo alcance, a fim de corresponder ao que se lhe propõe tratar.

Exatamente o inverso ocorre na interpretação restritiva, em que se verifica a utilização de determinada norma jurídica para realidades mais abrangentes do que o seu efetivo alcance, devendo-se restringir o seu âmbito de incidência. Diz Torrre que este tipo de interpretação teria lugar quando a aplicação da norma viesse a causar uma injustiça⁹. Assim não vislumbramos, se a conclusão

9 TORRÉ, Abelardo: *Introducción al Derecho* (n.º 1), p. 462.

do intérprete é pela inadequação da norma ao caso, em função de a mesma estar extrapolando os seus limites materiais, o que não caracteriza um juízo de valor acerca da justeza ou não da norma.

3.2. A teoria crítica do direito e a interpretação jurídica.

A perspectiva crítica do direito positivo estatal¹⁰ encontra-se, basicamente, no pilar da organização jurídica moderna: o direito dogmático. Os doutrinadores de tal ramo de pensamento avaliam a dogmática como um ponto negativo, haja vista a pretensão de cientificidade do direito. Como não se concebe mais a ciência como um conjunto de mecanismos estanques e não sujeitos à modificação temporal, mas sim um conhecimento basicamente transitório¹¹, sujeito a experiências futuras que mostrem uma nova realidade científica, o pensamento dogmático iria, como de fato ocorre, de encontro aos pilares de uma teoria explicativo-científica do direito.

10 Não confundir com a perspectiva do chamado "direito alternativo", muito em voga no país, mas representando, apenas, um dos setores da teoria crítica do direito. Maiores detalhes, cf. MAIA, Alexandre da: "O Movimento do Direito Alternativo e sua Influência no Poder Judiciário da Comarca do Recife". *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Pernambuco*. Recife: OAB (no prelo) e ARRUDA JR, Edmundo Lima de: *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa (Ensaio sobre o Direito numa Sociedade de Classes)*. São Paulo: Acadêmica, 1993 e COELHO, Luiz Fernando: *Teoria Crítica do Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1987, *passim*.

11 Cláudio SOUTO pauta quase toda a sua obra recente de sociologia jurídica insistindo na ineficiência do direito dogmático para um estudo científico, salientando que os juristas estão mais presos à forma que ao conteúdo próprio do direito, que nem as ciências sociais ainda conseguiram desvendar através de um modelo rigoroso de pesquisa empírica. Para um aprofundamento, Cf. SOUTO, Cláudio: *Ciência e Ética no Direito - Uma Alternativa de Modernidade*. Porto Alegre.: Fabris, 1992.

Outro aspecto abordado pela teoria crítica consiste em uma perspectiva hermenêutica nova, não se tendo mais como ponto de partida a norma jurídica estatal. No caso, ocorreria o que se chama de *hermenéia*, em oposição à tradicional *hermeneutiké techné*¹² partindo-se da experiência empírica para, a partir do relato interpretativo obtido em tal instância, efetuar-se a concretização normativo-empírica, sem se limitar, apenas, ao positivismo exacerbado.

Assim, podemos sintetizar a teoria crítica a partir da não-utilização, por parte da hermenêutica tradicional, do chamado raciocínio indutivo. Neste tipo, o ponto inicial de investigação dá-se em uma realidade particular para, a partir de então, buscar-se uma fórmula mais geral que venha a explicar determinados fenômenos locais. Em virtude disso, não se pode, segundo a teoria crítica, efetuar um método hermenêutico que tenha por parâmetro a norma, pois, se assim fosse, **estariamos apenas observando uma parte do raciocínio, que seria a esfera dedutiva**, que vai do geral (norma jurídica estatal) para o particular (caso concreto).

Conclui-se, então, que não se pode efetuar um raciocínio apenas indutivo ou dedutivo, visto que ambos os modos de abordagem são etapas de um mecanismo único, que denominamos "indutivo-dedutivo". A estrutura mental de tal elocubração dar-se-ia partir da observação continuada da realidade, para que, a partir de métodos de pesquisa, possamos explicar, e não

12 Tal posicionamento está claro em um dos grandes pensadores críticos do direito, atualmente na Universidade de Brasília: DINIS, Melillo: "Elementos para uma Hermenêutica Jurídica Popular (O 'Uso Alternativo' do Direito)". Recife: *Mimeo*, 1991 ou in *Revista de Direito Alternativo*, n.º 03, São Paulo: Acadêmica, 1995.

apenas descrever¹³, essa contingência. Tal explicação consiste na formulação teórica a partir do mundo empírico, através de proposições gerais. Até aí teríamos a indução. A dedução seria o segundo passo, em que, a partir da explicação teórica geral obtida pela indução, buscar-se-á solucionar os conflitos que venham a surgir no seio social. A aplicação teórica, então, estaria mais de acordo com a realidade, o que, segundo os teóricos, é fundamental para a concessão de direitos subjetivos frutos das relações jurídicas. Logo, não poderia haver dedução sem uma indução prévia. No que pertine ao direito tributário, buscaremos observar o mecanismo interpretativo constante no Código Tributário Nacional, para a partir de então, determinar se é possível uma utilização da chamada *hermenéia* em tal ramo jurídico.

SEGUNDA PARTE

4. O direito tributário e o princípio da estrita legalidade.

4.1. Considerações iniciais.

O direito, como ciência cultural que é, possui um conjunto de princípios que dão embasamento ao cumprimento dos preceitos normativos constantes nos ordenamentos jurídicos vigentes em cada organização política estatal. Por ser uno, o direito engloba, nesse

13 Cláudio SOUTO insiste em uma tese crítica baseada neste tópico. Para ele, o direito não tem por escopo uma explicação do fenômeno social, consistindo sua atividade unicamente na parte concernente à descrição dos fatos, sem se buscar a sua explicação através de um referencial teórico, e a sociologia do direito, por sua vez, ainda não conseguiu, nas palavras do autor, estabelecer um modelo rigoroso de ciência para determinar a necessária explicação. Mais detalhes, Cf., do autor, *Ciência e Ética no Direito - uma Alternativa de Modernidade* (nº 11) e *O Que é Pensar Sociologicamente* (nº 2).

sentido, uma principiologia vasta e informadora. Porém, a título de facilitação didática, efetuam-se estudos diferenciados com princípios dirigidos a cada área específica. O direito tributário, como ramo específico que é, não foge à regra, possuindo normas-princípio consagradas na Constituição Federal Brasileira¹⁴.

O Estado, para atingir os seus fins no sentido de zelar pelo bem comum, precisa auferir recursos que dêem sustentação à atividade financeira que deve ele efetivar. O método utilizado para tal finalidade é a tributação. Pode-se dizer que o ato de tributar está relacionado diretamente com algum ato ou fato ocorrido na seara particular. Logo, o ato de tributar está pautado na intromissão necessária, diga-se de passagem, do Estado na vida privada, através da verificação do fato gerador¹⁵, de um fato do cotidiano, seja o auferimento de rendas de qualquer natureza, seja no fato de se colocarem serviços públicos à disposição do particular ou na realização de obras que venham a ocasionar um benefício patrimonial em relação ao valor venal de bens de titularidade de particulares. Note-se que, de um modo ou de outro, o Estado interfere, diretamente, ainda que com limitações constitucionais¹⁶, em algum

14 Para um estudo mais detido sobre os princípios do direito tributário consagrados na Carta Magna, BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1994.

15 Entende-se por fato gerador a dinamização da hipótese de incidência tributária. Logo, só haverá fato gerador à medida que a hipótese de incidência diz respeito tão-somente às prescrições normativas que dependem da aplicação empírica (fato gerador) para possuírem eficácia. Para tal estudo, Cf. MACHADO, Hugo de Brito: *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1993.

16 Sobre limitações ao poder de tributar, BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário* (nº 14) e MACHADO, Hugo de Brito: *Curso de Direito Tributário* (nº 15).

aspecto da experiência social para constituir suas bases de tributação.

Dentro da principiologia¹⁷ acima observada, destaca-se, a olhos vistos, o chamado princípio da estrita legalidade tributária. Tal "norte jurídico" consiste no que Tércio Ferraz Jr. chama de inegabilidade dos pontos de partida¹⁸, que, no caso, é a lei. Assim, não se admite uma criação de tributos que surjam de fontes estranhas à lei. Por corolário desta regra, verifica-se que a cobrança dos tributos também só pode ser efetuada mediante esse entendimento. Vamos ver se esse princípio deve ser tão rígido assim...

4.2. Código Tributário Nacional, exegese e integração jurídica.

A interferência no mundo particular não se dá de forma aleatória: existem normas contidas no Código Tributário nacional que prevêm a utilização de interpretação e integração jurídicas no direito tributário. Não esquecer que tais normas estão sempre pautadas no princípio da estrita legalidade tributária, ou seja, não cuidam da parte indutiva do raciocínio científico, como já visto anteriormente.

Encontramos tais referências nos artigos 111 e seguintes do referido diploma legal, utilizando o legislador o termo "literalmente" para qualificar qual o método exegético a ser utilizado nas normas de direito tributário, ainda assim limitando a sua aplicabilidade às normas de suspensão do crédito tributário, além das que versam

17 Para a diferenciação entre princípios e normas, Cf. MELO, Luciana: "O Princípio da Legalidade Tributária". Recife, mineo, 1996.

18 FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação* (nº 1)

sobre a outorga de isenção e dispensa do cumprimento das obrigações tributárias acessórias, conforme o disposto nos incisos do art. 111 do CTN.

No que pertine à integração jurídico-normativa, existe, também, no Código Tributário em vigor, uma norma que explicita a possibilidade de sua utilização, como tal o art. 108. Tal disciplinamento prevê a aplicabilidade integrativa em caso da ausência de disposição expressa em lei.

Ora, mas se a integração existe justamente para buscar uma aplicabilidade de uma norma a determinado caso concreto indiretamente, verifica-se que a redação do artigo ventilado é pleonástica, demonstrando um desconhecimento acentuado dos princípios informativos da teoria geral do direito.

Além de que, os instrumentos a serem utilizados para suprir esta "lacuna" são de acordo com a redação do mencionado artigo, a analogia, os princípios gerais do direito tributário, os princípios gerais do direito público e a equidade. O que se verifica na redação deste artigo é a sua desnecessariedade, haja vista existir a lei de introdução ao Código Civil, que, como se sabe, é um texto que disciplina uma série de princípios a serem utilizados por todos os ramos do direito. O texto do art. 4º é claro, quando trata da omissão da lei e do uso, subsidiário, da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito. Logo, como falta uma observação sistemática da realidade jurídico-estatal, cuja fonte é a lei por excelência, constata-se essa proliferação desordenada de disciplinamentos normativos, que não teriam uma razão ontológica, se se verificasse uma prática interpretativa mais coerente com a base da doutrina jurídica.

Como se vê, mesmo no Direito Tributário, o estrito apego à letra da lei nem sempre revela a teleologia do direito que surge nas relações intersubjetivas, gerando, por vezes, uma inadequação entre a práxis e o mandamento legislativo, o que pode ocasionar – se já não ocasionou – uma crise de legitimação do sistema dogmático-estatal, tema que não abordaremos neste ensaio em função da restrição temática necessária.

5. Conclusões: por um resgate da indução na interpretação jurídico-tributária.

Muito embora as limitações existentes à interpretação tributária tenham por escopo o valor segurança, vale ressaltar que a unicidade do universo jurídico deve ser observada na atividade exegética, não podendo, em nosso ver, estar o intérprete preso à letra fria da lei, que, por vezes, contraria certos princípios maiores contidos no ordenamento jurídico estatal.

O princípio da estrita legalidade no direito tributário deve ser observado a partir de uma visão sistematizada do ordenamento jurídico estatal¹⁹, caso nos limitemos a uma visão eminentemente legalista. Essa sistematização é fundamental para que a dinamização necessária à experiência jurídica verifique-se nos moldes de um dever *ser-social-vital* para que o sistema se autolegitime.

19 Sobre a retórica na interpretação. Cf. ADEODATO, João Maurício: "O Sêrio e o Jocosos em Jhering (uma Visão Retórica da Ciência Jurídica)" in ADEODATO, João Maurício (org.): *Jhering e o direito no Brasil*. Recife: Universitária (UFPE), 1996, pp. 83-109, especificamente nas pp. 100-107, em que o autor consegue efetuar um estudo detalhado a partir de certos pontos tratados pela dogmática tradicional, obtendo resultados bastante satisfatórios para uma conceituação mais coerente.

Utilizando um método da teoria geral do direito, defendemos a integração jurídica como ponto importante pela tal efetividade. Instituto tradicional mas pouco utilizado, a integração tem por escopo a aplicabilidade de uma norma para solucionar casos concretos que não estão amparados diretamente, mas a norma a ser aplicada guarda uma semelhança com a realidade, a tal ponto de poder ser utilizada para solucionar o caso concreto. E o direito tributário não foge à regra.

Percebe-se, então, que a integração jurídica utiliza a esfera de raciocínio indutivo já antes estudada. Basta observar que a **verificação de inaplicabilidade direta de uma norma só poderá ocorrer a partir da constatação empírica da inexistência de uma norma de incidência imediata** e, para isso ocorrer, há, necessariamente, que se fazer a ilação do particular (caso concreto) para o geral (norma), configurando a indução. Por outro lado, a partir da observação indutivo-dedutiva, percebe-se a possibilidade do uso de outra norma que regula caso análogo ao que está posto em análise.

Assim, concluímos pela não-aplicabilidade absoluta do princípio da estrita legalidade tributária, haja vista que pode haver casos solucionados através do uso da integração normativa, fruto do método indutivo-dedutivo de raciocínio sociológico. Como isso se daria na realidade, não nos cabe agora salientá-lo, mas as possibilidades concretas serão estudadas em trabalho mais pragmático, que não trará a abordagem teórica aqui claramente estampada.

6. Bibliografia

6.1. Livros:

- ADEODATO, João Maurício: **Filosofia do Direito – uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ADEODATO, João Maurício: **O Problema da Legitimidade – no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de: **Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa (Ensaio sobre o Direito numa Sociedade de Classes)**. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- BASTOS, Celso Ribeiro: **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- COELHO, Luiz Fernando: **Teoria Crítica do Direito**. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio: **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 1994.
- LUHMANN, Niklas: **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: UnB, 1980.
- MACHADO, Hugo de Brito: **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- NEVES, Marcelo: **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- NEVES, Marcelo: **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- 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.
- TORRÉ, Abelardo: **Introducción al Derecho**. Buenos Aires: Perrot, 1991.
- WARAT, Luís Alberto: **O Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

6.2. Artigos

- ADEODATO, João Maurício: **"A Legitimação pelo Procedimento Juridicamente Organizado (Notas à Teoria de Niklas Luhmann)"**. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, ano XXII, nº 16, 1985, pp 65-92.
- ADEODATO, João Maurício: **"Ética, Jusnaturalismo e Positivismo no Direito"**. Recife, mimeo, 1996 ou *in Revista da Ordem dos Advogados do Brasil – Secção de Pernambuco*. Recife: OAB (no prelo).
- ADEODATO, João Maurício: **"O Sério e o Jocosos em Jhering (Uma Visão Retórica da Ciência Jurídica)"** *in* ADEODATO, João Maurício (org.): *Jhering e o Direito no Brasil*. Recife: Universitária (UFPE), 1996, pp. 83-109.
- DINIS, Mellilo: **"Elementos para uma Hermenêutica Jurídica Popular (O "Uso Alternativo" do Direito)"**. Recife, mimeo, 1991 ou *in Revista de Direito Alternativo*, nº 03. São Paulo: Acadêmica, 1995.
- GRAU, Eros Roberto: **"A Jurisprudência dos Interesses e a Interpretação do Direito"** *in* ADEODATO, João Maurício (org.): *Jhering e o Direito no Brasil*. Recife: Universitária (UFPE), 1996, pp.70-82.
- MAIA, Alexandre da: **"O Movimento do Direito Alternativo e sua Influência no Poder Judiciário da Comarca do Recife"**. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil – Secção de Pernambuco*. Recife: OAB (no prelo).
- MÉLO, Luciana: **"O Princípio da Legalidade Tributária"**. Recife, mimeo, 1996.

ANOTAÇÕES SOBRE O INDIVÍDUO TRANSGRESSOR

Alfredo Sérgio Magalhães Jambo
Juiz de Direito

SUMÁRIO

O Indivíduo e a Problemática da Transgressão. – O Indivíduo e o Estado – A Criminologia

O Indivíduo e a problemática da transgressão

Certamente a preocupação maior dos pensadores sempre foi a de perquirir a vontade, a liberdade, a razão, a necessidade e a contingência.

Filósofos, como Schopenhauer, a exemplo de Frederich Nietzsche, deram alguma contribuição para análise positiva ou negativa da compreensão do gênero humano. Aquele primeiro, com exacerbado pessimismo, chegou a declarar: "Se é certo que Deus existe, não queria eu ser este Deus, as dores do mundo dilacerariam meu coração, e se imaginássemos um demônio criador ter-se-ia o direito de julgá-lo; como te atreves a perturbar o sagrado repouso do nada para criares um mundo tão cheio de angústia e de dores."

Schopenhauer, ainda, vaticinando a Psicanálise, comentou: "Em todos os casos em que o indivíduo se apaixona (...), a única coisa visada é a produção de um indivíduo de natureza definida, o que pode ser

confirmado primordialmente pelo fato de que a questão essencial não é a reciprocidade do amor, mas a posse”.

O segundo, Frederich Nietzsche, disse: “De todos os sentimentos, o amor é o mais egoísta e, por conseguinte, quando ferido, o menos generoso”.

Nestas problemáticas considerações, sobre um dos sentimentos considerados mais nobres, já se observa, de imediato, a forte presença das dificuldades existenciais do animal que pensa nas dores do mundo, na religiosidade e na transgressão da criatura e de um criador, por ter perturbado o sagrado repouso do nada.

“O século XX nasce sob o signo da transgressão e da complementaridade. Os modelos fechados (racionalismo/empirismo) de ver o homem e o mundo perdem a sua autoridade. O Universo da ciência esfrangalha-se com novas disciplinas. O culto do individualismo revela-se inoperante e o homem de ciência dá lugar aos gabinetes de investigação e ao trabalho interdisciplinar.

Já não se nasce para a filosofia. O filósofo vem da medicina, como Freud, das matemáticas, como Russel, do combate político, como Marx.”⁽¹⁾

No centro deste mundo angustioso, encontramos este indivíduo que Alex Carrel entende, desta forma: “O ser humano não se encontra em parte nenhuma da natureza, só existe o indivíduo. E este distingue-se do ser humano por ser uma realidade concreta. É ele que age, ama, sofre, combate e morre. Pelo contrário, o ser humano é uma idéia platônica, que vive nos nossos livros e nos nossos espíritos”.⁽²⁾

Afinal, que dizer desta figura capaz de comandar uma sumária execução de seus pares e, por outro lado,

criar extraordinárias obras de arte, produções que, de tão dignas e honestas, transmitem uma sublime e transcendente evocação de grandeza, solidariedade e altivez?

Na verdade, essa criatura tem medo; medo de viver, medo de matar, medo de ficar e de ir, e, finalmente, um exagerado medo da liberdade tão procurada por todos, dentro de um sentimento de ambivalência.

É certo que a “vontade é o princípio mais alto da atividade humana. Ela se opõe ao instinto, como uma atividade refletida opõe-se a uma atividade inconsciente e fatal. por ela, o homem torna-se verdadeiramente pai de seus atos”.⁽³⁾

O Professor de Psicologia e Psiquiatria da Faculdade de Barcelona, Emilio Mira Y Lopes, pontifica em sua obra Quatro Gigantes da Alma: “E então, tão depressa como a imaginação cavalga sobre elas, nos traz a galope o negro manto do medo e instala-se na paisagem, aumentando-o de modo tal que com sua sombra cobre todos os caminhos associativos.

Então, o homem – criança ou adulto, varão ou mulher, são ou enfermo – começa a sofrer um dos mais sinistros efeitos deste Gigante: o denominado “medo imaginário”, contra o qual pouco pode fazer, pois, a razão – fria, lógica, mas neutra – é impotente ante os efeitos deletérios, velocíssimos, ágeis, cálidos e subtis da fantasia pavorosa, por um estranho paradoxo, quanto mais irreal, ou seja, quanto menos preso à realidade exterior – presente e concreta – é um temor (imaginário), tanto mais difícil torna-se combatê-lo pelo simples raciocínio de um sã juízo. E isso explica porque até os mais valorosos guerreiros, capazes de lançar-se a descoberto contra uma muralha de fogo ou de lanças, retrocedem espavoridos ante a suspeita

de um inimigo tênue e invisível. É assim que os "mortos" assustam mais que os "vivos"; os "fantasmas" angustiam e torturam as mentes ingênuas muito mais que um bandido de carne e osso; em suma, o que não existe oprime mais do que aquilo que existe. Não obstante, seria injusto negar existência a isso que não existe, no sentido comum do termo, pois a verdade é que existe na imaginação, ou seja, criado por quem o sofre e, justamente por isso, não lhe pode fugir, pois seria necessário fugir de si próprio para conseguir safar-se de sua ameaça."⁽⁴⁾

Tendo a consciência do mundo e de si mesmo, o homem que, no poema de Carlos Drummond de Andrade, dimensiona-se com a nossa pequenez e a nossa grandeza imaginária, diz como aquele poeta:

"Mundo mundo vasto mundo, se me chamasse Raimundo seria uma rima, não seria uma solução. Mundo mundo vasto mundo, mais vasto é meu coração."

Sucede, porém, que ser livre é ser "o eu que quer", e esta liberdade somente existe se determinar a si mesmo.

"Esta autodeterminação ou liberdade é, porém, como se sabe, negada pelo determinismo. Segundo esta doutrina, todos os atos humanos são determinados causalmente. Causa é a razão suficiente da verificação de um fato."⁽⁵⁾

O Filósofo Kant, em seus estudos e observações sobre a liberdade humana, observou a existência de um determinismo válido só para a vontade humana e, relevando o determinismo causal para o domínio da

natureza, ele verificou que aquele válido para a vontade humana, também é demonstrável, ficando restrito e fundamentando-se nos valores morais, tornando possível a vontade de orientar-se através uma lei que ele cognominou de lei moral.

Ainda, fazendo considerações sobre o sentido da vida, diz-nos aquele humanista: "a preocupação mais grave do homem deve consistir em saber como há de ele cumprir a sua missão no mundo e o que tem a fazer para conseguir ser verdadeiramente homem".⁽⁶⁾

A preocupação Kantiana é de natureza valorativa, e com ela nos deparamos com a antropologia naturalista, a biocêntrica, a seminaturalista e aquela cujo espírito é visto numa construção estratiforme do ser humano.

Na antropologia naturalista "o homem é um ser natural governado por instintos. Neste aspecto não se distingue dos outros animais. Ele próprio, na sua essência, não passa de um animal. No seu escrito, "Fenseits des Lustprinzips", Freud diz textualmente: "— não ignoramos que a muita gente há de custar ter de renunciar à crença de que o homem tem em si um instinto inato de perfectibilidade, que o levou já às culminâncias espirituais e morais que atingiu hoje, e do qual é lícito esperar a continuação até atingir as proporções do Super-Homem. Eu, porém, não acredito na existência desse instinto, nem vejo meio de salvar essa benéfica ilusão. O desenvolvimento do homem até aqui conhecido, não me parece necessitar de outra explicação diferente da que explica também o desenvolvimento dos outros animais. Aquilo que numa pequena minoria de indivíduos humanos considera-se geralmente um instinto de perfectibilidade indefinida, não é mais do que a consequência de um

de um inimigo tênue e invisível. É assim que os "mortos" assustam mais que os "vivos"; os "fantasmas" angustiam e torturam as mentes ingênuas muito mais que um bandido de carne e osso; em suma, o que não existe oprime mais do que aquilo que existe. Não obstante, seria injusto negar existência a isso que não existe, no sentido comum do termo, pois a verdade é que existe na imaginação, ou seja, criado por quem o sofre e, justamente por isso, não lhe pode fugir, pois seria necessário fugir de si próprio para conseguir safar-se de sua ameaça."⁴⁴

Tendo a consciência do mundo e de si mesmo, o homem que, no poema de Carlos Drummond de Andrade, dimensiona-se com a nossa pequenez e a nossa grandeza imaginária, diz como aquele poeta:

"Mundo mundo vasto mundo, se me chamasse Raimundo seria uma rima, não seria uma solução. Mundo mundo vasto mundo, mais vasto é meu coração."

Sucede, porém, que ser livre é ser "o eu que quer", e esta liberdade somente existe se determinar a si mesmo.

"Esta autodeterminação ou liberdade é, porém, como se sabe, negada pelo determinismo. Segundo esta doutrina, todos os atos humanos são determinados causalmente. Causa é a razão suficiente da verificação de um fato."⁴⁵

O Filósofo Kant, em seus estudos e observações sobre a liberdade humana, observou a existência de um determinismo válido só para a vontade humana e, relevando o determinismo causal para o domínio da

natureza, ele verificou que aquele válido para a vontade humana, também é demonstrável, ficando restrito e fundamentando-se nos valores morais, tornando possível a vontade de orientar-se através uma lei que ele cognominou de lei moral.

Ainda, fazendo considerações sobre o sentido da vida, diz-nos aquele humanista: "a preocupação mais grave do homem deve consistir em saber como há de ele cumprir a sua missão no mundo e o que tem a fazer para conseguir ser verdadeiramente homem".⁽⁶⁾

A preocupação Kantiana é de natureza valorativa, e com ela nos deparamos com a antropologia naturalista, a biocêntrica, a seminaturalista e aquela cujo espírito é visto numa construção estratiforme do ser humano.

Na antropologia naturalista "o homem é um ser natural governado por instintos. Neste aspecto não se distingue dos outros animais. Ele próprio, na sua essência, não passa de um animal. No seu escrito, "Fenseits des Lustprinzips", Freud diz textualmente: "– não ignoramos que a muita gente há de custar ter de renunciar à crença de que o homem tem em si um instinto inato de perfectibilidade, que o levou já às culminâncias espirituais e morais que atingiu hoje, e do qual é lícito esperar a continuação até atingir as proporções do Super-Homem. Eu, porém, não acredito na existência desse instinto, nem vejo meio de salvar essa benéfica ilusão. O desenvolvimento do homem até aqui conhecido, não me parece necessitar de outra explicação diferente da que explica também o desenvolvimento dos outros animais. Aquilo que numa pequena minoria de indivíduos humanos considera-se geralmente um instinto de perfectibilidade indefinida, não é mais do que a consequência de um

recalcamento dos seus instintos naturais sobre o qual se pode muito simplesmente edificar a exemplificação de todas as coisas valiosas que existem na natureza humana.⁽⁷⁾

Johannes Hessen, criticando o determinismo Freudiano, que enfoca o homem como um ser sexual e todo espírito e cultura como derivações absolutas dos instintos, sua realização e sua dependência da sublimação da libido, comenta: "Esta teoria de Freud apresenta uma surpreendente analogia com a teoria da história de Karl Marx, que também pressupõe, como é sabido, uma Antropologia. Ambas essas teorias, de facto consideram o espiritual e o cultural como simples superestruturas. A realidade sobre a qual essas superestruturas constróem-se, o suporte real e decisivo que as determina, é o dos fatores naturais, na de Marx o econômico, na de Freud o sexual. Tanto num caso como no outro há uma desespiritualização e desvalorização do homem".⁽⁸⁾

Dispensáveis, agora, algumas considerações sobre as outras Antropologias, não pela sua importância, mas pela conveniência de serem menos comentadas nesta oportunidade.

Na verdade, a mais significativa de todas estas preocupações, é saber da possibilidade objetiva e da disposição da liberdade em poder do homem, este animal tão complexo.

Aristóteles, na obra "Ética a Nicômaco", argumenta que livre é aquele que dispõe em si mesmo do princípio para agir ou não agir. Linearmente, a vontade é aqui pensada como um poder incondicional de determinar-se e determinar; também, com ausência de constrangimentos externos e internos, sem obstáculos para realizar e nem sentir coação alguma para agir. A

concepção Tomista da liberdade é a realização do ato voluntário.

Alguns filósofos posteriores, sobre essa concepção Aristotélica, enfatizaram que a inteligência inclina a vontade em uma direção, mas não obriga e nem constrange, pois que também podemos agir na direção contrária à indicada pela inteligência e pela razão.

Outras concepções da liberdade conservam o entendimento Aristotélico de autodeterminação, mantêm ainda o consentimento da liberdade sem constrangimento, espontânea e por força interna, mas não a colocam no ato individual de escolha, porém na atividade do "todo", do qual nós, pobres mortais, somos indivíduos. Essa "totalidade" pode estar situada na natureza, na cultura ou na formação histórico-social. Na natureza a exemplo dos Estóicos e Espinoza; na cultura para Hegel e, para Marx, na formação histórico-social.

Nessa abordagem, a liberdade não é incondicional; é o poder exercido pelo "todo" para agir em conformidade consigo mesmo.

Nessas circunstâncias, vê-se o homem premido entre a natureza, a cultura e a formação social, com suas necessidades próprias, definindo assim as regras da atividade individual. O existencialismo Sartriano acolheu a concepção da liberdade Aristotélica. Para Sartre, a existência precede à essência.

Em uma conferência no Clube Maintenant, em Paris, em 1945, Sartre disse:

"O existencialista opõe-se tenazmente a certo tipo de moralismo secular que visa a suprimir Deus com o mínimo possível de dispêndio, por volta de 1880, quando os professores franceses abalancaram-se a

formular uma moralidade secular, disseram algo como: "Deus é uma hipótese inútil e cara; diante disso vamos passar sem ela. Entretanto, se quisermos ter uma moral, uma sociedade e um mundo temente à lei, é indispensável que certos valores sejam levados a sério; eles precisam de ter uma existência atribuída *a priori*. Tem de ser considerado obrigatório *a priori*, ser honesto, não mentir, não se bater na esposa, criar os filhos, e assim por diante... embora, naturalmente, não haja Deus." Em outras palavras – e este é, acredito, o teor de tudo que na França chamamos de radicalismo – nada será mudado se Deus não existir; redescobriremos as mesmas normas de honestidade, progresso e humanidade, e teremos nos livrado de Deus como uma hipótese fora de moda, que morrerá tranquilamente por si mesma. O existencialismo, pelo contrário, acha extremamente constrangedor Deus não existir, pois com ele desaparece toda possibilidade de encontrar valores em um céu inteligível. Não mais pode haver um bem qualquer *a priori*, visto não haver uma consciência infinita e perfeita para pesá-lo... Dostoiévsky, certa feita, escreveu: "Se Deus não existisse, tudo seria permitido"; e esse é o ponto de partida para o existencialismo.⁽⁹⁾ Sartre levou essa idéia ao ápice, pois o homem está condenado à liberdade, escolha incondicional que faz do seu ser e do seu mundo. Para ele, quando julgamos sob o poder de poderosas forças externas, mais poderosas do que a nossa vontade, esse julgamento é livre, pois decerto outros homens nas mesmas circunstâncias não sucumbiram, curvando-se em uma resignação ociosa.

A "terceira concepção da liberdade introduz a noção de possibilidade objetiva. O possível não é apenas

alguma coisa sentida ou percebida subjetivamente, mas é também e sobretudo alguma coisa inscrita no coração da necessidade, indicando que o curso de uma situação pode ser mudado, em certas direções e sob certas condições".⁽¹⁰⁾

Na verdade, os condicionamentos não são obstáculos à liberdade, mas o meio pelo qual a liberdade exerce a sua tarefa histórica. Os valores por nós considerados, como a generosidade, a amizade, a justiça, a igualdade e a coragem, estando dispostos e organizados pela sociedade que os enaltece, também impedem a sua realização, pela contradição entre o ideal e o real. Este momento é primeiro no universo da ética como recusa à violência. O segundo momento é a possibilidade da concretização do real.

O filósofo Merleau-Ponty, sobre a concepção da liberdade, pontifica:

"Nascer é, simultaneamente, nascer do mundo e nascer para o mundo. Sob o primeiro aspecto, o mundo já está constituído e somos solicitados para ele. Sob o segundo aspecto, o mundo não está inteiramente constituído e estamos abertos a uma infinidade de possíveis. Existimos, porém, sob os dois aspectos ao mesmo tempo. Não há, pois, necessidade absoluta nem escolha absoluta, jamais sou como uma coisa e jamais sou uma pura consciência... A situação vem em socorro da decisão e, no intercâmbio entre a situação e aquele que a assume, é impossível delimitar a "parte que cabe à situação" e a "parte que cabe à liberdade." Sou uma estrutura psicológica e histórica. Recebi uma maneira de existir, um estilo de existência. Todas as minhas ações e meus pensamentos estão em relação com essa estrutura. No entanto, sou livre, não apesar disso ou

aquém dessas motivações, mas por meio delas. São elas que me fazem comunicar com a minha vida, com o mundo e com a minha liberdade."⁽¹¹⁾

Dentro da filosofia especulativa, a atividade voluntária tem como estudo a vontade, sua natureza, análise, doenças e educação, sendo a vontade o princípio mais alto da atividade humana. Possui ela as fases da deliberação, decisão e execução. Na patologia da deliberação, é de se encontrar a abulia dos impulsivos, mal esse que se caracteriza pela passividade dos impulsos; exemplificando, diríamos que seriam aqueles que não agem mas são forçados a agir. Na abulia dos intelectuais verificamos aqueles que deliberam indefinidamente, não concluem a discussão, polemizam e problematizam, sem jamais passar à decisão. Na abulia dos veleidados, estes concluem a deliberação e formulam um juízo prático, mas esperam que as circunstâncias decidam por eles. Na abulia dos fracos, verificamos aqueles que decidem, às vezes, energicamente, e não cessam de tomar decisões, abandonando-as, às vezes, retomando-as, cedendo à primeira dificuldade e até provocando-as. Como consequência dispensará de ir até o fim. Os obcecados são os de idéias fixas; o componente da vontade encontra-se ausente, sempre comandado por sua idéia fixa. Enfim os obstinados, que se manifestarão por uma exaltação dos instintos de afirmação, e são esses instintos que os dominam, quando a vontade é que deveria dominar.

Um dos problemas e questionamentos fundamentais do ser humano, como se viu acima, é, sem dúvida, a estrutura da razão, razão essa considerada como uma forma de organizar a realidade ou como a Professora Marilena Chauí entende, ou seja, como

pensar e falar ordenadamente, com medida e proporção, com clareza e de modo compreensível para todos.

Para o estudo da razão, a indagação surgiu com relação a sua origem, a primeira conhecida como inatismo, afirmando que nascemos trazendo em nossa inteligência não só princípios racionais como também idéias verdadeiras. O empirismo, pelo contrário, afirma que a razão, como seus princípios, é adquirida pela experiência.

Em Kant, surgiu a concepção da estrutura da mente, que, conhecida como uma "Revolução Copernicana da Filosofia", colocou no centro, ao invés da realidade objetiva, a própria razão, constituída por três estruturas, *a priori*: a primeira, a forma da sensibilidade ou percepção sensível ou sensorial; a segunda, a estrutura ou forma do entendimento, do intelecto ou inteligência, e a terceira, a estrutura ou forma da razão propriamente dita e, quando em ato, esta não se relaciona nem com os conteúdos da sensibilidade, nem com os conteúdos do entendimento, mas tão-somente consigo mesma. A razão separada da sensibilidade e do conhecimento tem a função de regular e controlar.

Foi Hegel que, criticando o inatismo e o empirismo, lançou a concepção de que a razão é histórica, e considerou "que as idéias só seriam racionais e verdadeiras se fossem intemporais, perenes, eternas, as mesmas em todo tempo e em todo lugar, e que a mudança, as transformações da razão e de seus conteúdos são obras racionais da própria razão. A razão não está na história; ela é a história. A razão não está no tempo; ela é o tempo".⁽¹²⁾

Modernamente, finalizando esses aspectos da leitura da realidade, lembramos de Edmund Husserl, o criador

da Fenomenologia. Para ele, "o mundo ou a realidade é um conjunto de significações ou de sentidos que são produzidos pela consciência ou pela razão. A razão é "doadora do sentido" e ela "constitui a realidade" enquanto sistemas de significações que dependem da estrutura da própria consciência.

As significações não são pessoais, psicológicas, sociais, mas universais e necessárias. Elas são as **essências**, isto é, o **sentido** impessoal, intemporal, universal e necessário de toda a realidade, que só existe para a consciência e pela consciência. A razão subjetiva que cria o mundo como racionalidade objetiva. Isto é, o mundo tem sentido objetivo, porque a razão dá-lhe sentido.

Assim, por exemplo, a razão não estuda os conteúdos psicológicos de minha vida pessoal, mas, pergunta: O que é a vida psíquica? O que são e como são a memória, a imaginação, a sensação, a percepção?

A pergunta "o que é" não se refere a uma descrição dos processos mentais e físicos que nos fazem lembrar, imaginar, sentir ou perceber. Essa pergunta refere-se à descrição do sentido da memória, da sensação, da percepção, isto é, reporta-se à essência delas, independentemente de nossas experiências psicológicas pessoais. A fenomenologia não indaga, por exemplo, se uma certa idéia ou uma certa opinião são causadas pela vida em sociedade, mas pergunta: O que é o social? O que é a sociedade? As respostas a essas perguntas formam as significações ou essências e são elas o conteúdo que a própria razão oferece a si mesma para dar sentido à realidade.

A fenomenologia afasta-se, portanto, da solução hegeliana, pois não admite que as formas e os conteúdos

da razão mudem no tempo e com o tempo. Eles se enriquecem ampliam-se no tempo, mas não se transformam **por causa** do tempo.⁽¹³⁾

Interessante, portanto, em Hegel, é a flagrante transgressão do indivíduo com sua consciência, sendo a "autoconsciência" a "figura" do sujeito dividido com a possibilidade de ser livre e, ao mesmo tempo, com a incapacidade de uma liberdade real e universal, na perversa dialética do senhor e do escravo.

Em sua fenomenologia do espírito, a primeira figura "é a do saber imediato", ou "certeza do sensível"; a consciência dá-se conta de que algo existe. Na segunda, a consciência escapa da tirania do imediato, é movimento, e dá-se conta da capacidade de duvidar e de outras percepções. Na terceira, a consciência inicia a busca do conceito no caminho da razão, e, finalmente, na quarta, a consciência perplexa constata que a realidade escapa-lhe e que o mundo não se deixa dominar; consolida-se, portanto, a autoconsciência.

O Indivíduo e o Estado

A transformação e a permanência sempre estiveram presentes com suas contradições nos quadros das grandes decisões do indivíduo e da sociedade.

O indivíduo transgressor sempre surgiu dentro de uma historicidade trágica e perversa. Um dos exemplos mais marcantes, no âmbito da religiosidade, foi a trajetória de Cristo, e na filosofia, a de Sócrates; às vezes, quase sempre, aparece liderando uma revolução, não só como legislador, mas como executor de uma política efetivamente sanguinária, excluindo-se Cristo e Sócrates.

Significante é o que diz Dostoievski, através de Raskólnikof, na obra *Crime e Castigo*: "Recordo-me de que em vários pontos do artigo insisto sobre a idéia de que todos os legisladores e guias da humanidade, a principiar pelos mais antigos para continuar em Licurgo, Sólon, Maomé, Napoleão etc., que todos, sem exceção, foram criminosos, promulgando novas leis violando portanto as antigas, observadas pela sociedade e transmitidas pelos antepassados; certamente eles não recuavam ante a efusão de sangue; desde o momento em que ela podia ser-lhes necessária.

É notável que quase todos esses benfeitores e guias da espécie humana foram sanguinários. Portanto, não somente todos os grandes homens, mas todos os que se elevam um pouco acima do nível comum, que são capazes de dizer alguma coisa de novo, devem por sua própria natureza, ser naturalmente criminosos, mais ou menos, é claro. De outro modo ser-lhes-ia difícil sair do ramerrão; quanto a ficar nele, certamente não suportariam isso e creio até que o próprio Deus o proíbe."⁽¹⁴⁾

Como se vê no texto do eminente escritor russo, seu personagem, Raskólnikof, que tem o perfil criminológico mais controvertido e discutido da literatura universal, sem fazer apologia do crime, noticia como violadoras das leis, e portanto transgressoras, figuras históricas, entre outras a de Napoleão, que, em seu domínio, foi codificador do Código de Leis que tem o seu nome e ainda hoje está em vigência na França, sendo exemplo para legisladores de outras nações. Entretanto, não é desconhecido o caráter perverso do corso, que em seu "dossiê", escrito por biógrafos de envergadura, conta passagens de sadismo, como aquela

que Napoleão, nos campos de batalha, chutava a cabeça dos soldados adversários para constatar se ainda viviam.

Durante milhares de anos, os homens, como hordas, perambularam pelas florestas, rios, estepes, vales e montanhas, entre terríveis animais e, quando chegou a idade da pedra, tornaram-se artífices caçadores, e um dos mais terríveis matadores. Quando não havia outra coisa a fazer, o matador praticava a arte de matar. Ensinava às crianças o manejo das armas. Em ocasiões de festa, exibia as suas habilidades ante as multidões admiradas. Pouco depois de aprender a alimentar o seu estômago, o matador aprendeu a alimentar o seu "ego".

Não é demais supor que, com o advento da agricultura, o matador rapidamente aumentou a sua força e o seu prestígio. Pois, acima de tudo, a cultura do solo fez com que cem pessoas pudessem existir onde existira só uma. Os homens estabeleceram-se onde o solo era mais rico e mais fácil de trabalhar. Surgiram as cidades. Dentro de algumas gerações, certamente, os habitantes das boas terras tiveram de lutar contra os invejosos e os famintos das terras infecundas e estéreis. Os que nada tinham, avançavam para tomar. Os que tinham, resistiam e combatiam os que não tinham.⁽¹⁵⁾

Criminologia

Israel Drapkin Senderey, em seu *Manual de Criminologia*, enfatiza que a existência da criminalidade é considerada como uma coisa normal, sendo o indivíduo que delinqüê, entretanto, considerado como um fenômeno anormal, e assim pontifica esse autor: "O delito só nos serve de guia para compreender o homem, pois neste, atuam os fenômenos encadeadamente.

Nunca serão encontrados na conduta humana, atos isolados, mas uma concatenação de atos, às vezes de pouca importância, que podem levar a uma explosão delituosa. Porque delinque o homem e as causas por que o faz, são as matérias essenciais com que se preocupa a criminologia".⁽¹⁶⁾

Em seu estudo metodológico, a criminologia é dividida em 5 fases:

- 1ª) Fase empírica e mitológica (até o século XV);
- 2ª) Precursores de Lombroso (Renascimento até 1875);
- 3ª) Período da antropologia criminal (1875-1890);
- 4ª) Período da sociologia criminal (1890-1905);
- 5ª) Período da política criminal ou fase eclética (de 1905 até as tendências atuais das doutrinas criminológicas).

Na fase empírica, constata-se a antiguidade bem remota, a pagã, a latina, a tomista, na idade média a das ciências ocultas. Sobre esses períodos, lembramos desordenadamente que Platão já fazia referência sobre furto famélico e, para este, o criminoso já era considerado um doente. Aristóteles em sua obra "Política", diz que a miséria engendra a rebelião e o delito, observa a existência da reincidência e considera as paixões humanas mais significativas do que as razões econômicas.

Platão dizia que em uma comunidade em que não houver riqueza, haverá uma sociedade moral, e os Epicuristas e os Estóicos exaltavam a pobreza. Hipócrates afirmava que o delito é um desvio anormal da conduta humana.

Na idade média, São Tomaz de Aquino, em sua "**Summa Theologica**", também defende o furto famélico. Thomas Morus foi o utopista que defendeu a proporcionalidade das penas em relação ao delito.

J. J. Rousseau, em sua obra *Origem E Fundamento Da Desigualdade Entre Os Homens*, pontificava: "O primeiro homem que, tendo cercado um pedaço de terra, botou na cabeça, "isto é meu" e, encontrou gente suficientemente simples para acreditar. Foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras e assassinatos; quantas misérias e horrores seriam poupados à espécie humana se alguém tivesse destruído as cercas delimitadoras e dito a seus companheiros: "Tende cuidado em crer neste impostor: estais perdidos se esquecerdes que os frutos da terra a todos pertencem e que a terra em si não é de ninguém".⁽¹⁷⁾

O Marquês de Beccaria foi precursor da Escola Clássica e escreveu um livro que provocou grande polêmica. Sua obra, em sentido humaníssimo, era um protesto "para que o castigo não seja um ato de violência exercido por um só ou por muitos contra um cidadão, deve essencialmente ser público, pronto, necessário, proporcional ao delito, ditado pelas leis e o menos rigoroso possível atendidas todas as circunstâncias do caso".⁽¹⁸⁾

Foi César Lombroso, considerado o pai da criminologia moderna, que enfatizou o atavismo como causa do delito, mas efetivamente nunca disse que todos os criminosos eram natos, apenas que o verdadeiro delinqüente é nato, como o louco moral, com base epilética. Como se sabe, o atavismo é uma herança anterior à imediata. Da sua teoria quase não resta mais nada. A primeira crítica à teoria de Lombroso consiste

em negar a perfectibilidade do homem tarado. Dizia ele que não poderia ser este homem reeducado. Outro erro foi subvalorizar o ambiente como fator secundário, quando, na verdade, os filósofos e pensadores modernos consideram de fundamental importância na origem do crime a influência do mundo circundante. Incompleto nas suas investigações, inescrupuloso, foi alvo de críticas severas. Com conclusões prematuras, investigações incompletas, sua doutrina não poderia ser boa.

Garófalo, juiz italiano, sustentou a teoria do delito natural, sendo o primeiro que adotou o nome de criminologia ao referir-se a esta natureza de estudo.

Sintetizou dois sentimentos indispensáveis para a convivência social: a piedade e a probidade. Com isso, definiu o delito natural como uma ofensa aos sentimentos altruístas fundamentais de piedade e de probidade. A grande crítica à sua doutrina era de que a piedade e a probidade não seriam sentimentos altruístas que se exerceriam entre semelhantes, não compartilhados com outras "espécies" consideradas de delinquentes.

Já em Enrico Ferri, o criador da sociologia criminal, constatamos a controvérsia entre o livre arbítrio e o determinismo. Foi ele quem primeiro classificou as causas do delito em três grupos: as biológicas, como a herança e a constituição; as físicas, como o meio ambiente e, por fim, as sociais, como a ambiência social. Também classificou os delinquentes em natos, a exemplo do dito lombrosiano; em loucos e alienados em ocasionais que não procuram o delito, mas o delito os persegue; em habituais que fazem o crime por profissão, e, finalmente, em passionais, onde a violência das paixões facilita a eclosão criminosa.

Sobre a Criminogenia e Etiologia Criminal, modernamente seu estudo comporta duas grandes ordens, sendo a dos fatores endógenos e a dos fatores exógenos. Dos endógenos, fala-se na herança e a divide em norma patológica e criminosa. Outros fatores endógenos de significativa importância são estudados, tais como a idade, o sexo e o raça, esta última tendente a desaparecer, até porque o seu estudo não se refere ao aspecto político-social, adquirindo importância no auge das doutrinas totalitárias. Quanto aos Fatores exógenos, situam-se como significantes o mundo circundante natural, a geografia criminal, considerando fatores físicos relacionados com o crime como o solo, etc..

É bom lembrar a sociologia criminal, que faz um estudo sobre as classes sociais, a vadiagem e a mendicância, os fatores criminógenos da família, a instrução e a educação, o fator econômico e, afinal, a toxicomania.

Sobre o fenômeno criminal, podemos dizer, formalmente, que o "crime pode ser todo fato que a lei proíbe sob a ameaça de uma pena "e, lembrando Carmignani e seu conceito, que "o crime é o fato humano contrário à lei".⁽¹⁹⁾

O Professor Aníbal Bruno, em sua obra Direito Penal, comenta: "São conceitos que apenas alcançam um dos aspectos do fenômeno, o mais aparente, que é a sua contradição a uma norma do Direito ou a sua punibilidade definida na legislação. A essa maneira de conceituar o fato punível, rigidamente formal ou demasiadamente imprecisa, reagiu a doutrina no curso de dois caminhos diferentes. por um lado, buscando fixar um conceito preciso e juridicamente técnico, um conceito que captasse os elementos analíticos do crime

na sua configuração legal, por outro lado, em uma aventura que ultrapassava os limites do estritamente jurídico, tentando construir uma definição que contivesse a essência do crime na sua realidade fenomênica e fosse, porventura, universalmente válida, independente do sistema jurídico positivo vigente".⁽²⁰⁾

O segundo caminho para a conceituação do crime foi sua análise e decomposição em elementos constitutivos, passando a ser uma ação típica, antijurídica e culpável, sendo este conceito resultado de uma profunda perquirição, sobretudo da dogmática, por considerar no crime a ação, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, sendo a ação o núcleo do conceito.

Esses elementos do crime são de fundamental importância para a segurança jurídica do acusado e, sobretudo, da sociedade.

"A segurança jurídica tem como um dos seus principais pressupostos, que ninguém pode ser condenado por ter praticado um ato não qualificado legalmente como delito no momento da sua prática, isto é, em virtude de ter praticado um ato não sancionado pela lei como uma determinada pena criminal. Do mesmo modo não pode ser condenado a uma pena superior à que lhe é inicialmente atribuída pela lei. Ora, acontece que muitos dos atos praticados pelos chefes nazistas eram perfeitamente legais no momento da sua realização, de acordo com o direito alemão da época. Não havia, assim, qualquer pena prevista para eles. Segundo uma aplicação rigorosa dos princípios do positivismo não era, neste caso, possível qualquer julgamento e muito menos qualquer pena. Esta impunidade pareceu de tal modo escandalosa aos juristas que os levou a recorrerem precisamente à idéia de justiça e ao direito

natural, para encontrar uma base jurídica que lhes permitisse efetuar julgamentos. Certos atos (a preparação de uma guerra injusta, a perseguição e extermínio de minorias étnicas, a organização de campos de concentração desumanos) eram de tal modo contrários mesmo às mais primitivas e rudimentares idéias de justiça que deveriam ser condenados, independentemente do fato de serem permitidos ou mesmo ordenados pelo direito dos seus executantes, e julgados por um tribunal internacional funcionando como porta-voz da opinião pública mundial e intérprete das suas idéias de justiça. O julgamento de Nuremberg é precisamente um dos momentos-chave do atual ressurgimento das doutrinas jusnaturalistas".⁽²¹⁾

Nesse mesmo julgamento aconteceu um incidente interessantíssimo, à face da conveniência de decisões militares semelhantes das partes em conflitos: "Um dos incidentes ocorridos no julgamento ilustra convenientemente esta confusão. O almirante Donitz, comandante da marinha alemã e sucessor de Hitler na chefia do Estado, foi acusado, entre outras coisas, de ter ordenado aos submarinos que não recolhessem os tripulantes dos navios torpedeados, se isso pusesse em risco a sua segurança. Tratava-se de uma acusação gravíssima, e a existência dessa ordem estava provada. Mas o defensor do Donitz conseguiu obter uma declaração do almirante americano Nimitz em que este reconhecia ter dado uma ordem semelhante aos submarinos que operavam no Pacífico. Como consequência, Donitz não foi condenado sobre este ponto, o que provavelmente lhe valeu a vida. Para um jurista é sempre surpreendente que um ato deixe de ser delituoso só porque foi praticado por uma determinada pessoa".⁽²²⁾

Os positivistas, ao contrário dos naturalistas, exacerbam a questão da segurança direcionada para a paz e de uma convivência pacífica entre os homens, no sentido da garantia dos cidadãos que calculam a consequência de seus atos. Os jurisnaturalistas apontam o direito como instrumento para a realização da justiça, às vezes sem revelar seu conteúdo de imediato e suas divergências.

Dentro do amplexo dessas questões históricas, jurídicas e culturais, surgiu a necessidade de se aprofundar muito mais ainda no estudo da Criminologia como ciência. O Professor Roque de Brito Alves, em sua obra "Criminologia", faz o seguinte comentário: "A Criminologia pode ser considerada uma ciência natural e humana em oposição à ciência ideal, que tem objetos ideais (o Direito, a Matemática etc.), pois ocupa-se, de preferência, de indivíduos criminosos. E, se considerarmos que o homem é a mais nobre criação da natureza, distinguindo-se principalmente por seu espírito, pode-se dizer, sob tal visão, que a Criminologia é uma ciência natural e humana, pois no amplo conceito de ciência natural inclui-se o ser humano como um ser natural e espiritual".⁽²³⁾

Fazendo uma análise sistemática da compreensão da Criminologia como ciência, esse eminente professor considera que uma das maiores dificuldades para conceituação e compreensão deste estudo como ciência, encontra-se no fato de que cada autor tem uma visão particular sobre a sistematização da Criminologia como ciência e, geralmente, tornam-se criminologistas oriundos de estudos acadêmicos e formação especializada em outra ciência.

Vejo os comentários do Professor Roque como uma preocupação fundamental para aquele que se propõe a fazer ciência, problematizando-a cada vez mais, mas sempre dentro da cientificidade, exigência necessária para a explicação dos fatos científicos, com honestidade, equilíbrio e ausência de paixões.

Como ciência, a Criminologia tem seu objeto, que se polariza em três direções: a primeira situa o objeto como o crime, fato normativo e valorativo; a segunda, a que pragmatiza o delito como fenômeno individual e social e, finalmente, a terceira, a que enfoca o objeto da criminologia no autor do delito e o estudo da sua personalidade criminosa.

Certamente, ainda voltando à obra do Professor Roque, é profundamente saudável, cientificamente, o que pontifica aquele professor à folha 53 da obra "Criminologia": – "Filosoficamente, pode-se argumentar que tanto um mesmo objeto pode ser pesquisado sob vários aspectos ou prismas – o que, aliás, pode dar margem a diversas disciplinas pesquisando um idêntico objeto sob vários ângulos ou pontos de vista. Lembrando-se, que, a conhecida lição ou distinção da filosofia aristotélico-tomista entre objeto material e formal de uma ciência, o que possibilita, inclusive, a classificação de diversas ciências – como, igualmente, não há como negar a necessidade de relação ou mesmo conexão entre o real e o valor, entre a realidade valorativa, normativa e a pura realidade positiva, fáctica, relacionando-se espírito e matéria. Com tal argumentação, haveria uma tentativa de eliminar a contradição de a Criminologia ser uma ciência do ser, de fatos, mas cujo objeto é normativo, é determinado por uma valoração jurídica.

O que, de outra parte, também é inegável, é que enquanto o objeto da Criminologia depende de uma valoração jurídica – que é sempre relativa no tempo e no espaço – a Criminologia jamais poderá aspirar a atingir uma investigação universal e estável. Os seus conceitos ou soluções não poderão ter uma validade geral. O próprio conceito jurídico de crime, a própria natureza da ordem jurídica, o sistema de normas jamais poderão apresentar ou oferecer tal generalidade ou validade universal. Este é o nosso entendimento em tal aspecto principal da problemática.⁽²⁴⁾

A busca da verdade científica tem sido tratada como teoria, e metodologicamente dividida em três concepções e várias exigências, havendo duas da maior importância entre todas, que devem destacar-se. São elas elencadas na obra da Professora Marilena Chaui, "Convite à Filosofia": "O conhecimento não pode ser ideologia, ou, em outras palavras, não pode ser máscara e véu para dissimular e ocultar a realidade servindo aos interesses da exploração e da dominação entre os homens. Assim como a verdade exige a liberdade de pensamento para o conhecimento, também exige que seus frutos propiciem a liberdade de todos e a emancipação de todos".

A verdade deve ser objeto, isto é, deve ser compreendida e aceita universal e necessariamente, sem que isso signifique que ela seja "neutra" ou "imparcial", pois o sujeito do conhecimento está vitalmente envolvido na atividade do conhecimento e o conhecimento adquirido pode resultar em mudanças que afetem a realidade natural, social e cultural".⁽²⁵⁾

Como se vê, fazer ciência também é um trabalho de postura, e cuja neutralidade científica não deva ser,

ideologicamente, a serviço da dominação, porém, sempre crítica e problematizante.

Sobre o poder da ideologia, diz o Professor István Mészáros: "O poder da ideologia dominante é pelo esmagador, pelo material, por um equivalente arsenal político-cultural à disposição das classes dominantes, mas, sim, porque esse poder ideológico só pode prevalecer graças à posição de supremacia da mistificação, através da qual os receptores potenciais possam ser induzidos a endossar, "consensualmente", valores e diretrizes práticas que são, na realidade, totalmente adversos a seus interesses vitais.

A esse respeito, a posição das ideologias conflitantes é decididamente assimétrica. As ideologias críticas, que procuram negar a ordem estabelecida, não podem sequer mistificar seus adversários, pelo simples fato de não terem nada a oferecer – nem mesmo subornos ou recompensas pela aceitação – àqueles já bem estabelecidos em suas posições de comando, conscientes de seus interesses imediatos palpáveis. Portanto, o poder de mistificação sobre o adversário é privilégio exclusivo da ideologia dominante".⁽²⁶⁾

O relacionamento do indivíduo com o aparelho estatal é objeto de várias abordagens filosóficas, umas situando o poder do Estado sobre o indivíduo e outras colocando este numa situação proeminente em relação ao Estado, tudo isso como se houvesse oposição excludente neste relacionamento. A ficção fantástica do indivíduo isolado concretamente não mais faz parte da literatura científica. O indivíduo, além de ser membro do Estado, é oriundo da instituição familiar, e parte de grupos e comunidades constitutivas e, portanto, sua leitura e conceito devem ser sempre reavaliados sob o prisma moral, social, religioso, econômico e jurídico.

Curiosas e interessantes são algumas colocações que o Professor Luciano Gruppi construiu em sua obra "Tudo Começou com Maquiavel", respaldada no pensamento político dos grandes mestres, sobre o Estado e o indivíduo. Assim pontifica esse professor: "A teoria do Estado de Hobbes é a seguinte: quando os homens primitivos vivem no estado natural, como animais, eles se jogam uns contra os outros pelo desejo de poder, de riquezas, de propriedades. É o impulso à propriedade burguesa que se desenvolve na Inglaterra: "*homo homini lupus*". cada homem é um lobo para o seu próximo. Mas como, dessa forma, os homens destroem-se uns aos outros, eles percebem a necessidade de estabelecerem entre eles um acordo, um contrato. Um contrato para constituírem um Estado que refreie os lobos, que impeça o desencadear dos egoísmos e a destruição mútua.

J.J. Rousseau, posteriormente, vai opor a Hobbes uma brilhante objeção ao dizer que o homem, no estado natural, é um lobo para seus semelhantes. Hobbes não descreve a natureza do homem mas sim os homens de sua própria época. Rousseau não chega a dizer que Hobbes descreve os burgueses de sua época; mas, na realidade, descreve o surgimento da burguesia, a formação do mercado, a luta e a crueldade que os caracterizam.

Locke observa que o homem no estado natural está plenamente livre, mas sente a necessidade de colocar limites à sua própria liberdade. Por quê? A fim de garantir a sua propriedade. Até que os homens sejam completamente livres, existe entre eles uma luta que não garante a propriedade e, por conseguinte, tampouco uma liberdade durável.

É o típico individualismo burguês, no sentido de que o indivíduo humano preexistiria ao Estado, de que os homens partiriam de uma condição natural em que são indivíduos soltos (para Marx, pelo contrário, o homem é um ser social e somente se torna homem à medida que vive e trabalha em sociedade; de outra forma seria um animal, um bruto).

Segundo esses pensadores, o indivíduo existiu antes da sociedade humana e esta nasceria pelo contrato entre indivíduos preexistentes. Ora, do ponto de vista histórico, isso é pura fantasia, pois o homem só se torna homem vivendo em sociedade com os outros, só organizando, socialmente, sua própria vida. Imaginar que um indivíduo possa ser homem antes de organizar-se em sociedade não passa de uma típica projeção ideológica do individualismo burguês. É no modo burguês de produção que cada um individualmente se põe em relação com outro indivíduo, sem ter consciência do caráter social dessas relações econômicas.¹¹⁽²⁷⁾

É por essa análise estrutural da sociedade e do homem que a criminologia, como ciência, passa a analisá-lo (o homem) como indivíduo anti-social, transgressor que deve ser tratado como delinqüente. Os métodos que a criminologia deve usar elencam-se, como o indutivo, o empírico, o experimental e aquele de observação.

Fundamentais e de significativa importância metodológica são as teses da criminologia atual, citadas pelo Professor Roque de Brito Alves em sua obra Criminologia e também os problemas fundamentais da criminologia moderna. São assim relacionados por aquele eminente professor:

As Teses da criminologia atual

- 1 – Não existem o criminoso nato e o tipo físico ou psíquico criminal.
- 2 – O crime é produto de vários fatores e ao de causa única.
- 3 – O delinqüente não é um ser inferior biológica, psíquica e socialmente, é um indivíduo normal.
- 4 – O delito é um fenômeno real, de conteúdo humano (individual) e social.
- 5 – Na pesquisa criminológica, busca-se o criminoso individual e não um tipo seu universal e geral.
- 6 – Em algumas hipóteses ou casos, pode existir uma certa tendência para o crime, porém jamais uma absoluta predisposição para o delito como um efeito fatal da herança ou da influência do meio.
- 7 – A Criminologia é uma ciência independente, interdisciplinar, empírica, estudando a etiologia e a dinâmica da criminalidade, não se confundindo com outras ciências que também secundária ou indiretamente analisam a delinqüência.

Problemas fundamentais da criminologia moderna

- 1 – A sua caracterização como ciência independente.
- 2 – A nova compreensão da etiologia criminal.
- 3 – A análise do denominado "crime organizado" (máfia etc.).
- 4 – O estudo do cognominado "crime profissional" ("White-collar crime").

- 5 – O aumento da delinqüência como fenômeno universal.
- 6 – A problemática da violência (sobretudo a urbana e a terrorista).
- 7 – A internacionalização do tráfico de tóxicos.
- 8 – A vítima como causa ou provocadora de crime (vitimologia).
- 9 – A interpretação total da personalidade do criminoso.
- 10 – Os novos métodos para a prevenção do crime e para o tratamento de delinqüente.¹²⁸⁾

Voltando ao grande mestre do existencialismo, e lembrando a célebre frase de sua autoria de que "o amor é uma paixão impossível", na verdade ressalta-se em sua obra uma imensa humanidade e perspicaz observação do comportamento humano, sendo interessante, aqui, lembrar sua exaltação à psicanálise e sua crítica ao Marxismo, quando em sua obra "Questão de Método", fazendo considerações sobre o "frustrado" Flaubert, infeliz por não ter sido um grande médico como seu pai. Pontifica:

"A mistura explosiva de cientificismo ingênuo e de religião sem Deus que constitui Flaubert e que ele tenta ultrapassar pelo amor da arte formal, poderemos explicá-la se compreendermos bem que tudo se passou na infância, isto é, numa condição radicalmente distinta da condição adulta: é a infância que modela preconceitos insuperáveis, é ela que nos faz sentir nas violências da domesticação e nos desnorreamentos de domesticado, a pertinência ao meio como um acontecimento singular. Só a psicanálise permite, hoje, estudar a fundo o processo pelo qual uma criança, no escuro, tateante, vai tentar desempenhar, sem compreendê-lo, o personagem social que os adultos impõem-lhe, só ela

nos mostrará se a criança reprime-se em seu papel, se procura fugir dele ou se o assimila inteiramente. Apenas ela permite encontrar o homem inteiro no adulto, isto é, não somente suas determinações presentes como também o peso de sua história. Estaria muito enganado quem imaginasse que esta disciplina opõe-se ao materialismo dialético. É certo que amadores edificaram, no Ocidente, teorias "analíticas" sobre a sociedade ou a História que desembocam, com efeito, no idealismo. Quantas vezes não nos pregaram a peça de psicanalisar Robespierre sem mesmo compreender que as contradições de sua conduta eram condicionadas pelas contradições objetivas da situação? É irritante, quando se compreendeu como a burguesia termidoriana, paralisada pelo regime democrático, viu-se praticamente reduzida a exigir uma ditadura militar, ler, da pena de um psiquiatra, que Napoleão se explica pelas suas condutas de malogro." "Questão de Método, Editora Nova Cultural, página 137/138".⁽²⁹⁾

Como se depreende, as limitações da consciência em relação à realidade vêm a dar uma relevância significativa à psicanálise. A consciência é vulnerável e em sua fragilidade angustia-se com a possibilidade de decifrar o inconsciente que pode se revelar com todas as suas monstruosidades.

Por certo, a criminologia deve adotar a psicanálise como ciência auxiliar para a prevenção e melhoria do indivíduo social, dirimindo, em seu nascedouro os germes da violência, sobretudo agora, quando a chamada globalização exacerba o superficial, massificando e alienando as consciências, alvo de toda informação, dirigida ou não para a vulgarização do belo, do gracioso e do sublime, do digno, do justo e do honesto.

Bibliografia

- B. PITKIN, Walter, Breve Introdução à História da Estupidez Humana, 4ª edição, Editora Promoetue, pág. 87 (15)
- BRUNO, Prof. Aníbal, Direito Penal (20)
- CASTRON, Maurice, Autores e Críticas – Sartre, Editora Civilização Brasileira – 1965 (9)
- CHAUÍ, Marilena, Convite à Filosofia, Editora ática 1994, pág. 362 (10,11,12,13,14,25)
- DE Brito Alves, Prof. Roque, Criminologia (23, 24, 28)
- DOSTOIEVISK, Crime e Castigo – Romance (14)
- DRAPKIN Senderey, Israel, Manual de Criminologia (16, 17, 18, 19)
- GRUPP, Prof. Luciano, Tudo Começou com Maquiavel (27)
- HESSEN, Johannes, Teoria dos Valores (5, 6, 7, 8)
- JOLIVETE, R., Curso de Filosofia, 18ª edição, Editora Agir, pág. 206 (3)
- _____, Justiça e Direito, Editora Salvat (21, 22)
- MÉSZARO, Prof. Stván, Filosofia, Ideologia e Ciências Sociais (26)
- MIRA Y Lopes, Emílio, *Quatro Gigantes da Alma, (O Medo, A Ira, O Amor e O Dever)*. Editora José Olímpio – Antigo Professor de Psicologia da Universidade de Barcelona
- O Homem, Este Desconhecido*. Editora Educação Ltda, Porto-Portugal
- SARTRE, Jean Paul, *Questão de Método*. Editora Nova Cultura, pág. 137 e 138

PINHO da Rocha, *Conceição e Batista Magalhães, João.*
Edições Contraponto nº 625

Outras Obras: – Fenomenologia do Espírito Hegel.

– Hegel
(Textos Escolhidos)
Roland Corbisier.

– Leandro Konder
Hegel
(A Razão Quase Enloquecida)
– A Sociedade Aberta e seus Inimigos

Karl R. Popper.
– Frederick Wilhelm Nietzsche
Humana, Demasiada Humana

A EXECUÇÃO NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*

Cândido Rangel Dinamarco
Professor – Titular da Universidade
de São Paulo (USP)

SUMÁRIO

Introdução. Obrigações de fazer e de não fazer. Extinção da liquidação por cálculo do contador. Novo título judicial: O mandado de pagamento ou entrega (processo monitório). Novos títulos executivos extrajudiciais. A desistência da execução e os embargos opostos. Suspensão parcial da execução. Atentado à dignidade da justiça. Registro da penhora registro da penhora. Início do prazo para opor embargos.

Introdução

O movimento que se convencionou denominar "Reforma do CPC", composto por uma série de leis editadas principalmente em 1994 e em 1995, introduziu relevantes modificações no sistema brasileiro de execução forçada – seja remodelando internamente o sistema em si, mediante algumas alterações voltadas à praticidade, seja instituindo normas exteriores a ele e destinadas todas a agilizar a efetividade dos direitos pela via do processo.

São de quatro ordens as inovações exteriores ao processo executivo e influentes na execução. As mais significativas são as que outorgam poderes ao juiz, ainda no processo de conhecimento e depois da sentença, para promover a efetividade do julgado em caso de

* Exposição feita no 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em 23 de outubro de 1996

desobediência do sujeito condenado por obrigação de fazer ou de não fazer (art. 61, *caput* e parágrafos), evitando-se com isso a própria necessidade de instaurar o processo executivo. Outra inovação externa de grande valor sistemático foi a que dispensou de liquidação sentenças em que o conhecimento do *quantum debeatur* dependa exclusivamente de cálculos aritméticos: os novos arts. 604 e 614 do CPC ditam normas referentes à iniciativa do processo executivo mesmo, sem atividade alguma de "liquidação" entre o cognitivo e ele. A terceira inovação externa com repercussão no sistema executivo reside na criação de um modo muito ágil e prático para a criação de título executivo judicial, que é o *processo monitorio* (arts. 1.102-a a 1.102-c). A quarta foi a ampliação do rol de títulos executivos extrajudiciais.

Na disciplina da execução propriamente dita, as mais significativas consistiram: a) na disciplina dos efeitos da desistência da execução sobre os embargos já opostos; b) na instituição da suspensão parcial da execução; c) na cominação de multa em caso de atentado à dignidade da Justiça, suprimida a proibição de falar nos autos; d) na necessidade de levar a registro a penhora incidente sobre imóvel; e) na definição do termo inicial para a fluência do prazo a fim de oferecer embargos à penhora. Existem outras novidades, mas são essas as que, por seu significado mais profundo no sistema e relevância na prática, merecem atenção maior.

Sobre essas inovações externas e internas versarão os tópicos a seguir, sem a preocupação de aprofundar conceitos e sempre visando a lançar idéias para a discussão e possível amadurecimento dos temas inovados no sistema brasileiro de execução civil.

Examinar-se-ão também as propostas dos ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, expressas no esboço de anteprojeto que elaboraram com vista ao aprimoramento da própria reforma.

Obrigações de fazer e de não fazer

A Lei 8.952, de 13/12/1994, trouxe um novo art. 461 ao CPC, no qual se apresentam duas ordens de disposições referentes à efetividade dos julgados portadores de condenação por obrigação de fazer ou de não fazer. Essas disposições foram ditadas pela consciência, haurida da experiência comum, de que tais espécies de obrigações são as que mais se expõem às vicissitudes do inadimplemento, sendo tradicionalmente falho o sistema processual no tocante aos meios destinados a vencer as resistências do obrigado renitente. Foram mutuadas ao Código de Defesa do Consumidor (art. 84) e expressam-se em duas ordens de providências judiciais antes estranhas ao CPC.

O *caput* do novo art. 461 manda que o juiz, quando descumprido o preceito contido em condenação por obrigação de fazer ou não fazer, determine "providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento". Isso significa que, nas situações ali previstas, a ordem judiciária prescindirá da vontade do obrigado e imporá medidas destinadas a superar a desobediência. Essa novidade traz em si a transgressão a duas regras fincadas a fundo na ordem processual tradicional que são: a) a do exaurimento da competência do juiz no processo de conhecimento a partir de quando ele publica a sentença de mérito, entregando-a em cartório (art. 463); b) a da correspondência entre o provimento jurisdicional e o pedido

formulado na demanda inicial (arts. 128 e 460). São transgressões legítimas, ditadas para a efetivação do acesso à justiça (Constituição Federal, art. 5º, XXXV) e, porque ditadas por lei do mesmo nível das que estabeleceram as regras transgredidas, efetivamente inseridas na ordem jurídica. Assim, por exemplo, se o sujeito condenado a reduzir ruídos noturnos em sua casa noturna prossegue emitindo sons insuportáveis, o juiz determinará e imporá (até pela força, se necessário) o fechamento da casa – com o que será assegurado o objetivo de sossego dos vizinhos.

Nos parágrafos do novo art. 461 empregou-se técnica diferente. Estabelece o § 5º que, “para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado equivalente, deverá o juiz de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial”. Tais providências, associadas às multas diárias que também poderão ser impostas (§§ 2º e 4º), inserem-se no conceito de execução indireta e resolvem-se em meios de pressão psicológica: elas consistem em verdadeiro convite ao obrigado, para que, refletindo melhor, pondere os males do agravamento e compare-os com as vantagens que vai obtendo pelo inadimplemento. Espera-se que os juízes, conscientes dos grandes poderes de que são investidos, empreguem-nos efetivamente, sem imprudências, mas também sem timidez, valham-se deles para o cumprimento de sua missão de oferecer tutela jurisdicional efetiva a quem tiver o direito a um fazer alheio ou a uma abstenção.

Extinção da liquidação por cálculo do contador

A Reforma cuidou de eliminar a liquidação por cálculo do contador, mandando que, quando a determinação do *quantum debeatur* depender exclusivamente de cálculos aritméticos, o próprio credor faça-os e deduza a petição inicial executiva acompanhada de uma memória atualizada (arts. 604 e 614, red. Leis 8.898, de 29.6.94, e 8.953, de 13.12.94). Discussões sobre o *quantum debeatur*, nesses casos, terão sua sede em eventuais embargos opostos pelo executado, fundados em excesso de execução: alegará o devedor que a pretensão deduzida na petição inicial executiva vai além do que o título executivo permite, estando portanto parcialmente descoberta de título (art. 741, V. e art. 743, I). Só excepcionalmente o juiz fará o controle liminar do valor, para o fim exclusivo de dimensionar a penhora, ou seja, só quando a diferença de valores for tão grande e visível a olho nu, que seja possível apontá-la sem a ajuda do contador ou do perito. Não existe contraditório entre as partes antes da penhora e a lei já não confere ao juiz, em dispositivo algum, o poder de homologar contas. Isso significa que nem nas execuções ordinárias far-se-á a liquidação por cálculo, nem nas especiais (inclusive, por alimentos). Esse novo dispositivo é um dos que mais impacto causaram e, inexplicavelmente, vem sendo praticamente descumprido por muitos juízes. A excrescência da falsa liquidação, que por contador se fazia e o juiz homologava porque assim a lei determinava, permanece ali no ar, como um fantasma a assombrar juízes, advogados e que precisa ser definitivamente exorcizado.

Algumas das dificuldades invocadas para a negativa de vigência ao novo art. 604 têm proposta de

solução no esboço de anteprojeto de lei em que se anuncia a "reforma da reforma". O novo parágrafo sugerido para o art. 604 contém duas propostas. A primeira, mandando que o juiz, venha a "valer-se do contador nos casos de cálculo complexo". Não é conveniente que toda e qualquer complexidade leve o juiz a valer-se do contador, pela simples razão de que ele nada homologará e a lei não lhe dá poder para tanto (se homologar, sua "decisão" será um nada jurídico e sobre ela não incidirá a coisa julgada material. A vingar essa proposta, a remessa ao contador deverá funcionar como verdadeira assistência judiciária, determinando-a o juiz, somente, quando sentir que o credor, por hipossuficiência, não tem condições econômicas para contratar que elabore sua memória atualizada. Mas nada homologará e eventuais discussões processar-se-ão, como nos demais casos, nos embargos que o devedor opuser. O esboço propõe também que "quando a determinação do valor da condenação depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz a requerimento do credor poderá requisitá-los". À primeira vista parece que essa disposição independe da outra e cada uma se aplica a uma hipótese independente. Mas não se consegue imaginar alguma hipótese em que, faltando somente cálculos aritméticos para o encontro do *quantum debeat*, haja elementos em poder de alguém, dos quais precise o credor para fazer o seu cálculo. De todo modo, essa proposta de novo parágrafo para o art. 604 exige muita reflexão e talvez algum aperfeiçoamento à luz das sugestões que vierem a ser apresentadas – e não foi com outro intuito que os condutores da reforma deram público o seu texto.

Novo Título Judicial: o mandado de pagamento ou entrega (Processo Monitório)

A Lei 9.079, de 14/7/1995, institui na ordem processual brasileira uma nova categoria de processo, destinado a uma espécie de tutela jurisdicional diferenciada, que é o processo monitorio (arts. 1.101-a, 1.102-b e 1.102-c). Espelhou-se em modelos vigentes alhures, como o *Mahnverfahren* e o *Mandatsverfahren* da Áustria e Alemanha, a *ingiunzione* italiana e a *injonction* recentemente acolhida na lei francesa. O objetivo dessa espécie de processo é o de propiciar, a quem dispõe de um documento idôneo mas não tenha título executivo, a obtenção de título judicial que lhe permita promover a execução forçada. Essa possibilidade é restrita às obrigações por dinheiro, por coisas móveis certas ou por coisas fungíveis, quantificáveis por unidades (art. 1.102-a). Na primeira fase do procedimento, o juiz, verificando estarem presentes os requisitos, emite o mandado de pagamento ou entrega. O réu, sendo intimado a pagar ou entregar, se cumprir o preceito ficará dispensado dos encargos processuais e evitará a execução (art. 1.102-b). Poderá também oferecer embargos ao mandado, sem pagar, entregar ou mesmo segurar o juízo. Opostos os embargos, o processo monitorio ficará suspenso e eles se processarão. Não opostos ou vindo a ser rejeitados, cessa o estado de suspensão e agora o processo monitorio prossegue, em sua segunda fase – a executiva. Trata-se efetivamente de uma fase e não de um novo processo, o que significa que o início das atividades executivas independe de ato incoativo pelo credor e o devedor não será citado: mera intimação chamá-lo-á a adimplir (pagando ou entregando), prosseguido-se com as

medidas executivas adequadas, conforme o caso (execução por quantia certa ou para entrega).

O mandado de pagamento ou entrega é, como se vê, um novo título executivo judicial inserido na ordem processual brasileira e a ser formado de modo assim ágil e expedito. Sua eficácia, suspensa pela eventual oposição de embargos, fica contida durante a pendência desses e, se rejeitados, libera-se. De todo modo, a execução que se faz na segunda fase do processo monitório tem por título o mandado e não a sentença que os rejeita: tanto quanto se dá na execução por título extrajudicial, a sentença que julga improcedentes os embargos limita-se a negar o que o embargante pede (declaração de não dever, ou de dever menos, ou extinção do processo).

Novos títulos executivos extrajudiciais

Na linha consistente em ampliar o já extenso rol dos títulos executivos existentes no processo civil brasileiro, a reforma trouxe nova fórmula na disciplina da eficácia executiva dos documentos públicos ou particulares: excluída a locução "do qual conste a obrigação de pagar quantia determinada ou de entregar coisa fungível", agora eles serão títulos executivos em relação a direitos de qualquer natureza. Formalizada a obrigação num documento público ou particular pelas formas ditadas no novo inciso II do art. 585 e presentes os requisitos da certeza, da obrigação e da sua liquidez em caso de coisas quantificáveis, já não importa se a obrigação assumida ou confessada é de dar, de entregar, de fazer ou de abster-se: o título executivo estará constituído e a execução por título extrajudicial estará autorizada – desde que, é claro, estejam presentes os

demais requisitos postos pelo próprio CPC (exigibilidade do crédito, inadimplemento pelo obrigado).

Aumentou-se também o elenco de títulos executivos extrajudiciais mediante a inclusão das debêntures entre eles (art. 585, I). Embora indicadas pela doutrina comercialista como títulos de crédito, elas não estavam na lista contida no texto legal e preponderava a opinião de que não eram portadoras de eficácia executiva. Agora, diante do direito positivo, estão inseridas naquele rol.

A reforma trouxe ainda a explicitude da transação como título judicial (art. 584, III) e esclareceu também que terá eficácia executiva mesmo quando for além do objeto do processo e incluir autocomposição por matéria excedente ao pedido. Doutrina e jurisprudência já aceitavam a executividade das transações judiciais (art. 269, II) e lei expressa autorizava o entendimento de que valiam como título judicial (vigia o art. 55 da Lei das Pequenas Causas), mas agora tais preceitos encontram-se incorporados de modo explícito ao próprio CPC e já não há como duvidar.

Depois da reforma teve vigência a Lei da Arbitragem, que, dando nova redação ao inciso III do art. 584, substituiu a locução *laudo arbitral* por *sentença arbitral* e não reproduziu as palavras "ainda que esta não verse questão posta em juízo", trazidas por aquela. Isso não significa que se haja cancelado essa abertura, nem que a transação feita em juízo careça agora de eficácia executiva no que exceder o objeto do processo. Primeiro, porque a Lei da Arbitragem vem de um projeto de lei muito anterior aos projetos da reforma, o que evidencia que a *mens legis* não foi no sentido de fazer aquela reversão na contramão da

história. Depois, porque a interpretação sistemática mostra a vigência do art. 57 da Lei dos Juizados Especiais, portador daquela mesma solução e destinada a uma amplitude tal que até dispensaria o que a reforma acrescentou ao dispositivo (tal art. 57 é reprodução do antigo art. 55 da Lei das Pequenas Causas).

A desistência da execução e os embargos opostos

A desistência da ação executiva independe da anuência do demandado e será homologada sem qualquer consulta a ele. Essa concordância é indispensável no processo de conhecimento (CPC, art. 158, par.), em que a tutela jurisdicional será concedida ao autor ou ao réu, não se sabendo previamente a quem o será e sendo legítima a expectativa do réu por uma tutela a seu favor (improcedência da demanda). Na execução, todavia, em que existe o chamado *desfecho único* e de antemão se sabe que jamais uma tutela plena será concedida ao demandado (ela é feita sempre para satisfação do credor e nunca do devedor), não se cogita da anuência deste, simplesmente porque a extinção do processo executivo não lhe pode frustrar expectativa alguma. Mas a extinção do processo executivo por desistência, trazendo consigo o efeito de extinguir também o dos embargos opostos pelo executado, poderia em alguns casos ter o efeito de baldar alguma expectativa legítima deste – razão pela qual a reforma trouxe o dispositivo agora contido no parágrafo do art. 569, no qual figuram duas hipóteses diferentes: a) se os embargos "versarem apenas sobre questões processuais", a desistência do processo executivo

importará fatalmente na extinção deste e dos embargos também, independentemente de qualquer anuência pelo executado-embargante; b) se eles impugnarem o próprio crédito, sua existência ou valor, a "extinção (do processo dos embargos) dependerá da concordância do embargante". Nessa hipótese, não anuindo o devedor-embargante, extingue-se a execução porque o credor não quer prosseguir nela, mas o processo dos embargos prossegue. Na realidade, já não existindo um processo executivo sobre o qual os embargos incidam, o processo destes prosseguirá como autêntica ação declaratória autônoma em que o devedor busca sentença portadora da declaração de que ele não deve, ou de que deve menos, ou deve outra coisa.

Suspensão parcial da execução

Com a reforma, surgiu o conceito de *suspensão parcial da execução*, que se dará quando os embargos opostos a ela não versarem todo o crédito exequendo ou quando não a houverem embargado todos os executados (suspensão objetiva ou subjetivamente parcial: art. 791, I, c/c art. 739, §§ 2º e 3º, red. Lei 8.953, de 13.12.94). Essa inovação visou a eliminar a injustiça e a irracionalidade da suspensão integral do processo executivo mesmo nos casos em que o devedor impugnasse somente uma parcela da pretensão posta pelo exequente, ou em que algum dos devedores embargasse e o outro, ou outros, não. Sucedendo isso, a execução prosseguirá em relação à parte incontroversa do crédito, não impugnada nos embargos, ou sobre o patrimônio do executado que não embargou.

Embora omissa a lei, para a efetividade da suspensão parcial da execução (suspensão objetivamente

parcial) é indispensável entender que o embargante tem agora o ônus de especificar desde logo qual o montante que considera indevido e qual a parte do valor que fica sem impugnação – fazendo-o numa memória semelhante àquela que os arts. 604 e 614 exigem do credor. Não feita essa especificação nos embargos, o juiz exigirá que o faça sob pena de rejeição liminar (art. 284) porque, sem essa memória, não se saberá o valor pelo qual a execução prosseguirá e será reduzida à letra morta a disposição que manda prosseguir a execução pelo valor incontroverso (art. 739, § 2º).

Atentado a dignidade da justiça

Pela nova redação dada ao art. 601 do CPC, o *contempt of court* passa a ser sancionado com uma multa de até 20% do valor do crédito, sem a proibição de falar nos autos e, portanto, sem implicações com a efetividade do contraditório no processo executivo. Havia pelo menos a suspeita de inconstitucionalidade da sanção agora eliminada, a qual ficou, destarte, fora de cogitação.

A multa a ser fixada constitui pena em benefício do credor e, por expressa disposição legal, não exclui a indenização pelos prejuízos, eventualmente, suportados por este. Não exclui, portanto, a imposição do que o próprio CPC dispõe a título de litigância de má fé (arts. 16-18). Mas o transgressor não ficará impedido de exercer o contraditório, ou seja, de falar nos autos.

Registro da penhora

Pela nova redação dada ao § 4º do art. 659 do CPC, “a penhora realizar-se-á mediante a inscrição no respectivo registro”. A intenção da lei é a de levar a

realização da penhora ao conhecimento de terceiros, a quem já não será lícito alegar ignorância desde que registrada. A penhora em si é um ato público e insere-se entre os atos do processo judicial, que é público por natureza. Por isso, quem adquire um bem penhorado adquire-o em princípio *cum onere suo* e deve suportar a sua expropriação no processo executivo, dado que a alienação não subtrai o bem à responsabilidade pelos bens do devedor. Sem o registro da penhora, no entanto, nem sempre se tem certeza quanto ao conhecimento dela pelo terceiro adquirente do bem, o que cria situações delicadas especialmente quando também não havia condições para que razoavelmente tivesse ele como saber da existência do processo em si mesmo (por exemplo, execução promovida longe do foro do imóvel e do domicílio dos sujeitos). Agora, feito o registro imobiliário da penhora fica o adquirente, de modo absoluto, impedido de valer-se da alegação de desconhecimento. Quando não registrada, porém, nem por isso se exclui o conhecimento, sendo eficaz perante ele a penhora, se por outro meio tiver conhecimento dela e isso ficar provado, ou se o desconhecimento não era escusável, por exemplo, quando ele tinha como saber da pendência do processo executivo.

No esboço de anteprojeto de lei elaborado para a “reforma da reforma” está proposta outra redação para o dispositivo, que pode conduzir a equívocos ou exageros. Diz-se ali que o registro da penhora far-se-á “para eficácia perante terceiros”, o que sugere a inconveniente idéia de que, não registrada, ela seria sempre ineficaz. Com isso, estaria a salvo das conseqüências de haver comprado um bem sob constrição aquele que, embora conhecedor da penhora

por outro meio, demonstrasse que ela não está lançada no registro imobiliário. Tal seria uma demasia injusta perante o credor-exeqüente e diminuição dos efeitos do exercício do poder estatal sobre o bem, pelo juiz.

De todo modo, seja no direito vigente ou no constituendo, a penhora existe e é válida, ainda que não registrada. A questão resolve-se no campo da eficácia perante terceiros, somente. Logo que realizada, sendo dela intimado o devedor principia a fluência do prazo para opor embargos (art. 738, I), sem que de entremeio faça-se preciso registrar.

Ainda um reparo quanto aos limites da utilidade do registro da penhora e conseqüências de sua falta. Para caracterizar-se a fraude de execução não é necessário que o bem esteja sob penhora, nem mesmo que exista um processo executivo pendente; basta que no momento da alienação penda um processo qualquer, que seja capaz de levar o alienante à insolvência, ficando ele efetivamente insolvente ao aliená-lo (art. 593, II). O ônus que o adquirente suportará ou não, em face do disposto no § 4º do art. 659 é o de assumir a responsabilidade patrimonial incidente sobre o bem adquirido independentemente de configurar-se ou não a fraude de execução (dispensado o requisito da insolvência).

Discute-se ainda se o registro da penhora constitui ônus do exeqüente ou dever dos auxiliares da Justiça. A idéia acima expressa, de que a falta do registro da penhora não exclui os efeitos do conhecimento que por outro meio tenha o adquirente, coaduna-se com a opinião de que não tem o credor o ônus de providenciar o seu registro – porque, se ele tivesse tal ônus, do seu descumprimento derivaria uma conseqüência desfavo-

rável, qual seja a de ficar impedido de opor a penhora ao terceiro. A “Reforma da Reforma” adota tal posição, que parece ser exageradamente severa perante o credor, ao empregar a fórmula “cabendo ao credor... providenciar, para eficácia perante terceiros, o respectivo registro imobiliário”.

Início do prazo para opor embargos

Quando entrou em vigor o CPC, duvidou-se se o prazo para oferecer embargos à execução por quantia certa contra devedor solvente flui a partir do próprio dia em que o devedor é intimado da penhora, ou de quanto o mandado de intimação é junto aos autos. A segunda hipótese, não explicitada no dispositivo específico (art. 738, II), era alimentada pela analogia com o disposto no art. 241, I, que manda correr da juntada do mandado o prazo para oferecer resposta no processo de conhecimento. A jurisprudência, repelindo tal interpretação analógica, fixou-se na primeira dessas opções interpretativas, para que o prazo fluísse do momento em que feita a intimação mesma e não da juntada do mandado aos autos. Mas a Lei 8.953, de 13/12/1994, liberalizando o acesso à defesa pelo executado, dispôs expressamente o contrário: o prazo para embargar flui agora, “da juntada aos autos da prova da intimação da penhora”. Essa redação, deliberadamente ampla, leva a fazer fluir o prazo sempre da juntada de tal prova aos autos da execução forçada e tal prova será representada pela intimação mesma, quando feita por oficial do próprio juízo, ou da juntada da precatória ou rogatória, quando por algum desses meios tiver sido feita a intimação.

Mas ainda pode-se perguntar: prevalecerá essa regra mesmo, quando feita a intimação por precatória, os embargos sejam da competência do juízo deprecado e perante ele sejam opostos, no seu foro e não no foro da causa? Ou, nesse caso, o prazo principiará no dia em que o mandado for junto aos autos da precatória?

GOVERNO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. O CASO BRASILEIRO

Edson de Arruda Câmara
Magistrado. Mestre em Direito - Juiz do Trabalho

"O sistema de governo mais perfeito é aquele que produz maior soma de felicidade, maior soma de segurança social e maior soma de estabilidade política".

(Simón Bolívar - Discurso)

"O melhor governo é aquele que deseja tornar o povo feliz e sabe como o tornar feliz".

(Mackaulay - Ensaio)

"O governo de um país não é a nação, muito menos a pátria".

(Lacordaire - "Cartas a um jovem")

Consoante a melhor e mais maciça doutrina de Teoria Geral do Estado e da Constituição, DEVE SER FINALIDADE PRECÍPUA DAQUELE QUE GOVERNA, PROPICIAR A FELICIDADE DE SUA NAÇÃO. Tal aspecto é talvez o que mais distingue MONTESQUIEU (em quem vamos encontrar o esboço do que possa vir a ser um ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – sonho de todos nós, lamentavelmente ainda inconcretizado, apesar das palavras insculpidas na Magna Carta, em seu art. 1º que não tem o mágico condão de transformar a sociedade, adaptando-a às suas próprias palavras) de MAQUIAVEL (que não pode ser visto senão como um mau conselheiro para quem se propõe a governar – parecendo que, nos últimos tempos os políticos andam lendo demais os maus conselhos que em seu "O PRÍNCIPE" legou à posteridade

qual herança maldita). Para MONTESQUIEU o propiciar a felicidade a uma Nação ou a um Povo era fundamental; para MAQUIAVEL, a felicidade do "PRÍNCIPE" era o que importava... Em tal medida e passando os olhos nas transcrições que acima fizemos de BOLÍVAR e de MACKAULAY (apenas para citar esses dois) vemos que para BOLÍVAR e MACKAULAY o BRASIL está longe de ter a sonhada perfeição que o colocaria no rumo da concretização do art. 1º de sua atual Constituição, o qual, lamentavelmente, não é mais que mero sonho do legislador constituinte, mero retrato de um momento em que sua atividade onírica mostrava-se mais intensa.

Tudo isto parece tomar uma conotação mais grave quando lemos o que LACORDAIRE escreveu há mais de um século sobre o que não deve ser o governo de um país em palavras proféticas que acima transcrevemos, palavras que, em princípio nos reportam ao "LÉTAT C'EST MOI" e nos trazem, no tempo, a idêntica situação, guardadas as devidas proporções, ditadas pelas transformações introduzidas pela modernidade com seus peculiares matizes. (Hoje o governante não impõe a absolutista idéia de ser ele o próprio Estado, mas sugere que "quando me agridem, estão agredindo o Brasil...").

Um outro dado que assusta no contexto político atual é aquele em que se sente claramente o intuito de amesquinamento de um Poder por outro (ou por outros que se afinam para tal tarefa cuja realização é a própria antítese da construção de um Estado de Direito). Poderíamos, nesse sentido seguir narrando um sem-número de episódios. Um só deles basta para que se tenha a medida exata do que dizemos. Há alguns dias um senador da república volta suas baterias contra o Poder Judiciário e, de modo deselegante e

deseeducado, muito a seu estilo conhecido (parece querer atemorizar pela potência de seu grito... mas, "quem tem medo de Virgínia Wolff?...") dispara e dispara numa generalização irracional imputando aos Juízes o fato de (literalmente) que "os Juízes não julgam"... "não cumprem os prazos"... "e não acontece nada!". Mas, que "o Judiciário é o Poder que mais precisa ser corrigido"... "e vive se intrometendo no Legislativo – que não deve aceitar isso, deve reagir!!!", acrescido, tal "discurso" pelo cabal desconhecimento daquilo que cabe a cada um dos Poderes da República (inclusive a tal "intromissão" do Judiciário no Legislativo – e no Executivo – é parte de sua missão constitucional a qual é naturalmente acionada quando aqueles Poderes – o que não é raro – exorbitam de seus limites que, para eles, parece inexistir. Sintomaticamente, após as diatribes do vetusto senador, meia hora depois estava festivamente jantando com o Chefe do Executivo...

A demonstração de que para esses Políticos as lições sábias de MONTESQUIEU ("L'ESPRIT DES LOIS") não têm o menor sentido é totalmente evidente, valendo, por certo, os "conselhos" de MAQUIAVEL...

Em tal medida a expressão "ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO" contida no art. 1º da Magna Carta não chega a ser mais que uma simples figura de retórica.

Mas, o que seria (ou o que é, melhor dizendo) o "ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO"? (É salutar que se recorde – para quem sabia e se esqueceu – ou que, para quem não sabe, aprenda.)

De plano poder-se-ia responder que é um **status** que dificilmente será alcançado pelo Brasil enquanto o comportamento dos políticos (como os acima descritos) não for mudado e de modo tal que se lembrem que o

Brasil, conquanto não seja, de fato, um Estado democrático de direito, é um Estado moderno que se estrutura sobre a doutrina legada por MONTESQUIEU à posteridade através de seu "L'ESPRIT DES LOIS", segundo a qual o Estado – como é o caso brasileiro – divide-se em Poderes que se harmonizam com independência (e harmonia e independência – bom que aprenda o Senador supra referido – sugerem respeito e comportamento ético, além de postura compatível com o cargo de quem exercita algum dos Poderes do Estado) como consagrado está na própria Magna Carta, art. 2º.

O conceito de *ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO* é simples de se captar através daquilo que se convencionou chamar de "sensibilidade jurídica" (que, infelizmente os políticos a demonstram diminuída...) mas algo complexo de ser assentado doutrinariamente. (Há, de plano, um desmembramento a ser feito para se conceituar o que seja ESTADO, o que é DEMOCRACIA e o que se pode entender pela expressão "DE DIREITO".).

O Prof. IVO DANTAS (*in* "Constituição Federal – Teoria e Prática") ao abordar a temática "Dos Princípios Fundamentais", atua no campo do pragmatismo maior, não descendo a maiores detalhamentos é incisivo: "Referindo-se ao Estado Democrático de Direito", o constituinte optou, desde o início, pela consagração dos princípios da legalidade e representatividade, o que, aliás, está determinado no parágrafo único deste artigo" (art. 1º). E arremata: "Por outro lado, levando-se em conta o "espírito" da Constituição como um sistema homogêneo, a expressão "(ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO)" deverá ser entendida não mais no sentido liberal típico do séc. XIX, mas, sim, no sentido

que lhe confere o "constitucionalismo social" do qual decorre a ênfase dada pelo texto aos direitos sociais e à ordem social".

Vemos, daí, que, numa supersíntese, o Prof. IVO DANTAS consegue resolver a questão da adjetivação dada ao Estado na expressão constitucional com apenas duas palavras, ou sejam elas, legalidade e representatividade. Presentes a estas e estamos diante de um ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, ou seja, um Estado em que tudo deve estar na conformidade com a Lei (e, aí, deverá estar presente a Teoria Pura do Direito – de Kelsen – pelo menos sua pirâmide escalonada de normas, um aceno, sem dúvida, ao Positivismo Jurídico) e presidindo a dinâmica social a "representatividade" – desde, claro, que haja o pleno e integral respeito ao que estatui a primeira parte do parágrafo único do art. 1º, da Constituição, segundo o que os mandatários não devem, em hipótese alguma, extrapolar os limites da outorga, não valendo que se digam legitimados por tantos ou quantos milhares de sufrágios, eis que os limites de tal legitimação estão basicamente nos quatro incisos que compõem o art. 3º da Magna Carta, mormente o IV, que é representativo, regra áurea segundo a qual o objetivo maior de quem governa deve ser aquele de propiciar a FELICIDADE DE SEU POVO...

Conquanto o Prof. IVO DANTAS haja pragmatizado suas colocações sobre o ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, PONTES DE MIRANDA, ao comentar a Constituição de 1967 (E.C. nº 1/69 não teve o mesmo poder de síntese (aliás, não é novidade, ninguém menos sintético que PONTES DE MIRANDA, provando-o, apenas uma de suas muitas obras: o seu "*Tratado de Direito Privado*", em 60 tomos).

PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969) dedica (tomo I, págs. 50 a 53) quase três páginas à definição de ESTADO (A Constituição de 1967 não teve a veleidade de chamar o Brasil de "Estado Democrático de Direito", a ele referindo-se de forma mais modesta – dir-se-ia, mais coerente – como "...uma República Federativa, constituída, sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios", o que nos leva a uma ilação: até 04.10.1988 o Brasil não era um Estado de Direito; a 05.10.88, com a promulgação da atual Carta Política, passou, num passe de mágica a sê-lo, mercê, apenas da inserção de uma expressão constituída por três palavras no texto constitucional. Apenas para perguntar: o Estado de Direito é mesmo um dado APENAS JURÍDICO? E O COMPONENTE SOCIOLÓGICO, ONDE FICA?!...). PONTES DE MIRANDA ao tratar do elemento Estado, começa por admitir que "diante das dificuldades de se definir, satisfatoriamente, o Estado, recorremos a método de lógica contemporânea..." passando à mostra de estudos aquele que demonstra, "cientificamente, o Estado composto de relações, sendo as relações que o fazem e considera tal ponto de análise "extremamente importante no terreno gnoseológico", uma vez que evita o realismo ingênuo, que fazia "coisa", o Estado; e o nominalismo que o reduziria a um nome." E segue na demonstração de seus estudos, sempre voltado para o aspecto das relações.

O Prof. NELSON SALDANHA, em interessante obra ("ESTADO DE DIREITO, LIBERDADES E GARANTIAS"), numa abordagem doutrinária bastante satisfatória consegue (sem a síntese de IVO DANTAS e sem o dispêndio de palavras de PONTES DE MIRANDA) bem

situar o que seja ESTADO DE DIREITO. ROUSSEAU, apud SALDANHA, segundo o qual era "homem a quem causava horror todo o poder pessoal, prelecionou que "o próprio conceito de República equivalia a governo regido por leis, e somente a construção de uma vontade geral permitiria a superação do domínio das vontades particulares, causa da corrupção e da iniquidade nos Estados. Analisadas as diversas correntes doutrinárias, as transformações ocorridas na dimensão espaço-temporal, consegue NELSON SALDANHA deixar assentado um conceito razoavelmente satisfatório:

".....

De qualquer sorte, as transformações aludidas não destruíram a essência do conceito, porque não negaram inteiramente os fundamentos dele: centralmente, a idéia de um Estado regido pelo Direito, com uma constituição escrita, definidora dos poderes governamentais e dos direitos dos cidadãos, mais as respectivas garantias. Dir-se-ia mais, na esteira do que dissera RUDOLF VON JHERING: "norma sem sanção é como o fogo que não queima". Tudo isto com o arrimo de um sistema sancionador respaldado por elementos garantidores da aplicabilidade dessas sanções, dentro do esquema maior de coercibilidade segundo o qual e usando aquele dito popular ancho de sabedoria (Ah, a sabedoria popular que me fascina!!!): "**PAU QUE DÁ EM CHICO, DÁ EM FRANCISCO – OU MELHOR: EM DOUTOR FRANCISCO...**"

Aí, sim, estaríamos nos encaminhando ao tão sonhado Estado de Direito...

SUJEITO DE DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO "DIREITO DOS ANIMAIS"

Eduardo R. Rabenhorst

Doutor e mestre em filosofia pela Universidade de Estrasburgo II (França). Professor de filosofia do direito e metodologia da pesquisa jurídica nos cursos de graduação e pós-graduação em direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor convidado de teoria geral do direito do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

Num país como o nosso, onde as violações dos direitos humanos são moeda corrente, pode parecer leviano ocupar o espaço de uma revista jurídica para tratar do tema do "direito dos animais". No entanto, esse tema, além de ser atualíssimo (a julgar pelas publicações recentes e os vários "sites" e "foruns de discussão" da internet dedicados ao tema), põe-nos diante de um problema filosófico e juridicamente fundamental: *seríamos nós, humanos, os únicos sujeitos de direito?*

Note-se portanto, quando falamos de "direito dos animais" não estamos nos referindo às tradicionais medidas de proteção dos animais contempladas por quase todos os sistemas jurídicos ocidentais, inclusive o nosso, através do Decreto nº 24.645 de 10 de julho de 1934 que tem força de lei. Na verdade, nós que estamos evocando aqui a própria possibilidade do conceito de *sujeito jurídico* vir a ser estendido para além de suas esferas habituais, isto é, a do próprio ser humano (a chamada "pessoa natural") e dos seus agrupamentos sociais (a "pessoa jurídica").

Nossa questão pode parecer, aos olhos de muitos, destituída de todo sentido. Certo, a história do direito é permeada de exemplos de épocas extravagantes nas quais a prerrogativa do homem como sujeito de direito não era um ponto pacífico (o caso de Calígula que promoveu seu cavalo a senador, ou da própria Idade Média, quando era freqüente a realização de processos nos quais os animais, plantas e mesmo certos objetos eram processados e responsabilizados pelas epidemias, catástrofes e outras infelicidades que afligiam os homens). Mas tais exemplos, acrescentaria o leitor, só provariam o próprio sentido da evolução jurídica, uma vez que nos dias atuais, a idéia de que é o homem o único sujeito de direitos e obrigações seria absolutamente consensual.

Mas será que tal consenso em torno do conceito de sujeito jurídico é verdadeiro? Lembremo-nos que até hoje, na Índia, as vacas, enquanto animais sagrados, possuem direitos excepcionais inacessíveis aos próprios homens. No mais, nós mesmos, ocidentais, (o que mostra que o exemplo anterior não reflete apenas o misticismo e a religiosidade de um país subdesenvolvido), aprovamos em 27 de janeiro de 1978, na UNESCO, uma Declaração Universal dos Direitos dos Animais, elaborada nos moldes da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esta Declaração proclama, no seu Art. 1º, que *"todos os animais nascem iguais diante da vida e têm o mesmo direito à existência"*, e termina, no seu Art. 14, determinando que *"os direitos dos animais devem ser defendidos por leis, como os direitos do homem"*.

Estaríamos aqui diante de um retrocesso ou de uma evolução do direito? Acordando aos animais a

titulariedade de direitos, isto é, *personificando-os*, estaríamos praticando um antropomorfismo perigoso que conferiria às espécies não humanas uma dimensão propriamente moral? Ou, talvez, como acreditam os defensores do direito dos animais, estaríamos tão-somente ultrapassando o "especicismo", isto é, o privilégio atribuído à espécie humana com relação às outras espécies, privilégio ou preconceito tão injustificado quanto o próprio "racismo" e o "sexismo". São estas as questões que nós gostaríamos de desenvolver aqui.

O leitor desavisado poderia acreditar que toda esta discussão nada mais seria do que um simples exercício especulativo de filósofos ociosos sem nenhuma implicação prática. Mas tal não é o caso. Lembremos aqui a existência de um projeto concreto, apoiado por inúmeras personalidades do mundo acadêmico, científico e artístico, visando nada menos do que à extensão dos direitos humanos aos grandes primatas, isto é, aos chimpanzés, gorilas e orangotangos. Este projeto, liderado por dois filósofos, Peter Singer e Paola Cavalieri, intitulado "The Great Ape Project", funda-se num argumento de natureza estritamente científica, a saber, o de que tais primatas são geneticamente mais próximos do homem do que das outras espécies de macacos (a diferença entre os primeiros seria comprovadamente de menos de 2%). Logo, argumentam esses autores, nada impediria que, na continuidade histórica da extensão dos direitos aos escravos e às mulheres realizada pelo Ocidente, nós atribuíssemos, agora, a esses primatas superiores, o idêntico estatuto acordado aos humanos deficientes em geral e aos próprios recém-nascidos.

As teses daqueles que como Peter Singer e Paola Cavalieri, defendem a possibilidade de um "direito dos animais", apóiam-se na idéia de que entre o homem e as outras espécies animais, existiria uma identidade de um certo tipo. Em primeiro lugar, e assim mostrou o evolucionismo biológico, nós fazemos parte, junto com os outros animais, de uma mesma "comunidade biótica". Em seguida, compartilhamos com essas mesmas espécies uma idêntica capacidade de *sofrimento* e de dor.

Com efeito, já era com base neste segundo argumento que Jeremy Bentham, um dos pais do utilitarismo do século 19, defendia a possibilidade de um direito dos animais. "*Os franceses*, escreve Bentham, *já descobriram que a pele negra não era nenhuma razão pela qual um ser humano devesse ser abandonado sem defesa aos caprichos de um torturador. Um dia, talvez, possa ser reconhecido que o número de pernas, a vilosidade da pele ou a terminação dos os sacrum são razões igualmente insuficientes para abandonar qualquer criatura viva a esse mesmo destino. Que outra coisa poderia estabelecer a linha de demarcação? A faculdade de raciocinar ou talvez, a faculdade da linguagem? Mas um cavalo que atinge a maturidade ou um cão é, para além de toda comparação, um animal mais sociável e mais razoável do que um recém-nascido de um dia, uma semana ou um mês. Mas, supondo que seja diferente, de que isto nos serviria? A questão não é, eles podem pensar? Ou eles podem falar? Mas, eles podem sofrer?*" (Cf. BENTHAM, 1823).

O argumento de Bentham, retomado atualmente por Singer e outros defensores da "Animal Liberation", é interessante à medida que ele não faz uso de nenhuma das dimensões tradicionalmente evocadas para

distinguir o homem do animal – a inteligência, a linguagem e a própria cultura –, mesmo se, atualmente, essas três dimensões, tidas como prerrogativas essencialmente humanas, podem ser minimamente estendidas a outras espécies como nos mostram experiências científicas recentes acerca das "performances" cognitivas dos primatas superiores.

Com efeito, o professor David Premack da Universidade da Pensilvânia, mostrou com suas experiências em laboratório que os chimpanzés são capazes de efetuar um certo número de operações lógicas (evidentemente não tão complexas quanto aquelas efetuadas pelo homem). Esses primatas compreendem as analogias existentes entre os objetos, associando por exemplo, uma lata com um abridor de latas, e não com uma escova de dentes. Nos mais, eles são capazes ainda de completar seqüências que indicam o conceito de causalidade. Assim, confrontados numa experiência com uma maçã cortada por exemplo, eles são capazes de escolher, entre os vários objetos apresentados pelo experimentador, uma faca e não uma caneta. Tais escolhas, sublinha imediatamente David Premack (1995), não são frutos do aprendizado (na fase do estímulo/resposta), nem tampouco o resultado de uma simples memorização, mas elas provêm de um raciocínio lógico ainda que extremamente rudimentar.

Já a idéia de que seria a linguagem a esfera que separaria nitidamente os homens dos animais, é mais difícil de ser refutada. Claro, os animais comunicam-se entre si. Mas a linguagem não é apenas comunicação; ela é também, e fundamentalmente, a expressão de pensamentos. Ora, os experimentos atuais parecem confirmar a tese do lingüista americano N. Chomsky de que a linguagem

depende de fatores inatos ausentes nos animais (esses últimos são absolutamente incapazes de utilizar uma sintaxe). Mas estas mesmas experiências indicam que, pelo menos certos chimpanzés, são capazes de utilizar palavras e manipular símbolos de uma forma isolada e parcial (ver por exemplo, LESTEL, 1995).

O mesmo acontece com a dimensão da cultura. Os animais, ao contrário do homem, não são capazes de transmitir um saber através do ensino. No entanto, experiências de etologia realizadas por Masao Kawai na ilha de Koshima no Japão, levaram os cientistas a falar de um comportamento "proto-cultural" diante do fato de que uma fêmea de dezoito meses, pertencente a um grupo de macacos que habitam essa ilha, lavou espontaneamente pedaços de batata-doce numa fonte de água limpa e transmitiu o comportamento para o resto do grupo.

Evidentemente, nenhuma destas experiências parece poder contestar o fosso nítido existente entre a inteligência animal e a inteligência humana. No entanto, elas ao menos assinalam no sentido de que não existe uma descontinuidade absoluta entre as habilidades humanas e as habilidades de outras espécies. Neste sentido, elas nos mostram que a velha teoria cartesiana do "animal-máquina" parece estar definitivamente superada.

Mas, como nós dissemos anteriormente, os defensores do direito dos animais não se apóiam nesses trabalhos sobre a inteligência animal para questionar o privilégio acordado ao homem de ser o único sujeito jurídico. E isso por uma razão simples, observada por Richard Sorabji: essas experiências possuem um interesse científico, *mas elas não têm nenhuma*

pertinência moral (ver SORABJI, 1994). A prova disso é que os partidários da "Animal Liberation" reconhecem de imediato que os seres humanos são os únicos animais racionais". O que eles contestam no entanto, é que essa constatação possa servir de argumento para a exclusão das outras espécies. Com efeito, sublinha Peter Singer, se tal é o caso, o que nós podemos dizer de um homem retardado possuidor de um nível mental extremamente baixo, ou ainda de uma pessoa em estado de senilidade aguda? Assim, acredita Singer, a nossa recusa em acordar aos animais a existência de direitos fundamentais é injustificada. Ela se funda num único e claro motivo: "*especicismo puro e simples*" (Cf. SINGER, 1975).

Nenhum leitor consegue permanecer insensível aos argumentos de Singer, sobretudo quando ele descreve, no segundo capítulo do **Animal Liberation**, o tratamento que os animais recebem na pesquisa científica e nas criações industriais. Com efeito, o que dizer diante do número de chimpanzés sacrificados nos experimentos inúteis das indústrias de cosméticos? Ou ainda do que os franceses chamam de "*caisses à veaux*", isto é, um espaço minúsculo onde um bezerro é colocado de forma a ter todos os seus movimentos bloqueados, sob o argumento de que tal procedimento torna a carne mais macia.

Porém, a argumentação de Singer, embora muito bem construída, parece não levar em conta outras dimensões importantes do problema. Na verdade, observa François Ost (1985), mesmo a prova absoluta de que teríamos uma real continuidade entre as capacidades cognitivas humanas e as de outros animais, não seria algo suficiente para anular a diferença

específica existente entre os primeiros e os segundos (e muito menos a simples afirmação de que os animais sofrem da mesma maneira que nós humanos). É por quê? Porque não é nessa esfera, mas sim na distinção mesma entre liberdade e determinismo, ignorada por Singer, que aparece claramente a fronteira intransponível que separa o homem dos outros animais.

Com efeito, diria Kant, o homem é o único sujeito moral do mundo pois, só ele é capaz de um ato de liberdade. Ser livre é exatamente não agir (ou pelo menos, não agir apenas) em função de um instinto. Agir livremente é ter uma *autonomia de vontade*; é poder se libertar das amarras do determinismo natural e através de um progresso, da educação e de uma aperfeiçoamento, criar uma cultura, uma arte e uma história.

Claro que esta afirmação não deve ser entendida no sentido de uma apologia da civilização humana. O homem, na exata medida em que é livre, é capaz tanto do melhor quanto do pior, sendo portanto moralmente *responsável* pelos seus atos. E a primeira dessas responsabilidades diria, o filósofo Hans Jonas, diz respeito à preservação de uma vida autenticamente humana sobre a terra e de uma vida digna das outras espécies com as quais compartilhamos nossa biosfera. Ora, não sendo livre, o animal não pode ser moralmente responsável por nada; ele é sempre inocente e não faz nenhum sentido questionarmos a legitimidade dos seus atos nem com relação aos seus semelhantes nem com relação às outras espécies.

O critério da liberdade, nos lembra Luc Ferry, possui portanto um estatuto muito diferente dos outros critérios tradicionalmente evocados para estabelecer a distinção entre o homem e o animal. Com efeito, escreve

Ferry, "nós poderíamos sem dúvida mostrar uma certa continuidade no sofrimento, na inteligência, e talvez na linguagem; mas em se tratando da liberdade, os animais e os homens parecem separados por um abismo" (Cf. FERRY, 1992, p.85).

Certo, isto não anula em nenhum momento a validade da afirmação de Singer de uma idêntica capacidade de sofrimento dos homens e dos animais. Mas o erro de Singer consiste em usar essa constatação verdadeira para anular a diferença específica existente entre o homem e os outros animais. Até porque não parece claro que os animais sofram da mesma forma que nós humanos. Com efeito, diria Mary Warnock, cada animal sofre e morre separadamente, sem qualquer olhar lateral para os outros animais e sem qualquer idéia de que há injustiça no mundo no qual ele nasceu. O mesmo não vale para os seres humanos que sofrerão mais, cada um individualmente, ao se darem conta de que são parte de um genocídio no qual outros seres humanos estão sendo sacrificados (Cf. WARNOCK, 1994, pág. 31).

Mas, toda essa defesa de uma diferença irreduzível entre o homem e o animal pode parecer incapaz de atingir os argumentos de uma segunda vertente dos defensores dos direitos dos animais, a saber, aquela representada em particular por Tom Regan, autor de uma célebre texto intitulado **The Case of Animals Rights**. O ponto de vista de Regan é bastante diferente do de Singer.: Regan simplesmente defende a idéia de que certos animais apresentam atributos (crenças, desejos, percepção, memória, emoções entre outros), que lhes confeririam um valor intrínseco. Em consequência, tais animais deveriam ser titulares de direitos, sobretudo do direito à vida.

No entanto, Regan parece esquecer que nós não encontramos na natureza nenhum "valor intrínseco". Isso porque, diria Wittgenstein, os valores não existem por eles mesmos no mundo pois, se tal fosse o caso, eles simplesmente deixariam de ser valores para se tornarem uma parte do mundo. Dito de outra forma, somos nós humanos que atribuímos valores ao mundo e não ao contrário. Logo, se existe algo como um valor intrínseco das coisas particulares, fomos nós mesmos que atribuímos tal valor com base em critérios essencialmente humanos.

Os ecologistas radicais chamariam isso de "antropocentrismo". Mas importa ressaltarmos que esse antropocentrismo é insuperável, a não ser que nós possamos provar a existência efetiva de outros seres racionais no Universo (e aí a situação poderia se complicar pois, nos lembra Sorabji, nós mesmos, humanos, poderíamos ser julgados da mesma forma como nós julgamos hoje os animais).

Logo, ao contrário do que acredita Singer, o "especicismo" não é um privilégio infundado. A vida humana (mesmo aquela de um humano senil ou mentalmente deficiente) é mais importante do que a dos animais, até porque, sublinha Mary Warnock, fomos nós, humanos, que inventamos o conceito de importância e outros conceitos valorativos. No mais, deveríamos acrescentar, os defensores dos direitos dos animais tendem a esquecer algo de fundamental: são os homens e não os próprios animais, que reivindicam tais direitos.

Mas, mesmo se admitíssemos que a natureza possui um valor intrínseco independentemente do homem, ainda não resolveríamos certos problemas

técnicos ligados à atribuição de direitos aos animais. Com efeito, além do delicado problema da atribuição da responsabilidade (o que parece ser impossível quando se trata de animais, uma vez que apenas o homem pode se compreender como "responsável" por alguma coisa), nós teríamos ainda o problema da identificação exata dos titulares desses direitos: a totalidade dos animais existentes em nosso planeta ou apenas alguns privilegiados? Do caráter relativo ou absoluto dos mesmos, tais direitos poderiam valer, numa situação concorrente, também contra o próprio homem?

São essas as dificuldades que o projeto de fundamentação de um autêntico "direito dos animais" parece não poder contornar. No entanto, mesmo se é impossível outorgar aos animais o título de "sujeitos de direito", nada nos impede de, na esteira do pensamento de Kant, Rousseau e Rawls, entre outros, exigir um tratamento mais digno para as espécies com as quais compartilhamos nossa biosfera, reconhecendo assim que temos rigorosos *deveres* para com as mesmas. Em outras palavras, devemos lutar para assegurar que os animais não sofram inutilmente (e punir firmemente aqueles que agem em contrário), pois parodiando Kant, a crueldade para com os animais termina por se estender ao próprio homem.

BIBLIOGRAFIA

- BENTHAM, Jeremy (1823). **Introduction to the principles of morals and legislation**, ed. by J.H. Burns and H.L.A. Hart, The Athlone Press, 1970.
- FERRY, Luc (1992). **Le nouvel ordre écologique**, Paris, Grasset.
- LESTEL, Dominique (1995). **Paroles de singes: l'impossible dialogue hommes/primates**, Paris, La Découverte.
- OST, François (1995). **La nature hors la loi. L'écologie a l'épreuve du droit**, Paris, La Découverte.
- PREMACK, David (1995). "De la discontinuité entre l'homme et les grands singes", **Sciences et Avenir**, hors-série.
- SINGER, Peter (1975). **Animal liberation**, New York, Avon Books.
- SORABJI, Richard (1994). "Des droits des animaux: débats antiques et modernes", in CANTO-SPERBER, Monique. **La philosophie morale britannique**, Paris, P.U.F.
- WARNOCK, Mary (1994). **Os usos da filosofia**, trad. bras., Campinas, Papirus.

"NOS NOSSOS DIAS NÃO HÁ CRIANÇAS, MAS MOÇAS DE 12 ANOS" ESTUDO DE UM JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Flávio Augusto Fontes de Lima

Juiz de Direito de 2ª Entrância, lotado na 3ª Vara da Comarca de São Lourenço da Mata. Mestrando em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco.

SUMÁRIO

I - Apresentação do caso. II - A Dogmática do caso. III - Auxílio da ciência no caso. IV - Uma decisão pós-moderna na ciência do Direito? V - Bibliografia

I - Apresentação do caso

Trata-se de decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, através de sua segunda turma, julgando o **Habeas-Corpus** 73662-9 em 21/05/96, tendo como relator, o Ministro Marco Aurélio de Mello; paciente, Márcio Luiz de Carvalho; vítima, a menor de 12 anos, M.A.N. e como órgão coator, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Márcio foi condenado e preso pela prática de crime de estupro por presunção de violência, já que a vítima era menor de 14 anos. A primeira câmara criminal do TJMG confirmou a sentença condenatória do Juízo "a quo" e então o paciente impetrou **Habeas Corpus** junto ao STF.

O STF, em decisão polêmica, absolveu o paciente e determinou a sua soltura (Hollanda & Evelin, 1996: 05-07).

Os impetrantes alegaram que não houve estupro em si, pois a vítima se passava por pessoa mais velha,

quer sob o aspecto físico, quer mental e confessou que mantivera relação sexual com o acusado por vontade própria.

Na época, 1991, o paciente tinha 24 anos, enquanto a vítima, 12 anos.

O paciente ainda alegou pensar que a vítima tinha mais de 16 anos, verificando-se erro de tipo.

A Procuradoria Geral da República pronunciou-se pela denegação do **Habeas Corpus** alegando questão processual, ou seja, que tal remédio é impróprio ao reexame de provas, todavia esta preliminar foi rejeitada pela turma.

É baseado no voto vitorioso do Ministro relator, que foi acompanhado por mais 2 Ministros, que pretendendo desenvolver o presente artigo.

Em síntese, no mérito, o Ministro Marco Aurélio inicia seu voto, reportando-se ao relato da vítima constante nos autos.

A vítima declarou que vinha saindo com o paciente, de motocicleta, indo sempre a lugar deserto para troca de carícias; que o mesmo já fizera com um dos amigos do paciente; "que o paciente pedira gentilmente para que mantivesse consigo conjunção carnal, e que se recusara, de início, mas cedera em face das carícias"; que pediu ao paciente, para que a deixasse longe de casa para fugir da fiscalização dos pais, que, todavia viram-na descer da moto...

Prosseguindo em suas declarações disse a menor:

"... Já ficou com outro rapaz de nome Valdir; que se relacionou sexualmente com o réu por três vezes e que na última foi que seus pais pegou; que a depoente manteve relações com

o réu na primeira vez que o conheceu; que tal relação sexual não foi forçada em hipótese alguma; que assim agiu porque pintou vontade; que o relacionamento da depoente com o pai não é muito bom... tinha muito medo do pai saber que ela estivesse se encontrando com o réu sexualmente; que não houve violência em momento algum; que a depoente não tem medo de pegar AIDS, nem de engravidar, porque se tiver um filho o criará".

O relator refere-se a uma testemunha chamada Henrique que em seu depoimento disse que a vítima aparentava de 15 a 16 anos; que saía muito à noite e a considerava uma prostitutazinha.

A seguir o relator conclui pela não incidência de crime algum e faz diversas considerações tentando justificar sua posição.

Diz o Ministro, que a pouca idade da vítima não a exime de ter mantido relações com o paciente por livre e espontânea vontade; que a vítima levava vida promíscua; tudo indica que a vítima aparentava ser mais velha.

O relator questiona a presunção de violência prevista no Código, em face de modificações de costumes nas últimas décadas e a mídia com a divulgação maciça de informações, apesar das dessemelhanças da sociedade.

Aduz, o Ministro, que é comum as crianças de hoje lidarem precocemente, sem qualquer embaraço com assuntos concernentes à sexualidade, que o vigente código é da década de quarenta e na época uma pessoa de 12 anos era realmente considerada criança.

Passados mais de 50 anos não se pode igualar as situações. "NOS NOSSOS DIAS NÃO HÁ CRIANÇAS, MAS MOÇAS DE DOZE ANOS. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponte de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo..."

Após, criticar duramente o código penal em vigor, que não acompanhou a revolução comportamental, indaga se as leis não envelhecem em face do enrijecimento da legislação, alega que o papel do intérprete da lei é de arrefecer tanta autoridade, flexibilizando, sob o ângulo literal o texto normativo, tornando-o oportuno, sob pena do argumento de segurança virar sofisma.

Do ponto de vista jurídico, defende, o relator, que a presunção de violência não é absoluta, pois entendeu que a vítima praticou sexo de forma espontânea, porque a menor aparentava mais idade e levava vida dissoluta. Cita os doutrinadores Magalhães Noronha e Heleno Cláudio Fragoso que entendem ser a presunção de violência relativa, quando o agente acredita de forma sincera e convicta ser a vítima maior de 14 anos, pois agiria de boa fé.

O presidente da turma, Ministro Néri da Silveira, que foi vencido em seu voto, contra-argumentou que a presunção de violência, prevista no artigo 224 do Código Penal, é legal, porém o relator rebateu no sentido de que cederia às circunstâncias do caso. Aduz que hoje o paciente é casado, tem família, vida irrepreensível.

Logo, por maioria foi concedido o **habeas corpus**, tendo os Ministros Néri da Silveira e Carlos Velloso votado pela não-concessão e os Ministros Marco Amélio, Francisco Rezek e Maurício Corrêa concederam a ordem, pondo o paciente em liberdade.

O próprio relator confessa que foi o primeiro processo que relatou sobre essa matéria.

II - A dogmática do caso

Como lecionaram os professores Cláudio e Solange Souto, a dogmática jurídica é o ramo mais importante do conhecimento do Direito para a grande maioria dos juristas. Para eles a "dogmática jurídica tende a isolar, em seu trabalho de sistematização e análise, aspectos puramente lógico-normativos do conjunto da vida social (embora nunca o consiga inteiramente). Isso sobretudo com a finalidade prática de facilitar a aplicação judiciária ou administrativa das normas" (1981:15)

Ainda atualmente, a norma é o fundamento do ordenamento jurídico.

Os textos legais vigentes, via de regra, apenas são objeto de interpretações do tipo gramatical, lógica, sistemática, ou seja, é o apego à norma legitimada por si só (Lédio Andrade, 1992:23).

No campo do direito substantivo penal esse apego à literalidade da lei é ainda mais agudo, sob o pretexto principal de se manter a ordem pública e garantir os direitos do homem.

O artigo primeiro do vigente Código Penal estabelece os princípios da anterioridade e da legalidade ou da reserva legal. Ambos abraçados pela vigente Carta Magna, em seu artigo quinto.

No caso em exame, o paciente foi condenado pelo crime de estupro com presunção de violência, previsto nos artigos 213 c/c 224, alínea "a", do vigente Código Penal, que estabelece se presumir a violência, em crime contra a liberdade sexual, se a vítima não é maior de 14 anos.

Tinha a vítima plena condição de consentir a relação sexual?

A idade da vítima, na época do fato, era de 12 anos. Vivía em uma cidade do interior mineiro. Não era prostituta e não se sabe se sua primeira relação sexual foi ou não com o paciente. Não se forneceram as medidas físicas da menor para avaliação de sua aparência física. Ademais, a princípio, relutou em ter relação sexual com o paciente que a persuadiu.

Qual a visão da doutrina e jurisprudência sobre esse tipo de presunção de violência?

O anterior Código Penal de 1890, presumia a violência, no caso da vítima ser menor de 16 anos.

Na exposição de motivos do vigente Código Penal em sua parte especial, que é de 1940, o Ministro Campos justifica a redução do limite de idade de 16 para 14 anos, devido à precocidade no conhecimento dos fatos sexuais.

Prossegue no sentido de que não se pode dar valor algum ao consentimento de uma pessoa não maior de 14 anos.

Para a doutrina dominante, a presunção de violência é relativa, quando a vítima não é maior de 14 anos.

Todavia, mesmo doutrinadores renomados divergem de um dos argumentos lançados pelo paciente

e aceito pelo Ministro relator, isto é, o de isentar de responsabilidade o agente, por ele supor ser a vítima maior de 14 anos.

O Ministro Nelson Hungria e Romão Lacerda (1959:242), juntamente com Damásio de Jesus (1990:132-133) comungam, por seu turno, da posição de que se o agente não tiver certeza da idade da vítima incidirá na presunção de violência, já que nesse caso o dolo eventual não exclui a presunção.

Defende-se que a presunção só será relativa em caso de erro plenamente justificado pelas circunstâncias, como, por exemplo uma certidão de nascimento falsa apresentada pela vítima ou se fosse a menor uma meretriz de porta aberta.

Assim, verifica-se que dentro do direito dogmático uma das teses do relator tem posições assaz divergentes na própria doutrina.

Deve-se ressaltar que a presunção de violência, quanto à idade, é prevista em códigos penais de diversos Estados, como por exemplo, no de Portugal, Alemanha, França, Argentina, Peru, Itália, Espanha, Uruguai, China, Rússia, Suíça, Polônia, com limites diferentes de idades, como é o caso dos códigos argentino e espanhol, cuja presunção de violência ocorre aos 12 anos (cf. E. Magalhães Noronha, 1988:214).

Se do ponto de vista doutrinário, o voto do relator teve base débil, quando se parte para jurisprudência a questão torna-se bem mais complexa, pois há decisões em todos os sentidos e direções.

Tão-somente para se saber, se a presunção de violência é relativa ou absoluta, Celso Delmanto (1991:364) colecionou 7 entendimentos diferentes do STF e outros Tribunais Superiores.

- a) A presunção é relativa (STF, HC 5684, DJU 28.12.78, p. 10573)
- b) A presunção só cede em vista de erro plenamente justificável, pois, se age na dúvida, há dolo eventual (TJSP, RT 536/308).
- c) A presunção não cai pelo fato de aparentar mais idade (TJSP, RT 499/310).
- d) A presunção não cede pelo fato de não mais ser virgem (STF, RT 127/343).
- e) A presunção cede, se a vítima já havia mantido relações com outras pessoas ou era dissoluta (TJSP, RJTJSP 88/371).
- f) Na dúvida, não incide a presunção (TJSC, RT 609/363).
- g) A presunção é absoluta (TJMG, RF 273/270), não elidindo o consentimento da ofendida e sua experiência anterior (STF, RT 646/364).

O Ministro Marco Aurélio reporta-se ao fato da vítima ter permitido espontaneamente as relações sexuais com o paciente e neste ponto, também baseia-se para absolver o paciente. Ora, como visto, o próprio STF já decidiu que não elide a presunção de violência, o consentimento da ofendida e sua experiência anterior.

Decisões opostas baseadas em quais critérios?

O voto do Ministro enfatizou a precoce maturidade da vítima, mas não enfocou que, sendo o paciente um homem de 24 anos teria muita facilidade de envolver a menor.

Interessante é que Damásio de Jesus (1993:633) reuniu jurisprudência trazendo algumas qualidades da menor que não afastam a presunção de violência:

- a) Vítima namoradeira (RT, 446:350);
- b) Desvirginada (RJTSP, 82:373);
- c) Leviana (RT, 482:319);
- d) Experiente sexualmente (STF, Recrim 116.649, DJU, 14/10/88, p. 26386-7).

Apesar do relator afirmar que a vítima levava vida dissoluta, observa-se que o próprio STF já considerou presunção de violência quando a ofendida era experiente sexualmente, logo volta-se à questão de haver critérios mais sólidos que embasem certas decisões judiciais.

III - Auxílio da Ciência no caso

Como se sabe, o STF é a última instância a que se pode recorrer e mesmo assim, só em determinadas ações. Sua previsão é constitucional e exige-se dos seus membros uma reputação ilibada e um notável saber jurídico. Atualmente, as decisões do STF não têm efeito vinculante, não obstante serem enormes as repercussões dentre os operadores do direito.

O que deve ser registrado, quanto ao caso em exame é que, em pleno fim de século e numa era de pós-modernidade científica, uma decisão delicada como a presente, seja abordada com uma feição puramente subjetiva, ou seja, numa opinião pessoal.

Apesar de confessar nunca ter se deparado com um crime de estupro por presunção de violência, o Ministro relator não se valeu de nenhum dado de ciência para auxiliá-lo, limitando-se a considerações e constatações pessoais.

Não se levou em conta, mormente em relação à vítima, o enorme avanço científico de estudos sobre a infância e adolescência nos últimos anos, seja no

domínio psicológico e social, quer no campo genético e biológico.

O Professor de psicologia da USP, Samuel Netto (Silva, Mendez & Cury, 1992:16) ensina que devido a pesquisadores de renome internacional como Gesell, Freud, Piaget, Zazzo, Sears, Bowlby e outros, juntamente com milhares de pesquisas, tornou-se possível compreender melhor a singularidade da criança e do adolescente e diferenciá-los, sob múltiplos aspectos dos adultos. Demonstra, o professor, as fragilidades das crianças, em face dos recursos limitados de que dispõem, não só no plano das capacidades físicas, como na natureza cognitiva, emocional e social, principalmente diante das incontáveis mudanças tecnológicas, científicas, econômicas e sociais.

Logo, é evidente a constatação científica de que crianças e adolescentes são diferentes dos adultos.

Referindo-se à presunção, o médico legista Genival França declara que as menores de 14 anos são incapazes de consentir (1991:156).

O professor de medicina legal Odon Maranhão diz que há bons fundamentos no limite etário de 14 anos. Para Odon:

"É mesmo aceitável que os informes a respeito dos fatos da vida estejam ao alcance de pessoa com bem menos idade. Porém, é justo que se estabeleça o nível de tutela jurídica numa faixa etária em que não se tenha elementos para duvidar da existência de razoável informação sexual" (1992:206).

O consagrado professor de medicina legal Hélio Gomes ressalta que em toda escala zoológica, o macho sempre seduz, agrada, atrai a fêmea e que:

"O homem não faz exceção, barbeia-se, perfuma-se, esconde defeitos, aparenta qualidades, põe doçura na voz e harmonia nos gestos" (1992:433).

O Ministro narrou que após a vítima ser levada ao local deserto e ao se iniciarem os beijos e as carícias, o paciente pediu gentilmente para que mantivessem conjunção carnal e que a vítima, a princípio, recusou-se.

Do ponto de vista de uma formação biopsíquica, tinha a vítima maturidade para consentir?

Causa espécie constatar-se que a maioria das legislações de outros Países trata a presunção de violência, apenas pelo limite de idade. Apesar de se saber que o desenvolvimento individual varia de pessoa para pessoa, de acordo com diversas variáveis como fatores étnicos, mesológicos, educacionais, dentre outros.

Magalhães Noronha relata que o Código Penal soviético elegeu o interessante critério da maturidade sexual, quanto à presunção de violência. Caso a vítima não a tivesse alcançado, o agente seria condenado (1988:215).

Sem mencionar nenhum estudo científico, o Ministro relator afirmou textualmente:

"Nos nossos dias, não há crianças, mas moças de 12 anos".

Presume-se que a vítima estava no início da adolescência.

Em valoroso estudo sobre as características da adolescência, Elizabeth Fernandes consignou ser esta fase, do ponto de vista psicológico, uma época de desorganização para reestruturar o aparelho psíquico e na visão da medicina,

seu início ocorre com mudanças físicas, que variam, de acordo com o sexo, o estado nutricional e a influência genética, o que pode levar a diferenças nítidas em adolescentes de mesmo sexo e idade.

Arremata, Fernandes:

"Assim, é comum o encontro de jovem já púbere (mudanças físicas processando-se) mas com comportamento pueril; de forma inversa, criança no aspecto físico mas com pensamentos, desejos e até ações que correspondem à etapa mais madura" (Figueira, Ferreira & Alves, Coord. 1996:866).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) fixou a adolescência entre 10 e 19 anos, visando a abranger as mudanças biopsico-sociais que ocorrem nesta fase.

Sabe-se que a vítima morava no interior, era simples e que não tinha bom relacionamento com o pai. E tinha 12 anos.

Pode-se dizer que quanto maiores os problemas econômicos-sociais e maiores os conflitos familiares, mais o adolescente vivencia situações de vida adulta, muitas vezes sem o devido preparo psicológico.

Está constatado que um mau relacionamento, em geral com a figura paterna, torna o adolescente ansioso, agressivo, disperso, com mau rendimento escolar, tímido, inseguro e insatisfeito com a vida. Levando o jovem a desenvolver estilos de vida de alto risco, como, por exemplo, a iniciação sexual precoce, como se deu com a vítima (Figueira, Ferreira & Alves, 1996:868-869).

As psicólogas Graça Campos e Leila Rocha, enfatizando a sexualidade na adolescência, ressaltam que a sexualidade faz parte da vida como um todo e

que os conceitos que a formam são delineados pelos mais diversos grupos culturais, religiosos e sociais. Os comportamentos surgidos da expressão sexual são ainda mais diversificados, pois variam de acordo com a individualidade de cada um (Figueira, Ferreira & Alves, 1996:890).

Até em alguns campos do direito positivo, reconhece-se a importância do auxílio de dados científicos.

O vigente Estatuto da Criança e do Adolescente determinou criação de equipe inter-profissional para assessorar a Justiça da Infância e da Juventude. Ademais, em ações, como de adoção, faz-se indispensável um estudo social de cada pedido. Tal estudo é feito até em comarcas desprovidas de estrutura.

No que pese todo arsenal de estrutura material de que dispõe o STF, nenhum dado científico foi citado pelo Ministro relator, volto a enfatizar. Não levou em consideração a individualidade da vítima, cuja estrutura psicológica ainda não estava formada.

IV - Uma decisão pós-moderna na Ciência do Direito

A linguagem utilizada pelo relator é de forte retórica. Critica o Código Penal; a mídia; fala nas mudanças de costume; no amadurecimento precoce das crianças; enfim aborda bastante o que, na sua opinião, constitui mudança social.

Será que a sociedade realmente evoluiu no campo da sexualidade das crianças e adolescentes?

G. Rocher definiu mudança social como:

"A mudança de estrutura resultante de ação histórica de certos actores onde certos grupos no seio de uma sociedade" (1971, IV : 90-91).

Pesquisa divulgada pelo Jornal Diário de Pernambuco, edição de 08.12.96, Página B-12, revelou que as cenas de sexo, como são mostradas pela TV, causam prejuízo à formação de crianças e adolescentes. Prossegue a reportagem com a análise da psicóloga Maria Camarotti:

"Além das cenas de sexo, as novelas tratam de assuntos de adultério e incesto como se fossem comportamentos naturais e a criança não tem amadurecimento para lidar com essas questões".

A decisão do STF, calcada no voto do Ministro relator, à primeira vista, segundo a sociologia jurídica, poderia ser classificada como alicerçada no científico-empírico, de modo implícito, contendo a constatação de que com a mudança social dos tempos de hoje, não há crianças de 12 anos, mas moças precocemente amadurecidas.

A questão é que apesar de aparentemente ter sido uma decisão "**contra legem**", o STF em nenhum momento baseou-se no científico-substantivo e científico-social, e sim, na opinião pessoal do relator, na jurisprudência e doutrina consolidadas, há anos.

Luís Varat, mencionado por Lédio Andrade, tece interessante enfoque da dogmática, que mesmo ao decidir contra lei, pretende se manter científica. Através do processo retórico, mantém a vigência e legitimação do direito positivo, negando-se os fatores exiológicos da decisão modificadora, ditos meramente semânticos, fazendo pensar que são inerentes às doutrinas e jurisprudências.

"Com base nessa falácia, o Poder Judiciário, sem nem sequer arranhar os dogmas positivistas, legisla por intermédio de súmulas e julgamentos" (1992:26-27).

O mundo da prática jurídica, em geral, está dominado pela dogmática jurídica, fruto de uma educação, no campo do direito, insuficiente a proporcionar uma abertura do operador do direito ao mundo científico e tecnológico hodierno, obstaculando o acesso a dados de ciência empírica.

Para o Professor Cláudio Souto (1992:59-61), a atividade judicante é técnica e deve se utilizar, além da técnica formal, da técnica científico-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.

Independentemente do mérito da decisão do STF, o voto vitorioso do relator, com sua retórica e abertura ao social, não se baseou em nenhum dado da ciência empírica, como já foi dito.

É verdade, por outro lado, que nem sempre a ciência substantiva tem dados disponíveis, porém não é a hipótese do julgamento em tela, onde não se buscou individualizar a vítima, traçando-lhe um perfil. Poderia, o Ministro, valer-se de outras áreas do saber, como a psicologia, sociologia, medicina legal, antropologia, estatística, dentre outras.

Se houvesse se socorrido da ciência empírica, certamente o Ministro relator, constitucionalmente

portador de notável saber jurídico, poderia decidir da mesma maneira, porém jamais afirmaria que:

"Nos nossos dias, não há mais crianças, mas moças de 12 anos".

Terá razão o professor Cláudio Souto, quando defende que quanto a uma razão de conteúdo, a dogmática jurídica é acentuadamente pré-moderna, pré-iluminista? E que até uma abertura cognitiva dos operadores do direito é muito deficiente, devido à falta de formação e mentalidade científico-empírica na educação formal dos juristas? (1993:47).

Não foi à toa que a decisão do STF gerou diversas críticas.

Deste aresto da mais alta conta de justiça, pode-se inferir quantos e quantos "achismos" e meras retóricas são produzidas diariamente no meio forense sem a menor preocupação, nem constrangimento de não se valer, quando existirem, de dados científicos.

V - Bibliografia

- ANDRADE, Lédio Rosa de. Juiz Alternativo e Poder Judiciário. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.
- DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- FIGUEIRA, Fernando; FERREIRA, Otelo Schwambach & ALVES, João Guilherme Bezerra (Coord.). Instituto Materno-Infantil de Pernambuco. Rio de Janeiro: Medsi, 1996.
- GOMES, Hélio. Medicina Legal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992.
- GUERRA, Andrea. Pernambuco Condena Sexo na TV. Diário de Pernambuco. Recife, 08.09.1996.
- HOLLANDA, Eduardo & EVELIN, Guilherme. Entrevista "Sou um Juiz Polêmico". São Paulo, Isto É, (1392):5-7, Im. 1996.
- HUNGRIA, Nelson & LACERDA, Romão Cortês. Comentários ao Código Penal - vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- JESUS, Damásio E. de. Direito Penal - vol. III. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. Código Penal Anotado. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MARANHÃO, Odon Ramos. Curso Básico de Medicina Legal. São Paulo: Malheiros, 1992.
- NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal - vol. III. São Paulo: Saraiva, 1988.

- ROCHER, Guy. Sociologia Geral. Trad. de Ana Ravara. Lisboa: Editora Presença v. IV, 1971.
- SILVA, Antônio Fernando do Amaral; CURY, Munir & MENDEZ, Emílio Garcia (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários Jurídicos e Sociais. São Paulo: Malheiros, 1992.
- SOUTO, Cláudio & SOUTO, Solange. Sociologia do Direito. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos: São Paulo: EDUSP, 1981.
- _____. Ciência e Ética no Direito. Uma Alternativa de Modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- _____. Modernidade e Pós Modernidade Científicas quanto ao Direito. Recife, Anuário do Mestrado em Direito, Editora Universitária, (06): 39-69, 1993.
- Cópia do voto do Ministro Relator.

JUSNATURALISMO E CONHECIMENTO JURÍDICO

Gustavo Just da Costa e Silva
Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Procurador da Fazenda Nacional

SUMÁRIO

Apresentação. 1. Objeto e evolução da teoria do direito natural. 1.1. Objeto. 1.2. Origem e evolução. 1.2.1. O direito natural clássico. 1.2.2. O direito natural moderno. 2. O declínio do direito natural. 2.1. O abandono operacional. 2.1.1 A posituação dos direitos naturais e a estrutura jurídica do Estado de Direito. 2.1.2. Alguma permanência do direito natural. 2.2. O desprezo teórico. 3. O ponto de vista jusnaturalista e o conhecimento do direito.

Apresentação

Este trabalho, apresentado como monografia para a disciplina de *Filosofia do Direito* do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, representa uma tentativa de refletir sobre a relação existente, de um modo geral, entre o jusnaturalismo e o conhecimento do direito, e em especial entre a decadência teórica de um e a crise do outro.

1. Objeto e evolução da teoria do direito natural

1.1. Objeto.

A trajetória do pensamento jurídico-filosófico registra a existência de várias teorias do direito natural. Isto se diz não apenas no sentido de que as distintas

reflexões jusnaturalistas, partindo de seus diferentes postulados filosóficos, seguem caminhos diferentes – chegando com isso a resultados por vezes antagônicos – mas especialmente no sentido de que não há uniformidade quanto ao que se afirma ser o próprio objeto da especulação jusnaturalista. Isto significa que a simples identificação da temática, no vasto universo do saber jurídico-filosófico, é em alguma medida incerta e problemática.

Os desenvolvimentos empreendidos neste trabalho levam em consideração a existência de duas alternativas fundamentais relativamente à definição do objeto da teoria do direito natural. A primeira, fiel à etimologia da expressão, define o tema a partir da relação existente entre o direito e a natureza: a índole dessa relação e as acepções atribuídas aos vocábulos “direito” e “natureza” são as variáveis que caracterizarão cada teoria em particular. A segunda identifica o problema do jusnaturalismo na abordagem ética do conteúdo do direito, ou seja, numa ética jurídica material¹.

1.2. Origem e evolução

A fixação de um marco inicial do pensamento jusnaturalista está condicionada à atitude assumida diante da alternativa que se acaba de descrever. Os que vêem o cerne do direito natural no tratamento da ética jurídica material não hesitam em reconhecer manifestações jusnaturalistas entre os pré-socráticos, na *Antígona* de Sófocles, em Sócrates, nos sofistas, e muito especialmente em Platão com a sua profunda temati-

1 Hans KELZEL expressamente define a teoria do direito natural como uma ética jurídica material. Cf. *Diritto Naturale e giustizia materiale*. Milano, Giuffrè, 1965, p. 5-71.

zação da justiça. Já os que exigem alguma espécie de liame entre direito e natureza normalmente vêem um embrião do jusnaturalismo na idéia sofisticada do triunfo do mais forte imposto pela natureza, mas reconhecem apenas em Aristóteles um delineamento efetivo do tema. *Antígona* não invoca a natureza contra as ordens do tirano, mas a lei não escrita, a consciência²; a filosofia jurídica de Platão não tem como fonte a observação da natureza, mas a Idéia de Justiça³.

É certo, de todo modo, que desde Aristóteles o tema do direito natural incorporou-se definitivamente à cultura ocidental, inserindo-se no núcleo central do pensamento ético. Pode-se dizer que, desde então, é através dos conceitos de direito natural, lei natural, justo natural que se expressam as concepções fundamentais desenvolvidas pelas civilizações sobre o fenômeno jurídico. Ou seja, o direito passa a ser conhecido, explicado e ensinado primordialmente por meio daquelas noções, por mais variados que sejam os contornos por elas assumidos nos diferentes contextos.

Essa longa tradição iniciada na Antiguidade Clássica conferiu portanto à teoria do direito natural uma espécie de majestade teórica que somente desapareceria no início do século XIX, num contexto marcado pelo advento do Estado constitucional e pelo triunfo do moderno racionalismo individualista paradoxalmente revelado pela chancela positiva das teses defendidas pelo jusnaturalismo iluminista.

2 Cf. VILLEY, Michel. “Deux conceptions du droit naturel dans l’Antiquité”. *Leçons d’histoire de la Philosophie du Droit*, Paris, Librairie Dalloz, 1957, p.123.

3 Idem, p. 123-124.

Não caberia aqui expor pormenorizadamente a evolução da teoria do direito natural, o que exigiria uma descrição de todas as suas variações. Importa apenas, inclusive com vista a preparar os desenvolvimentos seguintes, considerar algumas possibilidades de classificação ou agrupamento das teorias jusnaturalistas formuladas ao longo do tempo, de acordo com alguns aspectos diferenciadores básicos.

Mencionam-se assim um direito natural *clássico* (antigo), marcado pela referência à natureza como critério *objetivo* de determinação do justo e do injusto, e um direito natural *moderno*, de cunho *subjektivista*, preocupado com o reconhecimento de *direitos naturais* inerentes ao indivíduo.

1.2.1. O direito natural clássico

O fundamento filosófico do direito natural clássico é a metafísica teleológica de Aristóteles, da qual decorre um conceito de natureza igualmente teleológico, caracterizado pelo movimento de realização finalística da forma (a natureza de alguma coisa é o seu fim):

“la ciudad, en efecto, es el fin de las otras comunidades, y la naturaleza es un fin, ya que aquello que es cada cosa una vez ha completado su desarrollo decimos que es su naturaleza, la de un hombre, por ejemplo, la de un caballo, o de una familia. Por otra parte, la causa final de una cosa, su fin, es su bien principal” (*Política*, 1252b).⁴

4 O texto utilizado para as obras de Aristóteles é o da edição espanhola: Aristóteles. Obras, Madrid, Aguilar, 1982 (reimp. 1986), tradução de Francisco Saramanch.

Assim, como descreve WELZEL, “nem tudo aquilo que se designa por natureza no sentido da realidade exterior é ‘natureza’ em sentido teleológico. Antes, a natureza teleológica é uma realidade pré-determinada segundo pontos de vista axiológicos”⁵

Para a descoberta da natureza o realismo imanente de Aristóteles não oferece outra via senão a *observação* das coisas, de modo a identificar seu fim específico:

“Y para descubrir lo que es propio y conforme a la naturaleza, hemos de estudiarlo preferentemente em las cosas que tienen un estado de normalidad, y no en las cosas que son degeneradas” (*Política*, 1254a)⁶.

Esse mesmo realismo imanente, associado a uma espécie de relativismo ético, confere dignidade axiológica a uma natureza concretamente encontrável, desvinculando o observador de marcos utópicos:

“El mal menor tiene categoría de bien, en relación con un mal mayor. Pues un mal menor es preferible a un mal mayor. Y lo preferible es siempre un bien, y cuanto más preferible es este bien, mayor es” (*Ética a Nicomaco*, 1131b).

Todavía, o relativismo a que se fez referência se estabelece em função das relações entre as coisas, e não em função das efetivas estipulações, frente às quais

5 Cf. WELZEL, *op. cit.*, p. 44. A tradução é de responsabilidade do autor.

6 Michel VILLEY descreveu a doutrina aristotélica como “prétention à découvrir scientifiquement, par l’observation de la nature, des institutions juridiques” (*op. cit.*, p. 127).

o justo por natureza guarda inteira autonomia⁷. Em consequência, o justo por natureza é objeto de uma investigação que poderá chegar a resultados diferentes de acordo com as relações sociais em que se expressem os problemas (dimensão relativista) mas inteiramente alheios à efetiva estipulação por parte dos sujeitos (dimensão objetiva):

"... entre nosotros, los hombres, aunque hay leyes naturales, sin embargo todo es susceptible de cambio, lo cual no impide que algunas estén fundadas en la naturaleza y otras no. Y, entre las cosas que pueden ser de otra manera, es fácil ver qué clase de cosas son naturales y qué clase de cosas no lo son, sino que se deben a la ley y a la convención, aun estando unas y otras sometidas a cambio de igual manera" (*Ética a Nicomaco*, 1134 b).

O caráter objetivo do justo por natureza aparece revelado nesta outra passagem:

"Hay dos clases de justicia política, una natural, otra legal; es natural la que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de tal o cual opinión" (*Ética a Nicomaco*, 1134 b).

Esse portanto é o núcleo do que se costuma chamar *direito natural clássico*, desenvolvido na tradição

7 Talvez por isso alguns preferiram definir o direito natural clássico como um relacionismo, e não como um relativismo. Cf. FERRAZ PEREIRA, Aloysio. *História da Filosofia do Direito - Das Origens a Aristóteles*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 89).

aristotélico-tomista. Cabe porém observar que entre o direito natural de Aristóteles e o de Tomás de Aquino há diferenças significativas, inclusive com aspectos inconciliáveis, frequentemente ocultadas pelo caráter harmonizante do adjetivo composto "aristotélico-tomista".

Por certo Welzel tem razão quando afirma que a substância do direito natural, em Santo Tomás, tem uma marca mais antiga do que cristã⁸, à medida que a fonte última da distinção entre o justo e o injusto aponta-se numa natureza das coisas anteriores à vontade divina, com o que o Doutor Evangélico afasta-se do voluntarismo paulino até certo ponto mantido e desenvolvido por Santo Agostinho. Mas não se pode imaginar que a filosofia jurídica de Santo Tomás não ostentasse a marca da cultura cristã que a produziu. Ao contrário, é precisamente a presença do cristianismo que permite compreender o direito natural de Tomás de Aquino não apenas como continuidade, mas também como ruptura do legado antigo.

Veja-se em primeiro lugar o tema da justiça comutativa, que para Aristóteles é uma parte da justiça parcial e limita-se a realizar as retificações necessárias nas transações privadas (*Ética a Nicomaco*, 1130 b), de modo a restabelecer o equilíbrio violado tanto voluntária como involuntariamente, equilíbrio este fixado, em caráter fundante, pela justiça distributiva. Tomás de Aquino, ao retomar o tema, acrescenta à função estritamente corretiva da justiça comutativa um escopo especificamente punitivo. Tomar algo injustamente a alguém tem como consequência não apenas uma desigualdade material mas também uma injustiça que pode existir mesmo sem desigualdade objetiva,

8 WELZEL, *op. cit.*, p. 99.

como acontece quando se emprega a violência sem sucesso. A reparação da primeira consequência dá-se pela restituição que restabelece a igualdade, mas para apagar a injustiça é necessário o *castigo*, que, canalizando a vingança, impõe ao culpado um mal à parte além da reparação patrimonial⁹. Essa dimensão vingativa da justiça comutativa é estranha ao pensamento de Aristóteles, e seu destaque em Santo Tomás, por certo testemunha a presença de elementos capitais da moral-judaico cristã, tais como sacrifício, pena, castigo, que Nietzsche interpretou em conhecida passagem da *Genealogia da Moral*¹⁰. Em segundo lugar,

9 Cf. SÉRIAUX, Alain. *Le Droit Naturel*. Paris, Presses Universitaires de France, 1993, p.28-29.

10 'A mí me parece que Dante cometió un grosseiro error al poner, con horrorosa ingenuidad, sobre la puerta de su infierno la inscripción 'también a mí me creó el amor eterno'; - sobre la puerta del paraíso cristiano y de su 'bienaventuranza eterna' podría estar en todo caso, con mejor derecho, la inscripción 'también a mí me creó el odio eterno' -, presuponendo que a una verdad le sea lícito estar colocada sobre la puerta que lleva a una mentira! Pues qué es la bienaventuranza de aquel paraíso?... Quizá ya nosotros mismos lo adivinaríamos; pero es mejor que nos lo atestigüe expresamente una autoridad muy relevante en estas cosas. Tomás de Aquino, 'Beati in regno coelesti', dice con la mansedumbre de un cordero, 'videbunt poenas damnatorum, ut beatitudo illis magis complacet' [Los bienaventurados verán en el reino celestial las penas de los condenados, para que su bienaventuranza les satisfaga más]. O se quiere escuchar esto mismo en un tono más fuerte, de la boca, por ejemplo, de un triunfante padre de la Iglesia, el cual desaconsejaba a sus cristianos las crueles voluptuosidades de los espectáculos públicos - por qué, en realidad? 'La fe nos ofrece, en efecto, muchas más cosas - dice, de *apertac*, c. 29 ss.-, algo mucho más fuerte; gracias a la redención disponemos, en efecto, de alegrías completamente distintas; en lugar de los atletas nosotros tenemos nuestros mártires; y si queremos sangre, bien, tenemos la sangre de Cristo.' (NIETZSCHE, *Genealogía de la moral*. Traducción de Andrés Sánchez Pascual. Madrid. Alianza Editorial, 1ª ed. 1972, 10ª reimp. 1987, p. 56). Una das enigmáticas sentenças de Zarathustra parece fazer referência à mesma idéia: 'Ch diese Seele war selber noch mager, grässlich und verhungert; und Grausamkeit war die Wollust dieser Seele!' (Also sprach Zarathustra. Ein Buch für alle und keinen. Goldmann Verlag. 9ª edição, 1990, p.12, grifou-se).

o pensamento tomista insere o direito natural na visão (cara ao espírito medieval) da ordenação escalonada do universo. As três leis do ordenamento mundano (lei eterna, lei natural e lei humana) estão subordinadas à *lex divina* sobrenatural. A especificidade da lei natural se revela, de um lado, numa participação objetiva na lei eterna (a ordenação divina do mundo), e de outro na sua apreensibilidade pela razão humana. Começam sutilmente a assumir relevância para o pensamento jurídico-filosófico, duas idéias centrais em seus desenvolvimentos posteriores: *vontade* (inevitavelmente contida na idéia da Divindade cristã criadora do Universo *ex nihilo*) e *razão*, cuja função de conhecer o direito natural é objeto de um tratamento próprio, tendo Tomás de Aquino definido como *sinderesis* a capacidade de conhecer os princípios superiores do direito natural¹¹.

1.2.2. O direito natural moderno.

O direito natural moderno, de cunho subjetivista, tem como preocupação mais freqüente não a descoberta de uma ordem natural, ou de critérios naturais objetivos para o estabelecimento de uma ordem positiva, mas o reconhecimento de direitos naturais no sentido de faculdades inatas ao indivíduo. O critério diferenciador do justo do injusto (conceitos sempre referidos à condição individual), não é a natureza das coisas, mas a própria razão humana, que não é mais apenas o instrumento de descoberta do justo. Seu fundamento filosófico é o racionalismo moderno construído a partir do moderno conceito de natureza: a metafísica

11 Para o conceito de *sinderesis*, ver: WELZEL, op. cit., p. 86 e 92.

teleológica antiga, que via a natureza como uma dimensão da realidade axiologicamente orientada cede lugar à compreensão estritamente causal da natureza. Em consequência, rompe-se a clássica unidade natureza-cultura, já que os fenômenos éticos pertencem agora ao domínio espiritual, que guarda independência frente à natureza axiologicamente indiferente: o espírito é o único criador dos valores.

A transição do direito natural clássico ao direito racional deu-se através do nominalismo, que no final da Idade Média pôs-se como alternativa à metafísica tomista. Foi o nominalismo, antes do direito natural profano, que primeiro organizou a idéia de que nada é justo por natureza. O voluntarismo nominalista institui o primado da vontade e do individual, considerando como fonte do justo a vontade divina, inteiramente livre para estatuir o justo e o injusto (observados apenas os limites da sua própria bondade e da lei de contradição). Diz Guilherme de Ockham que os preceitos morais são fruto exclusivamente da vontade divina, que a razão não pode pretender aprisionar em verdades pre-constituídas¹². Os conceitos de adultério, homicídio etc., não indicam qualidades intrínsecas ("naturais") das ações, nas apenas a circunstância de serem tais ações proibidas. Desaparecendo a proibição não há mais o adultério, o homicídio e outros. Bem se vê, a diferença entre essa formulação e a tese central do positivismo jurídico contemporâneo diz respeito apenas à instância decisória: é justo o que é permitido, e é injusto o que é proibido, e enquanto for, (por Deus, no nominalismo, pelo Estado, no positivismo).

¹² Cf. WELZEL, op. cit., p. 122 e seguintes.

É importante todavia, especialmente de modo a evitar uma visão simplista e esquemática, ter em mente que os conceitos que o nominalismo e depois o direito natural profano colocaram no centro da discussão jusnaturalista não estiveram inteiramente ausentes na tradição anterior. A marca subjetivista, por exemplo, além de ser uma característica importante do cristianismo, já aparecia na ética estoica: a substituição do ambiente relativamente estável da *pólis* pelo vasto e dificilmente controlável mundo helênico e em seguida romano produziu, em parte como reação, a necessidade de proteção do indivíduo através da disposição dos valores em seu íntimo, em sua vontade, tornando indiferente o aspecto meramente exterior do agir¹³. Por outro lado, a metafísica tomista ainda se faria novamente sentir no século XVI, através da escolástica tardia espanhola, e mesmo o direito natural profano lançaria mão, por vezes, da "natureza das coisas" (Pufendorf, Montesquieu), concebida todavia como um conceito *a priori*, ponto de partida de deduções racionais, esvaziado de seu sentido heurístico e problematizante.

2. O declínio do direito natural

O declínio do direito natural, cujo início costuma-se situar na passagem do século XVIII para o XIX, indica o duplo processo de abandono operacional do direito natural e de seu progressivo desprezo teórico.

Paradoxalmente, a perda da majestade teórica até então ostentada pela longa tradição do direito natural (ver item 1.2 acima) vincula-se à chancela positiva das principais aspirações do politicamente triunfante jusnaturalismo iluminista.

2.1. O abandono operacional

2.1.1. A positivação dos direitos naturais e a estrutura jurídica do Estado de Direito

O aspecto mais visível desse fato é a positivação dos direitos subjetivos que o jusnaturalismo racionalista proclamava como prerrogativas inatas (naturais) do homem, numa teorização historicamente impulsionada pela polêmica com o absolutismo posto. A ampla e solene consagração dos direitos humanos – num primeiro momento pelas revolucionárias declarações de direitos americana e francesa, e em seguida pelos códigos e constituições liberais do século XIX – fez desaparecer a tensão entre o real e o ideal que sempre inspirou, de uma forma ou de outra, o argumento jusnaturalista.¹⁴

Cabe lembrar que a positivação dos direitos naturais está na origem da noção, até hoje cara à dogmática constitucional, de supremacia da constituição. A concepção dos direitos naturais como normas materialmente importantes funda a idéia de uma

13 Cf. WELZEL, *op. cit.*, p. 61.

14 Por certo que a combinação dos conceitos *real* e *ideal* pode assumir significado muito específico em determinados sistemas filosóficos, e em alguns talvez seja inadequada para expressar o que se quer dizer no texto. Em Aristóteles, por exemplo, aquela relação seria melhor descrita em termos de ato e potência: a forma do justo por natureza pode ser percebida, como potência, antes (e independentemente) de sua atualização. Já em Platão os termos *real* e *ideal* certamente teriam de ser invertidos: já que o mundo das idéias (dentro as quais a Justiça) é o daquilo que verdadeiramente é. De todo modo, a tensão a que se fez referência é aquela que se estabelece entre o que é e o que pode ser, entre o direito que existe e um concebido direito melhor.

hierarquia das leis, com a conseqüente diferenciação de um direito positivo mais elevado¹⁵. De certo modo *racionalizou-se*, no contexto do Estado Constitucional, um *topos tradicional* no *ancien régime*: a referência às *leges fundamentales*.

Aliás, o aspecto mais importante do processo que se descreve é exatamente a realização do projeto jurracionalista na dimensão *estrutural* do direito do Estado constitucionalista. A exigência de segurança e certeza nas relações e o correlato postulado da racionalização (estabilização) do direito conferem ao direito do Estado liberal o seu perfil marcado pela pretendida incomunicabilidade entre as funções legislativas e jurisdicional, o que se explica pela crença no caráter racional (e portanto natural) da legislação sistemática produzida pelo processo de codificação (que na verdade foi em grande parte uma sistematização do direito romano vigente como direito comum). Surgem então as restrições à atividade hermenêutica do juiz: sendo racional, o “novo” direito positivo seria em conseqüência bastante em si, mesmo em caso de eventual lacuna, que poderia ser suprida a partir de elementos do próprio sistema. O dogma da completude, então, é na verdade a certeza da auto-suficiência do direito positivo. O problema da justiça reduz-se assim ao da dogmática aplicação do direito positivo liberal, tido por axiômica definição como racional, vale dizer, natural. Está fundado (pelo jusnaturalismo?) o positivismo jurídico contemporâneo. Como sintetizou Guido Fassò, “*il millenario conflitto tra razionalismo*

15 Cf. STARCK, Christian. *La Constitution - cadre et mesure du Droit*. Aix-en-Provence/Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille/economica, 1994, p. 91.

e voluntarismo terminava, nell'apparente accoglimento delle istanze del primo, con la totale vittoria del secondo"¹⁶.

2.1.2. Alguma permanência do direito natural

A presença do direito natural na operacionalidade prática do direito parece restrita ao âmbito da proteção internacional dos direitos humanos, em que aparecem situações para cujo enfrentamento o juspositivismo apresenta flagrantes insuficiências.

Também a experiência constitucional alemã do segundo pós-guerra registra referências ao direito natural. Chama atenção para o art. 6º, II da Lei Fundamental de Bonn, que considera a guarda e a educação dos filhos um *direito natural* dos pais.¹⁷ Operacionalmente, o fato não tem maior significado do que o de mais uma "positivação" de prerrogativas consideradas inatas ao homem, embora no caso trate-se de um direito natural estranho ao rol clássico do jusracionalismo iluminista; mas é curioso que se tenha expressamente declarado o caráter "natural" do direito à guarda e à educação, o que traduz mais nitidamente a idéia de um reconhecimento de algo preexistente.

Mais significativa é a postura assumida pelo Tribunal Constitucional Federal em acórdão proferido em 12 de outubro de 1951, em que afirmou a existência de um direito suprapositivo que vincula até mesmo o legislador constituinte, consignando ainda sua compe-

tência para aferir a compatibilidade do direito positivo com aquele outro.¹⁸ Em consonância com a postura do Tribunal, e contemporaneamente, apresenta-se a teorização de Otto Bachof¹⁹, que desenvolveu a idéia de que uma norma constitucional originária pode ser inconstitucional caso viole um princípio suprapositivo, esteja ou não positivado na Constituição (no primeiro caso configura-se a hierarquia entre normas constitucionais, tese, às vezes, mal compreendida).

A postura da Corte Constitucional alemã e a tese de Bachof são importantes porque talvez representem alguma abertura da aplicação do direito a um parâmetro não positivo de juridicidade²⁰. Estão longe, todavia, de descaracterizar o generalizado abandono do direito natural. Embora tenha consignado, em linha de princípio, a existência de um direito supralegal, apressou-se o Tribunal para acrescentar, em outra decisão, que a possibilidade teórica de uma Constituição liberal-democrática, como é a Lei Fundamental, violar aquele parâmetro é tão pequena que equivale a uma impossibilidade prática²¹, o que acaba por ser um esvaziamento operacional da postura anteriormente assumida (o *Bundesverfassungsgericht* de fato nunca

16 PASSÒ, Guido. *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*. Bologna, Il Mulino, 1988, p. 25.

17 A análise da Lei Fundamental baseia-se numa versão italiana que integra o volume organizado por Paolo Biscaretti di Ruffia, *Costituzioni Straniere Contemporanee*, vol. I, 6ª edição. Milano: Giuffrè Editore, 1994.

18 O trecho central da decisão tem o seguinte teor: "Das Bundesverfassungsgericht erkennt die Existenz überpositiven, auch den Verfassungsgesetzgeber bindenden Rechts an und ist zuständig, das gesetzte Recht daran zu messen" (transcrito por Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 108).

19 BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*, trad. de José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994 (reimpressão).

20 Em contraste com a orientação do BVERFG, o Conselho Constitucional Francês, rejeita qualquer referência à supraconstitucionalidade. Cf. AQUILA, Yann. *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*. Paris: L.G.D.J., 1993.

21 Cf. Mendes, op. cit. p. 112.

exerceu a prerrogativa de que se considera titular). Já o conceito de direito supralegal de que se vale Bachof é extremamente vago. Pelo seu conteúdo, que se resume aos princípios sem os quais uma ordem jurídica não pode ser reconhecida como tal (critério materialmente tautológico), e pela sua origem, já que Bachof, em momento algum, esclarece se é referente às normas divinas, extraídas da razão humana, da natureza das coisas etc..

A impressão que se tem, em ambos os casos, é que não se trata propriamente de uma afirmação de alguma espécie de jusnaturalismo, mas pura e simplesmente da *negação*, em tese, do juspositivismo. Realmente, o importante para o Tribunal Constitucional e para Bachof parece ser exatamente a proclamação de que se pode negar validade a uma ordem jurídica positiva em função do conteúdo de suas normas, contrariando assim a tese central do positivismo jurídico.²² O impacto dos então recentes acontecimentos históricos parece ser mais determinante para o aparecimento dessas posturas do que alguma espécie de convicção jusfilosófica.

2.2. O desprezo teórico

Ao abandono operacional do direito natural corresponde o seu desprezo teórico. A referência a um desprezo teórico não quer significar que esse seja um tema ausente do pensamento jurídico contemporâneo. O século XX conheceu, especialmente no segundo pós-guerra, uma retomada do interesse pelo assunto, no agora particularizado âmbito da Filosofia do Direito.

22 "Keiner positiven Rechtsordnung kann wegen des Inhalts ihrer Normen die Geltung abgesprochen werden. Das ist ein wesentliches Element des Rechtspositivismus." (KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Wien, Österreichische Staatsdruckerei, 1992 - reimpressão).

O que se quer dizer, na verdade, é que, ao contrário do que aconteceu durante mais de dois mil anos, a teoria do direito natural deixou de ser o instrumento precípua de compreensão e ensino do direito. Trata-se agora de apenas uma das possíveis inclinações da Filosofia do Direito, disciplina cujas especulações, graças às rigorosas "demarcações" promovidas pelo dominante metodologismo, não traduzem o conhecimento que do direito tem a comunidade jurídica como um todo.

É exatamente, em nível do senso comum da comunidade jurídica que se revela a generalizada convicção de que o direito natural é uma irrealdade, algo sem sentido. As triunfantes proclamações da "morte" do direito natural concentram-se em duas teses principais. A primeira é a tese *historicista* que, fundada numa antropologia relativista, afirma que o direito é uma variável histórica, negando categoricamente a possibilidade de um direito natural em qualquer dos sentidos atribuídos à expressão, inclusive como conjunto de princípios condicionantes da justiça das normas positivas; sustenta-se, em síntese, que "o homem não tem natureza, e sim história". A segunda é a tese por assim dizer "logicista", que denuncia a *falácia naturalista* que contamina o direito natural, à medida que pretende deduzir o *dever-ser* do *ser*; inferência logicamente inválida e que traduz uma confusão do fato com o valor.²³

23 Segue-se de perto no parágrafo e artigo de Sergio COTTA: "Diritto naturale: ideale o vigente?". *Rivista di Diritto Civile*, a. XXXV, n° 06, nov./dic., 1989, Padova, p. 639-655. Aos argumentos historicista e logicista Cotta acrescenta a tese "positivista", que consiste simplesmente em afirmar que um fenómeno é natural, e então não é direito, ou é direito e por isso não pode ser natural. O texto não se referiu à tese positivista por se considerar que ela representa a própria conclusão do raciocínio juspositivista: como argumento estaria irrefutavelmente maculada por uma evidente petição de princípio.

O triunfo dessa dupla argumentação evidencia o abandono do jusnaturalismo, e reflete algumas inclinações assumidas pelo espírito filosófico contemporâneo. A perspectiva jusnaturalista, que postula uma relação (uma ponte) entre a natureza humana (ou a natureza *tout court*, numa visão filosófica mais cosmológica) e o fenômeno do direito, perde suas bases com o progressivo esvaziamento, desde o renascimento, do conceito de natureza, que pela mesma via vai-se tornando incomunicável com o mundo da cultura. A substituição do conceito clássico de natureza pela explicação estritamente causal da realidade exterior obriga a que se considere o espírito como o único criador dos valores. A natureza não tem mais qualquer sentido de fundamento para o homem, que apenas a recebe e molda como uma matéria prima a ser processada.²⁴ Em relação ao direito, a natureza não exerce mais do que uma função subsidiária, indicadora de "limites materiais" que não podem ser violados pelo homem criador do direito. Em outras palavras, como

24 Cf. Edgar MORIN: "Paradigme introuvable de Pascal, paradis perdu de Rousseau, l'idée de nature humaine allait encore s'énucléer, devenir protoplasme mou, sous la prise de conscience de l'évolution historique et de la diversité des civilisations: si les hommes ont si différents dans l'espace et dans le temps, s'ils se transforment selon les sociétés, alors la nature humaine n'est plus qu'une matière première malléable à laquelle seule la culture ou l'histoire donne forme. De plus, dans la mesure où l'idée de nature humaine s'est trouvée immobilisée par le conservatisme afin d'être mobilisée contre le changement social, l'idéologie du progrès a tiré la conclusion que, pour qu'il y ait changement dans l'homme, il ne fallait pas qu'il y eût de nature humaine. Ainsi, de toutes parts, vidée de vertus, de richesse, de dynamisme, la nature humaine est devenue un résidu amorphe, inerte, monotone: c'est ce dont l'homme s'est soustrait et nullement ce qui le fonde." (*Le paradigme perdu: la nature humaine*, éditions du Seuil, Paris, 1973, p. 20, grifou-se).

disse Villey, a "moderna" natureza das coisas apenas indica os meios para alcançar os fins que o homem livremente elege²⁵.

3. O ponto de vista jusnaturalista e o conhecimento do direito.

Como se vê, a explicação para o abandono da perspectiva jusnaturalista está ligada a um amplo contexto cultural que por diferentes caminhos – o racionalismo moderno, o ideário político liberal, as codificações etc., conduziu ao triunfo do positivismo jurídico. O que se pretende destacar aqui é que o abandono do enfoque jusnaturalista tem como consequência um empobrecimento do conhecimento jurídico. De fato, um dos aspectos mais importantes da teoria do direito natural é a rejeição de toda pretensão de reduzir o fenômeno do direito à estrita positividade.²⁶

Contemplar a tradição jusnaturalista e revalorizar seus temas talvez represente o mais promissor esforço de se compreender que a estatuição positiva é apenas um dos momentos de realidade do direito.

25 Cf. VILLEY, Michel: "En tal sistema de pensamiento, el papel de la 'naturaleza de las cosas' no puede ser sino subsidiario. Al jurista creador de la norma, 'la naturaleza de las cosas' opondrá, al menos ciertas condiciones, a su fantasía inventiva. Ejemplo: 'El parlamento inglés puede hacer todo' - dice el positivismo - 'salvo cambiar un hombre en mujer' - tiene la prudencia de agregar... Dicho de otra manera, si somos libres de elegir los fines, la naturaleza de las cosas nos indica los medios posibles." ("La naturaleza de las cosas", in *Metodo, Fuentes y Lengaje jurídicas*).

26 Cf. Saldanha: "Em nosso século, uma das funções principais do problema do Direito Natural consiste em desautorizar a idéia de uma redução do Direito ao ordenamento legal-positivo." (*Teoria do Direito e Crítica Histórica*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 162).

Não se trata por certo de rejeitar a filosofia do direito contemporâneo e pretender substituí-la por um determinado sistema de direito natural integralmente resgatado de sua época para ser professado nos tempos atuais²⁷. O que se impõe na verdade é uma atitude crítica²⁸ que permita situar historicamente as diferentes manifestações do saber jurídico, cujas limitações e insuficiências são compreendidas em função do próprio contexto histórico em que brotaram. Desta forma evita-se o rancor ou desdém em relação às teorias que negam o direito natural, bem como a nostalgia estéril deste ou daquele jusnaturalismo.

O que importa restaurar, com vista a restabelecer a dignidade teórica do conhecimento jurídico, não é uma determinada teoria do direito natural, mas aquilo que se pode designar como o *ponto de vista jusnaturalista*, que consiste no esforço de **compreender criticamente a regulação da vida social a partir da tensão que liga a norma posta à realidade que a informa e à qual ela se dirige**.

A viabilidade do ponto de vista jusnaturalista depende sem dúvida da superação dos argumentos que alimentam a generalizada convicção da desvalia da teoria do direito natural, e a que se fez referência acima: o argumento historicista e o logicista.

27 Esse parece ser muitas vezes o sentido dos textos de M. Villey, que implicitamente apresenta o racionalismo clássico da tradição aristotélica como algo filosoficamente "superior" ao racionalismo moderno, que teria representado um simples retrocesso.

28 A propósito de atitude crítica, cf. Saldanha: "A verdadeira crítica tenta **compreender** as realidades que ocorrem na história por terem uma razão-de-ser, não sendo o caso de se buscar "culpa" nem de encarar com ressentimento as categorias do saber jurídico formadas no racionalismo dito 'burguês' ". (Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 12).

O argumento historicista, segundo o qual o direito natural é uma irrealidade porque o direito, como o próprio homem, é uma variável histórico-cultural, funda-se numa radical separação entre natureza e cultura que é desautorizada pela antropologia contemporânea. A perspectiva recentemente assumida pelos estudos antropológicos rejeita a compreensão da espécie humana como sendo o resultado de uma determinada evolução biológica, que finalmente teria gerado um ser capaz de produzir cultura. Percebe-se hoje que os hominídeos pré-*sapiens* construíram um ambiente sócio-cultural que ocasionou uma "vantagem seletiva" para os indivíduos cujas mutações genéticas operaram uma adequação à complexidade do seu meio cultural, de modo que mesmo a configuração anatômica de *homo sapiens* tem uma explicação tanto biológica quanto cultural²⁹. Em lugar do homem como espécie biológica (subitamente) acabada, aparece um longo e complexo processo de "hominização" (Morin), em que interferiram fatores de ordem natural e cultural; "os homens comemoram aniversários, mas o homem não", observa Clifford Geertz.³⁰

29 Morin (op.cit., p. 100): "il est bien évident que le gros cerveau de sapiens n'a pu advenir, réussir, triompher qu'après la formation d'une culture déjà complexe, et il est étonnant que l'on ait pu si longtemps croire exactement le contraire".

30 Cf. GEERTZ, Clifford. A Interpretação das culturas. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1989, p. 59: Na perspectiva atual, a evolução de *Homo sapiens* - o homem moderno - a partir de seu ambiente pré-*sapiens* imediato, surgiu definitivamente há cerca de quatro milhões de anos, com o aparecimento do agora famoso Australopithecíneo - os assim chamados hominídeos da África do Sul e Oriental - e culminou com a emergência do próprio *sapiens*, há apenas uns duzentos ou trezentos mil anos. Assim, como pelo menos formas elementares de atividade cultural ou, se desejarmos, protocultural (a feitura de ferramentas simples, a caça e assim por diante) parecem ter estado presentes entre alguns dos Australopithecíneos, há então uma superposição de mais de um milhão de anos entre o início da cultura e o aparecimento do homem como hoje o conhecemos. As datas precisas - que são apenas ten-

O argumento historicista desconhece a complexa integração entre natureza e cultura em função da qual a realidade humana se revela menos incompreensível – “l’homme est un être culturel par nature parce qu’il est un être naturel par culture”, diz Morin³¹.

A tese logicista parte do falso pressuposto de que a lógica formal é o instrumento adequado para explicar o complexo fenômeno de regulação da vida social. Se é certo que de uma proposição alética não se pode inferir um juízo deontico, não é possível desconhecer que a formação do direito não se relaciona com *inferências*, mas com *decisões*. Ortega Y Gasset expressou-o em nietzscheana sentença: “Cuando a lo que es se opone patéticamente lo que debe ser, recelemos siempre que trás éste se oculta un humano, demasiado humano ‘yo quiero’”³².

tativas e que pesquisas futuras podem alterar para mais ou menos - não são importantes; o que é importante é ter havido uma superposição, e ela ter sido muito extensa. As fases finais (finais até hoje, pelo menos) da história filogenética do homem tiveram lugar na mesma era geológica grandiosa - a chamada Era Glacial - das fases iniciais da sua história cultural. Os homens comemoram aniversários, mas o homem não. Isso significa que a cultura, em vez de ser acrescentada, por assim dizer, a um animal acabado ou virtualmente acabado, foi um ingrediente, e um ingrediente essencial, na produção desse mesmo animal” (grifou-se).

31 “Ainsi, ce ne sont pas seulement les débuts de l’humanisation, mais son achèvement, qui sont incompréhensibles si l’on dissocie évolution biologique et évolution culturelle comme deux cours distincts. Leur association de fait nous montre, d’une part que le rôle de l’évolution biologique est beaucoup plus grand qu’on ne le pensait dans le procès social et l’élaboration culturelle, mais, d’autre part, on voit aussi que le rôle de la culture, qui avait été inopporonné encore tout récemment, est capital pour la continuation de l’évolution biologique jusqu’à sapiens. Et lorsque apparaît homo sapiens neandertalensis, il y a peut-être cent mille ans, l’intégration est effective: l’homme est un être culturel par nature parce qu’il est un être naturel par culture.” (Op. cit., p.100)

32 Triptico, 3ª ed., p.97, apud N. SALDANHA, *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993, p. 09.

A perspectiva jusnaturalista, ao problematizar a obrigatoriedade da ordem vigente – e essa problematização significa uma tentativa de explicação e uma busca de fundamentos – descobre, a nortear a formação da norma, uma espécie de “lógica existencial”, como a que desenvolve Sérgio Cotta. Na origem do Sollen, diz o jurista italiano, não está uma outra norma tida por fundante, e sim um juízo axiológico: toda estatuição normativa é precedida de um juízo que afirma ser bom, justo, útil fazer isto e não aquilo. O juízo de valor, por sua vez, decorre de um juízo cognitivo acerca do ente humano a que se dirige e da adequação de determinado objeto às suas necessidades³³. A incomunicabilidade do ser e do *dever-ser*, no plano da experiência jurídica, não faz mais qualquer sentido: “all’origine del Sollen riaparte pertanto, tramite la complessa intermediazione del giudizio di valore e del valore, il Sein dell’ente uomo, comunque lo si intenda”³⁴.

A “lógica existencial” reconduz a natureza do homem, o seu ser, ao centro da explicação da organização da vida social. Não se trata aqui da natureza como conceito *a priori* tal como aparece em alguns escritos do jusnaturalismo racionalista, nem da noção

33 “Ma nel vissuto concreto dell’esperienza personale, ogni dovere viene assunto dall’io con riferimento, più o meno lucido, alla realtà di bisogni, il cui soddisfacimento è ritenuto essenziale al completamento di sé, al superamento della propria indigenza individuale. È questa realtà l’elemento etico su cui si fonda il senso soggettivo del dovere nella sua forza obbligatoria.” (COTTA, “Per un riasame delle nozioni di Jusnaturalismo e Diritto Naturale”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Roma: 45(4), ott./dic., 1988, p. 725).

34 COTTA, Sergio: “Diritto Naturale: ideale o vigente?”, *Rivista di Diritto Civile*, A. XXXV, n° 6, nov./dic. 1989, Padova, p. 646.

transcendente cultivada por recentes versões católicas do direito natural, mas da natureza como imanência, designando simplesmente aquilo que o homem é. Possibilita-se então que o direito seja conhecido, explicado e legitimado a partir de sua relação com a realidade humana.

A ética contemporânea – em grande parte laicizada, relativista e formalizante – parece a alguns desautorizar o esforço jusnaturalista de conhecer a norma (vigente ou idealizada) em função de alguma espécie de convicção antropológica. Aponta-se para o caráter maleável e ambíguo do conceito de natureza humana, que pode assumir diferentes contornos de acordo com as inclinações do jusnaturalista que a emprega, prestando-se assim a fundamentar ordens muito diversas e até mesmo antagônicas. Rejeita-se, muitas vezes em nome do relativismo e do culturalismo, a menção à natureza como critério objetivo de avaliação da ordem positiva.

De fato, a secularização da cultura, a que corresponde o espírito contemporâneo esvaziado de grandes fundamentos, desprovido de firmes convicções substanciais sobre a natureza humana, tem muito a ver com a crise do pensamento ético em geral, e do jurídico em particular. Mas é equivocado deduzir desse fato a impossibilidade de cultivar o ponto de vista jusnaturalista. Em primeiro lugar, é preciso considerar que um ceticismo (não-cognitivismo) ético absoluto é impensável, pois implicaria uma ruptura interna no sujeito, que por um lado decidiria sem conhecer, e por outro conheceria sem que isso influenciasse suas próprias decisões (o argumento é de Cotta³⁵). Em segundo lugar, as exigências da vida não

35 Idem. Ibidem.

deixam de nortear a regulação da vida social pelo fato de muitas vezes não se saber ao certo em que consistem. Da dúvida sobre *o que* o homem é não se pode deduzir que ele não *seja*. Ao contrário, o ser do homem é o pressuposto daquela dúvida.³⁶

O ponto de vista jusnaturalista busca uma legitimação por assim dizer “heterônoma” da ordem posta, que não se justifica em função de si própria, mas em conexão com os problemas éticos nela implicados, com a realidade que a informa e à qual se dirige.³⁷ Aliás, a referência à realidade humana como recurso legitimador não é inteiramente abandonada pelos operadores do direito nos tempos atuais, apesar das convicções filosóficas que professam ou inconscientemente reproduzem³⁸.

36 Idéia semelhante expressa Welsel: “E come il dubbio se una singola tesi sia vera non può e non deve mai portare a negar la verità stessa, poichè essa è il presupposto per presentare in generale una tesi come una proposizione provvista di senso, così il dubbio se il singolo progetto sociale sia giusto non può mai indurre a porre in dubbio la giustizia stessa, poichè questa è il presupposto, per ordinare sensatamente la vita sociale.” (op. cit., p. 381).

37 Sobre a relação entre realidade e norma, bem no sentido do texto, embora em perspectiva que não se define como jusnaturalista, ver ESSER, J. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961, p. 10: “Así en todas las culturas jurídicas se repite el mismo ciclo: descubrimiento de problemas, formación de principios y articulación de un sistema”.

38 Ver a propósito CASTRO JR., Torquato da Silva. *O Direito Natural Aristotélico Como “Tópos” Legitimador*, dissertação de mestrado. Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 1995, p. 111-113. A explicação do caráter irrenunciável do ponto de vista jusnaturalista, mesmo em ambiências que lhe declaram hostilidade, por certo se relaciona com o que Castro Jr. considera “a principal função da linguagem realista: lançar certos argumentos a um nível superior, marcado principalmente pela **objetividade** de seu conteúdo. Tal contato direto com a **verdade das coisas** é o maior privilégio que um discurso pode pretender. É estar carregado com uma verdade válida para todos e não só para o sujeito que manifesta uma opinião ou a sua vontade.” (op. cit., p. 95).

Ainda que não se ouse atribuir ao jusnaturalismo a função precípua de indicar com precisão as soluções a serem positivadas, restará ao enfoque jusnaturalista a função, essencialmente hermenêutica, de compreender integradamente a realidade do direito, reconduzindo o conhecimento jurídico à dignidade teórica perdida desde o momento em que renunciou a explicar a ordem posta como expressão da relação do homem com as exigências profundas da vida.

Bibliografia

- AGUILA, Yann. *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*. Paris, L.G.D.J., 1993.
- ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea, Política*. In: **Obras**. Trad. de Francisco Saramanch. Madrid: Aguilar, 1982 (reimp. 1986).
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994 (reimp.).
- CASTRO JR., Torquato da Silva. *O Direito Natural Aristotélico Como "Tópos" Legitimador*. Dissertação de Mestrado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1995.
- COTTA, Sergio. "Per un riesame delle nozioni di Giusnaturalismo e Diritto Naturale". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, (4), ott./dic. 1988.
- COTTA, Sergio. "Diritto naturale: ideale o vigente?". *Rivista di Diritto Civile*, Roma, A. XXXV, n.6, nov./dic., 1989.
- ESSER, J. *Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.
- FASSÒ, Guido. *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*. Bologna: Il Mulino, 1988.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1994.
- GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1989.

- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2ª edição completada, reelaborada e ampliada. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1960 (reimp. 1992).
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo, Saraiva, 1990.
- MORIN, Edgar. *Le paradigme perdu: la nature humaine*. Paris: Éditions du Seuil, 1973.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Also sprach Zarathustra. Ein Buch für alle und keinen*. Goldmann Verlag, 9ª edição, 1990, p.12, grifou-se).
- NIETZSCHE, Friedrich. *La genealogía de la moral*. Trad. Andrés Sánchez Pascual. Alianza Editorial. Madrid, 1ª ed. 1972, 10ª reimp. 1987.
- PEREIRA, Aloysio Ferraz. *História da Filosofia do Direito – Das Origens a Aristóteles*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Costituzioni Straniere Contemporanee*. Vol.I Milano, Giuffrè Editore, 1994.
- SALDANHA, Nelson Nogueira. *Teoria do Direito e Crítica Histórica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.
- SALDANHA, Nelson Nogueira. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- SÉRIAUX, Alain. *Le Droit Naturel*. Paris, Presses Universitaires de France, 1993.
- STARCK, Christian. *La Constitution – cadre et mesure du Droit*. Aix-en-Provence/Paris: Presses Universitaires d'Aix-Marseille/Economica, 1994.
- VILLEY, Michel. *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Librairie Dalloz, 1957.
- WELZEL, Hans. *Diritto Naturale e giustizia materiale*. A cura di Giuseppe de Stefano. Milano: Giuffrè, 1965.

OS PRINCÍPIOS E O DIREITO

Hélio Silvío Ourem Campos

Professor da Escola Superior da Magistratura/PE, Professor da Universidade Católica de Pernambuco, Colaborador do "BUREAU" Jurídico, Juiz Federal/PE, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Delegado eleito pela Seção Judiciária do Estado de Pernambuco na AJUFE - Associação Nacional dos Juizes Federais (1996). Ex-Procurador Judicial do Município do Recife. Ex-Consultor e Procurador do Estado de Pernambuco. Ex-Assessor do Corregedor Geral da Justiça do Estado de Pernambuco (1992-1993). Ex-Assessor do Relator da Comissão de Sistematização da Constituição do Estado de Pernambuco/89. Ex-Membro da Comissão de Sistematização Legislativa - Estado de Pernambuco (1989/1990). Aprovado em Concurso Público para Procurador do INCRA.

Recentemente foi realizado, no Estado de Pernambuco, um grande Congresso Internacional sobre Direito Administrativo, Constitucional, Tributário e Teoria Geral; isto com a participação de Juristas de todo o mundo, particularmente dos vários Estados do Brasil, da Alemanha, da Itália e dos Estados Unidos da América do Norte.

Nele, muito foi dito sobre os princípios orientadores da aplicação do Direito.

E é exatamente sobre este assunto que escrevo mais adiante.

Tenho comigo que, em havendo uma ciência jurídica, ela precisa ser uma ciência prática.¹ Os antigos romanos tinham consciência disso, e foram os seus fundadores. Mais: com o seu Direito conseguiram construir uma das mais instigantes e poderosas civilizações.

1 Ver ENGISCH, Karl, Introdução ao Pensamento Jurídico. Trad. J. Baptista Machado. 6 ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, ps. 13 e 19.

É verdade que uma Jurisprudência verdadeiramente prática não se limita a questões dessa ordem. Por isso, penso que, mesmo devendo ser prática, não se deve ater simplesmente a esse ponto de vista.

A sua dinamicidade implica pois as seguintes constatações:

- a) a prática diária constrói e reconstrói raciocínios e interpretações. Quem, em seu dia a dia, ou após um longo tempo, não passou por essa experiência?
- b) o homem médio sabe que o conhecimento teórico amplia os seus horizontes, as suas perspectivas, e também é capaz de modificá-lo por dentro e alterar-lhe as ações.

Dito isto, reproduzo parte de um artigo que escrevi quando ainda cursava o Mestrado na Faculdade de Direito do Recife, nos idos de 1992². Naquela época, ainda estavam em mim, muito presentes, os constantes argumentos de escape ao Texto Constitucional/88, pois se afirmava que quase tudo nele encontrado continuava a depender de regulamentação e, por conseguinte, não passava de um mero discurso político.

É o teor do meu artigo:

“Sendo a Constituição, marcadamente, um Estatuto jurídico do político, dá-se a penetração no plano jurídico de valores que se transformam em princípios, e que, de certo modo, denotam uma aspiração popular exteriorizada (Estado Democrático de Direito), embora a sua concreção possa não coincidir com a vontade da maioria.”

No trabalho do intérprete, a isto se pondere sem que se leve a jurisprudência a constituir mosaico de várias cores, pois é necessário um mínimo de segurança.

² Nesta época, ainda não era Juiz, mas Procurador do Estado de Pernambuco.

Assim, o arco da generalidade da norma constitucional deve servir ao atualismo, e não a um historicismo decadente, não se esquecendo, portanto, do controle razoável do que ocorre nas ruas.

Sendo a linguagem diretiva a que mais importa ao Jurista, não cabe um sono profundo quanto à realidade. Sono profundo é morte e lidamos com *a mais viva de todas as ciências*.

Daí, podermos afirmar que a verdadeira obediência aos princípios jurídicos depende do grau de amadurecimento social.

Com essas reflexões, afirmo existirem três fatores que, fortemente (e às vezes inconscientemente), condicionam a interpretação de uma norma, inclusive a constitucional:

1. a mensagem ideológica da norma;
2. a cultura jurídica e a crença política, filosófica e religiosa. Acrescento, aqui, a inserção sócio-econômica do intérprete, mais outros elementos que integram a sua personalidade;
3. a pressão social em seu âmbito externo.

Nesse contexto, são os princípios fortes fatores de agregação.³

Não apenas os princípios que vêm expostos em expresso pelo legislador, mas também aqueles que podem ser extraídos do sistema.

³ Aristóteles precisou vários significados para o termo princípio, a saber: ponto de partida do movimento de uma coisa; o melhor ponto de partida; o elemento primeiro e imanente da geração etc. (Ver MORA, José Ferrater. Dicionário de Filosofia. Trans.: António José Massano e Manuel J. Palmeirim. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1991, ps. 322-3)

Disso se pode inferir estar implícito no sistema que a concepção de uma lei dá-se em função de uma necessidade e decorrente da utilidade, levando-se em conta períodos que se podiam prever, havendo uma verdadeira tensão entre o caráter jurídico e as lutas políticas.

Logo, a manutenção de um ordenamento jurídico não permite pensar que o sistema seja composto exclusivamente por *regras*, pois são os princípios que lhes conferem um mínimo de coesão.

Uma das classificações propostas para os princípios é aquela propugnada por CANOTILHO perante a Constituição portuguesa⁴. Por ela, os princípios classificam-se em:

I. *princípios jurídicos fundamentais*: seriam aqueles "historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica geral e que encontram recepção expressa ou implícita no Texto Constitucional";

II. *princípios políticos, constitucionalmente conformadores*: seriam os que "explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte";

III. *princípios constitucionais impositivos*: seriam aqueles nos quais "se subsumem todos os princípios que no âmbito da Constituição dirigente⁵ impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas";

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3 ed., Coimbra, Almedina, 1983, ps. 200-3.

5 Não cabe para a Constituição o isolamento no mundo lógico. É preciso que ela seja efetiva. A proclamada natureza prognóstica das normas constitucionais termina por esconder uma reação às suas conquistas. O direito é feito para o presente e para o futuro, e não como um culto ao passado imutável ("vontade do legislador"). Não cabe aos mortos o governo dos vivos.

IV. *princípios-garantia*: aqui, seriam incluídos "outros princípios que visam a instituir direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos", sendo-lhes "atribuída a densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante positiva e negativa". São os ditos "princípios em forma de norma jurídica".

Feitas as observações de CANOTILHO, considero que seja este o momento em que devo propor a distinção entre os princípios gerais do direito e os princípios jurídicos investidos em regras jurídicas.⁶

Adotando aqui o pensamento de ANTOINE JEAMMAUD⁷, afirmo que aos princípios jurídicos investidos em regras jurídicas não cabe a valoração em verdadeiros e ou falsos, mas em vigentes e ou eficazes, ou não vigentes e ou não eficazes. Esta é a linguagem do direito. Ou seja, no plano da linguagem diretiva, formulada, visando a influir em comportamento alheio,

6 A expressão *regra jurídica* foi aqui utilizada em sentido diverso do empregado por Kelsen, para quem regra jurídica é proposição descritiva, própria, portanto, à Ciência do Direito. Entendo: a) se a norma é jurídica é prescritiva esse raciocínio aplica-se, inclusive, às normas constitucionais; b) todas as normas constitucionais são jurídicas, e, portanto, prescritivas; c) a referência feita aos princípios gerais do direito, na Lei de Introdução ao Código Civil, em nada autoriza compreender que as normas constitucionais estejam inseridas nesta categoria. Afinal, a Lei de Introdução ao Código Civil é que deve ser interpretada de acordo com a Constituição, e não o inverso. Mais: conforme o art. 4, da Lei de Introdução, apenas devem ser aplicados os princípios gerais na hipótese de omissão legal. Admitir que a Constituição esteja preenchida por princípios gerais é o mesmo que afirmar que só se deve aplicá-la se não houver lei que disponha contrariamente a ela, o que constitui um absurdo.

7 JEAMMAUD, Antoine. *Les principes dans le Droit français du Travail. Droit Social* n. 9/10, set-out, 1982, p. 618.

não faz sentido predicar verdade ou falsidade. Da diretiva diz-se ser justa ou não; conveniente ou não; eficaz ou não, descomportando juízo de verdade.

O mesmo não ocorre com os princípios gerais do direito, pois contendo proposições descritivas (não prescritivas) pertencem ao mundo do que é ou não verdadeiro; ou melhor, plausível. Esta é a linguagem da Ciência do Direito. Deles, no direito nacional, faz-se referência no art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Dec. nº. 4657/42).

E não é sem importância o comentário de um consagrado jurista brasileiro sobre a natureza dessa lei: "Da natureza da Lei de Introdução, resulta que as regras contidas nesta Lei não são peculiares ao Código Civil, aplicando-se, antes a todas as leis, quaisquer que sejam, como as penais, as comerciais, as fiscais, as processuais etc. (...) Pouco importa estar ela colocada como Introdução ao Código Civil, o que se encontra justificativa, como já foi explicado pelos mestres, no facto do Código Civil constituir a parte mais importante de nossa legislação."⁸

Talvez, este seja um dos motivos pelos quais as Faculdades de Direito, em todo o País, dediquem tantos créditos ao Direito Civil e tão poucos ao Direito Constitucional; isto quando este último simplesmente não é confundido com Teoria Geral do Estado ou Ciência Política.

Penso ser esta uma das causas justificadoras da inabitualidade de se observar os princípios jurídicos e, sobretudo, os constitucionais. Vê-se a Constituição

8 SANTOS, J. M. de Carvalho. Código Civil Brasileiro Interpretado-Introdução e Parte Geral (arts. 1-42). Metrópole Editora, 1936, 1ª vol., p. 12.

como um mero programa de observação discutível. Daí, o profundo equívoco de que a Constituição estaria "recheada" de princípios gerais, que nada prescrevem.

Enfim, aqueles que defendem a natureza meramente programática dos princípios não se encontram em posição de neutralidade, mas estão forçando uma compreensão contrária àquela de que a linguagem do direito é de natureza prescritiva.

Passados quatro anos, e já agora como membro do Poder Judiciário, considero que ao Supremo Tribunal Federal cabe uma parcela profundamente importante no sentido de se conferir relevância ao Direito, transformando a Constituição de um mero programa em norma de real controle do Poder. Neste contexto, e diante do Poder Reformador já exercido e a se exercer, caberá ao Órgão máximo firmar os limites de inalterabilidade do Texto (art. 60, § 4º, CF/88), particularmente no que diz respeito aos direitos e às garantias conquistados pelos indivíduos e pela coletividade em geral.

UM CONGRESSO EM HOMENAGEM A GERALDO ATALIBA

Hálio Sílvio Ourem Campos

Professor da Escola Superior da Magistratura/PE. Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Colaborador do "Bureau" Jurídico, Juiz Federal/PE. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Delegado eleito pela Seção Judiciária de Pernambuco na AJUFE - Associação Nacional dos Juizes Federais (1995). Ex-Procurador Judicial do Município do Recife. Ex-Consultor e Procurador do Estado de Pernambuco. Ex-Assessor do Corregedor Geral da Justiça do Estado de Pernambuco (1992-1993). Ex-Assessor do Relator da Comissão de Sistematização Legislativa - Estado de Pernambuco (1989-1990). Aprovado em Concurso Público para Procurador do INCRA.

Entre os dias 23 e 25 de outubro, o Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial - IDEPE realizou o X Congresso Brasileiro de Direito Tributário em São Paulo.

Ficou por conta de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO a primeira homenagem ao amigo de infância GERALDO ATALIBA.

Disse ele que um antigo provérbio afirmava: "uma montanha precisa ser vista de longe para dela se ter a sua exata dimensão". Porém, no caso do Jurista GERALDO ATALIBA, mesmo visto de perto, por aqueles que com ele conviveram, continuava imenso em seu vigor e paixão intelectual, além de crescer ainda mais dado o seu lado humano e solidário. Ressalvou ter o seu amigo encontrado no Direito Tributário um ramo do Direito Administrativo, e preferia ser reconhecido como um constitucionalista; pois impen-sável, no Brasil, que possui um sistema tributário constitucional analítico, reduzir a importância da

Constituição para a interpretação segura das normas tributárias.

Na homenagem, compareceram três Ministros do Supremo Tribunal Federal. Foram eles: SEPÚLVEDA PERTENCE, atual Presidente, FRANCISCO REZEK e CARLOS MÁRIO DA SILVA VELOSO, por conta de quem ficou a Conferência de encerramento.

Também estavam presentes, dentre vários outros Juristas consagrados, o Prof^o da Universidade de Barcelona, FERREIRO LAPATZA; o Prof^o PAULO DE BARROS CARVALHO e o atual Diretor da Faculdade de Direito do Recife, o Prof^o SOUTO MAIOR BORGES, que proferiu excelente Palestra sobre os Tratados na ótica do Direito Comunitário, ressaltando que, inexistindo casos onde os Tratados viessem a ser firmados apenas para atingir interesses meramente locais, seria possível admitir que a República Federativa do Brasil, devidamente representada pelo Presidente ou plenipotenciário, firmasse Tratados envolvendo tributos estaduais e municipais, a despeito do previsto no art. 151, inc. III, CF/88. Entre outros motivos, por que é preciso distinguir a vedação à União Federal (consagrando a isonomia no direito interno), com a ausência de qualquer restrição contida no art. 49, inc. I e art. 84, inc. VIII, ambos da Constituição da República. Além de não se estipular nenhum limite na parte final do § 2^o, art. 5^o. Enfim, defendeu que a incorporação de um Tratado ao direito interno dá-se antes mesmo da emissão do Decreto-Legislativo (art. 49, inc. I, CF/88), pois, no momento em que o Ato é firmado, já se abre a competência da Casa Legislativa. Quanto ao art. 98, do Código Tributário Nacional asseverou-lhe a

categoria de norma incompleta, não servindo, portanto, de obstáculo à sua conclusão.

Em seguida, procurarei resumir, de acordo com o que consegui extrair das Palestras, alguns dos Temas mais importantes que foram levantados.

1. O Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE deu-nos notícias de que a importante Emenda de 1926, (ampliou os poderes do Executivo federal, podendo-se intervir mais profundamente nos Estados), chegou a ser submetida ao crivo de constitucionalidade do STF, sendo analisada formal e materialmente. De ordem que não era novidade o mesmo fato se reproduzir quando da Emenda n^o 02 (plebiscito sobre a forma e o sistema de governo) e n^o 03 (IPMF), o STF ressaltou a inconstitucionalidade desta Emenda no que atine à imunidade recíproca e à anterioridade).

Da sua Palestra, também pode-se dizer que, embora defenda-se a necessidade de atuação do STF toda vez que se aponte violação ou ameaça de afronta a direito subjetivo, rechaçando-se, assim, a tese dos atos "**interna corporis**" e meramente políticos, é necessário que sejam firmados limites, de modo que o mais Alto Pretório não se transforme em uma Câmara de Revisão Ordinária do processo legislativo, pois isto poderia vir em desproveito do Estado Democrático.

Eis o dilema: evitar o judicialismo, sem prejuízo do respeito aos direitos subjetivos e do pleno acesso à Justiça (art. 5^o, inc. XXXV).

2. O Ministro FRANCISCO REZEK fez argutas observações sobre o chamado Direito Alternativo, apontando os perigos que ele poderia provocar. Afinal, se outras categorias (inclusive as Forças Armadas) partissem para o entendimento do abandono do direito

legislado, as conseqüências seriam profundas. Ressaltou, também, que, ao contrário do que se poderia imaginar, grande parte dos problemas jurídicos que atualmente assolam o Poder Judiciário, inclusive o STF, não são aqueles provenientes dos leigos, mas os decorrentes de técnicos, que, em princípio, e dado o conhecimento da técnica jurídica que possuem, deveriam chegar por si sós a um consenso.

Referiu-se, também, ao que chamou de Constituição patrícia (Os patrícios eram os aristocratas proprietários de terras na antiga Roma - formavam a camada social dominante), admitindo que a atual Constituição brasileira por vezes dá margens a contra-argumentos que inviabilizam algumas das aparentes conquistas da camada social mais desfavorecida.

Como era esperado, fez referência à Convenção nº 158, da OIT (despedida apenas mediante justa causa), dizendo que, no caso, o STF deparava-se com um questão inédita: em sua ótica não se trata de análise da inconstitucionalidade formal ou material, mas de se perquirir sobre a propriedade da categoria normativa empregada, pois a Constituição Federal exige para o assunto a via da Lei Complementar (art. 7º, inc. I, CF/88).

Salientou, ainda, mais dois outros casos concretos, a saber: a) a impossibilidade da incidência do ICMS sobre a atividade de transporte aéreo¹, dada a ausência de previsão legal, que não poderia ser suprida por um ato tomado por pessoas demissíveis "ad nutum" (Secretários

1 Vide Lei Complementar nº 87/13.09.96 (Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências).

de Estado), violando-se com isto o princípio da representação (democracia representativa - art. 1º, Par. Único); b) a sua discordância de se encontrar, na alienação fiduciária em garantia, a figura do depositário infiel, permitindo-se a sua prisão civil; pois destaca que a verdadeira intenção do credor, neste tipo de operação, não é certamente a de ter de volta o bem havido indevidamente como depositado.

3. O Profº PAULO DE BARROS CARVALHO enfatizou que o texto legal escrito contém enunciados que se agrupam compondo as normas jurídicas. Toda norma jurídica é implícita, sendo, por isto, inadequado falar-se em norma implícita, já que toda norma assim o é. Enfim, quando alguém se refere à norma implícita, não quer dizer senão enunciado implícito. Note-se que a composição de enunciados permite a construção de várias normas, sendo uma questão de natureza política a escolha do significado aplicável.

Aproveitando este raciocínio, a Profº MISABEL DERZI analisou o princípio da irretroatividade, que possui o seguinte enunciado constitucional: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" (art. 5º, inc. XXXVI, CF/88). Disse ela que a irretroatividade não consistia apenas em não se aplicar a lei nova ao fato antigo, mas também em não se aplicar o novo entendimento da lei antiga a um fato que o precede e apresenta-se ao intérprete, se por acaso isto venha implicar prejuízo para o cidadão. Tudo em nome da segurança das relações.

4. O Profº FERREIRO LAPATZA destacou a importância das chamadas fontes materiais do direito, contra as quais muito se tem dito. Diz ele que, em última análise, as mesmas se localizam na soberania popular, que

é algo de contextualização metajurídica, mas que não pode ser relegada na construção do direito concreto.

Sobre o Judiciário espanhol, afirma que, em matéria tributária, grande é a influência dos Pareceres Administrativos; até mesmo porquanto considera que, dado o caráter às vezes intrincado desta matéria, alguns Juízes demonstram-se por ela desinteressados, ou mesmo são tentados a partir para a construção de uma Justiça afastada dos textos legislativos, o que implica mais um incentivo às transações e às arbitragens.

Enfim, bastante ainda poderia ser dito sobre o Congresso, pois muito se falou sobre o ICMS, o MERCOSUL, os perigos dos monopólios internacionais privados etc. .

No entanto, em proveito da brevidade, mais não deixo registrado senão para afirmar que GERALDO ATALIBA inegavelmente influenciou na formação jurídica que venho tendo até agora, e certamente continuará influenciando em mim e em todos aqueles que admiram a inquietude intelectual de um homem marcante e inteligente.

LIMITAÇÕES LEGAIS À AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA¹

Hugo Cavalcanti Melo Filho

Juiz do Trabalho e Professor da Escola Superior da Magistratura

SUMÁRIO

I – Introdução. II – Histórico. III – Situação atual. IV – Óbices constitucionais e legais à flexibilização. V – Considerações finais

I – Introdução

A desregulamentação do Direito do Trabalho vem ocupando cada vez mais espaço nos noticiários e vem sendo tema de acalorados debates jurídicos. Quando o assunto é teoria da flexibilização não há lugar para a concórdia. Há os que a defendem com convicção e os que a rechaçam por completo.

Trata-se, todavia, de uma realidade inafastável, sendo do conhecimento de todos as iniciativas que já vêm sendo tomadas no Brasil, aqui e ali, por interlocutores sociais que, cansados de esperar pela desregulamentação prometida pelo governo e ainda não esboçada, procuram solucionar os seus conflitos autonomamente.

Aqui nos ocuparemos em apreciar os óbices existentes na dogmática do direito do trabalho brasileiro

1 Trabalho apresentado no V Encontro Regional dos Magistrados do Trabalho da 6ª Região, em Recife, março de 1996.

à autonomia privada coletiva. Em investigar se o direito do trabalho pode abrir espaço para a flexibilização das estruturas normativas existentes, no intuito de atribuir-lhes maior eficácia.

II - Histórico

O Direito do Trabalho surgiu em contraposição ao sistema jurídico individualista inaugurado pela Revolução Francesa de 1789, com as desigualdades criadas pelo liberalismo econômico que proclamava a liberdade meramente formal.

A igualdade jurídica material somente poderia ser alcançada mediante a instituição de desigualdades jurídicas, com a edição de leis setoriais que levassem em conta as diferenças dos grupos sociais, as desigualdades econômicas.

Origina-se, então, o Direito do Trabalho do intervencionismo estatal, passando as relações trabalhistas a serem tuteladas mediante normas de ordem pública.

No Brasil as constituições, desde o Império, "inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, confunde-se com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e a sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos"².

Como o direito pode amparar e extinguir as desigualdades econômicas que produz, distinguindo, "na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades"³, o

legislador pátrio editou normas trabalhistas com natureza de normas de ordem pública, de que são exemplo os artigos 9º e 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, que eivam de nulidade atos que arrostem os seus preceitos e submetem a autonomia da vontade dos interlocutores sociais às disposições de proteção ao trabalho.

III - Situação atual

Assistimos hoje ao ressurgimento, em nível mundial, do liberalismo, ao tempo que experimentamos um crescimento econômico sem precedentes, embora sem reflexos sociais positivos.

O liberalismo ressurgido, ou neoliberalismo, busca, a todo custo, a eficácia econômica, e tem provocado profundas mutações que estão a exigir o ajuste das normas laborais à nova realidade tecnológica e econômica, através de um conjunto de instrumentos de política social a que se tem denominado flexibilização.

O Professor Américo Plá Rodrigues vê como fatores da flexibilização a crise econômica e as transformações tecnológicas, decorrentes de fatos políticos que vão desde a passagem do poder político para partidos conservadores ao enfraquecimento dos sindicatos.⁴

São apontados na doutrina como fatores da flexibilização a competição econômica internacional, o ritmo das mudanças tecnológicas, a pressão do desemprego sobre o mercado de trabalho e a formação de crescente economia informal.⁵

2 Cf. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Malheiros, 9ª ed., p. 196.

3 Cf. Seabra Fagundes, apud José Afonso da Silva, ob. cit., p. 197.

4 Cf. "Enfoque sobre la flexibilización", apud Luiz Carlos Amorim Robortella, O Moderno Direito do Trabalho, São Paulo, LTR, 1994, p. 99.

5 Cf. Arturo Hoyos, *ibidem*, p. 98.

Sem dúvida, dentre todos os fatores sobressaem o desemprego e o subemprego, na medida em que a flexibilização pode contribuir, segundo os seus defensores, para aumentar o nível dos empregos e fazer emergir muitas atividades ora submersas na informalidade econômica.

No Brasil, ao lado da enorme massa de desempregados, encontramos metade da população ativa ingressa na economia informal, que hoje representa, segundo o Prof. Luiz Carlos Robortella, 30% do PIB⁶. Instaurou-se a flexibilização informal, que corresponde ao simples descumprimento da lei e é a pior forma de flexibilização.

Não se pode deixar de considerar que "em um país com 40% de trabalhadores com emprego formal, a regulamentação protege a essa massa mas deixa de fora uma massa maior. O núcleo de protegidos é cada vez menor, enquanto a periferia indefesa cresce incessantemente"⁷. Verifica-se a hiperproteção do assalariado em contraste com o descuido para com o desempregado ou subempregado. Estaria sendo o Direito do Trabalho, então, um direito de elite.

Para os propugnadores da flexibilização é o intervencionismo estatal que dificulta a solução dos problemas da política de emprego, por estabelecer uma rigidez normativa que contrasta com a mobilidade econômica, impondo-se a adoção de técnicas flexibilizadoras.

As mais freqüentes medidas estão relacionadas à contratação temporária e à despedida por motivos econômicos, negociada pelos interlocutores sociais mediante autocomposição, como formas de redução dos níveis de desemprego.

6 Cf. Luiz Carlos Amorin Robortella, *ibidem*, p. 102.

7 *idem*, *ibidem*, p. 103, nota de rodapé 196.

Aqui convém ressaltar que a flexibilização promovida em países da Europa não produziu melhoria no nível de emprego e ainda levou a uma generalizada diminuição dos níveis salariais, além de provocar o avanço de formas de emprego precário (contratos atípicos).

Em nosso país, o Ministério do Trabalho anunciou, há algum tempo a intenção de proceder à ampla reforma no ordenamento trabalhista, dando início às discussões acerca do tema. Nenhuma providência concreta foi adotada, até aqui, embora se saiba que se pretende flexibilizar as relações de trabalho para ensejar a redução do custo da mão-de-obra.

Trabalhadores e empresários de São Paulo adiantaram-se e assinaram, em fevereiro do corrente ano, em São Paulo, um acordo coletivo criando o contrato especial de trabalho.

A justificativa dada pela classe empresarial para as alterações promovidas centra-se no chamado custo Brasil. Consideram os empresários que os encargos sociais são excessivamente altos e que a sua redução aumentaria a competitividade e a geração de empregos. Sabe-se, todavia, que a redução dos custos pela economia com direitos sociais é bem menor do que se pensa. Não se pode negar que os encargos no Brasil são altos, mas os salários são baixíssimos, o que resulta num custo total de 8 (oito) dólares por hora, para cada empregado. Diga-se que tal custo é de 17 (dezessete) dólares na França e de 28 (vinte e oito) dólares na Alemanha.

Merecem destaque os seguintes termos do acordo: os empresários podem contratar de 10% a 25% de sua mão-de-obra sem assinar carteira de trabalho, por

períodos de três meses a dois anos e jornada flexível de quatro a oito horas diárias. O FGTS é trocado por um depósito de 10% numa caderneta de poupança, que pode ser sacado pelo trabalhador a cada três meses. No fim do contrato, ou em caso de demissão, não há mais a multa de 40%. Os patrões deixam ainda de recolher os 20% sobre a folha para a Previdência e passam a contribuir com alíquota igual à do trabalhador. Também não pagarão as contribuições para o SEBRAE, o salário-educação e o INCRA.

Sabe-se que o acordo foi recebido com simpatia pelo governo. Diga-se, por oportuno, que entre as mudanças que o Ministério do Trabalho pretende implantar na legislação trabalhista está a flexibilização da licença-gestante, da licença-paternidade, da remuneração do salário noturno. Entretanto, assim como as alterações pretendidas pelo governo, as condições do acordo violam flagrantemente normas constitucionais.

IV – Dos óbices constitucionais e legais à flexibilização

Ocorre que, no Brasil, desregulamentação do Direito do Trabalho importa, necessariamente, em desconstitucionalização do Direito do Trabalho. Sim, porque vários institutos de Direito do Trabalho foram alçados ao texto da Constituição, inclusive os que se situariam melhor no plano infraconstitucional ou no âmbito dos acordos e convenções coletivas.

Com efeito, o artigo 7º da Constituição de 1988 foi pródigo na distribuição de direitos. Pouco se preocupou o legislador constituinte com a adequação das normas à realidade econômico-social, ao estatuir,

apenas nos incisos VI, XIII e XIV, que, respectivamente, a redução de salários, a redução e compensação da jornada de trabalho e a prorrogação da jornada máxima de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento processem-se mediante acordo ou convenção coletiva.

Excetuadas estas possibilidades de alteração, a flexibilização da relação de emprego no Brasil terá que passar, necessariamente, por alterações no nível constitucional⁸.

Remanesceria, então, inócuo o acordo comentado, fadado à nulificação pelos Tribunais do Trabalho.

Em contraposição a tal entendimento, juristas da envergadura do Professor Otávio Bueno Magano⁹ entendem que se a Constituição admite alterações *in pejus* relacionadas com salários, que constituem o item mais importante dos direitos trabalhistas, há de ser igualmente possível a redução de benefícios inferiores.

Temos, entretanto, que nesse ponto pretendeu o constituinte ser taxativo, de modo que estaria afastada a possibilidade de interpretação mais abrangente dos preceptivos em questão.

No plano infraconstitucional encontramos, nos já referidos artigos 9º e 444, e ainda no 468, da Consolidação das Leis do Trabalho, limitações à autonomia privada.

A teoria da flexibilização, todavia, propõe uma inédita distinção entre normas de ordem pública

⁸ Aqui nos deparamos com uma questão polêmica: a abolição de direitos sociais pela via da Emenda, tendo em vista a robusta corrente doutrinária tendente a considerar os direitos sociais como direitos individuais e, nesta condição, imutáveis por tal via (artigo 60, § 4º, C.F.).

⁹ Cf. "O Direito do Trabalho e a Ordem Pública", Revista LTr 59-12/1600.

absoluta e normas políticas, de ordem pública relativa, as quais, uma vez criadas, podem ser renunciadas por seus destinatários, mediante convenção ou acordo coletivos.

Segundo os seus defensores, seriam de ordem pública absoluta apenas as regras sobre insalubridade e periculosidade, sobre duração do trabalho e as de proteção ao trabalho do menor. As demais "ficariam sujeitas à perda ou diminuição de eficácia, em decorrência de convenção ou acordo coletivo, o que abriria caminhos para a flexibilização, sem a intervenção dos órgãos legiferantes estatais, mas pela atuação dos próprios parceiros sociais"¹⁰.

Na esteira de tal entendimento o Ministro do Trabalho baixou a Portaria nº 865, em 14.9.95, determinando que os Fiscais do Trabalho não deverão autuar as empresas que estiverem descumprindo a legislação trabalhista se a prática de ato que configure infração à lei estiver autorizada em cláusula de acordo coletivo.

V – Considerações finais

Pensamos que a flexibilização à custa da restauração do princípio liberal da autonomia da vontade, com a total desregulamentação do Direito do Trabalho, significará um golpe fatal nas conquistas dos trabalhadores, feitas ao longo de várias décadas.

Embora com menos reflexos negativos no âmbito das categorias profissionais estruturadas em um sindicalismo vigoroso, sujeitará as categorias profissionais menos favorecidas, sem dúvida, à vontade do economicamente mais forte.

10 Cf. Octavio Bueno Magano, *ibidem*

Considerando, ainda assim, que a complexidade das relações de trabalho está a exigir providências simplificadoras na busca da solução dos conflitos, entendemos inevitável uma reformulação do modelo de relações trabalhistas, em que se leve em conta o diferente estágio do desenvolvimento das entidades sindicais e a diversidade de níveis da prática negocial pelos interlocutores sociais.

Destarte, ao Estado cumpriria fixar o núcleo de proteção ao trabalhador, mediante normas de ordem pública indisponíveis, necessariamente pela via legislativa. Paralelamente, normas dispositivas, também editadas pelo Estado, conviveriam com normas autônomas, resultado do entendimento direto das partes, tanto no plano coletivo quanto no individual. Aquelas somente operariam quando estas fossem silentes ou inexistentes para dada categoria profissional, porque admitiriam disciplinamento autônomo distinto, preferencial.¹¹

O modelo de relações de trabalho assim estruturado harmonizaria a interferência legislativa com a ampliação da esfera de ação da negociação coletiva, preservando as garantias das categorias ainda sem o suficiente respaldo sindical.

11 Cf. João de Lima Teixeira Filho, "Intervenção Legislativa e Negociação Coletiva", *Revista Synthésis*, 21/95, p.154.

SERVIDOR PÚBLICO, APOSENTADORIA E DIREITO ADQUIRIDO¹

Ivo Dantas

Professor Titular de Direito Constitucional – Faculdade de Direito do Recife – UFPE (Doutorado, Mestrado e Graduação). Doutor em Direito Constitucional – UFMG. Livre Docente em Direito Constitucional – UERJ. Professor da Universidade Federal do Pará – Mestrado. Professor da Universidade Federal de Alagoas – Mestrado. Juiz Federal do Trabalho (aposentado). Membro da Associação Brasileira dos Constitucionalistas – Instituto PIMENTA BUENO. Membro do Instituto dos Advogados de Pernambuco. Advogado.

No atual momento em que vive o Brasil, especialmente o Servidor Público, um problema tem gerado inquietações, sobretudo, em razão de uma verdadeira *orquestração* patrocinada pela mídia. Enunciemo-lo: *embora emplementados os requisitos necessários à aposentadoria, mas não tendo sido requerida, poderia a vigência de uma nova Lei restringi-lo?*

Observa CARLOS MAXIMILIANO, em seu já citado livro *Direito Intertemporal*²:

“chama-se *adquirido* o direito que se constitui regular definitivamente e a cujo respeito completaram-se os requisitos legais para, de fato, integrar o patrimônio do respectivo titular, quer tenha sido feito valer, quer não, antes de advir norma posterior em contrário”.

1 Extraído do livro *Direito Adquirido, Segunda Constitucional e Controle da Constitucionalidade*, Ed. Lumen Juris, Rio, 1997.

2 Livraria Editora Freitas Bastos, 1946, p.43

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (Ato Administrativo e Direitos dos Administrados³), ao tratar da *Irretroatividade: Fato Consumado e Ato Jurídico Perfeito*, escreve que "o próprio de lei nova, como de qualquer regra geral (regulamento, regimento, estatuto) é sua incidência imediata. Com efeito, presume-se que a norma geral produzida foi justamente por ser mais adequada para regular as espécies do que o diploma pretérito. Nisto não há qualquer contumélia a fatos e situações que no passado se exauriram ou nele se perfizeram, pois regra superveniente regula situações presentes e futuras. O que ocorreu no tempo transato está a salvo de sua incidência. Em suma: porque visa a reger aquilo que *ora* existe ou que ainda vai existir, não atinge o que já sucedeu. Respeita fatos e situações que se criaram no passado e cujos efeitos nele se *esgotaram* ou simplesmente se *perfizeram juridicamente*. Com isto em nada se afeta aquilo que já se passou e acomodou na poeira dos tempos, ressalvada uma possível retroação benéfica. Esta é a simples aplicação da teoria da irretroatividade dos comandos normativos".

Em seguida, desta feita trazendo à prática seu raciocínio, prossegue BANDEIRA DE MELLO: "Segue daí que uma vantagem funcional, por exemplo, constituída no passado e cujos efeitos juridicamente se perfizeram, consumando-se, está consolidada, *ainda que não tenha sido fruída. Isto é, os efeitos materiais podem não ter sucedido, mas se os efeitos jurídicos já se completaram, nenhuma regra nova pode alcançá-la, pois, de direito, a situação já estará definida*"⁴ (destaques nossos)

3 Ed. RT, 1991, pp. 111-112.

4 Ob. cit. p. 112.

Finalmente, voltando-se, mais uma vez, para o servidor público, arremata: "Os efeitos do direito perfizeram-se totalmente, no sentido de que a integridade do direito já era, no passado, *disponível*, para o funcionário. Isto é, o momento da efetiva percepção da utilidade proporcionada pelo direito (descanso por um trimestre) localizava-se inteiramente em tempo regresso"⁵ (destaque nosso).

No mesmo sentido, FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA, no livro *Lei de Introdução ao Código Civil e aplicação ao Direito do Trabalho*⁶, lembra que "não há confundir a *aquisição* do direito, com o seu *exercício*. O direito está adquirido quando alguém *possa exercê-lo*, mesmo que não o tenha exercido, quer por conveniência própria ou por outro motivo fático (não jurídico)".

A hipótese referida por BANDEIRA DE MELLO ocorreu, por exemplo, quando os servidores públicos federais, nos termos da *Lei 8.112/90* (art. 78 §§ 1º e 2º), tinham direito a gozar apenas 20 dias de férias e receber os 10 dias restantes em pecúnia⁷.

5 Idem, p. 113.

6 Malheiros Editores, 1996, p. 190.

7 Determina a *Lei nº 8.112/90*, em seu art. 78 §§ 1º e 2º: "Art. 78: - O pagamento da remuneração das férias será efetuado até 2 (dois) dias antes do início do respectivo período, observando-se o disposto no parágrafo 1º deste artigo.

§ 1º - É facultado ao servidor converter 1/3 das férias em abono pecuniário, desde que o requeira com pelo menos 60 (sessenta) dias de antecedência.

§ 2º - No cálculo do abono será considerado o valor adicional de férias".

Por seu turno, a *Medida Provisória nº 1.195*, ratificada pela *MP de nº 1.382, de 11.04.95* e várias outras, desconhecendo os mais elementares princípios de Direito, determinava em seu art. 16: "Revogam-se os parágrafos 1º e 2º do art. 78 e o art. 193 da *Lei 8.112*, de 11 de dezembro de 1990, e os arts. 5º e 6º da *Lei nº 8.911*, de 11 de julho de 1994".

Desconhecendo o *Direito Adquirido* amparado naquele dispositivo, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 1.195, à qual outras se sucederam, determinando a não concessão do referido benefício, tendo, à época, o TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO (o que, igualmente, aconteceu com outros Regionais do País), manifestado-se, embora em sede de decisão administrativa no sentido da manutenção do direito assegurado a seus Magistrados e servidores.

No mesmo sentido, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, também em Sessão Administrativa realizada em 14 de dezembro de 1995 entendeu que *"com base no art. 5º inciso XXXVI da Constituição, o servidor que, na data da publicação da Medida Provisória 1.195/95, incluído em escala de férias, já houvesse tempestivamente requerido a conversão de um terço em abono pecuniário, tem direito à sua percepção"*.

Outro fato, na mesma linha merece ser citado: a Medida Provisória nº 1.160, editada em 24.10.1995 (revalidade e com seus atos convalidados pela MP nº 1.195, de 24.11.1995, e pela MP nº 1.231, de 14.12.1995) que determinou que o cálculo do adicional por tempo de serviço tivesse por base o vencimento do cargo efetivo, ao dar nova redação ao *caput* do art. 67 da Lei do Regime Jurídico Único – Lei nº 8.112/90.

Mais recentemente, a MP nº 1.523, de 11.10.96⁸ acrescentou no art. 118 da Lei nº 8.112/90, um § 3º, nos seguintes termos:

⁸ DOU, 14.10.96, págs. 20961 e seqs.

"Considera-se acumulação proibida a percepção de vencimentos de cargo ou emprego público efetivo com proventos de inatividade, salvo quando os cargos de que decorram essas remunerações forem acumuláveis na atividade";

A introdução do dispositivo fez com que fosse editado o Decreto nº 2.027, igualmente, de 11.10.96, no qual, após fazer referências às decisões do STF no Recurso Extraordinário nº 163.204-6 e no Mandado de Segurança nº 22.182-8, determina:

"Art. 1º – Somente poderá tomar posse em cargo efetivo ou assumir emprego permanente na Administração Pública Federal direta, nas autarquias, nas fundações mantidas pelo Poder Público, nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista, ressalvados os cargos ou empregos acumuláveis na atividade, o servidor público civil aposentado e o militar reformado ou da reserva remunerada da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios que fizer a opção pela remuneração do cargo ou emprego".

No art. 2º, por sua vez, preceitua o referido Decreto:

"O servidor que estiver no exercício de cargo ou emprego a que se refere o artigo anterior deverá proceder à comunicação ali prevista até 14 de novembro de 1996".

A matéria sugere várias considerações, que vão desde a questão dos efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, por *via incidental*, até a aplicação retroativa do referido art. 2º.

No primeiro problema, os efeitos produzidos pelas citadas decisões do STF, são meramente *inter partes*, ao contrário dos efeitos decorrentes da ADIN, quando, então seriam *erga omnes*, tal como estudamos em nosso livro O Valor da Constituição (Do Controle de Constitucionalidade como Garantia da Supralegalidade Constitucional)⁹

Ademais, mesmo nos casos de decisão proferida em ADIN, os efeitos *erga omnes* e *ex tunc* têm sido abrandados pelo próprio STF, toda vez que a Administração tiver sido parte, como se vê no Recurso Extraordinário 79.943-BA, bem como no RE nº 85.787-SP, de que foram relatores, respectivamente, os Mins. LEITÃO DE ABREU E ANTÔNIO NEDER. Neste último, decidiu a Segunda Turma, por unanimidade, que a Administração Pública pode negar-se a dar cumprimento a lei inconstitucional, sendo-lhe desfeito, porém, depois de tê-la aplicado, anular, com fundamento na inconstitucionalidade da lei, os respectivos atos, mormente, se produziram efeitos em relação a terceiros.

A aplicação do art. 2º, portanto, ao determinar o prazo de 14.11.96 para ser feita a opção quanto aos proventos ou vencimentos, não poderá ter efeito retroativo, visto que, ao ser empossado em novo cargo ou emprego, antes da MP e do Decreto, aquele que o fez adquiriu o direito de nele permanecer, até que, via *Ação Direta de Inconstitucionalidade* o STF declare inconstitucional a acumulação. Mesmo neste caso, de acordo com o próprio STF, e apesar de teoricamente os efeitos serem *ex tunc*, têm sido ressalvadas as situações já constituídas.

9 Ed. Renovar, 1996

Invocar o RE nº 163.204-6 e o MS nº 22.182-8 é impropriedade jurídica, pois, para que seus efeitos tivessem aplicação *erga omnes*, necessária seria a intervenção do Senado Federal, a teor do que determina o art.52, inciso X da Constituição Federal.

O entendimento segundo o qual a Lei não retroage para atingir *situações consolidadas, mas não usufruídas* (ao qual se poderia atribuir o qualificativo de pacífico para a Doutrina), teve dois tratamentos diferentes pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de hoje estar consolidado no mesmo sentido da Doutrina acima exposta, como se vê:

“O direito à aposentadoria se considera adquirido pela satisfação de todos os seus pressupostos antes da vigência da lei nova, modificando-os”¹⁰.

Neste sentido, e em uma *1ª fase*, entendia o STF que não bastavam os requisitos, sendo necessário, para a hipótese de aposentadoria do servidor, que este a tivesse requerido, chegando a matéria a ser sumulada, como se observa:

Súmula 359 (STF): “Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária” (destaque nosso).

10 RDA 104/188

Atualmente, entretanto, como observa ROBERTO ROSAS em seu livro Direito Sumular – Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça¹¹ “a parte final desta Súmula foi excluída a partir de ‘inclusive a apresentação voluntária’. Assim, entendeu o STF *porque a afirmação do direito à aposentadoria conduz ao direito adquirido. Se já houve a aquisição desse direito, não pode estar condicionado a outra exigência* (RE 86.608, Rel. Min.Xavier de Albuquerque, RTJ 83/304; RE 85.330, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 15.12.1980 – Proventos com base em todas as vantagens a que fazia jus quando adquiriu o direito; RTJ 106/763, 107/1.207 e 109/739)¹²

Estudando a matéria, CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO¹³ doutrina que “referida Súmula já sofreu reformulação. Ou o STF já decidiu, posteriormente a ela, de modo diverso, *tornando irrelevante o requisito da manifestação da vontade, ou do requerimento*” (destaque nosso).

E prossegue, em texto longo, mas de irrenunciável transcrição:

“No recurso de Mandado de Segurança 11.395, Relator o Ministro LUIS GALLOTTI, assim se decidiu:

‘Se, na vigência da lei anterior, o funcionário havia preenchido todos os requisitos para

11 Malheiros Editores, 1995, 7ª edição, p.142

12 Destaques nossos. Veja-se, a propósito, WILSON BUSSADA, Súmulas do Supremo Tribunal Federal-Acórdãos de origem & Sentenças decorrentes, Jurídica Brasileira, 1994, vol.II, pp.1499-1510.

13 Servidor Público - Aposentadoria - Direito Adquirido - Das Limitações do Poder Constituinte Derivado, “Temas de Direito Público”, Del Rey, 1994, pp.441-442).

aposentadoria, não perde os direitos adquiridos pelo fato de não haver solicitado a concessão¹⁴

Em seu voto, disse o Ministro GALLOTTI:

‘Uma coisa é a aquisição de direito: outra, diversa, é o seu uso ou exercício. Não devem as duas ser confundidas. E convém ao interesse público que não o sejam, porque, assim, quando pioradas pela lei as condições de aposentadoria, permitir-se-á que aqueles eventualmente atingidos por ela, mas já então com os requisitos para se aposentarem de acordo com a lei anterior, em vez de o fazerem imediatamente, em massa, como costuma ocorrer, com graves ônus para os cofres públicos, continuem trabalhando, sem que o Tesouro tenha de pagar, em cada caso, a dois, ao novo servidor em atividade e ao inativo¹⁵.

No Recurso Extraordinário 62.361-SP, caminhou no mesmo sentido o STF. O Relator, Ministro EVANDRO LINS, depois de mencionar o voto do Ministro GALLOTTI, referido, esclareceu:

‘Por ocasião do julgamento desse recurso de mandado de segurança 11.395, o tema que se versa no presente recurso extraordinário foi amplamente debatido, e o STF chegou à conclusão de que o funcionário não perde os direitos concedidos na lei anterior se preenchia,

14 RDA 82/186.

15 Destaque nosso.

na sua vigência, os requisitos para a aposentadoria, não ficando esses direitos subordinados à apresentação de requerimento. Foi voto vencido, mas me curvo à decisão do plenário'.

Deixou expresso, ademais, o Ministro EVANDRO LINS, no seu voto, que a Súmula 359, quanto à expressão 'inclusive a apresentação do requerimento', foi alterada no julgamento do recurso de mandado de segurança nº 11.395¹⁶.

Esta pois, a posição atual do STF:

*'Se, na vigência da lei anterior, o servidor preencher todos os requisitos exigidos, o fato de, na sua vigência, não haver requerido a aposentadoria, não o faz perder o seu direito que já estava adquirido'*¹⁷. (Destaques nossos).

Finalizando, arremata o Ministro CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO:

“Na esteira do decidido pela Corte Suprema, também o Tribunal de Justiça de Minas, *verbis*: Se o funcionário, na vigência da lei anterior, já preenchia todos os requisitos para a aposentadoria, não perde o direito a esta pelo simples fato de não haver formulado o respectivo pedido de concessão, subsistindo o direito adquirido”¹⁸.

16 RTJ 48/392.

17 RTJ 48/392.

18 Diário do Judiciário, órgão do Minas Gerais de 16

Os acórdãos referidos pelo Ministro VELLOSO dizem respeito a *Direito Adquirido perante legislação ordinária*.

Pelo que foi dito em todas as páginas precedentes, o princípio constitucionalmente consagrado do *Direito Adquirido* dirigir-se-á ao *Poder Reformador*, da mesma forma com que se dirige ao *Poder Legislativo Ordinário*.

Sendo assim, torna-se oportuna uma análise (ainda que rápida) sobre o problema, destacando, de logo, que em decisões até mais recentes, o Supremo Tribunal Federal manteve a posição assumida ante a Legislação Ordinária, estendendo-a diante da Emenda Constitucional nº 1/69, ou seja, *esta não poderia modificar direito à aposentadoria quando os requisitos antes exigidos, tivessem sido preenchidos na vigência do texto originário de 1967*.

Assim, no Recurso Extraordinário nº 75.102 – São Paulo¹⁹, sentenciou aquela Corte:

EMENTA: “Aposentadoria. Proventos superiores à remuneração da atividade. Direito Adquirido dos que haviam satisfeito as condições até 15.3.68, nos termos do art. 177 § 1º da Constituição de 1967, não prejudicado pela supressão, no novo texto constitucional aprovado pela Emenda 1/69, da regra transitória. Observância dos precedentes do Supremo Tribunal julgados pelo Plenário (RE 74.284 e 74.534, de 28.3.73 e RE 73.189, de 29.3.73), ressalvado o ponto de vista dos Ministros que ficaram vencidos. Recurso Extraordinário não conhecido”.

19 Julgamento em 27.4.73. *Recorrentes*: Estados de SP; *Recorrido*: Ercio Álvares de Azevedo Gonzaga e outro; Relator: Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE.

No referido Recurso Extraordinário nº 74.284 – São Paulo²⁰ lê-se:

EMENTA: "Magistrado. Aposentadoria. Proventos. Direito Adquirido.

II. Se o direito à inatividade foi adquirido pelo servidor nos termos do art. 177, § 1º da Constituição de 1967, o fato de vir a aposentar-se quando em vigor a Carta de 1969 (Emenda nº 1), em homenagem a garantia estatuída em seu art. 153 § 3º não se lhe aplicou a restrição imposta no § 2º do art. 102. Motivação. Precedentes do S.T.F.

III. Recurso Extraordinário não conhecido.

Ainda no também citado Recurso Extraordinário nº 74.534 – São Paulo²¹:

EMENTA: "Magistrado. Aposentadoria. Proventos. Direito Adquirido.

II. Se o direito à inatividade foi adquirido pelo servidor nos termos do art. 177, § 1º da Constituição de 1967, o fato de vir a aposentar-se quando em vigor a Carta de 1969 (Ementa nº 1), em homenagem à garantia estatuída em seu art. 153 § 3º não se lhe aplicou a restrição imposta no § 2º do art. 102. Motivação. Precedentes do S.T.F.

III. Recurso Extraordinário não conhecido.

20 Julgamento em 28.3.73. Recorrente: Estado de SP; Recorrido: Arlindo Pereira Lima; Relator: Min. CARLOS THOMPSON FLORES.

21 Julgamento em 28.3.73. Recorrente: Estado de SP; Recorrido: Octávio Reys; Relator: min. CARLOS THOMPSON FLORES.

Na esteira do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

"O funcionário público adquire direito à aposentadoria com a satisfação dos seus pressupostos, ainda que a requeira após o advento da lei nova que os modifique"²².

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Maranhão (Ac. unân. Sess. Plen. julg. 13.9.89, ADCOAS 128007):

Redução de vencimento de funcionários públicos aposentados afronta a coisa julgada e a irredutibilidade de vencimentos consagrados na CF – art. 5º, XXXVI e 37, inc. XV".

Ainda o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Ac. unân. 8.009, 1ª Câm. Civ. – DJ 23-9-91):

Funcionário Público – Salário – Direito Adquirido Irrevogabilidade. Muito embora possa o Poder Público, no uso de suas atribuições, revogar lei anterior concessiva de reajuste de salários do servidor, tal só poderá se dar em respeito ao direito adquirido, já conquistado quando da vigência da lei anterior, quando o reajuste passou a integrar o próprio salário do funcionário, independentemente dos novos critérios adotados.

22 RDA, 111/191

A matéria, portanto, e como foi dito, tem hoje um tratamento pacífico junto aos Tribunais do País.

Mesmo assim – não temos dúvidas – será objeto de demandas judiciais em razão das Emendas Constitucionais propostas pelo Poder Executivo ao Legislativo, com respeito à *aposentadoria do Servidor Público*, uma vez que, de acordo com aquelas propostas, os requisitos hoje vigentes, seriam profundamente modificados.;

Tais emendas, entretanto, só poderão atingir *Expectativas de Direito*, nunca, *Direitos Adquiridos*, visto que estes, entre nós, têm sede constitucional.

Para finalizar, fazemos nossas as palavras do já tantas vezes citado Min. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO ao escrever²³: “devidamente aceito que a pretensão do servidor tem cor, forma e conteúdo de um autêntico direito adquirido, de um direito que se adquiriu por força, inclusive, de uma disposição do texto constitucional contido na Carta que limitava a ação do Poder Constituinte instituído, então é descabido, *data venia*, afirmar-se que tal direito não é oponível à reforma consubstanciada na Emenda Constitucional 1/69. É oponível, sim, porque é também um direito constitucional contido na matriz da reforma, na obra do Poder Constituinte originário do qual se derivou o Poder Constituinte de revisão”²⁴

23 Ob. cit. p. 446.

24 Embora não concordemos com a expressão Poder Constituinte de Revisão, mantivemo-la por se tratar de citação textual. Para nós, mais correta é a expressão Poder de Reforma, que engloba, tanto a Revisão, quanto a Emenda Constitucional.

TRÁFICO DE HOMENS PARA A PROSTITUIÇÃO

Janeide Oliveira de Lima

Promotora de Justiça e Coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Infância e da Juventude

Fato narrado pela Rádio CBN e sobre o qual foi esta Coordenação do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Infância e da Juventude solicitada a falar, surge como exemplo pronunciado do abismo entre os acontecimentos da atualidade e os tipos penais contemplados na Parte Especial do Código Penal de 1940, que visam a reprimir a exploração da prostituição de outrem, principalmente de crianças e adolescentes, de ambos os sexos.

O correspondente da supracitada emissora de rádio na Suíça tomou conhecimento da existência de um grupo de pessoas que promove a saída do Brasil, para o mencionado país, de garotos, entre 10 e 11 anos de idade, a fim de se prostituírem, principalmente com pessoas do sexo masculino. O correspondente esteve no local e conferiu o acontecido. Solicitou para si, dissimuladamente, a companhia de alguns garotos brasileiros e o empregado ou proprietário da casa de prostituição, localizada na capital suíça, garantiu-lhe que os meninos estariam à sua disposição no momento em que fossem solicitados. A Rádio CBN indagou deste Centro de Apoio se as sanções previstas para os membros da associação de traficantes de garotos,

originários de diversos Estados da Federação, eram suficientemente eficazes para reprimir tão nefanda prática.

O nosso Código Penal, promulgado em 7 de dezembro de 1940, inspirado nos costumes do final do século XIX e acontecimentos do início do século XX, só dispôs a respeito do tráfico de mulheres com o objetivo de se prostituírem.

Breve exame do Título VI do Código Penal, que cuida dos crimes contra os costumes, leva à conclusão da necessidade de o legislador acompanhar o ritmo da atualidade dos fatos. Não se poderia naquela época imaginar as condutas hoje praticadas e que se traduzem em danos, principalmente para a infância e a juventude, mais susceptíveis às ações corruptoras e manipuladoras dos adultos.

É indiscutível a distância que atualmente se verifica entre as formas de exploração da prostituição alheia e os tipos penais construídos pelo legislador de 1940. Para se constatar a defasagem entre os fatos que ocorrem nestes novos tempos e as previsões contidas no Código Penal sobre o assunto, basta uma ligeira observação no que tange às expressões utilizadas pelo referido legislador, muitas das quais pouco ou nada dizem a respeito das maneiras de prostituição e dos modos de se tirar partido da prostituição alheia nos moldes atuais. As figuras clássicas dos exploradores de mulheres, que chamavam tanto a atenção do legislador de 1940, e as expressões utilizadas pela doutrina penal suscitam, atualmente, um bolor, uma decadência. Basta anotar as seguintes: proxenetismo, rufianismo, lenocínio, casa de recurso, lupanar, meretriz, etc...

O gravíssimo e desumano comércio de meninos, enviados para a Suíça para servirem de pasto, principalmente a uranistas pedófilos, indica o prejuízo resultante do descompasso do Código Penal em vigor, que dispõe em seu art. 231:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro.

O Código Penal prevê para tal conduta pena de reclusão, **de três a oito anos**. Esta aumenta quando a vítima é maior de 14 anos e menor de 18 anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, marido, irmão, tutor ou curador ou pessoa a que esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda, caso em que passa a reclusão a ser **de quatro a dez anos**.

Acontece que os traficantes estão enviando garotos e não garotas. O nosso Código Penal reprime tão somente a conduta de quem promove a saída de mulher para o estrangeiro com a finalidade de se prostituir. Portanto, só a mulher é sujeito passivo do delito de tráfico internacional para a prostituição.

Para que alguém seja considerado autor de um crime o seu comportamento deve se encaixar na exposição minuciosa feita pelo legislador, se isso não ocorrer a conduta não será típica. Acerca disso ensina Heleno Cláudio Fragozo:

“A ilicitude penal só pode existir se corresponder a determinada figura de delito, que esgota e limita, nos extremos da definição legal, a conduta punível”.

(Lições de Direito Penal, Vol. I, Forense, 9ª Edição, pág. 159)

O envio para o estrangeiro de indivíduos do sexo masculino escapa do tipo penal. Assim, o tal grupo patrocinador do referido tráfico não pode ser enquadrado nas penas do artigo 231 do Código Penal. Esta norma é de caráter material e não admite interpretação extensiva. Isso, sem dúvida, resulta em prejuízo à tutela da infância e da juventude.

Resta às autoridades perseguir a existência da associação de traficantes por meio da conduta delituosa prevista no art. 228 do Código Penal, que prevê o crime de favorecimento da prostituição. Isto porque, para ter a conduta subsumida no crime de tráfico falta aos promotores da saída dos garotos uma elementar do tipo, ou seja, a condição de ser o sujeito passivo do sexo feminino e, faltando esse elemento constitutivo do crime, não se pode concluir pelo enquadramento das condutas no delito de tráfico, mesmo porque o nome do tipo penal é claríssimo: "tráfico de mulheres".

Esta nossa conclusão advém de um exemplo dado por Heleno Cláudio Fragoso em caso que também falta uma elementar do tipo de tráfico de mulheres. Diz Fragoso o seguinte:

"Se o tráfico é realizado dentro do território nacional entre um Estado e outro, o crime a identificar-se é o do art. 228 do Código Penal".

(Lições de Direito Penal, Vol. II, Forense, pág. 72)

Poder-se-ia pensar que os garotos, entre 10 e 11 anos, enviados com a finalidade de se prostituírem na Suíça, passariam a ser vítimas da conduta delituosa do art. 239 da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 239. - Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro:

Pena - reclusão de quatro a seis anos, e multa.

Contudo, essa ilação afronta os princípios de hermenêutica, uma vez que no sistema jurídico-penal não é possível a incidência de dois ou mais dispositivos de lei sobre o mesmo fato. Esse conflito aparente de normas é resolvido através dos critérios utilizados para a correta interpretação da lei, dentre os quais a especialidade.

Ora, se no Código Penal há norma específica acerca do crime de favorecimento da prostituição, cujo sujeito passivo pode ser mulher ou homem, não se pode imaginar que os traficantes tenham suas condutas enquadradas na norma geral do art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O ideal seria a existência de uma regra que contivesse o elemento masculino também como sujeito passivo do tráfico para a prostituição. Como não há tal previsão legal, o conflito de normas resolve-se aplicando-se a mais específica, que sobrepuja a de caráter geral.

Daí se nota que a mais simples reflexão impede o progresso de semelhante pensamento. A doutrina assente no Brasil entende que este tipo penal previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente veio para coibir a evasão indiscriminada de crianças para o estrangeiro através de adoções irregulares.

Acerca do tema diz Paulo Lúcio Nogueira:

"E, nessa descontrolada adoção internacional, em que muitas crianças brasileiras eram enviadas ao exterior, obtinham lucros não só os pais ou mães solteiras, como também os intermediários, que cobravam altas importâncias para conseguir alguma criança, o que reclamou medidas de controle, que foram impostas pelas autoridades".

(Cf. sua obra Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, 1991, Editora Saraiva, pág. 309).

Como se observa, o art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente revogou tacitamente o tipo previsto no parágrafo 2º do art. 245, do Código Penal, que cuida de crime contra a assistência familiar, precisamente da conduta de enviar filho menor para o exterior, com o fito de obter lucro, já que regulou totalmente a mesma matéria. Aliás, o mestre Celso Delmanto, em sua obra Código Penal Comentado, 3a. edição, pág. 392, faz o confronto entre as disposições contidas no parágrafo 2º do art. 245 e remete o leitor às disposições do art. 239 do Estatuto. E a respeito da competência para processar e julgar o referido crime, anota em sua obra o seguinte:

"Tráfico internacional de menores: Compete à Justiça Estadual, por não haver o Brasil ratificado qualquer tratado ou convenção internacional a respeito" (STJ, mv. JSTJ e TRF 2/213; STF, RT 656/369).

A desatualização da lei penal no que diz respeito à repressão das maneiras de se promover a prostituição de crianças e adolescentes, prejudica até mesmo a Campanha Nacional Pelo Fim da Exploração, Violência,

e Turismo Sexual Contra Crianças e Adolescentes, já que o caso concreto trazido a propósito evidencia a necessidade de criação de novos tipos penais que acompanhem a realidade.

Anota-se, ainda, que só pelo fato de as vítimas não serem do sexo feminino, escaparam os membros da associação de traficantes de garotos do enquadramento no grave crime de tráfico previsto no art. 231 do Código Penal. Além disso, os seus delitos não são da competência da Justiça Federal, pois diferentemente do que ocorre com o crime de favorecimento da prostituição, o tráfico de mulheres, segundo o Decreto Legislativo No. 6, de 12 de junho de 1958, que ratificou a "Convenção para repressão do tráfico de pessoas e do lenocínio", firmada em Lake Success, em 21 de março de 1950, é da competência da Justiça Federal. Conseqüentemente dispõe a Constituição Federal de 1988, no art. 109, inciso V, o seguinte:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

"Os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente".

É certo que procede inteiramente a afirmativa de Heleno Cláudio Fragoso quando, em sua obra Lições de Direito Penal, diz: "o crime é fenômeno sócio-político, que se deve basicamente a um conjunto de fatores ligados à estrutura econômico-social, em relação aos quais o Direito Penal tem muito pouca influência.

Não se resolve o problema da criminalidade com o Direito Penal. É inútil tentar evitar certas ações tornando-as delituosas". Todavia, a exposição de crianças a uma quadrilha de traficantes, cujas ações nocivas geram malefícios irreversíveis para seres em formação, não pode continuar sem uma resposta condizente com a profundidade do mal causado pelo tráfico de meninos para a prostituição, apenas porque tal fenômeno era impensável para o legislador que atuava sob o influxo dos costumes do início do século XX.

É evidente que não poderá o legislador continuar apático a novas modalidades criminosas. Daí, porque, o tipo penal que prevê só a mulher como sujeito passivo de tráfico internacional para prostituição necessita reparar a lacuna e fazer referência a tráfico de pessoas, de seres humanos, e não simplesmente de mulheres, pois isso não combina de modo algum com a realidade testemunhada por todos. Além do mais, o Brasil quando ratificou a Convenção para Repressão do Tráfico de Pessoas e Lenocínio, obrigou-se a proteger as vítimas desses crimes, independentemente do sexo a que pertencem.

As razões expostas, que são essencialmente ligeiras e não investigantes, já apontam a necessidade urgente da reforma da lei penal.

A "CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL" DE FRIEDRICH MÜLLER

João Maurício Adadato
Professor Titular da Faculdade
de Direito do Recife

SUMÁRIO

1. O problema da hermenêutica constitucional. 2. A Teoria Estruturante do Direito. 3. Críticas para debate.

1. O Problema da Hermenêutica Constitucional

É trivial ressaltar a importância da hermenêutica constitucional. Certamente que a última instância de determinação do conteúdo da norma constitucional, nas democracias modernas, é do tribunal, do juiz, pois é ele quem elimina a plausibilidade jurídica do conflito ao decidi-lo. A questão de relacionar a decisão do caso concreto com a norma genérica previamente fixada é sem dúvida das mais importantes para a teoria do direito contemporâneo. Esta comunicação procura, à luz do debate atual na Alemanha, expor sucintamente algumas idéias do professor Friedrich Müller.

Pode-se afirmar que tem-se consolidado uma jurisdição constitucional (*Verfassungsgerichtbarkeit*) na Alemanha, mas permanece controverso o método da interpretação constitucional. A Corte Constitucional Alemã tem declarado prender-se expressamente aos métodos clássicos de interpretação, acentuando

especialmente o sistemático e o teleológico¹. Se isto corresponde aos fatos é outra questão, que não será discutida nos limites deste trabalho, assim como não se discutirá em que medida a Corte Constitucional Alemã tem correspondido às expectativas sociais².

Por sua própria estrutura e função, a norma constitucional quase sempre aparece mais vaga, indefinida, mais fragmentária do que as demais normas dos sistemas jurídicos dogmáticos modernos, ainda que todas as normas exibam tais facetas, em maior ou menor grau. 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, além daquelas que, sobretudo nos países subdesenvolvidos, têm a função estratégica de fazer crer que funcionam.

A hermenêutica jurídica atual tem partido de um debate já clássico que pode ser didaticamente resumido na dicotomia subsunção *versus* casuísmo. A concepção subsuntiva, ou silogística, entende que a norma geral constitui a premissa maior, dentro da qual o caso concreto coloca-se como premissa menor, possibilitando uma conclusão correta e segura, objetivo da interpretação, isto é, a decisão. A perspectiva casuística, mais cética, parte do princípio de que a norma geral não produz a decisão ou nem sequer fixa os parâmetros

dentro dos quais o intérprete atua, mas apenas serve de justificativa posterior para uma escolha feita diante do caso e produzida por vias diferentes, que não se confundem com a norma alegada, ainda que o intérprete pense ingenuamente partir dela.

Neste contexto, aqui muito simplesmente resumido, diversos autores procuram um terceiro caminho, não tão simplista quanto a postura da École d'Exégèse, mas também sem tornar a interpretação incontrollável, a bel-prazer do operador jurídico. Na Alemanha, juristas como Theodor Viehweg, Robert Alexy, Peter Häberle, Konrad Hesse e Winfried Hassemer, entre muitos outros, sugerem alternativas.

Também é esta a pretensão de Friedrich Müller, que, diante da controvérsia aparentemente excludente entre a possibilidade de uma interpretação objetiva e a resignação diante da subjetividade, defende a tese de que a norma é produzida por um processo complexo que vai muito além daquilo que está escrito na Constituição. O procedimento, através do qual, procura-se adequar normas e fatos, tradicionalmente conhecidos por interpretação, Müller denomina "concretização da norma" (*Normkonkretisierung*). A concretização normativa constitui-se, por um lado, da interpretação **do texto** da norma (*Normtextauslegung*), por outro, de elementos que compõem o âmbito da norma (*Normbereichselemente*), isto é, teorias, técnicas hermenêuticas dogmáticas, elementos ideológicos³. Assim a doutrina dos juristas, por exemplo, é relevante, é fonte do direito, à medida que informa e influencia a decisão do conflito.

1 Böckenförde, Ernst Wolfgang: *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991, p. 54.

2 Sibylle Tönnies: "Der leere Wertehimmel über Karlsruhe". *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Nr. 273, Frankfurt: Freitag, 22.11.1996, p. 44.

3 Cf. Müller, Friedrich: *Strukturierende Rechtslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

2. A Teoria Estruturante do Direito

Müller argumenta que o resultado de uma interpretação constitucional torna-se conteúdo da Constituição. Neste ponto de partida, adere àquela linha crítica ao método positivista tradicional, defendendo a incompletude da norma, o fato de a lei não se mostrar inteiramente pronta (*Unfertigkeit des Gesetzes*), o que não representa uma deficiência mas é hermeneuticamente necessário e apriorístico⁴. Com efeito, tal idéia jaz mais que latente na distinção enfatizada por Kelsen entre o texto ou proposição normativa (*Satz*) e a norma (*Norm*) propriamente dita⁵.

Pode-se tomar uma questão relativamente recente no sistema constitucional brasileiro como paradigma para talvez esclarecer a tese do Professor Müller, observando-se o texto do inciso X do art. 52 da Constituição Brasileira de 1988, onde se lê: "Compete privativamente ao Senado Federal: ... X - Suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". O problema era saber se a eficácia *erga omnes* de uma decisão do Supremo Tribunal Federal precisaria de Resolução do Senado Federal em caso de ação direta de inconstitucionalidade ou se a Resolução só se faria necessária quando a sentença de inconstitucionalidade tivesse se originado de ação incidente. Crucial aqui era a interpretação da palavra "definitiva".

4 Kaufmann, Arthur: "Problemggeschichte der Rechtsphilosophie", in Kaufmann, Arthur - Bassener, Winfried (hrg): *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. Heidelberg: C.F. Müller, 1994, p. 163.

5 Kelsen, Hans: *Reine Rechtslehre*. Wien: Franz Deuticke, 1983 (2. Ausgabe 1960). Kap. III, Nr. 16.

Para a primeira linha argumentativa, entendendo como "definitiva" simplesmente a "decisão da qual não cabe mais qualquer recurso", o STF jamais poderia ter competência de extirpar genericamente do sistema jurídico (o que o Constituinte chamou eufemisticamente de "suspender a execução") uma norma estabelecida pelo Congresso Nacional, pois o Judiciário age *inter partes* e não deveria interferir no processo legiferante; além disso, uma dezena de pessoas sem mandato (supondo que a ação direta seja solicitada pelo Procurador Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou outra das pessoas não eleitas, legitimadas pelo art. 103) não poderiam autonomamente desfazer o que a representação do povo constituía o órgão máximo do sistema.

Para a argumentação que ao final prevaleceu, "definitiva" é a "decisão última que põe fim a uma série e da qual não cabe recurso"; como a sentença de inconstitucionalidade proferida em ação direta é competência exclusiva do STF, ela é única, daí não se poder chamá-la de "definitiva". Logo, o inciso X do art. 52 só se aplica à sentença final sobre ação incidente, que assim terá efeitos *erga omnes*.

Evidentemente influíram aí fatores de poder, condicionantes pragmáticas e um sem-número de elementos de toda sorte, retoricamente ocultos sob a justificativa de a interpretação ter sido fundada "na própria natureza da ação direta de inconstitucionalidade", o que quer que isto signifique. Mas pode-se perceber aqui o conceito de "concretização" em Müller, quando se observa que o sentido da norma não está objetivamente fixado no texto e depende fundamentalmente do resultado da interpretação.

Müller entende que a interpretação do texto da norma compreende as etapas tradicionalmente apontadas, tais como gramatical, lógica, sistemática e também uma avaliação subjetiva. Este elemento subjetivo, histórico e genético, trabalha com textos de normas que não são os mesmos envolvidos na concretização normativa no caso sob exame, mas são textos de normas anteriores. A interpretação genética prende-se aos elementos da *Entstehungsgeschichte*, ou seja, que processos históricos deram a feição com a qual o texto se nos mostra agora, como quando se estudam os anais da Constituinte⁶. Ao estabelecer as regras de preferência, Müller ainda concede que os elementos imediatamente ligados ao texto da lei, como o gramatical e o sistemático, são privilegiados na interpretação da norma diante do caso concreto⁷ e que o texto da norma é extremamente importante em sua concretização.

Note-se que Müller não se refere apenas à discrepância entre o texto da norma e a realidade constitucionais, de que o Brasil é ótimo mas não único exemplo. É indevidamente simplificador afirmar que a realidade do direito brasileiro não corresponde às normas constitucionais vigentes (antes desempenham importante função⁸). O fato é que o texto e a realidade estão em constante interrelação e esta, muito embora discrepante, eventualmente constitui a norma jurídica.

6 Friedrich Müller: *Juristische Methodik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.

7 Ulrich Schroth: "Philosophische und juristische Hermeneutik", in Kaufmann, Arthur - Hessemer, Winfried (Hrsg): *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart* (n. 4), pp. 358-360.

8 Adeodato, João Maurício: "Brasilien. Vorstudien zu einer emancipatorischen Legitimationstheorie für unterentwickelte Länder". *Rechtstheorie* (22), Heft 1. Berlin: Duncker und Humblot, 1991, pp. 108-128. Ou "Uma Teoria (Emancipatória) da Legitimação para Países Subdesenvolvidos". *Anuário do Mestre em Direito*, n.º 5. Recife: ed. UPPE, 1992, pp. 207-242.

Para Müller, o texto geral é apenas um "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. Esta parece uma boa formulação, a de que a norma geral não é prévia, só o é o seu texto. Mais radicalmente ainda, a norma geral, previamente dada, não existe, é uma ficção. O que o legislador faz, sobretudo o legislador constituinte, mesmo originário, é produzir o texto legal ou constitucional, não a norma propriamente dita. A interpretação aplicadora tradicional é apenas um dos aspectos da concretização normativa. O que Müller e aliás todos queremos é "acentuar a equívocidade semântica dos textos constitucionais"⁹, legais, jurisprudenciais, quaisquer textos que sejam.

3. Críticas para Debate

Friedrich Müller tem papel importante na crítica às perspectivas hermenêuticas dominantes na prática dos tribunais, de vertente positivista, que limitam as "formas de interpretação quanto ao método" aos métodos gramatical, lógico, histórico, sistemático etc., ao mesmo tempo que tenta uma teoria da interpretação mais realista, em uma concepção por assim dizer "sociológica" da norma jurídica.

Do ponto de vista epistemológico, a hermenêutica de Müller acentua o aspecto retórico do direito e da própria ciência do direito, questionando os conceitos de interpretação e de norma jurídica, através do conceito de concretização. Seus ensinamentos podem ser úteis para uma melhor compreensão da realidade brasileira,

9 Neves, Marcelo: *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 80.

ajudando, como antídoto, ao otimismo ingênuo que defende a idéia de que textos legais competentes garantem o direito, assim como a todas as formas de doutrinas universalistas. Há, contudo, pontos controvertidos.

É certo que a norma geral só se torna aplicável quando "transformada" em decisão do caso concreto, ou seja, "definida", "concretizada". Para esta junção do texto com a realidade, **concretização**, a teoria de Müller não fornece nem requer um ponto de orientação geral. Permanece indefinida. Em que medida seu método supre as deficiências de uma tópica acusada de casuística e até irracionalista, como a de Viehweg, ou aquelas da "Constituição Aberta", de Peter Häberle, que tem uma perspectiva mais pragmática do que semântica e enfatiza o papel dos operadores jurídicos e demais agentes envolvidos na decisão do conflito?

Müller separa o **dado** lingüístico, a Constituição textual, do procedimento lingüístico, a concretização: já que todos os conceitos de Constituição são vagos, a concretização é um conceito procedimental e operacional, significando uma **construção** da realidade jurídica. Um segundo problema consiste em determinar os limites desse processo: Quando se concretiza a norma? Ao ensejo de prolatada a decisão judicial? Quando incide a sanção? No momento que começa e ou termina a eventual coação? Isto se não se desejar, como parece, no caso do autor: fazer identificar concretização e efetivação da norma, conceito já antigo e estabelecido.

Um terceiro ponto a ser debatido é que a teoria estruturante, ao contrário da corrente retórica, não parece aceitar "a renúncia completa a proposições

normativas dotadas de conteúdo"¹⁰, pretendendo distinguir entre normas adequadas e inadequadamente concretizadas. Por um lado, é certo, afirma que o procedimento não precisa necessariamente desembocar em uma só solução "correta"; por outro, contudo, nem toda solução "concretiza devidamente" a norma constitucional. Mesmo tendo referido que a polissemia (múltiplas significações) é um dado fundamental no processo de concretização, Müller defende que a interpretação adequada não é arbitrária mas segue uma racionalidade¹¹. A questão é defini-la satisfatoriamente.

Em quarto lugar, a teoria estruturante prima por uma originalidade conceitual que prejudica a comunicação, pois é difícil saber quando conceitos comuns como normatividade, âmbito da norma, estrutura da norma etc., estão sendo propriamente entendidos. Tais desvios da linguagem comum dos juristas, que não constituem exclusividade da teoria estruturante, funcionam como imunização a críticas, por um lado, mas, por outro, praticamente excluem a possibilidade de estender a teoria a círculos além daqueles que já

10 Ballweg, Ottmar: "Rhetorik und Vertrauen", in: E. Denninger, M. Hinz, F. Mayer-Tasch, G. Roellecke (Hrsg.): *Kritik und Vertrauen - Festschrift für Peter Schneider zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a.M.: Anton Hain Verlag, 1990, pp. 34-44. Tradução brasileira: "Retórica Analítica e Direito", in: *Revista Brasileira de Filosofia* n° 163, fasc. XXXIX, São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1991, pp. 175-184.

11 Cf. no mesmo sentido Alexy, Robert: "Probleme der Diskurstheorie", in: *Zeitschrift für philosophische Forschung*, Band 43, 1989, pp. 81-93. Tradução brasileira: "Problemas da Teoria do Discurso", in: *Anuário do Mestrado em Direito*, n° 5, Recife: ed. UPPE, 1992, pp. 87-105.

conhecem seu trabalho e os fundamentos do mesmo¹². Müller argumenta que esta crítica tem 20 anos, ainda que Böckenförde não a tenha suprimido nas edições mais recentes de seu trabalho. Mesmo assim, uma crítica não perde sua força por ser publicamente negada. Mais ainda, o sentido peculiar em que procura usar seus conceitos por vezes oculta as dúvidas da teoria estruturante para com positivistas como Kelsen, por exemplo, e parecem exagerar-se as diferenças.

Finalmente, um quinto ponto é lembrar que a maioria dos casos de aplicação da norma são interpretados consensualmente, longe dos conflitos, através daquilo que os alemães denominam *Judiz* e pode-se traduzir por intuição ou "instinto" jurídico. A interpretação dos tribunais não oferece dado empírico suficiente para uma teoria da interpretação jurídica. No mesmo sentido, não parece o melhor caminho para os juristas procurarem uma hermenêutica lingüística geral que fundamente os procedimentos jurídicos de produção e legitimação de decisões normativas, quando já se desenvolveu uma hermenêutica jurídica própria e específica, a partir dos romanos, pelo menos, na *praxis* do direito positivo.

12 Böckenförde, Ernst Wolfgang: *Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (n. 1), prefere "eigenwillige Begriffssprache".

REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA

José Augusto Delgado

Ministro do STJ, Prof. de Direito Público e Sócio Honorário da Academia Brasileira de Direito Tributário.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. O Objetivo do presente estudo e a evolução histórica da tutela antecipada; 3. Pressupostos positivos e negativos exigidos para a concessão dos efeitos da tutela antecipada; 3.1. Prova inequívoca. Conceito; 3.2. Verossimilhança das alegações. Conceito; 3.3 Perigo de irreversibilidade do provimento antecipado; 3.4. Abuso de Direito de Defesa; 3.5. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; 4. Incontrovérsias e controvérsias sobre os efeitos da antecipação da tutela, em forma de enunciados; 5. Alguns casos práticos; 6. Conclusões.

1. Introdução

A ciência jurídica passa por profundas transformações no final desse Século XX. Os princípios fixados ao longo dos anos, não obstante condutores de forte carga de intensidade lógica, estão sendo reexaminados, pela necessidade de se compatibilizarem com as mudanças sociais, políticas, econômicas e tecnológicas, bem como com os anseios do cidadão, presentes na era contemporânea.

O Direito Processual, como instrumento responsável pela aplicação da norma positiva substantiva, não podia ficar insensível a tais fenômenos. Irradiou-se em seu meio a preocupação da necessidade de sua atua-

lização, modificando-se os métodos e técnicas até então empregados em seus estudos, a fim de que ele, essencialmente, aproxime-se mais do homem comum.

As reflexões atuais sobre a função e efeitos concretos do Direito Processual não apresentam resultados positivos. Os propósitos de impor segurança na apuração da verdade para a consecução de uma decisão justa têm encontrado sérias dificuldades impostas por circunstâncias que excedem os limites do até então regulado pelo legislador.

A ânsia pela entrega de uma prestação jurisdicional efetiva, célere e com capacidade de resolver os litígios entre os homens de forma mais confiável para as partes e para a sociedade, tornou-se um imperativo perseguido pelo cidadão e passou a se constituir em uma aspiração a se instalar no sentimento da Nação.

Está, assim, despertado em cada estamento social um estado de inquietude gerado pela deficiência na entrega da prestação jurisdicional, em grau de tão forte intensidade, que fez acordar a comunidade pensante jurídica para o problema, pelo que meios para dissipá-las passaram não só a ser propostos, como exigidos.

O Direito Processual, no Século XX, evoluiu cientificamente mais do que qualquer outro ramo da ciência jurídica. Todas as suas entidades foram trabalhadas, repensadas, atualizadas e algumas até transformadas, o que bem demonstra a maturidade científica presente que o cerca.

Entretanto, embora forte a consciência de que o Direito Processual é todo voltado para atender às necessidades do cidadão, quando envolvido em círculo litigioso, esse foi esquecido no tocante ao sentimento de estabilidade relacional que busca ao pedir a atuação do Poder Judiciário.

O alargamento do tempo passou a ser o problema maior a dificultar a efetivação positiva do processo. Isso porque o seu prolongamento no curso da relação jurídica formal impõe-se como um fato constante, motivado por fatores diversos: burocracia dos atos processuais; formalismo exagerado; multiplicidade geométrica das demandas em face do homem por aperfeiçoamento cultural, ter passado a reivindicar mais os seus direitos; desaparecimento do Poder Judiciário; dificuldades orçamentárias vividas pelo Estado; defasagem de muitas mensagens educacionais jurídicas; ausência de uma conscientização de conciliação em muitos operadores do direito; e outros mais.

O acesso à Justiça e o modo de tornar célere a entrega da prestação jurisdicional transformaram-se, por consequência, em núcleo concentrador das preocupações dos doutrinadores do processo.

Movimentos em torno dessas reivindicações instalaram-se em vários países e verdadeiras escolas formaram-se, cada uma analisando os aspectos sociais, ideológicos e estruturais que cercam tais fenômenos.

Mauro Cappelletti, na Itália, transformou-se no grande comandante de uma geração de pensadores científicos jurídicos voltados ao encontro de soluções proporcionadoras de tornar fácil o acesso à Justiça por parte do cidadão e a de fazê-la ser célere em sua aplicação.

Na busca de alternativas, o renomado professor italiano construiu, dentro do círculo abrangente pela ciência processual, um departamento voltado, unicamente, para o estudo de tais questões.

Sistematizou, em seguida, as idéias firmadas, iniciando por apresentar estudo sobre a evolução do

conceito teórico de acesso à Justiça, com a observação inicial de que: "O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil" (*In Acesso à Justiça*, p.9, trad. de Ellen Grace Northfleet, Sérgio Antônio Fabris Editor - 1988).

Os pensamentos doutrinários de Mauro Cappelletti sobre essa evolução do conceito teórico de acesso à Justiça são, em síntese, a meu pensar, os que passo a alinhar de forma resumida:

- a) nos séculos XVIII e XIX, os sistemas procedimentais adotados para a solução dos litígios refletiam a filosofia dos estados liberais *burgueses*, pelo que a visão individualista do direito estava presente;
- b) em tal época não se concebia o acesso à Justiça como um direito fundamental do cidadão e a ser garantido e protegido pelo Estado;
- c) o direito de acesso à Justiça foi, progressivamente, reconhecido como sendo de importância capital para o relacionamento dos homens entre si, situando-se, hoje, no mesmo nível do direito ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação;
- d) identificado está que, provavelmente, o "primeiro reconhecimento explícito do dever do Estado de assegurar igual acesso à Justiça (pelo menos quando as partes estejam na Justiça) veio com o Código Austríaco de 1895, que conferiu ao juiz um papel ativo para equalizar as partes" (Mauro Cappelletti e outro, *ob. cit.* pág. 11, nota n° 7);

- e) na atualidade, o acesso à Justiça não é visto, apenas, como um direito social fundamental; ele é, "também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica".

(Mauro Cappelletti e outro, *ob. cit.* p.13).

O estudo do tema envolve, necessariamente, o da demora na entrega da prestação jurisdicional. Está ocorrendo, evidentemente, o acesso à Justiça está sendo negado, por não se conceber tal direito, unicamente, como sendo, apenas, o meio de se provocar a atuação do Poder Judiciário, isto é, de se estar em juízo, e sim, o de encontrar uma solução rápida para o conflito.

Os doutrinadores têm buscado, através de demorados estudos, soluções para ultrapassar os obstáculos existentes, sugerindo, em suas conclusões, a adoção de condutas práticas para facilitar esse acesso por parte do cidadão.

No bojo de tais idéias, surgiu, na atualidade, o culto da entrega dos efeitos da tutela antecipada, no direito brasileiro, embora de há muito praticado por países estrangeiros. A referida entidade processual começa, assim, a se estruturar no nosso direito formal, graças ao esforço da Comissão de Reforma do CPC, presidida pelo Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, e à compreensão para o problema dos Poderes Legislativo e Executivo que, ao acolherem as idéias da mencionada Comissão, transformaram-nas em lei.

2. O objetivo do presente estudo e a evolução histórica da tutela antecipada.

O estudo ora desenvolvido tem a pretensão, apenas, de tornar presentes algumas reflexões sobre os efeitos da tutela antecipada, sem deixar de ser considerado que inúmeros outros autores já o fizeram, de modo muito melhor e com mais intensa profundidade.

O único propósito incentivador dessa tarefa é a necessidade que tenho de aperfeiçoar as minhas reflexões sobre o tema e dividir, em conseqüência, com os mais doutos, as preocupações que me invadem, as quais espero que sejam infundadas.

A produção dos efeitos da tutela antecipada não era totalmente desconhecida do nosso sistema jurídico formal. Na verdade, o exame do Código de Processo Civil em vigor revela que uma forma especial de tutela antecipada, ao produzir efeitos, está presente no comando do art. 928, onde se permite a antecipação do mérito da demanda, com a concessão da liminar restauradora da posse, nas ações possessórias de força nova, desde que os requisitos específicos, ali exigidos, consolidem-se.

Na legislação extravagante processual, considera-se o art. 12 da Lei nº 7.347, de 24.07.85, a que rege a ação civil pública, como contendo uma permissibilidade dos efeitos do mérito da demanda ser antecipado. O referido dispositivo dispõe:

"Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo".

Em face da disposição supra, nas ações civis públicas onde se discutem temas como de respon-

sabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagísticos ou qualquer outro interesse difuso coletivo e por infração da ordem econômica (art. 1º da Lei nº 7.347, de 24.07.85), o mérito pode ser antecipado por via liminar.

Outra situação considerada como sendo de antecipação da tutela meritória, por muitos autores, é a prevista no art. 59, § 1º, I, da Lei nº 8.245/91. Nas duas hipóteses fáticas reguladas pelo referido dispositivo, a primeira cuida de ser resilida a locação por mútuo acordo entre as partes, e a segunda, da possibilidade do despejo ser concedido liminarmente, caso o inquilino não cumpra o acordo celebrado.

A antecipação da tutela já era, como visto, entidade processual conhecida no nosso ordenamento jurídico. Apresentava-se, contudo, sem uma construção sistematizada e com aplicação genérica, uma vez que só podia ser deferida em situações específicas e vinculada a determinado tipo de relação jurídica.

Algumas nações estrangeiras praticam a antecipação da tutela há mais de 40 anos. A imagem de ser uma providência nova presente no mundo jurídico não tem procedência. Apenas, somente agora, chegou ao direito brasileiro formal. A necessidade de adotá-la decorreu da imposição da sociedade por não mais suportar o desequilíbrio, nas relações conflitantes, causado pela demora na entrega da prestação jurisdicional.

Na Itália, por exemplo, em 1942, foi introduzido no *Código de Procedure Civile*, por nova redação dada ao art. 700, um verdadeiro sistema de antecipação de tutela meritória, conforme afirma Ernane Fidélis dos

Santos, *in Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro*, p. 23, Edit. Del Rey, 1996.

“Em 1942, introduziu-se no *Código de Procedure Civile* novo art. 700, fazendo parte do Capítulo III, que trata exatamente *De Procedimenti Cautelari*, mais ou menos nestes termos: *fora dos casos regulados nas seções precedentes deste capítulo, quem tiver fundado motivo de temer que, durante o tempo que possa decorrer para que se reconheça seu direito nas vias comuns, por estar este ameaçado de perigo iminente e irreparável, poderá requerer ao juiz provimento de urgência, que se apresente, segundo a circunstância, como meio mais idôneo a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito.*”

Não há dúvida de que, com tal redação, a lei abriu caminho não apenas para o poder geral de cautela, exercido através de medidas variadas, sem precisa nomeação, como também para a possibilidade de uma regulamentação provisória da relação controvertida, garantindo verdadeira antecipação da decisão de mérito, muito embora como matéria de processo cautelar e até mesmo sofrendo restrição das medidas típicas.”

O Código de Processo Civil da Alemanha (ZPO), nos §§ 935 e 940, conforme anotado por Fritz Baur (*in Tutela Jurídica Mediante Cautelares*, São Paulo, Fabris, 1985, p.44/45, citado por Ernane Fidélis dos Santos, obra já referida, cuida de caso típico de antecipação de tutela. Eis o comentário a respeito feito por Ernane Fidélis, p.22):

“Na Alemanha, introduziram-se no Código de Processo Civil (ZPO) os §§ 935 e 940. O primeiro é de verdadeira medida cautelar atípica, de fim assecurativo,

enquanto o segundo tem fim regulador da relação controvertida, ou seja, regula-se temporariamente uma relação ou situação jurídica, em caso típico de antecipação de tutela. Não é garantia de pretensão, mas da relação jurídica litigiosa”.

A seguir, na mesma página, em nota de rodapé, registra o pensamento de Fritz Baur:

“*Em contraste com o arresto e com a medida cautelar assecurativa, prevista no § 935, a medida cautelar reguladora não se conecta com a garantia de uma pretensão, e sim com uma ‘relação jurídica litigiosa’. Além disso, no lugar do ‘fim assecurativo’ vem colocar-se o ‘fim regulador’: a ‘regulação de um estado temporário’ deve mostrar-se necessária para evitar prejuízos substanciais ou impedir ameaça de violência ou por outros motivos’ (Baur, Fritz, op. cit., p.44/45).*”

Observou, ainda, Ernane Fidélis, p.23, da obra citada, com apoio na lição de Calvosa (*II processo cautelare*, Turim, 1970, p.757), que “No ordenamento austríaco, não há limitação à tutela antecipada, a não ser quando a situação regulada for suscetível de execução forçada e, na Inglaterra, no âmbito do *Contempt of Court*, o juiz pode não apenas ditar provimentos que previnam ou reprimam qualquer ameaça à atividade jurisdicional, como também estabelecer remédios processuais, criando forma de tutela jurisdicional diversa do precedente jurisprudencial ou legislativo”.

3. Pressupostos positivos e negativos exigidos para a concessão dos efeitos da tutela antecipada

O exame do art. 273 do CPC, em sua nova redação, revela que a concessão dos efeitos da tutela antecipada está subordinada a quatro pressupostos:

- a) o da existência de prova inequívoca;
- b) o da presença de verossimilhança da alegação;
- c) o de que não exista perigo de irreversibilidade do provimento antecipado;
- d) o de que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Os pressupostos das letras *a*, *b*, e *d* possuem carga de positividade. O da letra *c* tem força negativa. Eles, embora se apresentem, aparentemente, contraditórios, devem ser provados pela parte requerente de forma indubitável. O convencimento do juiz a respeito deve ser firmado com base no exame do conteúdo material depositado nos autos, sem necessidade de se valer de extensão probatória, salvo, em casos excepcionais, de uma cognição sumaríssima, embora não prevista em lei, porém, pautada, no meu entender, no poder geral de cautela do juiz, em seu sentido lato.

O estudo do desdobramento dos referidos pressupostos nucleares para o êxito da medida exige do doutrinador e do aplicador da norma, este ao se deparar com situações concretas, que busquem a fixação de conceitos sólidos sobre cada um deles, especialmente, sobre o que se deve entender, no seio do nosso ordenamento jurídico, por:

- prova inequívoca;
- verossimilhança das alegações;
- perigo de irreversibilidade do provimento antecipado;
- abuso de direito de defesa;
- manifesto propósito protelatório do réu;
- fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

3.1. Prova inequívoca. Conceito

A respeito do conceito de prova inequívoca, colho, primeiramente, a lição de Carreira Alvim, *in Ação Monitória. Temas Polêmicos da Reforma Processual*, Del Rey, 1995, p.164:

"Postas essas premissas, pode-se concluir que prova inequívoca deve ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável, ou, em outros termos, cuja autenticidade ou veracidade seja provável."

De igual modo, entendeu Ernane Fidélis dos Santos, na obra já citada, p.31, que:

"Prova inequívoca não é prova preconstituída, mas a que permite, por si só ou em conexão necessária com outras também já existentes, pelo menos em juízo provisório, definir o fato, isto é, tê-lo por verdadeiro. Exemplos: a qualidade de funcionário público do autor, a prova contratual do negócio, a transcrição provando a propriedade, o acidente informado por exame pericial, a lesão por auto de corpo de delito, etc."

Interessante anotar, no trato do tema prova inequívoca, a divergência instalada entre os pensamentos de Cândido Dinamarco e Calmon de Passos sobre tal pressuposto para a concessão dos efeitos da tutela antecipada. O último entende que a prova inequívoca há de se apresentar com a mesma carga de potencialidade com que há de ter para servir à decisão final procedente. O primeiro defende que não há necessidade desse extremo probante, sendo necessária, apenas, a revelação suficiente da solução do fato.

Os renomados mestres cuidaram, assim, da questão:

Cândido Dinamarco (*A Reforma do Código de Processo Civil*, Malheiros Editores, 2ª edição):

“Para chegar ao grau de probabilidade necessária à antecipação, o juiz precisará de uma instrução que lhe revele suficientemente a situação de fato, não é o caso de chegar às profundezas de uma instrução exauriente, pois esta destina-se a propiciar grau de certeza necessário para julgamento definitivo, não provisório, como na antecipação da tutela. Tratar-se-á de uma cognição sumária dimensionada segundo o binômio representado:

- a) pelo menor grau de imunidade de que se reveste a medida antecipatória em relação à definitiva;
- b) pelas repercussões que ela terá na vida e patrimônio dos litigantes.

Conclui:

“O reduzido nível de imunidade das decisões concessivas de tutela antecipada (sua provisoriedade) não é motivo para descuidar das atividades instrutórias inerentes à indispensável cognição sumária. A

probabilidade exigida pela lei ao falar em prova inequívoca significa que até a algum grau de investigação o juiz deve chegar. Decidirá a luz dos documentos que estejam nos autos e, fazendo valer seus poderes instrutórios, de ofício ou a requerimento, determinará a realização das atividades probatórias que em cada caso sejam convenientes. Aplicam-se as regras ordinárias sobre distribuição do ônus da prova (art. 333), embora não precise o autor levar o juiz a níveis absolutos de convicção sobre os fatos constitutivos.”

Calmon de Passos (*Inovações no Código de Processo Civil*, Forense):

“Falando a lei em prova inequívoca da alegação, ficou em mim a dúvida: é possível prova inequívoca da alegação que autoriza a antecipação, quando seja ela insuficiente para autorizar a decisão de mérito? A prova para a antecipação é uma prova menos robusta ou menos inequívoca que a exigida para a decisão do mérito? Minha resposta é negativa. A antecipação da tutela, ora disciplinada, reclama, para que seja deferida, já seja possível decisão de mérito, à qual se deseja acrescentar o benefício da antecipação, para que se torne, de logo, provisoriamente exequível. Não se cuida de um passe de mágica em favor da tão endeusada celeridade, efetividade, deformalização e outros “*vapty vupts*” processuais. O que se fez, em boa hora, foi permitir, nos casos excepcionais indicados, que a decisão de mérito seja de logo exequível, pouco importando, no caso, o efeito suspensivo do recurso, que será afastado em face da antecipação, autorizada em razão da presença dos pressupostos que o artigo 273 do Código de Processo Civil fixou em seus incisos I e II.”

Os efeitos da tutela antecipada não podem ser concedidos em prova que não seja plena. Há de ser sustentada em fatos insuscetíveis de quaisquer modificações no futuro. A verdade há de estar presente e de se configurar com a mesma carga probante necessária para a sentença final. É inadmissível, a meu pensar, que os efeitos da antecipação da tutela sustentem-se em probalidades probantes, mesmo intensas, porque o que se antecipa já é o próprio mérito.

3.2. Verossimilhança das alegações. Conceito

Intensos debates têm sido travados para se fixar um conceito horizontal sobre *verossimilhança das alegações*. As dificuldades começam a se acentuar quando, etimologicamente, sabe-se que o termo *verossimilhança* significa aquilo que não é o verdadeiro, mas o que parece ser verdadeiro. Outra colocação feita pelos doutrinadores com absoluto acerto é a de que *verossimilhança* é mais do que o *fumus boni iuris*. Na verdade, partindo-se do sentido eminentemente vocabular do termo, há de se compreender como conceito objetivo que tal pressuposto contenta-se, apenas, com alegações que se aproximem da verdade, embora não se tenha uma posição definitiva a respeito das mesmas. Permite, assim, que o réu demonstre a inexistência de tal possível verdade.

Ocorre, porém que a firmiação de um convencimento sobre alegações dotadas de *verossimilhança* não se apresenta como sendo fácil de ser encontrada, esse dilema não passou despercebido por Carreira Alvim. Em sua obra já citada (*Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual*), p. 155, adverte:

“Bastam essas posições doutrinárias de dois expoentes do direito, no campo de suas especialidades, para se constatar que o conceito de *verossimilhança* depende do subjetivismo de cada autor, e continuará a depender do de cada juiz, no momento de decidir sobre o pedido de antecipação da tutela. O que é *verossímil* para um, pode ser para outro, dependendo do grau de percepção individual. A propósito, observa Calamandrei que “o juízo de *verossimilhança* ou *inverossimilhança* deixa logicamente uma margem à indagação: o que aparece semelhante à verdade (*simile al vero*) pode ser só ilusão: e vice-versa, o *inverossímil* pode ser verdade”.

Pelo visto, o juízo de *verossimilhança* aproxima-se de um juízo de probabilidade. Cabe, então, ao juiz avaliar as alegações e concluir pela sua aproximação com a verdade, em face dos princípios e regras do ordenamento jurídico, especialmente, no que toca à situação concreta examinada.

A construção jurisprudencial há de contribuir, no curso do tempo, para fixar a extensão do conceito de *verossimilhança das alegações*. O que não deve o juiz exercitar é uma política de completa aversão a esse estado das alegações feitas pelas partes, pois, assim se posicionando, está inviabilizando a aplicação da tutela antecipada. A adoção de critérios deve ser cumprida, porém, critérios que atentem para o conteúdo da norma, isto é, para o sentido que ela inspira, o de que a alegação bem próxima da verdade deve ser valorizada.

3.3. Perigo de irreversibilidade do provimento antecipado

A doutrina tem procurado traçar limites para o que se deve compreender por perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Carlos Eduardo de Fonseca

Passos, em artigo intitulado *A Tutela Antecipada na Reforma do CPC*, In *Seleções Jurídicas – ADV – abril/95*, p.11, ao se debater com tema, expõe a sua compreensão no sentido de que por tal se deve entender a situação em que o provimento antecipado da tutela, ao ser concedido, possa acarretar a impossibilidade do retorno ao **status quo ante** isto é, apresentar-se com caráter absolutamente satisfativo, provocando um estado desastroso para o réu.

Penso que o conceito supra atende à finalidade da intenção legislativa ao não permitir a antecipação da tutela quando ficar caracterizada a possibilidade de perigo irreversível, em seus efeitos.

Há de se considerar que foi uma medida de prudência estabelecida pela lei, visando, unicamente, a proteger o demandado.

Em face da perspectiva a ser alcançada pela norma na proibição de não se conceder os efeitos da tutela antecipada quando tal perigo apresentar-se, há de se adotar uma postura interpretativa de extensão restrita a respeito da dicção do texto, pelo que não é aconselhável procurar amenizar a rigidez impositiva do seu conteúdo.

Há de o intérprete ter em consideração que é o escopo da lei evitar a simples possibilidade de dano irreparável, contribuindo, assim, para que o direito de defesa do demandado permaneça íntegro.

O ânimo de se entregar uma prestação jurisdicional célere, em atendimento ao reivindicado no momento pela sociedade, não deve superar a possibilidade de um simples dano irreparável ao réu. É mais prudente o sacrifício do primeiro objetivo do que infringir o direito de defesa do demandado, impondo-lhe um prejuízo.

Um exemplo vem sendo mencionado pela doutrina para bem explicar a prudência com que deve atuar o juiz ao se deparar com a possibilidade de perigo irreversível no provimento antecipado.

Tome-se em consideração a situação em que *José*, locador, notificou *Antônio*, locatário, para que desocupe um determinado imóvel dado em locação não residencial, no prazo de 30 dias. Houve, após a recusa de cumprimento da notificação, o ajuizamento da ação de despejo. De acordo com a legislação vigente, em princípio, cabe o deferimento, se houver pedido, dos efeitos da tutela antecipada, porque:

- a) há prova inequívoca da pretensão;
- b) há cópia do contrato de locação comprovando o seu termo final e não se apresenta nenhum obstáculo para a sua caracterização;
- c) a notificação foi regularmente expedida por autoridade competente e cumpriu-se o prazo legal;
- d) haverá abuso de direito de defesa por parte do locatário, porque inexistente qualquer justificativa para o não-cumprimento do prazo contido na notificação;
- e) há, porém, irreversibilidade do provimento antecipativo, o que deve conduzir o convencimento do juiz a um estado de cautela, não o concedendo.

A doutrina, no momento atual, busca fixar o melhor critério para se apurar o conceito da irreversibilidade do provimento antecipado.

Amparado pelos ensinamentos de vários expositores sobre o tema, especialmente Carreira Alvim, concordo com os que defendem a adoção de critérios formados pelos elementos seguintes:

- a) deve o juiz verificar, primeiramente, a possibilidade real de o autor, recebendo os efeitos da tutela antecipada, provocar dano ao réu;
- b) no exame dessa possibilidade não deixar de atuar em um campo compreendido pela probabilidade e pela proporcionalidade, analisando-as de forma concreta e dentro do círculo formado pelos fatos presentes na demanda ou que dela se irradiam;
- c) adotar o julgador uma postura para buscar, realmente, se o direito do autor é o mais provável e o bem jurídico reclamado é de maior valor do que os efeitos produzidos pela demora na solução do litígio;
- d) interpretar-se os efeitos da tutela antecipada, quando requerida, **cum grano salis**, não se descuidando, contudo, da sua finalidade.

Há, porém, como bem anotado por Carreira Alvim nas obras publicadas onde o tema foi enfrentado, situações irreversíveis que obrigam o juiz a conceder os efeitos da tutela antecipada, sob pena de frustrar a entrega concreta do direito perseguido.

Exemplos, entre outros:

- a) para salvar a vida de um paciente, pede-se ao juiz autorização para a sua perna ser amputada, tendo em vista negação da família por motivos religiosos, etc.;
- b) a necessidade da demolição de um prédio, tendo em vista ser imperioso o resguardo da saúde, da segurança ou outro interesse público.

3.4. Abuso de Direito de Defesa

Caracteriza-se quando a parte postula contra lei, de modo inequívoco, visando a, unicamente, protelar a entrega da prestação jurisdicional.

Exige-se, também, que a sua atuação se apresente com visível má fé, não só por se insurgir contra texto expresso da lei, mas, também, por ir de encontro a fatos incontrovertidos.

Jorge Pinheiro Castelo, escrevendo sobre o tema, *in Da Tutela Antecipada no Processo Trabalhista – Primeiras Considerações*, In Ltr. – Vol.59, nº 10, out 95, p. 1.352, menciona um exemplo que bem caracteriza esse abuso de direito de defesa. É a situação em que alguém apresenta reclamação trabalhista postulando o pagamento de títulos resiliáveis constantes do termo de rescisão contratual que foi homologado, com a ressalva de que não houve pagamento dos mesmos, mas apenas para possibilitar o levantamento do FGTS. Por ocasião da contestação alegou-se pagamento, sem qualquer prova. Em tal situação, caracterizado está o abuso de direito de defesa, por nada ter a ser alegado, cabendo, portanto, o deferimento dos efeitos da tutela antecipada.

Há, porém, de se verificar cada situação tendo os olhos voltados para a amplitude do sistema jurídico e a integração de suas normas.

Dentro dessa postura, não se pode considerar abuso do direito de defesa, se alguém postula contra lei, mas sob o fundamento de que ela é inconstitucional, porque, mesmo sendo eficaz a norma, antes do reconhecimento desse vício, não age com sentido de litigar por má fé quem busca tirar-lhe do mundo jurídico.

Em uma outra situação onde a parte, muito embora apresentando pretensão contra texto expresso

da lei, não se considerou prática de abuso de direito de defesa, porque ela fincou-se em interpretação, muito embora diversa, da que foi dada pelo juiz. A respeito, assim decidiu a 1ª Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça, no RESP. nº 21.185-6-SP, relatado pelo eminente Ministro César Asfor Rocha, em 27.10.93, conforme DEU de 23.11.93:

"Não caracteriza má fé a litigância só porque a parte emprestou a determinado dispositivo de lei ou a certo julgado uma interpretação diversa da que neles efetivamente contidas ou desafeiçoado ao entendimento que lhes dá o juízo".

A afirmação de um entendimento sobre abuso de direito de defesa não pode ser desenvolvida sem a sublimação do princípio da boa fé que deve presidir sempre os atos processuais e as relações entre as partes no processo.

3.5. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Esse requisito exigido para ser analisado na apreciação de pedido relativo a efeito de tutela antecipada está vinculado aos pressupostos que devem estar presentes para o êxito de medida cautelar. Uma síntese bem apertada revela que para a sua caracterização exige-se o reconhecimento do **periculum in mora** e do **fumus boni iuris**, o que demonstra, como já afirmado, a sua feição cautelar.

O **periculum in mora** leva a um estado de receio de dano irreparável ou de difícil reparação. O **fumus boni iuris** a um patamar provocador de que tal receio seja plausível no círculo do ordenamento jurídico em vigor.

Dentro desse quadro, a prevalecer a posição da doutrina tradicional, injustificável a concessão de cautelar objetivando a sustação de protesto de título. De fato, há de ser considerado que o efeito principal buscado para a desconstituição do título não sofra qualquer risco de ineficácia. No fundo, o pretendido em medida de tal qualidade é salvaguardar um determinado interesse material da parte, no caso, que seja evitado o abalo de crédito.

Tem-se buscado assentar um entendimento solidificado sobre o termo "receio" presente na lei. Carreira Alvim, em sua obra já vasta sobre a Reforma do Código de processo Civil, acentuou, de modo que considero plenamente aceitável, que a referida expressão "traduza apreensão de um dano ainda não ocorrido, mas prestes a ocorrer, pelo que deve ser fundado e vir acompanhado de circunstâncias fáticas objetivas, a demonstrar que a falta da tutela dará ensejo à ocorrência do dano, e que este seja irreparável ou, pelo menos, de difícil reparação".

Há de se concordar com os que afirmam que receio é sentimento de índole abstrata, significando o "temor justificado, que possa ser objetivamente demonstrado com fatos e circunstâncias e não apenas uma preocupação subjetiva" (Sidney Sanches).

Há, outrossim, de se homenagear, ao se fixar entendimento sobre a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a força de que o princípio da necessidade exercita, em toda a sua plenitude, na procura de implantar os seus efeitos. Com base nele, há de se considerar que o risco de dano irreparável ou de difícil reparação capaz de permitir antecipação da tutela é o de forma concreta, atual e

grave. Inadmissível aceitar o que se apresenta baseado em hipótese ou em qualquer estado de eventualidade ou, embora grave, não é iminente.

4. Incontrovérsias e controvérsias sobre os efeitos da antecipação da tutela, em forma de enunciados

Na impossibilidade de um detalhamento sobre aspectos controvertidos e incontrovertidos relativos aos efeitos da antecipação da tutela, pelos limites impostos ao presente trabalho, passo a enumerar, em forma de enunciados, expressões resumidas de meu entendimento, aspectos que considero com tais características:

Enunciado 1: Carece de interesse processual aquele que, via cautelar, presentes os pressupostos legais desse processo, postule, em processo autônomo, a antecipação do mérito, já que a lei permite, expressamente, que tal pedido formule-se no processo de conhecimento.

Enunciado 2: Na hipótese de ser concedida a antecipação por abuso de direito de defesa do réu, a liminar pode ser conferida **initio litis**, sem o contraditório, segundo uma corrente. Não pode ser concedida, só após a apresentação de defesa, conforme uma outra corrente.

Enunciado 3: Em caso de manifesto propósito protelatório do réu, a liminar deve ser deferida mesmo sem pronunciamento dele acerca da pretensão.

Enunciado 4: Prova inequívoca é aquela que independe de prova pericial e oral, para que fique demonstrada de forma cabal a justeza da pretensão, bastando, assim, a prova documental que instrui a inicial.

Enunciado 5: De acordo com o § 2º do art. 273, a tutela não será concedida se for impossível o retorno ao **status quo ante**, isto é, tiver caráter absolutamente satisfativo.

Enunciado 6: Não há possibilidade da fungibilidade da medida. O juiz não pode outorgar tutela diversa da pedida. Aplica-se o princípio segundo o qual é vedado o julgamento **extra petita** conforme dita o art. 460 do CPC.

Enunciado 7: Não há tutela fungível, segundo opinião de alguns autores, nos casos do inciso I do art. 273 do CPC, por ter natureza cautelar.

Enunciado 8: A concessão ou negação da tutela antecipada há de ser fundamentada, de modo claro e preciso, com exposição das razões do convencimento.

Enunciado 9: É possível ser deferida justificação judicial para a concessão dos efeitos da tutela antecipada, tanto para os casos do inciso I ou do inciso II do art. 273 do CPC.

Enunciado 10: O pronunciamento que antecipa ou não a tutela suporta agravo de instrumento.

Enunciado 11: A decisão sobre os efeitos da tutela antecipada pode ser revogada ou modificada. A revogação pode ser declarada de ofício, procedimento novo em nosso sistema processual, por se permitir a revisão de decisão interlocutória, ocorrendo, assim, uma subversão do princípio da preclusão (art. 273, § 4º). Para ser modificada exige-se pedido expresso do litigante interessado, aspecto que se afasta do princípio contido no art. 743 do CPC, que proíbe à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito operou-se a preclusão.

Enunciado 12: O juiz não pode conceder de ofício a tutela antecipada.

Enunciado 13: O pedido de antecipação da tutela deve ser processado no bojo do processo, conforme defende Cândido Dinamarco, pelo que não há de se autuar a petição própria de forma apartada dos autos.

Enunciado 14: Pode haver iliquidez na concessão dos efeitos da tutela antecipada, exigindo-se, assim, a sua liquidação prévia para ser executada.

Enunciado 15: No âmbito do Tribunal a tutela não pode ser concedida pelo relator. Só pelo órgão colegiado.

Enunciado 16: A tutela antecipada em ação contra a Fazenda Pública, onde é obrigatória a remessa da decisão condenatória de mérito, não exige confirmação pelo tribunal **ad quem**. Há divergência doutrinária. Calmon de Passos pensa em contrário.

Enunciado 17: Não pode haver deferimento de efeitos antecipados de tutela no dissídio coletivo trabalhista, por inexistir direito material em apreciação e existência, conseqüentemente, de relação jurídica concreta. No dissídio coletivo, conforme dicção do art. 114, § 2º, da CF, o Tribunal estabelece, apenas, normas de conduta. A concessão dos efeitos da tutela antecipada só pode ocorrer, se presentes os pressupostos exigidos para tal, depois da sentença normativa ser publicada.

Enunciado 18: Pode haver a concessão dos efeitos da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Expedese, se for o caso, por exemplo, a ordem de repetição indébito, e prepara-se o precatório. Apenas, o juiz não transmite a propriedade do bem, isto é, não faz uso da verba posta no orçamento. Há corrente contrária:

Francisco Conte, procurador do Rio de Janeiro, in *Advocacia Dinâmica*, 25.06.95.

Enunciado 19: Cabe à Junta de Conciliação e Julgamento e não ao Juiz apreciar antecipação da tutela.

Enunciado 20: Em caso de efeitos da antecipação da tutela concedida pela Junta de Conciliação e Julgamento o recurso cabível é Correição Parcial ou Mandado de Segurança.

Enunciado 21: Segundo Teori Albino Zavasck, Juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e Prof. de Processo Civil da UFRGS, in *Antecipação da Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais*, AJURIS nº 64, pp.395 e segs., há premissas de natureza constitucional a prestigiar os efeitos da tutela antecipada, a saber:

- a) o princípio da necessidade, segundo o qual a "regra de solução (que é limitadora de direito fundamental) somente será legítima quando for real o conflito, ou seja, quando efetivamente não for possível estabelecer um modo de convivência simultânea dos direitos fundamentais sob tensão";
- b) o princípio da "menor restrição possível ou da proibição de excessos, associado ao da proporcionalidade, segundo o qual a restrição a direito fundamental, operada pela regra de solução, não poderá ir além do limite mínimo indispensável à harmonização pretendida";
- c) o princípio da "salvaguarda do núcleo essencial, segundo o qual não é legítima a regra de solução, que, a pretexto de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais, opera a eliminação de um deles, ou lhe retira a sua substância elementar";

- d) o princípio da segurança jurídica;
- e) o princípio da necessidade que não permite o abuso de direito.

5. Alguns casos práticos

Último as minhas reflexões breves sobre os efeitos da tutela antecipada registrando quatro casos práticos:

- a) hipótese de responsabilidade civil, em que a postulante, por via cautelar, alegando trafegar de carro com vários amigos, declarou ter sido lançada da estrada de ferro, paralela à avenida onde vinha o veículo, uma enorme pedra que atingiu o vidro dianteiro do seu veículo, que, desgovernado, bateu em um poste matou o motorista e causou sérias lesões na autora. Esta pediu a concessão de liminar para que lhe fossem pagos dois salários mínimos pelo prazo de 6 (seis) meses, verba esta para acompanhante, de forma a ajudá-la em suas necessidades diárias. O Juiz Carlos Eduardo de Fonseca, do Rio de Janeiro, deferiu o pedido. (*In Seleções Jurídicas – ADV – abril/95, p.9*);
- b) promitente comprador adquire determinado imóvel ocupado por terceiro. Este é notificado para desocupar em determinado tempo. Não o faz por saber que só uma ordem judicial pode tirá-lo do referido bem.

A imissão de posse, no caso, tem procedimento ordinário ou sumaríssimo, de acordo com o valor da relação jurídica discutida em juízo. Impossível, nesta oportunidade, no início da ação, a concessão da liminar. Ocorre que, depois da sentença ser proferida, embora

com apelação recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo, o invasor resiste. Criou-se uma nova situação onde se apresenta flagrante abuso de direito de defesa, a permitir o deferimento dos efeitos da tutela antecipada;

- c) antecipação de despejo em acordo não cumprido. É sabido que o juiz pode conceder liminar, com prazo de 15 dias, se o locatário, após ter acordado, não desocupar o imóvel após o prazo de seis meses. É a regra do art. 9º, 1, da Lei nº 8.245/91. Exigem-se, para tanto, três requisitos:
 - c.1) resilição efetuada por escrito;
 - c.2) prazo de seis meses acordado;
 - c.3) duas pessoas para testemunhar o fato.

Obs.: Entendo que se pode aplicar o art. 273 do CPC, não só na situação acima expressada, bem como em ação de despejo resilida com prazo inferior a 6 meses.

Registro que o egrégio Tribunal de Alçada de São Paulo, em seu Enunciado nº 31, não tem a mesma opinião.

- d) é admissível a concessão dos efeitos da tutela antecipatória de reintegração de empregado que tenha garantida alguma forma de estabilidade ou garantia no emprego, particularmente em se tratando de grande empresa, onde se afasta a possibilidade da existência de constrangimento insuportável e, mesmo de prejuízo face o serviço prestado.

6. Conclusões

A entidade *efeitos da tutela antecipada*, hoje sendo uma realidade em nosso sistema processual civil, deve merecer acolhimento sem reservas pelos operadores do direito, especialmente, os responsáveis pela aplicação e interpretação da norma jurídica material positivada, no exercício da função jurisdicional.

Há, contudo, que se adotar uma postura de cultivo dos elementos doutrinários e jurisprudenciais a seu respeito, todos contribuidores para o seu aperfeiçoamento, explorando os aspectos axiológicos que se inserem em sua estrutura.

A ocorrência, por exemplo, de desvio da sua finalidade, por abuso de sua concessão sem consistência jurídica, provocará, com certeza, o desprestígio da sua função e resultará em adotar reações contra os seus efeitos, impondo-se rigidez interpretativa para o reconhecimento dos seus pressupostos.

Cabe, então, que o atuar do advogado e dos juízes seja prudente e vinculado a um estágio de prestígio aos pressupostos exigidos para a concessão dos efeitos da tutela antecipada, só tornando-a eficaz e efetiva quando, na verdade, todo o querer do dispositivo legal que a contém, art. 273 do CPC, em seus vários aspectos, faça-se presente.

Do mesmo modo como se condena qualquer resistência à sua concessão, sem fundamentação científica, exigindo-se mais do que a intenção legislativa concretizada impõe para o seu deferimento, há, também, de se repelir o abuso do seu acolhimento, sem fundo de direito, por tal provocar.

AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO. DESTAQUE NO DIREITO CAMBIÁRIO (ENRIQUECIMENTO ILÍCITO)

José de Moura Rocha

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE. Professor titular dos cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife - UFPE.

1. Quando nos deparamos com o direito de ação apresentando-se como direito "autônomo" e, também, como "abstrato" somos obrigados e levados a ampliar o nosso pensamento para afirmar não se constituir a "ação" violação de direito preexistente e de caráter material. Isto porque é a "ação", exatamente, a busca da tutela pleiteada junto ao Estado, à obrigação, por exemplo, assumida por alguém.

Complementado esta afirmação, cumpre-nos lembrar, não se poder generalizar toda a problemática posta em torno desta "ação". Nem sob forma flexível, nem, muito menos, sob forma rígida. Mas, admitimos estarmos presos a princípios que permitirão alguma flexibilidade ou rigidez quando chamados a considerá-la no universo jurídico. Caímos nesta realidade quando encaramos problemas que surgem aparentemente, mas só aparentemente, sendo resolvidos pelo direito material. Por quê? Porque, na realidade, estão a exigir solução processual.

Na verdade, temos o processo instrumentalizado avançando sobre matéria que se acreditava encontrar

completamente fora de sua atuação ou de seu conhecimento. O referido avanço foi de tal ordem que não tememos afirmar: fez surgir a predominância estatal. E será sob este aspecto que se torna possível a explicação de certas figuras contratuais, quando a emissão da vontade de um dos contratantes exterioriza-se de maneira *coativa*, por imposição do juiz, órgão, por excelência, do poder "estatal".

Alfredo BUZAI, em "Ação Renovatória"¹ oferece posicionamento de DEQUELDRE que muito bem traduz o afirmado. Parte ele da idéia de que "as locações comerciais são submetidas a um estatuto legal, porque o legislador crê num período de crise imobiliária quando os proprietários do imóvel impõem sua vontade aos locatários" para afirmar que "A Lei de 30 de junho de 1926 criou um direito novo de propriedade; pelo menos ela completa e protege os direitos do comerciante sobre o seu fundo. Sob este aspecto, ela tem caráter de ordem pública." Continuando, escreve o professor BUZAI: "Os direitos de ordem pública se distinguem dos que não são, porque, nestas leis, a vontade é importante para limitar ou condicionar os efeitos da lei. Estes efeitos se deduzem automaticamente duma situação de fato determinada, pouco importando que a situação de fato seja o produto de circunstâncias independentes, de um concurso de vontades ou, ao contrário, seja o efeito de um acordo." Seguindo esta trilha, podemos apontar, no Brasil, a chamada Lei de Luvas com os seus efeitos sendo considerados de ordem pública face o disposto no seu artigo 30.

Tudo isto também acontece com as cambiais talvez porque, conforme lembra Hernani Estrela no seu

1 vol. I, pg. 137.

estudo sobre a Ação de Locupletamento:² "se está alargando desmedidamente a esfera da incidência do direito público, em detrimento do direito privado, do qual se vão arrancar institutos que neste tiveram espontânea germinação, progrediram e deveriam continuar a sua natural evolução, sob o influxo benéfico de construções doutrinárias, elaboradas ao calor de concepções eruditas e refletidas", podemos dizer: especificamente, as concepções sobre os títulos de crédito.

Como que numa preliminar, apreciamos ensinamento de PONTES DE MIRANDA. Estudando a matéria sentiu o problema e de maneira definitiva destaca em "Letra de Câmbio"³ a existência de bens da vida que, entre tantos, constituem direitos que se conservam insubjetivados. São considerados assim? Por que "ainda, ou só os garante o direito objetivo?" Acrescentaria não se poder falar em direito subjetivo pelo fato de ser esta individualização de posição jurídica, reconhecimento de que alguém, a que o direito objetivo concede ou consagra tal posição, pode invocá-lo. Não como sujeito ativo (a titularidade objetiva também o pode, como se reclama aos guardas do jardim a livre abertura dos portões, ou a retirada do automóvel que embaraça a estrada), e sim como sujeito ativo em que precisou-se o direito, fazendo-se "linha", em vez de uma das linhas indefinidas da superfície, localizou-se tornando-se invocável e realizável na esfera individual. A tudo isto acrescentaria Pontes de Miranda: "Outros direitos subjectivam-se com aquele **plus** a que nos referimos".

2 pg. 14.

3 3. vol. I, pg. 365.

Caberá aos sistemas jurídicos precisar as linhas divisórias apontando o campo dos direitos subjectivados e dos direitos não – subjectivados.

Quanto à letra de câmbio deve-se atentar para o fato, essencial, de que o direito subjectivo tende à prestação. Paralelamente, a ação (supondo-se haver transgressão à norma) “constitui outro plus, tendendo, não à prestação só, mas aos efeitos jurídicos específicos”. Por causa de tudo isto, insistindo no ensinamento de PONTES DE MIRANDA⁴: “O possuidor da letra de câmbio tem direito subjectivo contra o aceitante e contra os outros obrigados cambiários. Tem-no, desde que a relação possessória nasceu. No momento em que o aceitante não paga, ou abre falência, tem contra ele o possuidor a ação cambiária. Se não leva o título ao protesto, perde o direito subjectivo cambiário contra os obrigados de regresso. Se leva a protesto, o seu direito subjectivo cambiário persiste e a ação nasce.” para concluir “Por onde se vê que o direito subjectivo cambiário é um direito privado, criado pela lei cambiária, e que é também ação cambiária.”

Conseqüência de tudo isto é podermos considerar os títulos de crédito sob inspiração processualística sempre que nos deparamos com duas ações:

- a) a que se origina da relação fundamental;
- b) a que se origina do negócio cambiário.

Uma outra conseqüência que pode ser considerada como decorrente da colocação do problema nestes termos será o surgimento da chamada INOPONIBILIDADE das exceções. Note-se que estas conseqüências surgem sob contornos bem delineados. Para melhor

entendimento do problema lembremos, por exemplo, que da abstração do título de crédito gera-se uma limitação relativamente à **causa petendi** devido à presunção (esta, por sua vez, devido à abstração e da qual surge como fruto) de certeza oriunda do escrito, da formulação do título. A referida presunção irá prevalecer até que exista alguma demonstração ou conclusão judiciária.

Tal como se fez quanto à ação renovatória é, mister que se considere um pouco algumas características da cambial, principalmente devido ao fato da exteriorização da forma *coativa* do juízo. Aqui, esta força surge com maior força e, assim, deve-se indagar o porquê deste fato. PAULO DE LACERDA, na “A CAMBIAL”⁵ lembra: “ser a cambial, no uso moderno, um compromisso unilateral de pagamento à circular; assim é título representativo de um valor e exprime a resultante econômica, efetiva ou esperada, não importando de que contrato, ou operação. Consiste numa promessa de reembolso lançado ao gira; é o crédito pessoal em circulação. Embora esta conceituação encontre-se em publicação antiga, parece-nos excelente forma de apresentar o fenômeno “CAMBIÁRIO”. Deve, por outro lado, ser destacado que devido à providencial mobilidade desses títulos (cambiais) determina-se a impossibilidade de se encontrar, aí, qualquer **animus novandi** e isto porque, qualquer que seja o ato cambiário seguinte (emissão, endosso, etc.), fruto que é de obrigação anterior, não se lhe altera a natureza. Também deve ser considerado que ao deixar de figurar o título cambiário como simples permuta de moeda por moeda, tomou ele feição de **TÍTULO DE**

4 4. op. cit. pg. 365.

5 pg. 11.

CREDITO "rigoroso na estrutura, fortíssimo nas obrigações que demonstra, aparelhado de todos os meios indispensáveis à facilidade e segurança de circulação e à rapidez e certeza de execução", no ensinamento de PAULO DE LACERDA⁶.

2. Partindo desse posicionamento, consideremos um pouco da sua evolução histórica.

Ultrapassada a fase do Código Comercial de 1850 (com a revogação de todo o seu capítulo XVI), a Lei nº 2044 de 31 de dezembro de 1908 instituiria somente duas espécies de cambial (artigos 1º ao 54 – a cambial e a nota promissória) e assim retirava o caráter cambiário "a todos os outros instrumentos que tinham, segundo a legislação revogada e substituída", utilizando palavras de PAULO DE LACERDA⁷. A estas duas espécies há de se acrescentar o cheque por força do Dec. 2591 de 7 de agosto de 1912, no art. 15, remetendo-o no que for aplicável à Lei 2044.

Conferia-lhe, inclusive, ação executiva.

Hoje temos a Lei do Cheque, de nº 7357 de 2 de setembro de 1985 com a possibilidade de ação de enriquecimento (art.61) em dois anos (parecendo-nos ser prazo prescritivo).

Estes títulos encontram como sua maior e principal característica a de gerar a obrigação de prestar uma certa soma de dinheiro. Na *cambial*, especializa-se uma *ordem de pagamento* existindo, portanto, *quem dá esta ordem*, existindo, também, as pessoas *contra quem e a favor de quem é dada*. Já na *nota promissória* há a especialidade numa *promessa de pagamento*: há

6 pg. 15

7 pg. 13

quem promete e a pessoa *a favor de quem é prometida*. (Vejam-se os artigos 1º e 75 da Lei Uniforme para Letras de Câmbio e Notas Promissórias). Referentemente ao Cheque veja-se o art. 1º da Lei Uniforme.

Facilmente vai se notar a importância que esses títulos possuem neste mundo em que vivemos. Realmente, circulam **pari passu** com a própria moeda e com as suas características próprias, peculiares. Esta importância fora salientada, já, por PAULO DE LACERDA⁸ ao destacar: "...oriunda da especialização cambiária, redunda nisto que aqueles que sacam e transmitem a letra de câmbio são responsáveis pelo aceite da ordem e garantem seu pagamento para com o sacador, endossadores e avalistas; quem emite a nota promissória responde pelo pagamento, cuja promessa é feita, desde logo, àqueles que a transmitem, garantindo a efetividade do pagamento".

Interessante é salientar não existir aí qualquer firma inútil ou irresponsável (Paulo Lacerda escreveria não "há firma inútil ou irresponsável na cambial").

3. Pelas conotações encontradas nesses títulos é óbvia a observação a ser feita no sentido de existir um sem número de peculiaridades acompanhadas das mais diversas conseqüências. Na verdade, se inúmeras são as conseqüências econômicas encontradas nesses títulos cambiários, não menores serão as conseqüências de ordem jurídica.

Estender-se-ia além do mundo estrito cambiário para alcançar o mundo amplo das obrigações.

Merecedor de destaque: o enriquecimento ilícito.

8 pg. 15/16

CLOVIS BEVILAQUA, no Direito das Obrigações⁹ assinala que nas fontes romanas "o enriquecimento ilegítimo é geralmente indicado como lucro **sine causa**, que origina a obrigação de restituir". Bevilaqua acrescentaria, com imensa propriedade que "O que se locupleta com o alheio, está na posição de quem toma alguma coisa por empréstimo; tem de restituí-la. Para esse efeito foi criado o **judicium stricti juris** das **conditiones**".

As razões possibilitantes de enriquecimento ilegítimo determinaram as **conditiones sine causa**. Fundavam-se no enriquecimento injusto e, assim, certamente encontraremos aí a origem da ação de locupletamento.

As **conditiones** fundadas no enriquecimento injusto, como dissemos antes, **conditiones sine causa** eram, entre outras:

- a) **condictio indebiti** – direito de se exigir o que se pagou indevidamente;
- b) **condictio causa data non secuta** – direito de se reclamar o que se deu com o intuito de se alcançar um fim que não se realizou;
- c) **condictio sine causa** (em sentido estrito) – direito de se acionar, por exemplo, aquele que sem estar autorizado vende coisa fungível de outrem e guardou o preço;
- d) **condictio ob finitam causam** – que aparece quando a razão, em que se fundava o direito do adquirente, cessou de existir;
- e) **condictio furtiva** – imaginada contra ladrão;
- f) **condictio ob turpem causam** – que tinha por fim elidir as aquisições contrárias à moral ou vedadas pelos bons costumes;

⁹ pg. 112 e ss

- g) além destas indicadas, outras **conditiones** existiam como, exemplificando, a **condictio possessionis**.

Bevilaqua depois de indicar as diversas causas destacadas nesses casos todos, não existe nem título justo, nem uma razão jurídica servindo de base à aquisição. Por isso, o direito não a protege, não a defende e acrescenta: "Ao contrário arma o prejudicado, pelo enriquecimento ilícito, de uma ação contra o favorecido por ele".

Nesta altura, é necessário precisar o conceito de ausência de causa (**sine causa**), ainda no direito romano.

No Direito Romano esta **sine causa**, ou seja, "ausência" de causa, implicava a ausência de um título reconhecido juridicamente e que serviria de base à aquisição. Característica própria do Direito Romano será a de que a questão da causa não se referia à teoria das obrigações (na verdade, estas poderiam se constituir, poderiam se contrair até mesmo sem causa). A questão da causa dizia respeito à questão da propriedade ou da posse uma vez que ninguém podia exercer direitos de propriedade ou de possuidor sem um título, quer dizer, sem uma razão que a lei reconhecesse valor¹⁰.

4. Saltando para o direito brasileiro temos o problema sendo posicionado no sentido de ser o enriquecimento ilícito uma modalidade do ato ilícito "pelo qual fica obrigado à restituição a pessoa que, sem justa causa, aumenta seu patrimônio à custa alheia".

¹⁰ cf. Clóvis Bevilaqua, op. cit. pg. 112

JORGE AMERICNO assim se pronunciou e acrescentaria¹¹ (11) que no nosso direito "não está essencialmente regulado pelo Código, pois deriva do princípio genérico segundo o qual os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado" reportando-se ao Código Civil (art. 1.518) [(Art.1.518 – "Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor, a ofensa, todos responderão solidariamente pela sua reparação"]].

Parágrafo único – São solidariamente responsáveis com os autores os cúmplices e as pessoas designadas no art. 1.521¹²].

Para melhor entendimento do problema há de se combinar este referido artigo com o de nº 964 pelo qual "Todo aquele que recebeu o que não era devido fica obrigado a restituir.

"A mesma obrigação incumbe ao que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição".

Jorge Americano¹², em magnífico enfoque, ainda chama atenção ao sentido do que caracteriza o enriquecimento ilícito como "ato ilícito". Exatamente: "é a correlação dele com a justa causa, a que aparentemente se entrelaça".

No seu estudo sobre a ação de locupletamento, HERNANI ESTRELA¹³ destaca que antes do decreto

11 pg. 83

12 pg. 93

13 op. cit. pg. 112

2.044 "a ação de enriquecimento indevido, no direito cambial, não tinha a característica que lhe é peculiar naqueles sistemas legislativos que se inspiraram na Ordenança Alemã. Nosso Código de Comércio filiara-se à doutrina tradicional francesa. A letra pertencia à categoria dos negócios causais, cuja validade está intimamente subordinada à existência da relação fundamental. Conquanto esta fosse presumida, em alguns casos, era, porém, condição essencial para constituir a obrigação. Provisão e valor recebido eram pressupostos necessários à letra".

Ainda no estudo de Estrela¹⁴ acima lembrado encontramos a sua preocupação referentemente à sua "base contratual". Escreve ele com maestria que "A base contratual sobre que se assentava a estrutura da cambial, cuja emissão pressupunha um negócio bilateral, entre sacador e tomador, tendo como objeto a cedência da provisão, está a inculcar-nos que a ação concedida ao portador diferia, fundamentalmente, daquela que foi instituída pela lei alemã.

"A ação concedida pelo Código de Comércio não tinha como fundamento a **condictio indebiti**, em sentido próprio, como era entendida a **actio in rem verso**, na acepção restrita. Era antes uma ação tipicamente contratual, destinada a tornar efetiva a contra prestação que havia sido fornecida pelo sacador. Seguia o mesmo rito processual da ação própria de regresso, isto é, a assinação de dez dias (Reg.737, de 1850, arts. 246 e 247), desde que se tratasse de título não "deformado", conforme o expresso em uso. Seu objetivo era compelir o sacador e o terceiro por conta do qual a letra fosse passada (Cod. Com. art. 367) a

14 op. cit. pg. 113

comporem as perdas e danos que sobreviessem ao portador de não terem tido eles a necessária provisão em poder do sacado. Ação derivada de inadimplemento de contrato, que se aproximava ao de compra e venda".

Podemos dizer que havia, aí, a pressuposição de ter o sacador a expressa e rigorosa obrigação de ter suficiente provisão de fundos em poder do aceitante ao tempo do vencimento. Estaria sob pena de **responder por todas as perdas, por todos os danos** que sobrevierem ao fato de, por deficiência dessa provisão em devido tempo, não ser a letra aceita, ou paga. Esta **responsabilidade** do sacador neste caso não se limita a respeito do tomador, antes é **extensiva a todas as pessoas** que sucessivamente forem adquirindo a propriedade da letra até o último portador. Assim se manifestaria Souza Pinto no seu Curso de Direito Cambial Brasileiro¹⁵.

De grande importância para o estudo da matéria ora versada será o dia 31 de dezembro de 1908 porque nessa data dava-se a promulgação da Lei nº 2044 a tomar posição contrária à orientação até então dominante. Assim, encontramos no seu art.48 que: "Sem embargo da desoneração da responsabilidade cambial, o sacador ou o aceitante fica obrigado a restituir ao portador, com os juros legais, a soma com a qual se locupletou à custa desse. Ação para este fim é a ordinária."

Decorrência dessa nova orientação será evidenciada quando se consideram os posicionamentos dos nossos doutrinadores e Estrela¹⁶ chama atenção para o fato nestes termos: "outorgam a ação de locupletamento ao portador da letra que decaiu dos direitos cambiários,

quer essa perda tenha sido motivada pela falta de oportuna apresentação do título ao sacado, documentada pelo protesto, quer seja motivada pela prescrição." a que acrescenta, visando a um certo abrandamento do "rigor cambiário": "evitando que, pela só preterição de certas formalidades legais, o credor sofra um prejuízo, que vem constituir um lucro indevido para o sacador ou o aceitante. Por isso, não importa que a exoneração da responsabilidade cambial desses obrigados tenha acontecido por culpa ou omissão do sacador."

Pelo pensamento de Paulo Lacerda¹⁷ "aquilo que a lei quer é que o rigor cambiário, isto é, precisamente, a falta de cumprimento de certas formalidades exigidas por ela, não cause àqueles um locupletamento e a este um prejuízo inequitativo."

Outro ensinamento a ser devidamente lembrado é o de CARVALHO DE MENDONÇA¹⁸ para quem: "Ainda que exonerados da responsabilidade cambial, em virtude de negligência do portador da letra de câmbio, o sacador ou o aceitante estão obrigados a restituir a este, com os juros legais, a soma com a qual se locupletaram à custa dele".

Exatamente para essa restituição é que o portador da letra tem ação de enriquecimento indevido ou de locupletamento.

Ante esta ação lembra, ainda, Carvalho de Mendonça, que em matéria cambial tudo é posto em termos rigorosos e "A Ação de Enriquecimento vem de certo modo atenuá-lo para que, em casos excepcionalíssimos, não se depare com a suprema injustiça de se ver passar, sem motivo, para o patrimônio de um o

15 pg. 115/118

16 op. cit. pg. 120

17 pg. 146/7

18 vol. II, nº 938

que a outro pertence, pelo fato de não ter este último empregado a acurada atenção que se lhe recomendou”.

Mas não se pode falar em generalidade.

MARGARINOS TORRES assume posição contrária destacando (conforme encontramos lembrado por Estrela¹⁹: “A lei, é certo, no artigo citado, fala genericamente em desoneração da responsabilidade cambial; e a lei alemã, art. 83, diz explicitamente: “cessando de ser obrigado, ou seja por prescrição, ou pela omissão de formalidades exigidas para conservação do crédito, etc.”. Mas, não tem cabimento em nossa lei, omissa a respeito, a idéia da lei alemã, que é contrária aos princípios jurídicos e atenta contra a natureza e fins da prescrição, a qual é propriamente uma pena, e deve importar justamente no prejuízo do credor pela sua negligência. Se, prescrito o título cambial regular, coubesse sempre ao credor negligente esse recurso à ação de enriquecimento indébito, o instituto da prescrição seria de todo o ponto ocioso e inútil a respeito do obrigado principal, não obstante proclamar-se que a prescrição é uma exceção peremptória, que ilide o direito do credor... (Exceção no sentido material, não devendo ser confundido com a exceção como é, processualmente posta, em nossos dias).

Conforme o modelo alemão, pelo referido art. 83 a ação acima mencionada é possível tanto nos casos de decadência quanto nos casos de prescrição (com protesto ou sem protesto; perdesse a ação contra o sacador ou, sem haver tirado o protesto, o aceitante, perdesse a ação cambial).

Paralelamente consideremos como era posto o problema perante o direito italiano (art. 326): “só no

caso de decadência: no caso em que por falta de protesto perdesse o portador a sua ação cambial contra o sacador.” Lembra Estrela²⁰ que, ademais, oferece ensinamento de Pugliese posto desta maneira: “Impressiona logo de per si a coexistência de uma ÚNICA relação obrigatória de DUAS ações distintas, uma acobertada pela outra e ressurgindo, quando esta é atingida pela prescrição. Tudo isso repugna, evidentemente, ao conceito fundamental e ao escopo supremo da lei, a qual quis a UNIDADE da prescrição na unidade dos contratos. A transformação do direito preexistente em obrigação cambiária cria um ato objetivamente comercial, sujeito a uma prescrição especial e é uma anomalia o ressurgimento à distância do tempo da obrigação antiga com a sua prescrição”.

Entre nós, Jorge Americano tratou do assunto para destacar não ser a prescrição um instituto peculiar ao direito cambiário. Em sendo assim não merece qualquer abrandamento neste mesmo direito cambiário ao se considerar a negligência do interessado.

Hernani Estrela²¹ mais uma vez lembrado, escreveria: “Dir-se-ia que, negando ação de locupletamento no caso de letra prescrita, se permite o enriquecimento do sacador ou do aceitante, em prejuízo do portador, o que é violar o princípio da equidade, supondo-se, como é lógico, que um ou outro desses coobrigados não haja prestado o contra-valor, correlativo ao desembolso em todos os contratos.”.

5. O Código Civil alemão ampliaria a idéia para, pelo artigo 812, obrigar a “restituir, tanto quanto sem justa causa, aumenta-se um patrimônio às custas de

19 apud Estrela, op. cit. pg. 123

20 pg. 125

21 pg. 143

outrem, como quanto tiver desaparecido a justa causa, ou quando o aumento tivesse origem em expectativa de justa causa, não realizada", lembra Jorge Americano²² ao enfrentar o problema. Sempre raciocinando em termos civis, o mestre paulista exemplifica advertindo não existir na técnica jurídica algo que justifique ser o estelionato um enriquecimento ilícito, muito embora, "seja ilícito o aumento do patrimônio" do estelionatário. Por que há de se indagar? Porque a expressão, acentua Jorge Americano²³ "fica reservada juridicamente para as hipóteses em que há aparência de justa causa: pagamento de dívida que se supunha existir, mas não existia; pagamento de dívida existente, mas a pessoa diversa do credor...".

Recorde-se que o primitivo texto do Código Civil alemão, o texto primitivo insista-se, seguiria a linha romana e, assim, por via de enumeração fazia reviver as antigas **condictiones sine causa**, em sentido estrito. Esta orientação romanista foi repudiada e retirada do texto primitivo ficando vitoriosa a corrente "que pugnava pela regulamentação do enriquecimento injusto sob forma unitária" vez que acreditava insuficiente o critério enumerativo das apontadas **condictiones**. Grande era a variedade dos casos que poderiam fugir a elas e grande também era o prestígio de determinadas idéias consagradas pelo código prussiano²⁴.

Apreciando, ainda, a força romana, temos no Código francês o acolhimento da classificação romana das obrigações quase-contrato que colocaria aí os institutos do pagamento indevido e o da gestão de

22 pg. 83.

23 pg. 84.

24 cf. Estrela, pg. 28

negócios, disciplinando-os. Mas, a invocação para justificar a concessão da ação ao prejudicado, partia do princípio pelo qual se condena o locupletamento à custa alheia. Hernani Estrela²⁵ destaca ser "pelo menos o aceno a esse princípio o **quid** de que se faz emergir a obrigação de repetir, importa no que, de outra sorte, teria aumentado seu patrimônio em detrimento do desfalcado".

Mais: nem podemos dizer haver sido tranqüila ou pacífica a colocação do problema na França. Opondo-se ao princípio do locupletamento, AUBRY et RAU²⁶ "lançaram a teoria da transmissão do valor, segundo a qual a ação de **in rem verso** conceitua-se como sendo a faculdade de reclamar por meio de uma ação pessoal a restituição de objetos ou valores pertencentes ao patrimônio. Combinando o princípio de defesa deste com o da equidade, inscreveram a ação como uma das prerrogativas inerentes ao direito de propriedade".

PLANIOL, superando a linha da ação quase-contratual já referida, acentua: "refletindo-se em que é o princípio segundo o qual não é permitido conservar um enriquecimento obtido sem causa a expensas de outrem que obriga à restituição, convencer-nos-emos de que esta ação pertence à família das ações que nascem de fatos ilícitos"²⁷.

Entre nós, ALVES MOREIRA²⁸ faria acerba crítica ao mestre francês. Escrevia ele que "Não é exato que seja a obrigação de indenizar a pessoa empobrecida, visto o montante da indenização concedida, não ultrapassar nunca o montante da riqueza obtida. Não é

25 pg. 21/22

26 apud Estrela, pg. 28

27 cf. Estrela, pg. 29

28 Instituições de Direito Civil. vol. 2*, pg. 721

também exato que a retenção da riqueza só por si constitua culpa: não há culpa no ato de aproveitar a atividade de outrem, quando nada se fez para atrair a si o benefício dessa atividade. Se houver culpa, a ação de responsabilidade bastaria."

Seguindo esta linha, posta por ALVES MOREIRA, encontramos JORGE AMERICANO no seu estudo "Ensaio sobre o enriquecimento sem causa". Para este autor, com palavras de Hernani Estrela²⁹: "Para rejeitar a argumentação de PLANIOL, basta recordar a ação de reivindicação. Pelo sistema do direito de propriedade não é permitido conservar a propriedade alheia, entretanto a reivindicação é ação real. A boa ou má fé apenas regula acessoriamente a questão das benfeitorias, como também se dá na restituição do indébito, mas não é por ela que se define o direito de pedir". A propósito destaca Hernani Estrela: "Verificado que seja o enriquecimento sem causa, o ilícito será somente a recusa em restituir, mas este não é a causa pela qual o autor tem ingresso em juízo. Apenas regula as conseqüências relativas à liquidação dos frutos, benfeitorias e acessórios."

A problemática doutrinária não pára aí. Uma outra criação pode ser apontada: é a teoria do "lucro criado" idealizada para a resolução do problema do enriquecimento indevido. Segundo esta teoria "Quem causou o risco, diz-se, deve suportá-lo. Quem é causa do lucro, deve aproveitar-se dele...". "Quem perde com as más contingências deve lucrar com as boas. Se se dá a ação de **in rem verso** a uma pessoa, é porque é a autora do enriquecimento que reclama, é porque o causou por um fato seu. Com o problema da responsabilidade, o

do enriquecimento sem causa resolve-se numa análise das atividades concorrentes. É um problema de causalidade". Desta teoria fizeram-se defensores RIPER e TEISSEIRE³⁰.

Não para aí o elenco das teorias que procuram esclarecer ou explicar o problema. A maioria delas, normalmente, parte de sentido patrimonial.

Lembre-se que tradicionalmente a ação de **in rem verso** surge como resultado da combinação da equidade com o princípio da proteção ao patrimônio.

Referentemente ao direito italiano, ao estudar o problema posto por RUGGIERO, Hernani Estrela³¹ acentua que: "ao estudar o pagamento indevido, que naquele código, como no francês, participa da natureza dos quase-contratos, salientava que o dever imposto ao **accipiens** de restituir quanto recebeu do **solvens** entende mais exatamente com o amplo conceito de locupletamento à custa alheia."

Na ausência de um princípio geral fornecido pela doutrina e capaz de abranger todas as hipóteses apontadas como de locupletamento à custa alheia, e, digamos, ante a dificuldade para que alguma solução surgisse nada mais restava a não ser de se deixar ao legislador resolver o problema que a ciência deixara insolúvel. Dentro desta linha nos deparamos com o Código Suíço ao consagrar, em texto expresso de lei, a condenação daquele que enriquece a expensas de outrem. Seguiu-se o código alemão conforme já vimos.

Esta orientação é defendida por Estrela³² para quem "Razões de intuitiva evidência justificam essa

30 Estrela, pg. 33/34

31 Instituições, III, § 123

32 pg. 45

orientação. A censura ao locupletamento injusto era um reclamo da consciência jurídica universal; todos julgavam uma necessidade, que a equidade ou a moral sancionava...".

6. Passemos a considerar LOCUPLETAMENTO E O DIREITO CAMBIÁRIO.

Lembremos que, no início desse trabalho, referimo-nos a um **plus** imprescindível no tratamento do locupletamento.

Nesse sentido Pontes de Miranda³³ destaca que "A ação de enriquecimento ou de locupletamento cambiário surgiu com o caráter de um **plus** de equidade". Com essa ação punha-se ao largo qualquer propósito de dominação no sentido de extinguir todas as relações estranhas ao título cambiário, causais ou não, tanto com a decadência de Direito cambiário, como com a prescrição da ação específica. Se voltarmos à história, veremos que tal ação foi desde as suas origens ação "tipicamente cambiária, com o que se procurava evitar injustiças talvez graves", (palavras, ainda, de Pontes de Miranda). Insistindo mais um pouco no seu ensinamento, tenhamos presente que, quer como uma substituição temporal da pretensão cambiária, ou como um prolongamento da ação cambiária específica para além de sua vida, é a ação de enriquecimento cambiária autônoma, com princípios próprios, independentemente de haver sido criada pelo Direito cambiário.

No direito alemão e em outros que dele a receberam, como é o caso do Brasil, a ação só é estatuída a favor do portador contra o sacador ou o

aceitante (por igual, o emitente da nota promissória), excluídos os endossantes, por motivos que resultaram de fortes discussões dentro do Direito cambiário. Constituindo novidade, hoje em dia, o direito italiano estendê-la aos endossantes.

Perante esses elementos devemos considerar alguns aspectos³⁴.

Em primeiro lugar, o contraste evolutivo da circulação da cambial como "título de crédito, e as normas de direito comum", quando se nos revelará "a preocupação constante dos juristas no sentido de dar-lhe uma estruturação sistematizada, definido e continuando, dentro de fórmulas jurídicas e responsabilidade dos diversos subscritores da letra".

Em segundo lugar, à medida que se amplia a capacidade de utilização da cambial, saindo do âmbito de "mero instrumento de contrato de câmbio" "mais se alarga a esfera de sua aplicação no trato mercantil, onde passa a desempenhar funções múltiplas, ao qual, não raro, são estranhas quaisquer operações de permuta de moedas..." surgem diversas tendências para a sua explicação.

Em terceiro lugar, temos que "a obrigação mercantil passa a afirmar-se tão somente **ex scriptura et secundum scripturam**. A presunção de dívida que ela encerra está na consciência de todos; e, já os doutores, com BALDO à frente: "...**scripturae mercatorum stabiles et firmes debent essere... juxta illud vulgare quod scripsi, scripsi...**". Acentua Hernani Estrela, que ainda aponta em quarto lugar: "Os romanos, inspirados nos princípios da equidade, introduzem o **condictio indebiti**, como remédio para mitigar a situação do

33 Letra de Câmbio, pg. 368

34 cf. Estrela, pgs. 87/89/94

devedor... diante o rigorismo das obrigações, que nasciam, exclusivamente, **verbis** ou **litteris**, para as quais era de todo estranha a **cur debetur**".

Ademais, surge como postulado comum às diversas teorias que basta a assinatura aposta no escrito, objetivamente completo, para constituir o subscriptor em dívida. Conseqüentemente podemos dizer sinteticamente tudo se resumir no título bem como dele tudo derivar. Nessa altura está-se definindo a extensão termo de vida da obrigação do signatário.

Diversos aspectos das mais diversas ordens estão revestindo os negócios formais que geram um "direito de pedir" independentemente de qualquer indagação sobre a **causa petendi**. Com todas estas vantagens temos que se tornaram fontes de não poucos abusos e injustiças. Adotaram-se medidas para que o devedor os pudesse ilidir; as **conditiones** funcionavam como verdadeiro antídoto, para debelarem os males advindos de algum excesso de formalismo. As **conditiones** criadas que foram para proteger os devedores passam a ser empregadas em benefício do credor.

7. Com estas caracterizações a ação de locupletamento indevido entra na Ordenação Alemã e ao portador da letra arruinada em seus direitos cambiais, por força da decadência ou por força da prescrição, tinha-lhe facultado reaver aquilo com que o sacador ou aceitante poderia enriquecer-se à sua custa. ARMINJO et CARRY³⁵ apontam como fundamento à ação referida "considerações de equidade". Destinam-se estas a atenuar, em certos casos, as conseqüências rigorosas do formalismo que domina no direito cambial as

³⁵ cf. Estrela, pg. 96

exigências da segurança das operações. Com Pontes de Miranda³⁶ e com a segurança que lhe é peculiar, lembremos que "a finalidade da ação de enriquecimento, a favor do portador, contra o sacador e o aceitante, é dar-lhe um novo **plus**, se o direito subjetivo perdeu a ação específica, que tinha, ou dele conservar algum resíduo (expressão muito usada na ação de enriquecimento), para permitir a agregação do **plus** ... nos casos de decadência da pretensão cambiária". "No primeiro caso, o direito fica, a executiva morre, mas outra, que é a de enriquecimento cambiário, nasce. No segundo, o direito mesmo esvai-se mas algo resta dele, atribuindo-se-lhe a ação de enriquecimento cambiário".

A propósito da questão surgida acerca da equidade, será interessante apresentar pensamento de STAUB, BEGUELIN entre outros³⁷ no sentido seguinte: "Considerou-se que não seria justo que o sacador, desde que recebeu o valor do saque sem ter fornecido a provisão, obtivesse um enriquecimento, simplesmente porque o portador decaiu de seus direitos resultantes da letra, ou porque esses direitos prescreveram; da mesma forma entendeu-se que não seria justo que o aceitante, uma vez que recebeu uma provisão e esta não foi utilizada aos seus fins, se enriquecesse pelo só fato de estarem extintos os direitos que a letra conferia ao portador contra si".

Não se pode negar haver, de maneira bem evidenciada, inspiração da equidade a par da necessidade de redução aos seus justos limites das conseqüências do rigor formalista, não poucas vezes iníquas.

Em apreciação crítica assinala THALLER³⁸ que "mesmo após a prescrição da letra de câmbio, o

³⁶ Letra de Câmbio, pg. 96

³⁷ cf. Estrela, pg. 96

³⁸ apud. Estrela, pg. 98

portador pode exercer uma ação derivada do enriquecimento indevido contra aquele que tem em suas mãos o equivalente do saque: é a solução alemã. Nada tão inseqüente quanto isto, numa doutrina que começou por afirmar bem alto que o direito do papel, que o direito da letra divorciou-se completamente das obrigações fundamentais que serviram de causa à emissão".

Observação mais de interesse histórico que jurídico é feita por Hernani Estrela³⁹ devendo ser trazida aqui. É no sentido de que as "formalidades, de cuja observância a lei faz depender o resguardo dos direitos do portador, não foram criadas pela doutrina germânica, como pressupostos necessários de sua construção. A decadência em que incorre o credor, pelo fato de não ter tirado o protesto em tempo hábil, já era prevista na legislação estatutária das cidades italianas."

Tornando à linha crítica, seja-nos permitido oferecer, mais uma vez, palavras de Hernani Estrela⁴⁰ que assinalam: "Dar ao credor... e nomeadamente depois de prescrita a ação cambiária, uma nova ação para além da vida daquela, é nada menos que oprimir ainda mais o obrigado, premiando o credor que fora descuidado ou negligente". Igualmente Saraiva: considerava ele "absurda e ilógica" a "doutrina que faculta ao credor todos os privilégios do direito cambial, sem as seqüências decorrentes da negligência".

Saltando ao direito italiano, encontramos, aí, VIVANTE destacando: "para atenuar o dano que o possuidor da cambial sofre com a perda da ação cambiária, a lei concede-lhe a ajuda da ação de enriquecimento contra o sacador e, quando se trata de

cambial domiciliada, também ainda contra o aceitante ou o emitente...".⁴¹ A lei cria um nexo entre a perda sofrida pelo possuidor da cambial e o proveito do sacador. Estabelece uma reaproximação de dois fatos e de duas pessoas que estariam, a esta altura estranhas e distantes entre si desde que aconteceu a extinção da cambial. Por isso, será a ação de enriquecimento um **extremum remedium juris** concedido ao possuidor decaído para salvá-lo do rigor cambiário "afim de que possa reparar o prejuízo sofrido, em alguns casos em que o sacador, o aceitante ou o emitente se enriqueceriam à sua custa", palavras ainda de VIVANTE⁴²

Devemos também considerar o aspecto legislativo. Na Itália, pelo Código de Comércio (art. 326) que derroga a matéria sobre a cambial: "o portador que tenha perdido a ação cambiária contra todos os obrigados e não tenha contra os mesmos ação causal, pode agir contra o sacador ou contra o aceitante ou contra o endossante pela soma com que se enriqueceram injustamente, em seu prejuízo." (Lembre-se que os comentadores ampliam esta ação tanto para os casos de prescrição como para os de decadência). Assim, vai além da própria lei alemã. Isto porque estendeu a obrigação de repetir até o endossado, sabido que contra o este a lei tedesca não dava ação.

Discussões e mais discussões surgem em Portugal e Barbosa Magalhães ao tratar do assunto acentua: "Sempre, ou quase sempre, que um indivíduo não exerce certos direitos no prazo fixado na lei, há alguém locupletando-se à sua custa; o mesmo se verifica sempre que a prescrição é reconhecida a favor de qualquer

39 pg. 99
40 pg. 102

41 pg. 104
42 pg. 104

pessoa, esta locupleta-se à custa da outra". E acrescenta: "Nestes casos não há que aplicar o princípio do não locupletamento à custa alheia, porque não há enriquecimento **sem causa**".

Ante a omissão da legislação lusa, a propósito, o direito português "admite a ação, com fundamento nos princípios do direito comum."

8. O direito brasileiro oferece, conforme se constata facilmente, interessante transformação no tratamento da matéria.

Anteriormente ao Dec. 2044, note-se bem, "a ação de enriquecimento indevido", no direito cambial, não tinha a característica que é peculiar àqueles sistemas legislativos que se inspiraram na Ordenação Alemã.

FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS NO BRASIL*

José Janquê Bezerra Diniz

Procurador do Trabalho do Ministério Público da União, ex-Juiz do Trabalho do TRT 6ª Região, professor da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), presidente do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito - IBED, membro do Bureau Jurídico Desenvolvimento Profissional.

SUMÁRIO

1. À guisa de preâmbulo; 2. Formas de solução dos conflitos trabalhistas; 3. Formas de solução dos conflitos trabalhistas no Brasil.

1. À guisa de preâmbulo

A palavra conflito, etimologicamente vem do latim, *conflictu*. Socorremo-nos do Aurélio para asseverar que o termo significa: desavença, luta, combate, guerra, colisão, choque, contenda, controvérsia, disputas, litígios, dissídios, etc.¹.

Cumpramos ressaltar, no contexto, que desde tempos imemoriais, os conflitos eram solucionados através da "justiça da mão própria", isto é, consistia numa solução rápida dos conflitos através de "vias de fato", com a vitória do líder, do mais forte sobre o mais fraco, e era o que chamamos de autotutela ou autodefesa².

* Conferência proferida no CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PÚBLICO, promovido pelo Bureau Jurídico - Ed. Consulex e Universidade de Miami, realizado em Miami - EUA, nos dias 02, 03 e 04 de dezembro de 1996.

1 HOLLANDA, Aurélio Buarque. Novo Dicionário. 1ª edição, 15ª impressão. (s.l.) Ed. Nova Fronteira, (s.d), pág. 263.

2 MARTINS BERTOLIN, Patrícia Tuna. Reformulação do Processo do Trabalho - Juizados de Pequenas Causas Trabalhistas. SP./Tr., 1996, pág. 17.

Depois do surgimento das associações humanas, com a conseqüente transformação em cidades, surgiu a "justiça privatista"³, como é o caso das revoltas, das sublevações, das guerras, época em que a autocomposição, entendida como desistência, submissão e transação, ganhou vigor.

Com a evolução das associações humanas, surgiram os primeiros Estados, "com a criação de uma classe nobre dirigente e de uma plebe dirigida". Os conflitos, nessa época, passaram a ser solucionados através da arbitragem, na maioria das vezes, realizada pelos sacerdotes, sob a proteção divina, e pelos anciões, em face das suas experiências⁴.

À guisa de ilustração, é oportuno ressaltar que no Direito Romano, a figura do pretor, preparava a ação, "primeiro mediante o enquadramento na ação da lei e, depois, acrescentando a elaboração da fórmula, como se vê na exemplificação de **Gaio** e, em seguida, o julgamento por um **iudex** ou **arbiter**, que não integrava o corpo funcional romano, mas era simples particular idôneo, incumbido de julgar..."⁵.

Com o fortalecimento dos Estados, os conflitos passaram a ser solucionados pelos Tribunais, presumidos como de origem divina⁶.

3 IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*, 2ª Ed., RJ, Ed. Rio, 1980, pág. 19.

4 Patrícia Tuma. *Op.cit.*, pág. 19.

5 Teixeira, Sálvio de Figueiredo. "Conferência proferida no seminário "A arbitragem e o Brasil - uma perspectiva múltipla", São Paulo, SP, 13.11.1996. Original datilografado em curso de publicação (gentileza do autor).

6 No passado houve grandes dificuldades para que os indivíduos se sujeitassem às decisões estabelecidas pelos tribunais, seres estranhos. Para tanto, foi atribuída a esses órgãos a origem divina para que suas decisões pudessem ser aceitas com mais facilidade pelos indivíduos.

A tutela jurisdicional, tal qual ocorre hoje, só passou a existir quando o Estado conseguiu libertar-se dos vínculos que tinham com a igreja, com o sobrenatural.

Hoje, portanto, os conflitos de trabalho surgidos das lutas de classes, existentes desde as primeiras fases da civilização humana, só a partir dos últimos dois séculos passaram a sofrer intervenção do Estado⁷, são solucionados através das várias formas que analisaremos a seguir, sem ter, é claro, a mínima pretensão de esgotar o tema, mas, apenas, oferecer uma pequena contribuição ao debate.

2. Formas de solução dos conflitos trabalhistas

A maioria dos autores adotam a classificação criada por Niceto Alcalá Zamora y Castillo: formas de solução de conflito autodefensivas⁸, autocompositivas e processuais⁹.

Diverge de Zamora, Wagner Giglio, classificando em formas autocompositivas e processuais, pois assevera que a forma autodefensiva, por ser uma forma de solução parcial e egoísta do conflito imposta por um dos litigantes, consiste apenas num instrumento para se alcançar a autocomposição, ou se chegar à arbitragem¹⁰.

Otávio Bueno Magano, a seu lado, enfatiza que os conflitos são solucionados através da autocomposição,

7 RUSSOMANO, Mozart Victor & CABANELAS, Guillermo. "Conflitos Coletivos de Trabalho", SP, RT, 1970, pág. 80.

8 A autodefesa no direito do trabalho consiste na realização de greves, ocupações de fábricas, boicotes, lockout, etc.

9 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. "Proceso, Autocomposición y Autodefensa". México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1970, pág. 50.

10 GIGLIO, Wagner D. "Os conflitos Trabalhistas, a Arbitragem e a Justiça do Trabalho", in Revista LTr., Vol. 47, n° 3, março de 1983, pág. 274.

em havendo a prevalência da vontade das partes e, pela heterocomposição, através da sujeição da vontade de ambas a terceiro"¹¹, classificação que adotamos por ser a mais simples.

No contexto, o sistema autocompositivo compreende a conciliação, a mediação e a negociação coletiva. O sistema heterocompositivo compreende a arbitragem e a solução jurisdicional.

A **conciliação**, na maioria das vezes, vista como uma etapa preliminar na solução dos conflitos, é uma forma pacífica de serem dirimidos os conflitos. Consiste na utilização dos serviços de um terceiro neutro, que ajudará as partes a chegarem a uma solução.

A conciliação pode ser voluntária, se ocorrida através do desígnio das partes e obrigatória, quando oferecida às partes uma tentativa necessária de conciliação, já que a recusa à tentativa acarretaria a impossibilidade de serem procurados outros meios de solução.

Os primeiros órgãos governamentais de conciliação surgiram em 1874, em Maryland, nos EUA. Hoje, no direito comparado, há precedentes da conciliação na Finlândia, que só permite a uma categoria entrar em greve após a tentativa, por parte do Governo, de celebrar a conciliação; na Suécia e na Suíça, existem escritórios governamentais de conciliação. Na Itália é reconhecida a possibilidade de conciliação através da comissão instituída perante o órgão provincial do trabalho, ou através do juiz¹².

11 MAGANO, Octavio Bueno. "Manual de Direito do Trabalho". Vol. III, Direito coletivo do Trabalho. SP., LTR, 1986, pág. 188.

12 FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. "A arbitragem e os conflitos Coletivos de Trabalho no Brasil". SP., Ed. LTR, 1990, pág. 28/29.

A **mediação** consiste na "intervenção desinteressada de terceiros". Difere da conciliação levando-se em conta o grau da intervenção havida. Enquanto que na conciliação, de regra, não existe formulação de proposta por parte do conciliador, na mediação, o mediador ouve, avalia, sugere e propõe soluções. Tanto é que autores, como Deveali, afirmam ser a mediação uma forma intensa de conciliação¹³, e Russomano assevera ser uma forma suave de arbitragem¹⁴.

No diapasão, Arion Sayon Romita sublinha que "enquanto a mediação contenta-se com uma composição qualquer, a conciliação aspira a uma composição justa"¹⁵.

Muito utilizada na França e nos EUA. No Brasil, usada através das mesas redondas nas Delegacias Regionais do Trabalho, antes da instauração do dissídio coletivo¹⁶.

A **negociação coletiva** tem sido definida como "um processo de ação recíproca entre as direções das empresas e a representação organizada dos trabalhadores destinado a fixar e aplicar termos e condições de trabalho"¹⁷ ou como "instrumento paritário de elaboração de normas para regerem as condições de realização do trabalho"¹⁸.

13 DEVEALI, Mario L. "Curso de Derecho Sindical y de la Previsión Social". Buenos Aires, 1954, pág. 254.

14 Op. cit. pág. 115.

15 ROMITA, Arion Sayon. "A conciliação nos dissídios coletivos de caráter econômico e suas peculiaridades no Direito Brasileiro", in *Revista LTR*, n° 41, pág. 604.

16 FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Op. cit., pág. 29.

17 KELTNER. "El Servicio Federal de Mediación y Conciliación de Estados Unidos como catalizador de la negociación colectiva". in *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra, 1963. Vol. LXVIII, n° 5, págs. 549/550.

18 SILVA, Roque Aparecido da. "A negociação coletiva no Brasil e o sistema de relações de trabalho", in *Revista do TRT - 8ª Região*. Belém, Vol. 25, n° 49, jul/dez, 1992, pág. 63.

Ela nasce da idéia de autonomia privada coletiva, consistindo na auto-regulação através de um processo de ação recíproca entre as direções das empresas e a representação organizada dos trabalhadores, materializando-se através dos contratos coletivos, convenções e acordos coletivos.

Ampliando o quadro de asseverações, sublinhe-se que a convenção coletiva consiste num instituto de caráter normativo celebrado entre a organização representativa dos empregadores e a organização representativa dos trabalhadores, relativo às condições de trabalho. O acordo coletivo, por sua vez, consiste no instituto de caráter normativo, celebrado entre a organização representativa dos trabalhadores, ou na falta, entre representantes dos trabalhadores interessados e eleitos, com uma ou mais empresas, relativamente às condições de trabalho.

A despeito de se falar que a negociação coletiva é uma forma de solução dos conflitos, o que dirime o conflito é o instrumento resultante da negociação, consagrado através da convenção ou do acordo coletivo, porquanto, o negociamento é simplesmente um instrumento.

A **arbitragem** é um dos mais antigos meios de solução dos conflitos. Surgido na Grécia, objetiva submeter o conflito à decisão de um terceiro, pessoa, grupo, entidade administrativa ou órgão judicial.

Sua evolução ocorreu no Direito Romano em caráter obrigatório, pois o pretor, preparava a ação, primeiro mediante o enquadramento na ação da lei e, depois, acrescentando à elaboração da fórmula e, em seguida, submetia o julgamento a um **iudex** ou **arbiter**, objetivado por um particular, estranho ao corpo funcio-

nal romano, desde que idôneo, cuja incumbência era solver o litígio. Quintiliano, gramático de profissão, foi inúmeras vezes nomeado **arbiter**, tanto que veio a contar num livro as suas experiências¹⁹.

Não se confunde com arbitramento, embora tenham a mesma raiz etimológica, (do latim *arbiter*, juiz ou árbitro). O arbitramento procura determinar o valor de fatos ou coisas para se chegar a equivalência pecuniária²⁰.

Pode ser voluntária (*voluntary arbitration*), que decorre da submissão espontânea das partes a um árbitro, ou a um tribunal arbitral, e obrigatória, que é imposta pelo Estado para solução dos conflitos²¹.

Para se recorrer à arbitragem é necessária a existência de uma cláusula compromissória inserta em um instrumento escrito, que pode ser um acordo ou uma convenção coletiva, e que se destina a solucionar um litígio futuro que pode até não surgir, ou de um compromisso arbitral fundamentado num instrumento criado no instante da controvérsia, objetivando solucioná-la.

A arbitragem voluntária teve origem e maior desenvolvimento nos EUA e no Canadá.

Nos EUA, v.g., 90% dos contratos coletivos dispõem: "as controvérsias serão resolvidas por árbitros privados. Lá a arbitragem pode ser de duas formas:

19 Teixeira, Sávio de Figueiredo. "Conferência proferida no seminário 'A arbitragem e o Brasil - uma perspectiva múltipla', São Paulo, SP, 13.11.1996. Original datilografado em curso de publicação (gentileza do autor).

20 SILVA, de Plácido e. "Vocabulário Jurídico". 4ª ed., RJ, Forense, 1975, págs. 145-6. apud GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO, op. cit., pág. 31.

21 A arbitragem obrigatória é condenada pela Recomendação 92 e Convenção 154 da OIT, pois que considerada como sendo repressora ao exercício do direito de escolha.

arbitragem de queixas (*grievance arbitration*), que tem por objetivo dirimir as controvérsias oriundas das convenções coletivas, isto é, conflitos de natureza jurídica a respeito de aplicação ou interpretação desses convênios”²², e **arbitragem de interesses (*interest arbitration*)**, destinada à “fixação de novas condições de trabalho, como salários, horários, pensões e vantagens sociais”²³.

Nos Estados Unidos, os árbitros são escolhidos pelas partes livremente, em agências especializadas como a FMCS (*Federal Mediation and Conciliation Service*) – órgão público; AAA (*American Arbitration Association*), órgão privado. De ressaltar que os árbitros considerados mais competentes são os oriundos da *National Academy of Arbitration*.

Digno de menção é que a arbitragem voluntária contou com pouca aceitação nos países da América-latina. Por outro lado, existe registro da arbitragem obrigatória na Argentina, Equador, Peru, Nicarágua, Bolívia, México, Panamá, Guatemala, Paraguai, Venezuela e Colômbia.

No Brasil a sua aplicação em qualquer das áreas é muito pequena. Utilizada na maioria das vezes em seara de Direito Internacional Público e, raramente no Direito Comercial.

A primeira vez que o Brasil recorreu à arbitragem foi no caso Christie, com a Inglaterra, envolvendo oficiais da Marinha Britânica, tripulantes da Fragata Forte, detidos no Rio de Janeiro. O caso foi solucionado pelo Rei Leopoldo da Bélgica em 18.06.1863. Outras questões internacionais, desta vez de fronteiras, foram

resolvidos pela arbitragem: 1) Com a Bolívia, sobre a Questão do Acre, através do Tratado de Petrópolis, em 17.11.1903; 2) Com Argentina sobre o Território de Palmas ou das Missões, através do Tratado Arbitral de 07.09.1889, cujo árbitro foi De Grover Cleveland, presidente dos Estados Unidos, e o Barão de Rio Branco defendeu os interesses brasileiros; 3) Com a França, sobre a região do Amapá com a Guiana Francesa, resolvido através do Tratado de 10.04.1897, cujo árbitro foi o Presidente do Conselho Federal Suíço, Walther Hauser, tendo o Barão do Rio Branco defendido novamente os interesses brasileiros; 4) Com a Grã-Bretanha, por terras da Guiana Inglesa, através do Tratado de Londres de 06.11.1901, cujo árbitro foi o Rei Vitor Emmanuel III da Itália, com Joaquim Nabuco representando os interesses do Brasil.

O Código Comercial de 1850, ainda vigente, “estabelecia em alguns de seus dispositivos a arbitragem obrigatória, como p.ex., no art. 294, nas causas entre sócios de sociedades comerciais, “durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha”, regra que era reafirmada no art. 348. O Regulamento 737, daquele ano, conhecido como primeiro diploma processual brasileiro codificado, por sua vez, previa em seu art. 411, que seria o juízo arbitral obrigatório, se comerciais as causas. A Lei nº 1.350 de 14.09.1866, no entanto, à época, revogou aqueles dispositivos, sem contestação.²⁴

O CPC de 39 e o de 73 adotaram a arbitragem de forma facultativa.

24 Teixeira, Sálvio de Figueiredo. “Conferência proferida no seminário ‘A arbitragem e o Brasil – uma perspectiva múltipla’, São Paulo, SP, 13.11.1996. Original datilografado em curso de publicação (gentileza do autor).

A Lei 7.244 de 7.11.1984, instituidora dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, posteriormente revogada pela Lei 9.099 de 26.09.1995, instituidora dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, previa a arbitragem facultativa após a tentativa de conciliação, sendo o árbitro necessariamente um advogado, embora o laudo dependesse de homologação pelo juiz. A mesma lei revogadora através do art. 24 também prevê, sendo que no caso o árbitro deve ser escolhido dentre os juizes leigos ou conciliadores, cujo laudo será homologado pelo juiz togado.

No âmbito Constitucional, existe previsão no art. 217, §§ 1º e 2º e no art. 114, § 1º²⁵.

Recentemente, em questões comerciais e cíveis, que, na minha ótica, podem ser estendidas às questões trabalhistas, o Brasil deu um grande passo no sentido de incrementar o uso da arbitragem, com a publicação da Lei 9.307 de 23.09.96, de iniciativa do "Instituto Liberal de Pernambuco", com o patrocínio do então Senador Marco Maciel, elaborada por uma comissão de Juristas especializados na área, foi publicada no Diário Oficial da União em 24.09.96, com *vacatio legis* de sessenta dias, que passou a vigor a partir de 23.11.96, revogando os artigos 1.037 a 1.047 do Código Civil e os artigos 1.072 a 1.102 do Código de Processo civil, além de alterar os artigos 267, 302, 584 e 520, todos do CPC.

25 O § 1º do art. 217 da CP frisa: "O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei". O § 2º estipula: "A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo para proferir decisão final". O § 1º do art. 114 assinala: "Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros".

Nos moldes da lei, qualquer pessoa capaz de contratar, poderá valer-se de árbitros para dirimirem litígios, desde que se refiram a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º).

Interpretando o preceptivo, conclui-se que foi criada uma arbitragem voluntária para as partes capazes de contratar.

A arbitragem pode ser de direito ou de equidade (art. 2º).

As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção arbitral, assim entendida a cláusula compromissória como convenção inserida num contrato, pela qual as partes comprometem-se a submeter qualquer questão oriunda do contrato à arbitragem, e o compromisso arbitral, que consiste num instrumento arbitral expresso, através do qual as partes submetem um litígio à arbitragem.

O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário.

A sentença arbitral estrangeira, para ser reconhecida ou executada no Brasil, depende de homologação pelo STF (art. 35).

Para efeitos penais, os árbitros são equiparados aos funcionários públicos, a ensejar em seu enquadramento dos mesmos na tipologia criminal, em ocorrendo deslizes de conduta.

Até o surgimento dessa lei, a arbitragem no Brasil não era muito utilizada, por vários motivos, dentre eles o custo da arbitragem que de regra é muito oneroso.

Com a publicação da lei, vozes surgiram alegando ser a mesma inconstitucional ao argumento de violar o

princípio constitucional da garantia do direito de ação, ou da inafastabilidade do judiciário previsto no artigo 5º inciso XXXV da Carta Maior.

No pertinente à questão, estamos com Sálvio de Figueiredo Teixeira, quando, combatendo a inconstitucionalidade da lei, argumenta: 1) "...a nova lei é explícita (art.33) e, assegura aos interessados o acesso ao Judiciário para a declaração da nulidade da sentença arbitral nos casos que elenca, em procedimento hábil, técnico e de maior alcance do que o criticado procedimento homologatório do sistema anterior"; 2) "...pela igual possibilidade de argüir-se nulidade em embargos à execução (art. 33, § 3º, c/c art. 741, CPC)"; 3) "...porque a execução coativa da decisão arbitral somente poderá ocorrer perante o Judiciário, constituindo a sentença arbitral título executivo judicial, assim declarado na nova redação dada (pelo art. 41) ao inciso III do art. 584 do Código de Processo Civil. De igual forma, a efetivação de eventual medida cautelar deferida pelo árbitro, reclamará a atuação do juiz togado, toda vez que se fizerem necessárias a **coercio** e o **executio**"; 4) "...porque, para ser reconhecida ou executada no Brasil (art. 35), a sentença arbitral estrangeira sujeitar-se-á à homologação do Supremo Tribunal Federal (ou de outro órgão jurisdicional estatal – v.g., o Superior Tribunal de Justiça, se a Constituição, reformada, assim vier a determinar)"; 5) "...porque o Judiciário é o controle: sobrevindo, no curso da arbitragem, controvérsia acerca de direitos indisponíveis e, verificando-se que, de sua existência ou não, dependerá o julgamento"; 6) "...porque também caberá ao Judiciário decidir por sentença acerca da instituição da arbitragem na hipótese de resistência de uma das partes

signatárias da cláusula compromissária".

A **Solução Jurisdicional** consiste na solução posta pelo Estado-Juiz. A Jurisdição é o poder de dizer o direito, que em decorrência do *imperium* pertence ao Estado, e este por delegação atribui às autoridades judiciárias.

A solução jurisdicional dos conflitos é utilizada em quase todos os países do mundo, como sistema final e rígido de solução.

A substituição da jurisdição pela vontade das partes, realiza-se por meio da aplicação do direito objetivo ao caso concreto.

Nos dissídios individuais e nos dissídios coletivos de natureza jurídica, em que a única exigência é fazer atuar o direito, não existem dúvidas quanto à necessidade da atuação jurisdicional.

3. Formas de solução dos conflitos trabalhistas no Brasil

No Brasil, os sistemas solucionadores de conflitos também são aqueles sobre os quais acabamos de tecer algumas considerações, a saber: as autocompositivas (conciliação, mediação e negociação coletiva), e as heterocompositivas (arbitragem e solução jurisdicional).

No Brasil, a conciliação voluntária encarrega-se de resolver a maior parte dos conflitos individuais e coletivos, embora não seja ela considerada pressuposto processual ou condição da ação jurisdicional²⁶.

É interessante ressaltar, uma vez ajuizada a ação jurisdicional, seja individual ou coletiva, a Consolidação

26 O Dissídio Coletivo de natureza econômico ou declaratório tem como pressuposto processual a negociação prévia, ou tentativa de conciliação.

das Leis Trabalhistas do Brasil, através dos arts. 846 e 850²⁷, exige que seja tentada a conciliação antes e depois da realização da instrução processual, sob pena de nulidade processual.

No atinente à **mediação**, há quem procura frisar não ser esta muito comum no Brasil. Ocorre, entretanto, através das mesas redondas nas Delegacias Regionais do Trabalho²⁸, haja vista que o Serviço Nacional de Mediação, criado através do Decreto 88.984/83, atua junto às Delegacias Regionais do Trabalho, e é um setor de mediação dos dissídios coletivos no Brasil.

No concernente à **negociação coletiva** no Brasil, a lei obriga o empregador a manter negociação coletiva com os trabalhadores e, se bem sucedida, culmina com a elaboração de uma convenção ou acordo coletivo, institutos esses reconhecidos na própria *Lex Fundamental* de 1988 através do art. 6º inc. XXVI.

Entretanto, nem sempre foi assim. Outrora os sindicatos não tinham uma mentalidade reivindicatória mas apenas assistencialista, e se limitavam a pleitear melhorias salariais. Só a partir da década de 70, em face de não poder contar com o Estado autoritário, o sindicalismo brasileiro mobilizou-se, passando a negociar diretamente com o patrão, firmando, nesse sentido, acordos e convenções coletivas de trabalho, garantindo com isso, direitos trabalhistas através da normatização autônoma.

27 O art. 846 frisa: "Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação". Por seu lado o art. 850 frisa: "Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão".

28 FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. Op. cit., pág. 29.

Hoje, a própria *Lex Legum* permite, desde que através da normatização autônoma, a redução ou o aumento da duração do trabalho, e até a redução salarial (art. 7, VI).

Paralelamente ao desenvolvimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho, surge, no Brasil, através da Lei 8.542 de 23.12.92 o chamado contrato coletivo, com o escopo também de fixar condições salariais e de trabalho, proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho.

O Contrato Coletivo é um "instrumento normativo resultado de uma negociação de âmbito nacional, em um ou mais de um setor econômico, realizado entre as Centrais, Federações ou Confederações nacionais de trabalhadores e patronais, cujas cláusulas podem estabelecer parâmetros obrigatórios a serem observados na convenção da categoria, ou em acordos coletivos da empresa".

No tocante à **arbitragem** no Brasil, é particularmente triste consignar, que apesar de existirem vários textos de lei incentivando a arbitragem trabalhista, nunca houve uma grande utilização dessa forma de solução de conflitos.

O Decreto 1.037 de 05.01.1907, por exemplo, criou mecanismos para resolver disputas trabalhistas, mediante a arbitragem, através dos próprios sindicatos²⁹.

Mais tarde o Decreto 22.132 de 25.11.1932, instituiu a possibilidade da arbitragem facultativa e, em certos casos compulsória, neste caso para questões individuais.

29 Puech, Luiz Roberto de Rezende, "Solução dos conflitos coletivos do trabalho". In: Curso de Direito do trabalho em homenagem a Mozart Victor Russomano * (coordenação: Octávio Bueno Nagano). São Paulo, Saraiva, 1985, pág. 537.

Em 1983, foi expedido o Decreto 88.984 de 10.11.1983, que criou os Conselhos Federal e Regionais de Relações de Trabalho, e o Serviço nacional de Mediação e Arbitragem, que passariam a funcionar perante as Delegacias Regionais do Trabalho, instituindo uma arbitragem pública facultativa em caso de conflitos coletivos.

A Constituição Federal de 1988 através do art. 114 § 1º e 2º estipula: § 1º: "Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros", § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizarem dissídio coletivo..."

A própria Lei Complementar 75/93 - Lei Orgânica do Ministério Público da União - através do art. 83, XI, atribui como competência do Ministério Público do Trabalho, independentemente de cláusula compromissória, "atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho".

Registre-se a vantagem do não-pagamento de honorários arbitrais, quando da utilização do Ministério Público do Trabalho (CF art. 128 III) ³⁰.

Logo, reconhecida na Constituição Federal, a arbitragem trabalhista no Brasil não é amplamente utilizada, por quê?

Creemos que com a publicação da Lei 9.307/96, principalmente nos dissídios coletivos, a arbitragem trabalhista deverá ser ampliada. Quanto aos dissídios individuais, acreditamos que a utilização da lei não será

nefasta para os trabalhadores, haja vista a faculdade da escolha livre, pelas partes dos solucionadores do conflito, além de que ela contribuirá sobremaneira com a questão da celeridade na solução dos conflitos entre capital e trabalho. Com isso acho que todos devem fazer o possível para a suscetibilidade da aplicação dessa lei em sede trabalhista. No particular, concordamos com Roberto Davis ³¹ quando enfatiza que se retorna "ao primado da simplicidade e ao desapego à complicações, valorizados nos idos de 1930 e enquanto, no tempo, deram bons resultados, trazendo a vantagem, pelo menos teórica, de poderem as partes escolher, livremente, os juizes de seus litígios. O que, sob o ponto de vista da brevidade, muito contribuirá certamente, para afastar ou diminuir os incidentes e protelações que tanto contribuem para o desdém e a insatisfação dos interessados ante a morosidade do aparelho oficial".

Autores existem, entretanto, que combatem a utilização da Lei sob comento, em sede de dissídios individuais. Jorge Luiz Souto Maior ³² sublinha ser inadmissível, haja vista que "o direito do trabalho é um direito que não comporta, em princípio, a faculdade da disponibilidade de direitos por ato voluntário e isolado do empregado". Por seu turno, Bueno Magana ³³ assevera que a arbitragem não é amplamente utilizada já que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis e intransmissíveis, por serem tratados em normas de

31 DAVIS, Roberto. In Juízo Arbitral Trabalhista". *Jornal Trabalhista*, nº 636, ano XIII, dezembro de 1996, pág. 1.322 -Brasília, Ed. Consulex.

32 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. "Arbitragem e Direito do Trabalho", in *Revista Anamatra*, ano 8, nº 29, Edição Especial, Encerramento do Ano de 1996, pág. 18.

33 MAGANO, Octavio Bueno. "Manual de Direito do Trabalho (III - Direito coletivo do Trabalho)". SP, Ltr. 1984, pág. 192 e 195.

30 SILVA NETO, Manoel Jorge e. "A Arbitragem e o Ministério Público do Trabalho", in *Revista do Ministério Público da União*, ano III, nº 5, setembro de 1993, pág. 66.

ordem pública. Argumenta, ademais, que em face da Constituição Federal de 1988 art. 5º inciso XXV³⁴, que trata do princípio da garantia do direito de ação ou inafastabilidade do judiciário, ninguém pode ser impedido de ter acesso aos tribunais jurisdicionais.

Quanto ao primeiro argumento, importa asseverar que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis e intransacionáveis em qualquer lugar do mundo, pois que preconizado pela própria Organização Internacional do Trabalho, entretanto, em alguns países desenvolvidos do mundo a arbitragem é encarregada de resolver 90% dos conflitos trabalhistas dentro da celeridade com que sonhamos e desejamos um dia alcançar.

Por outro lado, o fato de o art. 5º inciso XXV consagrar o princípio do direito de ação, faculdade de todo indivíduo titular de um direito subjetivo, lesado ou na iminência de sê-lo, desde que observando as condições da ação, nada impede que a arbitragem, forma rápida de solução dos conflitos seja estimulada e incentivada por todas as formas e por todos.

No contexto, vaticinamos algumas propostas para que a arbitragem seja mais utilizada em campo trabalhista: 1) Utilizar a Lei 9.307/96, em vigor desde 23.11.96, que revogou o CPC e o Código Civil, ao tratar da objetivação e procedimento da arbitragem civil e comercial de forma subsidiária, naquilo que for possível; 2) Inserção pelos sindicatos de cláusula compromissória em todas as convenções coletivas ou acordos coletivos; 3) Criação de Tribunais Arbitrais privados, capacitados e habilitados; 4) Ou, enquanto não forem criados os tribunais arbitrais, que seja criado pelo Ministério do

34 Megano se referia ao texto da Constituição Federal anterior.

Trabalho, através das Delegacias Regionais do Trabalho, uma lista de árbitros competentes e qualificados, cujas sentenças arbitrais não dependam de homologação, não contrariem às normas legais, irrenunciáveis e intransacionáveis (CLT art. 444), ou convencionais mais favoráveis aos trabalhadores (CF art. 114, Parágrafo 2º), nem tampouco decidir além dos limites fixados pela cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral³⁵; 5) A utilização dos órgãos do Ministério Público do trabalho, como árbitros, inclusive, sem ônus de honorários arbitrais para as partes; 6) As despesas com honorários arbitrais, perícias e deslocamentos, etc., devem ser divididos *pro rata* entre as entidades sindicais interessadas³⁶; 7) Ao órgão jurisdicional trabalhista, poderia se recorrer apenas em caso de tentativa de se anular e de se executar a sentença arbitral.

Acerca da **solução jurisdicional dos conflitos trabalhistas no Brasil**, exercida pela Justiça do Trabalho, o tema demanda que façamos uma retrospectiva acerca da evolução do Direito do Trabalho no Brasil.

De partida, há de ser dito que as grandes distâncias e as deficiências de comunicação dificultaram sobremaneira a organização dos trabalhadores em sindicatos, impossibilitando o desenvolvimento da autocomposição.

Diferentemente de outros países, os movimentos grevistas que ocorreram no início do século XX não culminaram na estruturação de sindicatos fortes, livres e reivindicatórios.

O Brasil dessa época, era essencialmente agrícola, com destaque para o Nordeste açucareiro, pois com os

35 SOUZA FRANCO, Georgeton. Op. cit., pág. 69.

36 SOUZA FRANCO, Georgeton. Op. cit., pág. 68.

demais países latino-americanos, o Brasil não viveu a Revolução Industrial, importante para o processo histórico do surgimento do Direito do Trabalho.

Com a abolição da escravidão, a mão-de-obra na agricultura tornou-se escassa, daí a abertura para a imigração européia, vindo inicialmente os italianos, que já contavam com uma legislação trabalhista protetora, influenciando no surgimento das primeiras medidas protetoras do trabalhador, embora relativas à atividade rural. Depois os alemães, poloneses, espanhóis, portugueses, etc..

Em 1907 foi expedido o Decreto Legislativo 1.637 que instituiu os Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem destinados a solucionar conflitos entre capital e trabalho.

Em 1922 através da Lei 1.869 foram instituídos os Tribunais Rurais do Estado de São Paulo, primeiros tribunais trabalhista do país, que visavam a resolver questões trabalhistas surgidas na agricultura.

Em 1932 o Decreto 21.396 instituiu as Comissões Mistas de Conciliação, compostas de dois a seis vogais, encarregados de resolverem dissídios coletivos mediante conciliação, ou submeterem o dissídio a juízo arbitral.

Ainda em 1932, através do Decreto 22.132 foram instituídas as Juntas de Conciliação e Julgamento, encarregadas de conciliar e julgar os dissídios individuais.

Posteriormente, com a tomada do poder por Getúlio Vargas, houve a edição de grande número de leis trabalhistas, não em decorrência de reivindicações das classes trabalhadores, como na Europa, mas como uma dívida do Executivo, recebido com desconfiança pelos empregadores, e com indiferença pelos empregados.

A Carta de 1934 criou a Justiça do Trabalho no Brasil, estabelecendo critério de paridade de representação das categorias profissionais e econômicas, embora pertencente ao Poder Executivo.

O Decreto-lei 1.237/39 que organizou a Justiça do Trabalho, criou os Conselhos Regionais do Trabalho, e reorganizou o Conselho Nacional do Trabalho.

Em 01.05.43, através do Decreto lei 5.452 foi promulgada a Consolidação das Leis Trabalhistas, jungindo todos os textos de leis existentes sobre Direito do Trabalho e Processo do Trabalho num só diploma.

Com a Constituição de 1946 a Justiça do Trabalho foi integrada ao Poder Judiciário Federal.

Para se ter uma idéia, a nossa primeira lei de greve surgiu apenas em 1964 – Lei 4.330/64 – durante o regime militar, o que impedia os sindicatos de exercerem seus direitos, com medo de represália.

Logo, a Justiça do Trabalho assumiu particular importância em nosso País, em detrimento das demais formas de composição dos conflitos. Isso ocorreu em virtude de alguns acontecimentos políticos como os períodos ditatoriais em que o Governo concentrava em suas mãos o poder de ditar as condições de trabalho, enfraquecendo os mecanismos de auto-regulação.

Hoje, gigantesca, inchada, passando por dificuldades econômicas e cheio de burocracia que atingiu o Judiciário como um todo, gera uma defasagem entre os feitos que entram e os que são solucionados, acarretando um sério descrédito perante a população.

Em 1990, só para ilustrar, as Juntas de Conciliação e Julgamento receberam 1.233.410 e solucionaram 1.053.237, resultando um saldo negativo³⁷.

37 SUSSEKIND, Arnaldo. "Comissões de Conciliação Prévia", in Revista LTr, vol. 56, n° 2, fevereiro de 1992, pág. 165.

Mesmo com a ampliação da Justiça do Trabalho, em face da Lei 8.432/92, que criou 369 novas Juntas e 993 novos cargos de Juiz do Trabalho, e com a instalação de 6 novos Tribunais e a reestruturação de 9 outros, todos os tribunais ainda estão abarrotados de processos.

Em 1994, por exemplo, foram ajuizadas 1.624.655 ações, como resultado do descumprimento da legislação estatal, em função de um cálculo de custo e benefício.

Diante desse fato, é imperativo falar, que a Justiça do Trabalho, visando à garantia do emprego, hoje é chamada de Justiça do não-Trabalho, voltada ao desemprego³⁸.

Em face dos inúmeros problemas que cercam a Justiça do Trabalho, como problemas econômicos, grande número de processos, falta de servidores, falta de juízes, problema do poder normativo, – que para uns é benéfico, e para outros, impossibilita a autocomposição –, problemas burocráticos, problemas com os juízes classistas que abocanham grande parte do orçamento da Justiça do Trabalho, etc., doutrinadores, juizes e cientistas sociais, propõem soluções que vão desde uma reforma processual total até a criação de órgãos populares.

A título elucidativo, foi criado no Rio Grande do Sul pela Delegacia Regional do Trabalho o Plantão Especial para Denúncias e Mediação dos Conflitos Individuais Trabalhistas, composto de fiscais dotados de conhecimento jurídicos, encarregados de solucionar, extrajudicialmente, conflitos entre empregado e empregador. O problema é que a solução posta não impede o ajuizamento da ação perante a Justiça do Trabalho, pois não tem força de coisa julgada.

38 LACERDA PISTORI, Gerson. "A crise Existencial da Justiça do Trabalho", in Revista LTr, vol. 60 n° 10, Outubro de 1996.

A cidade mineira de Patrocínio criou, sob a coordenação e intermediação da Junta de Conciliação e Julgamento da cidade, o Núcleo Intersindical de Conciliação Rural e as Comissões Sindicais de Conciliação Prévia, órgão extrajudicial e sindical, encarregada de tentar conciliar capital e trabalho, soluções essas posteriormente homologadas pelo Juiz.

Em 1991, o TST formou uma Comissão integrada pelos Ministros José Luiz Vasconcellos e Carlos Alberto Barata Silva, destinada a elaborar um Código de Processo do Trabalho tentando reformular integralmente o atual sistema processual, mas, infelizmente, até hoje o anteprojeto não perdeu a condição de anteprojeto.

Há autores, como Antonio Álvares³⁹, que defendem a criação no Brasil de Conselhos de Empresas, baseando-se na Cogestão da Alemanha, como órgãos encarregados, por força de lei, de representar os empregados de uma empresa junto ao empregador, a quem seria atribuída a função de conciliar as demandas dentro da própria empresa.

O Deputado Victor Faccioni, encampando iniciativa do Colégio de Presidentes e corregedores dos TRT, apresentou ao Congresso um Projeto de Lei objetivando a inserção do art. 923 na CLT que visa a criar órgãos extra-judiciais de conciliação.

Encontram-se em tramitação no Congresso Nacional várias propostas de Emendas à Constituição (PEC): a de n° 96-A/92, do Deputado Hélio Bicudo, com propostas radicais de alterar a Justiça do Trabalho; a 63/95 de autoria do Senador Gilberto Miranda (PFL-

39 cf. SILVA, Antonio Álvares. "Mudanças fundamentais para uma Nova Justiça do Trabalho", in Revista do TRT da 8ª R. Belém, vol. 25, n° 48, jan-jun 1992, pág. 71 e ss.

AM), cujo relator é o Senador Ronaldo Cunha Lima (PMDB - PB), com parecer já aprovado, contendo algumas emendas, visando a excluir a representação classista; A de nº 292/95 de autoria do Deputado Zire Rezende 9 PMDB-MG) que visa a extinguir a representação classista em segundo e terceiro graus de jurisdição.

Embora haja diversas tentativas, a solução ainda não apareceu. Como está não pode ficar. Logo, a título de contribuição vaticinamos algumas sugestões para que os conflitos sejam solucionados com um pouco mais de celeridade: 1) Uma reforma processual urgente e radical, capaz de imprimir maior rapidez ao julgamento dos feitos; 2) edição de instrumento normativo que permita a imediata execução das sentenças normativas e dos acordos e convenções coletivas, dispensada a cognição prévia⁴⁰; 3) criação de Juizados de Pequenas Causas Trabalhistas, nos moldes da Lei 9.099/95 norteadora dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Comum; 4) incentivo ao uso da arbitragem voluntária nos moldes da lei 9.307/96.

40 CREDIDIO, Georgius P. "Sugestões para a Reforma do Processo do Trabalho", in Revista Ltr, nº 60.08/1089, agosto de 1996.

SIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

José Souto Maior Borges

Advogado. Prof. de Filosofia da Faculdade de Direito do Recife, e de Direito Tributário dos cursos de Pós-Graduação da UFPE. Diretor da Faculdade de Direito do Recife.

SUMÁRIO

I - Hierarquização dos princípios constitucionais. II - Igualdade perante a lei e igualdade na lei: como se distinguem. III - Ao decidir a questão constitucional o Judiciário não assume o papel de legislador positivo.

I - Hierarquização dos princípios constitucionais

1.1 - No contexto constitucional, o princípio da isonomia não corresponde a uma norma igual em eminência a outra qualquer, ou mesmo aos outros princípios constitucionais. A análise do seu conteúdo revelará a sua insigne posição, que realça decisivamente o significado normativo, em comparação com os outros princípios e normas constitucionais. Com surpreendente perspicácia, FRANCISCO CAMPOS já advertia o intérprete e aplicador da Constituição para a proeminência da isonomia no confronto com os outros princípios constitucionais:

"A cláusula relativa à igualdade da lei vem em primeiro lugar na lista dos direitos e garantias que a Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. Não foi por acaso ou arbitrariamente que o legislador constituinte iniciou com o direito à igualdade

a enumeração dos direitos individuais. Dando-lhes o primeiro lugar na enumeração, quis significar expressamente, embora de maneira tácita, que o princípio da igualdade rege todos os direitos em seguida a ele enumerados" (**Direito Constitucional**, Livraria Freitas Bastos, Rio, 1956, vol. 2º, pág. 12)

1.2 – Essa transcrição de magistério, ainda hoje atualíssimo, fornece, imune à ação do tempo, a pedra de toque para a exegese do texto concernente aos direitos e garantias fundamentais na CF de 1988. Deveras, na ordem da sua hierarquia **substancial**, isto é, de importância da matéria constitucionalmente regulada (e que não se confunde com a hierarquia **formal**, sintática, entre normas supra e infraordenadas), os princípios constitucionais, tais como a federação, a república (art. 1º, **caput**) e a tripartição do poder (art. 2º), manifestam essa proeminência no contraste com as restantes normas constitucionais, por exemplo, o art. 84, § único, III, que dá ao Ministro do Estado competência para elaborar relatório anual da gestão de seu ministério. Esse privilegiamento constitucional é acentuado pela própria insusceptibilidade à reforma de alguns desses princípios, sobretudo a forma federativa de Estado, a separação de poderes e dos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º).

1.3 – Pois bem, na região dos princípios constitucionais observa-se essa hierarquia também entre as normas-princípio. Porque não é aleatoriamente que o art. 5º, **caput**, da CF de 1988 enuncia a isonomia **antes** da discriminação dos direitos e garantias

fundamentais que ele próprio institui. Dessa posição, "topograficamente" eminente da isonomia, resulta uma proeminência substancial desse princípio. Ele penetra, como um linfa, os demais direitos e garantias constitucionais, perpassando-lhes o conteúdo normativo; "rege todos os direitos em seguida a ele enunciados", na lição de FRANCISCO CAMPOS.

1.4 – E a legalidade? Como situá-la nesse contexto? Quer no plano da sua institucionalização constitucional, que no âmbito da aplicação das normas constitucionais aos casos concretos, a legalidade corresponde ao problema constitucional mais eminente. O mais digno de ser questionado. Sendo o mais universal dos princípios constitucionais, a legalidade há de ser porém confrontada com as exceções estritíssimas que a própria CF lhe estabelece (a título de exemplo: art. 153, § 1º). É cediço o ensinamento de que as normas excepcionais têm por função "bloquear" a extensão da eficácia da norma-princípio. Mais precisamente ainda: delimitar o seu próprio âmbito de validade. O que não significa restringi-lo.

1.5 – Essas ponderações poderiam levar ao entendimento de que a legalidade seria mais eminente do que a isonomia. Nada mais equivocado entretanto. Porque a legalidade é apenas instrumento de manifestação da isonomia. A CF de 1988 é peremptória: "Todos são iguais perante a lei". Legalidade e isonomia não correspondem a instituições constitucionais diversas. São uma só e única criatura da Constituição. A isonomia deve manifestar-se no âmbito da legalidade. E a legalidade no âmbito da isonomia. Não é a isonomia algo que extrapasse a legalidade. É apenas um dos seus

conteúdos necessários. Nem existe igualdade como um dado social reconhecido **a posteriori** pela Constituição. Se assim o fora, não seria ela igualdade no sentido jurídico-positivo. É dizê-la uma instituição normativa.

Mas a CF vai além. Não se limita ao enunciado **tout court** da igualdade, ao lado dos outros princípios constitucionais. Situa-se a isonomia no próprio **caput** do art. 5º, diversamente desses outros princípios e garantias constitucionais, apenas enunciados nos diversos itens em que esse dispositivo capital se desdobra. De suas próprias dobras portanto, a CF já impõe ao exegeta o reconhecimento desse privilégio axiológico atribuído à isonomia.

1.6 – A igualdade diante da lei poderia ser arditosamente entendida como uma igualdade apenas **formal**, no sentido de que nada adiantaria quanto ao conteúdo da lei. A CF limitar-se-ia a assegurar a igualdade de aplicação da lei. Não a igualdade **substancial**. Pois é para espancar esses ardis hermenêuticos que a CF, em mera aparência de redundância, enuncia, já no item I do art. 5º, a igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações. Já aí se manifesta o caráter substancial desse direito. Não se trata de mera igualdade formal diante da lei, mas de igualdade **substancial** no interior da própria legalidade. Esta é a morada da isonomia. Incumbe-lhe a custódia do princípio-dos-princípios constitucionais, a isonomia. Conteúdo necessário da legalidade.

1.7 – E a CF é tão ciosa da necessidade de assegurar o primado da legalidade, isonomia e demais preceitos do art. 5º que, dando-se pressa em evitar sofismas exegeticos, solenemente proclama, no § 1º desse dispositivo:

“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Significa afirmar que essas normas são auto-aplicáveis, e si bastantes, autoexecutáveis (Self-executing, self-acting, self-enforcing).

1.8 – Em tais condições, a CF dá o remédio para os claros de integração legislativa. Se há “espaço” na disciplina legal, que ensejam agressões escancaradas ou subreptícias à legalidade, impõe-se ao Judiciário assegurar o primado da CF. Pois ao Judiciário – e sobretudo ao STF – compete a guarda da Constituição (CF, art. 102, **caput**). Não lhe é então lícito alegar que, na ausência de disciplina legal expressa, ser-lhe-ia impossível restaurar a igualdade. Teria de curvar-se à desigualdade porque não lhe seria viável atuar como “legislador positivo”. Não é bem disso que se trata na hipótese. Restaurando a igualdade, o Judiciário não edita nenhum ato legislativo. Se, no âmbito da legalidade, há um claro, uma omissão qualquer que viabiliza a instauração da desigualdade, não estará o Judiciário exercendo função legislativa ao reintroduzir a igualdade. Esta não é susceptível de amesquinamento pela legislação integrativa porque corresponde ao conteúdo de um princípio constitucional de aplicabilidade imediata. Conclui-se que o art. 5º, **caput** e seu item I são normas constitucionais de **eficácia plena**, ao utilizarmos as categorias doutrinárias de JOSÉ AFONSO DA SILVA. O princípio constitucional de isonomia é autoaplicável e, assim sendo, prescinde de integração legislativa. Não estará o Poder Judiciário a usurpar as atribuições do Poder Legislativo ao aplicar a CF, art. 5º, **caput** e item I, na ausência de provimento

legislativo adicional que viesse a dispor sobre situações submetidas a uma desigualdade na lei.

Recorde-se ainda aqui, pela sua atualidade, o magistério de FRANCISCO CAMPOS sobre a isonomia na Constituição Federal:

“Esse princípio ela o enuncia em termos absolutos ou plenarios, com isso manifestando a intenção de que ele se torne efetivo em toda a latitude do seu sentido e em qualquer circunstância, seja qual for a situação ou a condição da pessoa, a natureza da coisa, a espécie da relação, o estado de fato que a lei pretende reger. Não haverá condições à igualdade perante a lei. A lei será igual para todos e a todos se aplicará com igualdade. É um direito incondicional ou absoluto. Não tolera limitações, não admite exceção, seja qual for o motivo invocado; lei alguma, nenhum poder, nenhuma autoridade poderá, direta ou indiretamente, de modo manifesto ou subreptício, mediante ação ou omissão, derogar o princípio da igualdade” (op. é vol. cits. pág. 14).

II – Igualdade perante a lei e igualdade na lei: como se distinguem

2.1 – Há duas formas distintas – nitidamente distintas, posto em geral inapercebidas – de posituação da igualdade jurídica. A primeira delas é a igualdade **diante da lei**. Esta pode existir até mesmo quando a igualdade não corresponda ao conteúdo da lei. A igualdade perante a lei nada mais significa senão a simples conformidade da conduta normada, (isto é, a conduta concretamente efetivada) à norma de conduta,

em todas as situações que lhe forem subsumidas. É em suma igualdade diante do ato de aplicação do direito:

“Com efeito, a chamada “igualdade” perante a lei não significa qualquer outra coisa que não seja a aplicação legal, isto é, correta, da lei, qualquer que seja o conteúdo que esta lei possa ter, mesmo que ela não prescreva um tratamento igualitário, mas um tratamento desigual” (KELSEN, *A Justiça e o Direito Natural*, Arménio Amado, Coimbra, 1963, pág. 79).

A rigor, a igualdade diante da lei somente postula que a sua aplicação (da lei) corresponda sempre à sua incidência. Daí o seu caráter formal: nada prescreve sobre a igualdade como conteúdo da própria lei aplicada. A tônica é aí na inexceptualidade da aplicação concreta da norma, sempre que ocorrentes os seus pressupostos fácticos.

2.2 – Não é essa contudo a única igualdade a que se refere o art. 5º. da CF. Porque esse dispositivo trata da igualdade não só ante a lei, mas também como um **conteúdo** da legislação que lhe é integrativa. Vinculada, numa relação sintática de supra-e subordinação, no tocante ao seu conteúdo, isto é, ao próprio âmbito material de validade da norma (igualdade **na** lei, igualdade contnútística – diria PONTES DE MIRANDA). De tal sorte que, se desconsiderado o preceito constitucional, o ato legislativo ou admirativo de sua aplicação incorrerá em inconstitucionalidade. A igualdade na lei é igualdade material; somente existe quando a lei prescreve um tratamento igualitário. Será a igualdade, em tais condições, “matéria” do ato legislativo.

A CF, no seu art. 5º., não enuncia apenas a igualdade formal de todos diante da aplicação da lei. Não se circunscreve a anunciar o direito à reta aplicação da lei tributária, entendida como a adequação entre norma de conduta e conduta normada. Adequação a ser procedida no ato-de-aplicação pelos juízes e tribunais. Tal limitação, um amesquinamento do princípio, somente poderia prevalecer se o art. 5º. estancasse a formulação do direito à isonomia na parte inicial do seu enunciado: "Todos são iguais perante a lei" (e não **na lei**).

2.3 – Um dos mais delicados, se não o mais delicado problema de exegese da isonomia, consiste na prefixação dos seus **limites**, isto é a caracterização das discriminações constitucionalmente toleradas e as que não o são. Seja quais forem esses limites (que aqui não cabe predeterminar) pode-se concluir pela extrema amplitude de significado normativo do direito à isonomia como conteúdo da lei porque o próprio art. 5º é logo a seguir expreso: a igualdade não é só diante da lei. Ela se completa pela expressa interdição constitucional: "Sem distinção de qualquer natureza". Já aí a CF vincula o conteúdo da legislação integrativa, esclarecendo em que consiste o igual tratamento. Trata-se da consistência material da própria igualdade. Quando se considere que a igualdade é princípio dirigido primariamente à legislação integrativa de CF, há de concluir-se que a lei deve incluir a igualdade, a indistinção "de qualquer natureza" como um conteúdo seu, um componente material e pessoal do seu âmbito de validade normativa.

2.4 – No geral, o conteúdo do art. 5º. recolhe, dando-lhes positivamente, as clássicas "declarações de direitos" da doutrina tradicional do direito público. mas essas "declarações" somente conferem tecnicamente um direito público subjetivo quando atribuem aos cidadãos a faculdade de recorrer ao Judiciário contra eventuais procedimentos inconstitucionais dos órgãos do Estado. Quando as pessoas podem acionar um processo que culmine em nulificação do próprio ato cuja inconstitucionalidade vier a ser judicialmente proclamada (CF. **KELSEN, Teoria General del Derecho y del Estado**, Fondo de Cultura Económica, México, 1949, pág. 279).

Ora, a CF, no seu art. 5º. § 1º, prescreve, como visto, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Logo, o mais fundamental delas – a isonomia – independerá de qualquer integração legislativa. E mais ainda: poderá ser invocada sempre que a lei institua uma desequiparação constitucionalmente interdita entre iguais situações de fato. A sua aplicação imediata corresponderá a uma das mais relevantes atribuições do Poder Judiciário.

2.5 – Não há no entanto confundir os **direitos** fundamentais da CF com as suas **garantias**, meios ou instrumentos assecuratórios instituídos pela CF, para preservar a efetividade dos direitos fundamentais:

"Ora uma coisa são garantias constitucionais, outra coisa são os direitos, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança, política, ou judicial. Os direitos são aspectos, manifestações da personalidade humana em sua existência subjetiva, ou nas suas

situações de relações com a sociedade, ou a indivíduos que as compõem. As **garantias constitucionais "stricto sensu"**, são as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder". (RUY BARBOSA, **Comentários à Constituição Federal** Brasileira, Saraiva & Cia, 1934, vol 5º, pág. 178 – os grifos são desse autor).

Nessas condições, o direito à isonomia aperfeiçoa-se pela predeterminação constitucional do seu perfil, seu âmbito de validade: (a) igualdade perante a lei; (b) mais igualdade na lei; (c) **mais** a vedação de distinções de qualquer natureza. Como será no entanto garantido esse direito, cujas normas respectivas são de aplicação imediata (art. 5º)? Responde-se com a seqüência desse dispositivo constitucional, **caput**:

"garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição".

2.6 – Estranha vocação constitucional, a da igualdade. Sobre ser uma norma definidora de um direito (norma que tem aplicabilidade imediata) e um princípio (mais eminente até que os outros princípios do art. 5º) é ela ainda um instrumento constitucional de preservação de si própria. É dizer: constitucionalmente a igualdade garante a igualdade. O paradoxo é apenas aparente. A igualdade formal garante a igualdade material. Se todos são iguais na aplicação da

lei, no sentido de que a lei indiscriminadamente a todos se aplica, mas o seu conteúdo não abriga a isonomia, há violação da igualdade **material**. Se reversamente a lei isonômica a todos não se aplica, nem todos são iguais perante a lei: iguais serão apenas os beneficiários da sua aplicação, ficando de fora da isonomia os que não o forem. Nessa última hipótese, há violação da igualdade **formal**. Por isso diz-se que a igualdade garante a igualdade. Essas normas somente podem ser interpretadas uma em conexão com a outra. Se essa conexão for desconsiderada, abre-se oportunidade à aplicação da igualdade apenas formal (igualdade perante a lei), com prejuízo da igualdade material (igualdade na lei).

Torna-se manifesto por essa via que a CF, no seu art. 5º, estrutura a isonomia de modo refinadamente complexo. Primeiro, como um direito à reta aplicação da lei (princípio formal). Segundo, como um princípio cujo conteúdo (não a mera forma de sua aplicação portanto) é inegavelmente amplo e até inexceptuável, pela vedação de distinções de qualquer natureza (princípio material e pessoal). Terceiro, porque ela regula também os meios assecuratórios desse direito (a lei e outros atos normativos, como as sentenças judiciais).

2.7 – Já nos seus **Comentários à Constituição de 1946**, vol 4º, pág. 64, PONTES DE MIRANDA advertia que, no tocante à igualdade, dois princípios fundamentais poderiam ser explicitados, a saber: 1º, o de igualdade perante a lei 2º, o de igualdade na lei: "O texto começa a enumeração dos direitos fundamentais pelo **princípio de isonomia ou princípio de igualdade perante a lei**, dito também princípio formal porque não

igualiza "materialmente". Todos são iguais perante a lei". O princípio dirige-se a todos os poderes do Estado. É cogente para a legislatura, para a administração e para a justiça. Aliás podem ser **explicitados** dois princípios: um, de igualdade perante a lei feita, e outro, de igualdade na lei a fazer-se. Não é só a incidência e a aplicação que precisam ser iguais, é preciso que seja igual à legislação" (Os grifos são desse autor)

Essa lição é ainda hoje atual e aplicabilíssima à CF de 1988.

2.8 – São no entanto questões diversas, e portanto apartáveis entre si, a de saber se a norma foi feita conforme as exigências de Constituição revogada – na hipótese a de 1967 – e a de saber se a norma persiste em vigor com o advento da Constituição nova, a de 1988. Se se trata de norma instituída sob a regência da CF de 1969, é esta que responderá a indagação ser era ela constitucional ou não à luz dessa Constituição então em vigor. Quanto a persistir a sua vigência sob a CF de 1988 é outra questão – que somente poderá ser resolvida com base na Constituição nova.

Nesse mesmo sentido é a lição de PONTES DE MIRANDA:

"Se, com a nova Constituição, forem inconciliáveis implícita ou explicitamente todas as regras, escritas ou não, do direito anterior, todas elas deixarão de vigorar no instante mesmo em que se iniciou a vigência da nova Constituição (Comentários, cits., vol. 5º, pág 276).

Por força do princípio de continuidade da normatividade jurídica, somente pode anular-se **in concreto** norma instituída conforme o devido processo

constitucional que lhe fundamentara a validação, se ela vier a chocar-se com a CF nova.

III – Ao decidir a questão constitucional o Judiciário não assume o papel de legislador positivo

3.1 – A consideração de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm, na CF de 1988, aplicação imediata, e pois independem de integração legislativa, ilumina a exegese do seu artigo 102, § único, em cujos termos:

"A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei".

Uma interpretação apressada e extremamente superficial desse preceito poderia nele vislumbrar uma norma constitucional de **eficácia limitada**, para utilizar-se a classificação tipológica das normas constitucionais preconizadas por JOSÉ AFONSO DA SILVA (**Aplicabilidade das normas constitucionais**, 2ª ed. RT, S. Paulo, 1982), a depender, portanto, de integração legislativa para a produção dos efeitos jurídicos que lhe são próprios.

3.2 – Todavia os princípios consubstanciados na declaração dos direitos e garantias fundamentais são autoexecutáveis. Logo, um dispositivo que apenas tem por função instrumentar a sua apreciação judicial, tornando-a efetiva, não deve jamais servir para furtar-se o Judiciário a sindicá-la questão constitucional, sob alegação de que **só** na forma da lei superveniente ser-lhe-ia possível apreciar a questão constitucional suscitada pela alegação de violação à isonomia.

3.3 – O art. 102, § único da CF de 1988 é portanto autoaplicável. Na ausência da lei integrativa, aplicar-se-á esse preceito em toda a sua inteireza. Àquela incumbe tão só disciplinar o procedimento judicial de apreciação da arguição de inconstitucionalidade. Não deverá o Judiciário, sob pretexto de ausência da lei processual integrativa, negar-se a apreciar de plano a questão constitucional suscitada, se a decisão recorrida, por exemplo, objeto de recurso extraordinário, contrariar dispositivo constitucional (CF, art. 102, III, a). A cláusula terminal do art. 102, § único “na forma da lei” significa o mesmo que “segundo o devido processo legal”. Quando no entanto a CF não estabelece – como é o caso – qual o procedimento a ser adotado pela legislação integrativa, a consequência será que, em decorrência da indeterminação constitucional mesma, todos os meios procedimentais são válidos e utilizáveis para o Judiciário aplicar de imediato o preceito constitucional. Demais, a lei processual pode ser tanto a preexistente à vigência da CF, quanto a que lhe for subsequente.

ESCOLAS DA MAGISTRATURA NO BRASIL: ASPECTO ORGANIZATIVO INSTITUCIONAL*

José Renato Nalini

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Coordenador dos cursos de Aperfeiçoamento da Escola Paulista da Magistratura e Diretor Adjunto da Escola Nacional de Magistratura.

SUMÁRIO

I. Normatividade; II. A Justiça Brasileira; III. A dupla vertente: associações ou Tribunais; IV. As Escolas da Magistratura do Trabalho; V. A Educação de Juizes e a Justiça Federal; VI. Aspecto organizativo e institucional; VII. O aspecto comunicacional; VIII. Escola Nacional da Magistratura; IX. Profissionalização das Escolas; X. Conclusões.

“Nuestro sacrificio, y nuestra gloria, será hacer progresar la ciencia, preparar para ellos, en la más profunda tranquilidad de conciencia y en la más austera esperanza, una masa de hombres útiles, ilustrados y fecundos en la acción vital. Y todo esto, amorosamente, sinceramente, con la profunda alegría del deber cumplido”.

Eduardo J. Couture¹

I. Normatividade

Embora mais antiga a preocupação com a formação dos juizes, nasceram somente na década de setenta as primeiras Escolas da Magistratura no Brasil, de previsão constitucional surgida com Emenda

1. “El Arte Del Derecho y Otras Meditaciones”, Fundación de Cultura Universitaria, 1ª ed., maio de 1991, p. 60.

Constitucional nº 7, de 13.4.1977. Essa emenda conferiu ao inciso I do artigo 144 da Constituição de 24.11.1967, a redação que segue: *I – o ingresso na magistratura de carreira dar-se-á mediante concurso público de provas e títulos, realizado pelo Tribunal de Justiça, com a participação do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, podendo a lei exigir dos candidatos prova de habilitação em curso de preparação para a magistratura;*"

O tratamento foi mantido e a redação aprimorada na Constituição de 5.10.1988, com o acréscimo de previsão de **cursos de aperfeiçoamento** para juizes. O artigo 93, ao dispor sobre os princípios do Estatuto da Magistratura, possui um inciso VI assim redigido: *"previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira"*²

Essa a realidade fundamental presente, ameaçada por uma emenda constitucional de evidente retrocesso. Se vier a merecer aprovação o substitutivo à proposta de emenda à Constituição nº 96, de 1992, o texto fundante passará a dispor:

Artigo 93 – inciso IV – previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a aprovação do candidato em curso oficial ou reconhecido pelo Conselho Nacional de Justiça de preparação à magistratura.

² No mesmo artigo 93, quando o inciso II trata da promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, sua alínea "c" consagra novamente a Escola da Magistratura. Diz ela que a aferição do merecimento dar-se-á: "pelos critérios de presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento".

O retrocesso é evidente. O curso de **preparação** não mais será necessário ao **ingresso** à magistratura. Será somente etapa obrigatória do processo de **vitaliciamento**, a obtenção do predicamento da vitaliciedade do juiz. A interpretação literal do dispositivo leva à conclusão de que **primeiro se recrutar-se-á** – sem que os candidatos estejam preparados para isso – e depois, reconhecida a **falta de preparo**, cuidar-se-á de prepará-los, para que possam vir a ser vitaliciados. É uma aberrante **preparação a posteriori**, que confunde **preparação** – sempre prévia, anterior ao concurso – com a **formação contínua** – essa sim, permanente e posterior ao ingresso à carreira.

Não é só. O texto do substitutivo à proposta de emenda à Constituição nº 96, de 1992, oferece outro aspecto preocupante. Passará a ser tarefa do Conselho nacional de Justiça o **reconhecimento, a coordenação e a supervisão** de todas as Escolas da Magistratura. É o que dispõe o inciso XI do artigo 108 do substitutivo: *manter centro nacional destinado à formação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, e ao desenvolvimento da administração e da pesquisa judiciárias, com função inclusive de reconhecimento, coordenação e supervisão das escolas e de cursos da magistratura do país.*

Essa previsão mostra-se inconveniente. Primeiro, por ser o Conselho Nacional de Justiça um acenado **órgão externo**, com a participação de membro do Ministério Público e da OAB. Depois, por não se compatibilizar com a **forma federativa de Estado**, cuja característica é preservar a **autonomias** das unidades federadas.

A partir da edição dessa reforma, haverá uma **centralização unificadora** de todos os projetos

presentes e futuros na capacitação judicial, adotada a conformação de um **modelo único**, em detrimento das experiências localizadas em cada Estado e em cada esfera de justiça especializada.

II. A Justiça Brasileira

Para penetrar a realidade das Escolas de Juízes no Brasil, há de se conhecer algo da Justiça Brasileira.

Constituem órgãos do Poder Judiciário no Brasil:

1. O Supremo Tribunal Federal; 2. O Superior Tribunal de Justiça; 3. Os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; 4. Os Tribunais e Juízes do Trabalho; 5. Os Tribunais e Juízes Eleitorais; 6. Os Tribunais e Juízes Militares; 7. Os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios³.

Estado Federal, o Brasil dispõe de um só Poder Judiciário, dividido em Justiças Federal e Estadual. Cada unidade federada possui o seu Judiciário, exercendo a autonomia estadual. Essa a Justiça que sempre exerceu maior competência, pois residual. Tudo aquilo que não estiver atribuído à Justiça Federal⁴ é da competência da Justiça Estadual.

As Justiças Especializadas são a do Trabalho, ou Laboral, a Eleitoral e a Militar. O princípio do duplo grau de jurisdição espalhou-se na vigente Carta, para configurar na verdade um quádruplo grau de jurisdição.

3 Artigo 92, incisos de I a VII da Constituição da República Federativa do Brasil

4 Artigos 108 e 109 e seus incisos da Constituição da República Federativa do Brasil. Grande parcela da competência federal insere-se na previsão do inciso I do artigo 109 da C.F.: *aos juízes federais compete processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.*

Depois de apreciadas em primeiro grau, todas as decisões podem passar por reapreciação no segundo grau e duas outras Cortes encarnariam o terceiro e o quarto grau de jurisdição. O terceiro é o Superior Tribunal de Justiça, cuja grande competência é julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal ou; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.⁵

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, tem como função precípua a guarda da Constituição. Como julga a ação direta de inconstitucionalidade e em recurso extraordinário, as causas em que se vislumbre divergência constitucional⁶ e como a Constituição de 1988 é expressivamente casuística⁷, está enfrentado uma pleora de processos. Converteu-se em necessária quarta instância, a que chegará qualquer processo, desde que o advogado tenha talento para prequestionar temas fundamentais.

5 Artigo 105, inciso III, alíneas de "a" a "c" da Constituição da República Federativa do Brasil.

6 O artigo 101, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe: *Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.*

7 A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5.X.1988, contém 246 artigos, mais 73 no denominado Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Um Estado de dimensão continental, com 26 Estados federados e um Distrito Federal, cada qual com sua Justiça própria, gera um conjunto muito complexo de instituições. São mais de cem Tribunais e a preservação das autonomias poderia certamente desaguar em multiplicidade de modelos de Escolas Judiciais. Não foi o que ocorreu. Considerada a heterogeneidade das regiões, - cultura, densidade demográfica e clima - o fenômeno avassalador da miséria crescente⁸, a rediscussão do papel do Estado, o perfil das Escolas Judiciais guarda certa homogeneidade. Mantiveram-se elas fiéis à origem comum e ao modelo francês, depois adotado pela pátria-mãe, Portugal.

O âmbito desta intervenção não admite análise detida sobre cada Escola, mas se resumirá a fornecer linhas gerais sobre o modelo brasileiro de educação judicial, com as limitações de diversa índole, pelas quais se roga vênia dos doutos partícipes deste Seminário.

III. A dúplice vertente: associações ou Tribunais

A preocupação com a educação dos juízes externou-se no Brasil a partir da segunda metade do século.

⁸ Recorde-se a lição de COUTURE: No basta conviver; es necesario conviver en un orden justo. Los bienes terrenales pertenecen a todas las criaturas; el exceso de bienes en unos y la ausencia de bienes en otros, configuran la injusticia en la convivencia, esto es, las limitaciones injustas a la libertad de cada uno de desenvolver su propia personalidad. Supercapitalismo y miseria son las dos más graves limitaciones de la libertad del hombre por el hombre ("El Arte del Derecho y otras meditaciones", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, p.19).

O modelo francês, implantado na década de 50 e o modelo português, que se lhe seguiu, foram fundamentais na implantação das primeiras escolas. MINAS GERAIS⁹, RIO GRANDE DO SUL¹⁰, PARÁ¹¹, PARANÁ¹², MATO GROSSO DO SUL¹³, MATO GROSSO¹⁴, ESPÍRITO SANTO¹⁵, GOIÁS¹⁶, PIAUÍ¹⁷,

⁹ A Escola Judicial "Desembargador EDÉSIO FERNANDES", de Minas Gerais, foi criada em 13.8.1977. A idéia de seu nascimento foi anunciada quando da elaboração da Resolução 61 do Tribunal de Justiça, de 8.12.1975, por obra dos magistrados RÉGULO DA CUNHA PEIXOTO, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA e SÉRGIO LÉLLIS SANTIAGO.

¹⁰ A Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul, instituída pela Associação dos Juizes daquele Estado - AJURIS, foi oficializada pelo Tribunal de Justiça do Estado por Resolução do Órgão Especial de 27.10.1980, publicada no Diário da Justiça n°. 221, de 18.11.1980. Contudo, segundo ALCINO SALAZAR, em "Poder Judiciário-Bases para reorganização", em 1975, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por ato de 25.8.1970, criou um "Centro de Estudos de Preparação à Judicatura", que seria a matriz da escola, vinculada à primeira entidade de classe dos juizes brasileiros. A AJURIS. Seu atual Diretor é o Magistrado CLÁUDIO CALDEIRA ANTUNES. O modelo gaúcho, disseminado na cruzada do Desembargador CHRISTOVAM BAIELLO MOREIRA, um de seus mais lúcidos e combativos diretores, atingiu muitos outros Estados, que conservam fisionomia estrutural de um Escola vinculada a um Associação de classe.

¹¹ A Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, vinculada ao Tribunal de Justiça, foi criada pela Resolução 6, de 8.12.1982.

¹² A Escola da Magistratura do Paraná foi criada em 1982 e seu atual Diretor é o Desembargador NEWTON ÁLVARO DA LUZ.

¹³ A Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul foi criada em 23.5.1985, tendo editado em 1996 publicação alusiva aos seus dez anos de atividade. O Desembargador REMOLO LETTERIELLO faz a apresentação da obra, que contém, ao final, "A Força do Juiz de Direito", trabalho de HILDEBRANDO CAMPESTRINI e considerado a base pedagógica daquela importante Escola.

¹⁴ A Escola da Magistratura de Mato Grosso foi criada em 13.6.1985, pela Resolução 10/85, do Tribunal Pleno e seu atual Diretor é o Desembargador REMOLC LETTERIELLO.

¹⁵ A Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo foi criada pelo Tribunal de Justiça pela Resolução 4/85, DJ. de 22.6.1985.

¹⁶ A Escola Superior da Magistratura do Estado de Goiás foi criada em 31.11.1986 e oficializada pela Resolução 1/88, de 13.4.1988 e instalada em 11.8.1990.

¹⁷ A Escola Superior da magistratura do Estado do Piauí - EMESPI - foi criada pela Associação dos Magistrados Piauienses - AMAPI e oficializada pelo Tribunal de Justiça pela Resolução n°. 1, de 6.2.1986.

CEARÁ¹⁸, RONDÔNIA¹⁹, PERNAMBUCO²⁰, SANTA CATARINA. Posteriormente sobrevêm a ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA²¹, a ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA²² e todas as demais escolas, inclusive as da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho.

A necessidade de recursos materiais para permitir o desenvolvimento de suas finalidades e a insuficiência crônica das dotações orçamentárias públicas, fez com que as ESCOLAS nascessem vinculadas e sustentadas por Associações de Juízes. Esse o modelo da ESCOLA DO RIO GRANDE DO SUL, adotado por expressivo número de outras co-irmãs. Também se explica essa origem, pela maior flexibilidade dos organismos gremiais, diante do funcionamento burocrático dos órgãos oficiais. A democracia interna vivenciada nas associações assegurou espaço e hora para o tema **educação de juízes**, pouco enfrentado pelos Tribunais. Outra vertente fez com que a Escola se vinculasse diretamente ao Tribunal a que subordinada, diante da

18 A Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará foi criada pela Lei n.º. 11.203, de 17.7.1986 e seu atual Diretor é o Desembargador FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE ALBUQUERQUE.

19 A Escola de Magistratura de Rondônia foi criada por Resolução do Tribunal de Justiça em julho de 1986.

20 A Escola Superior da Magistratura de Pernambuco foi criada pela Associação dos Magistrados e os cursos oficializados pelo Tribunal de Justiça por Resolução n.º. 24, de 23.3.1987. Seu atual Diretor é o Desembargador JOSÉ NAPOLEÃO TAVARES DE OLIVEIRA.

21 A Escola Paulista da Magistratura foi criada pela Resolução 24/88, de 21.11.1988, do Tribunal de Justiça de São Paulo e seu atual Diretor é o Desembargador SÉRGIO AUGUSTO NIGRO CONCEIÇÃO.

22 A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, foi criada pela Lei Estadual n.º. 1.395, de 8.12.1988. Seu Diretor é o Desembargador CLÁUDIO VIANNA DE LIMA.

necessidade de manutenção de **cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento** de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira²³. O caráter oficial de tais cursos só poderá ser conferido pelo Tribunal. E as Escolas nasceram como organismos oficiais, integrando a estrutura das Cortes. Essa a solução de MINAS GERAIS, SÃO PAULO e RIO DE JANEIRO, dentre outras.

As fórmulas não são rígidas, nem incompatíveis. A ESCOLA DO RIO GRANDE DO SUL, mantida pela AJURIS, é reconhecida pelo Tribunal de Justiça e atua, decisivamente, ao propiciar **curso de preparação** como fase do concurso de ingresso à Magistratura. A ESCOLA DE SÃO PAULO, órgão oficial do Tribunal de Justiça, não conseguiria desenvolver o plano dos CEDES - Centros de Estudo disseminados pelo Interior do Estado, não fora a participação financeira da APAMAGIS.

A ESCOLA DO RIO DE JANEIRO, sob a tutela do Tribunal de Justiça, encontrou alternativa muito eficiente de fazer face aos seus dispêndios: a criação por lei de um Fundo EMERJ, ao qual são carreadas todas as entradas específicas no texto normativo.

IV. As Escolas da Magistratura do Trabalho

Incremento considerável tem evidenciado as Escolas da Magistratura do Trabalho, existentes em onze regiões: SÃO PAULO (Capital e CAMPINAS), MINAS GERAIS, RIO GRANDE DO SUL, BAHIA, DISTRITO FEDERAL e TOCANTINS, PARAÍBA, ESPÍRITO SANTO, ALAGOAS, SERGIPE e MATO GROSSO.

23 Artigo 93, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A Escola de SÃO PAULO foi criada por Resolução administrativa do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região²⁴, assim como a de MINAS GERAIS²⁵, a do DISTRITO FEDERAL e TOCANTINS²⁶, a do ESPÍRITO SANTO²⁷ e a do ALAGOAS²⁸. Todas elas nasceram por deliberação do respectivo Tribunal Regional do Trabalho, sendo **órgãos oficiais**, portanto.

Já a ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRABALHO DO RIO GRANDE DO SUL adotou diversa configuração, perfilhado à natureza de FUNDAÇÃO, nos moldes do Direito Privado. Essa fundação é entidade autônoma, administrativa e financeiramente, dotada de personalidade jurídica própria, sem fins lucrativos²⁹. É uma entidade de direito privado, instituída pela Associação dos Magistrados do Trabalho da 4ª Região e somente seus responsáveis poderão dizer sobre o êxito dessa formulação.

Além de outros aspectos, é de ser considerada a imprescindibilidade de atuação do Ministério Público, como Curados de Fundações, a exercer controle e fiscalização sobre a entidade.

Na BAHIA, a Escola resulta de um convênio em que se aliaram o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª

Região e o Instituto Bahiano de Direito do Trabalho³⁰. E no ESPÍRITO SANTO, embora a ESCOLA seja órgão oficial do TRT da 17ª Região, firmou-se também convênio entre o Tribunal, a EMATRA e a AMATRA-ES - Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho³¹, assim como ocorreu em ALAGOAS.

A exemplo do que se verifica nas Escolas dos Estados, as EMATRA também não adotam figurino único. A referência é sempre a **oficialidade**, mediante criação por ato de Tribuna, ou uma **flexibilidade** resultante de instituição por deliberação associativista. Comum **amescla** entre os vários modelos, com a saudável interpenetração das cúpulas do Poder e dos órgãos de classe.

V. A Educação de Juizes e a Justiça Federal

A Justiça Federal também dispõe de suas Escolas de Juizes, todas vinculadas aos respectivos Tribunais, assim como o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

Este organismo oficial, vinculado ao Superior Tribunal de Justiça, vem contribuindo, de maneira significativa, para desenvolver uma doutrina de formação do juiz brasileiro. Propicia debates e investe na publicação de inúmeras obras direcionadas a esse tema.

Vem, ao lado da Escola Nacional da Magistratura, exercendo um papel de **coordenação** que se mostra essencial nesta fase de consolidação do projeto de educação de juizes. Respeitadas as especificidades da cada Justiça, as distinções regionais e a vocação própria a cada Escola, parece necessário um organismo de coordenação.

30 Convênio firmado em Salvador, aos 30 de março de 1992.

31 Convênio firmado em dezembro de 1994 e do cuja publicação não se tem notícia.

24 Resolução Administrativa nº. 1, de 19.1.1993.

25 Resolução Administrativa nº. 142/91, de TRT - 3ª. Região, de 22.8.1991, publicada no Diário do Judiciário de 27.8.1991.

26 Portaria de 22 de março de 1994, do Juiz Presidente do TRT-10ª. Região, publicada no Diário da Justiça de 24.3.1994.

27 Resolução Administrativa nº. 64/94, DOES de 14.10.1994.

28 Resolução Administrativa nº. 5/94.

29 O nascimento da Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul "João Antonio Guilhesbernand Pereira Leite" deu-se como ocorre o surgimento da personalidade jurídica dos organismos civis: o registro junto ao Cartório de Registro de Títulos e Documentos, sob nº 15.025, em 29.11.1991.

A distinção é que o CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal é um organismo **oficial**, diretamente vinculado ao Superior Tribunal de Justiça, que lhe aporta recurso e prestígio. E a Justiça Federal, cujo fortalecimento crescente é inquestionável, reveste todas as condições para implementar um projeto consistente de preparação e de formação continuada para juízes.

VI. Aspecto organizativo e institucional

As Escolas brasileiras de Juízes são instituídas nos moldes dos estabelecimentos tradicionais de ensino. Dispõem de um **Regimento Interno**, onde os diversos títulos disciplinam sua instituição, fins e atividades, sua administração, organização curricular, organização disciplinar e atividades extracurriculares.

As finalidades são as já conhecidas, de preparar candidatos para ingresso na Magistratura, aperfeiçoar os juízes, adequá-los para exercício de atividades colegiadas ou específicas e treinar funcionários.

Confia-se a administração geralmente a um Diretor, Juiz de carreira, quase que invariavelmente em atividade. Poucas as escolas que possuem um **diretor executivo não-magistrado**³² e com formação pedagógica. É praxe possuam órgão **colegiado**, em regra denominado o **Conselho**³³, para assessoria e funções consultivas.

32 É o caso das Escolas de Minas Gerais, com o Prof. RICARDO ARNALDO MALHEIROS PIUZA, do Mato Grosso do Sul, com o Prof. HILDEBRANDO CAMPESTRINI, e Pará, com o Prof. JOSÉ ADELINO NORONHA, não magistrados que vêm prestado instimável serviço à causa da verdadeira formação do juiz brasileiro.

33 A Escola Paulista da Magistratura dispõe de um Conselho Consultivo e de Programas, formado por 9 juízes: Desembargador diretor, Desembargador vice-diretor, três outros desembargadores, um Juiz de cada Tribunal de Alçada e um juiz representando a entrância especial dos magistrados de primeiro grau de jurisdição.

O corpo docente é inexoravelmente recrutado entre juízes, sejam ou não afeiçoados ao ensino. O corpo discente é formado de **candidatos** ao concurso de ingresso ou de juízes em exercício, destinatários, respectivamente, dos cursos de preparação e dos cursos de reciclagem.

A estrutura administrativa praticamente não difere do **design** antigo: secretaria, tesouraria, serviços gerais. Inexiste ainda uma configuração moderna, sob a ótica de um processo de **reengenharia**, a que se submeteu a empresa privada.

Algumas delas, como dependências dos Tribunais, vinculam-se às contingências do serviço público. Cada diretor, dependendo de seu empenho ou prestígio pessoal, consegue a locação de recursos e de pessoal funcional para fazer face aos objetivos de sua escola. Pouca a flexibilidade na administração, burocratizados os métodos de consecução de recursos ou de inovação nos projetos.

Os cursos mantidos são o de preparação à carreira, o de iniciação funcional, os cursos de aperfeiçoamento, os chamados Altos Estudos e os cursos para servidores.

Algumas Escolas dispõem de sede própria: Rio Grande do Sul e São Paulo são exemplos³⁴. Muitas constituem apêndices dos Tribunais e sujeitam-se às vicissitudes da gestão transitória de um comando bienal. Poucas as que dispõem de verbas próprias. Existe quase que um receio institucional em pleitear recursos para a

34 No Rio Grande do Sul, o Desembargador CHRISTOVAM DAIELLO MOREIRA conseguiu edificar notável sede para a Escola. Em São Paulo, o Governo do Estado destinou à Escola Paulista da Magistratura um prédio de 13 pavimentos e 24 mil metros quadrados, nunca inteiramente ocupado e com ameaça de transferência da Escola para outro edifício, a funcionar junto a Gabinete de Desembargadores.

capacitação de juizes, por não ser da tradição brasileira a capacitação funcional geral, ressalvada a experiência do Instituto Rio Branco³⁵ e os institutos de formação do pessoal das Forças Armadas.

O exemplo paulista, por exemplo, é o de uma escola que ainda não descobriu seu destino. Mais recuos do que avanços³⁶, a inexistência de um corpo docente fixo, de estrutura compatível com a dimensão da Justiça de São Paulo e de cursos regulares.

O Diretor não pode se afastar dos autos e se dedica à Escola com sacrifício de suas horas de trabalho ou lazer. Nenhum profissional está destinado à Escola em tempo integral. Encontra-se ausente o **profissionalismo** na formação do juiz brasileiro.

VII. O aspecto comunicacional

Alguns avanços podem ser registrados nesse campo. As Escolas vinculadas aos Tribunais, como organismos destes dependentes, são entidades oficiais. Seus cursos podem ser obrigatórios e a frequência estará assegurada.

Estabelecimentos mantidos pelas Associações podem enfrentar alguns problemas. Enquanto a Escola pretende propiciar ao juiz oportunidade de aperfeiçoamento e reciclagem distanciada do exercício jurisdicional, o Tribunal pretende conservar o juiz no seu posto de trabalho. O êxito das iniciativas de Escolas Gremiais subordina-se ao talento ou prestígio de seus dirigentes.

35 O Instituto Rio Branco, conhecido como *Itamety*, mantido pelo Ministério das Relações Exteriores, é responsável pelo recrutamento dos diplomatas brasileiros.

36 O Sistema de preparação como fase do concurso de ingresso à Magistratura foi substituído pelo retorno, puro e simples, ao modelo antigo, com o recrutamento por concurso tradicional e um curso de iniciação funcional após nomeação dos novos juizes.

Ainda não se registrou caso de Escola desvinculada do Tribunal e contraposta a ele, que venha a ser bem sucedida nos seus projetos.

O aspecto político permeia tudo: pode haver aliança – o que é benéfico – ou divórcio – um malefício – entre as lideranças associativistas e as cúpulas oficiais. Quando elas contendem, o resultado é a dispersão de esforços e a perda de objetividade. Olvida-se a busca de aprimoramento da carreira para um duelo de prestígio, cordial e camuflado embora, entre os que pretendem conduzir a Escola.

De resto, as Escolas oficiais – vinculadas aos Tribunais – também não se encontram imunes aos interesses políticos. A Escola pode ser utilizada como instrumento na obtenção das honras e cargos de comando. A participação dos interessados é controlada de forma rígida pelas cúpulas. Os critérios de acesso à direção e conselhos não consideram a experiência na área ou o eventual conhecimento específico, adquirido por esforço pessoal ou na Universidade.

O convívio entre as Escolas registra algumas experiências válidas. Cursos pioneiros costumam ser divulgados entre as coirmãs e contam com a participação de representantes de várias unidades federadas e mesmo de várias Justças. A proximidade física torna mais unidas algumas Escolas, enquanto que a distância constitui natural óbice a maior estreitamento. Ressalvada a atuação integradora da Escola Nacional da Magistratura, não existe um organismo permanente de coordenação, menos ainda uma publicação que propiciasse a disseminação das atividades, das experiências – êxitos e propostas a repensar – de todos os organismos voltados à educação do juiz brasileiro.

O ideal seria que, anualmente, as Escolas se encontrassem para debater a elaboração de um calendário para o ano seguinte, adequando-o para permitir maior interação entre elas. A publicação de um **anuário de atividades** permitiria a cada Justiça programá-las de forma a permitir que os investimentos fossem otimizados, mediante acesso de magistrados de outros segmentos unidades federadas ou ramos de Justiça.

Ainda incipiente, existe uma preocupação de partilha. Estudiosos estrangeiros em visita ao Brasil, a convite de uma Escola, com freqüência atende à solicitação de outras e multiplicam os efeitos dessa viagem científica. O empenho pessoal seria facilitado se houvesse um núcleo coordenador de todas as atividades, respeitada sempre a autonomia de cada Escola.

As Escolas de Juízes têm grande afinidade com a Universidade. Em São Paulo, vários convênios estão funcionando, como aquele com a Universidade de São Paulo, USP, direcionado a recrutar novos juízes já nos bancos acadêmicos. A Escola Paulista da Magistratura se encarrega de ministrar a disciplina **Instituições Judiciárias** para acadêmicos do quarto ano do Bacharelado e, com isso, pode acompanhar o desenvolvimento intelectual do futuro juiz, desde a sua formação jurídica inicial.

Experiência bem sucedida é a dos **estágios** de acadêmicos supervisionados pela Escola da Magistratura junto a todas as unidades judiciais e com o desenvolvimento de um verdadeiro programa de **preparação à carreira**. Os próprios estagiários são encarregados de elaborar temas específicos e têm aulas e

encontros com juízes experientes, no horário do estágio. Há uma preocupação **institucional e ética**, para além da mera **técnica jurídica** e o programa permite acompanhamento mais próximo do estagiário. É uma alternativa mais interessante à **investigação pessoal**, quase sempre rápida e aleatória, que se faz na oportunidade do concurso de ingresso.

Os **mass-media** conferem razoável prestígio às Escolas da Magistratura. Todas as promoções alcançam boa divulgação e há interesse em coparticipar de cursos, registrando-se várias experiências nos encontros **Imprensa/Judiciário**. Procura-se atenuar o distanciamento mútuo, aprofundado numa quadra histórica em que a Imprensa **investiga, julga, condena e executa**, sem as garantias do devido processo legal. Fenômeno que faz gerar reação perversa: o Judiciário se afasta ainda mais da **mídia** e intensifica a crítica que se lhe faz, de ser poder onipotente e arrogante. As Escolas da Magistratura podem contribuir para mitigar essa resistência recíproca e, ao se desincumbirem da tarefa, estarão contribuindo para resgatar a imagem da Justiça junto à comunidade.

Outras entidades de classe – Federações de Indústria, Comércio e Sistema Bancário, Sindicatos, Associações de Médicos, Engenheiros, Serventuários e Registradores, como exemplo, também contribuem para o desenvolvimento dos programas das Escolas. Assim como associações culturais: Instituto de Advogados, Academias, sociedades civis e organizações não governamentais.

Porém, as Escolas da Magistratura ainda enfrentam alguns problemas comunicacionais. São desconhecidas

da população. Poucos sabem da existência de um organismo destinado ao contínuo aperfeiçoamento de um juiz que se reclama cada vez mais preparado a enfrentar os problemas da pós-modernidade³⁷. São ignoradas pelos demais Poderes, embora já existam há mais de vinte anos. Não se sabe do comparecimento de um Presidente da República a uma Escola de Magistratura, embora todos os anos entregue espadins a militares ou participe de formaturas das forças navais e aéreas.

O mais trágico, todavia, é a resistência que enfrentam no seio do próprio Judiciário. Não representam, ainda hoje, uma unanimidade. De quando em quando ressurgem os argumentos de que a educação é problema do Ministério da Educação, ou de que os métodos empíricos de recrutamento garantiram Magistratura exemplar, desnecessária a preocupação com uma formação específica, quando não é assim, ainda arrostam incompreensões nos Tribunais que as consideram um **apêndice irrelevante**, a que se não deva conceder meios materiais e pessoais em excesso e a detrimento da atividade fim: a prestação jurisdicional.

Existe, por fim, até quem se oponha à Escola da Magistratura por causas ideológicas. Intuem que ela poderá ser o foco de renovação da Magistratura e do Judiciário e que cumpre tê-las sob controle rígido, para que não se tornem centro de poder hostil às próprias

³⁷ A inexacta compreensão da destinação das Escolas de Magistratura reflete-se no tratamento a elas dispensada quando se propõem a **preparar** o candidato ao Concurso de Ingresso. São chamadas **Escolinhas**, até pelos próprios candidatos. Longe de enxergar nisso um tratamento afetivo, sou dos que entendem que essa forma não disfarça o desconhecimento dos propósitos da Escola, ainda considerada com pouca seriedade pela própria comunidade jurídica.

cúpulas, quase sempre acometidas de arcaísmo e infensas a renovações.

VIII. Escola Nacional da Magistratura

A Escola Nacional da Magistratura é vinculada à Associação Brasileira dos Magistrados. Criada e presidida, desde sua instituição, pelo Ministro SÁLVIO DE FIGUEIRO TEIXEIRA, do Superior Tribunal de Justiça, vem se destacando como entidade **coordenadora** das demais Escolas.

Todos os anos promove o Encontro de Diretores de Escolas, este ano realizado em Curitiba-Paraná, onde os responsáveis pelas entidades trocam experiências e partilham expectativas. Além disso, propicia uma Semana de Altos Estudos, destinada à discussão aprofundada de temas de interesse para os juízes e participa de considerável elenco de atividades culturais propiciadores da mais adequada capacitação judicial.

Vem ela exercendo verdadeira integração entre todas as Escolas, antecipando-se como um **Centro de Formação do Juiz Brasileiro**, que poderá converter-se no ambicionado **Centro de Formação do Juiz do Cone Sul**, voltado para as necessidades básicas desta Pátria que se chama América Latina.

É, na verdade, o contraponto ao Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Este, órgão oficial, vinculado ao Superior Tribunal de Justiça. A Escola Nacional da Magistratura, atuando com flexibilidade e presteza, sem os entraves burocráticos de uma entidade estatal.

Talvez o caminho certo seja a atuação conjunta de ambos, em regime de intensa colaboração, pois tarefas a serem cumpridas existem, multiplicam e exigem resposta eficiente

IX. Profissionalização das Escolas

As Escolas de Juízes, repita-se têm previsão constitucional, foram criadas, estão funcionando. É apaixonante verificar o que têm conseguido os magistrados em cada unidade da Federação, indo além da preocupação meramente técnica mas prontos a um debate humanístico e adequado a um sociedade cada vez mais complexa³⁸.

O êxito aparente não deve atenuar a vontade de aperfeiçoá-las. JOSÉ EDUARDO FARIA chega a ser cáustico em relação às Escolas da Magistratura, propondo uma reação firme do Judiciário: *"Dadas suas responsabilidades na imposição cumprimento de obrigações contratuais ou legais e de penas a infrações criminais, o Judiciário, na condição de serviço público, em hipótese alguma pode descuidar da modernização de sua infra-estrutura operacional... e, por fim, da recuperação das escolas de magistratura, previstas pelos incisos II e IV do artigo 93 da Constituição, infelizmente, em sua grande maioria reduzidas a aparatos caricaturais de reprodução do paradigma normativista (repetindo, neste aspecto, o trágico destino das faculdades de direito)"*³⁹

É chegada a hora de profissionalizá-las. Não podem mais ser apelidadas "Escolas", exatamente como outras

iniciativas não institucionalizadas o são⁴⁰, ainda que respeitáveis. As **Escolas da Magistratura** não são como a **Escola Paulista de Direito Processual**, representando um movimento de influência internacional, mas provido de certa fluidez ou intangibilidade. Elas são exigidas pela Constituição. Precisam ser estabelecimentos dotados de estrutura física e pessoal e de suporte financeiro capaz de atender às suas finalidades institucionais.

Outro estudioso dos problemas do Judiciário, o Professor DALMO DE ABREU DALLARI, também oferece sua contribuição: *"Em relação às escolas da magistratura, que podem ser úteis se forem bem direcionadas, devem ser observados os seguintes pontos: 1) O fato de se tratar de escola da magistratura significa, antes de tudo, que seu objetivo fundamental, que deve ser levado em conta em todas as suas atividades, é contribuir para que os juízes recebam formação adequada para serem bons magistrados, ou no início da carreira, ou quando já se acharem em estágio mais avançado; 2) Os cursos deverão ser ministrados, preferentemente, por professores de direito familiarizados com as práticas judiciárias, integrantes ou não da magistratura e habituados a discussões teóricas, bem como por outros profissionais do direito que possam dar a contribuição de uma longa prática na aplicação da lei e na solução de conflitos jurídicos*

38 A Escola Superior do Mato Grosso do Sul, por exemplo, está realizando um projeto bastante consistente e ambicioso. Depois de estudar a Justiça e a Antropologia, desenvolve o curso destinado a estudar a Justiça e a Pós-Modernidade. Seus juízes, e aqueles que acorreram ao convite do Desembargador REMOLO LETTERIELLO, estão adentrando a discussões profundas e bastante raras nos cursos tradicionais, preparando-se para enfrentar os desafios do terceiro milênio.

39 JOSÉ EDUARDO FARIA, "O Poder Judiciário no Brasil: Paradoxos, desafios e alternativas", série monografias do CEJ, v.3 1995, p. 73/74.

40 Em São Paulo, os futuros candidatos à carreira se referem, com frequência, à "Escolinha" da Magistratura. Não sou daqueles que vêem nesse tratamento uma feição afetiva. Não imagino o Instituto de Pesquisas e Treinamento dos Juízes no Japão, chamado de "Escolinha". O diminutivo concerne mais à pouca importância ainda conferida a um iniciativa nova e que não foi bem apreendida até por juízes experientes, bem intencionados, mas que professam outras crenças em torno à formação ideal do julgador brasileiro.

em situações concretas. 3) A temática dos cursos deve compreender questões fundamentais para o direito e sua aplicação, nunca ficando na mera revisão de conceitos teóricos, privilegiando temas de grande importância para a sociedade e que estejam suscitando divergência jurisprudencial, ou assuntos que tenham sido objeto, recentemente, de uma nova legislação, bem como aqueles temas jurídicos que estejam provocando polêmicas em face de novas situações sociais e políticas. 4) Os cursos para iniciantes da carreira devem incluir exposições, comentários e discussões a respeito de noções de ética, direitos fundamentais e interpretação de normas jurídicas, incluindo depoimentos de juizes de diferentes instâncias e com experiências diversificadas. 5) Com exceção dos cursos para iniciantes, os demais devem ser abertos a todos os juizes, em caráter voluntário, devendo ser organizados programas especiais para os períodos de férias, para o juizes que queiram freqüentá-los, bem como cursos concentrados, seminários mesas de debates e outras atividades de curta duração. 6) A participação em cursos, seminários, encontros de profissionais e outros meios de ampliação e atualização de conhecimentos, ministrados ou promovidos pela escola da magistratura, deve ser levada em conta na avaliação do mérito dos juizes, para efeito de promoção por merecimento. Essas atividades, sempre que possível, devem ser regionalizadas e cuidadosamente planejadas, para que o juiz possa participar delas sem sacrificar a normalidade de seu trabalho e sem prejuízo para seu lazer necessário e sua vida familiar"⁴¹

41 DALMO DE ABREU DALLARI, "O Poder dos Juizes", Saraiiva, SP, p. 34/35.

A vertente da capacitação técnica e humanística do magistrado tem sido explorada em todos os continentes. A tese de **preparação prévia** tem sido sufragada até por críticos dos sistemas incipientes já experimentados no Brasil. Está-se procurando, agora, o modelo mais adequado às nossas necessidades, mediante análise de todos os referenciais estrangeiros⁴².

A realidade dos países visitados pela Escola Nacional da Magistratura é incontrastável. Adotado o modelo da preparação institucionalizada do juiz, a ESCOLA passa a ser uma realidade concreta e palpável. É provida de instalações condignas. Possui corpo fixo de professores tecnicamente preparados. Dispõe de programação previamente estabelecida e oportunamente divulgada. Profissionalismo no planejamento, no funcionamento e na avaliação de suas atividades.

Todos somos aprendizes nessa arte nova de propiciar ao juiz uma preparação ao desempenho jurisdicional e de lhe assegurar permanente reciclagem e crescimento cultura. Assim, não há receitas prontas e definitivas. E é da vontade de todos os que se preocupam com o futuro do Judiciário, num terceiro milênio que está a bater às nossas portas, que nascerão as propostas desejadas.

Algo há de ser feito e com urgência. O juiz, na América Latina, é o mais legítimo garante dos direitos fundamentais, cuja observância afere a Democracia e o Estado de Direito.

42 A ESCOLA NACIONAL DA MAGISTRATURA tem visitado Escolas de Juizes em muitos Estados: USA, Canadá, Portugal, França, Alemanha, Japão, entre outras. O objetivo é verificar *in loco* o desenvolvimento dos respectivos programas, para proceder às adaptações necessárias ao futuro Centro Formador do Juiz Brasileiro, decorrência da reforma constitucional em curso.

Não se pode negligenciar sua preparação, recrutamento e contínua educação, sob pena de se sacrificarem os valores sobre os quais se erige nossa civilização. Sacrifício acompanhado de substituição do Judiciário por outras alternativas mais eficientes de resolução dos conflitos.

X. Conclusões

1. Normatividade

As Escolas da Magistratura surgiram na década de setenta e sua previsão constitucional data de 13.4.1977, com a Emenda Constitucional nº. 7, que admitiu a exigência legal de prova de habilitação em curso de preparação para a magistratura, dos candidatos inscritos ao concurso de ingresso à carreira de juiz.

A previsão foi mantida e aprimorada na Constituição de 5.10.1988, com o acréscimo de previsão de **cursos de aperfeiçoamento** para juízes, como requisito para a promoção, ao lado dos **cursos de preparação** como exigência para o ingresso na carreira.

Essa realidade constitucional está ameaçada por evidente retrocesso na emenda à Constituição nº. 96 de 1992, ora em curso com previsão de um **curso de preparação** posterior à nomeação, concluindo-se que **primeiro recrutar-se-á** e somente depois disso cuidar-se-á de **preparar o juiz** .

O substitutivo à emenda constitucional nº. 96, de 1992, confunde preparação – sempre prévia, anterior ao concurso – com a **formação contínua** – essa sim, permanente e posterior ao ingresso à carreira.

2. A Justiça Brasileira

Estado de dimensão continental, com vinte e seis unidades federadas e um distrito federal, abrangendo regiões de extrema heterogeneidade, o Brasil dispõe de mais de cem Tribunais, órgão da Justiça comum – federal e estadual – e das Justiças especializadas: laboral, eleitoral e militar.

Essa multiplicidade de órgãos, de distintas justiças em diferentes regiões, não produziu uma heterogeneidade de modelos de Escolas da Magistratura, mesmo porque se constata fidelidade à origem comum e ao modelo luso-francês.

3. A dúplice vertente

As Escolas de Magistratura no Brasil nasceram vinculadas às Associações de Magistrados ou nos Tribunais. O primeiro modelo, a par de refletir a maior flexibilidade dos órgãos gremiais, garantia aporte de recursos materiais. O segundo, atendia à necessidade de manter cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento, justificando-se a adoção de um modelo também oficial de Escola.

Tais fórmulas não são rígidas, nem incompatíveis. O ideal seria a interação equilibrada en-

tre associações e tribunais, as primeiras oxigenando com as aspirações da categoria os rumos da Escola e os segundos conferindo o laço da oficialidade dos cursos, de forma a se atender plenamente à vontade constitucional.

4. As Escolas da Magistratura do Trabalho

Incremento considerável têm evidenciado as Escolas da Magistratura do Trabalho, existentes em onze regiões, quase todas criadas pelos respectivos Tribunais Regionais do Trabalho, mas admitindo a participação conveniada de outros Institutos e até a forma de Fundação de direito privado

5. A Educação de Juizes e a Justiça Federal

A Justiça Federal também dispõe de suas Escolas de Juizes, todas vinculadas aos respectivos Tribunais Regionais Federais, assim como o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

O Centro de Estudos Judiciários, vinculado ao Superior Tribunal de Justiça, vem contribuindo, de maneira significativa, no desenvolvimento de uma doutrina de formação do juiz brasileiro e investe na contínua discussão e na publicação de inúmeras obras específicas.

6. Aspecto organizativo e institucional

As Escolas brasileiras de juizes são instituídas nos moldes dos estabelecimentos tradicionais de ensino, dispondo de regimento interno, onde os diversos títulos disciplinam sua instituição,

fins e atividades, administração, organização curricular e disciplinar e atividades extracurriculares.

A administração é confiada geralmente a um diretor, juiz de carreira e quase que invariavelmente em atividade. Poucas escolas possuem diretor executivo não magistrado e é praxe a existência de um órgão colegiado para fins consultivos.

Os juizes que atuam nas Escolas não são afastados de suas atividades jurisdicionais e, quando elas são entidades oficiais, dependem das contingências do serviço público e de suas crônicas carências.

Poucas Escolas dispõem de verba própria, por existir quase que um receio institucional em pleitear recursos para a capacitação de juizes, por não ser da tradição brasileira a capacitação funcional geral, ressalvada a experiência do Itamaty e dos institutos de formação do pessoal das forças armadas.

7. O aspecto comunicacional

Alguns avanços podem ser registrados, como o contato entre as Escolas, partilhando experiências e facultando a participação de juizes de outros segmentos nas suas atividades.

Impõem-se a necessidade de um **planejamento global** e de publicação de um **anuário** das Escolas da magistratura, propiciando oportu-

nidade de amplo conhecimento das atividades por elas desenvolvidas e de uma intensificação no desejável intercâmbio de projetos, experiências e magistrados.

A afinidade com a Universidade pode ser intensificada mediante convênios que estabeleçam parceria entre as Escolas da Magistratura e Faculdades encarregadas de fornecer o universo dos candidatos à carreira de Juiz.

O estágio supervisionado é uma alternativa para um acompanhamento mais direto do futuro candidato a ingressar à Magistratura, ganhando em eficiência diante das empíricas e apressadas investigações da conduta social e particular realizadas na fase do concurso.

As Escolas da Magistratura devem desempenhar função de aproximação entre o Judiciário e os **mass media**, atenuando a recíproca resistência entre ambos e contribuindo para resgatar a imagem da Justiça junto à comunidade.

Cumpra vencer as resistências enfrentadas pelas Escolas junto à comunidade e junto aos demais poderes, pelos quais ignoradas, assim como no seio do próprio Judiciário, onde ainda existe inexacta compreensão das finalidades para as quais preordenadas.

8. Escola Nacional da Magistratura

A Escola Nacional da Magistratura é vinculada à associação dos magistrados Brasileiros e, mercê do descortino de seu Presidente, o Mi-

nistro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, vem desempenhando notável função como entidade coordenadora das demais Escolas.

A atividade integradora da Escola Nacional da Magistratura converteu-a numa antecipação de um verdadeiro Centro de Formação do Juiz Brasileiro, que poderá também ser o Centro de Formação do Juiz Americano, voltado às necessidades básicas desta Pátria que se chama América Latina.

9. Profissionalização das Escolas

As Escolas da Magistratura constituem realidade constitucional, foram criadas e estão funcionando. Agora é o momento de sua **profissionalização**, que consiste, inicialmente, em dotá-las de estrutura física, material, metodológica e pessoal, com aptidão integral à preparação do Juiz do terceiro milênio.

*O juiz na América Latina é o mais legítimo gerente da Democracia e do Estado de Direito. Não faz mais sentido negligenciar no seu preparo, adequado recrutamento e contínuo aprimoramento, sob pena de naufrágio dos valores sobre os quais edificada a civilização do continente e substituição da Justiça por alternativas mais eficientes de resolução dos conflitos*⁴³.

43 Texto de apoio para intervenção oral durante o SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE CAPACITAÇÃO JUDICIAL E DIREITO COMUNITÁRIO, promovido pela Suprema Corte de Justiça do Uruguai e pelo Centro de Estudos Judiciais do Uruguai, em Montevideo, Uruguay, 28/30 de agosto de 1996.

O ART. 6º DA LEI Nº 9.099/95: A CAMINHO DE UMA INTERPRETAÇÃO ALTERNATIVA DO DIREITO

José Viana Ulisses Filho
Juiz de Direito Substituto da Comarca do Recife
- Professor da Escola de Magistratura de
Pernambuco

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. Dogmatismo versus Alternativismo: como conciliar a prática. – 3. O Uso Alternativo do artigo 6º da Lei n.º 9099/95. – 4. À guisa de conclusão. – 5. Bibliografia

"O direito alternativo não é, pois, o não-direito, muito menos um direito inventado ou simplesmente intuído na tradição do bom juiz MAGNAUD. Ele é sempre a melhor possibilidade de um sistema jurídico, dada pelos conflitos sociais e individuais que o geraram, pela sua história e pela cultura da sociedade em que ele emerge. Não é o arbítrio do indivíduo – juiz, nem sua simples vontade política perante a crise de um sistema; mas é um ato de construção e desenvolvimento de valores que já estão postos pela história de afirmação da liberdade humana, do direito à vida, da luta pela repartição do produto social, pela redução da desigualdade e pela defesa do futuro do homem, preservando-lhe o ambiente e a natureza."

TARSO FERNANDO GENRO

1 - Introdução

O que nos move no sentido de fazer estas breves reflexões concernentes ao tema "DIREITO ALTERNATIVO", é o fato empiricamente constatado da crise por que vem passando a ciência do direito, em seu conteúdo dogmático formal, que tem merecido uma série de questionamentos e objeções por parte de juristas vinculados aos mais diferentes matizes ideológicos, notadamente, entre aqueles que têm um maior compromisso com a questão social, isto, em alusão ao trabalho do magistrado gaúcho Amilton Bueno de Carvalho de juristas orgânicos.¹

É bem verdade que a nossa intenção não é propriamente engrossar as fileiras daqueles que fazem um coro radical contra a dogmática jurídica, acoimando-a de responsável por todos os males que vêm afligindo a sociedade brasileira. Evidentemente, não se trata de negar os malefícios que a visão dogmática tem causado à ciência do direito e principalmente ao direito positivo, mas de estabelecer diretrizes no sentido de identificarmos fatos comprobatórios de que o direito alternativo, como teoria crítica do direito tradicional, tem efetivado avanços no campo da teoria zetética do direito e, por consequência, tem penetrado na consciência jurídica dos nossos legisladores e dos operadores do direito, redundando, a cada dia, em uma maior absorção dessas novas teses pelo próprio ordenamento positivo e na utilização de uma crítica dogmática mais profunda no que se refere ao direito posto.

1 Jurista Orgânico: Uma Contribuição. In *Magistratura e Direito Alternativo*, Amilton Bueno de Carvalho, pág. 33. Ed. Acadêmica, 1992 - S. Paulo.

Na esteira destas mudanças, podemos constatar que várias idéias e críticas desenvolvidas pelo direito alternativo têm sido incorporadas ao nosso direito positivo, o que, sem embargo, possibilita-nos, em munidos deste arsenal crítico, partir para uma releitura de nossa realidade jurídica, fazendo com que a idéia do direito apenas formal ceda lugar a uma concepção moderna, onde, além da forma, o direito deva possuir um conteúdo substantivo que é a busca constante e incessante da justiça.

Não devemos olvidar o fato de que a procura de uma efetiva justiça tem levado boa parte de nossos juristas - até aqueles identificados com a dogmática tradicional a encontrar fórmulas legais e jurídicas que assegurem uma maior democratização da justiça, com a garantia do acesso de todos ao aparelho jurisdicional estatal, órgão instituído pelo direito positivo como monopolizador da administração e aplicação do direito.

Nesse diapasão, entendemos o art. 6º da Lei n.º 9099/95, instituidor dos juizados especiais cíveis e criminais, como dispositivo que corporifica em sua redação toda uma visão revolucionária no mecanismo de interpretação do direito, dando margem a que o juiz adote, em cada caso que julgar, "a decisão MAIS JUSTA E EQUÂNIME, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum".

Dessa forma, não temos dúvidas em afirmar que o ideário crítico propugnado pelos alternativistas vem ganhando espaço no que diz respeito a uma penetração no ordenamento positivo pátrio, trazendo com esse avanço uma acentuada modificação no pensamento dos nossos juristas, cuja formação tradicionalista e conservadora foi forjada durante séculos de ensino jurídico transplantado de culturas com mentalidade colonialista.

Desse modo, igualmente ao que dispõe o famoso art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, o citado art. 6º da lei em comento introduz no direito pátrio um instrumento de fundamental importância para que, dentro de uma visão realista de nossas dificuldades e limitações como país pobre, integrante do chamado capitalismo periférico do terceiro mundo, possamos marchar a caminho de uma verdadeira interpretação alternativa do direito, que sirva de aparato para resgatarmos a dignidade do nosso sofrido e oprimido povo, hoje, indubitavelmente, mergulhado em uma miséria absoluta nunca dantes vista em nossa História.

2 – Dogmatismo versus Alternativismo: como conciliar a prática.

No dizer de Adeodato, pode-se caracterizar grosseiramente o direito dogmático “como um direito legalmente organizado que toma por base a pretensão, por parte do Estado, de monopólio na produção e legitimação das normas jurídicas, dentro de determinada circunscrição territorial”.²

Além desta pretensão monopolista do Estado em querer chamar a si a atribuição de dizer o direito, também caracteriza o pensamento dogmático, o que Tércio Sampaio Ferraz denomina de “Princípio da proibição, da negação, isto é, princípio da não-negação dos pontos de partida de sérias argumentativas, ou ainda princípio da inegabilidade dos pontos de partida”.³

2 João Maurício Adeodato, *Filosofia do Direito (Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência)* Editora Saraiva, 1ª Ed., 1996, São Paulo, pág.13.

3 Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito (técnica, decisão, dominação)* Ed. Atlas, 1ª Ed., 5ª tiragem, 1993, São Paulo, pág.49.

Como exemplo do pensamento dogmático temos o princípio da legalidade, que é o pressuposto de partida para qualquer discussão jurídica em que tal princípio não pode ser questionado pelo jurista, porquanto inadmitir qualquer tipo de argumentação que o afaste ou que a ele se contraponha, existindo como se encarnasse ou consubstanciasse a própria essência da justiça.

Já o direito alternativo comporta algumas divergências no que se refere ao seu conceito e *praxis*.

Dentre as divergências existentes, poderíamos, na atualidade, destacar as posições do professor pernambucano Cláudio Souto e do magistrado gaúcho Amilton Bueno de Carvalho, não passando despercebido o pensamento de Edmundo Lima de Arruda Jr. que em muito se assemelha ao do citado magistrado.

Pois bem, em obra de bastante fôlego científico, intitulada de **DIREITO ALTERNATIVO: Em Busca De Sua Teoria Sociológica**, o jurista e sociólogo do direito da Universidade Federal de Pernambuco defende a idéia de que é contraditório afirmar que o direito alternativo pode ser compatível com a legalidade formal do Estado. Afirma, o citado professor: “o direito alternativo é norma desviante em face da 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 é desviante e, portanto, lhe é também alternativo)”⁴.

4 Cláudio Souto, *Direito Alternativo: em busca de sua teoria sociológica*, In Revista da ESMAP, pág.22. Ed. Bagaco, 1996, Recife.

A posição defendida por Amilton Bueno de Carvalho compreende duas frentes de lutas distintas a serem travadas pelo direito alternativo. A primeira delas diz respeito ao direito já instituído (direito positivo), e a segunda ao direito instituinte (desvio do direito estatal). Dessa forma, o magistrado gaúcho compreende o direito alternativo, de uma maneira geral, como um DIREITO ALTERNATIVO LATO SENSU que engloba três subespécies que ele denomina de: 1º) positivismo de combate; 2º) uso alternativo do direito e 3º) direito alternativo *strieto sensu*. Em um outro plano de linguagem, todavia dentro do mesmo espírito classificatório de Amilton Bueno, o professor catarinense Edmundo Lima de Arruda Jr. prefere denominar estas frentes de combate de usos do direito que englobam três níveis de lutas da seguinte forma: 1º) luta no plano do direito institucionalizado, que é o nível do instituído sonogado; 2º) luta no plano das releituras hermenêuticas, que denomina de nível do instituído relido; 3º) luta no plano dos direitos não institucionalizados, que denomina de nível do instituinte negado.⁵

Seguindo a classificação de Amilton Bueno, temos que no plano da legalidade ocorrem duas frentes de luta que são o positivismo de combate e o uso alternativo do direito. O primeiro se destaca como sendo a maneira de dar eficácia concreta aos direitos individuais e sociais já inscritos nos textos legais e que não vêm sendo aplicados em favor das classes menos favorecidas. Essa luta dá-se em nível da legalidade sonogada. O segundo (uso alternativo do direito) caracteriza-se pela utilização

5 Apud Horácio Wanderley Rodrigues, *Ensaio Jurídico em Direito Alternativo*, Editora Acadêmica, pág.154/155, São Paulo - 1993.

das contradições existentes no sistema, explorando ao máximo a vagueza e ambigüidade das normas, devendo o operador do direito optar por aquela interpretação que seja mais consentânea com a democracia e os interesses daqueles grupos sociais espoliados e explorados no contexto da sociedade capitalista. Neste campo de luta o principal instrumento de batalha é a hermenêutica. Essa forma de luta, segundo Horácio Wanderley Rodrigues, "caracterizada pelo uso alternativo do direito, está presente principalmente entre os magistrados e membros do Ministério Público que integram o movimento".⁶

Por fim, tem-se a forma de luta denominada pelo magistrado e professor gaúcho em comento de direito alternativo *strieto sensu*, em que o direito estatal (positivo) é lacunoso ou injusto e o intérprete assume uma postura mais radical diante dos fatos, encontrando interpretações que muitas vezes são desviantes dos padrões estabelecidos pelo direito estatal, consagrando interpretações "contra legem" em que se reconhece a existência de um verdadeiro pluralismo jurídico.

Diante do exposto, procuraremos nestas breves reflexões demonstrar que dentro da classificação de Amilton Bueno de Carvalho é possível, em uma abordagem intrassistemática, alcançarmos uma interpretação alternativa do direito, através da utilização de linha hermenêutica que concilie dogmatismo com uso alternativo do direito, em que se buscará alargar a aplicação do art. 6º da Lei n.º 9.099/95, instituidora dos juizados especiais cíveis e criminais, que dispõe: "o juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum".

6 Ob.Cit.pág.156.

Dessa maneira, ao adotar o denominado positivismo de combate e o uso alternativo do direito, como modalidade hermenêuticas admitidas pela dogmática, porquanto prática e método dirigidos para encontrar soluções consagradas pelo direito positivo; e considerando a existência, em nosso sistema legal de norma que prevê explicitamente obrigar-se o juiz a decidir com justiça e equidade, entendemos não ser difícil concluir afirmativamente venha a dogmática lentamente, é bem verdade, incorporando princípios e concepções já reconhecidos.

O apego excessivo ao formalismo e ao dogmatismo é prejudicial à sociedade por desprezar a essência da busca de uma efetiva justiça cujo escopo seja extirpar, por completo, de nosso Sistema Jurídico, dispositivos legais, consubstanciadores de normas descomprometidas com a dignidade do homem e permissórios ou institucionalizadores do exercício da exploração por uma minoria privilegiada, em detrimento de uma maioria de miseráveis existentes no Brasil de hoje.

3 – O uso alternativo do Artigo 6º da Lei N.º 9099/95

Não podemos olvidar que o dispositivo ora em comento não é novidade em nossa sistemática legal positiva. Com efeito, a lei n.º 7.244, de 07.11.84, que criou o Juizado Especial de Pequenas Causas, já havia previsto em seu art.5º – com a mesma redação dada pela lei n.º 9099 – que “o juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”, o que demonstra a preocupação do legislador ordinário desde o ordenamento constitucional anterior ao de 1988, com relação aos problemas da efetivação da justiça.

Entrementes, não pode passar despercebida aos nossos olhos a idéia de que a partir dos anos 90 esta preocupação com a garantia da justiça tem-se acentuado ainda mais, com uma série de medidas legais objetivando simplificar e agilizar as leis processuais, tornando mais democrático o acesso de todos ao judiciário em um esforço de fazer mais efetiva a distribuição da justiça. E na esteira dessa tomada de consciência crítica com relação à realidade do nosso direito, não podemos deixar de identificar o movimento denominado de direito alternativo como um dos grandes responsáveis pela construção teórica de um novo modelo de pensamento jurídico, que, apesar de ainda estar em busca de uma identidade científica, já se consolida como uma importante corrente doutrinária a oferecer uma radiografia nua e crua do direito tradicional, e a serviço de quem e de que se encontra esse direito, sem no entanto desprezar o valor da dogmática jurídica, notadamente quando esse pensamento incorpora o discurso crítico que indubitavelmente provém da síntese verificada dos embates e das contradições emergentes nas sociedades modernas, quando o poder hegemônico das classes dominantes é obrigado a fazer concessões ao avanço das lutas populares, avanço este que se reflete no campo da ciência do direito, bem como tem motivado a incorporação ao direito positivo de normas de teor claramente revolucionário que bem manuseadas pelo positivismo de combate ou pelo uso alternativo do direito, poderão ensejar uma nova estrutura de pensamento jurídico, onde esta ciência possa se consolidar pacificamente como um verdadeiro instrumento de promoção de justiça social, que, no dizer do professor Cláudio Souto, deverá propugnar por

"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."⁷

Indubitavelmente, o artigo 6º da Lei n.º 9099/95 é um importante instrumento de conquista ética no direito, parecendo-nos ter a mesma importância hermenêutica igual à do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelece: "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". Com certeza, o nosso pensamento é o de que o operador do direito tenha um mínimo de sensibilidade social, pois, atualmente, existem a seu dispor dois instrumentos normativos com plena aplicabilidade em qualquer área do conhecimento jurídico. O manuseio desses dispositivos em consonância com outras conquistas de grande amplitude social incorporadas pela Carta Política de 1988, como é o caso da função social da propriedade (art.5º, inc.XXIII), princípios norteadores da república (art.3º da C.F.), que têm por objetivos: construir uma sociedade livre, justa e solidária, além de erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, adequar o aproveitamento do solo urbano (art.182, § 4º). A desapropriação de latifúndios improdutivos (art. 184), propiciará, sem a menor dúvida, uma nova visão da ciência do direito, onde estará de vez sacramentada

7 Direito Alternativo: Em Busca de Sua Teoria Sociológica - Ob.Cit. pág. 65.

a interpretação alternativa do direito como modalidade de exegese da lei incorporada pela moderna teoria dogmática do direito, sem qualquer contaminação de ordem ideológica ou dogmatista.⁸

Dessa maneira, dispõe o artigo, sob comento, que o juiz deverá adotar em cada caso a decisão que entender mais justa e equânime. Sem embargo, na dicção legal, afigura-se-nos, a toda evidência, que o legislador ordinário teve a intenção de romper com a concepção tradicional do direito, de índole claramente dogmático-formal, que jamais admitiria uma concepção científica da ciência jurídica baseada no sentimento de justiça e na equidade, como modalidades de aplicação do direito. E tanto isso é reconhecido que os próprios comentaristas da Lei n.º 9099, inequivocamente juristas de formação dogmática, quando examinam o art. 6º da lei em evidência, em sua grande maioria, salientam como o fizeram os professores JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR e MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES: "dentro de um contexto axiológico e teleológico, decisão justa não é aquela que simplesmente subsume a norma jurídica ao caso concreto, resolvendo a lide jurídica dentro dos contornos articulados na peça inaugural. A justiça do julgamento transcende o plano objetivo do sistema nomoempírico prescritivo para adentrar no campo da pacificação social, à medida em que os conflitos intersubjetivos significam um sintoma patológico nas relações de direito material, pela lesão ou ameaça de lesão ao direito subjetivo.

(...) O juiz não pode e não deve, em hipótese alguma, comportar-se como um autômato, um simples

8 vide nota n.º 7.

aplicador da estática e fria norma jurídica ao caso concreto, como já se pensou no século passado. O magistrado é um hermeneuta da norma, o imparcial mediador entre os litigantes, que, para alcançar o seu desiderato, necessita usar de todos os métodos fornecidos pela dogmática da interpretação, considerar sempre os fins sociais a que a lei se destina e as exigências do bem comum (aliás, trata-se de princípio geral insculpido no art.5º da L.I.C.C), além de ter conscientização do papel da ideologia no preenchimento das lacunas do direito, na busca incessante da justa composição do conflito".⁹

Dessa forma, não nos é difícil concluir que o art.6º da Lei n.º 9099/95 veio a consolidar na *praxis* do direito este atual sentimento crítico, de que o direito não é apenas forma e lógica engessando qualquer perspectiva de um maior aprofundamento na perquirição do conteúdo da justiça que deva emanar da interpretação da lei, pois, como muito bem salienta Cláudio Souto, a concepção científica na pós-modernidade do direito deverá levar em consideração o sentimento e a idéia do direito como elementos indispensáveis ao conhecimento científico com um mínimo de rigorismo.¹⁰

Entretanto, a busca incessante pelo verdadeiro conteúdo da justiça, no que concerne à aplicação da Lei n.º 9099, não fica apenas no art.6º em destaque. Cotejando este dispositivo com os arts. 2º e 25º, chegamos à conclusão de que o diploma em comento,

9 Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais, Joel Dias Figueira Júnior e Maurício Antonio Ribeiro Lopes, págs.86/87 - Revista dos Tribunais, 1995 - São Paulo.

10 Direito Alternativo: Em Busca De Sua Teoria Sociológica, ob. cit. pág.29.

além de garantir ao magistrado a liberdade de proferir decisões justas e equânimes direcionadas para atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, ainda dispõe que "o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, economia processual e celeridade" em uma alusão aos seus aspectos procedimentais, cuja filosofia é a de que a forma não sacrifique o conteúdo do direito em substância. No pertinente ao citado art. 25º, que, nas hipóteses da opção pelo juízo arbitral, "o árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do juiz, na forma dos arts.5º e 6º desta lei, podendo decidir por equidade", e nos dá a convicção de que o juízo arbitral poderá ser acionado alternativamente pelas partes em litígio, tendo o árbitro ampla liberdade para decidir com justiça e equidade tal como ocorre com o magistrado togado.

Diante de tais considerações, surge-nos à mente a seguinte indagação: efetivamente, o art. 6º da Lei n.º 9099/95, que introduziu em nosso direito positivo uma concepção revolucionária em termos de interpretação alternativa do direito (em contraposição a uma interpretação dogmatista do direito), só seria aplicável nas hipóteses de processo e julgamento de causas cíveis de menor complexidade, como determina o art. 3º da lei em comento? Examinemos a questão.

Sem embargo, é indubitável o caráter revolucionário e moderno que informa o art.6º da lei em epígrafe. É um avanço em todos os sentidos, desde o ponto de vista ético até no que concerne a uma idéia do direito enquanto ciência social. Será que o alcance desse dispositivo estaria tão-somente limitado a abranger as causas cíveis de menor complexidade? Acreditamos que não. Dissemos anteriormente que este

preceito normativo deveria ser interpretado em consonância com outros dispositivos de natureza constitucional (V.G. função social da propriedade, erradicação da pobreza e marginalização etc.) que avançam no sentido de garantir uma interpretação emancipadora do direito. Diz-se que vivemos atualmente sob a égide de uma democracia liberal, cujo principal sustentáculo axiológico – normativo (como princípio) é a igualdade de todos perante a lei (art. 5º da C.F.). Ora, se todos são iguais perante a lei, e uma lei de natureza substantivo-adjetiva (Lei n.º 9099) consagra em seu art.6º o princípio de que o juiz, ao julgar, deverá adotar em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, é evidente que por qualquer ângulo que se analise a questão da aplicabilidade deste princípio, a conclusão inarredável a que chegamos é a de que jamais o sistema jurídico (em uma visão dogmática) permitiria que uma regra de dimensão social tão efetiva e profunda, como sói acontecer com o dispositivo em questão, só viesse beneficiar os indivíduos ou grupos de indivíduos envolvidos em litígios cíveis de menor complexidade. Esse entendimento violaria os princípios mais comezinhos de hermenêutica jurídica – até sob o aspecto tradicional, onde consagrar-se-ia uma discriminação odiosa em que aqueles cidadãos envolvidos em questões de maior simplicidade e pequeno valor teriam direito a uma interpretação jurisdicional que lhes garantissem uma decisão justa e equânime, por parte do juízo, enquanto que aqueles outros envolvidos em questões de maior complexidade e valor mais significativo, forçosamente estariam submetidos aos ditames da processualística tradicional estabelecidos pelos arts.126 e 127 do Código

de Processo Civil que dispõem: o juiz decidirá, primeiramente aplicando a lei e, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito, só podendo decidir por equidade nos casos expressamente previstos.

Destarte, concluímos: mesmo em se utilizando um raciocínio que parta da hermenêutica tradicional do direito, a inaplicabilidade do art. 6º da Lei n.º 9099/95 as causas cíveis de maior complexidade é, com efeito, uma flagrante violação a direito fundamental do indivíduo, consagrado pelo art. 5º da Constituição da República, que garante a igualdade de todos perante a lei. É evidente que o direito a uma prestação jurisdicional justa e equânime deva ser estendido a todos os cidadãos, independentemente do valor da causa ou do seu grau de complexidade, sob pena de se estar infringindo preceptivo constitucional auto-aplicável como são os direitos e garantias fundamentais do cidadão na consonância do que dispõe o art. 5º, inc. LXXVII, § 1º, da Carta Política de 1988.

4 – À Guisa De Conclusão

Diante de todo o exposto, poderíamos, à guisa de conclusão, fazer algumas observações no que concerne ao tema enfocado.

Primeiramente, cuidamos em destacar que o art. 6º da Lei n.º 9099/95 representa um importante avanço no que diz respeito a uma nova concepção da ciência do direito, positivando no direito estatal elementos críticos sob a influência do pensamento alternativo do direito e do que denominamos de dogmática moderna, prevalecendo a idéia de que o verdadeiro conteúdo do direito não é um dever-ser formal determinado por

raciocínios lógicos, mas sim um dever-ser informado pela idéia e sentimento de justiça, devendo o direito perseguir a plena realização do bem comum, consubstanciado com o resgate integral da cidadania, em que o direito como ciência passe a ser manuseado a nível de verdadeiro instrumento de libertação e não mero instrumento de dominação do homem, na busca da consolidação de uma democracia não somente formal, mas também material, em que a igualdade de condições se efetive como valor concreto e que os objetivos de nossa República, insculpidos no art. 3º da Carta Política da Nação, possam assegurar a construção de um país onde seja por completo extirpada a pobreza e a marginalização, bem como reduzidas as desigualdades sociais e regionais.

Em segundo lugar, concluímos que, mesmo considerando o direito alternativo no seu sentido estrito como sendo norma desviante em face de legalidade estatal, entendemos que no art. 6º da Lei n.º 9099/95, dentro da classificação oferecida pelo magistrado gaúcho Amilton Bueno de Carvalho, estamos a caminho de uma interpretação alternativa do direito através do seu uso alternativo e por meio do positivismo de combate onde não podemos desprezar a importância da dogmática moderna não-dogmatista, como instrumento interpretativo que "pode situar-se no âmbito de uma sociedade aberta, democrática e plural"¹¹.

Por fim, nesta concepção do uso alternativo do direito operando-se no campo da hermenêutica jurídica, não podemos deixar de concluir que o princípio consignado no art. 6º da Lei n.º 9099/95 de que "o juiz

11 *Uso Alternativo do Direito e Saber Jurídico Alternativo*, ob. cit. pág. 107.

adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum", tal como ocorre com o art. 5º da L.I.C.C., é aplicável no exercício da interpretação de qualquer dispositivo normativo do nosso ordenamento positivo e não apenas às causas cíveis de menor complexidade ou de pequeno valor, sob pena de se estar violando claramente o art. 5º da Constituição da República que estabelece o princípio da igualdade de todos perante a lei.

5 – Bibliografia

- ADEODATO, JOÃO MAURÍCIO. *Filosofia do Direito (Uma Crítica à verdade na Ética e na Ciência)*. Editora Saraiva, São Paulo, 1996.
- ADEODATO, JOÃO MAURÍCIO. *Filosofia do Direito e Dogmática Jurídica*. in *Revista da Esmape*. págs. 266-286. n.º 1. edições Bagaço. Recife, 1996.
- ARRUDA JR., EDMUNDO LIMA DE. "Direito Alternativo no Brasil: Alguns Informes e Balanços Preliminares". págs.159 -177. *Lições de Direito Alternativo n.º 2*, editora acadêmica, 1992. São Paulo.
- CARVALHO, AMILTON BUENO DE. "Lei n.º 8009/90 e o Direito Alternativo". págs.53 -70. in *Lições de Direito Alternativo n.º 1*. Editora Acadêmica. 1992. São Paulo.
- CARVALHO, AMILTON BUENO DE. "Jusnaturalismo de Caminhada: Uma visão ético- utópica da lei." in *Magistratura e Direito Alternativo*. págs. 54-61. Editora Acadêmica. 1992. São Paulo.
- CLÈVE, CLÈMERSON MERLINS. "Uso Alternativo do Direito e Saber Jurídico Alternativo." págs. 99-120. *Lições de Direito Alternativo. n.º 1*. Editora Acadêmica. 1992. São Paulo.
- FERRAZ JR., TÉRCIO SAMPAIO – *Introdução ao Estudo do Direito (técnica, decisão e dominação)*. Editora Ática, 1ª edição, 5ª tiragem, 1993. São Paulo.
- FIGUEIRA JÚNIOR, JOEL DIAS E MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, *Comentários à lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (lei 9099 de 26 de setembro de 1995)* – Editora Revista dos Tribunais, 1995. São Paulo.

- GENRO, TARSO FERNANDO. "Os juizes Contra a Lei". págs. 17 – 27. in *Lições de Direito Alternativo n.º 1*, Editora Acadêmica, 1992. São Paulo.
- LIMA, MIGUEL ALVES. "O Direito Alternativo e a Dogmática Jurídica". págs. 42 -54, in *Lições de Direito Alternativo n.º 2*. Editora Acadêmica. 1992. São Paulo.
- NEGRÃO, THEOTÔNIO. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 23ª ed. atualizada até 12 de julho de 1992. Malheiros Editores. 1992. São Paulo.
- PRESSBURGER, T. MIGUEL. "Direito insurgente: o direito dos oprimidos". págs. 9-16. in *Lições de Direito Alternativo n.º 1*. Editora Acadêmica. 1992. São Paulo.
- RODRIGUES, HORÁCIO WANDERLEY. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. Editora Acadêmica. São Paulo. 1993.
- SOUTO, CLÁUDIO E SOLANGE. *A Explicação Sociológica (Uma Introdução à Sociologia)*. Editora e. p.v. 1ª reimpressão. 1985. São Paulo.
- SOUTO, CLÁUDIO. *Direito Alternativo: Em Busca de Sua Teoria Sociológica*. in *Revista da Esmape*. págs.16-70 n.º 1. Edições Bagaço. Recife, 1996.
- SOUTO, CLÁUDIO. *Fundamentos da Sociologia Jurídica*. Impresso em off-set pela Unicap, Recife. 1968.
- SOUTO, CLÁUDIO. *Ciência e Ética no Direito. Uma Alternativa de Modernidade*. Sérgio Antonio Fabris editor. Porto Alegre. 1992.
- SOUTO, CLÁUDIO. *Modernidade e Pós – Modernidade Científicas quanto ao Direito*. in "Anuário do Mestrado em Direito". págs. 39-71. Editora Ufpe, n.º 6. Recife. 1993.
- WOLKMER, ANTONIO CARLOS. "Contribuição para o Projeto da Juridicidade Alternativa" págs. 28-52. in *Lições de Direito Alternativo n.º 1*. Editora Acadêmica. 1992. São Paulo.

WOLKMER, ANTONIO CARLOS. "Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. Editora Acadêmica. 1991. São Paulo.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. Editora Saraiva. 1996. São Paulo.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. Editora Saraiva. 1996. São Paulo.

O PROBLEMA DO CONHECIMENTO E A CIENTIFICIDADE DO DIREITO

Marcos Antonio Nery de Azevedo
Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública,
Acidentes do Trabalho, Falências e Concordatas
de Caruaru.

SUMÁRIO

Nota explicativa, Apresentação; 1. O Problema do conhecimento; 1.1. Introdução; 1.2. A relação do Conhecimento; 1.3. A existência do Conhecimento; 2. O Conhecimento científico e filosófico; 2.1. Ciência e Filosofia; 2.2. Ciência do Direito e Filosofia Jurídica; 2.3. O Específico Conhecimento Jurídico; 3. O Problema da cientificidade do direito; 3.1. A "cientificidade" do direito; 3.2. O episódio Kirchmann; 3.3. Reação ao Negativismo do Direito; 3.4. Um novo conceito de Ciência; 3.5. Objetos Culturais e Objetos Naturais Ciência Cultural x Ciência Natural; 4. O Direito como uma realidade cultural; 4.1. A cientificidade do Direito; Referências bibliográficas

Nota Explicativa

O presente trabalho refere-se à **monografia** apresentada no Curso de Mestrado em Direito da FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE, da UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE, disciplina, FILOSOFIA DO DIREITO, devidamente protocolado na Secretaria do Curso, em 31 de maio de 1985.

Está apresentado em sua versão original, sem qualquer alteração textual significativa, ou mesmo sem se recorrer a uma ERRATA, salvante a correção de algumas falhas ou erros de datilografia da versão original e na parte referente à Bibliografia utilizada, com acréscimos de alguns itens, em face de uma falha constatada, notadamente, após a referência de nº 44, o que ora se

corrigiu, tão-somente. Ainda, impõe-se registrar que o presente "trabalho" teve origem, também, com base em anotações de aulas proferidas pela Professora BERNADETE PEDROZA, responsável pela disciplina FILOSOFIA DO DIREITO do Curso de Mestrado, no ano de 1984, versando sobre a Teoria do Conhecimento.

Por fim, repita-se, a **monografia** é apresentada sem qualquer revisão de seu texto, ao menos em relação ao seu conteúdo, sofrendo apenas algumas correções gramaticais e de erros de datilografia, não obstante possam ainda persistir falhas gramaticais, de estilo ou até de pesquisa, pelo que pedimos *vênia*. No entanto, reafirmamos e ora merece destacar, a nossa crença não apenas na existência do Direito ou de uma Ciência Jurídica e da Filosofia do Direito. Mas, crença, acima de tudo, na existência do próprio **conhecimento**, como um processo dialético de busca da essência das coisas, ainda mais quando temos aprendido, como diz o escritor de Provérbios, na Bíblia Sagrada, em seu Capítulo 1, vs. "7", edição revista e corrigida:

"O temor do Senhor é o princípio da ciência; os loucos desprezam a sabedoria e a instrução".

Assim, conclui-se, sem muita dificuldade, que o conhecimento é possível e, o conhecimento de **DEUS**, como Senhor e Criador de todos e de todas as coisas, é tarefa precípua do homem, não apenas do cientista, mas um verdadeiro dever a todos imposto, indistintamente:

"Conheçamos, e prossigamos em conhecer ao Senhor; como a alva será a sua saída; e ele a nós **virá chuva, como chuva serôdia que rega a terra**".

Oséias, Cap. 4.
Caruaru, 27 de Junho de 1996.

Apresentação

Nas páginas que se seguem, apresentaremos um ligeiro esboço da problemática do conhecimento. Partindo da reflexão proposta por Górgias, para quem "**nada existe se algo existisse, seria incognoscível; e mesmo que pudesse conhecer, era incomunicável**", procuramos demonstrar que a questão sobre a possibilidade do conhecimento não é recente. Ela já estava presente na filosofia dos povos antigos.

Afirmando a existência do conhecimento, nosso estudo pretende analisar o papel do efetivo conhecimento jurídico na constituição de uma ciência jurídica, com objeto e método próprios. Passa pelo negativismo ou a tese da acientificidade do direito, cujas idéias atingiram um clímax no Século XIX e termina com o advento da noção de objetos naturais e culturais, que exigem dois tipos distintos de ciência: uma a ciência natural ou da natureza e outro, o da ciência cultural ou histórico-social.

Feita esta análise e colocando o Direito como uma realidade cultural, concluímos não-somente pela existência do Direito, como pela afirmação do caráter de cientificidade da ciência do direito.

Esta a intenção do presente trabalho sem grande eloquência, tentamos apenas contribuir para o debate do tema, concordando com a feliz lição de REALE ao dizer que **nosso primeiro dever é crer no direito, não apenas na justiça como valor a ser realizado, mas na dignidade do direito como ciência**, uma ciência que existe efetivamente e cujo fim imorredouro é a realização do justo.

* UMBERTO PADOVANI e LUIS CANTAGNOLA, História da filosofia, edição Melhoramentos.

** MIGUEL REALE, Horizontes do Direito e da História - 1977, edição Saraiva; De Dignitate Jurisprudencial, pág. 277; Oração de paraninfo dos Bacharelados da Faculdade de Direito de USP - 1951.

1. O problema do conhecimento

1.1. Introdução

O fenômeno do conhecimento como um processo que busca a essência e a verdade das coisas é, a um só tempo, admirável e também complexo. Não há ainda neste ponto nenhuma hierarquização do conhecimento como normalmente encontramos nos Manuais de Filosofia que o dividem em Vulgar, Científico e Filosófico. Com esta assertiva inicial, pretendemos apenas demonstrar que já na antiguidade o homem começava a indagar a possibilidade do conhecimento, averiguando, mesmo que timidamente, o fato de ser ou não possível ao homem apreender a realidade objetiva, o mundo que o rodeia.

Na verdade, estas primeiras indagações eram ainda embrionárias, não se podendo falar na existência de uma TEORIA DO CONHECIMENTO ou GNOSEOLOGIA propriamente dita. Como ensina Hessen "não se pode falar em uma Teoria do Conhecimento, no sentido de uma disciplina filosófica independente, nem na Antiguidade nem na Idade Média"¹. Mas, é inegável que ela "já encontra suas raízes no próprio período clássico e no medieval"². Os pensadores dessa época exprimiam máximas sobre a questão, procurando dar respostas e indagações relativas à origem, aos limites e ao valor do conhecimento. O fato de saber até que ponto o homem pode conhecer e como pode conhecer já se constituíam em preocupação dos Gregos, da Filosofia Clássica e Medieval. Porém, podemos

1 JOHANNES HESSEN, Teoria do Conhecimento, Coleção Studium, 7ª edição, 1980, pág. 21.

2 MIGUEL REALE, Filosofia do Direito, 9ª edição, 1982 - pág. 44.

afirmar que essas preocupações encontravam-se ainda como enfoques secundários dentro da fase do pensamento filosófico de seu tempo³.

Com o advento da Idade Moderna, o cenário começa a mudar. A Teoria do Conhecimento passa a assumir um local de destaque no plano filosófico, e alguns autores chegam mesmo a afirmar que as questões relativas à problemática do conhecimento constituem o principal ponto para o desenvolvimento de uma nova filosofia. É naquela época, inclusive, que surgem grandes pensadores dedicados ao tema, lançando obras sobre o tema do entendimento humano, que vão influenciar grandemente o processo de esclarecimento do chamado fenômeno do conhecimento.

O problema não poderia ter sido melhor colocado, encontrando suas raízes no pensamento de homens como LOCKE, LEIBNITZ, BERKERLEY, DAVID HUME, FRANCIS BACON, DESCARTES, até chegar em KANT que acordava, na expressão de REALE, do seu sono dogmático.

Sem dúvida alguma, KANT marcou um ponto decisivo para a afirmação da Teoria do Conhecimento. Foi a partir de seus estudos que a "Teoria do Conhecimento ganhou validade e autonomia no campo da filosofia", destacando-se sua Crítica da Razão Pura, um "valioso exame sobre as origens, os limites e a possibilidade do conhecimento humano"⁴. Todos estes autores e depois KANT, fazendo surgir outros como FICHTE, SHELLING, HEGEL, SCHOPENHAUER e

3 MIGUEL REALE, ob. cit., págs. 13, 14 e seqs; ver também PINTO FERREIRA, Teoria do Conhecimento in Revista da Faculdade de Caruaru, 1977 - págs. 229-232;

4 PINTO FERREIRA, ob. cit., pág. 230;

HARTMAN colaboraram na consolidação do que já poderíamos chamar por Problema Epistemológico⁵.

Podemos concluir, portanto, que o tema do conhecimento, as indagações relativas aos limites e possibilidades do conhecimento, passaram a ser o principal problema da Filosofia contemporânea.

1.2. A relação do conhecimento

As noções anteriores, sem dúvida, demonstram a imprescindibilidade deste tema, mas não o esgotam, nem tão pouco descrevem o problema do conhecimento em sua inteireza. Apenas, realçam sua importância e o seu aparecimento. Torna-se necessário descrever o que ocorre nessa relação, geralmente entendida como um processo de apreensão da realidade. Depois, é preciso descrever como se processa essa relação.

Vimos que esse processo de conhecimento implica em uma relação. Ela põe frente a frente um alguém a conhecer (SUJEITO) e um algo a ser conhecido (OBJETO). Comumente se diz que "a função do sujeito consiste em apreender o objeto, e a do objeto em ser apreendido pelo sujeito"⁶. Mas, tudo não é assim tão simples. Não há apenas uma relação e sim, uma

5 As expressões *Gnoseologia* e *Epistemologia* aparecem como sinônimas em alguns dicionários, nada havendo contra esse uso, segundo REALE. Há entretanto, uma distinção: *Gnoseologia* constitui um ramo do saber filosófico e indica a Teoria do Conhecimento propriamente dita, do ponto de vista do sujeito cognoscente; *Epistemologia* é o "estudo reflexivo, sistemático e crítico dos princípios, da estrutura e dos pressupostos das Ciências", ou ainda, designa "o estudo do conhecimento relativo ao campo de pesquisa de cada ramo das ciências". Ver PINTO FERREIRA e MIGUEL REALE, *ob. cit.*, págs. 229 e 230 e 31 e 32, respectivamente;

6 JOHANNES HESSEN, *ob. cit.*, pág. 26;

CORRELAÇÃO. Não podemos falar, simplesmente, em determinação do objeto pelo sujeito ou vice-versa. Existe uma correlação e, dentro de uma concepção dialética, essa correlação é um processo de síntese cujo resultado final é o conhecimento.

O ato do conhecimento envolve distintos momentos. Há um momento de percepção, ligado ao fenômeno psicológico e volta à origem ao desenvolvimento dos processos de conhecimento na mente do sujeito cognoscente. Um segundo momento é o da formação de uma imagem que traduz a reprodução do objeto na mente desse sujeito cognoscente, sem que se questione, neste primeiro momento, pela validade da representação intelectual do objeto captada pelo sujeito. Por último, há o momento em que se considera apenas o objeto, no plano ontológico.

Com essa decomposição da relação de conhecimento em Sujeito-Objeto, notamos que nenhum dos aspectos apresentados é suficiente, isoladamente, para explicar o que se passa na relação e assim, descrever o fenômeno do conhecimento. Não podemos trabalhar na análise do problema somente com o sujeito ou apenas com o objeto. Se o que há é uma correlação, um ou outro componente não pode ser eliminado, sob pena de comprometermos o resultado. Ambos integram a essência do conhecimento e não podem ser restringidos. Esta, a conclusão do próprio autor da ERKENNTHEORIE, em sua obra sobre a Teoria do Conhecimento, lembrando ser impossível reduzir a análise a apenas um dos momentos da relação de conhecimento, que é uma correlação Sujeito-Objeto.

Sujeito e Objeto encontram-se interligados. Eles são distintos mas se complicam. Não há fala em um, se não estiver vinculado ao outro. Dentro de uma posição

restrita ao Psicologismo, Logicismo ou Ontologismo, como já vimos, não poderemos explicar o que ocorre na relação sujeito-objeto. Também o método fenomenológico, utilizado na obra do citado professor alemão, é insuficiente, pois descreve o fenômeno sem, contudo explicá-lo. Porém, a utilização desse método conduz, ao menos, "ao reconhecimento da Teoria do Conhecimento como uma disciplina filosófica independente". Daí, sua definição de teoria do conhecimento como **"uma explicação ou interpretação filosófica do conhecimento humano"**⁷.

Em apoio a esta posição, vejamos os estudos do professor MIGUEL REALE⁸. Denominando a Teoria do Conhecimento de ONTOGNOSEOLOGIA que estuda, em suas palavras, "as condições primordiais do conhecimento", ele ensina a seu modo peculiar: "Poderíamos, em síntese, dizer que a Ontognoseologia desenvolve o integra em si duas ordens de pesquisas: uma sobre as condições do conhecimento do ponto de vista do sujeito (**a parte subjecti**) e a outra sobre essas condições do ponto de vista do objeto (**a parte objecti**). Mais tarde, ver-se-á que a Ontognoseologia, após apreciação de caráter estático, culmina em uma correlação dinâmica entre Sujeito e Objeto, como fatores que se exigem reciprocamente segundo um processo dialético de complementariedade". Adiante, na mesma obra, já aí tratando da ONTOGNOSEOLOGIA JURÍDICA, salienta REALE: "Partimos da observação de que nos parece impossível uma solução monovalente ou monística da Teoria do Conhecimento, no sentido ou de reduzir o sujeito cognoscente ao objeto ou, ao contrário, de reduzir o objeto ao sujeito cognoscente"⁹.

7 JOHANNES HESSEN, Ob. cit. págs. 33 e 25, respectivamente;

8 MIGUEL REALE, ob. cit. págs. 23, 24 e seqts. e 43 - 52;

9 MIGUEL REALE, ob. cit. pág. 295;

Portanto, a atividade cognoscitiva é única, não se podendo falar em separação total de sujeito e objeto, mas sim, numa necessária correlação.

1.3. A existência do conhecimento

Em face da natureza deste trabalho, está claro que descrevemos apenas o essencial sobre a relação sujeito-objeto. Para uma análise mais completa, deveríamos fazer referências e analisar uma a uma, as diversas correntes de pensamento que, ao longo do tempo, têm procurado explicar a origem e fundamentação da questão do conhecimento, a exemplo do Empirismo de BACON, HOBBS, HUME e LOCKE, com a variante do Sensualismo acentuado de CONDILAC; O Racionalismo de LEIBNITZ, DESCARTES, SPINOZA e outros, passando pelo Intelectualismo até atingir o Criticismo Kantiano que, inegavelmente, representou um ponto preponderante na elevação deste assunto à dignidade de um conhecimento filosófico.

Há ainda as concepções relativas às reais possibilidades do conhecimento, a exemplo das concepções Dogmáticas, Relativistas, Subjetivistas, Pragmáticas e também, a do Criticismo ou ERKENNTINISKRITIK no original Kantiano.

Mas, não é esta a nossa intenção neste trabalho. Procuramos mostrar apenas os contornos principais da questão, para viabilizar uma compreensão global do tema. Buscamos defini-lo e compreendê-lo como uma correlação Sujeito-Objeto, visualizando a teoria do conhecimento como uma disciplina autônoma, dirigida à compreensão dessa relação de conhecimento. Tudo isto, com o firme propósito de deixar claro que o conhecimento é possível. Um conhecimento que se

traduz numa efetiva apreensão da realidade objetiva pelo sujeito cognoscente.

Afirmamos, assim, a existência real do conhecimento. Porém, não falamos na existência de um conhecimento total e absoluto. Ao contrário, propugnamos por um conhecimento expresso por uma síntese final entre os elementos que integram a relação de conhecimento e que dela própria emana. Não olvidamos a hipótese de ocorrer "uma diferença entre o real e o conhecido ou o percebido"¹⁰, o que não leva a invalidar a possibilidade do conhecimento. Pensamos que, igualmente, o célebre ensinamento de HERÁCLITO DE ÉFESO, baseado no vir a ser permanente, em nada se opõe a existência de um conhecimento do objeto. Em síntese, concordamos e esta é nossa posição, que o homem pode conhecer o mundo que o cerca e suas circunstâncias como algo inato a sua própria natureza. No mesmo sentido as palavras esclarecedoras de FARIAS BRITO: "o homem é dotado de tendência natural e espontânea para o conhecimento"¹¹.

Este é também o ensinamento do professor da Universidade de São Paulo, "para quem o homem tem uma confrontação tal que lhe é dado conhecer a realidade com certa margem de segurança e objetividade, demonstrando o poder inerente ao espírito de liberta-se do particular e do contingente, graças as sínteses que realiza"¹².

Destarte, concluímos que o problema do conhecimento e de sua aprendizagem não se coloca mais como antigamente, dentro de um critério absoluto de verdade,

10 PINTO FERREIRA, ob. cit., pág. 231;

11 RAJMUNDO F. BRITO, Ensaio sobre o Conhecimento, in Revista do Livro, 1964, § 6º, pág. 160 e 161;

12 MIGUEL REALE, ob. cit. pág. 26;

escudado na máxima Aristotélica *adequatio intellectus et rei*. Ao contrário, o problema do conhecimento, em nossos dias, coloca-se nos termos da lição do eminente Professor Paulista, centrada num prisma de segurança e objetividade, onde não há mais que se falar em certeza, mas em **rigor de conhecimento, método e resultados**. O conhecimento é possível, muito embora seja um processo sem fim, no qual está sempre implícita uma margem de erro¹³.

2. O conhecimento Científico e Filosófico

2.1. Ciência e Filosofia

Fundamentando-nos na idéia de que o conhecimento é possível, vamos analisar o papel da Ciência e da Filosofia como atitudes que se destinam e se relacionam com o processo de apreensão e explicação do conhecimento humano nos mais variados setores da vida.

Devemos ressaltar, como ponto de partida, que há entre ambas uma afinidade muito grande. De certa forma, podemos dizer que a Filosofia também é ciência e a diferença somente aparece quando aquela indaga das condições de validade da própria ciência. Neste sentido a filosofia surge sempre como uma crítica do conhecimento científico.

Dizemos que Filosofia também é ciência porque ela se enquadra na conhecida definição de LA LANDE, citada por REALE, para quem ciência é um "um sistema de conhecimentos metodicamente adquiridos e integrados em uma unidade coerente"¹⁴. Há, entretanto,

13 É interessante notar que alguns autores defendem a tese de que o conhecimento visa ao erro e não à verdade;

14 MIGUEL REALE, ob. cit. pág. 13;

o significado estrito de ciência, e neste particular, acentuam-se as diferenças, sobretudo relacionadas à compreensão e à visualização do objeto de cada uma que implica, conseqüentemente, em distintas atitudes: "o conhecimento filosófico dirigido para a totalidade das coisas, e o científico, orientado para as parcelas da realidade"¹⁵. São unânimes os livros e tratados em colocar a Filosofia com esta tendência natural à universalização, falando os autores em ciência universal e particular¹⁶.

Às vezes, alguns autores levam ao extremo esta distinção, pretendendo subordinar uma em relação à outra, o que não é correto. Se não podemos negar o valor da Filosofia como um conhecimento com tendência à universalização, que se destina a investigar as condições de validade e os pressupostos das ciências, não podemos da mesma forma, negar ou desvalorizar o papel das ciências, do conhecimento setorializado ou particularizado. No mundo atual, acentua-se cada vez mais uma tendência irreversível às especializações, numa tentativa de se conseguir, com a limitação do campo de pesquisa, uma redução nas incertezas do conhecimento, tornando-o mais seguro. Por isso, o pesquisador, o homem de ciência vem, a cada dia, delimitando seu campo de ação.

Ao contrário, temos que adotar uma posição que visualize a Ciência e a Filosofia em condição de igualdade, sem ter de subordinar uma à outra. Esta a lição do insigne professor paulista: "Existem dois

15 JOHANNES HESSEN, *ob. cit.* pág. 16)

16 Sobre o assunto APTALION, OLANO e VILANOVA, *Introducción al Derecho*, 9ª edição, 1975 pág. 11 e segts. e GIORGIO DEL VECHIO, *Filosofía del Derecho*, Tomo I, 1946 - pág. 1 e segts.;

preconceitos que a nosso ver se equivalem. Um é querer que a Filosofia seja apenas um reflexo das ciências e o outro é pensar que a Filosofia possui maior dignidade do que as próprias ciências". Como ensina o professor da USP, isto não tem sentido. Cada uma tem sua esfera de validade, não existindo hierarquia de mérito entre o trabalho do cientista e o do filósofo. E acrescenta: "A Filosofia abrange a ciência para criticá-la; mas isto não quer dizer que seja superior, como valia, à própria ciência que também se revela autônoma", concluindo mais à frente, na mesma obra, que elas "são, ao contrário, conhecimentos marchando em mútua dependência, de tal sorte que não é possível filosofar em nossa época, com abstração total dos resultados da ciência contemporânea"¹⁷.

O conhecimento existe efetivamente e, podemos dizer que ele existe até porque existe a ciência. Apenas, o conhecimento algumas vezes, é visto de uma forma tal que a ciência não pode resolvê-lo por completo. Desse ponto em diante, este conhecimento passa a ser objeto de uma filosofia. Tratando do assunto, é como sempre, definitiva a lição do filósofo de KONISBERG, citada por REALE: "Disse ele que as ciências estudam a realidade e a Filosofia também o faz. Toda vez que uma ciência estuda determinado problema, a filosofia poderia considerar-se supérflua. Há, porém, um caso, uma realidade, que a ciência não estuda, nem poderia estudar, que é a própria ciência posta como objeto"¹⁸.

O cientista conhece e aprimora o conhecimento de seu objeto de estudo. Mas, ele não pode explicar, em sua atividade restrita à pesquisa científica, como se

17 M. REALE, *Filosofia do Direito*, pág. 32 e 33;

18 M. REALE, *Filosofia do Direito*, pág. 33;

elaboram e desenvolvem-se os pressupostos da ciência, pressupostos estes sobre os quais ele, cientista, trabalha. Surge a Filosofia, aliada ao problema crítico-reflexivo do conhecimento, erigida na base de um processo axiológico que visa a indagar e a questionar o valor desse conhecimento.

Diferentemente, portanto, da tarefa do cientista, ao filósofo cabe questionar os resultados apresentados pela ciência, numa atitude reflexiva sobre os informes prestados por ela e sobre os pressupostos de sua validade.

2.2. Ciência do Direito e Filosofia Jurídica

Com o direito não poderia ser diferente. Ele pode também ser objeto de estudo sujeito a uma dupla ordem de pesquisa: a científica e a filosófica. Como lembram AFTALION, OLANO e VILANOVA: "El derecho puede como todos los objectos que integran el universo, ser objecto de un conocimiento de orden filosófico, que indaga que és lo que en campo jurídico puede proclamarse con alcance universal. Por otra parte, es un dato historico, al menos en la cultura occidental, que el derecho ha dado motivo al desarrollo de un saber especializado que pretenda jerarquia científica"¹⁹.

Os autores comumente admitem a existência de uma Ciência Jurídica e de uma Filosofia do Direito, invocando os conceitos da Ciência do Particular e do Universal para fundamentar esta posição. Esta a lição, por exemplo do grande Mestre Italiano GIORGIO DEL VECCHIO: "La diferencia entre ciencia y filosofia del Derecho radica cabalmente en el respectivo modo como una y otra consideran al Derecho: la primeira, en particular; la segunda, en universal"²⁰.

19 AFTALION, OLANO e VILANOVA, ob. cit. pág. 12;

20 GIORGIO DEL VECCHIO, ob. cit. pág. 2;

Não são poucas as obras jurídicas cujos autores recorrem à expressão latina **ubi societas, ibi jus** para justificar a existência do Direito. Na verdade, o Direito é uma realidade coetânea do homem, como um sistema de normas ou regras de ordenação da conduta humana – permissivas, obrigatórias ou facultativas – que intentam viabilizar a coexistência. O homem não vive isolado, mas em sociedade, o que implica nos chamados conflitos de interesses e, diante disto, a ordem há de ser mantida o que muitos entendem seja a tarefa do Direito. Nunca é demais lembrar, por oportuna, a definição do Mestre de Viena para quem **o Direito é a ordenação coercível da conduta humana**, o que nos leva a concluir pela constante presença do Direito que impregna a vida de todos e de toda a sociedade.

É interessante e merece também ser lembrada, a lição de KARL ENGLISH sobre o Direito quando, tratando do descaso que pretensamente o leigo demonstra pelo direito, revela-nos que o direito é um elemento pertinente à comunidade e que, "não há ninguém que não viva sob o direito e que não seja por ele constantemente afetado e dirigido"²¹.

Desta compreensão advém o sentido que os doutrinadores conferem ao chamado Direito Positivo, definindo-o como o direito efetivamente em vigor na comunidade, pouco importando se atual ou passado. Sobre este assunto, adverte WILSON BATALHA, citando R. SICHES, que estudar este direito é o mister do cientista do direito, nada mais lhe cabendo fazer senão o conhecimento profundo deste sistema. O jurista deve examinar esse direito e dele elaborar seus conceitos

21 KARL ENGLISH, Introdução ao Pensamento Jurídico, 3ª edição, 1977 - pág. 6, 7 e segts;

dos mais diversos Institutos Jurídicos, aplicando-os ou não, conforme o caso, sem ir buscar a razão e fundamentação desse direito e institutos.

A Ciência do Direito acha-se portanto, vinculado às condicionalidades históricas de um determinado tempo e lugar. "É ciência idiográfica, tendo por objeto o direito individual e particular de um povo e de uma época"²². Usando as palavras de KANT, diríamos que a Ciência Jurídica não indaga quanto à fundamentação do direito, não respondendo à pergunta **quid jus** – o que é direito? Ele procura dar resposta ao **quid sit juris**, isto é, qual é o direito de determinado povo, qual é o direito contingencial de um Estado, ou ainda, como prefere o Mestre Italiano, a ciência do direito procura saber "que há sido estabelecido como Derecho por un cierto sistema"²³. O jurista apega-se necessariamente à lei e, em sua pesquisa, limita-se ao plano normativo. Esta é também a conclusão de L. RECASÉNS SICHES: "Así, pues el jurista, en tanto que jurista y nada más que como tal, expone cuál es el Derecho vigente cómo debe enterderse, interpretarse y aplicar-se; pero no puedo explicar en qué consiste la esencia de lo jurídico y de sus formas y supuestos fundamentales; ni tampoco puede dar orientación para la crítica estimativa y para la reforma progressiva del derecho"²⁴.

Procurar essas respostas é tarefa mais profunda, que ultrapassa os limites de um direito vigente na comunidade. Seria responder ao **quid jus**, que é missão do Filósofo, constituindo uma atitude reflexiva sobre

22 WILSON CAMPOS BATALHA, Introdução ao Direito, Vol. I, 1967 - pág. 150;

23 GIORGIO DEL VECCHIO, ob. cit. pág. 2;

24 LUIS RECASÉNS SICHES, Estudo publicado em Filosofía del Derecho, de DEL VECCHIO, pág. 20;

os fins do direito. À Filosofia do Direito compete averiguar criticamente os pressupostos universalmente aceitos na fundamentação de uma ciência do direito. Ela se reporta à ciência do direito, utilizando-a como seu objeto, desempenhando funções que a ciência enquanto tal não poderia, por não poder ter a si própria como objeto. Porém, isto não implica o surgimento de uma nova Filosofia ou de uma Filosofia Especial. É a Filosofia mesma, com todas as suas características básicas da universalidade e essência das coisas. Apenas, assume a forma e a denominação de uma Filosofia do Direito, quando seu objeto é o direito, encarado em sua amplitude, com referência a seus fundamentos e finalidades, não mais naquele sentido contingencial de um direito posto na comunidade ou Direito Positivo. Para finalizar este parágrafo, vejamos o que diz KARL ENGISH em sua obra já citada, lembrando que a atitude filosófica no direito destina-se a "emprender a análise das formas de pensamento que nos devem levar ao conhecimento da essência, estrutura e validade da idéia do Direito"²⁵.

Como vimos no tópico anterior, não devemos lançar qualquer hierarquia de mérito entre uma e outra, mostrando que a Filosofia do direito precede à ciência jurídica ou o contrário²⁶ (28). Nosso interesse é deixar claro que o direito pode ser visualizado sob dois aspectos. Um, em que é conhecido e explorado como

25 KARL ENGISH, ob. cit., pág. 326;

26 Não obstante nossa posição no texto, é interessante notar a opinião de DEL VECCHIO: "El problema del Derecho Natural fué planteado y tratado antes de que se verificase un verdadero analisis científico del derecho positivo. La Filosofía del Derecho es, en un cierto sentido, más antigua que la misma Ciencia del Derecho", ob. cit., pág. 6r

objeto de uma ciência jurídica, com contornos bem delineados, tendo por referência um determinado Direito Positivo e, em outro aspecto, o de merecer uma especulação "sobre os grandes problemas que a ordem jurídica levanta", no sentido de sua própria justificação. Dito por outra forma, no primeiro caso busca-se o conceito do Direito, no segundo, a idéia do Direito, aquilo que é **universalmente aceito como direito**. "Se há correlação entre Filosofia e Ciência do Direito", lembra REALE em sua Teoria Tridimensional do Direito, "não é dito que o filósofo pense e deva pensar como jurista e vice-versa", porque cada um tem seu próprio papel a executar, "cabendo ao jurista interpretar e aplicar com rigor técnico os modelos jurídicos postos pelo Legislador, pelos costumes ou pela jurisdição, assim como conceber e sistematizar os modelos teóricos ou dogmáticos que aqueles modelos normativos implicam, no processo de sua vigilância e de sua eficácia". Por sua vez, tudo isto é estranho ao filósofo do direito, "por competir-lhe", acrescenta ele, "indagar das razões universais fundantes de todos os modelos atuais e possíveis e, também, do significado da ação do jurista no ato de interpretar e dar efetiva aplicação às estruturas normativas"²⁷ (29).

2.3. O Específico Conhecimento Jurídico

A relação de conhecimento com seus componentes que, embora contrários, integram-se e permitem a síntese final do conhecimento, leva-nos neste ponto, a questionar a existência não mais do conhecimento em si, mas da possibilidade de um específico conhecimento jurídico que possua método e objeto próprios.

27 MIGUEL REALE. Teoria Tridimensional do Direito. 3ª edição, 1980 - § 3ª, pág. 13;

O Direito apresenta-se como um dado essencial à coletividade. O problema está em propugnarmos por um conhecimento jurídico nos termos de uma Ciência do Direito que, como as demais ciências, seria autônoma e independente. Uma ciência com objeto e método próprios, sendo estes adequados à apreensão dessa realidade que é o fenômeno jurídico. É preciso saber se há dignidade científica neste método utilizado? Essas são as indagações principais que têm sido alvo de especulação acerca do direito e sua evolução. Elas se dirigem sempre, à constituição de uma ciência do direito e não são poucas as vezes que esta ciência tem sido negada, até mesmo de forma categórica, por razões que mais adiante comentaremos.

O direito integra a realidade. O fenômeno jurídico é um dos aspectos dessa realidade. Se o mundo comporta uma explicação religiosa, física, biológica, não haveria de ser diferente com o direito. Tornou-se lugar comum afirmar que o direito constitui a causa específica da sociedade e que é um fenômeno social. "Há uma ligação necessária e constante entre Direito e Sociedade. Por isso se diz que **ubi jus, ibi societas**"²⁸ (30). Se a sociedade como se diz é essencial ao homem, a esta o é à disciplina e à regulamentação. O contrário seria exigir dos seres humanos um comportamento excepcional. Logo, o direito desponta como um instrumento de ordenação e controle da realidade social - se ele serve a dominação e manutenção do **status quo** e estruturas da sociedade, comporta um outro tipo de análise, que não leva, a nosso ver, a negar o direito como objeto. É incontestável que a sociedade tem uma instância jurídica de fundamentação.

28 JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, O Direito - Introdução e Teoria Geral, edição 1977 - pág. 11;

Mas uma coisa é o direito como um dado necessário à comunidade cuja existência é sempre ou "quase sempre" admitida.

O problema está em se propugnar por uma ciência do direito destinada a sistematizar esse conhecimento jurídico, que seja metodicamente obtido e comprovado, servindo de argumento para sua cientificidade.

3. O problema da Cientificidade do Direito

3.1. A "acientificidade" do direito

Esta é uma questão antiga. De fato, a dúvida relativa à existência ou não de uma Ciência do Direito voltada à compreensão racional, sistemática e explicativa do fenômeno jurídico, como um reflexo direto do fenômeno social não é recente. Os próprios romanos a quem cabe, na feliz expressão de KARL ENGISH "o inesquecível mérito de terem fundado esta ciência", tiveram suas dúvidas e controvérsias acerca da seriedade científica do direito. Argumentava-se, àquela época, sobre a incerteza do direito em responder as questões a ele submetidas. Diziam que o direito era nitidamente mutável, gerando "incertezas".

Estas linhas iniciais já demonstram o quanto os juristas têm lutado para afirmar o caráter de cientificidade da Jurisprudência²⁹ (31).

3.2. O episódio KIRCHMANN

Nesta matéria que versa sobre a acientificidade do direito há sempre um ponto em comum entre os autores: a referência ao alemão JULIUS VON KIRCHMANN e

29 Ver ANGEL LATORRE, *Introdução do Direito*, Livraria Almedina, 1978 - § 45, pág. 123 e segs.;

sua célebre conferência A FALTA DE VALOR DA JURISPRUDÊNCIA COMO CIÊNCIA. Sobre o assunto o Professor MACHADDO NETO afirma que dentre os debatedores da Ciência do Direito "a mais notável tentativa de negação é a de KIRCHMANN", no que concorda SICHES, escrevendo a sua maneira peculiar: "Todavía hoy tropezamos con el eco y la incitación de una voz que sonó hace más de achenta años negando valor científico a la Jurisprudencia: la de KISCHMANN en una famosa conferencia dada en 1848"³⁰ (32).

A referência à KIRCHMANN vem à frente dos movimentos que denegam o caráter de cientificidade do direito, até mesmo pelo fato de ser ele próprio um jurista. Em sua conferência, há frases que se transformaram em verdadeiros símbolos representativos do ataque ao valor científico das atividades dos juristas. Podemos dizer, que este autor admitia apenas o Direito Natural, negando definitivamente a ciência do Direito. Esta negação fixava-se, primordialmente, na mutabilidade do objeto. O direito muda com o clima, somente captando as mudanças de seu objeto tardiamente, o que representava um atraso perante as demais ciências.

A análise de algumas dessas frases torna-se necessária para um melhor entendimento do problema³¹ (33). Dizia KIRCHMANN que "os juristas ocupam-se, sobretudo, das lacunas, dos equívocos, das contradições das leis positivas; daquilo que nelas há de falso, de antiquado, de arbitrário". Em outro ponto, faz expressa referência ao direito, comparando-o com os objetos da natureza: "O sol, a lua, as estrelas brilham hoje da mesma

30 L. R. SICHES, *ob. cit.* pág. 41 e 42;

31 As citações de KIRCHMANN aparecem, praticamente, em todas as obras consultadas, neste trabalho.

forma que há milhões de anos; a rosa desabrocha ainda hoje, tal como no paraíso; o direito, porém, tornou-se desde então diferente. O casamento, a família, o Estado, a propriedade, passaram pelas mais diversas configurações". Finalmente, arremata com a mutabilidade do objeto, dizendo: "À medida que a ciência faz do contingente seu objeto, ela mesma se torna contingência, três palavras retificadoras do Legislador convertem bibliotecas inteiras em lixo". Para ele, a Ciência Jurídica alimentar-se-ia de suas imperfeições.

A negação do direito como ciência não ficou somente no chamado episódio KIRCHMANN, como apropriadamente designam o fato AFTALION OLANO e VILANOVA. Esta tendência far-se-ia presente em outras diversas escolas de pensamento, o que implica em concluir pela diversidade de fundamentação.

A Escola de Upsala, na Suécia, representada por LUNDSTEDT e TEODOR JAEHENER não conferia cientificidade à ciência jurídica. Outros surgiram, admitindo-a como Arte, como Técnica, não como ciência. Alguns, à exemplo de JACQUES NOVICOW postulavam pelo caráter de cientificidade do direito, vinculando-o à Biologia. Autores como RUMPF, NUSSBAUN e MAX SALOMON também figuram entre os que denegam o caráter científico da ciência do direito, inclusive, tentando criar uma ciência jurídica comparada que estaria isenta das objeções levantadas por KIRCHMANN e seus seguidores. Neste quadro, as idéias dos Positivistas, no rastro de A. CONTE, tiveram papel preponderante para o negativismo em torno da cientificidade do direito. Suas idéias estavam alicerçadas pelos resultados das ciências da Natureza, de forma que as demais ciências não seriam assim

consideradas. Entre nós, há pelo menos as Obras de PEDRO LESSA e QUEIROZ LIMA coerente ao pensamento positivista conteano, negando, peremptoriamente, o direito como ciência. Este último, considera o direito como Arte, encarando o direito como um aspecto das ciências da natureza³² (34).

Hoje, este problema está praticamente superado. Mas, para a compreensão do que representou e o que pode ainda representar este "episódio", temos que levar em consideração as circunstâncias que motivaram estas idéias, analisando seus determinantes e a forma como foram combatidas até chegarmos à posição de afirmar a cientificidade do direito.

3.3 – Reação ao Negativismo do Direito

A conferência de KIRCHMANN e o aparecimento e desenvolvimento do pensamento positivista ocorreu em meio a atmosfera do Século XIX e suas peculiaridades. Nesta época, o pensamento científico operava com um conceito de ciência bastante restrito e, intrinsecamente ligado às generalizações.

Ciência somente do geral e que estivesse preocupada com a formulação de leis constantes, com características imutáveis e que descrevessem relações necessárias. "Ocorre que KIRCHMANN", escreve SICHES, está dominado "por la tradición de considerar que no puede haber otra ciencia más que la verse sobre leyes generales y constantes o sobre principios absolutos", numa demonstração de que esta era "la concepción dominante sobre todo desde el Renas-

³² Ver sobre o assunto WILSON BATALHA, ob. cit. pág. 126 e segts. e também MACHADO NETO, Teoria da Ciência Jurídica, 1975 - Pág. 11 segts.;

cimiento: y ella influye en general sobre todo el desarrollo del pensamiento moderno"³³ (35). A matemática, a Física eram padrões de ciências e, somente se podia falar na existência de conhecimento se este estivesse ligado às ciências da natureza. Neste mesmo sentido acentuam os Argentinos AFTALION, OLANO e VILANOVA, para quem "la posición de KIRCHMANN es típico trasunto de una época que, alleccionada por los éxitos teóricos y prácticos alcanzados por las ciencias naturales gracias a la formación de leyes invariables y de principios absolutos, creía que el progreso de las ciencias de lo humano y de lo histórico-social fincaba en adoptar métodos idénticos a los de aquellas ciencias".

Esses autores expõem muito apropriadamente a questão, lembrando que não foi considerado, à época de KIRCHMANN, o fato de que o conhecimento típico das ciências naturais ou da natureza não era a única forma possível do conhecimento humano. E concluem: "éxito de una disciplina cualquiera no se asegura adoptando un determinado método por el hecho de que haya probado ser eficaz para otras disciplinas, sino adoptando el método que convenga a la índole del objeto que se estudia"³⁴ (36). Esta a razão para entendermos a reação ao direito. É evidente que o direito como um fenômeno histórico-social, como tal individual e mutável, não poderia se adequar aos métodos vinculados às generalizações excessivas, nos moldes das ciências naturais.

A simples menção de métodos diferentes para diferentes objetos já nos permite colocar nos devidos termos esta questão da cientificidade não apenas da ciência do direito, como também de todas as chamadas

33 L. R. SICHES, *ob. cit.* pág. 45;

34 AFTALION, OLANO e VILANOVA, *ob. cit.* pág. 46;

ciências sociais. Este fato passou despercebido à KIRCHMANN e a outros homens de ciência, cujas idéias floresceram no Século XIX. Estes pensadores, provavelmente, encontravam-se envolvidos pelo clima do **cientificismo** ou **cientismo** que dominava à época. O próprio pensamento de A. CONTE era fortemente impregnado por essas noções que implicavam uso exclusivo dos métodos das ciências naturais, acarretando uma inevitável limitação do conhecimento científico. Porém, havia de florescer esta idéia da existência de um outro tipo de conhecimento científico que demandasse método próprio, diferente daqueles aplicados às ciências da natureza. Começava a ter início, ainda neste mesmo século, o movimento que viria afirmar o caráter de cientificidade dos saberes humanísticos³⁵ (36).

Como afirma ANGEL LATORRE, "não se ocultaram aos melhores espíritos da época as diferenças substanciais que, apesar de tudo, existiam entre um e outro tipo de ciências". E, RICKERT, que inegavelmente teve um papel preponderante no desenvolvimento do que ele mesmo designou por Ciências Culturais, também se referiu ao problema de forma a reconhecer que este século, "el siglo XIX les há dado notable impulso".

Vemos portanto, que já se começava àquela época, a divisão das idéias da separação nítida entre KULTUR e NATUR – o mundo da cultura e o da natureza – que representará um magnífico avanço no sentido do reconhecimento da cientificidade das ciências sociais³⁶ (38).

35 ANGEL LATORRE, *ob. cit.* § 46 – pág. 228 e segts.;

36 Não é pacífica a denominação de ciências sociais. A. TORRE, por exemplo, não concorda, preferindo designar por ciências que lidam com objetos culturais;

3.4. Um novo conceito de ciência

Os motivos dessas objeções à "cientificidade" da ciência do direito tinham que ser compreendidas dentro desse prisma e, à luz do entendimento de que há um outro tipo de ciência distinta das demais ciências da natureza.

O aparecimento desta dicotomia fundamental, que trouxe novos horizontes à questão da cientificidade das ciências sociais, deve-se, sobretudo, aos estudos de W. WINDELBAND, W. DILTHEY e E. RICKERT. Mais tarde, surgem outros nomes expressivos como G. RADBRUCH, MAX E. MAYER, FRITZ MUNCH, E. CASSIRER, BENEDETTO CROCE, RAIMOND ARON entre outros. Mas, é com WINDELBAND que o assunto iniciou, e logo após, RICKERT escreve sua obra fundamental para o desenvolvimento da questão. A publicação e divulgação das idéias desses autores, principalmente os três primeiros, fez superar, de uma vez por todas, com o preconceito de que apenas os conhecimentos universais e com tendências à imutabilidade das ciências naturais constituíam ciência. Atualmente, não mais se fala em ciências padrões ou que formulem leis imutáveis e gerais. Operou-se uma ampla reformulação no conceito de ciência, de modo a admitirem-se duas realidades distintas, que ensejam dois tipos de ciências: Ciência Natural e Ciência Cultural.

Em forma mais didática, escreve REALE, em suas Lições Preliminares do Direito, que ao lado dos "continentes geográficos, formados de terra, mar, etc., existem outros de natureza diversa desses, referindo-se ao modo de operar do homem, ligado à história e à cultura, e que, por isso mesmo, demandam um comportamento diverso do homem³⁷ (39).

37 MIGUEL REALE, Lições Preliminares de Direito, edição 1984, pág. 09;

Tratando deste novo tipo de ciência já usamos, algumas vezes, a denominação ciência cultural e também ciências históricas ou histórico-sociais. Esta nova realidade tem sofrido diversas denominações e, o uso de uma ou outra é comum nos livros e tratados. WINDELBAND falava em ciências Ideográficas ou Culturais em contraposição às ciências Nomotéticas. Este autor, antigo catedrático da Universidade de HEIDELBERG, não concordava com a divisão proposta por DILTHEY em Ciências Naturais e Noológicas ou do Espírito. Sem dúvida alguma, a mais utilizada é a que foi apresentada por E. RICKERT: "Pero mientras los cultivadores de las ciencias de la naturaleza no vacilan sobre el nombre que han de dar al lazo que los une, en otro grupo, en cambio - al menos por lo que se refiere a la opinion de los especialistas, - no se ofrece asi, sin dificultad, una denominacion adecuada a la actividad común". Ele mesmo, utilizava a denominação hoje mais conhecida, que é também título de sua obra: Ciência Cultural e Ciência Natural³⁸ (40).

Todos eles estavam de acordo no entanto, que este novo tipo de ciência estava referida a uma idéia de singularidade e a uma concepção valorativa de seu objeto. Começava desta maneira, a grande transformação experimentada pelos que militavam no campo dessas ciências até então "acientíficas". Afirmando-se a existência dessa ciência cultural de objeto próprio e distinto do objeto das ciências da natureza, entrava em seu capítulo final o chamado complexo de inferioridade dos juristas.

38 ENRIQUE RICKERT, Ciencia Cultural y Ciencia Natural, edição 1943, pág. 25 e 26;

3.5. Objetos Culturais e Objetos Naturais Ciência Cultural x Ciência Natural

Com a oposição dessas duas realidades: uma o mundo da natureza e outra, o mundo da cultura, entendemos a divisão dos objetos e dos diferentes métodos para cada um. O próprio DILTHEY diz que "el éxito de una disciplina científica cualquiera depende de la adopción de métodos adecuados a sus especiales objetos"³⁹ (41).

A divisão mais aceita da Teoria dos Objetos foi proposta por CARLOS COSSIO, denominando-a Regiões Ônticas. Ele afirma que existem objetos Ideais, Naturais, Culturais e Metafísicos. Esta sua classificação, orientada pelo pensamento de HUSSERL, obedece, mais ou menos, o fato desses objetos terem ou não existência real, dependerem ou não da experiência do sujeito e, se apresentarem vinculados ou desvinculados de uma concepção valorativa. O que vai nos interessar mais neste trabalho é, sem dúvida, a dicotomia entre objetos culturais e objetos naturais. Estes representando as ciências naturais – existem e são neutros ao valor. Aqueles, relacionados às chamadas ciências culturais, cuja existência está dependendo de uma referência a valores,

Sobre esta distinção, ensina RICKERT: "Los productos naturales son los que brotan libremente de la tierra", nascendo por si sem qualquer interferência do homem, enquanto frente a este, "está la cultura ya sea como lo producido directamente por un hombre actuando según fines valorados, ya sea, si la cosa existe de antes, como lo cultivado intencionalmente por el hombre, en atención a los valores que en ello residen"⁴⁰ (42). Como

39 Apud APATLION, OLAND e VILANOVA, ob. cit. págs. 13 e 14;
40 E. RICKERT, ob. cit. pág. 50;

diz um autor nacional, "há objetos complexos, que as mãos apanham da natureza e transformam, valorizando-os afetivamente, tornando-se instrumentos de cultura". Isto leva a uma posição diversa do homem em relação a estes dois tipos de objetos. Não há a intervenção humana nos objetos naturais, e nos culturais esta intervenção é até mesmo **necessária**⁴¹ (43).

Natureza e Cultura demandam diferentes atitudes do homem. Há entre elas um abismo intransponível como lembra W. BATALHA. Uma contrapõe-se à outra. A natureza explica-se; a cultura compreende-se, o que nos permite concluir que as ciências naturais são causais-explicativas e as culturais compreensivas⁴² (44). Perante uma ou outra o homem tem um determinado comportamento. Um objeto cultural é sempre um *plus*, um algo mais. Ele é o objeto em si, e a valoração necessária que lhe vem de fora, de um contexto formado e atribuído pelo homem. Há uma expressa referência à valores e, um determinado valor não vale por si, depende de um significado ou sentido que o homem confere. Não podemos descrever um fenômeno da natureza da mesma forma que uma realidade cultural. Naquele existe algo independentemente de nossa vontade. No fenômeno cultural a valoração é indispensável, podendo levar a alteração da natureza do objeto.

Ao lado de natureza e cultura, há o mundo do **ser** e do **dever ser** ou na célebre expressão Kantiana o **SEIN** e o **SOLLEN**. A natureza é, simplesmente. Pertence ao mundo do **SER** e não é possível alterá-la. A cultura, por sua vez, integra o mundo do **DEVER SER**. As

41 SILVIO DE MACEDO, Introdução à Filosofia do Direito (Uma nova metodologia), 2ª edição, revista, 1978, pág. 67;
42 WILSON BATALHA, ob. cit. págs. 7 e seqs.;

ciências culturais ou de objetos culturais como prefere A. TORRÉ, trabalham com a formulação de leis que descrevem não o que é, mas o que deve ser. Mas, nem por isso, elas deixam de ser científicas. Suas leis são científicas. Talvez, isso fosse um espanto para o mundo numa época em que as leis deveriam ser gerais e descrever relações necessárias, seguindo a compreensão Montesquiana do "Espírito das Leis". As leis jurídicas e todas as outras leis das chamadas ciências sociais, embora não sendo invioláveis e inflexíveis, constituem padrões de agir segundo algo que não é, necessariamente; mas que deve ser. Expressam exigências de caráter deontológico. Esta a conclusão de MACHADO NETO, lembrando que devemos abandonar "as posições unilaterais que viam o direito como puro valor, simples norma ou apenas fato", para descobrir que "o direito se encontra naquela região ôntica que se constitui dos objetos criados pelo homem", numa demonstração de que também o direito é provido de um "sentido humano que lhe advém de uma referência a específicos valores como ocorre com todo objeto cultural"⁴³ (45).

A seu modo, simples e direto, que apresenta em sua obra de Introdução ao Direito, o Professor Português ASCENÇÃO, faz uma dicotomia entre o que ele denomina ordem social e ordem natural. Esta, para ele, é uma ordem de necessidade e a primeira. É uma ordem de liberdade, trazendo em sua essência a possibilidade de ser violada. Por isso que, acrescentando ainda o Professor ASCENÇÃO, sob a influência do positivismo, o pensamento do século XIX chegou a tantas generalizações apressadas, ao comparar o

43 MACHADO NETO, ob. cit. pág. 30;

conhecimento da ordem social à natural. A ordem social representa um fenômeno de cultura, porque resulta da meditação na esfera de liberdade humana, na qual pode ocorrer e, freqüentemente ocorre, a possibilidade de inobservar-se o que a lei prescreve. A lei da ordem social traduz constâncias mas não fatalidades⁴⁴ (46).

Vemos portanto, que todas estas noções leva-nos a afirmar a cientificidade do direito, desde que enquadrado na categoria das ciências culturais e não explicado à luz das ciências naturais. O direito tem de ser entendido nesta perspectiva valorativa, com seus métodos peculiares. Em outras palavras, devemos entender o direito como uma realidade cultural.

4. O Direito como uma realidade cultural

4.1. A cientificidade do direito

O direito é uma realidade cultural com referência necessária aos valores. Em toda cultura paira uma referência a valores. Em toda atividade religiosa há uma tendência à santidade; na moral uma tendência para o bem; na economia uma inclinação para o útil e no direito uma direção ao justo. O fato desses valores, na maioria das vezes, não serem alcançados em nada invalida o objetivo do direito, da moral, da economia e da religião. São realidades culturais e jamais poderão ser explicadas e compreendidas nos moldes das ciências naturais. As ciências culturais, como já afirmou REALE, em última análise, têm como objeto de estudo o próprio homem. Por isso, ainda como ensina o Professor da Universidade de São Paulo, são disciplinas que apresentam menor

44 JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, ob. cit. págs. 14 e seqs;

possibilidade de despersonalização do cientista e mutabilidade nos elementos de análise e finaliza, lembrando que nestas ciências, ditas culturais, não podemos falar em exatidão de resultados, mas em RIGOR de método e resultados⁴⁵ (47).

Colocamos o direito no mundo da ciências culturais, pertencendo ao mundo do DEVER SER, quer dizer, suas leis não são invariáveis e fatais, **elas descrevem não o que é, mas o que deve ser**. É ciência cultural e idiográfica, dirigida ao particular. O que ocorre no diretório é um processo de profunda relação entre NORMA, VALOR e FATO, ou seja, encerra uma TRIDIMENSIONALIDADE. Entre nós, sem dúvida alguma, a figura do Professor MIGUEL REALE tem desenvolvido este assunto de forma bem particular, reconhecido por diversos autores, como o faz expressamente RECASÉNS SICHES, ao dizer que ele próprio tem incorporado ao seu pensamento, quase sempre integralmente, a versão que REALE imprimiu a sua doutrina Tridimensional do Direito⁴⁶ (48).

É desta forma que devemos entender o direito. É inegavelmente ciência. A questão da mutabilidade de seu objeto pode e é facilmente combatida, bastando lembrar que o jurista, muitas vezes, trabalha com conceitos permanentes e imutáveis que, mesmo com a evolução, têm mantido a forma e merecem o reconhecimento universal. O problema da análise desses conceitos, sua justeza ou não, não é tarefa do cientista,

45 MIGUEL REALE, Horizontes do Direito e da História (O Direito e a problemática de seu conhecimento), 2ª edição, 1977, págs. 255 e 256;

46 Esta observação consta do texto de "orelha" da Teoria Tridimensional do Direito de MIGUEL REALE, edição Saraiva, 1980;

mas do filósofo. Demonstramos em linhas anteriores que, como os demais ramos do conhecimento, como os demais objetos, o direito pode ser objeto de uma investigação científica e outra filosófica.

O direito é assim, um saber científico. Cada ciência tem suas particularidades e, o que não deve ocorrer é compararmos uma com as outras para negar o valor do direito ou de qualquer outro tipo de conhecimento. Temos que reconhecer estas individualidades para reafirmar o caráter de cientificidade do direito.

Referências Bibliográficas

Obras consultadas sem citação no texto

- ABELARDO TORRÉ, *Introducción al Derecho*;
TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ Jr., *A ciência do Direito*,
Editora Atlas, 1977;
JESUS ESPARZA BARACHO, *El problema del conocimiento*,
in *Revista da Facultad de Derecho de Maracaibo -*
Venezuela, 1975;
ALOYSIO PEREIRA, *O direito como Ciência*;

SOBRE A TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL

Nelson Saldanha

Professor de Filosofia de Direito da ESMAP e
dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Pernambuco; membro
do Instituto Brasileiro de Filosofia e da Academia
Pernambucana de Letras

SUMÁRIO

O Direito Civil, o "Direito" e o privatismo. Teoria do direito
Civil e Teoria do Código Uma contraprova: a Teoria da
Constituição. Ciência do Direito, Ciência do Direito
Privado. Observações adicionais.

Durante muito tempo o "Direito" foi basicamente o Direito Civil. No caso romano, do qual não temos tempo aqui para um exame mais detido, o jus civile era simplesmente o Direito vigente, distinguindo-se do jus gentium, que veio depois, e do naturale, concebido posteriormente. Civile de cives, ligado a civitas: a cidade, o cidadão, o Direito. O desenvolvimento histórico das "codificações", nas culturas antigas, não dispunha de um conceito teórico-verbal de Direito, que nem na Grécia surgiu: veio com o jus romano e dentro do trânsito de uma noção originária, algo como uma pretensão¹, para a idéia de uma ordem objetiva. A ciência jurídica romana, entretanto, foi principalmente (não exclusivamente) ciência do jus privatum, e isto ocorreu também na Idade Média. Adiante retomaremos este item.

1 Georges DUMÉZIL, *Idées Romaines*, Ed. Gallinard, NRF, Paris 1980 (2ª edição), págs. 31 e segs.

Há autores que definem o Direito Civil como direito privado geral². Do direito Civil, como gênero, destaca-se habitualmente o Direito Comercial, como se destacam a seguir outros ramos mais específicos.

A alusão a um Direito privado geral substitui a tradicional e didática imagem de uma duplicidade de "ramos" a constituírem o Direito privado, no caso o civil e o comercial³. Ela valoriza a amplitude civil do Direito privado e o protege daquilo que muitos têm visto como ampliação do Direito público em detrimento do privado⁴.

A identificação do Direito civil com o Direito tout court, correlata da insuficiente (ou tardia) estruturação de um "direito público" no Ocidente, continuou a existir mesmo após a Revolução Francesa, com a qual, como é sabido, se retomou a distinção clássica entre direito público e direito privado. Continuou a existir por conta de dois ponderáveis fatores: a formação de uma prestigiosa escola de civilistas na França, a Escola de Exegese, e o surgimento – mais ou menos paralelo àquela – da Historische Schule na Alemanha, a Escola Histórica liderada por Savigny e formada basicamente

por privatistas. Como de privatistas foi composto, ainda no século XIX, o movimento chamado pandectística⁵.

Parece, contudo, que a enorme relevância histórica do Código Francês de 1804 (elaborado sob a influência de um específico lastro cultural), não deu lugar a uma "Teoria Geral" do Código, no sentido em que surgiu a Teoria Geral do Direito Civil. O lastro sobre o qual se fundava o Código (iluminismo, secularização, legalismo) veio reformular várias noções seculares, mas no geral a idéia de um "Direito Civil" permaneceu contínua desde as expressões iniciais, desde as medievais pelo menos. Apesar do famoso dito de Bugnet (je n'enseigne pas le droit civil, j'enseigne le code civil), a formação de uma teoria geral do direito civil não se reduziu a uma teoria do código⁶. Nem mesmo a problemática da "parte geral", a Allgemeiner Teil consagrada ao tempo de Savigny e questionada depois, arrastou para a imagem do Código a reflexão doutrinária "genérica".

Evidentemente a construção ou o desenvolvimento de uma Teoria do Direito Civil incluiu o que estava no Código. Como geralmente se diz, o código francês se estruturou em torno de três conceitos centrais, a idéia da pessoa jurídica, a do ato jurídico e a da relação, desdobradas em noções complementares,

2 Cf. Juan M. Pascual QUINTANA, En torno al concepto de derecho civil (Acta Salmanticensis, Salamanca 1959), V, pág. 51. Adverte porém o professor Silvio Neves BAPTISTA, que "não se pode conceituar o Direito Civil através de uma definição válida para toda a sua história": cf. O Conceito do Direito Civil, Recife, 1993, pág. 3.

3 Entre tantos e tantos outros, Francesco MESSINEO, Manuale di Diritto Civile e Commerciale, 9ª edição, Milão, Giuffrè, 1957, Seção I, § 3, págs. 54 e segs.

4 Para A. HERNÁNDEZ - GIL, o Direito civil seria antes de tudo o estatuto jurídico da pessoa; cf. "Prólogo", em J. Pascual QUINTANA, op. cit., pág. 9. O mesmo pensara BEVILAQUA (adiante citado), a propósito da noção de direito civil.

5 Paolo CAPPELLINI, Systema iuris, ed. do Centro per la storia del pensiero giuridico moderno de Florença, Giuffrè, Milão, 1984 (vol. I: Genesi del sistema e nascita della scienza delle pandette; vol. II, Del sistema alla teoria generale).

6 Vale lembrar que também na sociologia jurídica ocorreria, como um desdobramento – entre fins do oitocentos e primeiros anos do novecentos –, a sociologia do direito civil, inclusive com a obra de Raoul de la GRASSERIE, Les principes sociologiques du Droit Civil (Paris, Giard et Brière, 1906).

como a de princípios, a de interpretação, a de fato jurídico⁷. Mas a teoria do Direito Civil, como teoria de um ramo da ordem jurídica (e do saber respectivo), absorveu este temário em termos mais amplos, redimensionados dentro da idéia de sistema e conduzidos pelo racionalismo clássico com seu logos específico⁸.

Andre-Jean Arnaud registrou, a propósito de duradouro legado de DOMAT, a permanência, no século XIX e mesmo no XX, da presença de determinados "pares de oposição", que incluem a alusão ao direito natural e ao positivo, ao direito e à equidade, ao direito objetivo e ao subjetivo; estes pares (couples) se apresentam inclusive nos exegetistas e entre eles aparece, também, a referência ao direito público e ao privado⁹.

Enquanto isto – anotemo-lo como uma espécie de contraprova – criou-se no pensamento contemporâneo uma teoria da constituição, muito mais visível e mais consistente do que uma "teoria geral do Direito Constitucional". Certo que a chamada "parte geral do Direito Constitucional" (identifiquemo-la ou não com a chamada Teoria do Estado) pode ser entendida como uma "visão doutrinária" da constituição, mas é como teoria-da-constituição que os conteúdos dessa visão

7. É o que se encontra, em esquema análogo, em Clóvis BEVILÁQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed., Francisco Alves, Rio de Janeiro 1929, pág. 77.

8. A noção de sistema, vinda de Leibniz e de outros clássicos e reformulada por Kant, foi mais um pressuposto do código civil do que uma derivação dele. Por outro lado parece que aquela noção teve mais eco sobre os privatistas do que sobre os publicistas. Daí talvez o tropismo do direito civil em direção a uma teoria geral, sistematicamente concebida. – Para Pascual QUINTANA, o advento do código trouxe para o Direito Civil um sentido nacional, não necessariamente encontrado antes (op.cit.pág.45).

9. A. J. ARNAUD, "La tradition française dans la théorie du droit des civilistes", em *Archives de Philosophie du droit* (Sirey, Paris), tomo 33, 1988: para a referência, p.265.

vem sendo desenvolvidos, sobretudo no século XX e em especial desde Schmitt. A teoria da constituição vem abrigoando, desde o início deste século, temas que são (ou passam a ser) de teoria do Direito, e aí se inserem os próprios problemas epistemológicos e metodológicos desta teoria. O legalismo, formulado desde Rousseau e vertendo para os dois lados (o privado com o código e o público com a constituição), pareceu corresponder (como se tornou perceptível após Hegel) às necessidades formais da "sociedade civil" e do novo Estado, gerado pelo liberalismo e pela dessacralização.

Teria sido talvez o conteúdo político das constituições pós-rousseauianas, que fez girar em torno delas uma série de formulações novas, aptas a formarem uma teoria geral. O direito constitucional foi elaborado tardiamente, pressupondo debates travados a propósito da própria constituição¹⁰. Aliás não constava das constituições algo como uma "parte geral", embora obviamente os títulos fundamentais constituíssem em cada carta algo análogo.

Mencionamos pouco acima o problema do privatismo. A caracterização do saber jurídico como um saber referido principalmente aos temas do hoje chamado direito civil é constatável na Idade Média, sem embargo da fundamental cisão dos juristas civilistas e canonistas. A gradativa perda de importância do Direito Canônico, no mundo moderno (um resultado óbvio da secularização cultural), concentrou nos civilistas o papel do jurista, como configuração profissional e intelectual.

Esta relação entre a noção geral de Direito, com suas diversas implicações conceituais, e o direito civil, veio

10 Cf. nosso Formação da Teoria Constitucional, Ed. Foyense, Rio de Janeiro 1983, cap. VI.

das próprias origens romanas e foi confirmada durante a Idade Média. Diz John Merryman que "diretamente o direito civil ou por analogia com ele "se organizaram as principais instituições ditas jurídicas¹¹. Na realidade, a falta de um plano racional e sistemático (como o que surgiria no ocidente após os séculos XVII e XVIII), deixou que reinasse certa dispersão no estudo dos textos durante o medievo¹²; conseqüência, ainda, do modo como foi recebido o legado romano, entendido sobretudo no sentido da estruturação da vida privada¹³.

O advento do racionalismo moderno, reformulando os esquemas do conhecimento através de determinados princípios unificadores, preparou a restauração do conceito de direito público e com isso, por contrapartida, tornou mais definida a própria noção de direito privado¹⁴, apesar do constante movimento de fronteiras em torno de certas noções, e das dúvidas quanto ao lugar, dentro do ordenamento positivo, para certas normas de fundo.

11 "La estructura de la erudición jurídica debe sus orígenes a los juristas del derecho civil, y la estructura conceptual sistemática desarrollada para esta área en un momento dado, fue adaptada a todas las demás", acrescenta este autor: John Henry MERRYMAN, La tradición jurídica romano-canónica (trad. C. Sierra, PCE, México 1971), cap. XI, pág. 121. - Cf. também Gabriel LE BRAS, C. LEFEBVRE e J. RAMBAUD, L'Age Classique, 1140-1378 (tomo VII da Hist. do Direito e das Instituições no Ocidente), Sirey 1965, parte III; e ainda Nuno J. Espinosa Gomes da SILVA, História do Direito Português, Fontes do Direito (Gulbenkian, Lisboa, 2ª edição 1991), principalmente parte II, págs. 167 e seqs.

12 Cf. Juan Alejandro GARCIA, Temas de Historia del Derecho: El Derecho del Constitucionalismo y de la Codificación, I (Univ. de Sevilla, 1978), págs. 67 e 68.

13 Sempre citáveis estas expressões de San Tiago DANTAS: "O maior legado do mundo antigo à técnica da vida social foi, sem dúvida possível, o Direito Privado. Chamemo-lo Direito Romano (...)" (Palavras de um professor, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1975, pág. 127).

14 Ver Bernard GROET HUYSEN, Philosophie de la Revolution Française, Gallimard, Paris 1956, cap. VII.

Ainda na segunda metade do século XIX, Cogliolo, em sua "Filosofia do Direito Privado", expunha sob mira principalmente privatística as próprias noções fundamentais em função das quais colocava os conceitos mais genéricos. Observação análoga poderia fazer-se sobre certas obras de "Enciclopédia Jurídica", como a de Merkel (1885), cuja parte introdutória não deixa de revelar em certa medida a presença de uma ótica privatista na seqüenciação mesma das matérias¹⁵.

Dentre os itens, que vêm permanecendo como centrais dentro da teoria do Direito, e que trazem desde a origem a marca privatística, vale mencionar destacadamente a teoria das fontes e a da interpretação. A noção de fonte foi elaborada dentro das lindes do direito civil¹⁶, e os ramos "públicos" da ciência jurídica tiveram, ao constituir-se, de amoldar para seu uso as linhas da noção. De fato a teoria das fontes, centrada desde o começo do oitocentos sobre a problemática da lei e de suas relações com o costume (e, complementadamente, com a doutrina e a jurisprudência), foi uma necessidade teórico-positiva do direito civil racional, posto entre a estrutura racional do código e os resíduos consuetudinários e doutrinários presentes na prática¹⁷. A teoria da interpretação, também correspondente a uma necessidade conceitual e prática dos direitos nacionais a partir do advento do século XIX, foi construída dentro da civilística, com os restos da

15 Pietro COGLIOLO, Filosofia del Diritto Privato, Ed. Barbera, Florença 1891; Adolfo MERKEL, Enciclopédia Jurídica, trad. W. Roces, 5ª ed., Reus, Madrid 1924.

16 Cf. LE BRAS-LEFEBVRE-RAMBAUD, op. cit., págs. 397 e seqs.

17 Sobre os "códigos juracionistas", v. Franz WHEACKER, História do Direito privado moderno, trad. A.M. Hespanha, Ed. Gulbenkian, Lisboa 1980, § 19, págs. 365 e seqs.

literatura jurídico-filosófica dos séculos XVII e XVIII e a partir da reflexão sistematizante de Savigny¹⁸.

Um tema ainda hoje difícil dentro da teoria jurídica (inclusive pela ambigüidade que carrega), o dos princípios gerais, proveio também do mundo de conceitos do direito privado. Nesta expressão, que aliás consideramos redundante, acha-se a alusão a valores e a tendências éticas, mas também conotações técnicas, relacionadas às necessidades legislativas: de estruturação e de linguagem. Como se sabe, certos "princípios" modernamente aceitos são reformulação de assertivas doutrinárias clássicas, vindas do direito romano ou do medieval, senão mesmo da erudição humanística; e, como no caso das fontes, o Direito público teve de adaptar às suas linhas e ao seu espírito o elenco de princípios passados pelos debates posteriores a 1804.

Um dos problemas concernentes ao conceito de princípio, que em si mesmo pode ser definido com referência ao Direito em geral mas que veio (como dissemos) do âmbito do Direito privado, corresponde à necessidade, sentida pelos publicistas, de tratar como princípios certas alegações políticas ocorridas dentro dos movimentos contemporâneos – tanto por inclinações ideológicas quanto por motivações técnicas. Os princípios, por outro lado, são situados por vezes dentro do direito positivo, e neste caso podem ser tidos como "base" dos dispositivos legais ou como algo que se "desentranha" destes; outras vezes se situam fora do

ordenamento positivo, e neste caso são tratados como algo semelhante a um direito natural, ou ao menos suprapositivo. Os impasses aumentam, ademais, quando à noção de princípios, vinda da ciência jurídica de séculos anteriores, se aproxima a noção de norma, que corresponde à clássica "regra" (regula) mas que entrou em vigência no século XX em compromisso com a linguagem dos formalismos.

Recordamos, acima, que o Direito Civil se define para certos autores recentes como "Direito Privado Geral". Talvez por isso haja uma Teoria Geral do Direito Civil e não do respectivo código, enquanto há uma Teoria da Constituição, e não do Direito Constitucional: este não se entende como "Direito Público Geral" (uma expressão ambígua e de difícil recorte conceitual).

Entretanto será válido anotar que em nosso século o desenvolvimento da epistemologia produziu algumas "teorias gerais", com sentido diverso do que teriam tido no século XIX. O próprio termo "Teoria Geral do Direito" adquiriu conotações diversas das que teve ao tempo de Bergbohm e de Korkounov, assumindo, por mão dos normativistas (e do seu rigoroso reducionismo), um perfil em grande medida questionável. De qualquer sorte a Teoria Geral do Direito Civil convive, hoje, com uma teoria geral do processo (não tanto do direito processual), uma teoria geral da constituição, uma teoria geral do direito penal e cosi via.

A revisão das relações entre Direito público e Direito privado, feita em nosso século inclusive por Duguit e por Kelsen, não recolocou o problema da conexão entre a Teoria Geral do Direito Civil e a Teoria Geral do Direito. Entretanto, o desenvolvimento de alguns temas do Direito Público, em especial na própria

18 Cf. nosso Legalismo e Ciência do Direito, ed. Atlas, São Paulo 1977, *passim*. – Registremos contudo a prudência de BEVILAQUA, quando lembrava que não cabe ao direito civil, "simplex ramo da árvore jurídica, fornecer o conceito geral do direito" Theoria Geral do Direito Civil, cit., Introdução, pág. 9).

"Teoria da Constituição", trouxe para dentro da teoria geral do direito certos conceitos novos, que se integraram no debate geral sobre a "estrutura" do ordenamento (a própria noção de ordenamento tendo surgido com os publicistas, a partir da obra de Santi Romano). E contudo, em nosso tempo de desconstruções, reconstruções, decodificações e hermenêuticas, a revisão do sentido da teoria jurídica precisa incluir o reexame da posição da privatística como mater do pensamento jurídico ocidental.

O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A REPRESSÃO AOS ATOS INFRACIONAIS

Paulo César Maia Porto

Advogado e Professor da Escola da Magistratura de Pernambuco e da Universidade Católica de Pernambuco.

SUMÁRIO

1ª Parte: Mudança na Legislação Referente aos Atos Infracionais. 1.1. Evolução Histórica da Repressão aos Delitos Praticados por Crianças e Adolescentes no Brasil. 1.2. O Código de Menores e a Doutrina da Situação Irregular. 1.3. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Doutrina da Proteção Integral; **2ª Parte:** Considerações sobre a Delinqüência Juvenil; 2.1. Introdução; 2.2 Possíveis Causas da Delinqüência Juvenil; **3ª Parte:** O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Combate à Delinqüência Juvenil; 3.1. Conceito Normativo de Delinqüência Juvenil; 3.2. O Processo Tutelar e o Processo do Estatuto da Criança e do Adolescente; 3.3. O Internamento como Medida Punitiva; 3.4. As Medidas do Estatuto como Repressoras da Delinqüência; 4. À Guisa de conclusão.

1ª Parte: Mudança na Legislação Referente aos Atos Infracionais.

1.1. Evolução Histórica da Repressão aos Delitos Praticados por Crianças e Adolescentes no Brasil

O Código Criminal do Império não fazia distinção entre adolescentes e adultos na aplicação de penalidades. Apenas determinava, em seu art. 10, §1º.: "Não se julgarão criminosos: os menores de catorze anos". Logo adiante, no art. 13, sentenciava: "Se se provar que os menores de catorze anos, que tiverem cometido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos

às casas de correção, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda a idade de dezessete anos."

O Código Penal de 1890, em seu art. 27, afirmava não serem criminosos: §1º. *Os menores de nove anos completos. §2º. Os maiores de nove anos e menores de catorze, que obrarem sem discernimento.*" Optava, assim por um critério misto – cronológico e psicológico – semelhante aos países da *common law*.

A Lei 4242, de 1921, abandonou o critério psicológico, e determinou, no art. 3º, §16: "*O menor de catorze anos indigitado autor de crime ou contravenção não será submetido a processo algum.*" Em 1927, nosso primeiro Código de Menores assim dividiu a responsabilidade penal: até 14 anos, o "menor" não sofreria processo; entre 14 e 16 anos, haveria um processo especial, podendo chegar ao cerceamento de liberdade. Entre 16 e 18 anos, o "menor" poderia sofrer as mesmas penas do Código Penal, reduzidas em um terço, e cumpridas em estabelecimento especial ou seção especialmente destinada de um presídio comum, ficando sob a autoridade de um juiz de menores.

Já o Código Penal estabeleceu a irresponsabilidade penal para os menores de 18 anos, adotando "*o princípio da chamada responsabilidade moral, que se baseia na consciência e vontade do agente, responsabilidade essa sobre a qual a pena deve atuar*"¹.

Como o Código Penal revogou em parte o Código de Menores, foi necessária a edição do Dec. Lei 6.026, de 24 de novembro de 1943, para regular o procedimento respectivo. Tal decreto foi, posteriormente, revogado

1 SOARES, Orlando. *Criminologia*. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 185.

pela Lei 5.258 de 1967, e em parte restaurado pela Lei 5.439, de 1968. Mas, segundo afirma Jason Albergaria, o citado diploma não abandonou o aspecto punitivo que vigorava na antiga lei menorista².

O novo Código de Menores, Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, manteve a inimputabilidade penal aos 18 anos, estabelecendo a total irresponsabilidade abaixo dos 10 anos de idade. Acima desta idade, haveria um procedimento especial de que falaremos adiante.

1.2. O código de menores e a doutrina da situação irregular

Apesar dos avanços doutrinários que já se faziam sentir naquela época, o legislador de 1979 preferiu consolidar, em um único diploma legal, todo o assistencialismo, paternalismo e repressão que marcaram o atendimento aos "menores" durante o regime militar.

Para se ter uma idéia, um grupo de juristas, reunidos em comissão pelo Ministério da Justiça, para elaboração de uma proposta sobre a violência e criminalidade no país, assim se pronunciou sobre o Código de Menores: "*Este estatuto, ainda que aprovado recentemente, está eivado de dispositivos e princípios inaceitáveis, não se constituindo em instrumento eficiente e realmente tutelador dos legítimos direitos do menor*". Propugnavam, menos de um ano da vigência do novo Código, pela sua total modificação.³

2 ALBERGARIA, Jason. *Introdução ao Direito do Menor*. – Belo Horizonte: UNA, 1980. p. 37.

3 CRIMINALIDADE E VIOLÊNCIA – *Relatórios dos Grupos de Trabalho de Juristas e Cientistas Sociais*. – Brasília: Ministério da Justiça, 1980. V. 1. p. 33.

De fato, boa parte dos institutos do novo código atentava contra os direitos mais fundamentais de quem ele, paradoxalmente, propunha-se a defender.

A Lei 6.697 tinha por base a doutrina da situação irregular, identificava determinados contingentes de "menores" que, vítimas ou agressores, não se enquadravam nos padrões de comportamento do restante da sociedade. O art. 1º estabelecia: "Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores: I – até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular; II – entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei. Parágrafo Único: As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação". (Grifos inexistentes no original).

As situações irregulares constavam do artigo seguinte. Iam desde o abandono até a autoria de infração penal. Eram dez as situações descritas; se o "menor" se enquadrasse em qualquer delas, haveria a imediata incidência da norma, passando ele à égide do juiz de menores. "Nesse sentido, o Direito do Menor – e o Código de Menores como seu instrumento – é restrito a peculiares situações em que se encontram certas crianças a exigirem a prestação jurisdicional. Essa situação foi definida pela expressão "situação irregular"⁴.

O juiz de menores era figura plenipotenciária; o juizado, um órgão judicial atípico, concentrando as funções de triagem, assistência, custódia e correição.

Citamos algumas das características básicas do Código de Menores de 1979:

4 MACHADO, Antônio Luiz Ribeiro, Código de Menores Comentado. – São Paulo: Saraiva, 1987. p.2.

1. Os arts. 4º e 5º estabeleciam regras de hermenêutica. A deste último era, no mínimo, estranha: "Art. 5º. Na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado." O Juiz passava a ter, sob esse discurso, possibilidade de decidir como bem entendesse, relevando quaisquer outras normas, ainda que privilegiadas ante o Código.

2. Na aplicação da lei, dar-se-ia especial atenção ao contexto sócio-econômico em que se encontrava o "menor" (art. 4º). Justificava o Prof. Antônio Ribeiro Machado: "Dentro dessa linha de orientação é que o Código não se prende a formalismos rigorosos e sacramentais, visando a propiciar ao Juiz que o aplica grande mobilidade e iniciativa nos procedimentos para que possa assegurar, acima de tudo, os reais interesses do menor"⁵. Veja-se que, no fundo, a condição sócio-econômica serviria como escusa para a quebra de formalidades, que, em tese, não constituiria prejuízo para o "menor", embora a prática e o histórico dos juizados de menores apontem para resultado diverso.

3. O artigo 8º dava ao juiz de menores poderes de editar normas de caráter geral, suplementando a legislação. "Art. 8º. A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder". (Grifo nosso). Desta maneira, possuía ele poderes para interpretar, aplicar e mesmo criar as normas que, afinal,

5 MACHADO, 1987:10.

interpretaria e aplicaria. Algo inaceitável em um Estado de Direito, caracterizado pela divisão e harmonia entre os Poderes.

4. O "menor" já internado, entre 18 e 21 anos, ficaria ainda sob as ordens do juiz de menores. Mas, mesmo após os 21, poderia continuar internado, passando à autoridade do juiz das execuções. Era recambiado para alguma instituição correicional de adultos, e permaneceria preso pelo tempo que o novo juiz considerasse necessário.

5. A medida de internamento, cumprida em estabelecimento fechado, não era apenas aplicada aos infratores, mas estendida aos "menores" com "*desvio de conduta*" (art. 41).

A apuração da autoria de infração penal dava-se com base nos artigos 99 e seguintes. O procedimento não era contraditório. O juiz comandava a apuração, apenas fiscalizado pelo Ministério Público, na condição de curador. Facultava-se aos pais ou responsáveis intervirem no processo através de advogado, só, aí, instaurando-se o contraditório.

Antônio Ribeiro Machado defendia o procedimento: "*É necessário destacar que o procedimento relativo à apuração de infração penal praticada por menor é de natureza eminentemente administrativa, não estando vinculado aos formalismos e às nulidades do processo penal*"⁶.

O "menor", entre 14 e 18 anos, praticando algum delito na companhia de adulto, poderia ficar à disposição

da autoridade policial, quando por esta solicitado e, a critério do juiz, pelo prazo de cinco dias, antes de ser apreciada a infração penal.

Se determinada, ao final do procedimento, a internação, esta seria cumprida sem prazo determinado, obrigando-se, entretanto, a uma reavaliação, por período não superior a dois anos. O juiz só determinaria a desinternação, se convencido da reabilitação do "menor".

Como medidas alternativas ao internamento, havia a semiliberdade e a liberdade assistida. Pelo art. 40, só seria determinada a internação se inviável ou malogradas as outras medidas, o que na prática não aconteceria.

O advento da Carta de 1988, com a previsão, no seu artigo 5º, LV, da garantia do *due process of law* para todos os cidadãos, derogou o Código de Menores neste aspecto. Ademais, os artigos 227 e 228, consubstanciando a doutrina da proteção integral, de que falaremos adiante, terminou por reduzir a quase nada o antigo diploma, urgindo a sua substituição por uma nova lei – O Estatuto da Criança e do Adolescente.

1.3. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a doutrina da proteção integral

A doutrina da proteção integral assenta sua base no seguinte pilar: a criança e o adolescente são cidadãos completos, sujeitos de direitos, com uma peculiaridade: o fato de serem pessoas em desenvolvimento. Por isso, além de todos os direitos inerentes aos cidadãos, possuem outros, em decorrência desta situação especial. "*A proteção integral dispensada à criança e ao adolescente encontra suas raízes mais próximas na Convenção sobre o Direito da Criança, aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 20.11.89 e*

⁶ MACHADO, 1987:185. Adiante exporemos de maneira sucinta o "Caso Gault", em que a Suprema Corte Americana condenou os procedimentos administrativos de apuração de infrações penais, em sistema que pouco diferia do adotado pelo Código de Menores.

pelo Congresso Nacional brasileiro em 14.9.90, através do Dec. Legislativo 28. A ratificação ocorreu com a publicação do Dec. 99.710, em 21.11.90, através do qual o Presidente da República promulgou a Convenção, transformando-a em lei interna⁷.

Em vez de considerar a menoridade como pressuposto para a retirada de alguns direitos fundamentais, como fazia a extinta legislação, a pouca idade do cidadão passa a ser fundamento a que se considerem maiores seus direitos, que devem ser garantidos, solidariamente, pela Família, Estado e Sociedade.

A proteção integral está espalhada por todo o texto do Estatuto, não apenas em afirmativas retóricas, como as utilizadas no Código Anterior. A construção de uma nova Política de Atendimento (Livro II, Título I) e o procedimento para apuração de atos infracionais são os dois maiores exemplos.

Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção, se praticado por criança ou adolescente. As crianças – abaixo de 12 anos – são totalmente irresponsáveis, a elas cabendo apenas as medidas de proteção do art. 101. Já os adolescentes respondem por seus atos, mas, através de procedimento próprio pelo qual foram resgatadas as formalidades do processo penal não em seu detrimento, como afirmam os críticos da nova lei, mas como garantia básica de igualdade processual e de segurança na decisão.

Pela regra do art. 106, nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. O art. 110 comple-

menta-o, afirmando que não haverá privação de liberdade sem o devido processo legal. À criança não se estende tal garantia, pois não são previstas medidas de caráter punitivo, como se falou acima.

Albergaria Filho sintetiza, assim, as garantias conferidas ao adolescente: "a) o conhecimento da infração mediante citação; b) igualdade dos sujeitos na relação processual; c) defesa técnica; d) assistência judiciária gratuita; e) o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente; f) direito de solicitar a presença dos pais ou responsável em qualquer fase do processo"⁸.

O procedimento deixou de lembrar o inquisitório, e passou a ser plenamente acusatório. O adolescente, indigitado autor de ato infracional, será representado pelo Ministério Público, e terá direito à defesa técnica por profissional habilitado. Não se processará qualquer adolescente sem defensor, embora o art. 186, § 2º, dê a entender o contrário, ao afirmar: "§ 2º – Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor (...)". A princípio, portanto, só nos delitos graves, quando possível a aplicação de medidas de privação à liberdade, haveria a obrigatoriedade do defensor. Mas o próprio Estatuto, em aparente contradição, afirma, no art. 207, ao tratar do Advogado: "Art. 207 – Nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem

⁸ ALBERGARIA FILHO, Jason. Os Direitos do Adolescente e o Tratamento Sócio Educacional in RT 677, março de 1992. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 37.

⁷ SILVA e CURY, 1992:2.

defensor. § 1º – Se o adolescente não tiver defensor, ser-lhe-á nomeado pelo juiz, ressalvado o direito de, a todo tempo, constituir outro de sua preferência”. Prevalece, portanto, esta última.

O Estatuto ainda ampliou de forma considerável o rol de medidas de punição – chamadas de sócio-educativas (art. 112). Manteve-se o internamento, a semiliberdade e a liberdade assistida, mas criaram-se medidas mais brandas e provavelmente mais eficazes: a mera advertência – admoestação verbal – para infrações leves; a obrigação de reparar o dano; a prestação de serviços gratuitos à comunidade.

As duas últimas medidas inauguram nova forma de punição, com evidente caráter educativo. Elas têm a vantagem de serem cumpridas em meio aberto e levam o adolescente a refletir sobre a gravidade de sua infração e sobre os danos causados a terceiros, sem prejuízo da escolarização. “No tratamento aberto, deposita-se plena confiança no menor, pois já há prova de que não regredirá no processo de ressocialização. Propõe-se a realização intensiva da formação escolar e profissional”⁹.

A medida de internamento é prescrita sem prazo certo de duração, mas há um limite de 3 anos, após o qual o adolescente é imediatamente liberado. Há uma revisão obrigatória no mínimo a cada seis meses.

Tanto o procedimento quanto as medidas aplicadas podem se estender até depois da maioridade. Aos 21 anos, entretanto, cessa a abrangência do Estatuto, pondo-se termo a qualquer medida ou processo em curso.

9 ALBERGARIA FILHO, 1992:36.

Ainda em contraposição às características básicas da legislação superada, não pode o juiz baixar normas gerais, tampouco aplicar medidas sócio-educativas por mero “desvio de conduta”. Pela primeira vez em muitos anos, passa-se a considerar a delinquência juvenil a partir de seu aspecto legal, o que resguarda os direitos fundamentais dos jovens, evitando-se rótulos e discriminações.

2ª Parte:

Considerações sobre a delinquência juvenil

2.1. Introdução:

Não se pretende, neste trabalho, um estudo aprofundado da delinquência juvenil, mas a apresentação de determinadas hipóteses para explicá-la. Procura-se, sobretudo, fugir ao senso comum que alimenta o “alarme social”, criado, em grande parte, pelos meios de comunicação.

De início, é necessário explicar o uso da expressão *delinquência juvenil*. Orlando Soares considera-a inadequada, pela ausência da culpabilidade do agente, o que retiraria do crime, (ou da ação delituosa, de uma maneira geral), um de seus elementos fundamentais, descaracterizando-o¹⁰. Entendemos de maneira contrária. Abraçando a teoria finalista, o Código Penal considera o crime um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade pressuposto de punição.

Dessa forma, o ato infracional, por corresponder a um fato típico descrito em lei penal, pode ser considerado crime, embora seu agente não possa ser

10 SOARES, 1986:184.

punido como se adulto fosse. O ato é danoso e não perdeu seu caráter antijurídico pelo fato de o agente não ser responsável penalmente. Como a palavra "delito" pode ser utilizada de maneira ampla, abarcando tanto crimes como contravenções – e, por via de consequência, os atos infracionais – optamos pela expressão *delinqüência juvenil* porque a consideramos mais abrangente e adequada ao estudo.

Emílio García Mendez traça um histórico da repressão aos delitos praticados por crianças e jovens. Afirma inicialmente que os códigos penais do século XIX, de cunho eminentemente retribucionista, não separavam crianças e adultos. Estabeleciam apenas uma redução de um terço na pena imposta. Crianças e adolescentes eram confinados no mesmo local. "A ausência de um tratamento diferenciado era reflexo também da inexistência da infância como categoria diferente do mundo dos adultos na consciência social"¹¹. Segundo este autor, só a partir do século XVI começa a surgir a categoria *criança*, consolidando-se pelo fim do século XVIII, sem grandes efeitos na lei penal¹².

Entretanto, prossegue ele: "*nem todos os sujeitos pertencentes a esta categoria possuem uma referência familiar e/ou têm acesso à instituição escolar. São tais as diferenças que se estabelecem no interior desta categoria, entre incluídos e excluídos, que um conceito único não pode englobar a todos. A infância (escola-família) transformar-se-á – em um processo posterior de diferenciação – em crianças e adolescentes. Os excluídos constituir-se-ão em "menores". Para crian-*

11 MENDEZ, 1993:236.

12 *ibidem*.

ças e adolescentes, a família e a escola cumprirão as funções de controle e socialização, requisito imprescindível para a integração no corpo social. Para os excluídos, será necessário criar um instrumento específico que desenvolva essas funções." Tais instrumentos seriam os tribunais de menores. Afirma o autor que o primeiro tribunal especializado em menores surgiu no Estado de Illinois, EE.UU, em 1899. Na Europa, a Grã-Bretanha foi pioneira, em 1905, e a Itália foi o último país a adotá-lo, em 1921. Na América Latina, o primeiro tribunal surgiu na Argentina, em 1919, sendo a Venezuela o último Estado a utilizá-lo, em 1939¹³.

Os tribunais viriam a ocupar um vazio de socialização, e passariam a tratar do contingente de "menores" excluídos, sobretudo dois grandes grupos: os abandonados e os infratores – os primeiros vistos como carentes; os demais, como perigosos malfeitores, diferenciação que perdurou até nossos dias, tendo sido responsável por inúmeras distorções.

2.2. Possíveis causas da delinqüência juvenil

A falta de recursos materiais, as frágeis relações domésticas e o fracasso na escola são, ao mesmo tempo, causa e consequência de inúmeros fatores criminógenos, que atuam sobre os adolescentes, numa relação dinâmica e contínua.

A formação de uma personalidade criminosa aponta para um problema na socialização, ou seja, há uma falta de enquadramento da conduta do jovem no meio em que vive, passando este a agir em confronto com os valores consagrados pela sociedade.

13 MENDEZ, 1993: 236-237.

A família é o instrumento socializante por excelência, responsável pelo aprendizado dos valores básicos da vida em grupo. O segundo instrumento seria a escola, seguido do trabalho. Mas família e escola são fundamentais; o fracasso de ambos resulta, quase que necessariamente, na formação de uma personalidade dissociada.

Orlando Soares cita 14 fatores criminógenos de natureza exógena, que contribuiriam decisivamente para a má formação da personalidade do adolescente:

- a) disciplina mais rígida ou descontínua da parte do pai;
- b) supervisão não adequada da parte da mãe;
- c) pai delinqüente e hostil;
- d) mãe indiferente e hostil;
- e) família sem coesão;
- f) desejo marcante de afirmação pessoal na sociedade;
- g) atitude marcante de desprezo e desafio;
- h) marcante destrutividade;
- i) aventureirismo;
- j) instabilidade emotiva;
- l) precedentes familiares de vício ou delinqüência;
- m) falta de ocupação;
- n) influências extrafamiliares, más companhias;
- o) famílias numerosas com problemas econômicos etc.¹⁴

É importante considerar que a afronta aos valores grupais, através de condutas criminosas, por parte do jovem, não é, como se poderia observar em outras manifestações

14 SOARES, 1986:193.

semelhantes, uma forma de punir a si próprio. Muito pelo contrário, a indiferença, ou mesmo revolta, para com o mundo circundante, leva o adolescente ao crime. Para Albergaria, "A conduta criminal é dirigida contra os valores do grupo; uma aloagressão, uma agressão dirigida contra o exterior, e não uma auto-agressão"¹⁵.

Continua o eminente Professor: "O 'eu' separado da sociedade tende a criar um universo dissociado ou a integrar-se numa subcultura criminógena".

As características da personalidade do menor delinqüente estariam no insucesso das identificações moralizadoras e do desenvolvimento normativo de suas atitudes para com o outro; o malogro no processo de abertura humana para com o próximo. Esse tipo de personalidade se definiria pela negação do valor 'outrem'. Seus traços ligam-se ao egocentrismo: a incapacidade de colocar-se num ponto de vista diferente do pessoal ou ausência do dom da empatia, falta de consideração pelo próximo e de sentimento de responsabilidade¹⁶.

Da forma como exposto, o problema só tenderia a se agravar nos dias de hoje, por dois motivos principais. Em primeiro lugar, o avanço tecnológico veio a contribuir para a redução das taxas de mortalidade infantil e melhoria geral das condições de saúde e desenvolvimento orgânico. A puberdade ocorre hoje, em média, um ano mais cedo que nas gerações passadas. Por conta disso, o amadurecimento físico precede o amadurecimento psicológico, gerando distorções de caráter. Há, segundo Albergaria, "um desequilíbrio entre a maturidade física e a maturidade psicológica, característica da delinqüência juvenil"¹⁷.

15 ALBERGARIA, 1980:44.

16 Idem, 45-46.

17 ALBERGARIA, Jason. *Criminologia - Teórica e Prática*. 2ª ed. - Rio de Janeiro: AIDE, 1988: p. 221.

Por outro lado, a crescente urbanização, refletida em aglomerações existentes nas periferias, de onde provêm a maioria dos infratores, retirou do ser humano sua identificação, o que não acontecia nas pequenas cidades, sobretudo nas zonas rurais. A sociedade complexizou-se e massificou-se. É neste contexto que surgem os bandos juvenis, funcionando como "compensação afetiva" e, ao mesmo tempo, "possibilidade de existência" para o adolescente¹⁸.

A prática de infrações em grupos é freqüente entre os jovens. Os bandos – *gangs*, no sul do País; *galeras*, aqui em Pernambuco – têm sua gênese na periferia, em locais de pobreza intensa e de violência marcante. Seus membros normalmente apresentam problemas familiares e não mais freqüentam o sistema de ensino. Os bandos surgem como substitutos da família, da escola, e cumprem funções de identificação e mesmo de proteção de seus integrantes. É como se, a partir de sua atuação na quadrilha, o adolescente encontrasse seu papel na sociedade.

O problema dos bandos avulta na medida em que eles se apresentam como grandes agentes criminógenos. Seguindo uma tendência dos países com alto índice de violência, nos estudos criminais dos EE. UU. predomina o enfoque sociológico do crime, e o agrupamento de jovens para a prática de delitos ganha um especial destaque. Tanto a teoria da *associação diferencial*¹⁹

18 Idem, 181-182.

19 "Para a teoria da 'associação diferencial' de SUTHERLAND, o comportamento criminal é aprendido, não é hereditário. A conduta delinqüente é aprendida por um processo de comunicação, em grupos íntimos, ao contato de outras pessoas. Um indivíduo torna-se criminoso quando a interpretação favorável à violação da lei prevalece sobre a interpretação desfavorável: neste está o princípio da associação diferencial". Idem, 124.

quanto a teoria *ecológica*²⁰ apontam os bandos como importantes fatores criminógenos, pois atuam, de maneira decisiva, como influenciadores do comportamento divergente.

Em torno dos bandos cria-se uma cultura criminosa, alimentada pela sociedade capitalista e pelos valores por ela apregoados. A falta de recursos materiais impede o jovem de ter acesso aos bens de consumo e, desta forma, ele não consegue se impor como pessoa e mesmo como cidadão. Sem encontrar seu lugar no mundo, o adolescente vive uma crise de valores e tende a afrontar o mundo que considera hostil.

Esta é a base de uma pesquisa realizada pela antropóloga Alba Zaluar, com 45 jovens moradores de um conjunto habitacional no Rio de Janeiro. A escolha do local de pesquisa deu-se em virtude do baixo poder aquisitivo daqueles jovens, pois as condições de vida no conjunto assemelham-se às de uma favela, local sempre indicado como berço da criminalidade.

Para a pesquisadora, a fase crucial "*começa em torno dos 14 anos, como um marco no envolvimento com a criminalidade. Este tema era desenvolvido de várias maneiras, todas elas relacionadas a um ethos de masculinidade*"²¹.

20 Referindo-se à teoria formulada por Shaw e Mckay, Albergharia afirma: "Os principais órgãos de transmissão da delinqüência seriam os grupos de jogos e os bandos. A atividade de delinqüência não diferia da atividade não delinqüente, apesar de satisfazer seus desejos de sensação forte, de companhia e segurança". Idem, 126-127.

21 ZALUAR, Alba. *Teleguiados e Chefes. Juventude e Crise in A Criança no Brasil Hoje: Desafio para o Terceiro Milênio / Irene Rizzini...* (et al.). - Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula, 1993. p. 193.

A pesquisa usa o método da *história oral*, em que os adolescentes são estimulados a narrar, da maneira mais espontânea possível, sua história de vida, tentando explicar as causas da criminalidade e as razões pelas quais eles, ou seus amigos, optaram pelo crime.

O depoimento de um rapaz é esclarecedor. Afirma que o adolescente do sexo masculino tem uma necessidade de "andar bonito", bem vestido, pois isto significa uma maior possibilidade de "arrumar namorada". Diferenciando-se dos demais rapazes de seu meio, através da roupa e de alguns bens pessoais, o adolescente tornar-se-ia mais interessante aos olhos das garotas. Daí o jovem pesquisado dizer que amigos começaram mais cedo no crime arrumando namoradas "melhores". Também adianta que as meninas, por vezes, fazem dos namorados um "escudo", para não serem importunadas por outras pessoas ou *gangs* rivais²².

O título da pesquisa – "Teleguiados e Chefes" – explica a relação mais comum no mundo do crime. Há sempre alguém que comanda e outro que obedece cegamente. Na verdade, o próprio "chefe" é teleguiado de alguém mais poderoso, e assim por diante. Todos são, no final das contas, vítimas e agressores nesse processo. A dominação – que não admite questionamentos – tem como chave as armas de fogo, fundamentais ao sucesso das empreitadas criminosas. Os chefes emprestariam as armas aos teleguiados, e deles exigiriam participação nos lucros²³.

Chama-nos a atenção, no trabalho, a tentativa de fugir à explicação normal de que a pobreza causa a criminalidade, demonstrando que outros fatores (obvia-

mente impulsionados pela pobreza, mas com raízes na sociedade criminógena) são decisivos para explicar, pelo menos nas zonas mais perigosas da Cidade do Rio de Janeiro, a utilização dos jovens pelo crime organizado, e o fascínio que a vida delituosa exerce sobre eles.

Há, nos pesquisados, uma nota característica: todos fracassaram na escola e vivem o problema de arrumar emprego²⁴. Mas não estaria aí, segundo Zaluar, a causa principal do problema, pois "*o desemprego e o subemprego que mais afetam os jovens dessa classe social não seriam suficientes para explicar a adesão aos valores da subcultura criminosa. É que a saída criminosa é a entrada possível para uma sociedade de consumo já instalada no país. Nela, o jovem é estimulado a consumir e a construir sua pessoa pelo que veste, pelo que tem, e que torna a pobreza ainda mais humilhante. Não há valores morais nem religiosos na atual definição de pobreza*"²⁵.

Em nosso entender, a delinquência juvenil assentaria suas bases na falta de perspectivas da juventude. A passagem da infância para a adolescência também significaria, para o jovem, o início de suas preocupações com o futuro. Vivendo em um ambiente de privações, sem grandes condições de desenvolvimento pessoal, o jovem depara-se com uma encruzilhada. De um lado, uma sociedade consumista, que preza a aparência, o *ter*, em detrimento do *ser*. Sem padrões éticos a serem seguidos, a opção pela criminalidade é, a um só tempo, um modo de agredir a sociedade da qual não faz parte, e uma forma de ter acesso rápido e fácil a alguns dos prazeres oferecidos pelo sistema.

22 Idem, 196.

23 Idem, 194.

24 Idem, 207.

25 Idem, 208.

O problema da socialização é, sobretudo, uma questão de integração ao meio. Não apenas acomodar-se ante o poder do Estado, mas sentir-se parte da sociedade, comungar com seus valores e, a partir daí, conduzir-se dentro dos padrões legais.

Mas a falta de integração gera a revolta, e os jovens com predisposição à prática de delitos – em virtude da falta de estrutura familiar, da ausência da figura do pai, e da evasão da escola, além de uma certa tendência, inata, de labilidade²⁶ e indiferença afetiva – tendem a se desviarem, tornando-se hostis.

A falta da figura paterna como modelo é fundamental. Sem uma imagem viril e justa para interiorizar, o desvio é quase inevitável. Isso sem levar em conta o número de pais que abusam do pátrio poder e não possuem um relacionamento saudável com seus filhos, sendo responsáveis por números alarmantes de maus-tratos.

Porém, seguindo o raciocínio anterior, mesmo uma figura paterna pode significar pouco, se os valores cultuados pela família são esquecidos diante da propaganda consumista. O pai operário, subempregado, ou sem ocupação certa, não serve como exemplo. Ser como o pai, pode significar para o adolescente ter de viver o resto de seus dias na situação de pobreza que até hoje enfrentou. Um emprego pode não ser a saída. A escola não oferece atrativos. O crime seria, assim, um caminho rápido para uma mudança de vida.

Nisto resumimos nossa opinião sobre o crescimento da delinquência juvenil: na falta de horizonte para a juventude, cada vez mais exposta à propaganda consu-

26 O termo "labilidade" foi empregado no sentido de instabilidade emocional que leva a pessoa a não assumir os próprios atos.

mista, cada vez mais excluída, e sem perspectivas de integração à sociedade. Qualquer tentativa de contenção da criminalidade, de socialização, ou de ressocialização, deve ter em mente propiciar ao jovem encontrar o seu papel na sociedade. O clamor público, por mais repressão, tende, em muito pouco tempo, a tornar-se mais um fator crimínogeno. O Estado, no entender do adolescente, é hostil e injusto. A reprimenda será mais um capítulo da injustiça à qual, um dia, ele procurará retribuir.

3ª Parte: O Estatuto da Criança e do Adolescente e o combate à delinquência juvenil

3.1. Conceito Normativo de Delinquência Juvenil

O termo *delinquência juvenil*, no entender de Orlando Soares, estaria sendo usado para exprimir, principalmente, os seguintes conceitos:

- delinquentes seriam os transgressores da lei penal;
- além dos transgressores, também os jovens de comportamento indesejável, anti-social;
- as duas categorias anteriores, somadas aos jovens que precisam de reeducação para serem socializados.

Segundo o autor, o primeiro conceito teria maior aceitação.

Em verdade, há uma tendência marcante, nas legislações menoristas, sobretudo dos países menos desenvolvidos, em determinar idênticas medidas aos adolescentes com culpa provada no cometimento de crimes, como àqueles que, embora não tenham sido julgados, apresentem um comportamento indesejável.

Esse conceito amplo abarcaria, assim, todo tipo de *déviance*, ou conduta divergente²⁷. Foge-se, desta maneira, do princípio da legalidade ou tipicidade, que enxerga a delinquência tão-somente como a transgressão das normas penais.

Em verdade, sempre houve, sobretudo por parte dos aparelhos policiais, a tentativa de estabelecer uma categoria social de *infratores*, sujeitos com *tendência* ao crime, que deveriam ser detidos por precaução, de maneira preventiva. A própria sociedade costuma apontar determinadas pessoas, pelo modo de trajar e comportar-se, como criminosos inatos, marginais etc. Tal procedimento esbarra nos direitos e garantias individuais, presentes na maioria das constituições, consubstanciados no princípio da *reserva legal*.

Se para os adultos funcionam essas garantias, para os "menores" a situação muda. Supostamente para protegê-los, são suprimidas as garantias individuais, como o devido processo legal, e permite-se a privação da liberdade, e outras punições severas, como medida garantidora de seu futuro.

Afirmava-se que as regras típicas do processo penal não poderiam ser aplicadas aos adolescentes, pois os reduziram à condição de réus, o que era incompatível com sua condição de pessoas com menor discernimento. Os adolescentes deveriam ser protegidos, e o procedimento, sem os rigores do processo dos adultos, permitiriam ao juiz obrar com mais justiça, encontrando sempre a solução que fosse ao encontro dos interesses do "menor".

27 * (Clinard) Define, assim, a 'déviance' como o comportamento desaprovado pela comunidade, em grau suficiente que exceda o limite de sua tolerância". ALBERGARIA, 1980:87.

Assim era a regra do Código de Menores, revogado faz, apenas, cinco anos, e assim são as regras dos diversos códigos de menores da América Latina. Elías Carranzo e Rita Maxera, em trabalho apresentado no III Seminário Latino-Americano "Do Averso ao Direito", afirmam: "*Los actuales sistemas de justicia penal juvenil de los países de la región corresponden – con la sola excepción de Brasil – a la llamada orientación 'tutelar' en virtud de la cual, si bien procuran proteger a los menores de edad con el juez actuando como un bonus pater familiae, lo hacen tomándolos como objeto de protección, y desconociéndolos entonces como verdaderos sujetos de derecho. Esto lleva a que no se les reconozcan las garantías penales, procesales y de ejecución de las medidas que deberían ampararlos*"²⁸.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em vigor desde 1990, representa um notável avanço neste aspecto. Afastou toda e qualquer possibilidade de punição para adolescentes sem culpa formada, e determinou, para aqueles de comportamento difícil, medidas eminentemente protetivas (art. 98, III). Com isso, garantem-se aos menores de 18 anos os mesmos direitos dos adultos, e evitam-se a rotulação, a institucionalização, e outras práticas de natureza claramente criminógena, como se fala serem abordadas no item 3.4.

3.2. O Processo Tutelar e o Processo do Estatuto da Criança e do Adolescente

Podemos dividir os procedimentos de julgamento dos adolescentes autores de ato infracional em dois tipos:

28 CARRANZO, Elías; MAXERA, Rita. El Control Social sobre Niños y Adolescentes en América Latina in *Do Averso ao Direito. III Seminário Latino-Americano*. Organização: Cecilia Simonetti, Margaret Blocher e Emilio García Méndez – São Paulo: Malheiros, 1994. p. 182.

os procedimentos de natureza tutelar, de cunho administrativo, presente no revogado Código de Menores e nas leis menoristas da América Latina, e o procedimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que são observadas as garantias do processo penal, em favor dos jovens indigitados.

O sistema tutelar é assim definido por Carranzo e Maxera: "*Para el tradicional derecho 'de menores' la infracción penal por parte de niños, niñas e adolescentes era vista como resultado de un complejo de factores psicosociales que determinaban la intervención 'tutelar' del juez por medio de un proceso que, por no ser considerado propiamente penal, irrespetada las garantías penales, procesales y de ejecución de las medidas*"²⁹.

A princípio, poder-se-ia pensar que, ao aplicarem-se aos adolescentes regras semelhantes ao processo penal de adultos, estar-se-ia considerando o menor de idade como um criminoso comum, com igual discernimento e idêntica responsabilidade, o que contribuiria para agravar os problemas pelos quais passava.

Esta é a tese dos defensores do processo tutelar, bem exposta nas palavras do Dr. Antônio Luiz Ribeiro Machado, com que se pontuou a primeira parte deste trabalho.

A história, entretanto, mostra que o tratamento tutelar dos jovens acusados de infrações penais resulta em decisões notadamente injustas, na punição de pessoas que não poderiam sofrer tais medidas e, por que não dizer, na absolvição de jovens que precisavam ter sua violência contida.

29 *Idem*, 181.

O processo tutelar lembra, em muito, os procedimentos inquisitórios, nos quais o juiz presidente era, ao mesmo tempo, acusador, defensor e julgador. As garantias individuais, trazidas pelo procedimento acusatório, são uma forma de dar mais *segurança* aos julgamentos, evitando os excessos.

Um marco na conquista dos direitos juvenis nesta área foi a decisão da Suprema Corte norte-americana, no famoso *Caso Gault*. Na década de 50, a Justiça do Arizona condenou ao internamento um adolescente em decorrência de um telefonema para uma senhora, em que foram proferidas expressões pornofônicas.

O adolescente Gault foi julgado sem ter ciência da acusação, sem poder se defender, sem direito a recurso. E passou anos na prisão por conta de um delito que, se cometido por adulto, redundaria, no máximo, em 2 meses de detenção, acrescida de multa.

A punição aplicada gerou uma onda de revoltas por parte de juristas e políticos, e a Suprema Corte terminou por anular a sentença, determinando que nos processos onde menores de idade fossem julgados, deveriam ser observadas as mesmas garantias de defesa conferidas aos adultos.

A decisão teve um conteúdo mais profundo. Analisou-se a posição das *juvenile courts* como tribunais administrativos, as "*Kangaroo Courts*"³⁰, e determinou-se que elas deveriam proceder como cortes judiciais. Condenou-se, portanto, o processo tutelar de sentenciar, garantindo-se aos adolescentes julgados os princípios do *due process of law*.

30 "Como observa Alper, a decisão da Corte Suprema retificava o processo do menor infrator, que transformava o tribunal juvenil numa "*Kangaroo Court*". ALBERGARIA, 1980:41.

A evolução, no Direito Brasileiro, tardou a ocorrer, e veio, propriamente, com a Constituição de 1988 (vide item 1.3). Na América Latina, entretanto, vigoram os antigos códigos de menores, com disposições notoriamente injustas, como observaram Carranzo e Maxera, no item anterior.

Embora no Estatuto da Criança e do Adolescente não exista a palavra "pena" ou "punição", fica claro, na análise sistemática do texto, que há dois tipos de medidas:

- a) medidas de proteção, presentes no art. 101, aplicáveis às crianças e adolescentes que se enquadrem nas situações descritas no art. 98;
- b) medidas sócio-educativas, aplicáveis a adolescentes autores de ato infracional, com culpa formada.

A despeito de seu título, as medidas sócio-educativas, a que nos referimos na 1ª parte, têm um caráter punitivo, pois atingem direitos do adolescente, podendo chegar à privação da liberdade de ir e vir.

Não importando o rótulo, se as medidas implicam em punição, devem ser precedidas do devido processo legal – esta a grande diferença da legislação antecessora, que mascarava as punições sob outros títulos, como se o nome pudesse alterar-lhes a essência.

3.3. O internamento como medida punitiva

Interessa-nos mais de perto a aplicação da medida sócio-educativa de internamento, prescrita pelo artigo 112, e disciplinada pelos artigos 121 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

As outras medidas constantes do artigo 112 são, como já nos referimos: I – advertência; II – obrigação de reparar o dano; III – prestação de serviços à comunidade; IV – liberdade assistida; V – inserção em regime de semiliberdade. Para aplicação de qualquer destas, exceto a de advertência – não propriamente uma punição – é necessária a existência de provas suficientes de autoria e materialidade da infração praticada (art. 114).

A *internação*, mais grave de todas as medidas punitivas, não deixou de ser prevista pelo Estatuto, pois existe, evidentemente, um grande número de adolescentes que necessitam ser contidos, devido à sua periculosidade e grau de violência apresentados, cabendo-nos afastar da postura cega e paternalista de minimizar os efeitos de seus atos. São crimes graves, que reclamam punição; são pessoas potencialmente perigosas, que precisam ser afastadas, temporariamente, do convívio social.

O internamento funciona como uma prisão, diferindo desta pelo caráter educativo que se lhe quer atribuir, embora saibamos serem o educar e a privação da liberdade conceitos excludentes. Dificilmente um jovem aprisionado poderá ser reeducado de maneira adequada. Resta, no internamento, seu caráter – indiscutivelmente necessário – de contenção.

Isto reforça a tese de que, para se internar algum jovem, faz-se necessária a prova de participação em ato delituoso de natureza grave. Só a culpa formada pode justificar a contenção em regime fechado.

No regime do Código de Menores, de 1979, o internamento tanto era aplicado contra os infratores, como para os que apresentavam "desvio de conduta". Optava o Código pelo conceito amplo de delinquência

juvenil, correspondente a todo tipo de *déviance*, de que já se tratou. Por conta disso, a internação foi recurso dos mais utilizados como forma de "proteger" crianças e adolescentes, lotando os internatos, criando no país inteiro a imagem de "universidades do crime".

Misturavam-se adolescentes perigosos com outros de conduta menos agressiva, e ainda outros que não tinham praticado qualquer delito, mas não possuíam família ou apresentavam grande carência de recursos materiais. A medida, que não comportava prazo definido, chegava a durar mais de uma década, e marcava, para sempre, a vida dos internos.

A sociedade foi levada à fácil conclusão de que os internos na FEBEM seriam público preferencial dos institutos penais – assim que obtivessem a liberdade, voltariam a delinquir. Melhor que lá passassem o maior tempo possível.

A Psicanalista Sônia Altoé realizou pesquisa nos presídios do Rio de Janeiro, sob o título: "*Quem São os Presidiários Egressos de Estabelecimentos de Assistência à Criança e ao Adolescente?*", com o intuito de demonstrar que a realidade era um tanto diferente: "*De acordo com um levantamento feito pela FUNABEM (1975), 10,22% da população do sistema penitenciário do Rio de Janeiro correspondiam a seus ex-alunos. (...) E, segundo dados pesquisados por Lemgruber (1990), 24,3% da população do Sistema Penal do Rio de Janeiro passaram por instituições para "menores"; sendo que, entre os não-reincidentes, este percentual baixa para 19,9% e entre os reincidentes atinge 34,1%*"³¹.

31 ALTOÉ, Sônia. *Quem São os Presidiários Egressos de Estabelecimentos de Assistência à Criança e ao Adolescente?* in *A Criança no Brasil Hoje: Desafio para o Terceiro Milênio*/Irene Rizzini... (et al.). Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula, 1993. p. 217.

A internação teria, assim, uma relação mais estreita com a reincidência. Acontece que os dados, segundo a pesquisadora, não podem levar a conclusões precipitadas e apriorísticas: "*Uma consideração a ser feita é que estes dados não revelam quem são esses jovens, deixando que se possa supor que haja uma homogeneidade entre eles, favorecendo assim a intensificação do estigma do qual são vítimas. Ou seja, a FUNABEM é considerada 'hoje uma moderna universidade do crime'. Esta visão generalizada sobre o jovem internado, que continua muito viva, tem dificultado enormemente a inserção social de todos eles, inclusive daqueles que passaram anos internados pelo simples fato de serem crianças pobres, cujos pais não tinham condições de alimentá-los, vesti-los e garantir sua escolarização. Apesar desse estigma criado não há dados até o presente momento que indiquem com clareza a trajetória dessas pessoas após o internato*"³².

Mais adiante, fala da pretensa profissionalização que receberiam os jovens nas instituições. "*Sabemos que, em particular, os cursos oferecidos nos internatos não profissionalizam (Campos, 1984; Altoé, 1990). A hipótese aventada é que, além de os cursos profissionalizantes não prepararem os jovens para competir no mercado de trabalho, ter um diploma de curso profissionalizante não é um requisito suficiente para a entrada e permanência no mercado de trabalho*"³³.

A recidiva seria vinculada não ao internato em si, mas à história de vida dos adolescentes, que as instituições não tiveram condições – ou vontade – de

32 *Ibidem*.

33 *Ibidem*, 220.

alterar. Muitos foram crianças e adolescentes problemáticos, e o que fizeram os estabelecimentos em relação a isso? Como iniciar a vida adulta quando o máximo que conseguiram das instituições especializadas em atendê-los foi a reclusão e o afastamento da vida social?³⁴.

As distorções geradas pelo internamento são difíceis de ser superadas, mesmo que haja recursos, pessoal e disposição política. Por isso, o internamento, no Estatuto da Criança e do Adolescente ficou restrito aos casos mais graves.

Para García Mendez, o legislador, no Estatuto, ao determinar, como princípios a serem observados no internamento, a brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 121), obriga o magistrado a demonstrar, através de sólidos argumentos na sentença, porque o internamento é a medida mais adequada, ou melhor, a única medida adequada. Do contrário, seria nula a decisão³⁵.

Ademais, as garantias conferidas ao adolescente internado, sobretudo o limite de tempo – 3 anos – evitam a institucionalização e reduzem os efeitos da subcultura da instituição sobre o jovem interno.

3.4. As medidas do estatuto como repressoras da delinquência

Com tais medidas, o Estatuto da Criança e do Adolescente procurou afastar dos jovens dois importantes fatores criminógenos.

O primeiro seria a rotulação. Os termos empregados pela legislação anterior tinham forte caráter pejorativo. A própria expressão “menor” – que neste

trabalho, propositalmente, aparece sempre aspeada – era usada de forma intransitiva (menor de que, afinal?) e ganhou uma terrível conotação. “Menores” eram os filhos da pobreza, os carentes, os infratores. Crianças e adolescentes eram os filhos das classes abastadas.

Também as expressões “infração penal” e “desvio de conduta” eram eminentemente pejorativas. Da primeira derivou-se “menor infrator”, e daí para a total intransitividade foi um pulo³⁶.

Ao romper com a doutrina da situação irregular, o Estatuto propõe nova terminologia. Utiliza critérios bio-psicológicos para definir, como *criança*, as pessoas até 12 anos, e *adolescente* quem se encontrar na puberdade.

As *situações irregulares* são substituídas por *situações de risco*. Aí, não apenas uma mudança terminológica, mas de compreensão, vez que a descrição casuística da situação irregular era utilizada para diferenciar os menores do restante da sociedade, o que levava à exclusão.

Por fim, as garantias processuais indicadas lançaram as bases de uma nova discussão. O adolescente infrator, antes visto como uma estranha categoria sociológica, passa à condição de categoria jurídica, ou seja, sujeito de direitos³⁷.

34 Idem, 225-226.

35 MENDEZ, 1992:244-245.

36 A título de exemplo, a socióloga Maria Lia Cavalcanti, hoje radicada na França, apontou, em artigo publicado no jornal do Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente da Bahia – CEDECA-BA., em outubro de 1991, o fato de a expressão “menor” ser utilizada sem qualquer adjetivo para se referir a jovens infratores. Cita como exemplo notícias de jornais do sul do País, com afirmações deste tipo: “Pulana de Tal, **ex-menor**, foi presa ontem portando drogas”.

37 MENDEZ, 1992:235-236.

Com isso evita-se a rotulação, ou etiquetagem: "O 'labeling' confere ao desviado uma nova identidade desfavorável, como estigmatização, e o processo de identificação leva à interiorização desta atitude conferida (...) A estigmatização por etiquetagem é o ponto de partida do processo de segregação do desviado para o resto da sociedade"³⁸.

O segundo fator criminógeno, quase uma consequência do primeiro, seria a exclusão social. Já se disse que a atitude delinqüente do jovem é caracterizada como uma agressão ao meio, considerado diferente e hostil.

O internamento é, por si só, um processo de exclusão. Afastado do mundo e submetido a privações, o jovem tende a se revoltar ainda mais, sentir-se injustificado e diferente dos seus pares.

O Estatuto não só compreendeu os efeitos do internamento, como enfrentou a questão de maneira clara. "A utilização não eufemística do termo 'privação de liberdade' (art. 121) para designar a medida de internação constitui uma exceção única e saudável no contexto das legislações minoristas latino-americanas. Isto indica a intenção inequívoca do espírito do Estatuto de superar o falso dilema impunidade-arbitrariedade, substituindo-o pela combinação harmoniosa do binômio severidade-justiça. A delimitação de uma política de internação deve ser composta, necessariamente, pelo resultado de uma interpretação correta do disposto nos art. 121 a 125 do ECA, à luz do conjunto das disposições do Estatuto e de outros instrumentos internacionais que formam a Doutrina da Proteção Integral"³⁹.

38 ALBERGARIA, 1980:47.

39 MENDEZ, 1992:244.

Dessa forma permite-se tratar o adolescente interno sem a máscara protetória do Código de Menores, respeitando-o como sujeito de direitos, sem esquecer as limitações e problemas que à medida importa.

Como já ressaltamos na 2ª parte, não há condições de recuperação do adolescente infrator se não se conseguir reintegrá-lo, fazê-lo sentir-se parte da sociedade, descobrindo o seu papel. Ao contrário do clamor público por maiores punições, preferiu o legislador estatuinte optar pelos preceitos científicos, elaborando um sistema que, se não deixa de ser punitivo, ao menos enfrenta os problemas e propõe soluções inovadoras e mais eficazes.

4. À guisa da conclusão

Há três conclusões básicas neste trabalho:

1. A delinqüência juvenil nos dias de hoje é provocada, sobremaneira, pela falta de perspectivas do jovem ante as exigências da sociedade. Excluído da sociedade de consumo, não encontra caminhos para impor-se como cidadão, e termina encontrando no crime uma saída para afrontar a sociedade e aproveitar o que ela pode lhe oferecer de melhor: o acesso a alguns bens de consumo.

A partir daí gera-se uma subcultura criminal, que alimenta ainda mais os sonhos dos adolescentes, e termina por lhes impor atitudes violentas, sem as quais se sentiria menor, menos importante, excluído de seu grupo.

A labilidade e o egocentrismo, como fatores endógenos, complementam a fórmula criminógena e induzem à prática reiterada de infrações, sobretudo contra

o patrimônio, como forma deliberada de romper com as normas impostas por um sistema, considerado injusto.

2. Internamento é contenção. A pena imposta ao jovem pode incitar a sua revolta contra o mundo. O internamento é medida que só pode ser aplicada de forma excepcional, como forma de conter adolescentes que, por sua periculosidade, não podem conviver em sociedade. Prevalecem os direitos dos demais cidadãos. Embora meio de contenção, deve o internamento ser orientado pelos princípios de brevidade e buscar, a todo custo, profissionalizar o jovem. É uma forma de permitir a sua reintegração ao meio social, fugindo dos rótulos, tornando possível a ressocialização.

3. O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao romper com a doutrina da situação irregular, e estabelecer direitos iguais para todas as crianças e adolescentes, contribuiu significativamente para a integração dos excluídos da sociedade.

Os princípios aplicados ao processo de julgamento de adolescentes, autores de atos infragentes, foram fundamentais para eliminar a categoria social de menores infratores. Garantindo o devido processo legal, o Estatuto remete a discussão sobre os jovens delinquentes para uma nova perspectiva: a sua relação com o sistema de segurança.

Eliminando rótulos, a nova lei, além de realmente protetora, facilita a reintegração dos infratores à sociedade, contribuindo para o decréscimo da criminalidade, ao contrário do que normalmente apregoa-se.

Bibliografia

- ALBERGARIA Filho, Jason. *Os Direitos do Adolescente e o Tratamento Sócio Educativo* in RT 677, março de 1992. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- ALBERGARIA, Jason. *Criminologia – Teórica e Prática*. 2ª ed. – Rio de Janeiro: AIDE, 1988.
- ALBERGARIA, Jason. *Introdução ao Direito do Menor*. – Belo Horizonte: UNA, 1980.
- ALTOÉ, Sônia. *Quem São os Presidiários Egressos de Estabelecimentos de Assistência à Criança e ao Adolescente?* in *A Criança no Brasil Hoje: Desafio para o Terceiro Milênio* / Irene Rizzini... (et al.). – Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula, 1993.
- CARRANZO, Elías; MAXERA, Rita. *El Control Social sobre Niños y Adolescentes en América Latina* in *Do Averso ao Direito, III Seminário Latino-Americano*. Organização: Cecília Simonetti, Margaret Blecher e Emilio García Mendez – São Paulo: Malheiros, 1994.
- COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Infância, Juventude e Política Social no Brasil* in *Brasil, Criança Urgente: A Lei*. – São Paulo: Columbus, 1990.
- Crianças e Adolescente. Indicadores Sociais*. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Departamento de Estatística e Indicadores Sociais. V. 1. – Rio de Janeiro: IBGE, 1989.

- CRIMINALIDADE E VIOLÊNCIA** – *Relatórios dos Grupos de Trabalho de Juristas e Cientistas Sociais*. – Brasília: Ministério da Justiça, 1980. V. 1.
- MACHADO, Antônio Luiz Ribeiro. *Código de Menores Comentado*. – São Paulo: Saraiva, 1987.
- MENDEZ, Emílio García. *Adolescentes Infratores Graves. Sistema de Justiça e Política de Atendimento in A Criança no Brasil Hoje: Desafio para o Terceiro Milênio / Irene Rizzini...* (et al.). – Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula, 1993.
- SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais*. Coordenadores: Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez. – São Paulo: Malheiros, 1992.
- SOARES, Orlando. *Criminologia*. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- ZALUAR, Alba. *Teleguiados e Chefes. Juventude e Crime in A Criança no Brasil Hoje: Desafio para o Terceiro Milênio / Irene Rizzini...* (et al.). – Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula, 1993.

PUNIBILIDADE E CONCEITO DE PENA

Romualdo Marques Costa

Professor de Direito Penal da ESMAPE; Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco; Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco; Ex-Diretor da Faculdade de Direito do Recife (UFPE); Ex-Promotor de Justiça do Estado de Pernambuco; Advogado de Ofício Aposentado; Ex-Juiz do Tribunal Regional Eleitoral – PE (Classe Jurista); Autor das Monografias: Responsabilidade Penal do Advogado; Contribuição para um Estudo de Direito Comparado sobre as Formas Privilegiadas do Furto; Furto de Uso no Código Penal – 1969 e Coação Indireta no Curso de Processo.

Se o conceito de crime é um anteparo à incidência da pena, o conceito de pena há de fundamentar-se numa potencialidade lesiva, consagrada pela ordem jurídica e utilizada pelo organismo estatal, reunindo, portanto, características de direito, de dever, e de poder. Se o crime é a **summa injuria**, vemo-nos compelidos a tomar a pena como o **summum jus**. Seu parentesco com o crime não se limita à lesividade e ao ataque a bens jurídicos fundamentais, como o são a liberdade e a própria vida. As afinidades alcançam quase todas as características do crime, dado que a pena subordina-se ao princípio da legalidade, é objeto de rigorosa tipificação, materializa-se numa relação de natureza intersubjetiva estabelecida entre um **agere** e um **pati**, divergindo apenas pela juridicidade, e por ser reprovadora em vez de reprovável.

Também a pena, da mesma maneira que o crime, comporta definições “formais” e definições “materiais”. O formalismo na conceituação da pena orienta-se

geralmente no sentido do seu relacionamento com o crime. Exemplifique-se com BAUMANN, que a define como a específica consequência jurídica do crime, isto é, do fato punível: "*Die Strafe ist also die Rechtsfolge, welche dem Verbrechen = der Straftat spezifisch ist. Strafe ist Rechtsfolge der einzelnen Straftat.*"¹ Por sua vez, as definições substanciais, cautelosamente formuladas de modo a não se vincularem de logo a uma fundamentação filosófica da pena, repousam, usualmente, na idéia essencial de uma lesão a bens jurídicos do apenado. Assim, para FRAGOSO, "pena é a perda de bens jurídicos imposta pelo órgão da justiça a quem comete crime".² Trata-se, como se vê, de formulação quase neutra, sobretudo se a cotejarmos com a definição de ANTOLISEI que, enfatizando-lhe o caráter aflitivo, caracteriza-a como um **sofrimento** imposto tanto na lei quanto em sua aplicação — "*la sofferenza comminata dalla legge e irrogata dall'Autorità giudiziaria mediante processo a colui che viola un comando della legge medesima.*"³

A impossibilidade de admitir um crime concorde com o direito, ou seja, sem antijuridicidade, corresponde a impossibilidade de admitir uma pena sem crime, ou seja, sem correspondência criminal. Pena sem crime... é ainda crime. Por outro lado, à análise dogmática do crime há de corresponder um processo de análise da pena, distinguindo-se, por exemplo, a sua essência, e as suas finalidades. Tudo, entretanto, se relaciona neces-

sariamente com o crime, tanto já cometido, quanto por cometer, e tanto ligado ao delinqüente como ao não-delinqüente, ou seja, aos demais súditos da lei penal. A pena portanto, enquanto sujeita a uma conceituação abrangente, ou melhor, a uma abrangência de conceituações, caracteriza-se por voltar-se tanto para o passado quanto para o futuro; por particularizar-se na pessoa do apenado e por generalizar-se na direção da comunidade; por defender a dignidade do apenado e defender a dignidade social. Coexistem então, combatendo-se ou harmonizando-se entre si, as noções de retribuição, de prevenção geral, de prevenção especial, de emenda, de ressocialização, de dignificação humana, de defesa social.

Esforçam-se, as correntes doutrinárias, por obter uma conciliação entre idéias, e não somente idéias, mas também realidades, de natureza declaradamente contraditória. Deixando de lado a contradição, já inevitável, entre teoria e prática da pena, e detendo-nos apenas em contradições internas, ou finalísticas, da doutrina penal, destaquemos dois exemplos de fusão conciliatória entre retribuição, prevenção geral, e prevenção especial.

Na Itália, desenvolveu-a PAGLIARO partindo da coexistência, dentro da sociedade, de vários ordenamentos normativos, com destaque para o ordenamento ético e o ordenamento jurídico-estatal, que podem eventualmente contrapor-se, sem que isso venha afetar-lhes a validade mas, quando muito, sua eficácia: "*Che la coscienza individuale si ribelli alla norma sentita come ingiusta e ne rifiuti (anzi, ne debba rifiutare) l'applicazione, è tutt'altra cosa che negare la giuridicità di tale norma.*"⁴ Quando trata da pena, distingue a idéia de retribuição,

1 Jürgen Baumann - "Strafrecht - Allgemeiner Teil" - Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1974, p.626

2 Helene Cláudio Fragoso - "Lições de Direito Penal - A Nova Parte Geral" - 10ª ed., Forense, Rio, 1986, p.292.

3 Francesco Antolisei - "Manuale di Diritto Penale - Parte Generale" - 7ª ed., A.Giuffrè, Milano, 1975, p.552.

4 Antonio Pagliaro - "Principi di Diritto Penale - Parte Generale" - A.Giuffrè, Milano, 1972, p.10.

constitutiva de uma exigência do ordenamento ético, e a noção de prevenção geral e de ressocialização, decorrente de necessidades impostas pelo ordenamento estatal. Isso configura uma **pluridimensionalità della pena** onde, por atuação do ordenamento ético *"la pena svolge la funzione retributiva, nonchè la funzione di prevenzione speciale, nel senso particolare di tendere al miglioramento morale del soggetto"* enquanto, por força do ordenamento jurídico-estatal *"svolge la funzione di prevenzione generale, in quanto la sua comminazione ed applicazione orienta la condotta dei consociati (...) altresì una funzione di prevenzione speciale, stavolta intesa nel senso di riadattamento sociale del reo."*⁵

Entre nós, fundamentou-a LUNA no entendimento de que a retribuição, própria da pena, supõe uma dignificação do apenado – por não tomá-lo como um incapaz ou um menor, e sim um homem responsável – conciliando-se com a prevenção, disseminada aliás no direito em geral, penal e extrapenal.⁶ Assegura, ademais: "Contemporaneamente, o dualismo tende a desaparecer, vendo-se na pena, a um tempo, retribuição e prevenção: a retribuição, sem a prevenção, é vingança; sem a retribuição, é desonra."⁷

Concepções dessa natureza, por sua completude, fazem da pena ao mesmo tempo uma causa e um efeito: sendo conseqüência jurídica do crime (retribuição) é igualmente fator de eliminação da possibilidade do crime (prevenção). É entretanto indispensável, para realização

dessa **pena integral**, uma ordem de prioridade que defina o que pode eventualmente ser sacrificado em proveito do que deve necessariamente ser mantido. O nivelamento deixaria a pena entregue a critérios de mera accidentalidade.

Infere-se, da concepção de PAGLIARO, a prevalência da finalidade preventiva, consagrada pelo ordenamento jurídico-estatal e, pois, inseparável da pena legal. Já da concepção defendida por LUNA não se pode extrair previamente qualquer prevalência entre a retribuição e a prevenção, ambas emanadas do ordenamento jurídico, dentro de cujas fronteiras devem ser resolvidos os eventuais conflitos, inclusive, se for o caso, pela negação da sua existência real. Emanadas do ordenamento jurídico, ou pelo ordenamento jurídico irmanadas, existiria apenas uma precedência histórica da retribuição.

Exemplo de negação de qualquer conflito, sem o apelo a princípios constitucionais ou legais, pode ser encontrado na concepção de RUY ANTUNES, assentada numa visão histórico-social do fenômeno da pena: *"Fim da pena, conseqüentemente, não é a retribuição proporcional ao mal do crime pelo mal do castigo, como querem os clássicos; ou a defesa de bens pura e simples como dizem os positivistas. Fim da pena, essencialmente, é reavivar na consciência comum o desvalor da conduta violadora da norma que ordena o respeito a certa categoria de bens e, assim, reafirmar a importância desses bens e a exigência de que sejam respeitados."*⁸ Aparece, pois, como um reforço da culpabilidade, normativamente definida, e para a qual todo conflito transportar-se-ia, se conflito porventura existisse.

5 Id., *ibid.*, p.641.

6 Evarardo da Cunha Luna - "Alcance e Limites do Direito Penal" (1972) in "Capítulos de Direito Penal", Saraiva, São Paulo, 1985, p.41.

7 Evarardo da Cunha Luna - "A pena, na Nova Parte Geral do Código Penal" (1974/1975), in "Capítulos...", cit., p.117.

8 Ruy da Costa Antunes - "Problemática da Pena" (ed. do autor), Recife, 1958, p.142.

Sentimos que toda a problemática da pena se comunica à punibilidade, a partir do problema da conceituação mesma da punibilidade, como possibilidade, necessidade, merecimento, conveniência, ou qualquer outra qualificação que se queira relacionar com a pena. A doutrina penal germânica já diversificara o punível (**Strafbar**) em merecível (**Strafwürdig**), em necessário (**Strafbedürfnis**) e em possível (**Strafmöglich**). Observe-se a esse respeito que a noção de **possibilidade** de pena traz consigo a idéia de admissibilidade, de permissividade, de excepcionalidade, e portanto de proteção ao indivíduo. Contrariamente, a noção de **necessidade** de pena traduz uma idéia de utilidade, de finalidade, de eficácia e, portanto, de determinismo social. Finalmente, entre ambas as concepções, insere-se a noção de **merecimento** de pena, que consagra a idéia de autodeterminação, de liberdade interior, de suficiência da vontade e, portanto, de responsabilidade pessoal.

Malgrado seu comprometimento liberal, a conceituação da punibilidade como possibilidade de pena é aquela que demonstra maior abrangência, à face mesmo do seu caráter formal. A noção de possibilidade jurídica – entendida, evidentemente, num sentido de possibilidade moral, e não de possibilidade metafísica – contém a definição do que é permitido e do que é proibido, relacionando-se, assim, com a totalidade do sistema normativo. A permissividade da pena resulta da sua adequação a um ordenamento jurídico punitivo que exige como antecedente necessário a prática do crime. Teremos então, ainda no plano das possibilidades morais, a possibilidade da pena como corolário da impossibilidade do crime. Já no plano fenomênico ou histórico, a possibilidade do crime corresponde à possibilidade da pena.

A idéia de possibilidade punitiva compatibiliza-se, ademais, com a noção de merecimento ou de necessidade de pena. É o que se extrai, por exemplo, de SCHMIDHAUSER quando admite a diferenciação entre essas categorias à base de uma limitação do conceito de merecimento de pena: "*Gelegentlich wird zwischen Strafwürdigkeit und Strafbedürfnis unterschieden und der Begriff der Strafwürdigkeit auf Unrecht und Schuld der Tat oder doch auf das Tatgeschehen beschränkt.*"⁹

Por outro lado, se a idéia de necessidade de pena confere dignidade política ao indivíduo, protegendo-o, enquanto cidadão, do poderio estatal, até os limites de uma coexistência real, promove, igualmente, uma dignificação jurídica do poder, viabilizando a concepção do Estado de Direito. Finalmente, se a noção de merecimento de pena radica num princípio de livre determinação da vontade, enquanto atitude interior do homem à face das exigências do direito, com isso possibilitando o juízo ou relação de culpabilidade, a noção de ordenamento jurídico é ainda manifestação de liberdade, dado que, nas palavras precisas de AYALA, "*el propio sistema coactivo, fundamento del orden social, constituye, tomado en su conjunto, una expresión de la libertad humana, en cuanto que es un producto de la cultura, creado por el hombre y realizado en el interior de su conciencia.*"¹⁰

Há que considerar também, como característica da punibilidade, a mediatidade da pena, em contraposição à imediatidade do crime. A punibilidade, enquanto

9 Eberhard Schmidhäuser - "Strafrecht - Allgemeiner Teil", J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970, p.20.

10 Francisco Ayala - "Ensayo sobre la Libertad", Jornadas - 20, El Colegio de México, Centro de Estudios Sociales, 1944, p.25.

possibilidade de pena, tem uma espécie de duração abstrata – algo como uma *durée* no sentido bergsoniano do termo – na medida em que transpõe as fronteiras da lei penal para submeter-se necessariamente à disciplina da legislação processual. Com o senso de equilíbrio que caracteriza seu raciocínio, observa LUNA, a propósito da periculosidade, do ato, e do autor, que “o ato representa um momento na vida do autor.”¹¹ Poderíamos também dizer da pena que é um momento – porém um momento na vida da sociedade humana. A duração do crime – mesmo elasticada na construção dos chamados crimes habituais – nada representa quando comparada com a duração da potencialidade da pena, contida na sua própria conceituação. A descrição típica do crime, ou para utilizar a feliz expressão de SCMIDHÄUSER, seu “suceder fático”, consiste numa decomposição temporal da lesão jurídica em seus momentos: “*sie umfasst einzelne anschauliche Momente des Tatgeschehens wie den Eintritt eines bestimmten Ereignisses.*”¹² Já o suceder da pena não se limita a seus momentos essenciais, mas projeta-se em momentos outros, penais e extrapenais que aderem à sua previsão legal.

Inserir-se no conceito de punibilidade a idéia de extensão temporal, porquanto há de primeiro realizar-se o crime, consumado ou pelo menos tentado, para então realizar-se a pena. É a noção de possibilidade moral, compatível com a idéia de crime abstratamente contida na intemporalidade da norma – no seu eterno presente – reclama uma possibilidade fenomênica ou

11 Evarado da Cunha Luna – “Categorias Jurídico-Penais” (1964). in “Capítulos...”, cit., p. 25.

12 Eberhard Schmidhäuser – “Strafrecht...”, cit., p. 115.

histórica quando se trata da pena. Ela está unida consubstancialmente à temporalidade da existência humana. É inadmissível sua contigüidade temporal com o crime. Deve haver um intervalo entre crime e pena, e não podemos classificá-lo senão como um intervalo temporal, trecho da existência humana, ou período jurídico-penal.

A controvérsia doutrinária entre uma punibilidade “abstrata” e uma punibilidade “concreta”, ou um momento “normativo” e um momento “aplicativo” da punibilidade insere-se na dificuldade de conciliação do ideal e do real. Dentro do múltiplo relacionamento que tentamos estabelecer entre crime e pena (cf. Capítulo II) a punibilidade pode anteceder ao próprio crime (mas então tratar-se-á de relação entre a pena em abstrato e o crime em concreto), como pode suceder ao crime (mas então tratar-se-á da relação entre o crime em concreto e a pena em concreto), ou até mesmo pode confundir-se com o crime numa intemporalidade normativa (mas então tratar-se-á da relação entre o crime em abstrato e a pena em abstrato).

Assim explica-se a aparente inconciliabilidade doutrinária que leva, de um lado, BATTAGLINI a afirmar que “a distinção entre punibilidade em **abstrato** e punibilidade em **concreto** (ou **efetiva**) não pode ser acolhida, de vez que a punibilidade é **por essência um conceito abstrato**”¹³ e, de outro lado, conduz ANTOLISEI a sustentar que “*si deve, pertanto, distinguere la punibilità in astratto e la punibilità in concreto (...) la prima sorge col verificarsi de tutti gli*

13 Giulio Battaglini – “Direito Penal” (trad. de Paulo José da Costa, Armida Berganini Miotto e Ada Pellegrini Grinover), 1ª vol., Saraiva, São Paulo, 1973, p. 343.

estremi richiesti dal diritto materiale per l'inflizione della pena (...) la seconda nasce col passaggio in giudicato della sentenza di condanna".¹⁴ São posições extremas, na medida em que ora encerram a punibilidade dentro da descrição típica, dentro do "quadro do delito" (BATTAGLINI, ora a deslocam até os domínios do direito processual-penal operando uma *"trasformazione della punibilità"* (ANTOLISEI). Identifica-se também, aqui, uma noção estática e uma noção dinâmica da punibilidade: no primeiro caso, ela teria um único momento; no segundo caso, ela se desdobraria em vários momentos, sem perda do seu caráter substancial.

Outro exemplo de contraposição doutrinária pode ser apresentado no confronto entre o conceito de punibilidade exposto por PETROCELLI, e o conceito de punibilidade exposto por SANTANGELO. Na teoria petrocelliana, a punibilidade aparece como uma relação intemporal, exclusivamente lógica, entre o crime e a pena, no seu momento normativo. O crime e a pena iriam relacionar-se cronologicamente após a prática do fato criminoso: *"Certo che si guarda al momento dell'avvenuta violazione del precetto, è possibile stabilire fra il reato e la pena un rapporto di successione temporale"*.¹⁵ Já para SANTANGELO, no crime em abstrato não há como cogitar de punibilidade, mas sim de proibição, enquanto no crime em concreto já não há como cogitar de proibição, mas sim de punição: *"soto nel momento della 'previsione' un fatto potrà dirsi vietato, dopo la 'commissione' potendo*

14 Francesco Antolisei - "Manuale...", cit., p.601.

15 Biaggio Petrocelli - "Reato e Punibilità" in "Saggi di Diritto Penale - Seconda Serie", Cedam, Padova, 1965, p.22.

soltanto essere punito".¹⁶ Em resumo, enquanto para PETROCELLI o crime no momento normativo é sempre punível, e no momento concreto é que existe a possibilidade de aplicação da pena, sua aplicabilidade; para SANTANGELO, o crime no momento normativo é apenas fato vedado, e não punível, enquanto no momento de concretização converte-se em fato punível, não mais vedado, porquanto já foi cometido.

Mantendo nosso entendimento de constituir a punibilidade uma **possibilidade de aplicação da pena**, devemos, entretanto, afirmar certos princípios que talvez possam salvar essa concepção do desgaste originado pelos embates doutrinários já expostos. Inicialmente, entendemos que o direito penal, em seu estágio atual, mantém um sentido de proteção do indivíduo contra o Estado praticamente no mesmo nível de proteção do indivíduo contra o indivíduo. Assim, crime e pena recebem uma idêntica contenção jurídica. Contra o crime, resta ao indivíduo o recurso **imediato** da legítima defesa, ou o recurso **mediato**, e mais do que isso, longínquo, embora igualmente moderado e necessário, da aplicação da pena. Por outro lado, contra a pena dispõe o indivíduo de toda uma estrutura protetora contida em normas de conteúdo material e processual, e de natureza constitucional ou legal. Também aqui, vedam-se determinadas penas, e subordina-se a efetivação das penas permitidas à concorrência da previsão legal, da aplicação judicial, e da execução promovida pela administração ou pleiteada por órgão integrado no Poder Executivo.

16 Giovanni Santangelo - "Sul Rapporti fra 'Reato' e 'Punibilità' in "Studi in Onore di Francesco Antolisei", vol.III, A.Giuffrè, Milano, 1965, p.192.

Tampouco estabelecemos uma incomunicabilidade entre o abstrato e o concreto de modo a duplicar categorias ou institutos jurídicos. Parece-nos que o direito é um dos poucos domínios onde todo abstrato pode concretizar-se, e todo concreto é susceptível de converter-se numa abstração. Também a punibilidade acompanha a extensão do território jurídico da mesma forma que a criminalidade. A possibilidade do crime e a realidade do crime coexistem com a possibilidade da pena e a realidade da pena. Criminalidade e punibilidade preenchem o abstrato e o concreto, sob a forma de crime e de pena.

Finalmente, no que toca à contenção da punibilidade, encontramos-la tanto em nível da formulação legal quanto em nível da decisão judicial. Ela pode assumir quatro modalidades: a) isenção de punibilidade; b) condicionamento da punibilidade; c) dispensa da punibilidade; d) extinção da punibilidade. Na primeira hipótese, o legislador, após vedar e considerar punível determinado fato, genericamente descrito, afasta a sua punibilidade em razão de circunstâncias prefixadas na norma. Exemplifique-se com a chamada imunidade familiar em certos crimes contra o patrimônio (CP, art. 181 e 183). No segundo caso, a punibilidade do fato é condicionada à sentença declaratória da falência (Decreto-Lei nº 7.661, de 21/06/45, arts. 186 a 200). No terceiro caso, o legislador faculta a isenção da punibilidade à autoridade judiciária. Exemplifique-se com a injúria provocada ou recíproca (CP, art. 140, Parágrafo 1º). Finalmente, o legislador prevê a extinção da punibilidade preexistente, pela superveniência de determinado fato jurídico. Exemplifique-se com o elenco das causas extintivas da punibilidade (CP, art. 107).

O fato de atribuir-se a alguns desses casos a denominação legal ou mesmo doutrinária de isenção de **pena**, não lhes retira o caráter primário de exclusão da punibilidade, ou seja, de possibilidade penal. O que os distingue é o momento da sua ocorrência: se o momento ainda normativo, ou o momento judicial, ou o momento executivo.

Encerramos esta exposição lembrando, como exemplo significativo do interrelacionamento entre o ideal e o real no domínio do direito, um fragmento de HÖLDERLIN dedicado à contradição entre o conhecimento real da lei através do sofrimento da pena, e o conhecimento ideal da pena através da lei: "*ideal ohne Strafe kein Gesetz, real ohne Gesetz keine Strafe*".¹⁷

17 Friedrich Holderlin - "Über den Begriff der Strafe" in "Sämtliche Werke", Die Tenpel-Klassiker, Sonderausgabe, Emil Vollmer Verlag, Wiesbaden, s/d, vol. II, p.354.

A ESSÊNCIA AÉTICA DO CONTRATO DE TRABALHO

UM BREVE ENSAIO CRÍTICO SOBRE A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO PELA ORDEM JURÍDICA

Ruy Trezema Patu Junior

Juiz de Direito na Capital e Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado da PE

SUMÁRIO

1. Introdução: 1.1. A razão e o objetivo deste trabalho; 1.2. Os problemas da institucionalização e da ética da relação de emprego; 1.3. A solução para o problema temático; 2. A relação de emprego; 2.1. O contrato de trabalho e a interferência do Estado. Direito Público ou Direito Privado?; 2.1.1. Características; 2.2. Forma anômala de contrato – Dados históricos confirmam; 2.3. Participação na gestão e nos resultados das empresas. O contrato coletivo de trabalho; 2.3.1. A participação; 2.3.2. O contrato coletivo de trabalho; 2.4. As razões do conflito latente na relação empregatícia; 2.4.1. Algumas considerações; 2.4.2. A automação e a terceirização; o início do fim; 3. A institucionalização do contrato trabalhista; 3.1. A interferência estatal na relação de emprego; 3.2. O coroamento: a constitucionalização da relação de emprego; 4. A institucionalização e suas conseqüências; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas: 6.1. Livros – 6.2. Revistas.

1. Introdução

1.1. A razão e o objetivo deste trabalho

Na alvorada do novo milênio, as relações empregatícias vigentes nas sociedades capitalistas contemporâneas são, cada vez mais, questionadas. Apesar do avanço das idéias humanísticas e da adoção de normas voltadas para o homem enquanto indivíduo, o que se vê, no âmbito das relações de trabalho, é a

exploração legitimada dos detentores do capital contra os prestadores de trabalho. O contrato empregatício, ao contrário do que dizem os seus defensores mais apaixonados, não se constitui num autêntico contrato de prestação de serviços onde os contraentes gozem de relativa autonomia, mas numa forma anômala de contrato onde um deles, economicamente mais fraco, submete-se a outro em troca de uma certa e determinada remuneração.

Por outro lado, esse tipo de relação, pelas suas características básicas, faz-nos concluir ser ela a solução menos desumana para justificar a continuidade de relações de exploração, originadas do modelo escravocrata, próprias de uma sociedade em que a propriedade individual é sacramentada como um dogma. E isto afirmamos porque estamos cónscios de sua afinidade com essa relação abolida do nosso sistema jurídico. É só atentar para as características básicas de uma e outra para ver o que ambas têm em comum:

- a) a incomunicabilidade do patrimônio do empregador com o do empregado, mesmo que este gere acréscimos ao preexistente;
- b) a subordinação extremada;
- c) a temporariedade do trabalho individual ante a perpetuidade do capital;
- d) a desigualdade da relação, com distinção social acentuada entre os que detêm o capital e os que fornecem o trabalho.

A grande diferença jurídico-econômica é, a nosso pensar, o caráter contratual da relação de emprego, que, partindo da presumida liberdade e autonomia das partes para contratar, estabelece, como cláusula irrenunciável da convenção, a obrigatória contraprestação do

empregador consistente no pagamento de uma remuneração pecuniária ao empregado.

Na essência, queremos mostrar nesta monografia que a liberdade e os direitos sociais concedidos ao trabalhador, dentre os quais a remuneração *in pecunia*, não são suficientes para modificar o caráter desigual e injusto do contrato de trabalho, legitimando-o perante a massa de trabalhadores. Estes continuam sendo tratados como fornecedores de serviços em troca de um certo preço. Nenhum empregador, objetivamente falando, trata-os como parceiros na empresa, mas como instrumentos humanos fornecedores de trabalho, descartáveis e portadores de interesses alheios ao do capital. A *terceirização* e a *automação* são indicadores dessa realidade. Por isso, dialeticamente, o fosso divisor dessas forças motrizes da economia não se altera, apesar da adição de inúmeros direitos e incentivos à pessoa do trabalhador. O trabalho não é assimilado pelas empresas como parte integrante do seu patrimônio. É adquirido como uma mercadoria qualquer, e o trabalhador é visto como mero fornecedor dela. Se é verdade que o trabalhador, ao contrário do escravo, é livre, também é verdade que agora, mais do que nunca, é servo do seu salário.

Até o presente momento, o processo de reestruturação econômica, social e política foi marcadamente conservador. Implantaram-se crescentes assincronias entre as novas formas de produzir e de distribuir a riqueza. De um lado, a síndrome da insegurança alastrou-se sobre o conjunto das classes trabalhadoras e, de outro, a desregulamentação dos mercados e o acirramento da concorrência capitalista mundial geraram incertezas crescentes, inclusive, para as megacorporações multinacionais.

1.2. Os problemas da institucionalização e da ética da relação de emprego

O contrato de trabalho é uma prova viva de que nem sempre o legal é justo e eticamente legítimo. A sua institucionalização, em nível legal e constitucional, trouxe mais desvantagens do que vantagens: engessou-se uma relação perniciososa à integridade da sociedade com repercussões na paz social. Nunca, na história da humanidade, tantos conflitos ocorreram em decorrência dessa forma de exploração. Por conta dela, a luta de classes agigantou-se; surgiram diversas teorias de cunho revolucionário, como o fascismo e o comunismo, só para ilustrar; os ricos tornaram-se mais ricos e a riqueza acumulou-se numa casta de privilegiados que vive às custas de rendimentos do capital, sem saber da importância do trabalho e do trabalhador. Nos Estados Unidos, estima-se, 1% dos cidadãos concentra 40% de toda a riqueza do país. Enquanto isso, a estatística de problemas sociais agrava-se e fornece índices alarmantes. A maioria das pessoas trocou a família pela promessa de dinheiro fácil. Em nome da competição e da eficiência, esqueceu os valores essenciais do ser humano, deixando de perceber a importância do razoável e dos laços fraternos que propiciam a sua felicidade e o progresso dos impérios.

1.3. A solução para o problema temático

No presente trabalho, não ficamos só no campo da crítica. Analisamos a importância de alguns direitos constitucionais e as razões do seu aparecimento ou ineficácia. Tratamos do direito constitucional concernente à participação na gestão e nos lucros, ou resultados da empresa. Finalmente, apresentamos algumas sugestões

à substituição dessa relação de trabalho, indicando, como saída, o fomento, por parte do Estado e de suas leis, de sociedades do tipo *capital e indústria*, através do estabelecimento do *pro labore* como uma regra também aplicável ao trabalhador, com abolição completa da exploração do homem pelo homem e reforma das normas de contratação individual.

Fizemos inserir, na segunda parte, nossa visão uníssona do direito público e privado, e dos contratos como complementos normativos em que a lei é apenas uma das manifestações jurídicas do Estado, limitadora da criação normativa interpessoal diante do interesse social.

2. A Relação de Emprego

2.1. O Contrato de Trabalho e a interferência do Estado. Direito público ou direito privado?

O contrato de trabalho talvez não seja a coluna mestra da construção jurídica denominada Direito do Trabalho, mas constitui, indubitavelmente, a razão fundamental da complexidade dos seus institutos e do emaranhado normativo que inferniza os seus aplicadores e os que se aventuram em cair no seu campo de atuação. E não se venha com aquela velha argumentação de que essa visão é própria do espírito individualista da era liberal. Não o é. De acordo com o pensamento individualista, o fundamental no Direito do Trabalho é a relação entre as partes contratantes – empregado e empregador – sendo a interferência do Estado nos ajustes particulares uma decorrência lógica daquele que detém o monopólio da edição de leis, como acontece nos demais contratos privados (exemplificando: contrato de

locação, arrendamento, consórcios etc.). Era, na lição de Rafael Caldera, "uma concessão à ordem pública dentro de uma relação obrigacional". Também não caímos no exagero de afirmar que o importante na relação de emprego é o *fato social* do trabalho. Temos plena consciência de que o Estado atual imiscui-se na relação de emprego a fim de, feito guardião da paz social e da ordem pública, manter a situação sob controle. E isso ele o faz – como não poderia deixar de ser – ou transformando em lei algumas das conquistas econômicas da classe obreira, ou institucionalizando as suas corporações representativas, ou, simplesmente, compondo os litígios decorrentes dessa relação, na qualidade de mediador, através da prestação jurisdicional especializada.

Na verdade, temos uma visão do contrato como parte integrante e indissociável do ordenamento jurídico. O Estado, não podendo regulamentar todas as situações jurídicas possíveis – e nem poderia, é óbvio – especialmente aquelas onde não tem interesse para intervir, partilha o monopólio da produção normativa com os seus componentes, sejam pessoas físicas ou jurídicas, possibilitando-lhes, diretamente, sob o manto protetor e limitativo do ordenamento, estabelecer normas regedoras de suas relações privadas. Na relação de emprego também isso acontece. Só que, hoje, essa fronteira entre o público e o privado tem avançado mais no terreno deste último, usurpando-lhe a área específica de atuação e dando margem, por exemplo, a que alguns considerem o Direito do Trabalho ramo do Direito Público ou, pelo menos, um direito que se insere numa classificação intermediária ou mista, também denominada *social*.

Sob esse ponto de vista, por exemplo, Cesarino Júnior ignora por completo a importância da relação de emprego no Direito Social, ao defini-lo como "complexo dos princípios e leis imperativas, cujo objetivo imediato é, tendo em vista o bem-comum, auxiliar e satisfazer convenientemente as necessidades vitais próprias e de suas famílias, aos indivíduos para tanto dependentes do produto de seu trabalho"¹.

Não vemos a coisa de uma forma tão simplista assim. Toda lógica da relação empregatícia atual continua sendo a da liberdade de constitui-la independentemente de autorização de regulamento ou de lei emanados de autoridade pública; portanto, o contrato é, ainda, o nascedouro dessa relação, e deve ser considerado na emissão de qualquer conceito do ramo do Direito Público que trate de limitá-lo.

Temos plena consciência de que, conforme as modernas correntes sociais, o fundamento do Direito do Trabalho "é o *fato social do trabalho, como condição da economia e, mais ainda, forma de vida essencial a um setor, o mais numeroso da população*".² De que não discordamos. Mas é preciso não confundir a relação de trabalho com o direito do trabalho; este, sendo mais abrangente, necessariamente engloba aquela, que lhe é parte integrante e indissociável, senão a principal.

Em nossa concepção, porém, todo Direito legislado é público, porquanto reflete, em maior ou menor grau, a ingerência do Estado nas relações privadas.

1 Direito Social Brasileiro, 2.ª edição, 1.ª Vol., pág. 21.
2 CALDERA, Rafael - *Relação de Trabalho*. Trad. Carmen Dolores Corrêa Meyer-Russomano. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1972. VIII, 169p. Parte da obra *Derecho del Trabajo*.

Como também é público todo costume, pois é de sua natureza sociológica limitar negócios bilaterais e práticas generalizadas num determinado grupo social. Direito privado ou particular só aquele emanado exclusivamente dos negócios jurídicos produzidos no campo residual da não-interferência legislativa, jurisprudencial e costumeira. Sem ignorar, todavia, que existem direitos puramente estatais, cujas regras só tratam, quase que exclusivamente, das instituições, órgãos e funções do Poder Público, bem como dos seus efeitos em caso de descumprimento pelos administrados (exemplo: Direito Penal, Direito Eleitoral, Direito Administrativo etc.).

Esse raciocínio nos leva à conclusão de que o contrato não é apenas uma relação bilateral, mas, basicamente, TRILATERAL, onde a vontade das partes é complementada ou limitada pelo consentimento da sociedade; tácito, ante a omissão normativa delimitada pela tolerância e permissão daqueles que não a produziram; ou expresso, ante o que prescrevem a lei, as decisões judiciais (normativas ou não), os costumes e as outras fontes das normas jurídicas públicas – expressões autorizadas dos interesses gerais da sociedade. Privada, repetimos, de acordo com a nossa ótica, são somente aquelas normas surgidas em decorrência dos negócios celebrados entre as pessoas físicas ou jurídicas e em razão, unicamente, dos seus interesses particulares. Em suma, são aquelas que estão no campo marginal do intervencionismo jurídico ou costumeiro.

É certo que esse consentimento tácito caracteriza-se por uma lacuna legal e por um mínimo de liberdade normativa que o Estado ou a sociedade, como pessoa

jurídica ou entidade abstrata, respectivamente, concede aos demais sujeitos que o compõem para produzir negócios jurídicos unilaterais (declarações unilaterais de vontade) e bilaterais (contratos), consubstanciado naquela máxima constitucional que diz: "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*".³

2.1.1. Características

Portanto, partindo da concepção acima exposta, podemos dizer que a relação empregatícia é um negócio oneroso emergente do contrato que obriga o empregado a prestar serviços ao empregador, sob sua subordinação jurídica, mediante uma contraprestação constituída de salários e direitos, na maioria das vezes, impostos pelo Estado, representante legítimo dos interesses gerais e mentor do equilíbrio social e jurídico da ordem estabelecida.

Podemos afirmar, então, ser a **subordinação jurídica excessiva**, uma das características marcantes que distingue o contrato de trabalho de qualquer outro negócio jurídico regulado pelo Direito Civil. É, em nosso dizer, a herança autoritária da relação escravocrata no trabalho assalariado; resquício do tratamento desumano de encarar o homem trabalhador como uma coisa que se pode, tal um animal, domar e transformar em peça de uma engrenagem a serviço do capital.

Uma outra característica que lhe é peculiar é o **excesso de intervencionismo estatal** na relação, a ponto de dispensar a fixação de qualquer cláusula ou ajuste pelas partes, bastando, para existir, tão-só a

3 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5.º, inc. II.

prestação de serviço continuado e o vínculo de subordinação.

Essas características levaram alguns autores menos avisados a negarem a sua natureza contratual, trocando-a pela idéia de participação do trabalhador em uma comunidade organizada hierarquicamente ou numa corporação.⁴

2.2. Forma anômala de contrato. Dados históricos confirmam

Com certa razão, muitos autores insistem em dizer que o contrato de trabalho é algo diferente dos demais contratos porque é o trabalhador que se contrata em substituição à coisa objeto dos outros contratos. Nesse sentido, Colin e Capitani, por exemplo, fazem a seguinte análise sobre o contrato de trabalho: *"A análise secular sobre a qual repousa a classificação do Código Civil nos parece contrária à realidade. Os romanos, para fazer com que a prestação de serviços caísse dentro do arrendamento, tinham uma razão: a de que entre eles o número de contratos reconhecidos pelo Código Civil era limitado, tornando-se necessário, portanto, que, para benefício e comodidade do comércio, não se ampliasse o quadro dos contratos existentes. Por outro lado, a escravatura predispunha os romanos a assimilar e considerar como coisa o trabalho humano. Esses motivos já não têm, evidentemente, nenhum valor em nossos dias. Entre o arrendamento de coisas e o contrato em cuja virtude*

4 Antônio Polo, *Del Contrato a la Relación de Trabajo*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, págs. 62-68; Busck-Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, I, págs. 105-115; Nikisch, *Arbeitsrecht*, I, págs. 140-143.

*uma pessoa compromete-se a trabalhar para outra, há a essencialíssima diferença de que o contrato de trabalho versa sobre a própria pessoa do contratante e facilmente se percebe tudo o que há de artificial numa análise que pretende, ao assemelhar o trabalho humano a uma coisa, separar a força do trabalho da pessoa do trabalhador. Com maior razão, se compararmos os efeitos jurídicos do arrendamento e do contrato de trabalho, veremos que nenhum desses efeitos é comum a ambos... Em realidade, o contrato de trabalho é um contrato provido de individualidade própria, diferente de todos os demais contratos de Direito privado e que tem que se considerar como tal. Precisamente por isso é que convém dar-lhe um nome especial que o distinga das restantes convenções. E a denominação contrato de trabalho nos parece acertada e bem escolhida por ser clara e expressiva."*⁵

Essa idéia parece-nos a mais consentânea com a realidade diante de uma análise mais realista e menos hipócrita. A própria origem desse tipo de contrato, a par da existência de infundáveis mecanismos jurídicos de intervenção e proteção do trabalho, não lhe tira a característica de ser um negócio bilateral que se assemelha muitíssimo a um arrendamento; porém – o que é pior – com vínculo de subordinação acentuado e tendo por objeto a pessoa humana. E dizemos isso porque o trabalhador, à vista da grande maioria do empresariado capitalista, é tido como uma coisa ou um elemento que se aluga por um preço mínimo fixado pelo Governo e que se descarta preferencialmente às demais mercadorias, quando se tem de cortar alguma despesa

5 COLIN Y CAPITANI, *Curso Elemental de Derecho Civil*, trad. De Buen, Madrid, 1929, IV, págs. 389-390.

na empresa chamada moderna. À exceção de alguns poucos empresários altruístas, nunca o trabalho humano – fora do Estado, das sociedades e cooperativas – foi considerado um atributo humano inegociável, a ser respeitado tal como a sua dignidade. Na prática, em razão da inexistência da chamada *affectio societatis* e da não-participação do trabalhador na gestão, lucros e perdas da empresa, o trabalhador equipara-se a algo alienável, mensurável e de valor estimável, tal como uma mercadoria. Negar essa realidade parece-nos renegar o próprio objeto do contrato empregatício, que não é o trabalho e sim o trabalhador.

O argumento de que o trabalho humano não pode ser objeto de contrato, pois ferir-se-ia a dignidade humana, parece-nos que não condiz com a verdade. É triste admitir essa tese, considerada por alguns retrógrada e atentatória⁶, mas se o trabalhador difere de um mercadoria, pois não pode ser suscetível de alienação e apreensão como se alega, pelo menos, na prática, é tratado como se o fosse. Indubitavelmente, o que se visa nessa relação é muito mais o trabalhador do que à prestação do seu serviço.

O caráter *intuitu personae* do ajuste empregatício, ou seja, o fato desse contrato só poder ser prestado por quem é contratado, não afasta a idéia por nós aqui exposta. Antes a confirma, como veremos.

Assim, não é a finalidade do contrato de trabalho que o distingue das demais formas de negócios bilaterais. Em nosso entendimento, o diferenciador dessa forma de contrato das outras, é o fato de ser o

⁶ RUSSOMANO, Mozart Vitor. O empregado e o empregador no direito brasileiro – 7.ª ed. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984, pág. 169.

trabalhador o verdadeiro objeto da relação negocial e de portar-se, perante o outro contratante, com extrema subordinação. O que é uma excrescência na lógica contratual. Nenhum contrato civil admite tal anomalia.

Em todos os demais ajustes contratuais semelhantes ao de trabalho, as partes têm plena autonomia na execução de suas obrigações. É só verificar a natureza jurídica do arrendamento, da compra e venda, do mandato, da empreitada, do transporte, da sociedade e da própria prestação de serviços, regulamentados na legislação civil. Por que, então, essa distorção no contrato empregatício?

Diante desse desafio, somos obrigados a concordar, em parte, com a *teoria anticontratuálista* de origem germânica, que tem como fundamento o pressuposto de que não existe, no contrato de trabalho, jogo de vontades efetivamente livres, porque pelas condições econômicas e sociais dos grupos humanos organizados em moldes capitalistas, o empregador – detentor do monopólio da administração da mão-de-obra na empresa – explicita quando, com quem e por quanto tempo quer contratar. O empregado, visto isoladamente, é economicamente fraco e desvalido, ingressando no trabalho como para fazer parte de uma engrenagem sobre a qual tem pouquíssima liberdade, exceto a de deixar o emprego e cair no rol dos sem-trabalho.

Concordamos parcialmente com essa teoria porque não temos uma visão institucionalista da relação de emprego. Entendemos que o ordenamento jurídico não deveria, sob qualquer condição, ainda que sob pretexto de compensar o empregado com uma infinidade de direitos trabalhistas, aquiescer como lícita e jurídica essa relação. Admiti-la é a mesma coisa de,

numa relação de servidão, conceder ao servo alguns direitos trabalhistas atuais, dentre os quais o da liberdade de deixar o seu mister e de obter remuneração em moedas, em vez de bens e gêneros alimentícios. O fato da relação ter sido, pelo direito positivo, regulamentada e aperfeiçoada em prol do empregado, não lhe tira o caráter de relação atentatória à moral e à ética, ao permitir, juridicamente, a *exploração do homem pelo homem*, no dizer marxista.

Como admitir equânime uma relação em que o tempo de trabalho não gera qualquer direito à permanência no emprego, exceto, a rigor, em alguns casos, indenização progressiva? Onde o trabalho continuado não gera patrimônio ou direito à participação na empresa? E onde, finalmente, as perdas e os lucros havidos não são repartidos também dentre os que contribuem com o trabalho, mas tão-somente dentre os que participam com o capital? Ora, se não há justiça, igualmente não há ética nessa relação de conflitos perpétuos.

Dados históricos, aliás, confirmam essa tese. Observando as diversas formas de trabalho, as quais aqui denominaremos de **formas de trabalho por subordinação**, para diferenciá-las das demais formas ditas de cooperação, veremos que sofreram ao longo do tempo uma evolução, tendo em vista, sempre, as novas necessidades impostas pelo sistema de produção dominante e pela conscientização gradativa do homem em relação aos seus direitos individuais. Mas o surpreendente, na análise histórica de todas elas, é que cada uma dessas formas, ao seu tempo, reunia inúmeros defensores procurando, de qualquer modo, legitimá-las. Tanto no âmbito filosófico quanto no campo jurídico

havia uma preocupação de estabelecerem-se sistemas e normas, aparentemente justos, visando a dar uma justificação política, moral e legalista ao *modus vivendi* de então, fazendo-se crer, perante todos os homens (explorados e exploradores), inclusive sob o beneplácito dos setores religiosos, que o regime de trabalho imperante estava de acordo com as leis naturais ou divinas.

O trabalho escravo foi uma dessas formas abusivamente utilizadas nos tempos antigos, tendo como defensores alguns juristas, como, por exemplo, *Ulpiano*, e filósofos notáveis do porte de *Aristóteles*, que dizia: "*O escravo é não só escravo do seu senhor, mas pertence-lhe de modo absoluto*". E em outra obra, intitulada: "*Política*", este pensador justificava o seu ponto de vista, dizendo: "*Existem pessoas para quem seja justo e vantajoso o ser escravo, ou toda escravidão é contra a natureza? Eis o que cumpre agora examinar. Não é difícil resolver essas questões com o raciocínio e a experiência... Desde o nascimento alguns são destinados a obedecer e outros a mandar... Há na espécie humana indivíduos tão inferiores aos outros quanto o corpo à alma, ou o animal ao homem; são os homens dos quais o melhor partido que se pode tirar é o emprego das forças corporais. Partindo dos princípios que estabelecemos, tais indivíduos são destinados por natureza à escravidão, porque nada há melhor para eles do que obedecer...*".

Outras formas de trabalho, como a *servidão* e a *corporação* – não menos indignas, respeitadas às devidas proporções – também mereceram o apoio de destacáveis figuras da intelectualidade na época em que vigoraram.

Com relação às corporações, temo-las como forma embrionária de relação tipicamente associativa de trabalho, apenas regida por uma disciplina rígida de gerenciamento. E afirmamos isso porque nas corporações os patrões ou *mestres* ascendiam ao posto por suas aptidões no ofício ou quando conseguiam executar uma *obra-prima*. Sem aprendizagem, ninguém poderia exercer um ofício, dependendo ainda, para desempenhá-lo, do assentimento expresso da corporação e da obediência às prescrições regulamentares que as Comunas estabeleciam para a indústria e o comércio; ao contrário da empresa capitalista, em que o empregado é um prestador eventual de trabalho, descartável a qualquer momento, sem compromisso algum, subjetivamente falando, com a organização onde trabalha.

Grande equívoco do individualismo do século passado e da Revolução Francesa foi proibir e extinguir por completo as corporações. Aboliram-se as corporações, tidas como autoritárias e contrárias à liberdade do trabalhador, para, em seu lugar, erigir um muro entre o *capital e o trabalho*, respaldando a intenção dos burgueses que era justamente libertar a mão-de-obra das corporações para explorá-la nas suas empresas, livres da disciplina e da cooperação corporativista; quebraram-se os elos da evolução das corporações para formas mais humanas de empresas em nome da falsa liberdade – sem igualdade – apregoada pelos mentores do novo regime econômico.

Já a forma atual e dominante nas relações de trabalho, que é a do *trabalho assalariado*, produto do *individualismo* do século passado, por propiciar uma maior autonomia do trabalhador e, concomitantemente,

um maior poder de congregação com os seus semelhantes de classe, criou um hiato intransponível entre o *capital e o trabalho*, agravando as suas relações pela incidência da dialética natural dos opostos. Nunca, na história da humanidade, assistiu-se a tantas revoluções sociais e inúmeros conflitos políticos por sua causa. Em nome da luta de classes, vidas humanas foram sacrificadas. Na extinta União Soviética, povos inteiros, com os seus costumes, tradições e religião, foram dizimados em nome dos interesses do proletariado e da revolução russa. Nos chamados países capitalistas, perseguições e mortes tiveram curso em nome da segurança nacional.

Além desses complicadores próprios do contrato de trabalho, temos razões de sobra para enquadrá-lo como um negócio jurídico eticamente desprezível, tal como a relação que vinculava o senhor e o escravo. Os pressupostos não obrigacionais caracterizadores desta modalidade de prestação de trabalho são os mesmos daquela, conforme já vimos anteriormente, sendo eles: **subordinação extremada e a própria pessoa que se subordina é o objeto da relação.**

Consideramos, pois, a relação de emprego algo imoral e antiético que deveria ser combatido, sem tréguas, pelos defensores de um Justo Direito, posto não ser admissível que a pessoa humana seja objeto de contratação como um bem qualquer, mesmo insuscetível de alienação e plena disponibilidade à parte a que se sujeita.

Os mecanismos atualmente utilizados para neutralizar a ação perniciososa da relação empregatícia tendem todos a transformá-la em relação ou contrato assemelhado ao de sociedade, ou algo parecido. É o que veremos a seguir.

2.3. Participação na gestão e nos resultados das empresas. O contrato coletivo de trabalho

2.3.1. A participação

A participação dos empregados nos lucros das empresas foi introduzida na legislação pela Constituição Federal de 18 de setembro de 1946. Todavia, como bem salientou o eminente jurista *Mozart Victor Russomano*:⁷ *"O inciso IV do art. 157 da Constituição Federal não é auto-aplicável, dependendo, portanto, de regulamentação."*

O art. 7.º da Constituição Federal de 1988, no seu inciso XI, dispõe que os trabalhadores da cidade e do campo têm direito à *"participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei."*

De outro prisma, vemos aí a nítida preocupação do constituinte de 1988 em colocar no texto constitucional, além do direito do trabalhador vier a participar dos resultados e da gestão da empresa, uma forma prática de integração do trabalho ao capital.

A nossa Carta Magna atual, muito embora tenha deixado claro que a participação nos lucros, ou resultados, não implica supressão do regime salarial, pois a mesma é desvinculada da remuneração, deixou transparecer a sua preocupação ao criar mecanismos legais pelos quais o empregado se sentisse dono da empresa; ou parceiro, já que, em havendo perdas, não responderia por elas. Adicionaram-se à relação de emprego elementos típicos do contrato de sociedade. E

7. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, pág. 201.

isso tem sentido, pois se na empresa o trabalhador dá palpites na sua gestão e ainda participa dos seus resultados, evidenciado fica que é um quase-sócio.

Mas, é um erro imaginar que essa participação é suficiente para integrá-lo na empresa. *"A psicologia do trabalho tem demonstrado que essa integração é o termo de processo muito complexo e no qual a mencionada participação não tem papel dos mais expressivos."*⁸ Na verdade, é necessário que essa participação faça-se em termos bem mais amplos, suprimindo-se, com a criação de outros mecanismos, todos os óbices à existência da efetiva integração entre o capital e o trabalho. Um dos grandes passos nessa direção é a regulamentação da segunda parte do preceito constitucional, pois jamais existirá uma participação real nos resultados da empresa se não houver antes, ou concomitantemente, uma participação na gestão, uma vez que esta é um dos corolários daquela.

Ademais, enquanto na relação de trabalho não se tratar com equidade os seus elementares, permitindo-se a preponderância acentuada de qualquer dos fatores, contribuir-se-á para o desequilíbrio social. Por ter uma das partes no negócio a detenção do capital, não se justifica que passe, por isso, a explorar o seu semelhante, subjugando-o mediante uma remuneração relativamente fixa, cresça ou não o capital em virtude do seu trabalho. Como dois fatores tão importantes para a produção podem ser igualmente tão antagônicos? O antagonismo surge em decorrência da desigualdade de disponibilidades que possui o detentor do capital em relação ao doador de trabalho. Este, muito embora engrene o seu

8. Revista Ltr. Vol 53, n.º 3, Março de 1989, pág. 283.

trabalho ao capital preexistente, fazendo-o crescer sempre pela presunção de que o capital está sendo bem administrado e o seu trabalho eficientemente dirigido; aquele é que, obtendo êxito, apropria-se de toda a riqueza comum gerada e a movimenta como se fosse sua com exclusividade, desprezando a mão-de-obra que, na ótica da relação empregatícia, jamais a integra.

Urge, portanto, a coexistência de ambos em relações efetivamente mais harmoniosas, e não só por contingência da necessidade de se produzir, para que haja mais eficiência na empresa e, dessa forma, mantenha-se o progresso acelerado da economia e o tão sonhado equilíbrio social. Ambos os fatores de produção devem se entrelaçar num casamento perfeito e os seus titulares serem retribuídos de forma justa, o que é o mais importante.

2.3.2. O contrato coletivo de trabalho

A contratação coletiva de trabalho constituiu a fase última ou amadurecida da relação empregatícia. É da natureza intrínseca das relações advindas dessa forma de produção normativa que as partes sejam livres e não dependam do intervencionismo estatal para reger os seus interesses, pois ambas adquiriram força de coalizão suficiente para, em pé de igualdade, contratarem livremente os seus direitos trabalhistas. Ao contrário do contrato individual, aqui os contratantes negociam em blocos devidamente assessorados: de um lado a empresa ou a associação patronal e de outro o sindicato. Ambos negociando sob uma base mínima de prescrições trabalhistas fixadas pelo Estado, mas com liberdade para modificar algumas normas consideradas imperativas que regem o ajuste individual de trabalho,

como, por exemplo, a que garante a irredutibilidade de salário e a que fixa a jornada de trabalho (art. 7.º, incisos VI e XIII, da C.F.).

Existem no Brasil, atualmente, três propostas de contrato coletivo de trabalho. A primeira delas entende que o ajuste é uma síntese da idéia de alternativa global e de transformação radical do sistema brasileiro das relações trabalhistas contemporâneas. A segunda interpreta-o como um instrumento de valorização exclusiva da contratação coletiva. A terceira concebe-o como uma oportunidade de acrescer institutos ao atual sistema brasileiro de relações empregatícias. De todas essas alternativas, as duas primeiras exigem modificações no sistema atualmente em vigor; a última, por sua vez, cuida apenas de pequenas alterações legislativas, preservando, no geral, o atual ordenamento jurídico trabalhista.

Embora apresente algumas vantagens para certas categorias econômicas, principalmente aquelas organizadas em associações sindicais, a contratação coletiva não resolve, em princípio, o problema do conflito latente das relações empregatícias. Tomando por base regras preestabelecidas, tais como a de que o capital e o trabalho não se misturam e nem se associam, apenas se entrelaçam para fins de produção, esse contrato mantém o *status quo* do detentor do capital, assegurando ao empregado apenas vantagens de natureza assistencialista e pecuniária, sem lhe garantir outras que apaziguem o conflito latente da relação de emprego, fazendo-o sentir-se dono da empresa e, portanto, responsável pelo sucesso ou insucesso do empreendimento para o qual aliena o seu precioso trabalho.

Na verdade, a adoção do contrato coletivo de trabalho implicará modificações mais profundas no sistema vigente. Não existe neste ampla liberdade sindical que dê aos trabalhadores ou a suas organizações possibilidade de, com desenvoltura, normatizarem suas relações peculiares, exceto em alguns casos conforme se viu anteriormente; o processo de negociação é limitado pela sua estrutura e o Poder Judiciário nele interfere de forma paternalista, sobretudo na solução do conflito. Por isso é que no Brasil toda a estrutura legal do trabalho é perniciososa, porque além de admitir, legalmente, a *exploração do homem pelo homem*, permitindo, em termos reais, a *locatio at conductio operarum*⁹ dos romanos, contraria os padrões democráticos e a liberdade de organização e ação sindical.

2.4. As razões do conflito latente na relação empregatícia.

2.4.1. Algumas considerações

O nosso modo habitual de vida, por força dos costumes que nos regem e da propaganda subliminar das chamadas *forças reais de poder*, impede-nos de enxergar o quanto é odiosa a relação de trabalho que atualmente impera no tão defendido e propalado Estado Democrático de Direito. Convencem-nos de que devemos lutar pelo aperfeiçoamento da relação de emprego, especialmente com a edição de novos direitos aos menos favorecidos, esquecendo-se de que, em contrapartida, a imposição de novos deveres ao *capital* atinge, indiretamente, pela via do repasse de custos, toda sociedade e, mais gravemente, a massa obreira, suposta beneficiária. Concedam-se ou não novos direitos, a disputa entre *capital x trabalho* permanece, ambos

dominados por forças antagônicas que se digladiam ao sabor da *luta de classes*, pois que a questão é de fundo e o "pecado" está na origem.

A questão crucial, e que se mantém insolúvel na relação entre empregado e empregador, antes de ser o equilíbrio entre os direitos sócio-econômicos, é, essencialmente, a dissociação inconsciente, ou consciente, de interesses existentes entre os integrantes de uma e outra categoria. O trabalhador ao ceder-se ao empregador, colocando-se à disposição do empregador capitalista mediante uma paga, sente-se, inconscientemente, humilhado e ludibriado na relação contratual; percebe que, por força de suas necessidades alimentares, foi como que obrigado a negociar um dos seus valores mais sagrados, que é a sua própria individualidade na condição de trabalhador; julga-se desobrigado com os destinos dela, já que é tratado como parte dissociada da empresa e ao detentor do capital só interessa a utilidade de sua pessoa, a qual é manipulada como verdadeira mercadoria que se aluga, usa-se e descarta-se quando bem lhe aprouver, apesar dos infundáveis direitos de proteção ditados pelo Estado.

Dai concluímos que não importa a dimensão dos direitos oferecidos ao obreiro. Se este não se sente o dono da empresa – e nem o é de fato – jamais agirá como se assim o fosse. O sentimento de dessemelhança, somado

9 Designação que davam os romanos à locação de serviços ou trabalho, como subdivisão da locação de obras e da locação de coisas. Para eles, o trabalhador locava os seus serviços ao empregador, como se loca uma coisa ou uma obra (empreitada). Verdade, atualmente, nega-se essa natureza ao contrato de emprego numa tentativa vã de legitimá-lo perante a classe trabalhadora, para que a instituição mereça respeito e, assim, justifique-se o seu acolhimento pelo ordenamento jurídico.

à realidade de que só um lado retém a propriedade dos meios de produção, é a causa primordial dos conflitos entre patrão e empregado. É a contradição básica da denominada *sociedade capitalista*.

Por outro lado, a *revolução tecnológica*, ou seja, o emprego cada vez mais crescente da biotecnologia e da eletromecânica nos meios de produção, adicionada aos seus efeitos, como a substituição progressiva do trabalho manual pela introdução de robôs e a eliminação de inúmeros postos de trabalho, vem agravando ainda mais os conflitos nessa área. Ao contrário do que se pensava, a necessidade de mão-de-obra altamente qualificada, fruto imediato da introdução de novas técnicas e procedimentos tendentes à chamada *produtividade máxima*, só traz fabulosos acréscimos patrimoniais aos possuidores do capital. Raríssimas vezes o lucro é repassado para os salários, que, destarte, permanecem na categoria desprezível dos chamados custos de produção. Por isso afirmamos: o que se vê, muitas vezes, é o repasse de parte dessa *mais-valia* na forma de incentivos à produção, com a concessão de prêmios aos trabalhadores com o nome de *participação nos lucros*. Realidade esta que, indubitavelmente, constitui um engodo à classe trabalhadora assalariada.

De longa data fala-se na instituição de direitos trabalhistas que possibilitem o acesso do empregado aos excedentes financeiros das empresas. A própria Constituição Federal, no art. 7.º, inciso XI, diz que *“são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração...”*. Mas, na verdade, pouco avançamos no sentido da efetivação dessa pretensão. A intenção, no

que se refere aos efeitos financeiros imediatos concernentes aos salários, é eficaz, mas não modifica muita coisa em relação aos resultados produtivos desejados e, muito menos, às relações nada amistosas entre o *capital* e o *trabalho*. O assalariado continuará, na hipótese da regulamentação de tal dispositivo, desprovido da propriedade e da participação na administração da empresa, pressupostos indispensáveis para eficácia daquele direito que, por sua vez, é corolário de quem é **sócio** ou **cooperador**. Nunca de quem é mero prestador de serviços.

Ademais, todos os esforços almejando a eliminação da *exploração do homem pelo homem*, através da estatização da propriedade privada e do coletivismo forçado dos meios produtivos, revelaram-se infrutíferos, pois, se de um lado assegurava-se uma relativa igualdade, de outro sacrificava-se a liberdade. O dito *socialismo real* fracassou nos países que o adotavam porque houve a supressão da liberdade, especialmente a da livre iniciativa e a de livre concorrência, sem as quais o mercado perdera a dinâmica, vindo, como consequência, a estagnação da economia. Na verdade, substituiu-se a exploração da iniciativa privada pela da pública. O Estado passou a considerar as pessoas não como individualidades distintas e autônomas, mas como partes semi-autônomas de um sistema estatal regido por planos econômicos. As pessoas estavam a serviço do Estado e da produção, e não o contrário. Enfim, criou-se um sistema propício a atividades de burocratas e intelectuais manietados aos interesses de *Leviatã*, onde só alguns poucos profissionais liberais e membros do partido governante tinham privilégios. Até mesmo os cultores do Direito – para não diferenciá-los muito de

alguns dos nossos juristas, em relação ao direito posto – passavam a maior parte do tempo a tecer elogios ao *direito socialista*, quando não faziam apologia gratuita ao regime.

2.4.2. A automação e a terceirização: O início do fim.

Colocamos entre as causas da rápida propagação do ato de automatizar e de terceirizar, adicionada a outros fatores não menos importantes como a busca de mais eficiência e o avanço da ciência e da tecnologia, a procura do empresariado por alternativas que isentem ou diminuam suas responsabilidades (ônus e encargos) para com a manutenção da relação empregatícia. O advento da informática modificou as atividades em todas as áreas na empresa, trazendo uma redução significativa da mão-de-obra não qualificada e um implemento dos mecanismos de controle e dependência do pessoal especializado sobressalente.

No caso da terceirização, em particular, ocorreu o mesmo fenômeno. A transferência de certas funções, da limpeza à entrega de componentes na indústria automobilística, por exemplo, revelou-se mais econômica, desencadeando, em muitas empresas, a prática desse meio de fuga das responsabilidades trabalhistas. A partir daí, essas empresas passaram a limitar-se à função essencial em razão da qual foram criadas, com as devidas conseqüências sobre o número de funcionários e já inconciliável relação *trabalho x capital*. Empresas de diferentes setores da economia, que antes viviam em completo isolamento, passaram a constituir verdadeiras “redes” de interesses interligados, enquanto

o fator **pessoalidade** do contrato de emprego perdia importância e, com isso, desmascarava-se o credo da supervalorização desse elemento na sua caracterização jurídica, ante a subvalorização da mão-de-obra. Com a terceirização, o hiato então existente entre o trabalhador terceirizado e a empresa aumentou. A partir daqui, a relação de emprego transforma-se em relação de coexistência de interesses sem vínculo. Para a empresa, perdeu qualquer sentido saber que o trabalhador terceirizado é fulano ou sicrano, ou se o serviço será executado por máquinas e engenhos automáticos; o que importa é a quantidade e a qualidade do serviço prestado, independentemente do aspecto salarial ou trabalhista daquele que o presta, ou da natureza física de quem o executa.

3. A institucionalização do contrato trabalhista

3.1. A intervenção estatal na relação de emprego

Falar de intervenção estatal na relação de emprego é, para alguns, de certa forma impertinente, porque é inquestionável que a relação de emprego é fruto do combate estatal contra as formas não-assalariadas de trabalho. Porém, somos levados a acreditar que o surgimento desse contrato deveu-se ao hiato criado com a ausência de relações trabalhistas como a servidão ou a escravidão, que, comparadas à sua natureza jurídica, são os seus antecedentes mais assemelhados. Todos eles, salvo raríssimas exceções, mantêm o vínculo por períodos longos e prestação continuada, com destaque para a subordinação que, variando de grau de intensidade de um para o outro, é característica comum e prevacente. Além disso, em todas elas o prestador

de serviço é também objeto do contrato, o que os distingue de todos os outros contratos sinalagmáticos.

As primeiras intervenções do Estado na relação de emprego deram-se com o reconhecimento político dos sindicatos operários e das corporações patronais. Posteriormente, vieram as leis de caráter estritamente trabalhistas de proteção aos acidentados em serviço, aos incapazes, às mulheres e a certas categorias de trabalhador.

O interessante é perceber que a estrutura ideológica da sociedade, aí incluído o Estado, nunca se preocupara muito com a questão da legitimidade da relação contratual individual em qualquer desses regimes de trabalho, exceto, quando alguns segmentos formadores de opinião, com a aquiescência de expressivos setores da produção, passaram a pressioná-la no sentido de aboli-los, ou de, pelos menos, impor normas de proteção aos mais vulneráveis, como os menores, as mulheres e os expostos às atividades perigosas e insalubres. E nesse ponto, o velho *Marx* tem toda razão em dizer: "a infra-estrutura econômica (*Unterbau*) condiciona, preponderantemente, as políticas da superestrutura ideológica (*Ueberbau*)".

A relação de emprego sucedeu ao escravismo, ocupando o trabalhador o lugar do servo na execução da prestação de serviço continuado e mediante subordinação. Nem os chamados *colégios dos artesãos* de Roma e nem as prestações de serviços esporádicos dos outros tempos são os embriões do trabalho assalariado. Naqueles o trabalho desenvolvia-se em forma associativa, sob inspiração religiosa¹⁰, nestas respeitando a autonomia das partes, não gerando vínculo de subordinação, mas de

10 RUSSOMANO, Mozart Victor, O empregado e o empregador no direito brasileiro - 7.ª edição - Ed. Forense, pág. 1.

simples gerenciamento do contratante para o prestador de serviço. E só eram utilizados esporadicamente, sem a importância que o trabalho escravo ou o familiar tinham para a economia de todos os tempos.

Na Idade Média, por outro lado, as corporações eram sociedades eminentemente patronais, compostas de produtores e artistas. Os produtores e mestres uniam-se nas corporações para a defesa de interesses comuns, cooperativos. A relação entre o mestre e os companheiros não era de subordinação econômica e contratual, mas de obediência regulamentar, tal como a do aluno em relação ao professor. E aí está a grande diferença das formas de trabalho por subordinação, tais como a escravista e a assalariada. Depois, devido ao imobilismo característico desse período, era normal o surgimento de formas cooperadoras de trabalho.

Mas o desenvolvimento do capitalismo, a partir da Revolução Francesa, suplantou as corporações. E se de uma lado o trabalhador ganhou a liberdade, principalmente inspirado pelo discurso individualista do século passado, de outro a burguesia florescente monopolizou os meios de produção, estabelecendo uma nítida e inexpugnável separação entre o *proletariado* e o *capitalista*.

A massa crescente de proletários, constituída principalmente por operários da indústria, passou a influir crescentemente no Estado. Em face disso, quando começaram a participar das campanhas eleitorais, a preocupação maior dos políticos foi, naturalmente, com a maioria; muito embora alguns - mas em razão dos interesses emergentes desta - defendessem posições de resistência ao estabelecimento de novos direitos trabalhistas.

Em conseqüência iniciou-se a história dos conflitos entre a classe trabalhadora e os detentores da produção, com o aparecimento, no século XIX, do *socialismo científico*, preconizado por *Marx e Engels*, e da *legislação trabalhista*.

O socialismo combatia o contrato trabalhista, pregando reformas estruturais do Estado e de toda a produção para que se abolisse, em definitivo, a exploração do homem pelo homem. A legislação, paralelamente, nos países onde o socialismo não se impôs como dogma estatal, seguia um plano menos ambicioso: formalizar direitos à classe trabalhadora sem mudar as estruturas ou a filosofia da relação de emprego. Esta posição generalizou-se a tal ponto que, mesmo em países como os EUA, onde a contratação coletiva de trabalho substituíra, com êxito, o direito legislado, o Estado interferia na relação, assegurando aos participantes das convenções coletivas e aos sindicatos de uma forma especial todas as garantias necessárias ao exercício dessa prática.

3.2. O Coroamento: A constitucionalização da relação de emprego

No Brasil, como bem assevera *Mozart Victor Russomano*¹¹, antes da reforma constitucional de 7 de setembro de 1926, tudo não passava, em termos de legislação trabalhista, de leis esparsas. O Código Civil, promulgado em 1916, vigorando a partir de 1.º de janeiro de 1917, continha, e contém, diversos dispositivos sobre trabalho, mas só na parte que trata do contrato de locação de serviços. Até então, os únicos

11 *Idem*, pág. 15.

benefícios concedidos pela lei brasileira diziam respeito ao seguro social e à regulamentação de algumas categorias profissionais, como os ferroviários, estivadores, menores etc. Todavia, advinda a legislação civilista, inseriu-se no texto da lei magna, através de emenda, um dispositivo que dava competência ao Congresso Nacional para legislar sobre condições de trabalho, o qual dizia, simplesmente, que a ele competia "*legislar sobre o trabalho*" (art. 34, n.º 28).

Mas a reforma ainda era muito tímida. Treze anos depois, com a Revolução de 1930, começou realmente a fase da intervenção legislativo-constitucional na relação de emprego, motivada, principalmente, pela necessidade de obter a adesão da classe trabalhadora ao movimento armado liderado por Getúlio Vargas, ante o apelo do socialismo crescente. Reconstitucionalizou-se o País pela promulgação da Carta de 1934, na qual os constituintes fizeram incluir os princípios básicos da chamada legislação social, como, por exemplo, a legitimação das convenções coletivas de trabalho (art. 121, e §§) e a universalização do direito à educação e à subsistência (arts. 149 e 113, n.º 34). A Constituição de 1934 foi, nesse aspecto, um marco histórico, pois desencadeou a produção de uma série de direitos trabalhistas, conduzindo, para a esfera pública, a relação de trabalho. Nunca, na história da República, o trabalhador houvera sido contemplado com tantas conquistas. A ponto do Senador *Josaphat Marinho*, em artigo publicado sob o patrocínio do Instituto Tancredo Neves, ter dito: "*Se a constituição de 1934 não foi revolucionária, no sentido de corporificar transformações radicais, enriqueceu-se de conteúdo progressista.*"

Prosseguiram-se, no entanto, as reformas no âmbito constitucional. O Presidente Dutra, em 1946, sob a égide de outra Carta, reestruturou a Justiça do Trabalho na conformidade dos demais órgãos judiciários, concedendo-lhe plena autonomia na autoridade dos seus julgados, com a fixação de critério para a escolha dos seus juízes togados. No mesmo ano, com a promulgação da Constituição de 1946, veio a integração definitiva da Justiça obreira entre os órgãos do Poder Judiciário. Adicionaram novos direitos trabalhistas, como o estabelecimento do direito ao repouso semanal remunerado, a participação dos empregados nos lucros da empresa, a estabilidade no emprego e, o mais importante, o direito de greve.

A Carta de 1988, sem trazer grandes inovações na relação empregatícia, elevou à categoria de norma constitucional vários direitos já reconhecidos da classe trabalhadora. Com exceção da licença-paternidade – reputada por alguns como uma excrescência legislativo-demagógica – e do acréscimo de férias, todos os principais direitos já tinham sido incorporados ao contrato de trabalho. O salário mínimo, a irredutibilidade de salários, o décimo terceiro, o repouso semanal remunerado, as férias anuais remuneradas, o aviso prévio, a aposentadoria e tantos outros não constituem nenhuma novidade ao empregado ou ao empregador. O legislador constituinte, é certo, tentou retirar água de pedra, mas, na verdade, cedendo à inversão de conquistas do mundo regido pelo contrato de emprego, dado à participação do trabalhador nos resultados da empresa (lucros e perdas) e à difusão do contrato coletivo de trabalho, percebeu que ao modelo já não era mais possível adicionar tantos encargos. Com exceção da participação

na gestão e nos resultados da empresa – que tem afinidade com o contrato de sociedade e incompatibilidade com o de trabalho – resta à classe obreira reivindicar conquistas ligadas ao ambiente de trabalho, ao lazer, à majoração dos salários, à redução das horas de trabalho e àquelas outras concernentes ao aperfeiçoamento dos direitos preexistentes. Isto, se persistirem em mantê-la desintegrada daqueles que dirigem os destinos do capital, conservando a relação empregatícia.

Outros supostos direitos não passam de princípios programáticos. O dispositivo do art. 6.º, por exemplo, define o trabalho como *direito social* – nada mais óbvio – mas não traz, nem poderia, mecanismos que garantam o *direito ao trabalho*. O dos arts. 1.º, inciso IV, 170 e 193, todos da referida Carta, também se inserem na mesma categoria.

Reconhecemos que a constitucionalização da relação de emprego trouxe arrimo ao trabalhador quanto a valores essenciais que não poderiam ser excluídos do contrato individual, dificultando-lhes, pelo menos, a revisão. Entretanto, perguntamos: A constitucionalização trouxe mudanças efetivas ao convívio conflitante entre *trabalho* e *capital*? E a promessa da participação do trabalhador na gerência e nos lucros ou resultados da empresa saiu do papel e das intenções? Cremos que a constitucionalização prestou maiores favores ao empregador do que ao empregado. E a razão é simples: manteve-se o *status quo* daquele em detrimento deste. Engana-se o trabalhador com lazer, salários mais apreciáveis, menos horas de serviço, conforto e propaganda exaltando a *dignidade do trabalho*, enquanto o detentor do capital mantém o

controle absoluto do empreendimento, negando-lhe o sagrado direito de ter acesso ao que produz, seja participando na sua co-gestão, seja nos seus resultados efetivos.

4. A institucionalização e suas conseqüências

Denominamos institucionalização a admissão legislativa, tácita ou expressa, de qualquer prática da vida civil, ou costume, por parte do Estado, conferindo-lhe legitimidade positiva e, em alguns aspectos, regulando-a para que seja difundida e tenha ampla eficácia.

O Estado, ao passar do tempo, institucionalizou inúmeras relações e costumes, elevando-os à categoria de instituições de direito. No campo das relações trabalhistas, particularmente, todas as imposições dos setores produtivos mereceram guarida do setor público, que as dogmatizou.

Como já vimos anteriormente, o elemento essencial para caracterização do contrato individual de trabalho é a *subordinação jurídica* do empregado ao empregador. Constitutivo desse elemento é o poder de dirigir o conteúdo da prestação laborativa. Esse poder de direção envolve o de controle, o de fiscalização do cumprimento e o de aplicação de sanções disciplinares. Como contrapartida, ao empregado incumbe os deveres de obediência e diligência durante a prestação do serviço para o qual foi contratado.

Mas essa subordinação jurídica, se viesse desacompanhada de outras características que lhe são próprias, por si só não causaria nenhum mal à relação, pois reconhecemos ser até uma necessidade à execução de qualquer serviço em regime de disciplina. O que, em nosso entender, macula a relação de emprego, é a ausência

da *affectio societatis* entre os detentores dos meios geradores da produção e a possibilidade de qualquer deles, a todo tempo, independentemente de prévia partilha do patrimônio acrescido que cabe a cada um dos contratantes rescindir o ajuste. A lógica da relação é a de que o trabalho humano representa um meio a serviço do capital. Admite-se até a sociedade entre capitais, mas, raramente, entre capital e trabalho. Trata-se o trabalho com menos importância; como se ele não gerasse renda e o capital fosse algo que se multiplicasse, no âmbito da empresa, como um moto contínuo, independentemente dos esforços dos componentes humanos hierarquicamente subordinados.

É evidente, portanto, que por esse modelo de contrato há um locupletamento sem causa do empregador com graves prejuízos ao empregado, especialmente quando este é desligado do negócio, deixando-o desprovido de qualquer patrimônio, exceto algumas indenizações desvinculadas do capital e o saldo pecuniário de direitos que não utilizou.

Nessa relação de contrários, de forças antagônicas, a institucionalização não trouxe a paz tão esperada; trouxe, ao contrário, algumas amarras ao modelo. A partir do momento em que lhe deu positividade, legitimando-o, padronizou-se um tipo vantajoso para o produtor e desprestigiaram-se as demais formas contratuais de produção, como a própria prestação autônoma de serviço, a parceria, a empreitada e o contrato de sociedade.

Ademais, a intervenção no contrato de trabalho veio mais com o intuito de justificá-lo perante a opinião pública e o empregado descontente do que, propriamente, assegurar novos direitos aos trabalhadores. Adicionavam-se-lhes direitos na mesma proporção que os

movimentos operários recrudesciam na Europa e nos centros industrializados do resto do mundo, movidos pelo *sopro de socialização*¹² crescente. Os governos, especialmente os de orientação fascista, foram hábeis institucionalistas desses direitos. Em nenhum governo o contrato individual de trabalho ganhou tanta vigilância e intervenção. Não é mera coincidência que, no Brasil, durante o Governo de Getúlio Vargas, tantos avanços foram sentidos nessa área. A elaboração da CLT e a instituição da Justiça do Trabalho são os exemplos mais notáveis. Em contrapartida, o populismo ascendeu, o proletariado silenciou e o modelo contratual trabalhista vigente conservou-se intocável.

5. Conclusão

A positivação de certas relações privadas não as transforma em algo moralmente desejável; quando muito em uma instituição de direito que deve servir de padrão juridicamente admissível. Com o contrato de emprego esse fenômeno manifesta-se com mais agudeza. O grau elevado de ingerência do Estado nessa relação, com o aditamento ao contrato de inúmeros encargos ao empregador e direitos ao empregado, não libertou este da exploração daquele e nem permitiu uma maior proximidade de ambos os contratantes. A lógica da relação ainda é de contigüidade e não associativa. Contrata-se o trabalhador com a precaução de criar o mínimo de vínculo possível, vedando-lhe, no âmbito das empresas, por exemplo, a participação no capital sobressalente que gera. O salário, em virtude da demanda crescente de mão-de-obra, é fixado considerando

12 Expressão utilizada por Ruy Barbosa em um dos seus discursos.

mais a conveniência do empregador e as leis de mercado do que o justo salário. Negocia-se, na verdade, o trabalho como uma mercadoria qualquer: algo cujo preço varia ao sabor da oferta e da procura. Pouquíssima relevância tem a pessoa do empregado. O que importa é a qualidade e o grau de oferta do serviço ou do trabalho locado.

Sem revoluções e sem atentar contra os direitos à propriedade, à livre iniciativa e à liberdade de pensamento e de associação, a transformação da relação empregatícia no trabalho associativo ou cooperado poderia ser indolor, desde que, simplesmente, o Estado passasse a incentivar, no âmbito das empresas, a prática cada vez mais constante da admissão de sócios-trabalhadores ao lado dos sócios-capitalistas até coibir em definitivo a contratação empregatícia.

Antecedendo a esse incentivo público, viriam naturalmente as vantagens próprias e decorrentes da *affectio societatis*, tais como:

- a) a sensação subjetiva de ter em comum a mesma empresa, sua administração e seu destino;
- b) o salário seria substituído, em definitivo, pelo "*pro labore*", ou seja, real participação nos lucros e nas perdas da empresa;
- c) a empresa libertar-se-ia dos famigerados e pesados encargos trabalhistas, mas, em compensação, o trabalhador adquiriria parte do patrimônio daquela por conta de sua participação societária;
- d) o trabalhador, tal como o empresário, sentiria de imediato os resultados de sua administração e do

seu trabalho, percebendo mais, nos períodos de fartura, e menos, nas épocas de crise, conscientizando-se assim de sua responsabilidade diante da empresa e da economia do país como um todo;

- e) a empresa escolheria com mais critério os seus trabalhadores, tendo em vista muito mais as suas qualidades morais do que as profissionais;
- f) haveria uma homogeneização das forças que representam o capital e o trabalho, com uma integração mais efetiva e produtiva entre os diversos setores e, por via de consequência, uma maior unidade de desígnios e interesses.

Caberia ao Estado, evidentemente, estabelecer as normas gerais do contrato de sociedade no novo regime trabalhista, regulando a admissão, a permanência e a exclusão de trabalhadores dos quadros sociais das sociedades empresariais, de forma a evitar o desvirtuamento das relações societárias nas empregatícias disfarçadas, instituindo pesadas punições aos seus infratores, tal qual acontece, atualmente, com aqueles mantenedores do trabalho escravo.

Nas atividades em que não fosse possível a introdução do trabalho em regime de sociedade ou de cooperativas, o Estado permitiria, sem vínculo de subordinação, o livre estabelecimento de contratos já previstos em nosso Direito Civil, como a empreitada, a parceria, a constituição de renda e a prestação de serviços nas demais modalidades, desde que preservassem a autonomia e a igualdade das partes contratantes.

Cabe, por fim, na atualidade, a nós, integrantes da denominada comunidade jurídica, questionar

urgentemente a natureza do trabalho assalariado. Dizer que existe ética num contrato só porque uma das partes, supostamente, recebe o salário equivalente ao trabalho despendido em favor de outra, ao contrário da relação escravocrata, ou porque a mesma usufrui, ao lado da remuneração, de mais de uma dezena de direitos trabalhistas garantidos constitucionalmente, é acreditar na infalibilidade de nosso direito positivado. É imoral tratar o trabalhador como uma mercadoria qualquer, pela mesma razão porque a sua vida, a sua sexualidade, a sua liberdade e a sua dignidade são bens inegociáveis e incomensuráveis. É lícito, sem dúvida, negociar os produtos do nosso trabalho, pois tudo que é humano e está no comércio é fruto dele, mas é abominável quando se negocia, em si, a própria fonte de todas as riquezas. Imaginemos, por exemplo, qual o valor justo do trabalho. O salário mínimo? O salário negociado? Ou o produto resultante da conjugação do capital mais o trabalho dividido pelo número de participantes? Pensemos nisso. A nova era já desponta no horizonte cobrando-nos soluções para problemas tão antigos quanto a vida em sociedade. É chegada a hora da abolição do trabalho assalariado no mundo.

6. Referências Bibliográficas

6.1. Livros:

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro, F. Alves, 1919.
- BORSI, Humberto & PERGOLESI, Ferruccio. *Trattato di Diritto del Lavoro*, 3.^a ed. Padova, CEDAM, 1958. 4 vols.
- CALDERA, Rafael. *Relação de Trabalho*. Tradução de Cármen Dolores Corrêa Meyer Russomano. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1972.
- CARNELUTTI, F. *Teoría General del Derecho*. 2.^a ed., Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955.
- CARVALHO DE MODONÇA, M. I. *Contratos no Direito Civil Brasileiro*. Forense, Rio de Janeiro, 1955. 2 vols.
- CARVALHO DE MEDONÇA, M. I. *Doutrina e Prática das Obrigações*. 4.^a ed. Rev. Forense, Rio de Janeiro, 1956. 2 vols.
- CASTRO, Amílcar. *Direito Internacional Privado*. 2.^a ed. Forense, Rio de Janeiro, 1968. 2 vols.
- CESARINO JÚNIOR, A.F. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 4.^a ed. F. Bastos, Rio de Janeiro, 1956
- CESARINO JÚNIOR, A.F. *Direito Social Brasileiro*, 5.^a ed. F. Bastos, s.d. Rio de Janeiro
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Codificação. In: *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro. Borsoi (s.d.) vol. 9.
- FERREIRA, Luis Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 4.^a ed. Ed. Saraiva, São Paulo, 1978.

- GOMES, Orlando. *Contratos*. 8.^a ed. Forense, Rio de Janeiro, 1981.
- JÚNIOR, Edmundo Lima de Arruda. Org. *Lições de Direito Alternativo 1*. Editora Acadêmica, São Paulo, 1992.
- JÚNIOR, Edmundo Lima de Arruda. Org. *Lições de Direito Alternativo 2*. Editora Acadêmica, São Paulo, 1992.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3.^a ed. Tradução de João Baptista Machado; revisão para a edição brasileira Silvana Vieira. São Paulo, 1991.
- MAZZONI, Giuliano. *Relações Coletivas de Trabalho*. Trad. de Antônio Lamarca. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1972.
- PAULON, Carlos Artur. *Direito Alternativo Do Trabalho*. Editora LTR, São Paulo, 1984.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vols. 6. Forense, Rio de Janeiro, 1993.
- PIMENTA, Prof. Joaquim. *Sociologia Econômica e Jurídica do Trabalho*. Livraria Freitas Bastos, 5.^a Edição, Rio de Janeiro, 1957.
- RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO / Coordenação: João de Lima Teixeira Filho – Ltr, São Paulo, 1989. Estudos em Homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind.
- RELAÇÕES TRABALHISTAS NO JAPÃO: *Características Fundamentais*. Compilado e Editado por Katsumi Yakabe, Consulado Geral do Japão, Rio de Janeiro, 1976.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Ed. Saraiva, 2 vols., São Paulo, 1988.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 1.^a ed. Ed. Aide, 3 vols. Rio de Janeiro, 1991.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Ed. Saraiva, 7 vols., São Paulo, 1979.
- RUSSOMANO, Mozart Vitor. *O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro* – 7.^a ed. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1984.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego – Estrutura Legal e Supostos*. Saraiva, São Paulo, 1975.

6.2. Revistas

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. "Contrato Coletivo de Trabalho: Utopia ou Realidade?" Palestra proferida na Comissão de Política de Relações Trabalhistas, no 58.º Encontro Nacional da Indústria de Construção (Belém, 26.5.1993). pp. 48-58.

NETO, Agostinho Ramalho Marques Neto. *A Importância do Direito no Brasil de Hoje*. Revista Quadrimestral da AMATRA IV, n.º 3, Outubro/1994, pp. 4-9.

NUNES, Manoel Jacinto. "CO-GESTÃO – Que Futuro?" Homenagem ao Prof. J. J. Teixeira Ribeiro. Revista de Direito do Trabalho, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 77, pp. 7-10.

PRUNES, José Luiz Ferreira. "O Primeiro Ato para a Integração Efetiva do Trabalhador Brasileiro na Empresa: Participação de empregado nos lucros e na produção". Comunicação feita ao III Congresso Ibero-americano de Derecho del Trabajo – Sevilla, 39. IX a 3. X de 1970.

SAYÃO, Arion Romita. "A Participação em Lucros como Meio de Integração do Trabalhador na Vida e no Desenvolvimento da Empresa". Revista de Direito do Trabalho, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 68, pp. 3-26.

ASPECTOS PROCESSUAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Sidney Sanchez

Ministro do Supremo Tribunal Federal

Temos, entre nós, o controle de constitucionalidade de todos os atos administrativos e normativos, federais, estaduais e municipais, pelo sistema difuso, de inspiração norte-americana, realizado, no Brasil, por qualquer juiz singular ou tribunal (órgão colegiado), este no exercício de competência originária ou recursal; o controle concentrado, *in abstracto*, em relação a leis ou atos normativos federais e estaduais, segundo a inspiração de modelos europeus, deferida, para esse fim, competência exclusiva ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, *a*, da CF), permitido, também, aos Tribunais de Justiça dos Estados o controle de constitucionalidade de Leis ou Atos Normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º) e o controle direto de constitucionalidade, por razões que podem levar à intervenção federal nos Estados, ou dos Estados em seus municípios (arts. 34, V, 35, V, 36).

A primeira **Constituição Republicana Brasileira**, de 24/2/1891, já previa o controle de constitucionalidade, pelo sistema difuso, ao admitir recurso, para o Supremo Tribunal Federal, contra decisões de juízes e Tribunais Federais ou Estaduais, que houvessem tratado de questões constitucionais federais (art. 59, "2" e § 1º, *b*).

Em linhas gerais, o controle, pelo sistema difuso, foi mantido nas Constituições de 1934 (art. 76, *a, b e c*), de 1937 (art. 101, *b e c*), de 1946 (art. 101, III, *a, b e c*), de 1967 (art. 114, III, *a, b e c*), de 1969 (Emenda Constitucional 1/69) (art. 119, III, *a, b e c*), e de 1988 (art. 102, III, *a, b e c*). Esta última, de 5/10/1988, diz, no art. 102, que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe, quanto ao que aqui interessa, julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição (III, *a*); declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (III, *b*); ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição.

O parágrafo único do mesmo art. 102 acrescenta que a argüição de descumprimento de preceito fundamental da Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Como a lei, aí prevista, ainda não existe, tal competência do Supremo Tribunal Federal ainda não pode ser exercitada.

Os dispositivos das sucessivas **Constituições Republicanas do Brasil**, desde a 1ª, de 1891, até os da atual, de 1988, sempre deixaram, senão explícito, pelo menos implícito, que as instâncias ordinárias da Justiça brasileira, federal ou estadual, de 1º e 2º graus, podiam examinar questões constitucionais federais, com recurso, em última e extraordinária instância, para o Supremo Tribunal Federal.

Por isso mesmo, as leis infraconstitucionais, que regulam o processo das ações em juízo, no Brasil, a partir de 1891, sempre estabeleceram que os juízes de

primeiro e segundo graus, seja na área da Justiça da União e dos Estados (processo civil e penal), seja na área reservada à Justiça Militar (processo penal), à Justiça do Trabalho (processo trabalhista), ou à Justiça Eleitoral, nos limites de sua jurisdição e competência, podiam e podem decidir todas as questões de fato e de direito suscitadas no processo, inclusive, portanto, as de direito constitucional.

A constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, pode ser declarada, incidentalmente, por qualquer juiz ou tribunal, sempre nos limites de sua jurisdição e competência, originária ou recursal, ainda que não suscitada pelas partes, desde que necessária ao julgamento da ação ou do recurso, para extinção do processo com ou sem exame do mérito. E como, nesses casos, a decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei tem caráter meramente incidental – e não principal – sua eficácia opera, apenas, *inter partes*, não assim, *erga omnes*.

Em se tratando, porém de decisão do Supremo Tribunal Federal, que, no exercício de sua competência originária ou recursal, declare incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei, será feita, logo após, a comunicação à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 52, X da CF, ou seja, para que este suspenda a execução (da lei), no todo ou em parte, conforme o decidido pela Corte. Neste caso, a decisão incidental do Supremo Tribunal Federal, que já possuía eficácia *inter partes*, passa a tê-la *erga omnes*.

Reza o art. 97 da CF que somente pelo voto da maioria de seus membros ou dos membros do respectivo

órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Trata-se de norma geral sobre requisito de validade da declaração, esta aplicável não apenas à de caráter incidental como, também, à de caráter principal.

No Supremo Tribunal Federal, integrado por onze ministros, o julgamento realiza-se com *quorum* (mínimo) de oito e a constitucionalidade ou inconstitucionalidade somente é declarada se num ou noutro sentido tiverem-se manifestado seis Ministros (art. 173 do RISTF).

Dos Tribunais Superiores, o único que não julga recurso sobre questões constitucionais decididas na instância de origem é o Superior Tribunal de Justiça, porque sua competência, em grau de recurso especial, cinge-se a apreciar apenas questões infraconstitucionais (art. 104, III, *a, b e c*).

Não está impedido, porém, o Superior Tribunal de Justiça de, mesmo no recurso especial, decidir, incidentalmente, sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei que esteja, por exemplo, sendo objeto de discussão no recurso especial. Nesse caso, caberá recurso extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, sobre a questão constitucional então suscitada e resolvida (art. 102, III, *a, b e c*). Também podem decidir, incidentalmente, questões constitucionais, seja no exercício de sua competência originária, seja no julgamento de recurso ordinário (art. 105, I e II).

Mencionei, de início, o controle direto de constitucionalidade, que exerce o Supremo Tribunal Federal, na chamada representação interventiva. Trata-se de hipótese já prevista em Constituições anteriores,

e que, na atual, de 1988, regulou-se nos arts. 34, VII, e 36, III *in verbis*:

"Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública.

"Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, I."

O tribunal, nesse caso, só verifica se tais fatos ocorreram, para, então, acolher o pedido de intervenção.

Referi-me, igualmente, ao controle direto de constitucionalidade, que pode ser feito pelos Tribunais de Justiça dos Estados, em se tratando de representação interventiva, ou seja, para intervenção dos Estados nos Municípios. Trata-se do disposto no art. 35, segundo o qual o Estado não intervirá em seus municípios, exceto quando: IV – o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual.

Há, ainda, no sistema constitucional brasileiro, o controle de constitucionalidade, concentrado, *in abstracto*, de lei ou ato normativo federal ou estadual, realizado, exclusivamente, pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *a*, da CF).

E a Constituição, no art. 125, permite aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade

de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. Quanto a este último, a questão complica-se, quando a norma da Constituição Estadual, que se afirma violada por leis ou atos normativos estaduais ou municipais, reproduz, no todo ou em parte, outra norma da CF.

Nesse caso, precedente do Supremo Tribunal Federal admite que o julgamento se faça no Tribunal Estadual, sob o enfoque da norma da Constituição Estadual, com recurso para ele, Supremo Tribunal Federal, se no julgamento houver violação da CF.

A não ser assim, um Tribunal estadual poderá fixar o entendimento sobre matéria constitucional federal, com eficácia *erga omnes*. E, se não houver recurso para o Supremo Tribunal Federal, nesse caso, a eficácia *erga omnes* poderá ser questionada. De qualquer maneira, nesse caso, já não se poderá falar, a rigor, em controle concentrado, propriamente dito, pois, em tese, caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal.

Passo, agora, a examinar o direito positivo brasileiro sobre a ação direta de inconstitucionalidade, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, que tem como precedente histórico a Representação de Inconstitucionalidade prevista na Emenda Constitucional 16, de 26.11.1965, durante, portanto, a vigência da Constituição de 1946 e que se manteve na CF de 1967 e na Emenda Constitucional 1/69.

Diz o art. 102, I, *a*, da CF, que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Por aí já se vê que

não é admissível ação direta de inconstitucionalidade sobre ato normativo municipal, em face da CF.

O controle de constitucionalidade de ato normativo municipal em face da CF só se realiza, então, pelo sistema difuso, não pelo concentrado. Até porque seria praticamente impossível, a um só tribunal, exercer o controle de constitucionalidade, *in abstracto*, de aproximadamente cinco mil municípios.

Também os atos meramente administrativos, sejam federais, estaduais ou municipais, somente se submetem ao controle de constitucionalidade pelo sistema difuso, já que seria igualmente impraticável deferir o controle concentrado a uma só corte.

Quando se trata de regulamento autônomo, ou seja, não de ato meramente regulamentar, mas de normatividade própria, originária, é juridicamente possível a ação direta de inconstitucionalidade, em face da CF, perante o Supremo Tribunal Federal, desde que se trate de ato normativo federal ou estadual. Não, assim, municipal.

Quando o ato meramente regulamentar ultrapassa os limites da lei, não cabe, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o controle de constitucionalidade, porque se trata, antes, de uma ilegalidade. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal (art. 103): I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado (e, naturalmente, também o do Distrito Federal); VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – Partido Político com representação no Congresso

Nacional; IX – Confederação Sindical ou Entidade de Classe de Âmbito Nacional.

A Presidência da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e a Procuradoria-Geral da República, dada a própria natureza das instituições, podem promover ação direta de inconstitucionalidade (em face da CF) de leis ou atos normativos federais ou estaduais, quaisquer que eles sejam, independentemente da pertinência entre o colimado na ação e a área de atribuições e competências de cada uma delas.

Assim, também o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por suas finalidades institucionais, destacado que foi, nesse ponto, pelo constituinte, em inciso especial, embora sem essas finalidades, configure, ao mesmo tempo, uma entidade de classe de âmbito nacional. Já as Mesas de Assembléias Legislativas e os Governadores dos Estados só podem promover ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais.

Quanto às leis e atos normativos de outros Estados, essa legitimidade só se mantém se houver pertinência objetiva com a defesa dos direitos e interesses do Estado promovente, ou seja, quando a lei ou o ato normativo do outro Estado ensejar sacrifício a direito ou interesse legítimo do proponente da ação, decorrente, direta, ou indiretamente, da CF. Ou então se tiver em jogo o princípio federativo, por cuja eficácia também aos Estados cabe zelar.

Quanto aos partidos políticos, basta que tenham representação no Congresso Nacional, podendo ser apenas em uma das Casas, ou seja, no Senado ou na Câmara dos Deputados. No âmbito sindical, somente a

confederação, entidade de terceiro grau, tem legitimidade para a propositura da ação. Não, assim, os sindicatos (entidades de primeiro grau), nem as federações (entidades de segundo grau).

Também não têm legitimidade entidades que reúnam diferentes categorias sindicais de trabalhadores, como é o caso das centrais, pois não se caracterizam como confederações.

Quanto às entidades de classe de âmbito nacional, legitimadas à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, estão incluídas apenas as referentes a categorias profissionais ou econômicas. Não as chamadas classes sociais, ou segmentos da sociedade reunidos em associação, mas, sem aquele caráter.

Assim, não têm essa legitimidade ativa, na ação direta, as entidades estranhas à defesa de interesses profissionais ou econômicos de uma mesma categoria. Por exemplo, associações de amigos da democracia, ou de proteção à natureza, aos direitos humanos, enfim, destinadas à preservação de valores outros (sempre sumamente respeitáveis, é claro, mas não voltados aos direitos e interesses de categoria profissional ou econômica).

Também não se legitimam à propositura entidades que reúnam, a um só tempo, associações civis e entidades sindicais, pois a Constituição tratou-as separadamente, inclusive quanto à legitimação. Nem as que configurem uma reunião de associações, ou seja, uma associação de associações, pois nesse caso, os representados pela associação são as próprias associações e não, diretamente, seus filiados.

Por um lado, se caracterizarem como entidades de classe de âmbito nacional, hão de estar filiadas

pessoas radicadas em pelo menos nove Estados da Federação, à semelhança do que se exige, como índice de representatividade mínima, para efeito de registro provisório, aos partidos políticos, que também precisam ser nacionais.

Por outro lado, tanto as Confederações Sindicais, quanto as entidades de classe de âmbito nacional só terão legitimidade para, em ação direta, impugnar leis ou atos normativos, federais ou estaduais, que envolvam, direta ou indiretamente, direitos ou interesses da categoria ou da classe que representam.

Essas interpretações não extensivas ao Supremo Tribunal Federal visam a evitar a vulgarização da ação direta de inconstitucionalidade e possibilitar à corte o exercício efetivo de sua missão, o que seria praticamente impossível se fosse menos exigente, no ponto, ou seja, na interpretação do IX do art. 103.

A eficácia da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, com observância do *quorum* já referido, declarando a procedência, total ou parcial da ação, ou sua improcedência, ou seja, a inconstitucionalidade total ou parcial da lei ou do ato normativo impugnado, ou sua constitucionalidade, tem eficácia *ipso jure e erga omnes*, ou seja, independentemente de qualquer comunicação ao Senado Federal, ou de ato deste para sua suspensão, que só exigem quando se trate de controle incidental, não concentrado.

Na ação direta de inconstitucionalidade, em que se impugna lei ou ato normativo, em tese, *in abstracto*, não há interesses concretos ou direitos subjetivos em jogo. Por isso mesmo não há partes propriamente ditas, não se admite intervenção de assistentes, não há juízes impedidos e não se permite desistência. Aliás, são

ouvidos os órgãos que elaboraram as leis ou os atos normativos impugnados, para que prestem as informações e não para defender direito próprio ou alheio. E tais informações podem até ser dispensadas (RISTF).

A inexistência, porém, de força vinculante, nessas decisões do Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade, tem acarretado inúmeros percalços, junto aos Poderes Executivo, Legislativos e Judiciário, pois permite que aqueles renovem os atos declarados inconstitucionais, e o que é pior, enseja que este último, o Judiciário, em seus vários segmentos, insista em decidir sobre as mesmas leis ou atos normativos, segundo seu próprio convencimento, sem levar em conta o decidido pela Corte Suprema, com eficácia *erga omnes*.

Uma das competências mais expressivas do Supremo Tribunal Federal, afora essa de processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade, é a prevista no art. 102, I, p, da CF, segundo o qual pode a corte deferir pedido de medida cautelar, no respectivo processo. Assim, ao deferi-la, pode suspender, no todo, ou em parte, a eficácia de leis ou atos normativos federais ou estaduais.

E já chegam a 1.516 as ações ajuizadas, em 99,99% das quais há requerimentos de medida cautelar, às vezes envolvendo todo o texto, às vezes apenas parágrafos, incisos ou certas expressões, cuja suspensão pode mudar até o sentido e o objetivo da lei, e que, todavia, não se permite a um legislador negativo, como é o órgão incumbido do controle de constitucionalidade.

Via de regra, as medidas cautelares têm eficácia *ex nunc*. Vale dizer, eventual suspensão da lei ou ato normativo impugnado só produz efeitos a partir da

publicação do resultado do julgamento no *Diário Oficial*. Excepcionalmente, porém, a cautelar terá eficácia a partir de outro momento, em face das peculiaridades do caso.

Já a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo tem eficácia *ex nunc*, embora, durante certo tempo, a jurisprudência do tribunal admitisse a eficácia apenas *ex nunc*.

Aliás, tudo que venho afirmando é o que tem sido assentado pelo Supremo Tribunal Federal, às vezes por maioria, escassa ou não, às vezes por unanimidade.

Antes a jurisprudência do tribunal admitia o julgamento de mérito de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo revogado após sua propositura, em face de eventuais efeitos residuais. Ultimamente, porém, a orientação é em sentido contrário, ou seja, revogada a lei ou o ato normativo impugnado na ação direta, esta se julga prejudicada, por falta de objeto, já que nela não se consideram eventuais efeitos residuais, cujo exame fica relegado para o controle *in concreto, inter partes e não in abstrato*.

Por outro lado, só admite a jurisprudência do Tribunal ação direta de inconstitucionalidade em que se impugne lei ou ato normativo, federal ou estadual, posterior à Constituição. Não, assim, quando anterior a esta. É que, na ação direta, a missão da corte é preservar a Constituição em vigor. E não a anterior. Quanto a esta última, exerce seu controle pela via incidental do sistema difuso.

O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo

Tribunal Federal. É o que determina o § 1º do art. 103 da CF.

Essa determinação tem esmagado a Procuradoria-Geral da República, cuja equipe, embora moral e intelectualmente de alto nível, e de grande capacidade de trabalho, é numericamente reduzida. Insuficiente, pois, para cumprir a enorme e relevante tarefa, o que tem procurado fazer a duras penas.

Estabelece o § 2º do art. 103 que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao **Poder Competente** para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, por omissão do **Poder Competente**.

Mas para a curiosamente julgada precedente, só se fixa prazo para as providências cabíveis, se se tratar de omissão de órgão administrativo. Não, assim, se se cuidar de omissão do Poder Legislativo. O § 3º do art. 103 acrescenta que, quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Não se trata de parte no processo, pois, como ficou dito, na ação direta não há partes propriamente ditas a defenderem direitos e interesses próprios ou alheios. O advogado geral atua como curador da presunção de constitucionalidade, em tese, da lei ou ato normativo impugnado. Isso o obriga a defender até eventualmente, uma lei, ou ato normativo estadual, que contenha violação à competência da União, embora seja ele o Advogado Geral da União, o que não deixa de ser

um contra-senso. E não pode se recusar a cumprir a missão que a Constituição impõe-lhe.

Ressentia-se o direito positivo brasileiro da falta de previsão de uma ação direta de constitucionalidade. Essa lacuna foi preenchida pela Emenda Constitucional 3, de 17/3/1993, na parte em que alterou os arts. 102 e 103 da CF. É que, por essa nova redação, foi atribuída competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (nova redação da alínea *a*, I do art. 102).

É esta a nova redação do § 2º do mesmo artigo: "as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo". E a do § 4º: "a ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República."

A constitucionalidade das inovações trazidas, nesse ponto, pela Emenda Constitucional 3/93 já foi incidentalmente reconhecida, pelo supremo Tribunal Federal, quando do exame dessa questão prévia na Ação Direta de Constitucionalidade I, de que foi relator o eminente ministro Moreira Alves.

Ao ensejo, o Tribunal considerou não violados, pelas normas inovadoras, qualquer princípio constitucional e qualquer das cláusulas pétreas previstas no § 4º do art. 60 da CF. Nem mesmo o que protege o direito ao acesso ao Judiciário, à ampla defesa, ao contraditório

e ao devido processo legal. Até porque esses princípios protegem o indivíduo no exercício de seus direitos, nos casos concretos, *inter partes*. E na ação direta de constitucionalidade não há interesses subjetivos em conflito, por se tratar de julgamento de validade de lei em tese. Por isso mesmo, nela também não se admite desistência da ação, nem a intervenção de assistentes, já que não há no processo partes propriamente ditas.

E à falta de lei reguladora do procedimento da ação direta de constitucionalidade, fixou o Tribunal o rito a ser seguido, até que aquela sobrevenha, seguindo em linhas gerais o previsto para a ação direta da inconstitucionalidade. E não deixou de realçar a força vinculante de suas decisões, nessa espécie de ação, a ensejar reclamações contra atos do Executivo e Judiciário que eventualmente não a observem. Mas exigiu que, na propositura da Ação Direta de Constitucionalidade, fique, desde logo, demonstrada a existência de julgados divergentes sobre a norma em questão.

Tem o Supremo Tribunal Federal admitido a constitucionalidade de certas leis e atos normativos, desde que se lhes dê a interpretação que explicita. Trata-se da interpretação conforme admitida pela jurisprudência constitucional alemã. E a doutrina brasileira agora evolui no estudo da declaração de inconstitucionalidade, sem pronunciamento de nulidade da lei ou do ato normativo impugnado.

Exemplo dessa hipótese seria a de uma lei ou ato normativo que fixasse o salário-mínimo, sem a atender todas as exigências constitucionais sobre os valores que o devem compor. Seria inconstitucional, mas nem por isso haver-se-ia de proclamar, desde logo, a nulidade

do ato que o fixou, sob pena de deixá-lo sem fixação ou de remetê-la à norma anterior.

Tem admitido, também, o Tribunal, a constitucionalidade temporária da lei, ou seja, pode esta tornar-se inconstitucional se ocorrerem certas circunstâncias no futuro. Exemplo disso é o de uma lei que fixa prazo em dobro para o recurso do Defensor Público, enquanto o do Ministério Público, a parte contrária, é prazo singelo.

A lei é constitucional porque visa a propiciar às Defensorias Públicas condições de funcionarem a contento, mesmo enquanto estiverem precariamente estruturadas e instaladas. Mas quando suas condições de estruturação e instalação estiverem em pé de igualdade com as do Ministério Público, então já não haverá razão para tratamento diferenciado para as partes do mesmo processo.

A medida cautelar prevista no art. 102, I, p, da CF pode eventualmente ser deferida ou indeferida na ação direta de constitucionalidade, para o fim de lhe assegurar a eficácia futura, com a eventual suspensão dos processos em que a norma esteja sendo discutida.

A CRIMINALIDADE FEMININA E SUAS ESPECIFICIDADES

Valéria Maria Cavalcanti Lins Lemos

Professora da Universidade Federal de PE., Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, disciplinas Criminologia e Direito Penal Complementar. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de PE-UFPE. Especialista em Direito pela Universidade Federal Goiás - UFGO. Foi professora titular de Deontologia Jurídica e Odontologia Legal da Faculdade de Direito de Anápolis-GO.

A criminologia como *Ciência* essencialmente empírica é indubitavelmente um dos campos mais fascinantes do conhecimento humano. Estudar o crime, o criminoso e a criminalidade como objetos da Criminologia, é transpor áreas na sua multidisciplinariedade e ousar na tentativa de não só acompanhar evoluções teóricas, mas contribuir de forma eficaz na tentativa de apresentar medidas de verdadeira ressocialização do criminoso e, se possível, de contenção e prevenção da criminalidade. Por não serem objetivos únicos da criminologia, são desse modo um incontestável desafio. Por ser Ciência que parte da experiência, nos oferece um universo cuja concentração mais evidente é o ser humano em todas as suas "nuances" como um ser complexo e um eterno "desconhecido", pois a Criminologia é tão vasta quanto o universo humano.

Este trabalho, composto de textos preconcebidos, demonstra que a mulher como um ser que evoluiu e avançou consideravelmente no cenário social, é na essência a mesma mulher biologicamente, excetuando

os avanços da medicina, porque a natureza lhe concedeu privilégios ou "tensões" que a torna única, sem par.

As circunstâncias do crime são múltiplas, podemos estudá-las como concausas, ou causas isoladas, porém o fato de retomar uma teoria aparentemente retrógrada, que é a causa biopsíquica como fator de criminalidade, é ignorar uma realidade óbvia.

Muitas causas foram postas de lado, isso porque o fator sócio-econômico é a causa principal em todos os níveis da criminalidade humana; é mais absurdo afirmar que a corrente cartográfica adota a criminologia como termômetro de criminalidade, do que mesmo uma tensão pré-menstrual (S.T.P.M – Síndrome da Tensão Pré-menstrual), que sendo um traumatismo somático e psíquico poderá acarretar em uma patologia suscetível da apreciação do juiz, do jurista, do psiquiatra, do psicólogo, do assistente social e da administração penitenciária como um todo.

As opiniões se diversificam, tendo em vista o grau de entendimento e a área do conhecimento que o abordam.

"Irritabilidade, ansiedade, depressão, enxaqueca, dores nos seios, cansaço, palpitações, edema, aumento de peso... Os sintomas da síndrome de tensão pré-menstrual (TPM) são mais de 100, dizem os especialistas em todo o mundo e muitas mulheres sofrem realmente desse mal de acordo com o Centro de Pesquisas em Psicologia Clínica da Escola Paulista de Medicina, e embora a maioria só apresente sintomas isolados, como uma leve dor nos seios, um ligeiro inchaço nas pernas mudança de humor. É evidente que em estágio normal nada que escape ao controle e a impeça de levar uma vida normal.

Para que haja de fato síndrome de tensão pré-menstrual, os sintomas precisam se repetir mensalmente e ser tão intensos que interfiram na rotina profissional, familiar e social. E não se deve confundir cólica com TPM. A cólica ocorre principalmente nos dois primeiros dias da menstruação, enquanto os sintomas da TPM costumam aparecer uma semana antes do fluxo e desaparecer com a sua chegada.

Não há um consenso sobre o que desencadeia a síndrome. Segundo o Dr. Nilson de Melo, do Hospital das Clínicas de São Paulo, a suspeita recai sobre o déficit de piridoxina (vitamina B6), o aumento de estrogênio em relação à progesterona, durante a segunda fase do ciclo, e a elevação do hormônio hipofisário prolactina. O ginecologista recomenda que, dependendo da gravidade dos sintomas emocionais, a mulher procure um psicoterapeuta. Afora isso, o tratamento inclui desde a prescrição de diuréticos (para combater o inchaço) até vitamina B6, calmantes e antidepressivos. A pílula anticoncepcional, por regularizar o ciclo, também é uma boa opção.

"Quem pensa que menstruar é um ato fisiológico natural, saudável e indispensável está redondamente enganado. A menstruação é um artificialismo da sociedade e não serve para nada, afirmou. As mulheres não menstruam porque é natural, mas porque enganam a natureza. Caso contrário, elas andariam nuas, engravidariam sempre que ovulassem e amamentariam seus filhos por um bom tempo, de forma que não menstruariam". A afirmação parece retroceder séculos, mas é o que defende o obstetra baiano Elcimar Coutinho.

O médico – que está escrevendo o livro "*O Sangramento Inútil*" – explicou que as mulheres perdem de 100 a 300 centímetros cúbicos de sangue por mês,

vivendo anêmicas por causa disso. "Se elas parassem de menstruar e doassem o sangue que perdem, o número de doadores duplicaria", analisou.

De acordo com Coutinho, quem criou o mito de que sangrar é saudável foram os pais da medicina (Hipócrates e Galeno). "O sangramento era tido como tratamento para todas as doenças. Durante 20 séculos ficamos cegos, matamos muita gente. O ciclo menstrual pode ser suprimido com a administração de hormônios", ressaltou.

Elcimar Coutinho também tratou do orgasmo dentro do contexto "natureza". Segundo ele "a mulher não precisa de orgasmo, porque seu ovário foi feito para a reprodução", enquanto o homem "necessita do orgasmo para cumprir o processo da reprodução". Em princípio, disse: o gozo feminino até atrapalha, porque ao se mexer a mulher dificulta a fecundação. E resumiu: "Para a fêmea, o orgasmo é a sobremesa, mas para o macho, é o prato principal".

As opiniões divergem com relação à matéria, de forma esdrúxula e até pitoresca, como a do médico supramencionado.

De todos os fatores determinantes da criminalidade, elencados por diversos criminologistas, o único que se pode considerar específico é o biológico.

Os fatores que determinam a criminalidade de um modo geral, seja o que defende a Escola Cartográfica, Geográfica, as causas econômicas, culturais, as que envolvem a religião e a moral, a educação, a literatura, o cinema, as artes plásticas, a TV, imprensa, a política (que de forma mais extremada ocasionam as guerras), os psíquicos, pessoais, (que envolvem idade, sexo, etc), deixam como especificidade os biológicos ou em maior complexidade, os biopsíquicos.

O importante é não acatá-los como causa única e, evidentemente, como causa genérica. Jamais como um fato, que torna a mulher incapaz, vindo essa teoria "atrasá-la" no processo de evolução social, como um ser que, num "interstício de 20 a 28 dias, torna-se imprestável para trabalhar, patrocinar causas, promover interesses, enfim, não sendo considerada normal.

O trabalho desenvolvido na Colônia Penal Feminina em entrevista a 30% do efetivo carcerário foi apenas a constatação de um fato real, palpável.

A mulher é mais instigadora do que executora de crimes e, muitas vezes, espiã para o homem por motivos de cunho afetivos. Ela é indubitavelmente mais cúmplice que executora e autora material. É raro a formação de quadrilha pelo elemento feminino, visto ser delinqüente mais ocasional que habitual ou profissional. Todas essas alegações podem ser facilmente desmistificadas, dependendo do enfoque que se pretenda dar aos casos considerados exceções, que ela reincide menos, como se crime fosse uma passagem muito rara na sua vida. Ela em síntese, atua sozinha, reincide menos que o homem e é em princípio uma delinqüente ocasional. Na mesma linha de raciocínio acatar as fases bio-psíquicas da mulher como causas, possivelmente relevantes, é admitir fontes novas do pensamento.

Historicamente observamos sem apresentação, de momento uma cronologia exata, a exemplo da Babilônia, nos Códigos de Hamurábi e Manu, com mais de 2.000 (dois mil anos) a.C., a mulher estava sempre em condição muito inferior à do homem.

Na evolução da *Pena de Morte*, textos penais, a exemplo do Código de Defesa Social de Cuba, publicado em 1936, inclui como circunstância atenuantes

o crime da mulher nos períodos de gravidez, lactação, puerpério, menstruação e menopausa.

O advogado mineiro Marcelo Linhares em sua obra "Responsabilidade Penal" - 2 vols. - fala na influência do ciclo menstrual, no comportamento criminal da mulher.

O Criminalista Roque de Brito Alves em seu trabalho "Aspectos da Criminalidade Feminina" cita as denominadas fases críticas não como causas preponderantes da criminalidade, mas que, segundo ele, merecem estudos mais aprofundados.

Recentes pesquisas de médicos norte-americanos, ingleses e italianos levantaram já na década de 70 que 85% das mulheres encarceradas nessa época cometeram delitos nesse período. Médicos brasileiros constataram tais fases como períodos especiais e em recente pesquisa citada no item APRESENTAÇÃO, defendeu-se a tese de que a mulher não deveria menstruar e que a menstruação deve ser evitada, pois trata de incomodo e desgaste emocional. É uma medida radical e perigosa ingerir hormônios para evitá-la, como sugere Seelig, criminologista alemão, diz que "há países galantes e cavalheirescos, quanto à criminalidade feminina".

Garnier, criminologista francês, declara que "mesmo reconhecida culpada, a mulher fica menos punida que o homem".

Em levantamento realizado no Tribunal de Justiça do Estado (Tribunal do Júri, constatamos que é raro ver uma mulher nos bancos dos réus, mas porque comete menos homicídios que os homens e não porque é inocentada **in limine**.

Nesse item enfocamos pesquisa realizada na Colônia Penal Feminina do Bom Pastor, ocasião em que

foram entrevistados 30% (trinta por cento) do efetivo carcerário, quanto às causas biopsíquicas da criminalidade. O levantamento que engloba condenadas e provisórias no mês de julho do corrente ano, é uma amostra de como é realizada a movimentação carcerária mensal.

Colônia Penal Feminina

LEVANTAMENTO - 10/06/1995		
NOME	ARTIGO	ASPECTOS
1. I.C.	Art. 157	C 4 - 22 (S.P.M)
2. I.M.S.	Porte de arma (marido)	Trauma que ocasionou hemorragia
3. E.F.	Droga (marido)	Próximo a menstruar (poucos dias)
4. R.A.	S.F. - M 19- R - 12	Período de menstruação suspensa
5. C.F.A.	12	Há 8 meses com menstruação suspensa
6. M.I.F.S.	Homicídio Art. 121	Menstruada durante o delito
7. M.T.	Art. 121	Menopausa (64 anos)
8. A.M.B.	Droga	Menstruada
9. E.	Tentativa de homicídio	3 meses do bebê
10. L.M.S.	Droga	4 meses de gravidez
11. M.G.	121	3 meses de gravidez
12. M.A.G.	Droga	Menstruada
13. S.P.	121	S/M (menopausa)
14. E.S.C.	121	Crime passional sob
15. M.N.M.S.	155	Gravidez
16. J.F.L.	121	Não recorda
17. M.L.S.	121	Não recorda
18. S.S.N.	121	Período pré-menstrual
19. A.F.S.	155	Durante a menstruação

LEVANTAMENTO - 10/06/1995		
NOME	ARTIGO	ASPECTOS
20. A.M.V.	Preventiva	N/C
21. R.A.S.	12 Lei 6368	Período pré-menstrual
22. M.A.G.	12 Lei 6368	Período pré-menstrual
23. J.M.M.S.	12 Lei 6368	Período pré-menstrual
24. L.G.S.	12 Lei 6368	Período pré-menstrual
25. E.R.B.	12 Lei 6368	Período pré-menstrual
26. A.M.G.	12 Lei 6368	Período pré-menstrual
27. M.S.C.S.	12 Lei 6368	Período pré-menstrual
28. M.J.M.	12 Lei 6368	Menstrual
29. M.M.M.S.	155	Menstruada
30. K.M.S.	155	Menstruada

Em pesquisa recente, constatamos que 53% (cinquenta e três por cento) estão incursas nas penas da lei 6368, ou seja, envolvimento com drogas em sua maioria por influência dos maridos ou companheiros, 30% (trinta por cento) por crimes de homicídio, 19% (dezenove por cento) por furto e os restantes 15% (quinze por cento) abrangem os arts. 157, 129, 213, 288, 61, 62 e 69 do Código Penal, ou seja, tipos penais diversificados.

Quanto à criminalidade feminina, defendem alguns autores: à medida que ascendem socialmente, as mulheres também se aproximam do homem em termos

criminais; são altíssimas as cifras não reveladas, ou cifras negras, a exemplo os crimes de aborto e os pequenos furtos que se assemelhariam muito à criminalidade masculina, em dados estatísticos.

Na verdade a mulher não é exceção quanto à crueldade que pode utilizar na prática de crimes, pois ela se assemelha ao homem em iguais condições sociais. É o caso do homem de classe quase miserável que matou a amante a golpes de peixeira; é o caso da mulher do campo que matou o marido que a espancava e a seviciava a foçadas.

Dai se indagar: será que na prática a mulher é julgada e a pena é aplicada com todo o rigor? Observe-se: a estatística demonstra que das 110 mulheres que constituem a atual população carcerária, 53% (cinquenta e três por cento) envolveram-se com drogas, crime hediondo, que traz, além das penas mais rigorosas, conseqüentemente, a perda das regalias.

Bibliografia

- ALBERGARIA, Jason – **Criminologia Teórica e Prática** (Cap. XI – A Criminalidade), Editora Aide, 1988, pp. 196-235.
- ALVES, Roque de Brito – **Aspectos da Criminalidade Feminina**. Recife, Editora – Tipografia Papelaria Liceu, 1979, pp. 11-22.
- AMARAL, José Hamilton do – **Alguns Aspectos do Problema Sexual nas Prisões**. (Congresso Nacional de Direito Penal), 1957.
- AZEVEDO, Kleber Amorim de – **O Sistema Penitenciário**. Colônia Penal Feminina, 1986, pp.31-32.
- BRITOLEMOS, José Gabriel – **A Questão Sexual nas Prisões**. Rio de Janeiro, Ed. Livraria Jacinto, 1957.
- BRUNO, Aníbal – **Direito Penal**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1967, t.3, pp.34 e 47.
- Código Penal – Exposição de Motivos. 1004 – 21/10/1969.
- Código Penitenciário do Estado de Pernambuco – Lei nº 7699 – 24 de julho de 1978. Opinião: Jorge Luiz Bezerra da Silva: Penitenciarismo Moderno – 17/06/1995 – Sáb. Radiografia Penitenciária – 10/06/1995 – Sáb. 3. Experiências Positivas – 19/07/1995 – Sáb. 3. *Jornal do Comércio* – Recife/PE.
- FREEDMAN; CARLSMITH e SEARS. **Psicologia Social**. 4 – Agressão, 3ª ed., São Paulo, Cultrix, 1987, pp.108-117.
- Levantamento de Dados Estatísticos e Outros: Fonte de Pesquisa: **Secretaria da Justiça; Diretoria do Sistema Penitenciário do Estado de Pernambuco; Divisão Jurídico-Penal e Colônia Penal Feminina do Bom Pastor (Seção Penal)**, 1995.

- Manual do Interno – DESIPE, Rio de Janeiro, 1992.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora – **A Questão Sexual nas Prisões**. **Revista Nomos – Faculdade de Direito do Ceará** – Curso de Mestrado em Direito da U.F.C., 3 – (1/2) -1981, pp.188-203.
- MIOTTO, Armida Bergamini – **Base de Preparação do Pessoal Penitenciário**. abr/jun/1983.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro – **Curso de Direito do Trabalho** (§ 46, 262 Antecedentes Históricos). 10a. ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1992. pp.544-556.
- PERRUCCI, Maud Frago de Albuquerque – **Mulheres Encarceradas**. Editora – Global: Diretor – Jaime Pinsky, 1983.
- _____, **Crime e Castigo** (Costumes e Vida Sexual na Prisão) – Tese – Década de 70.
- Revista de Informação Legislativa** (Recomendações básicas para uma preparação penitenciária). Ministério da Justiça – Assessoria Para Assuntos Penitenciários – Brasília/DF – jan/mar/1993.
- Revista Veja** – 25 anos – Reflexões Para o Futuro – Perrot, Michelle; Souza, Herbert; Guilherme, Wanderley; Fisher, Helen – Sexo Milenar, 1994, pp. 29-30.
- RIOS, José Arthur – **Políticas Recentes de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento do Pessoal Penitenciário**. out/dez. 1983.
- Secretaria de Estado de Justiça** – Direito e Deveres do Preso – DESIPE – Rio de Janeiro, 1992.
- SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange – **Sociologia do Direito (Necessidade e Imutabilidade do Controle Social)**. (LTC/EDUSP), Rio de Janeiro, Editora da Universidade de São Paulo, 1991.
- _____, **A Explicação Sociológica: Uma Introdução à Sociologia**, (Cap. V – A Introdução Social), 1985, pp.67-84.

A IRRETROATIVIDADE DA LEI NO DIREITO BRASILEIRO

Zélio Furtado da Silva

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco Especialista em Com. Ext. – U.Barcelona. Professor da Universidade Federal da Paraíba e da Escola da Magistratura de Pernambuco. Advogado

SUMÁRIO

I. A primeira fase: a irretroatividade ampla da Constituição de 1824 e 1891. 2. A segunda fase: adoção da fórmula "direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada". 3. A terceira fase: omissão constitucional. 4. A quarta fase: a consagração final da fórmula constituinte de 34 nas Constituições de 46 e as subseqüentes. 5. Considerações em torno da Constituição de 88. 6. As Leis de Introdução ao Código Civil. 6.1. O "Estado Novo" e as mudanças na L.I.C.C. 6.2. A vigente lei introdutória e a consagração de diferentes teorias na mesma prescrição jurídica. 7. Bibliografia.

1. A primeira fase: a irretroatividade ampla da Constituição de 1824 e 1891.

Podemos distinguir quatro fases bem nítidas do modo como foi introduzido o princípio da irretroatividade da lei nas Constituições brasileiras.

A primeira fase coincide com a outorga da 1ª Carta. A Constituição Monárquica adotou o princípio geral, amplo e absoluto da não-retroatividade, art. 179, III: "A inviolabilidade dos Direitos Cíveis e Políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: "(...) III – A sua disposição não terá efeito retroativo."

Igual conteúdo adotou a 1ª Constituição Republicana de 1891, em seu art. 11, § 3º: "É vedado aos Estados, como à União: (...) Prescrever leis retroativas." Sobre o sentido desse princípio, e na forma como está prescrito, passou-se a entender que toda e qualquer norma jurídica nova não poderia ter efeito retroativo, ainda que não ferisse direito individual.¹

A proibição expressa e radical das leis retroativas, além de ofertar uma inconveniência intransponível atentatória à própria evolução do Direito e ao processo legislativo, à época "teve certamente aplicação um pouco extremada por vezes, à mercê de uma doutrina sempre vacilante e imprecisa".² No ensejo já se discutia no mundo inteiro que a fórmula ideal era da aplicação imediata da lei, respeitados, tão-somente, os postulados doutrinários da Teoria do Direito Adquirido em plena eferverscência.

Conforme registro de João Mangabeira, foi a Constituição da Noruega de 1814 que serviu de modelo à Constituição Imperial, e esta passou para a Consti-

1 Na oportunidade, Rui Barbosa - artífice maior da Constituição de 1891 - lembrava: "... acerca da retroatividade das leis, não se pode entender senão quanto à retroatividade injurídica e viciosa: porque leis há inofensivamente retroativas, leis legitimamente retroativas, leis, até, necessariamente retroativas. No primeiro caso, estão as leis que não ferem direitos adquiridos; no segundo, as leis interpretativas, retificativas e confirmativas; no terceiro, as leis favoráveis à condição dos acusados. Todas essas retroagem constitucionalmente (e a anistia é uma delas); porquanto, não estão em conflito com a razão do preceito constitucional, que é simplesmente uma garantia a favor dos indivíduos e dos contratos, contra o arbítrio legislativo". (Beni Carvalho, *O princípio da irretroatividade da lei deve ser cânion constitucional?* Rio de Janeiro, 1946, Imprensa Nacional, p. 7)

2 Themístocles Brandão Cavalcanti, *A Constituição Federal Comentada*, Rio de Janeiro, 1958, Jose Konfino, v. III, p. 73.

tuição de 91, posto que em nenhum outro país existia a "prescrição constitucional vetatória da irretroatividade da lei." (sic)³

3 Acrescenta João Mangabeira, ferrenho crítico da irretroatividade adotada nas Constituições brasileiras: "Para encontrar nas Constituições a inserção de tal preceito, é preciso atravessar o Atlântico. Porque na Ásia, a partir da Constituição japonesa de 1889, até à da Mandchuria de 1933; na África, desde a da Libéria de 1847 até a do Egipto de 1923; e na Oceania, todas as nações não incluíram essa regra, nos seus grandes Pactos políticos. É na América, sobretudo na sua parte menos civilizada, que vamos encontrar essa restrição constitucional. Ainda assim, os países americanos mais cultos a repudiaram. O Canadá, os Estados Unidos, o Chile, a Argentina, o Uruguai não prescreveram nas suas Constituições a interdição constante do art. 11 da nossa Carta de fevereiro. Onde vamos encontrá-la é no art. 26 da Constituição da Costa Rica, que se expressa nestes termos: "A lei não tem efeito retroactivo." Idêntica, prescrição nas seguintes constituições: Cuba, art. 12; Haiti, art. 12; México, art. 14; Salvador, art. 24; Honduras, art. 49; Panamá, art. 32; Peru, art. 20; Paraguai, art. 32. (...) Porque, salvo a Noruega, cuja Constituição é de 1814, e as 9 republicas americanas acima referidas, em nenhum país existe a prescrição constitucional vetatória da irretroatividade da lei. (...) Mas a Constituição Norueguesa é de 17 de maio de 1814. E, todavia, a essa época, já a França tinha repellido, para sempre, de suas Constituições, o princípio do ano III. Assim, nem a Carta de Luiz XVIII, após a abdicação de Fontainebleau; nem o Acto Adicional de 22 de abril de 1815; nem as Declarações de Direitos de 5 de julho do mesmo ano; nem a reforma de 1830; nem a Constituição de 4 de novembro de 1848; nem a Constituição de 1852; nem as leis constitucionaes de 1875, ora vigentes, nenhum desses grandes instrumentos políticos manteve, para a França, o preceito estabelecido a 5 de Fructidor do ano III, e por ella rejeitado. E, o que é mais, expressamente rejeitado. Foi a Constituição da Noruega que, adoptando em 1814, a regra prohibitoria em moldes amplos, serviu de modelo, neste ponto, a nossa Carta Imperial, quando no art. 179, n. III, prescreveu que a lei "não terá efeito retroactivo". Dahi passou para a Carta de 91 e para as Constituições de alguns pequenos países da América." (sic) (João Mangabeira, *Em torno da Constituição*, São Paulo, 1934, Com. Ed. Nacional, v. II, p. 153 e ss.) No mesmo sentido são os comentários de Raul Machado Horta: "O constitucionalismo brasileiro, desde o seu texto inicial, em 1824 consagrou o princípio da irretroatividade ampla, desconhecendo a técnica da irretroatividade parcial, preferida nas Constituições dos Estados Unidos de 1787, da Argentina de 1853, da Itália em 1947 e da França de 1958. A Constituição do Império de 25 de março de 1824 e a Constituição da República de 24 de fevereiro de 1891 pertencem ao primeiro período, consagrando nos respectivos textos a irretroatividade ampla, da qual se projetava o princípio do direito adquirido, corolário da irretroatividade e a ela inerente, por relação congênita. PIMENTA BUENO, o melhor exegeta da Constituição do Império, ponderava que "o sagrado princípio da não-retroatividade da lei deve ser respeitado ainda mesmo no caso de interpretação." (Raul Machado Horta, *Constituição e Direito Adquirido*, *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n° 112, Brasília: 1991, p. 78 e ss.)

2. A segunda fase: adoção da fórmula “direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada”

A segunda fase, de suma importância para o Direito Intertemporal brasileiro, posto que, a partir da Constituição de 34, o Direito Constitucional brasileiro passou a adotar a fórmula de que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, art. 113, item 3º, revogando o dispositivo expresso na Carta de 1824 e na Constituição de 1891 da irretroatividade plena. É preciso que se fale sobre as resistências levantadas na Comissão Elaboradora do Anteprojeto desta Constituição onde, após acirrados debates, finalmente saiu vencedora e aprovada a tese que restringia o campo da irretroatividade às hipóteses consagradas do direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Naquela oportunidade apresentou Castro Nunes o artigo vazado nos seguintes termos: “É mantido o princípio da irretroatividade das leis, com as restrições decorrentes desta Constituição, e salvo o disposto no artigo referente às leis penaes.”(sic) Justificava tal redação alegando que: “Havendo, como há no projecto, dispositivos que vão affectar o direito adquirido, torna-se necessaria a ressalva, que o orador faz. O principio da irretroactibilidade das leis não pode deixar de ser mantido, pois é fundamental á vida juridica do paiz.” (sic) Foram contra, saindo-se vencedores: João Mangabeira, Góes Monteiro, Themístocles Cavalcanti e Oswaldo Aranha, vencidos Castro Meira e Mello Franco (presidente da Comissão).⁴

4 Elaborando a Constituição Nacional. Atas da Subcomissão Elaboradora do Anteprojeto 1932/1933, Organização e índices, Paulo Roberto Moraes de Aguiar, Brasília, 1993, Senado Federal, p. 765 e ss.

Fórmula esta, introduzida sob direta influência das Teorias Objetivas (o efeito imediato e geral) e Subjetiva (resguardando-se o direito adquirido), propugnadas por Roubier⁵ e por Gabba⁶, respectivamente, já adotadas a partir da vigência da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 e que ainda não tinha sido prevista constitucionalmente. Lembremos que, a época que passou a vigorar o Código Civil (1º de Janeiro de 1917), a Constituição vigente era a de 1891 a qual prescrevia a irretroatividade plena, ainda que, a jurisprudência mitigava tal amplitude do texto constitucional.⁷

5 Paul Roubier foi um dos arautos da Teoria Objetiva, segundo esta teoria, os conflitos de direito intertemporal devem ser solucionados a partir do tipo da situação jurídica. Roubier, acresceu aos postulados de sua doutrina, a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato da lei. Para est e jurista, a base fundamental da ciência dos conflitos de leis no tempo é a distinção entre o efeito retroativo e o efeito imediato da lei. Os conflitos de leis no tempo devem ser enfrentados e solucionados a partir destas distinções. (Paul Roubier, *Le Droit Transitoire (Conflites Des Lois Dans Le Temps*. Paris: 1960, Dalloz et Sirey, p.177.)

6 O maio doutinador da Teoria do Direito Adquirido foi certamente CF. GABBA. A obra de Gabba foi editada em 4 volumes, ao longo do final do século XIX, sob o título *Teoria Della Retroattività Delle Leggi*. O ponto principal defendido por esta teoria é o de que, no conflito da lei no tempo, deve-se respeitar o direito adquirido. Segundo GABBA, é adquirido o direito que é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato foi realizado, ainda que a ocasião de fazer valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a ele concernente; e que, nos termos da lei sob cujo império ocorreu o fato do qual se originou, passou a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu. (C.F. GABBA, *Teoria Della Retroattività Delle Leggi*, Torino, 1891, Unione Tipográfica, vol. I, p. 191).

7 Justificando o seu voto de forma enfática, claramente em oposição a irretroatividade até então vigente, verberava João Mangabeira: “A Constituição brasileira era uma das raríssimas constituições que consagravam o principio da irretroactibilidade das leis. A regra é a retroactibilidade; a lei só não retroage quando fére uma situação juridica subjectiva. A Constituição dos Estados Unidos nem fala em lei retroactiva. Apenas prohiibe, por assim dizer, a retroactividade em dois casos. Diz em um delles que não poderá o Estado prescrever leis ex post factum, attendendo a uma modalidade das chamadas leis retroactivas - á das que retroagem no campo restricto do Direito Criminal. E, tanto assim, que foi buscar não locução latina ex post factum. O outro caso é o que determina não possa ser modificada por lei uma situação contractual. São os dois unicos casos - denominados *retrospectil law* e *retroatil law* - em

3. A terceira fase: omissão constitucional

A terceira fase ocorreu com a outorga da Carta de 37, omitindo o princípio geral da irretroatividade adotado nas anteriores de 1824 e 1891, como a fórmula do texto da Constituição de 34. Em seu art. 122, a de 37, ao tratar dos Direitos e Garantias Individuais, simplesmente nada prescreveu sobre aquele princípio.

O silêncio da Carta de 37, comenta Themístocles Brandão Caval-canti: "(...) levou a admitir-se a retroatividade, por menção expressa da própria lei, seguindo-se a tendência geralmente aceita em outros países, menos rígidos e imperativos neste terreno."⁸

Na oportunidade, a comunidade jurídica teceu impiedosas críticas ao jurista Francisco Campos, o artífice principal daquele texto, e que, na ocasião era Ministro da Justiça, responsabilizando-o pela retirada do texto magno daquelas garantias anteriormente asseguradas. Entendia Campos que não era na Constituição onde tal princípio deveria figurar e sim na lei

que, nos Estados Unidos, a lei não pôde ter efeito retroactivo. O nosso direito mantinha a velha *theoria* franceza de Benjamin Constant, sobre os direitos do homem, com toda a latitude dos direitos adquiridos, a qual não prevalece mais no mundo moderno. Entre cem leis que o Estado decreta, noventa retroagem. Indaga: como não retroage uma lei de divórcio, a que determina a liberdade de estar, a que attende á investigação da paternidade? Como não retroage a que fére relações jurídicas objectivas? A matéria tem sido debatida com larga amplitude. Nenhuma das constituições modernas intercala esse texto, porque, na verdade, quasi todas as leis retroagem. Entre nós, não havia investigação da paternidade; depois, o Código Civil a adoptou. A lei Feliciano Penna modificou o direito que o pae tinha de dispor da terca para passar a dispor da metade. Foram leis que feriram o individuo no seu patrimônio, porque aquelle que devia herdar 500 contos, herdará apenas 250, de vez que, com elle, collide um irmão illegitimo, que investiga a paternidade. É que a lei retroage e elle perde 250 contos, porque não tinha direito nenhum assegurado, pois se tratava de um principio de direito público, de uma disposição objectiva e não subjectiva." (sic) (*Elaborando a Constituição Nacional*, cit., p. 765)

8 Themístocles Brandão Cavalcanti. *A Constituição Federal Comentada*, cit. p. 74

civil; a sua supressão do texto não significava a adoção do princípio contrário, que era o da retroatividade.⁹

A Carta de 37 representou uma ruptura no Direito Constitucional Brasileiro não só com referência ao princípio da irretroatividade da lei, como também, quanto a outros direitos e garantias individuais. Era o Estado Novo dando as caras do que viria nos momentos que se seguiram até a redenção democrática em 46. Na verdade, é o que se verifica e que se constata em regimes políticos ditatoriais: a vontade do ditador sobreleva-se ante os direitos e as garantias dos cidadãos e, neste sentido, explica-se o fato da Constituição de 37, não ter sufragado o princípio da irretroatividade da lei (com todo conteúdo de respeito ao direito individual) o que não destoava do quadro político imposto. O estranho é que juristas notáveis, aparentemente defensores ferrenhos da ordem democrática, deixam-se levar por interesses pessoais e passam a servir às ditaduras, como

9 Assim se pronunciou Francisco Campos: "A supressão no texto constitucional, do princípio da irretroatividade das leis não significa, de modo nenhum, a adoção do princípio contrário, isto é, da retroatividade. Não é na Constituição, mas na lei civil, que esse princípio deve figurar. A não retroatividade é tão-somente uma norma de interpretação, uma regra de hermenêutica, e por ela se entende que o intérprete, ou o juiz, não pode aplicar a lei nova às relações jurídicas já consumadas na vigência da lei antiga. Não deve, porém, esse princípio constituir uma limitação ao Poder Legislativo; quando circunstâncias especiais exigirem a revisão das relações jurídicas acabadas, o legislador não poderá ficar privado da faculdade de promulgar leis retroativas, pois o Estado, como guarda supremo do interesse coletivo, não deve atar as próprias mãos pelo receio de, em certas contingências, ter que ferir ou contrariar direitos individuais. A Constituição de 10 de novembro situou, pois, o problema da irretroatividade das leis dentro das suas justas fronteiras, rigorosamente de acordo com as conquistas da ciência jurídica e as condições de vida do mundo contemporâneo." (sic) (Francisco Campos, *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, 1942, Revista Forense, p. 335)

exemplo em seu tempo: Francisco Campos no Brasil agrário e Alfredo Buzaid, na época do “milagre brasileiro”.¹⁰

¹⁰ Ante à perplexidade pela omissão constitucional de não preservar a tradição assente em nosso Direito Constitucional desde da Carta Imperial de 1824, indagou Serpa Lopes: “Entendeu o legislador remover o princípio da irretroatividade como obstáculo à sua atividade. Mas como se deve interpretar esta liberdade de ação do legislador? Ser-lhe-à facultado determinar leis retroativas, arbitrariamente? Estará ele desligado de qualquer princípio, da observância dos princípios fundamentais que regem o direito? Já vimos que as observações de Francisco Campos completado com as de Franzen Lima deram à situação o seu verdadeiro colorido. Não há nem pode haver tal arbítrio. Só o legislador, pode estabelecer uma regra de exceção. Há autores pretendendo que a limitação compreende tanto o juiz como o próprio legislador; é o que chamam positividade da regra intertemporal, sustentada precipuamente na Alemanha entre outros por Struve, Savigny, Brinz e Lassalle, e os mais recentes - Gierke e Affolter. Não é esse o pensamento dominante na França e na Itália. M. Popoliviev coloca-se na primeira corrente. A ciência jurídica moderna reconhece que o legislador é ligado por normas de direito e, em primeiro lugar, pelas normas de Direito Intertemporal. Apesar disso, M. Popoliviev critica as razões apresentadas por Affolter e por Gierke, este último decompondo a regra geral intertemporal em dois preceitos: o primeiro, proibitivo, dirigindo-se ao legislador; outro, interpretativo, dirigindo-se a todos, inclusive ao juiz. M. Popoliviev assim afirma o seu princípio em face do legislador: “Si a regra geral do direito civil intertemporal não é obrigatória para o legislador, isto não significa que ele deve atribuir às suas leis, arbitrariamente, a retroatividade. Pode-se dizer de um modo geral, que o legislador pode e deve fazer leis retroativas quando necessário à realização dos fins do Estado, sob a condição, se a equidade o exigir, de conceder a indenização às pessoas cujos direitos forem atingidos pela retroatividade. “Só desse modo pode ser resolvido o conflito entre o Estado e o indivíduo, pois que se toma em consideração o princípio individual e o coletivo.” (sic) (Miguel Maria de Serpa Lopes, *Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: 1944, Jacintho Editora, vol. I, p. 233 e ss.).

4. A quarta fase: a consagração final da fórmula constituinte de 34 nas constituições de 46 e as subseqüentes

A quarta fase, que iniciou com a promulgação da Constituição de 1946, e que perdura, até hoje, no texto de 1988, é uma repetição do que já previa a fórmula adotada na de 34, de que: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A redemocratização fez ressurgir em toda a sua plenitude os direitos individuais, reintroduzindo princípios constitucionais das Cartas anteriores. “A proteção constitucional ao direito adquirido, que despontou, de forma expressa, na Constituição Federal de 1934, corresponde a valor incorporado à estrutura do regime político e do Estado Democrático Brasileiro.”¹¹

A Constituição de 67 e a Emenda Constitucional nº 1/69, apesar de contemplar em suas disposições, art. 150, § 3º e art. 153, § 3º, respectivamente, o respeito ao direito adquirido, contudo, ante a situação política de “ditadura militar”, tal prerrogativa esteve permanentemente ameaçada pelos Atos Institucionais, a aplicabilidade daquele princípio estava condicionada à vontade política do regime. Lembra Cármen Lúcia Antunes Rocha que: “(...) o advento do Ato Institucional nº. 5, de 13 de dezembro de 1968, comprovou a existência de norma eficiente superior àquela contida no documento constitucional, atingindo-se, pelas regras postas naquele ato, situações preteritas a seu advento, e fixando-se nele, expressamente, que a sua aplicação dar-se-ia sem as limitações previstas na Constituição...” (arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 10 e 11).¹²

¹¹ Raul Machado Horta, *Constituição e Direito Adquirido*, cit. ., p. 86.

¹² Cármen Lúcia Antunes Rocha, *O Princípio do Direito Adquirido no Direito Constitucional*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: 1989, p. 152.

5. Considerações em torno da Constituição de 88

Além de consignar em seu texto igual redação que dera às Constituições anteriores ressaltando-se a de 37, nos termos do inciso XXXVI do art. 5º, a novel Constituição Federal, tornou imodificável por qualquer processo legislativo, a teor do art. 60, § 4º, IV¹³, preservando aquele princípio de possível reforma ou revisão, mantendo a sua histórica posição no patamar hierárquico superior das normas jurídicas.

Em comentário ao dispositivo supra, José Afonso da Silva, diz que a Constituição não veda a retroatividade da lei, a não ser da lei penal que não beneficie o réu.¹⁴

Esse entendimento merece alguns reparos. Primeiro: qualquer lei que afronte aquelas hipóteses (do direito adquirido...), não retroage. Assim, não disporia o inciso XXXVI: “a lei não prejudicará...”, isto é, não poderá haver lei que estabeleça afronta às situações asseguradas pela lei revogada. Ao utilizar esta fórmula, está impondo o constituinte ao legislador ordinário: “não faça lei que atinja esses direitos..”. É uma norma-princípio do qual o legislador não pode dele se afastar, sob pena da nova lei ser considerada inconstitucional. Segundo: como a segurança jurídica e a justiça dão o sentido teleológico do Direito, jamais poderá ter sobrevivência um princípio (da retroatividade geral) que ameace permanentemente causar um desmantelamento na vida social e nas relações jurídicas, o que seria negar

13 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV- os direitos e garantias individuais.

14 José Afonso Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, 1992, Malheiros, p. 380.

aqueles valores. A retroatividade dá-se não como princípio em si; o princípio mesmo é o da não-retroatividade segundo o qual a lei é feita para o futuro, este é um valor agasalhado e sedimentado na cultura jurídica, enquanto que, a retroatividade ocorre numa fenda entre a lei nova e os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. É neste espaço vazio, na “terra de ninguém” que a lei nova deve ter então eficácia para direcionar o futuro ou para preservar o passado. Portanto, quando se lê: “a lei não prejudicará...”, ou ainda, “a lei em vigor terá efeito imediato e geral...”, não se contempla um pseudo-princípio retroativo, pelo contrário, preservam-se os Direito preexistentes, tornando-os eficazes diante das novas disposições.

No tocante à lei penal, a Constituição faz uma referência expressa no inciso XL do art. 5º: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Porque, como lembra Hungria, “a irretroatividade da lei penal menos favorável é um corolário do *nullum crimen, nulla poena sine lege*. As mesmas razões que fundamentam o veto à criação de crimes ou aplicações de penas à margem da lei (pelo *arbitrium judicis* ou pela analogia) militam para a interdição da lei penal *post factum*, quer no caso de *novatio criminis*, quer no de acréscimo de punibilidade ou desfavor do réu.”¹⁵

A retroatividade penal tem um outro sentido, nesta matéria os fins do Direito punitivo são outros.

6. As Leis de Introdução ao Código Civil

Após 92 anos de espera, tendo sido previsto desde a Constituição Monárquica de 1824 (art. 179, XVIII), exsurge o Código Civil de 1916, com vigência a partir

15 Nelson Hungria. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, 1977, Ed. Forense v. I, p.114.

de 1º de janeiro de 17, contemplando em sua lei introdutória, não o princípio geral já exposto na Constituição de 1891 de proibição à lei retroativa, mas, adotando como critério de limitação e definindo, o “direito adquirido, o acto jurídico perfeito, ou a coisa julgada.” (art.3º), “desprendendo-se da condição anterior de princípio-reflexo da irretroatividade da lei.”¹⁶

Ao longo das mudanças políticas e jurídicas que se processaram nos textos constitucionais neste século, fizeram resultar três diferentes diplomas legais atinentes à Lei de Introdução ao Código Civil. Teve, contudo, a primitiva lei introdutória 25 anos, 9 meses e 9 dias de vigência, data em que entrou em vigor o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, alterando substancialmente o art. 3º, dando-lhe nova redação, sendo esta modificada – referentemente na parte relativa à irretroatividade da lei – em 1º de agosto de 1957, como veremos.

6.1. “O Estado Novo” e as mudanças na L.I.C.C.

Em pleno vigor do Estado Novo sobre o beneplácito da Constituição de 37, surge em 1942, a primeira reforma com o Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro daquele ano. Era natural que fosse dado um enfoque diferente ao princípio da irretroatividade da lei, desde que a omissão na Constituição tinha sido já como propósito de favorecer o Poder até então vigente, as modificações na legislação ordinária surgiram por gravidade. Com efeito, rezava o seu art. 6º: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito.”

16 Raul Machado Horta. *Constituição e Direito Adquirido*, cit., p. 79.

Era, em parte, o predomínio da Teoria das Situações Jurídicas pro-pugnadas por Roubier¹⁷. Efetivamente, pelo dispositivo retro, qualquer situação jurídica estava fadada a ser atingida pela lei nova, contanto que houvesse disposição expressa neste sentido. Estava claro, portanto, que o respeito à irretroatividade passou a ser um limite ao juiz e às demais autoridades, menos ao legislador.

Observa Limongi França que, durante a vigência do art. 6º do Decreto-Lei 4.657 de 1942, “(...) a nossa

17 Segundo Mattos Peixoto: “A nova lei de Introdução ao Código Civil seguiu até certo ponto a doutrina de ROUBIER, de quem se divorcia quando estabelece como limite à ação da lei no tempo a situação jurídica definitivamente constituída, expressão de certo empregada propositalmente, para acentuar, com particular energia, que a lei não respeita os elementos anteriores, com valor próprio, das situações jurídicas em via de constituição. Nestas questões, portanto, a doutrina formulada pela nova lei de Introdução distancia-se tanto da doutrina de ROUBIER como dos direitos adquiridos. Isso já é uma razão para não se dizer que essa fórmula não fez mais do que adotar sob vestes diferentes a fórmula do direito adquirido. Mas há uma razão fundamental que exclui a coincidência dessas duas fórmulas: – é que a do direito adquirido coloca-se no terreno dos direitos subjetivos, ao passo que a das situações jurídicas definitivamente constituídas no terreno objetivo da realização dessas situações em todas as suas partes, embora possa não haver direito adquirido. Imagine-se uma lei que altere a ordem de delação da tutela legal. Segundo a teoria dos direitos adquiridos, o tutor cuja nomeação está de acordo com a lei antiga, mas em desacordo com a lei nova, deve ser removido, porque ninguém tem direito adquirido a ser tutor. Entretanto, segundo a teoria das situações jurídicas já constituídas, o tutor deve ser mantido, porque se acha em uma destas situações. As duas fórmulas – direitos adquiridos e situações jurídicas definitivamente constituídas – não são, pois coexistensivas e quipolentes; e a primeira se me afigura mais garantidora dos direitos individuais do que a segunda, muito rígida e restritiva.” (sic) (Mattos Peixoto, *Limite Temporal da Lei*, Rio de Janeiro, 1946, *Arquivo Judiciário*, V. LXXVIII, cit., p. 102)

jurisprudência mostrou-se totalmente desnorteada, ora falando consumados, ora em situações jurídicas, ora em expectativas e direito adquirido. O velho hábito da citação de autores impertinentes também continuou”.¹⁸

6.2. A vigente lei introdutória civil e a consagração de diferentes teorias na mesma prescrição jurídica

Com a promulgação da Constituição de 1946, o Decreto-Lei 4.657/42, tornou-se parcialmente incompatível. É que pelo novo texto constitucional, o princípio da irretroatividade foi novamente recepcionado. Sendo assim, o art. 6º com a nova redação dada pela Lei nº 3.238 de 1º de agosto de 1957, vigente até os dias de hoje, reintroduziu a tradicional regra de que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

O texto do artigo 6º foi objeto da emenda nº 2, oferecida pelo Senado ao Projeto n. 158-A, de 1948 que alterava dispositivos da Lei de Introdução ao Código Civil, e no qual, relativamente ao citado inciso, a Câmara dos Deputados, provocada pelo Poder Executivo, restabelecera as definições constantes do art. 3º da primitiva Introdução ao Código Civil.

Ao adotar uma fórmula mista em que comunga parte da Teoria das Situações Jurídicas, quando diz no art. 6º da atual L.I.C.C. (Lei 3.238/57): “A lei em vigor terá efeito imediato e geral” e, parte da Teoria Subjetiva, ou Doutrina Clássica, quando determina: “respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, tornando o preceito uma “estranha simbiose”,

18 R. Limongi França. *A Irretroatividade da Lei e o Direito Adquirido*, cit. p. 169/170

por conta de estar assim redigida,¹⁹ a norma ordinária, tem servido às mais diversas controvérsias para delimitar o campo do consagrado direito adquirido, e pior, prestando-se a interpretações várias e conflitantes, sempre tendentes a limitar o campo do princípio maior.²⁰

A propósito, Pontes de Miranda fez os seguintes comentários: “O novo texto – refere-se à Lei nº 3.238/57 –, misturou as soluções da doutrina subjetiva e da doutrina objetiva acerca do Direito Intertemporal, repetindo a primeira fase da primitiva redação do art. 6º, e acrescentando-lhe o texto do art. 3º, da antiga Introdução de 1916, sem se aperceber das críticas doutrinárias dessa estranha simbiose.”²¹

19 Lembremos que, a Constituição não adotou a expressão “a lei em vigor terá efeito imediato” e sim: “a lei não prejudicará...”

20 Tais dúvidas e dificuldades foram atestadas pelo Min. Orozimbo Nonato, no MS 1447, em que foi relator. Ementa: “Retroatividade das leis. Direito adquirido. Obstáculo insuperável a projeção retrooperante da lei nova. Casos em que, diante das doutrinas várias que se armam em torno da *vexata quaestio* da irretroatividade das leis. O conhecimento da existência do direito adquirido se erige de dificuldades e se adensa de dúvidas graves...” (Julg. 12.09.1951, Ementário do STF, v. 62, p. 10)

21 Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, São Paulo, 1953, R.T., 2., v. IV, p.116. No mesmo sentido, expressa-se Limongi França: Tal fórmula “resulta da circunstância de haver realizado a simbiose de elementos da Doutrina Clássica (do Direito Adquirido), a qual, conforme já demonstramos, é aquela que, entre nós, vem amadurecendo há mais de setecentos anos, com uma regra que, proximamente, foi de maneira nítida e incontestável, tomada à doutrina de Roubier, a saber, a regra do efeito imediato e geral.” (R. Limongi França, *A Irretroatividade da Lei e o Direito Adquirido*, cit., p. 222)

7. Bibliografia

- AGUIAR, Paulo Roberto Moraes. *Elaborando a Constituição Nacional. Atas da Subcomissão Elaboradora do Anteprojeto 1932/1933*, Organização e índices. Brasília: 1993, Senado Federal.
- CAMPOS, Francisco Campos. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: 1942, Revista Forense .
- CARVALHO, Beni. *O princípio da irretroatividade da lei deve ser cânon constitucional?* Rio de Janeiro: 1946, Imprensa Nacional.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão, *A Constituição Federal Comentada*, Rio de Janeiro: 1958, José Konfino.
- ESPÍNOLA, Eduardo e FILHO, Eduardo Espinola. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Atualizada por Silva Pacheco. Rio de Janeiro: 1995, Renovar, 2ª ed.
- FRANÇA, R. Limongi. *A Irretroatividade da Lei e o Direito Adquirido*. São Paulo: 1994, Revista dos Tribunais.
- GABBA, C.F. *Teoria Della Retroattività Delle Leggi*. Torino: 1981, Unione Tipográfica, vol. I.
- HORTA, Raul Machado. *Constituição e Direito Adquirido*. Revista de Informação Legislativa. ano 28, nº 112, Brasília: 1991.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, 1977, Ed. Forense v. I.
- MANGABEIRA, João. *Em torno da Constituição*, São Paulo, 1934, Com. Ed. Nacional.

- MATOS PEIXOTO, José Carlos. *Limite Temporal da Lei*, Arquivo Judiciário, vol. LXXVIII, Rio de Janeiro: 1946.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: 1953, R.T., vol. IV.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio do Direito Adquirido no Direito Constitucional*. Revista de Informação Legislativa, ano 6, nº 103, Brasília: 1989.
- ROUBIER, Paul. *Le Conflits de Lois Dans Le Temps*. Paris: 1960, Dalloz et Sirey, 2ª Edição.
- SERPA LOPES, Miguel Maria. *Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: 1944, Jacintho Editora, vol.II.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: 1992, Malheiros.
- TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: 1955, Borsóii, 2ª ed.

SENTENÇA CÍVEL: RESSARCIMENTO DE DANOS

Eliane dos Santos Mendes Mascarenhas
Juíza de Direito

SENTENÇA

Processo nº 308/92

EMENTA: *INDENIZAÇÃO – Responsabilidade Civil – Contrução – Danos causados ao proprietário do imóvel por má execução da obra na utilização de material inadequado, incidindo na inobservância de normas técnicas mínimas exigidas para segurança e estabilidade da edificação – Responsabilidade do engenheiro conforme inteligência dos Arts. 1. 237 a 1. 247 do Código Civil e 17 e 23 da Lei Federal nº 5. 194/66*

Vistos, etc.

HILDEBRANDO REIS DE MORAIS e TASSO FERREIRA DE MORAIS FILHO, já qualificados às fls. 02 dos autos, através de advogado regularmente constituído, aforaram a presente demanda em face de RIVALDO CASSIMIRO, igualmente qualificado.

Em apertada síntese, noticiaram os demandantes que são proprietários do lote de terreno nº 18 da quadra 23, do Loteamento Jardim Atlântico, Rio Doce, nesta

cidade, tendo contratado o engenheiro Rivaldo Cassimiro, ora demandado, para que elaborasse e construísse no local um prédio, assumindo o acompanhamento técnico e a administração da obra.

Elaborados pelo demandado os projetos estrutural, elétrico e instalações hidráulicas, com plantas aprovadas conforme comprovantes de anotação de responsabilidade técnica do CREA – Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, seção Pernambuco.

Sob inteira responsabilidade do demandado iniciou-se e desenvolveu-se a obra. Quando o prédio já se encontrava em fase de conclusão, desabou na madrugada do dia 21. 05. 92.

O desabamento devem-se às várias alterações feitas pelo demandado no projeto original, que comprometeram a segurança e estabilidade do prédio, configurando “fuga às determinações técnicas do projeto e negligência quando das modificações ocorridas”, conforme laudo trazido pela inicial, elaborado por Empresa contratada pelos demandantes.

Enumeram, exaustivamente, as alterações praticadas no curso da obra e das quais decorreu o desabamento, requerendo, afinal, a condenação do demandado no ressarcimento dos prejuízos advindos com o sinistro, conforme previsão do orçamento de fls. 28/29.

Juntam ao pedido os documentos de fls. 07/47.

No despacho inicial, às fls. 49, o MM. Juiz, à época, imprimindo ao feito o rito sumário pretendido na exordial, determinou a citação do réu e designou audiência concentrada.

Por ocasião daquele ato processual (termo de fls. 76), restando inexitosa a proposta conciliatória,

ofereceu o réu contestação (fls. 79/90), onde agita a preliminar de inépcia da inicial por inadequação do rito escolhido e, por tal, requerendo a extinção do feito sem apreciação meritória.

No mérito, exime-se de qualquer parcela de culpa no desabamento do prédio, aduzindo que agiu de acordo com as normas técnicas aplicáveis, sendo que as alterações feitas ao projeto original foram a pedido dos autores, além do que a **causa do desabamento foi a utilização, na construção, de material de última qualidade, motivo de constantes restrições feitas por ele, demandado, uma vez que os demandantes, praticando uma economia avara, compraram os tijolos aplicados na obra, cuja resistência à carga de ruptura estava muito abaixo da mínima ideal.**

No item 23 da peça contestatória, requer o demandado a determinação de perícia para apuração do nível de resistência dos tijolos utilizados na construção, concluindo, que **“a verdadeira causa do acidente está, sem nenhuma dúvida, na fragilidade do tijolo, que não comportou a carga que lhe competia”** (sic).

Com a atuação de sucessivos Magistrados no feito, inexplicavelmente passou o mesmo a percorrer o rito ordinário, sendo esta a primeira vez que esta Magistrada nele se pronuncia.

Réplica dos demandantes, às fls. 94, sem inovações.

Despacho, às fls. 100, deferindo as provas requeridas, nomeando o perito judicial e arbitrando os honorários pertinentes, ao tempo que determina a intimação dos réus para o depósito.

Intimados os réus em 07. 03. 95, nunca procederam ao depósito em questão, pelo que a MM. Juíza que passou a presidir o feito, em despacho de fls.

110, dispensou a perícia requerida, entendendo suficiente a prova documental existente nos autos e determinando expedição de Ofício ao CREA, solicitando o envio de cópia do inquérito administrativo aberto contra o réu para apuração do fato objeto desta demanda.

No mesmo ato, foi autorizada a demolição do que restara do prédio, considerando denúncia veiculada pelos autores (fls. 108/109) e pela municipalidade (fls. 113/114), porquanto ameaçavam os escombros ruírem sobre o prédio vizinho.

Laudo técnico elaborado pelo CREA, constante do processo presidido pelo próprio órgão referente ao sinistro em tela (fls. 128/267), culminando com a aplicação ao demandado de penalidade de advertência, deixando clara a ocorrência de negligência pela aceitação de materiais com qualidade duvidosa (fls. 246), além de pontuar quando do relato do parecer da Comissão, às fls. 247, que **“quando um edifício desmorona, alguma coisa acontece. Se não for erro de cálculo, nem falha construtiva constatável, com certeza houve negligência de alguma forma, e sendo o Engº Rivaldo Cassimiro o responsável técnico, ele terá que se responsabilizar, inclusive, pelo material usado na construção que, segundo perícia realizada, era de péssima qualidade”** (sic).

No mesmo laudo, às fls. 242, a Comissão de Engenheiros dá pela existência de **“falhas construtivas, o que podemos concluir que houve descuido e inobservância à boa técnica construtiva”** (sic). E mais adiante, às fls. 243, **“indícios de tijolos defeituosos, o que fica caracterizado descuido por parte do responsável no recebimento do material”**.

Conclui, ainda, a Comissão (fls. 243/244), que

inexistindo caso fortuito ou força maior o desmoronamento de qualquer prédio deve-se à ocorrência de imprudência, imperícia, negligência do profissional responsável. E, ainda, **“No presente processo fica caracterizada a imprudência do profissional ao reposicionar paredes para abertura de saída de serviço, e negligência, uma vez que existem várias falhas construtivas e de qualidade dos materiais utilizados”**.

Intimadas as partes a se pronunciarem sobre o laudo do CREA (despacho de fls. 268), pugnaram os autores pelo julgamento antecipado da lide (fls. 271/272), e optou o réu por se manifestar através de agravo retido, interposto em **20. 10. 95** contra diversos despachos dos quais diz ter tomado conhecimento, tão somente, em **11. 10. 95** (não obstante estejam comprovadas as intimações nos autos, e estivessem os mesmos em poder do seu patrono desde 06. 10. 95, conforme pedido de vista deferido no rosto da petição de fls. 275). É de observar-se, ainda, que à época da interposição, o prazo para agravar era de 05 (cinco) dias, porquanto a redação dos Arts. 522 a 529 só foi alterada, **a posteriori**, pela Lei nº 9. 139, 30. 11. 95, que dilatou o prazo para interposição do agravo (10 dias), não alcançando o recurso interposto pelo réu.

Recebido o agravo pelo despacho de fls. 282.

Petições atravessadas pelo réu, às fls. 283/286, sem qualquer forma de direito, insistindo em matéria que já fora objeto do agravo retido, guardando posições antagônicas (em uma ocasião diz não ter depositado os honorários periciais por culpa do juízo que não deu prazo para tanto nem intimou regularmente o réu, (fls. 277), em outra diz não ter efetuado aquele depósito porque **“o prazo foi muito exíguo para quem ganha**

pouquíssimo como o réu, empregado do CREA, e que levou um bruto calote dos autores, que nada lhe pagaram pelos seus serviços até esta data. **Por isso não lhe foi possível efetuar o recolhimento dos honorários da perita**". (sic). Grifei. (fls. 285).

Por fim requer a extinção do feito, por falta de objeto, tendo em vista a demolição do que restou do imóvel, inviabilizando a perícia por ele requerida.

Relatados, passo a decidir.

Tenho que o feito comporta julgamento no estado em que se encontra, conforme permissivo do Art. 330, I, do Código de Rito.

Trata-se de demanda indenizatória onde os autores imputam ao réu culpa pelo desabamento de um prédio de propriedade deles, autores, que estava sendo edificado sob a responsabilidade do demandado, na condição de engenheiro da obra, aduzindo que o sinistro foi em decorrência de alterações procedidas pelo demandado no projeto original.

Na peça de contrariedade oferecida, tenta o demandado elidir a acusação noticiando que as alterações foram feitas em atendimento às solicitações dos próprios autores, além do que o desabamento deveu-se, indubitavelmente, à utilização na obra de material (tijolos) de péssima qualidade tendo em vista a economia avara praticada pelos autores na aquisição do material necessário à edificação.

Requeru a produção de prova pericial para que fosse aferida a má qualidade dos tijolos empregados na obra (fls. 56), arrematando que **"só assim se apurará a verdadeira causa do acidente que está, sem nenhuma dúvida, na fragilidade do tijolo, que não suportou a carga que lhe competia"** (sic)-fls. 61.

Não tendo o demandado depositado os honorários periciais, não se procedeu à prova requerida, desnecessária, no meu entendimento, porquanto nenhum benefício traria ao interessado a confirmação do alegado na peça contestatória, muito pelo contrário, conforme ver-se-á adiante.

O acervo documental constante dos autos, especialmente o processo administrativo deflagrado pelo próprio órgão de classe do demandado (CREA), culminando com a conclusão de prática negligente e imprudente por parte do profissional, na utilização de material inadequado, o que lhe custou a pena de advertência, veio corroborar sobremaneira, em desfavor do réu, o que por ele mesmo foi admitido na peça contestatória, esta, determinante por si mesma, para o desate da questão, autorizando, desde o seu oferecimento, o julgamento antecipado da lide.

Ao cuidar da responsabilidade decorrente da construção, nos termos dos arts. 1.237 e 1.247 do Código Civil, anota Hely Lopes Meirelles que **"a responsabilidade pela perfeição da obra é o primeiro dever legal de todo profissional ou firma de engenharia, arquitetura ou agronomia, sendo de se presumir em qualquer contrato de construção, particular ou pública, mesmo que não conste de nenhuma cláusula ou ajuste"**. Isto porque a construção civil é, modernamente, mais que um empreendimento leigo, é um processo técnico de alta especialização, que exige, além da **peritia artis** do prático do passado, a **peritia technica** do profissional da atualidade. **"Sendo, assim, dessa responsabilidade não se exime o profissional ou firma construtora, ainda que tenha seguido instruções do proprietário ou da Administração, pois não se pode aplicar material**

inadequado ou insuficiente, nem relegar a técnica apropriada para a obra contratada, nem infringir a legislação pertinente". ("DIREITO DE CONSTRUIR", 4a. Ed., Revista dos Tribunais, 1983, páginas 237 e 238).

É indubitosa a responsabilidade do demandado no destino da obra, porquanto **"a seu respeito milita presunção legal e absoluta de culpa por todo e qualquer defeito de estabilidade da construção, qualquer que seja a modalidade adotada para a execução da obra"** (Hely Lopes Meirelles, obra citada, 2ª Ed. pág. 278).

De outra parte, à exaustão dos autos, aflorou prova, corroborada pelo próprio réu, no sentido da prática negligente e imprudente do profissional quando da utilização de material inferior, cuja qualidade duvidosa já tinha sido por ele constatada antes mesmo da sua utilização, conforme confessa na peça contestatória (fls. 57), ao afirmar que **"a escolha e compra de material de última qualidade, aplicado na obra, motivo de constantes restrições feitas pelo suplicado, sempre foram atos privativos e de inteira responsabilidade dos suplicantes"** (sic). Grifei.

Não fosse suficiente a responsabilidade legal, decorrente das normas do Código Civil, a Lei Federal nº 5.194, de 24. 12. 1966, ao tratar do exercício profissional da engenharia, da arquitetura e da agronomia, deixa clara a responsabilidade profissional pelas obras (Artigos 17 a 23), tanto que essas atividades só podem ser exercidas após o registro no respectivo Conselho regional.

Ademais, no caso sob exame, o demandado reconhece, que elaborou os projetos, executou e fiscalizou diariamente a obra, não lhe sendo dado elidir a própria responsabilidade com a alegação de que agiu conforme orientação e determinação dos demandantes, até porque

a contratação do engenheiro tem a finalidade precípua de garantir na edificação o emprego de técnicas e materiais adequados à sua segurança e estabilidade, o que por si só é suficiente para definir a responsabilidade do profissional.

Aguiar Dias, parafraseando Savatier, define a culpa como sendo **"a inexecução de dever que o agente deveria conhecer e observar. É a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude"**. ("Da responsabilidade Civil", 6a. Ed., 1979, v. 1, p. 123).

No caso em tela, caracterizada está a culpa **"in commitendo"**, decorrente da prática de ato positivo revestido de imprudência, violador do dever legal (e contratual) preexistente de observância às normas técnicas de segurança no que pertine à utilização do material adequado à estabilidade da obra, decorrendo, daí, a eclosão do evento e os prejuízos causados ao patrimônio dos autores.

Da obra de Rui Stoco **"RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL"**, 2a. Ed., Edt. Revista dos Tribunais, 1995, pinçam-se as seguintes observações e citações:

"O emprego de material de má qualidade ou defeituoso, deve ser incluído entre os vícios de construção, e por eles responderá o empreiteiro construtor, nos termos do Art. 1245". (cit. Alfredo de Almeida Paiva, -RF 145/30-pág. 160)

“A culpa profissional surge com a inobservância de norma técnica, de método recomendável, ou simplesmente, da falta de cuidados usuais na elaboração do projeto ou na sua execução” (cit. Hely Lopes Meirelles, pág. 160).

“A obrigação que o empreiteiro de construções assume é uma obrigação de resultado. Assim, deve ele garantir ao dono da obra a solidez desta e a sua capacidade para servir ao destino para que foi encomendada” (cit. Carlos Roberto Gonçalves, pág. 160).

Na mesma obra já citada, selecionam-se os seguintes acórdãos:

“Construção – Responsabilidade do engenheiro civil, projetista e fiscal da obra- Empreiteira ou construtora contratada pelo proprietário – Alterações no projeto inicial-Falhas consumadas – Negligência do engenheiro fiscal – Responsabilidade solidária caracterizada – Danos a serem apurados em execução, embora estimados na inicial – “Responde solidariamente pelos danos causados em razão de falhas da construção o engenheiro fiscal que negligencia em sua atividade profissional” – TJSP-12a. Câ. - Ap. Rel. Carlos Ortiz-j. 29. 11. 83-RT 584/92 (pág. 167).

“Quando o engenheiro declara-se responsável pelo projeto de construção, isso não

constitui mera formalidade, para efeito de aprovação pela Prefeitura; representa, isto sim, contrato pelo qual, embora não executando diretamente a obra, o engenheiro assume a obrigação de acompanhar, rigorosamente, a sua execução, notadamente, nos aspectos mais relevantes, quais sejam os de estrutura. Se permitiu que um leigo tomasse a si decisões importantes, e se esse pedreiro se afastou das instruções recebidas, cabia ao engenheiro tomar as providências cabíveis” – 1º TACSP-ap. -j. 27. 10. 81-JTACSP-RT- 74/145. (pág. 167).

“Responde pelos danos causados em razão das falhas da construção, o engenheiro fiscal que negligencia em sua atividade profissional”- TJSP-12a. Câ. - ap. - Rel. Carlos Ortiz – j. 29. 11. 83-RT-584/92. (pág. 92).

O Código Civil estabelece a obrigação de indenizar como consequência jurídica do ato ilícito, preconizando no seu Art. 159 que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

No caso sob exame tenho como configurado o fato lesivo provocado pelo réu, a ocorrência de dano patrimonial para os autores e o nexo de causalidade entre estes dois pólos, criando para o demandado a obrigação de indenizar.

Por conseguinte, e considerando tudo o mais que dos autos consta,

Julgo PROCEDENTE o pedido veiculado na exordial, com espeque no Art. 159 do diploma processual civil, para condenar, como condeno, o demandado a indenizar os autores nos prejuízos por eles suportados com o desabamento do prédio, considerando os limites estabelecidos pela peça inicial que classifica os danos em função do valor necessário para a recuperação da estrutura do prédio, conforme previsão do documento de fls. 29, devendo o “**quantum debeatur**” ser definido em fase de liquidação do **decisum** na modalidade de arbitramento, a teor do Art. 1. 553 do diploma civil substantivo.

Condeno, ainda, o demandado, a suportar os ônus da sucumbência, consistentes no pagamento das custas do processo e honorários advocatícios da parte contrária, estes arbitrados em 15% (quinze por cento) do valor do débito, conforme previsão do Art. 20, § 3º do CPC.

P. R. I.

Olinda, 26 de agosto de 1996.

MANDADO DE SEGURANÇA: DA NORMA DE TRATADO INTERNACIONAL COMO NORMA CONSTITUCIONAL

Jackson Borges de Araújo
Juiz de Direito

SENTENÇA

Mandado de Segurança nº 00191017937-0

EMENTA: Mandado de Segurança. ICMS. Isenção. Bacalhau importado de país signatário do GATT, sendo peixe seco, goza de isenção do ICMS deferida ao peixe seco e salgado nacional. GATT. Vigência do art. 98 do CTN recepcionado pela Constituição da República de 1988. Segurança concedida.

Vistos, etc.

EMPRESA COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA., qualificada na inicial, impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor da DAT da Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco, que está a exigir o pagamento antecipado do ICMS incidente sobre o bacalhau que ela impetrante está importando da Argentina, país signatário do GATT (guias de importação de fls. 14/16v.), sob a alegação de que tal antecipação fere o disposto no inciso II do art. 1º do Decreto-Lei nº 406, de 31.12.68 e ainda

infringe o parágrafo primeiro do Artigo I (PARTE I) do ACORDO GERAL SOBRE TARIFAS ADUANEIRAS E COMÉRCIO (GATT), aplicado pelo Poder Executivo por força da Lei nº 313, de 30.7.48, até porque o peixe seco salgado continua isento do imposto de importação e do ICMS, este, desde 1991 por força do Decreto nº 14.876/91 e a revogação de isenção através de decreto estadual é inconstitucional, pois fere o art. 109, parágrafo único, da Constituição do Estado de Pernambuco, sendo que, isenta a mencionada mercadoria na operação de entrada no estabelecimento da impetrante, não há como e porque cobrar o ICMS na saída, se esta não é, neste caso, o fato gerador do imposto, conforme súmula 577 do STF, sob pena de se violar o princípio da não-cumulatividade. Requereu medida liminar a fim de evitar a autuação do Fisco e a segurança para ter garantida a isenção do ICMS sobre as operações realizadas com a importação do bacalhau. Instruiu a inicial com os documentos de fls. 12/26.

Em despacho de fls. 31/32, o juiz deferiu o pedido de liminar.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações constantes de fls. 34/35. Não juntou documentos.

Parecer do Ministério Público, às fls. 36/38.

Vieram-me, em seguida, os autos conclusos.

Em sucinto, é o relatório. Bem vistos e examinados esses autos, passo a decidir pelos seguintes fundamentos.

Trata o presente “*mandamus*” da isenção do ICMS que tem como fato gerador a entrada em estabelecimento comercial, de bacalhau (peixe seco salgado) importado de país signatário do GATT (Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio) pelo titular do estabelecimento.

A “*quaestio solvenda*” compreende, assim, dois fatos jurídicos relevantes: (a) o fato gerador do ICMS incidente sobre mercadoria importada e (b) o fato de ser a mercadoria (bacalhau) oriunda de país signatário do GATT (Argentina) e, portanto, submetida às normas do referido Acordo Internacional, assinado e ratificado pelo Brasil e outros países, em Genebra, a 30 de outubro de 1947.

Em relação ao primeiro fato (a), não tenho dúvida de que, quando se trata de importação de mercadoria proveniente do Exterior, o fato gerador do ICMS é a *entrada* dessa mercadoria *no estabelecimento* do importador, nos termos do inciso II do art. 1º do Decreto-Lei nº 406, de 31.12.68, em vigor.

O art. 2º, I, do Convênio ICM nº 66/88, que dispõe ocorrer o fato gerador do imposto *no recebimento* pelo importador de mercadoria ou bem, importados do exterior, é absolutamente *inconstitucional*. É *inconstitucional*, *a um* porque extrapola os limites traçados pela Lei Complementar nº 24, de 07.01.75, que estabelece e delimita a matéria reservada aos Convênios, qual seja, a concessão de benefícios, incentivos e favores fiscais ou financeiros fiscais, tais como, isenções, redução da base de cálculo, devolução do imposto ao contribuinte, ao responsável ou a terceiros, concessão de créditos presumidos, anistia, remissão, transação, moratória, parcelamento de débitos fiscais e ampliação do prazo de recolhimento do imposto (ICMS), desatendendo, assim o disposto no § 8º do art. 34 do ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS, a *dois*, porque definindo ou criando novo fato gerador do imposto, não previsto no art. 1º, I a III do Decreto-Lei nº 406,

de 31.12.68, afrontou a norma constitucional do art. 146, III, “a” e “b”, da Constituição da República, a três, porque CONVÊNIO não é lei, no sentido estrito, nem tem força de lei complementar e está jungido às normas fundantes de sua validade de que trata o § 5º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Igualmente inconstitucional é o disposto no § 3º do art. 2º do Convênio ICM nº 66/88, por dispor sobre *matéria* (obrigação tributária) *reservada* pela Constituição à LEI COMPLEMENTAR “*stricto sensu*” (art. 146, III, “b”, da CR/88), vedada, assim, sua regulamentação por lei ordinária e, com mais razão, por Convênio, que é ato oriundo do Poder Executivo.

Já se tornou assente o entendimento dos nossos Tribunais Superiores de que o Decreto-Lei nº 406/68 continua em vigor, porquanto recepcionado pelo novo texto constitucional, uma vez despido da eiva de incompatibilidade. O mesmo se diga em relação ao Código Tributário Nacional, que continua em vigor.

Convênio, celebrado e ratificado pelos Estados e pelo Distrito Federal, por mais importante e necessário que seja, não pode invadir a esfera da “*reserva legal qualificada*” da lei complementar expressamente prevista na Constituição e se ocorrer tal invasão, o Convênio estará ofendendo não só a lei complementar, fundante de validade do próprio Convênio, mas estará afrontando a própria Constituição, cuja positividade jurídica de suas *normas* vincula pôr: a) os celebrantes do Convênio à sua realização (imposição constitucional); b) positivamente todos os órgãos concretizadores em todos os momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); c) faz com que essas

normas constitucionais constituam-se em *limites negativos*, que justificam a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam. Portanto, o inciso I (segunda parte) do art. 2º e seu § 3º do Convênio ICM nº 66/88, são indiscutivelmente, INCONSTITUCIONAIS. Com eles, igualmente inconstitucionais são todos os seus consecutórios: o ART. 3º, III, § 2º, II da Lei nº 10.259, de 27.01.89, alterados pelo art. 2º da Lei nº 10.650, de 25.11.91, e todos os atos administrativos dela decorrentes, posto que, as hipóteses de incidência tributária do ICMS continuam sendo apenas aquelas previstas nos incisos I, II e III do art. 1º do Decreto-Lei nº 406/68, únicas que podem determinar o surgimento da obrigação tributária concreta.

Quanto ao *segundo fato* (b), o de ser bacalhau importado de país signatário do GATT, hão de ser analisadas as normas do Acordo referentes a isenção a fim de que cotejando-as com as da legislação interna, chegue-se a uma conclusão, juridicamente correta.

À época dos fatos de que tratam estes autos, estava em vigor, no país, o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), ratificado pelo Brasil em Genebra, a 30.10.47, por força da lei nº 313, de 30.07.48.

O Código Tributário Nacional dispõe no seu art. 98, “*verbis*”:

“Art. 98 – Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observadas pela que lhes sobrevenha.”

É certo que o inciso III do art. 151 da Constituição da República veda à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, vale dizer, a União, pessoa jurídica de Direito Público Interno, com capacidade política não pode, na condição de agente de ato legislativo, elaborar, através do seu órgão legislativo (o Congresso Nacional), *lei ordinária* (Federal) que institua isenções de tributos estaduais, municipais e do Distrito Federal.

O Congresso Nacional, enquanto órgão legislativo da União (art. 44, CR/88), elabora *leis federais*, isto é, leis da União. A Constituição da República, ao tratar da competência legislativa da União, dispõe nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 24, “*verbis*”:

“Art. 24 –

§ 2º – A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º – Inexistindo *lei federal* sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades.

§ 4º – A superveniência de *lei federal* sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”. (*os grifos são nossos*)

Como se vê, lei federal é lei da União (neste sentido v. IVES GANDRA MARTINS, Sistema Tributário na Constituição de 1988, Saraiva, 3ª ed, 1991, p. 82/95).

A Constituição ao tratar “dos impostos dos Estados e do Distrito Federal” (TÍTULO VI, CAP. I, SEÇÃO IV), dispõe no seu art. 155, XII, “g”, “*ad litteram*”:

“Art. 155 –

XII – cabe à *lei complementar*:

.....
“g” – regular a *forma* como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, *isenções*, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.” (*os grifos são nossos*).

Portanto, a Constituição reservou à lei complementar a regulamentação da *forma* como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, serão concedidos isenções, incentivos e benefícios fiscais. Trata-se de reserva material de lei “*ex constitutione*”.

A *lei complementar* de que trata a alínea “g” do inciso XII do art. 155 da Constituição, é *lei da Federação*, ou seja, *lei nacional* e não lei federal “*stricto sensu*”. Lei nacional elaborada pelo Congresso Nacional (por empréstimo) que, neste caso, despe-se das funções de órgão federal (poder legislativo federal) para revestir-se, como de fato reveste-se, das funções de órgão da soberania nacional (poder nacional). É por essa razão que a Constituição *reservou* à lei complementar as funções de:

- (a) estabelecer normas gerais de direito tributário;
- (b) eliminar conflitos de competência;
- (c) regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;
- (d) regulamentar as matérias constantes das alíneas “a” “*usque*” “g” do inciso XII do art. 155 da Constituição, todas referentes aos impostos estaduais e do Distrito Federal.

A lei complementar é o eixo de todo o sistema constitucional tributário, solução encontrada pelo constituinte para fortalecer e harmonizar a Federação, bem como impedir distorções; visa, assim, a preservar a *unidade* do sistema. Essa, a verdadeira função da lei complementar em relação ao sistema tributário nacional.

Ora, ao ser promulgada a Constituição em 05 de outubro de 1988, estava em vigor a Lei Complementar nº 24, de 07/01/75, que dispõe sobre os *convênios* celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal para a concessão de isenções de ICMS. Essa lei complementar, por não contrariar dispositivos constitucionais e por atender "*in totum*" ao disposto na alínea "g" do inciso XII do art. 155 da CR/88, foi *recepcionada* pela atual Constituição, por força do disposto no § 5º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. É através de convênios, que os Estados e o Distrito Federal dispõem sobre concessão e revogação de isenções, incentivos e benefícios de ICMS. "Os convênios ratificados obrigam todas as Unidades da Federação inclusive as que, regularmente convocadas, não se tenham feito representar na reunião" (art. 7º da LC nº 24/75).

Feitas essas considerações preliminares, fica evidente que não existe contradição entre a norma do inciso III do art. 151 da Constituição e a da alínea "g" do inciso XII do art. 155 da mesma Constituição; se, levando em conta os princípios da unidade da Constituição, da máxima efetividade de suas normas, da harmonização, a ela dermos um sentido de conformidade com a Constituição, veremos que não existe "confusão" alguma, nem se trata de "isenção heterônoma" a do inciso XII, "g", do art. 155. São os

próprios Estados que, através de *CONVÊNIO* decidem conceder e revogar isenções do ICMS, "*ex vi*" da Lei Complementar nº 24/75. Onde a heteronomia?

Não se venha dizer que os "*convênios*" de que trata a lei complementar nº 24/75 são inconstitucionais, porque não o são; nem se diga que as isenções concedidas ou revogadas através desses convênios sejam heterônomas porque não o são.

O Convênio ICMS 148/92, celebrado nos termos dos arts. 2º e 4º da Lei Complementar nº 24/75, dispõe na sua cláusula primeira, V, "c)", que, ficam prorrogadas até 31 de dezembro de 1995, as disposições contidas no Convênio ICMS 60/91, de 26.9.91. Este convênio, por sua vez, dispõe na sua cláusula primeira, que "ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder isenção do ICMS nas operações internas com pescado, *exceto* crustáceo, molusco, adoque, *bacalhau*, merluza, pirarucu, salmão e rã."

A Lei estadual nº 10.259, de 27.01.89, que institui o ICMS em Pernambuco, dispõe no seu art. 8º, "*verbis*":

"ART. 8º – São **isentas** do imposto as operações e prestações assim **definidas em convênio homologado** conforme o disposto em legislação específica" (destaque nosso).

A Lei Complementar nº 24, de 07.01.75 contém as seguintes disposições normativas que nos interessam, "*verbis*":

"ART. 1º – As **isenções** do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão **concedidas** ou **revogadas** nos termos

de **convênios** celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

ART. 2º –

§ 2º – A **concessão** de **benefícios** dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua **revogação** total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

ART. 12 – São mantidos os **benefícios fiscais** decorrentes de convênios regionais e nacionais vigentes à data desta Lei, **até que revogados ou alterados por outro**. (os destaques são nossos).

Como se observa, as *isenções* do ICMS só podem ser *concedidas ou revogadas* através de Convênios celebrados e ratificados pelos Estados, na forma da Lei Complementar nº 24/75. Atende-se, assim, à exigência do art. 176 do CTN, ou seja, que a *isenção* “é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração”.

Não menos incisivo é o art. 178 do CTN, com a redação que lhe deu a Lei Complementar nº 24/75, a seguir transcrito:

“Art. 178 – A *isenção*, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser **revogada** ou **modificada por lei**, a qualquer tempo, observado o **disposto no inciso III do art. 104**” (grifos nossos).

Portanto, antes mesmo da edição da Lei Complementar nº 24/75, o CTN só admitia a *concessão* e *revogação* ou *modificação* de isenção através de *lei*, no sentido estrito. Com o advento da Lei Complementar nº 24/75, as isenções passaram a ser reguladas – concedidas e revogadas – através de *Convênios* celebrados e ratificados na forma da mesma lei complementar (art. 2º “*usque*” art. 7º).

Dessarte, pode-se afirmar com absoluta certeza que, em virtude do disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da atual Constituição da República, a Lei Complementar nº 24, de 07.01.75 e as Seções I, II e III do Capítulo V do TÍTULO III do Livro Segundo do Código Tributário Nacional (que tem validade e eficácia de lei complementar), referentes aos excluídos do crédito tributário – art. 175 “*usque*” 182 – foram todos *recepcionados* pelo novo Sistema Tributário Nacional implantado pela Constituição de 1988. Com efeito, a *forma* como as *isenções*, incentivos e benefícios fiscais são *concedidos* e *revogados mediante deliberação* dos Estados e do Distrito Federal, acha-se perfeitamente regulada pela vigente Lei Complementar nº 24/75.

Como corolário inarredável tem-se de admitir que continuam em vigor os arts. 176 e 178 do CTN. O primeiro dispõe que a *concessão* de *isenção* só pode ser feita através de *lei* formal. O segundo reza que a *isenção* só pode ser *revogada* ou *modificada* por *lei* formal.

Portanto, somente *lei* pode *conceder* ou *revogar/modificar isenção*. E a LEI COMPLEMENTAR nº 24/75 dispõe sobre a forma de *Convênio* para a concessão e revogação de isenções. Respeita-se, assim, o princípio

da estrita legalidade, neste caso, aplicável. Nem Decreto-Lei, nem decreto, nem regulamento, nem portaria, podem conceder ou revogar isenções.

Ora, se o bacalhau não goza do benefício fiscal da *isenção*, nas operações internas, “*ex vi*” do disposto na cláusula primeira do Convênio ICMS nº 60/91 c/c a cláusula primeira, inciso V, c), do Convênio ICMS nº 148/92, por conseguinte, inexistente lei estadual concedendo isenção do ICMS nas operações internas com bacalhau, no Estado de Pernambuco.

Por outro lado, o Código Tributário Nacional, que tem validade e eficácia de Lei Complementar, (que é *lei nacional*), foi recepcionado pela Constituição de 1988, com exceção das normas que são incompatíveis com a nova ordem constitucional, posto que estabelece normas gerais em matéria de Direito Tributário de conformidade com o disposto no inciso III, do art. 146 da Constituição. E uma dessas normas, igualmente recepcionada pela novel Constituição, é a do art. 98, que dispõe sobre a supremacia dos tratados internacionais à legislação interna.

Com efeito, a *República Federativa* do Brasil, com personalidade jurídica de direito público internacional, é composta (integrada) pela *União*, pelos *Estados*, pelos *Municípios* e pelo *Distrito Federal*, todos, pessoas jurídicas de direito público interno (art. 18 da CR/88 c/c o art. 14, I, II e III, do Código Civil), autônomos, mas não soberanos. A Constituição atribui à *União* competência para “manter relações” internacionais em nome da *República* (art. 21, I), cujo Presidente tem competência privativa para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII). Cabe

ao Congresso Nacional, agindo na condição de órgão representativo da Federação, ratificar ou não os atos do representante da República, i.é, o Presidente (art. 49, I). Portanto, na celebração de Tratados Internacionais, quem é *parte e obriga-se* é a República e não a União, órgão político-administrativo, posto que, só a República tem personalidade jurídica de direito internacional e só como tal é reconhecida pelos demais Estados soberanos.

Ademais, ao dispor 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*”, a Constituição da República (e não da União) recepcionou o princípio da supremacia dos tratados internacionais sobre a legislação interna, de forma claramente expressa. E não só elevou as normas dos tratados internacionais que dispõem sobre direitos e garantias individuais fundamentais, à categoria de *normas constitucionais* e como tais, não podem ser objeto de reforma (art. 60, § 4º, IV, da CR/88).

Em suma, a União não é parte contratante, apenas apresenta ou representa a República e age em nome desta, através do Presidente da República, que apenas *celebra* formalmente os tratados que serão ratificados pelo órgão representativo da soberania nacional, o Congresso Nacional.

Então, vejamos os dispositivos do GATT referentes à isenção visto ser o que nos interessa.

O parágrafo primeiro do ARTIGO I – *Tratamento Geral de Nação mais Favorecida* – da PARTE I do GATT, dispõe “*ad litteram*”:

“1 – Qualquer vantagem, favor, imunidade ou privilégio concedido por uma parte contratante em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao *produto similar*, originário do território de cada uma das outras partes contratantes ou ao mesmo destinado. *Este dispositivo refere-se aos direitos* aduaneiros e encargos de toda a natureza que gravem a importação ou a exportação, ou a elas se relacionem, aos que recaiam sobre as transferências internacionais de fundos para pagamento de importações e exportações, digam respeito ao método de arrecadação desses direitos e encargos ou ao conjunto de regulamentos ou formalidades estabelecidos em conexão com a importação e exportação *bem como aos assuntos incluídos nos §§ 1 e 2 do art. III*”..

Os parágrafos primeiro e segundo do ARTIGO III – *Tratamento nacional em matéria de impostos e de regulamentação internos* – da PARTE II do GATT, dispõem, “*ad litteram*”:

“1 – Os produtos de qualquer Parte Contratante importados no território de outra Parte Contratante serão isentos da parte dos tributos e outras imposições internas de qualquer natureza que excedam aos aplicados, direta ou indiretamente, a produtos similares de origem nacional. Além disso, nos *casos em que não houver no território importador produção*

substancial de produto similar de origem nacional, nenhuma Parte Contratante aplicará tributos internos novos ou mais elevados sobre os produtos de outras Partes Contratantes com o fim de conceder proteção à produção de produtos, diretamente competidores ou substitutos, não taxados de maneira semelhante; os tributos internos dessa natureza, existentes, serão de negociação para a sua redução ou eliminação.

2. Os produtos originários e ou importados de qualquer uma das Partes Contratantes gozarão de *tratamento não menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional* no que concerne a todas as leis, regulamentos e exigências que afetem a sua venda, colocação no mercado, compra, transporte, distribuição ou uso no mercado interno. As disposições deste parágrafo não impedirão a aplicação das taxas diferenciais de transportes, baseadas exclusivamente na utilização econômica dos meios de transporte e não na origem de produtos”.

Em virtude das normas de reciprocidade de tratamento acima transcritas, passemos à análise das normas internas vigentes sobre isenção, especificamente em relação ao ICMS.

Em virtude do que ficou demonstrado, afastados os equívocos apontados, continua em vigor a Súmula 575 do Supremo Tribunal Federal, em perfeita consonância com a norma do art. 98 do CTN, recepcionado pela nova ordem constitucional.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm se manifestando reiteradamente no sentido de que o bacalhau importado, sendo do gênero “peixe seco”, goza de isenção do ICMS, tal como o peixe seco e salgado nacional, de que é similar. Aliás, o *Superior Tribunal de Justiça* editou a *Súmula 71* com o seguinte enunciado:

“O bacalhau importado de país signatário do GATT é isento do ICM.”

Se há similaridade do bacalhau importado com o peixe seco e salgado nacional, que goza de isenção do ICMS, e está em vigor a cláusula de reciprocidade de tratamento (tributário-fiscal) a produtos similares nacionais, do GATT, a cláusula de exclusão do bacalhau da isenção do ICMS contida no Convênio ICMS 60/91, “não infirma a que é concedida ao bacalhau importado que não tem similar nacional senão na categoria de peixe seco e salgado, que continua isenta.” A referida cláusula não afasta a incidência (validade e eficácia) da norma internacional do GATT, ratificado pela República Federativa do Brasil.

Como as operações internas com peixe seco e salgado estão isentas do ICMS, por conseguinte, as saídas internas e interestaduais de bacalhau, como peixe seco e salgado, continuam isentas do ICMS, por força do disposto do parágrafo primeiro do ARTIGO I da parte I e parágrafos primeiro e segundo do ARTIGO III da PARTE II, todos do GATT, combinados com o art. 98 do Código Tributário Nacional, ou seja, em virtude das normas de reciprocidade de tratamento acima transcritas, com validade e eficácia de lei interna.

Com maior razão, a entrada do bacalhau importado de país signatário do GATT, no estabelecimento comercial da impetrante está isenta do ICMS, por força do parágrafo primeiro do ART. I da Parte I do GATT. E não só a entrada, mas também as saídas subseqüentes estão isentas do ICMS, posto que, saída não constitui fato gerador quando se trata de mercadoria importada do exterior, como é o caso. Neste sentido, a Súmula 577 do STF, “*verbis*”:

“Na importação de mercadorias do exterior, o fato gerador do imposto de circulação de mercadorias ocorre no momento de sua entrada no estabelecimento do importador”.

Com muita propriedade manifestou-se o Ministro do STF *SOARES MUÑOZ*, no RE 99.332, em 14.02.84, “*verbis*”:

“A distinção, no entanto, entre a entrada e a saída contraria a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual tais atos integram a circulação da mercadoria (fato gerador do ICM), de sorte que, isento o primeiro, não é possível cobrar o ICM sobre o segundo, sem violação do princípio constitucional da não-cumulatividade”.

Destarte, por serem as operações internas e interestaduais com o bacalhau importado de países signatários do GATT isentas do ICMS, reconheço o direito líquido e certo à impetrante de não pagar o imposto, que está sendo cobrado pelo impetrado. Configurada está a violação de direito líquido e certo.

Isto posto, e considerando o que mais dos autos consta, concedo a segurança impetrada para o fim de determinar, como de fato determino à autoridade coatora ou a quem suas vezes fizer, que se abstenha de cobrar o ICMS tanto na entrada do bacalhau importado da Argentina, país signatário do GATT conforme guias de importação nºs 2644-5, 2643-7 e 2645-6, no estabelecimento comercial da impetrante, como nas operações subseqüentes (saídas) internas e interestaduais, por se tratar de peixe seco e salgado, beneficiado com a isenção do ICMS, nos termos do art. 8º da Lei nº 10.259/89 e da cláusula primeira do Convênio ICMS 60/91 c/c o Convênio ICMS 148/92, 1, V, c.

Condeno o impetrado ao pagamento das custas processuais.

Transcorrido o prazo recursal, certifique-se e subam estes autos, com ou sem o recurso voluntário da parte, à superior instância para a devida revisão.

No mais, cumpra o escrivão o que for de seu mister.

P. R. I. C.

SENTENÇA CÍVEL: AÇÃO PARA ANULAÇÃO DE DOAÇÃO

Jorge Américo Pereira de Lira

Juiz de Direito

SENTENÇA

Proc. Nº 217/91

EMENTA: AÇÃO PARA ANULAÇÃO DE DOAÇÃO

1. **INCAPACIDADE ABSOLUTA DA DOADORA – INCOMPROVAÇÃO – A incapacitação, na hipótese, não pode resultar de simples presunção, mormente quando contrastada; mister se faz que exsurja de prova idônea, robusta e irrefutável. O nonagenário não é, só por conta de sua idade avançada, absolutamente incapaz para exercer de fato os atos da vida civil.**

2. **LOCALIZAÇÃO DO BEM DOADO – ÁREA ENCRAVADA – IRRELEVÂNCIA – O fato de o bem doado situar-se em área encravada não tem o condão de invalidar um ato jurídico perfeito, pois para isso existe o direito de passagem (CC, art. 559).**

3. **PORÇÃO DISPONÍVEL – NULIDADE DA PARTE INOFICIOSA – NÃO OCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AOS**

HERDEIROS NECESSÁRIOS POR NÃO INVASÃO À LEGÍTIMA – *Se os interesses econômicos, patrimoniais, e mesmo morais, de todos os herdeiros necessários, sem exclusão de quem quer que seja, estão ou foram resguardados pelo doador, através de semelhantes atos de liberalidade, com antecipação da legítima – e bens a serem trazidos à colação –, afigura-se inviável cogitar-se de nulidade da doação, por ausência de ofensa material à regra compendiada o art. 1.176 do Cód. Civ.*
Improcedência do pedido.

(Obs.: sentença confirmada, à unanimidade)

Vistos, etc.

WALDIR SOUZA e sua esposa, ZÉLIA RODRIGUES DE ARAÚJO SOUZA, brasileiros, casados entre si, ele agricultor, ela professora, residentes nesta cidade, por intermédio de advogado legalmente habilitado, ajuizaram a presente AÇÃO DE ANULAÇÃO DE DOAÇÃO em face de MARIA GISELDA ARAÚJO SANTANA, brasileira, casada, professora, igualmente residente e domiciliada nesta cidade, alegando, em resumo, o seguinte:

a) Que, no dia 1º de março de 1985, em seguida às mais variadas encenações, Dona MARIA JÚLIA GOMES DE SOUZA, mãe do A. varão, foi levada a colocar, sem saber o porquê, sua

impressão digital num livro do Cartório do 2º Ofício deste Município e Comarca, que tem como titular a Srª Maria Huguete Santos Gonçalves. Na data em que Dona Maria Júlia apôs tal impressão digital já tinha bem contados 93 (noventa e três) anos de idade, “cega e analfabeta”. Por melhor que fosse sua saúde, Dona Maria Júlia, àquela altura, já tinha ultrapassado a sua capacidade de distinguir as coisas;

- b) Que, há tempos, a mesma Dona Maria Júlia Gomes de Souza “partilhara” entre seus filhos alguns bens que então ela (doadora) possuía, ficando o A. varão com uma gleba de terras no Sítio Pau D’arco, deste município, como demonstra a documentação acostada, e, dentro deste acima citado sítio, ficara uma pequena área de 7,03 hectares, tudo na forma da planta inclusa. Esta área de 7,03 hectares está encravada dentro das terras do A. varão, só se podendo ter acesso à dita área passando pelas terras do promovente;
- c) Que Dona Maria Júlia Gomes de Gomes de Souza, genitora do A. varão, aos 93 (noventa e três) anos de idade, com outros filhos, não podia, na forma da lei, fazer doações em detrimento de seus herdeiros necessários, mormente em se cuidando de uma área encravada dentro de outras terras.

Ao final, esclarecem que, na demanda em espécie, não se cogita da nulidade do registro, mas da anulação da doação como ato (anulação do contrato de doação).

Ao pedido, foram juntos os documentos de fls. 06/26.

O então Juiz processante, através do r. despacho lançado a fls. 30, determinou a intimação dos promoventes para que, em 10 (dez) dias, na forma do disposto no art. 47, parág. único, do CPC, promovessem “a citação dos litisconsortes passivos necessários”, entendendo como tais “o espólio de Dona Maria Júlia Gomes de Souza, na pessoa de seu inventariante, e/ou os herdeiros da finada doadora” (sic); acentuando, dessarte, que “a eficácia da futura sentença depende da citação de todos os litisconsortes.”

Os Autores peticionaram a fls. 30/36, pedindo a citação dos herdeiros necessários da doadora, ali nominados, esclarecendo, por outro lado, que deixavam de requerer a citação do espólio de Dona Maria Júlia em virtude da inexistência de processo de inventário.

A Ré, MARIA GISELDA ATAÍDE SANTANA (donatária), juntamente com seu esposo, JOAQUIM SILVA E SANTANA, contestou a ação, a fls. 39/42, oportunidade em que, resumidamente, alegou o seguinte:

- a) Que sobreleva notar a incongruência dos Autores ao afirmarem a incapacidade da doadora, sob o fundamento de que a doação recebida pela Ré data de 01.03.85, quando a doadora já contava com 93 (noventa e três) anos. – porém absolutamente lúcida – entretanto, esquecem-se de noticiar que em 28.03.84, os Autores foram beneficiários de uma doação feita por Dona Maria Júlia, quando a mesma, também já era nonagenária;

- b) Que, no atinente à alegação autoral de que o imóvel rural objeto do litígio se encontra em terras pertencentes dos Autores, tal assertiva não merece prosperar, pois, consoante se observa na escritura pública da doação sob exame, cuida-se o imóvel doado de uma área remanescente, com 7,3 hectares, originária de uma propriedade rural com uma área total de 575,1 hectares e que foi dividido em duas partes iguais de 283,9 hectares cada uma, doadas por dona Maria Júlia, respectivamente, ao A. varão e ao genitor da Ré, reservando a doadora, para si, a área que viria, posteriormente, a ser doada à parte ré:

- c) Que, efetivamente, a área litigiosa, objeto do ato de liberalidade hostilizado, não fica “encravada” em terras doadas anteriormente pela mesma doadora aos Autores, mas, sim, “fica ladeada” pela referida propriedade rural pertencente aos Autores.

Pede a improcedência da ação.

Juntou os documentos de fls. 43/52.

A fls. 53/55, contestação formulada pelos litisconsortes passivos necessários “GISÉLIA GOMES DE SOUZA ATAÍDE (herdeira legítima da doadora) e seu esposo, LOURIVAL DE SOUZA ATAÍDE, alegando, em síntese apertada, o seguinte:

Preliminarmente:

- a) Requerem a extinção do feito sem conhecimento do **meritum causae**, a teor do disposto no art. 267, V, do CPC, em face da

“litispendência”, isso porque “no ano de 1985, o Autor ingressou com uma Ação Declaratória tombada sob o nº 8.414/85, tendo por objeto a mesma área de 7 ha de que trata a presente ação de anulação” (...). “A ré da citada ação é a mesma: Maria Giselda Araújo Santana, ou seja, há identidade de partes numa e outra ação”.

No mérito:

b) rechaçam a tese sustentada pelos Autores de incapacidade da doadora, afirmando que esta, “no ano de 1985, estava em plena capacidade de discernimento, tanto que inexistiu qualquer pedido de interdição, mesmo após consumada a escritura da doação que se pretende anular.”

E mais:

c) que os Autores foram contemplados com doação feita pela mesma doadora, no ano de 1984, quando aquela já contava com 92 anos de idade;

d) que, quando Dona Maria Júlia dividiu a Fazenda Pau D’arco entre os Autores e os contestantes, fê-lo em partes iguais, ou seja, “a cada parte tocou o total de 283,9 ha, ficando o remanescente de 7,3 ha, dando tudo, uma área de 575,1 ha;

e) que a área remanescente de 7,3 ha que ficara para a doadora foi regular e licitamente doada à ré MARIA GISELDA, pouco importando que “os 7,3 ha estejam encravados dentro da

parte que tocou aos Autores (para isso existe o direito de passagem), pois em seu poder estão os 283,9 ha, sem faltar um só metro.”

Pede a improcedência da ação.

Com a resposta, vieram os documentos de fls. 56/77.

O herdeiro legítimo ALBÉRICO GOMES DE SOUZA, não obstante citado (cf. fls. 38), deixou de intervir no feito.

Os Autores, em tempo hábil, replicaram a fls. 79/80 e 81/82, trazendo aos autos os documentos de fls. 83/98.

Ouvidos acerca dos documentos novos juntos pelos Autores, a Ré e os litisconsortes passivos manifestaram-se a fls. 100/101 e 103/104, respectivamente.

A fls. 107/118, cópia fotostática de notas de julgamento proferido pela Ordem dos Advogados do Brasil, seção da Bahia, mediante o qual se aplicou ao Bel. JORGE DE SOUZA DUARTE, advogado dos Autores, por infração disciplinar, a pena de suspensão de suas atividades profissionais, pelo prazo de 06 (seis) meses.

Notificados para constituição de novo patrono, os Autores residiram em Juízo o substabelecido de fls. 122, outorgado ao Bel. HÉLIO COELHO OLIVEIRA, regularizando a representação processual.

A fls. 124/125, saneador irrecorrido, examinando e afastando, de logo, pelos fundamentos ali expendidos, a preliminar de “litispendência” articulada pelos litisconsortes passivos.

A audiência de instrução e julgamento transcorreu consoante a assentada de fls. 136/138 v., ocasião em que se tomou o depoimento pessoal da Ré Maria Giselda

e foram ouvidas 03 (três) testemunhas arroladas pela parte demandada.

A fls. 139, o A. varão noticiou o falecimento da co-autora ZÉLIA RODRIGUES DE ARAÚJO.

Admitida a substituição dos debates orais por memoriais escritos, as partes arazoaram: Autor (fls. 142/144) e litisconsortes passivos (146/147), reiterando os seus pontos de vista, já conhecidos nos autos. Os advogados dos Réus, sem causa de justificação regularmente apresentada, deixaram de formular suas respectivas razões finais.

O Ministério Público opinou pela improcedência do **petitum** (cf. 149/150).

O QUE TUDO BEM VISTO, EXAMINADO E PONDERADO. PASSO A DECIDIR.

De prima, impõe-se-me reconhecer e declarar que o então Juiz processante laborou em erro quando determinou aos Autores promovessem a citação do espólio e/ou de todos os herdeiros legítimos da doadora para que comparecessem ao processo, na condição de "litisconsortes passivos necessários" (v. despachos de fls. 29 e 30). Com efeito, não há, **in casu**, litisconsórcio necessário, eis que a beneficiária da doação questionada foi, exclusivamente, a donatária, MARIA GISELDA, enquanto que todos os descendentes da doadora (herdeiros legítimos) foram prejudicados. Haveria, se o caso fosse, litisconsórcio facultativo ou assistência litisconsorcial, desde que demonstrado cabalmente o interesse jurídico, que significa real, concreto e não meramente genérico ou difuso.

Dessarte, se ainda viva fosse a doadora, a ação, seguramente, haveria de ter sido proposta, também, contra ela (litisconsórcio necessário unitário), por ter a

mesma participado do ato jurídico invectivado (contrato de doação), na condição de parte. O mesmo não ocorrendo, pois, em relação ao seu espólio, pelos argumentos atrás relatados.

A decisão da causa não acarretará obrigação direta ao espólio e aos herdeiros legítimos da doadora e, portanto, estes não podem ser havidos por litisconsortes necessários (!).

Desavém, portanto, o comparecimento ao processo, na condição de litisconsortes passivos necessários, do espólio da alienante e/ou seus herdeiros legítimos, razão por que os tenho por excluídos da relação jurídico-processual; sem razão, **en passant**, para se cotejar de nulidade do processo, ante a ausência de prejuízo (PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF).

Pois bem.

Aprecio o mérito (toda matéria preliminar foi enfrentada e afastada no saneador):

Trata a hipótese, sob exame, da ação de anulação de doação, fundada, objetivamente, nos seguintes aspectos:

- a) incapacidade absoluta da doadora;
- b) a área doada fica encravada em terras antecedentemente doadas ao A. varão (e ora os Autores confundem-se argumentando que foram doadas terras já pertencentes a eles); e
- c) a doação excedeu a parte que doadora poderia dispor em testamento, haja vista a existência de herdeiros necessários.

Vejamos as teses defendidas pelos Autores:

1) Da incapacidade absoluta da doadora – A incapacitação, **in casu**, não pode resultar de simples

presunção, mister que exsurja de prova idônea, robusta e irrefutável. O nonagenário não é, só por conta de sua idade avançada, incapaz de exercer por si próprio os atos da vida civil.

Aí está o exemplo vivo de um BARBOSA LIMA SOBRINHO, com sua indefectível altivez e serenidade, promovendo o início formal do processo de defenestração de um Presidente da República acusado de corrupção. E por que não lembrar do “imortal” AUSTRAGÉSLIO DE ATAÍDE, que, com a mesma idade cronológica da doadora, conduziu, com pulso firme, a Academia Brasileira de Letras, durante longos anos? Os exemplos são inúmeros e notáveis...

Por isso, não deixa de ser uma leviandade afirmar-se, peremptoriamente, que o nonagenário seja incapaz de exercer de fato os atos da vida civil: **PROBARE OPORTET, NON SUFFICIT DICERE.**

Por outro lado – o que é mais importante – se os Autores nada lograram demonstrar, até porque nem sequer arrolaram testemunhas. Dos depoimentos ouvidos em Juízo colhe-se a informação que Dona Maria Júlia, quando veio a falecer (dois anos após a doação guerreada, aproximadamente), “encontrava-se em absoluto gozo de suas faculdades mentais” (v. depoimento da testemunha Lauriano Alves Correia, fls. 136 v./137) e que a alienante “somente se queixava de problemas de visão” (v. depoimento da testemunha José Gomes da Costa, fls. 137/137 v.). Cegueira, como se sabe, não se afigura como qualquer causa incapacitante, isto porque, *in thesy*, o cego pode, perfeitamente, exprimir sua vontade máxima diante de um Serventuário de Justiça, com fé pública, como sói acontecer com a espécie.

O A. varão, que meses atrás se havia beneficiado de doações feitas por sua “provecta” mãe, não teve, aparentemente, nenhum constrangimento para dizer, em Juízo, que sua genitora era “absolutamente incapaz”, versão completamente desmascarada pela prova testemunhal coligida, restando incontroversa, pois, a serenidade de Dona Maria Júlia, ao efetivar o ato de liberalidade hostilizado nos autos.

Rejeito, assim, a tese de incapacitação absoluta da doadora.

2) Da localização da área doada – Na inicial, os Autores se insurgiram, também, contra a doação sob o argumento de que a gleba doada constitui área encravada em terras hoje de propriedade dos promventes (foram doadas pela mesma doadora). Quando das razões finais, os Autores inovaram, sustentando, desta feita, que Dona Maria Júlia doou terras que já não mais as possuía, localizadas em área recebida pelo A. varão em doação anterior efetivada pela própria doadora. Acontece que ambos os argumentos esgrimidos pelos Autores desmerecem prosperar. O primeiro (tratar-se de área encravada), porque não tem o condão de invalidar um ato jurídico perfeito; para isso, existe o direito de passagem (conferir art. 559, CC). O segundo (impossibilidade jurídica do objeto da doação, vez que fora da órbita dominial da doadora) porque a tese suscitada não é verdadeira. Explico: Dona Maria Júlia era proprietária de um imóvel rural situado no lugar denominado Sítio Pau D’arco, Fazenda Pedra, 1º distrito, neste município, com uma área total de 575,1 hectares. No ano de 1984, Dona Maria Júlia doou ao A. varão e ao seu (dela, doadora) genro LOURIVAL

DE SOUZA ATAÍDE, como resultado do desmembramento da área total originária, 283, 9 hectares para cada um, perfazendo um quantitativo de 567,8 hectares; reservando, pois, para si, uma área correspondente a 7,3 hectares.

Segundo o testemunho do notário LAURIANO ALVES CORREIA (v. fls. 136v. /137), a falecida doadora pretendia, inicialmente, que a área acima citada área “remanescente” do Sítio Pau D’arco ficasse em condomínio para os seus filhos WALDIR e GISÉLIA, o que não foi possível vir a efetivar-se, em face do grave dissenso que pairava entre os futuros possíveis condôminos.

Daí, portanto, exsurgiu a iniciativa da matriarca em doar a área “remanescente” (que não foi objeto de doações anteriores), obviamente à donatária MARIA GISELDA, sua neta, o que motivou a insurreição dos Autores.

Rejeito

3) Da nulidade da doação por haver excedido a parte que a doadora poderia dispor em testamento. É importante que se advirta, aqui, se por acaso tivessem os Autores demonstrado, **quantum satis**, que a doação, no momento do ato de liberalidade, ultrapassou a porção disponível, a mesma (doação) seria nula, apenas, na parte inoficiosa, isto é, na que excedesse a metade disponível, impondo-se, assim, a redução da liberalidade aos limites legais, a fim de não prejudicar a legítima (v. art. 1.176, CC). Portanto, é incogitável, sob esse fundamento, a nulidade de todo o donativo, mas apenas da parte que extrapole a parte disponível.

De qualquer parte sorte – mesmo sem demonstração cabal feita pelos Autores quanto à invasão da legítima dos herdeiros necessários –, é de se ver que o art. 1.176, do Cód. Civil, não pode ser interpretado literalmente, dissociado de seu espírito (objetividade jurídica) ou sentido teleológico. O fim do artigo supramencionado é resguardar a legítima dos herdeiros necessários, com o escopo de evitar sejam estes preteridos em benefício de uma ou algumas pessoas, herdeiras legítimas ou não do doador.

Se os interesses econômicos, patrimoniais, e mesmo morais, de todos os herdeiros necessários, sem exclusão de qualquer um, estão ou foram albergados pelo doador, através de semelhantes atos de liberalidade, com antecipação da legítima – e bens a serem trazidos à colação – como sói acontecer com a espécie, não vejo como se possa, por puro apego ao nominalismo, cogitar da nulidade de doação nestas condições, por ofensa à regra ínsita no referido art. 1.176, do Diploma Substantivo Civil.

Acresço que, **in specie**, consoante se depreende da própria escritura da doação invectivada, a doadora, que era servidora federal aposentada, conservou para si renda própria suficiente para garantir-lhe a sobrevivência.

O verdadeiro compromisso do intérprete da norma – senão único – sempre com esteio nos princípios gerais do direito, é buscar a sua (da norma) integração dentro do ordenamento jurídico (interpretação sistemática), porque o direito não é fracionado e nem se compõe de compartimentos estanques; representa mesmo uma realidade harmônica e indissociável.

In casu, todos os herdeiros necessários da falecida doadora foram contemplados com doações, importante estas em adiantamentos da legítima (CC, art. 1.171), a serem reunidas (as doações) ao monte para a sua inclusão na partilha, a fim de que esta se efetue com igualdade (a doadora não dispensou a colação, estipulando, no ato da doação, que os bens doados saíam de sua metade disponível).

O A.varão, conforme se observa a fls. 11/11v. e 08/10, respectivamente, foi contemplado com a doação de uma área de 283,9 hectares, desmembrada do Sítio Pau D'arco, e parte ideal de um imóvel residencial situado à rua Conselheiro João Alfredo, nº. 2.018, nesta cidade; existindo nos autos notícias de que idêntico tratamento foi conferido aos demais herdeiros necessários.

Rejeito, finalmente, a argüição de nulidade da doação por suposta ofensa ao art. 1.176, do Cód. Civ., pelos fundamentos dantes expostos.

POSTO ISTO:

e considerando tudo quanto o mais dos autos consta, os dispositivos legais pertinentes à espécie e os princípios gerais do direito, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado pelos Autores; carreando-lhes, em consequência, em homenagem ao princípio da sucumbência, o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados à razão de 10% sobre o valor emprestado à causa, corrigidos nos termos da Súmula nº 14 do Colendo STJ.

Custas **ex lege**.

P.R.I.

Petrolina, 29 de outubro de 1993

DIREITO ELEITORAL: INVESTIGAÇÃO JUDICIAL. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. PRÁTICA DE CLIENTELISMO

José Fernandes de Lemos

Juiz Eleitoral

SENTENÇA

Processo nº 18/96

Investigação Judicial – Lei Complementar nº 64/90.

Representante: O Ministério Público Eleitoral.

Representado: Antonio de Oliveira.

Juiz: José Fernandes de Lemos.

Promotora: Arabela Maria Matos Porto.

- Constitui abuso de poder econômico e tipo do artigo 299 do Código Eleitoral, a prática de doação de bens materiais as pessoas carentes que pelo pouco discernimento e por um sentimento de gratidão, têm a vontade viciada para o exercício do voto, fato que resulta em flagrante comprometimento da lisura e normalidade do certame eleitoral, que é o bem jurídico tutelado.
- Cassação do registro e inelegibilidade por três anos.

Relatório

Vistos, etc.,

O MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, no uso de suas atribuições legais e com base no art. 22 da Lei Complementar número 64/90, de 18 de maio de 1990, ofereceu representação com pedido de abertura de investigação judicial contra ANTONIO DE OLIVEIRA, residente nesta cidade, candidato a Vereador pelo P.T.B., aduzindo as seguintes razões e fundamentos:

O Jornal do Comércio, tradicional e prestigioso periódico do Estado de Pernambuco, em sua edição do último dia 14 de julho de 1996, publicou matéria com o sugestivo título de “**Vale Tudo na Hora de Renovar o Mandato**”, comentando que os candidatos à reeleição intensificaram a caça ao voto;

Deduz mais que a referida reportagem denuncia que na caça ao voto alguns candidatos estão utilizando todo tipo de moeda eleitoral para garantir mais um mandato, e que no vale-tudo eleitoral muitos parlamentares partiram para o escambo, trocando favores por votos;

Deduz ainda que o representado, Antonio Oliveira, candidato a Vereador pelo PTB, afirmou, sem nenhum escrúpulo, que “distribui cestas básicas para encher a barriga dos seus eleitores”, sendo tal conduta, atentatória às leis do País.

E mais, que o representado distribui (100) cem cestas básicas, todas acompanhadas de sua propaganda eleitoral nas embalagens.

Anota considerações sobre a noção de abuso de poder, com referência expressa ao art. 237 do Código Eleitoral, que estatui genericamente: “a interferência

do poder econômico, em desfavor da liberdade do voto, será coibida e punida”.

Arremata no final, que o representado cometeu abuso de poder econômico, comprometendo a normalidade e a legitimidade das eleições e, procedente a representação, seja declarada a inelegibilidade do candidato representado para as eleições que se realizem nos três anos subseqüentes, além da cassação do registro do mesmo, sem prejuízo do disposto no inciso XV do art. 22 do mencionado diploma legal.

Como prova do alegado, juntou o exemplar da edição do Jornal do Comércio e arrolou como testemunhas a jornalista Sheila Borges e o fotógrafo João Carlos Lacerda.

Deferido *in limine* o pedido de abertura de investigação e, devidamente notificado o representado, ofereceu defesa, através de advogado legalmente constituído, aduzindo: em preliminar a extinção do processo, à face da carência de ação, pela inexistência das condições da ação: o interesse de agir, a legitimação *ad causam* e a possibilidade jurídica do pedido.

Quanto ao mérito, sustenta que a representação é injusta, porquanto, pautada no sensacionalismo da imprensa;

Diz inexistir na lei qualquer definição de abuso, e que, muitos questionam o parâmetro para definição entre uso e abuso do poder econômico, vendo ilicitude apenas no abuso, excluindo-se o uso de qualquer restrição;

Que não são verdadeiras as declarações atribuídas ao representado;

Que o representado não é proprietário de dois supermercados, sendo sua única fonte de renda os subsídios do cargo;

Trazendo considerações jurídicas sobre a noção de abuso de poder, arremata pedindo a improcedência da representação e arrolando testemunhas.

Designada audiência, foram tomados os depoimentos pessoais do representado e de cinco testemunhas, sendo, duas pelo Ministério Público e três pelo representado.

Encerrada a instrução, colheram-se as alegações finais. Nelas acentua o Ministério Público, após tecer considerações sobre o abuso do poder econômico, realçando que a boa doutrina ensina que não se deve tolerar a interferência do poder econômico, por ser uma das formas mais violentas de fraude contra a vontade popular, e arremata dizendo que resultou comprovado a prática de abuso do poder econômico.

Doutro turno, a defesa, enfatizando que o representado não é proprietário de nenhum supermercado e, fazendo análise da prova produzida e de que a decretação de inelegibilidade exige prova inconcussa, pede a improcedência da representação.

Após encerrada a instrução, chegaram aos autos várias fotografias produzidas por ocasião da reportagem, sendo juntadas aos autos, abrindo-se vista ao representado.

É, em linhas gerais, o relatório.

Decido

Pela prevalência trago a julgamento, inicialmente, a preliminar de carência de ação.

A preliminar não procede.

A legitimidade ativa do Ministério Público, decorre de expresso dispositivo legal, qual seja (art. 82, III, e 84, do CPC), e ainda, o artigo 22 da Lei

Complementar n. 64/90. Portanto, se há legitimidade, é evidente o interesse em agir, sobretudo porque é flagrante o interesse público envolvido na matéria.

Quanto à legitimação "*ad causam*", não há qualquer omissão a considerar, porquanto, o partido político não está obrigado a integrar a relação processual, poderá, querendo, comparecer como simples assistente, não implicando a sua ausência em qualquer irregularidade.

No pólo passivo da relação processual estará, exclusivamente, o candidato, e não o partido que em nenhuma hipótese será o titular do mandato.

A doutrina e jurisprudência são uníssonas sobre esta matéria.

A respeito já se pronunciou o Tribunal Superior Eleitoral, pelo voto do Min. Hugo Gueiros, deixando assentado que:

"Inexistindo a comunhão de direitos ou obrigações, e não derivando tais direitos ou obrigações do mesmo fundamento, excluído está o litisconsórcio, no que concerne à ação de impugnação de mandato. Cabível, no entanto, a legitimação do partido como assistente, se e enquanto manifestar interesse em que a sentença seja favorável ao assistente" (art. 50 do CPC).¹

Finalmente quanto à possibilidade jurídica do pedido, que segundo o representando inexistente, bastaria lembrar além do texto do art. 22, LC n.64/90, a previsão constitucional, ínsita no art. 14.

¹ AC. N. 12.322, DJU de 17.08.92, pág. 12.468.

Assim, sem qualquer respaldo jurídico, rejeito a preliminar, pela sua manifesta improcedência.

Mérito

Trata-se de investigação Judicial Eleitoral, regulada pela Lei Complementar nº 64/90.

Segundo a referida norma – artigos 19 e 22 – é cabível a investigação nos seguintes casos: transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários; abuso de poder econômico ou político em detrimento da liberdade do voto; desvio ou abuso do poder de autoridade; utilização indevida de veículos e, finalmente, utilização indevida dos meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político.

Nos primórdios, a busca de bens materiais, importou numa natural seleção daqueles poucos que podiam obtê-lo, sobressaindo sempre a vantagem dos que revelavam uma maior força física. Assim, os mais fortes passaram a alcançar e manter o poder, tornando-se cada vez mais poderosos.

Com os tempos, as sociedades mais civilizadas, e a nossa que já se assemelha a uma delas, passaram a buscar soluções para contornar as disparidades de tratamento, estabelecendo regras viabilizadoras de conduta para uma igualdade de procedimento, a tal ponto que a disputa pelo poder político seja controlada por normas capazes de colocar todos dentro de um absoluto plano de igualdade, buscando, a cada dia, uma maior aproximação com o ideal democrático de igualdade.

O direito, o poder e a liberdade, trinômio que sustenta a democracia, necessitaram, para manter a

coexistência pacífica dos homens, de normas mais rígidas e de concepção moderna, a fim de ser possível coibir a prática de toda e qualquer conduta que possa comprometer a lisura e a normalidade de um pleito eleitoral.

É portanto nessa busca que o legislador constituinte, instituiu como princípio, a possibilidade de impugnação do mandato eletivo, sempre que se evidenciar a prática de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude, reservando à Lei complementar, (L.C. 64/90) os casos de inelegibilidade, procedimentos e prazos, tudo com o objetivo maior de proteger a normalidade e legitimidade das eleições.

Hoje, a sociedade moderna, plenamente consciente de que a interferência do poder econômico traz sempre por resultado a venalização no processo eleitoral, passa a exigir do Estado-Juiz, tanto uma maior conscientização para a questão, quanto à cobrança de uma maior celeridade na apuração.

Nos dias de hoje, parece já haver uma conscientização, quase geral, de que o processo eleitoral, vem sofrendo, pela influência do poder econômico, contundentes e avassaladoras deformações e, na medida em que, não se consegue abolir as submissões e privilégios, passa-se a negar, em absoluto, as virtudes da democracia.

Pertinente a esta questão, é lapidar a lição do magistério do Professor Fávila Ribeiro, quando assevera que:

“à proporção que a riqueza invade a disputa eleitoral, cada vez se torna mais avassaladora a influência do dinheiro, espantando os líderes políticos genuínos, que também vão cedendo, em menor escala, a compromentimentos

econômicos que não conseguem de todo escapar, sendo compelidos a se conspurcarem com métodos corruptores”²

E mais, discorrendo sobre o poder na visão publicista, diz ainda o festejado mestre Fávila Ribeiro:

“Para o Direito Eleitoral, a problemática do abuso de poder não pode ficar nos confinamentos públicos ou privados, tendo de transpor essas linhas em busca de apoios mais abrangentes que penetrem a fundo nas circunstâncias concretas da realidade contemporânea, para que o regime democrático-representativo tenha uma escorreita base de sustentação, expungido de vícios que possam obstar ou macular o caráter genuíno da participação do povo nos processos eleitorais”.

E ainda:

“A luta contra o abuso é, portanto, menos restrita do que se possa supor, tendo de coibir todos os flancos, escudando-se nos mananciais da ordem, seja para impedir manifestações opressivas do poder com dano para a liberdade, seja também a não permitir que esta degenerere com exorbitâncias possessivas, articulando situações discriminatórias que levam ao aniquilamento das reservas essenciais da igualdade, solapando as bases de justiça na convivência social e de equidade na participação política” (in, Autor citado, Abuso de Poder no Direito Eleitoral, 2ª edição, pag.23/24.

² Abuso do Poder, pág. 58.

Se por um lado o eleitor, sobretudo o de menor nível de escolaridade, passa a constituir uma presa de fácil alcance, por outro, o parlamentar, consciente, de que na competição o concurso financeiro dos grandes grupos econômicos passa a ser de fundamental importância, admite aceitar a sua ajuda, e sem um maior controle na recepção desses recursos, os gastos eleitorais perdem as rubricas próprias. Em face disso, é que, não raro, ouvem-se insinuações de que o poder político, hoje, mais do que nunca, é uma secreção do poder econômico.

Contudo nem sempre a prova dos abusos na disputa eleitoral é de fácil averiguação, enquanto, na hipótese de fraude eleitoral – alteração de mapas e compra direta do voto – ela se apresenta nua aos olhos de quem pretenda investigar, sobretudo porque, certos indícios deixam a prova material do fato, e ainda porque, em hipótese que tais há uma cumplicidade entre corruptor e corrompido, com plena consciência da ilicitude, diferentemente, nas hipóteses em que o abuso do poder econômico apresenta-se através de uma ação benemérita, travestida de filantropia, alcançando de forma subliminar uma parcela de eleitores, sobretudo aqueles menos esclarecidos e mais carentes, que vêm na concessão da benesse, que atende as suas necessidades prementes, um gesto de generosidade sem precedentes, a colheita da prova, sobretudo a testemunhal, apresenta-se de extrema dificuldade, porque não há, por parte de quem recebe os benefícios, uma visão de que o gesto seja malévolo e potencialmente ofensivo à normalidade do certame eleitoral.

Daí porque, a prova do comprometimento do certame deve ser extraída de indícios e presunções, com base no que ordinariamente se verifica, por tudo aquilo

que a experiência comum, a lógica e o bom senso indicam o que inegavelmente ocorre.

A propósito, veja-se o sentido finalístico da norma contida no art. 23 da Lei Complementar n. 6490. Verbis:

“O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para as circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”

A máxima de que o que não está nos autos não existe no mundo jurídico, no direito moderno e em casos especiais, comporta restrições profundas, sobretudo quando, a experiência comum subministrada pelo que invariavelmente ocorre no dia-a-dia, demonstra que a prova sobre determinados fatos somente se consegue por ilações, indícios e presunções.

É público e notório, que a prática do clientelismo grassa em quase todo sistema político nacional; não há quem, portador de razoável bom senso, possa negar, nem sequer, duvidar de sua existência.

O artigo 157 da Lei Processual Penal estabelece que o Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova e, ao tratar dos indícios (art. 239) define-o *“Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”*.

Permite-nos, portanto, a indução, que se parta de uma situação específica e particular, para concluir por uma proposição geral.

François Gorphe, citado por José Frederico Marques, *in* – Elementos de Direito Processual Penal – Volume II, página 374, define como prova indiciária aquela que *“recolhe e interpreta todos os fatos ou circunstâncias que possam levar à descoberta da verdade”*.

Bem a propósito, o insigne mestre José Frederico Marques, na obra e volume citados, pág. 378, define: *“O valor probante dos indícios e presunções, no sistema de livre convencimento que o Código adota, é igual ao das provas diretas”*

Segue-se, portanto, que a força probante dos indícios, é equivalente a qualquer outro meio de prova.

Esta é também a lição de Eduardo Espínola Filho, em sua obra *“Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”* – Volume III, pág. 176, ao dizer, citando Manzini, que *“...no concernente ao direito processual, ou seja, ao livre convencimento do juiz, a força probante dos indícios é igual à de qualquer outro meio de prova”*

Nos casos de abusos do poder econômico, em que é impossível uma prova material, e até mesmo porque não se pode, pesquisar no eleitorado as razões do seu voto, o magistrado haverá de valer-se do raciocínio da indução, da lógica e do bom senso, para, juntando e montando os quebra-cabeças, chegar à verdade real.

Com frequência ouviu-se nos intervalos das audiências, em comentários à parte, que se cerram fileiras de pessoas que clamam para que o seu depoimento seja ouvido, sob o argumento de que não se pratique tamanha injustiça contra quem, atende aos reclamos dos humildes, ofertando-lhes como dádiva exatamente aquilo que faz parte de suas necessidades

básicas. Este é o sentimento que se extrai da maioria das testemunhas que depuseram neste e nos demais processos envolvendo a mesma questão.

Esta é, portanto, a postura emocional da maioria das testemunhas que se carregam aos autos, de logo afirmam pretenderem depor, porquanto, movidas por um sentimento de justiça, que mais se exacerba – afirmam – quando vêm livres de qualquer punição os saqueadores da nação, os autores de grandes desfalques, sobretudo os vultosos empréstimos, jamais liquidados, perante os bancos oficiais.

Tais afirmações, não há como negar, batem forte na consciência do julgador, enfraquecem os seus punhos, mais não há como calar o seu ofício.

Todos aqueles que de tal prática beneficiam-se direta ou indiretamente, vêm no autor do gesto benemérito e filantrópico, um autêntico paladino, defensor dos carentes e oprimidos.

Em princípio, todo ato de generosidade é simpático a todos, sendo portanto, neste aspecto, onde reside o maior perigo e potencialidade ofensiva, sobretudo quando se destina a alcançar as camadas de pessoas mais humildes e carentes.

Por isso, à medida que a testemunha demonstra pretender depor para corrigir uma injustiça, mais se acentua a sua vontade, obliterada pela emoção, e, inegavelmente, viciada, tanto para o depoimento como para o sufrágio eleitoral.

Embora não haja um critério direto, específico e apriorístico para a constatação da influência do abuso do poder econômico, sabe-se, até mesmo aqueles mais distraídos, que todas as vezes que as benesses tenham como destinatários pessoas sem condições de compreen-

der o caráter ilícito do fato, e de resistir a sua influência, levando-se em conta suas necessidades, seu grau de instrução, sua situação sócio-econômica, sua dependência para com o candidato, suas aspirações, dentre outros elementos de persuasão, sem dúvida alguma, a vontade do eleitor estará inconscientemente viciada pela prática do abuso.

Evidenciado que a prática do ato alcançou, pela sua sutileza, uma considerável parcela da população, quer seja porque foram beneficiários direto do ato, quer seja porque se sensibilizaram pelo gesto generoso praticado em favor de outrem, resulta caracterizada a interferência, que deve ser auferida por um juízo de probabilidade, posto que, dificilmente, poder-se-á provar matematicamente que o ato reprovável levará seu autor à vitória.

Basta que se tenha quebrado o plano de igualdade entre todos os demais candidatos, para que se verifique a lesão à normalidade e à lisura do pleito.

Como o bem jurídico tutelado é a lisura e a normalidade, toda vez que haja o seu comprometimento, estará evidenciado abuso.

A propósito do alcance da prova é oportuno o pensamento do Ministro Marco Aurélio, no Acórdão n. 12.282, de que foi relator:

“É princípio básico que onde o legislador não distingue não é dado ao intérprete fazê-lo. No p.10 art. 14, da C.F., está assentada a procedência da ação de impugnação ao mandato uma vez comprovado o abuso de poder econômico, a corrupção ou a fraude. A procedência da impugnação não ficou jungida aos reflexos que qualquer dos vícios tenha

ocasionado nas eleições verificadas... O que visa o dispositivo constitucional, tal como os preceitos da LC n. 64/90, no que rege a representação pelo citado abuso, bem como o de autoridade, é a lisura em si do certame e esta fica comprometida com a simples prática do ato reprovado, pouco importando os reflexos que tenha nos resultados da eleição” (grifos de agora).

É do Ministro Sepúlveda Pertence a seguinte manifestação:

“É evidente que a influência do abuso no resultado, um nexo de causalidade entre o abuso e o resultado, é de exigir-se; mas sua verificação sujeita a uma apreciação realística dos indícios e circunstâncias de cada caso, que jamais se poderá prová-lo matematicamente, que não fora o abuso, o resultado teria sido diverso” (Rec. N. 9.530 – Pirapora-MG – AC. N. 12.343) ³. (grifos de agora).

É prova cabal de que não é exigido o resultado do pleito para auferir se o ato reprovável surtiu ou não efeito, quando se observa admitir a Lei Complementar a cassação do registro pela prática do abuso do poder econômico. Não fosse assim, trataria apenas da cassação do diploma.

Como não há, em circunstância alguma, como indagar dos eleitores, dado o sigilo, as razões do seu voto, a conclusão de que a prática resultou em lesividade, somente se poderá chegar através de inferências, do livre

³ Jurisprudência do TSE, 4 (4), pág. 75.

convencimento, dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções, atentando-se para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes⁴, como resultado da própria operação mental do julgador, autorizado por sua experiência como juiz eleitoral.

O mais ingênuo dos eleitores, sabe que constitui prática arraigada no cenário político brasileiro, a prática do clientelismo, a troca de favores, a utilização da máquina administrativa nas campanhas eleitorais.

Quem não se recorda dos empréstimos que são tomados nos bancos oficiais, largamente divulgados pela imprensa? Quem não se recorda da utilização dos serviços gráficos das casas legislativas, imprimindo às custas do erário, todo tipo de material de propaganda eleitoral?

A matéria jornalística que ensejou a presente representação, está encimada com o seguinte título: **“VALE TUDO NA HORA DE RENOVAR O MANDATO.”**

No tocante ao representado a matéria jornalista tem a seguinte redação:

Dono de dois supermercados, o vereador Antonio de Oliveira (PTB) distribui cestas básicas para encher a barriga dos seus eleitores. “Antes de ser político, eu já fazia isto”, justificou. Depois de eleito o número de cestas distribuídas aumentou. Mensalmente, ele entrega 100 cestas básicas para suas comunidades. É claro que ele não esquece sua propaganda nas embalagens. Apesar de todo o esforço, ele não acredita que essa seja a melhor moeda eleitoral. “Nem sempre os beneficiários reconhecem”.

⁴ LC 64/90, art. 23.

Numa visão social, o gesto do representado é digno dos mais calorosos aplausos, por centralizar a sua atuação parlamentar na prestação direta e gratuita de serviços de que se ressentem a população carente, pela absoluta inoperância do poder público, contudo, à medida que esta prática é executada com ostensiva propaganda política, até mesmo porque, não há como, desassociar a concessão das benesses do nome do parlamentar, passa a preocupar a normalidade das eleições, visto a legislação punir a troca de favores por voto.

É óbvio que o parlamentar ao prestar o favor, não pede, de imediato, o compromisso do voto, esse comprometimento nasce de forma subliminar, sutil e quase imperceptível, pelo natural sentimento de gratidão de que é dotado todo ser humano normal.

No caso *sub examine* a prova colacionada, deixa-nos o seguinte convencimento:

O representado não é o proprietário do supermercado, mas exerce alguma atividade de gerenciamento no mesmo, pois, outra não pode ser a conclusão, segundo o que afirmou a testemunha Hélio Correia de Araujo Seixas, Procurador Federal aposentado, por si arrolado: “... **que o representado dirige um estabelecimento de varejo de gênero alimentício de um seu parente e que é este o trabalho que o mantém financeiramente**”, fls. 34.

Embora as demais testemunhas arroladas pelo representado asseverem que o mesmo não distribuiu cestas básicas, a conclusão que se chega é absolutamente outra. A ilustração fotográfica, bem demonstra, pela transparência, que todas as cestas contêm, dentro do saco que acondiciona os alimentos, um panfleto com a propaganda política do representado.

Ademais, a que propósito justificaria o representado posar para fotografia junto às aludidas cestas, contendo, visivelmente, na sua parte interna, propaganda política?

As testemunhas arroladas pela Promotoria são a jornalista e o fotógrafo.

Depondo a jornalista afirma que ratifica integralmente os termos da reportagem, asseverando que foi o próprio representado que a levou para ver as cestas básicas, assegurando mais que distribuiu as referidas cestas em diversos lugares no Município do Recife..

Colhe-se ainda do depoimento da testemunha Sheila Borges, depondo sobre a mesma reportagem, no processo em que é representado o Vereador Aduato Batista, (Processo n. 17/96, pág. 33), as seguintes passagens:

“que sua preocupação única é sempre fazer um bom trabalho e revelar às pessoas o que acontece; que os corredores da Câmara dos Vereadores são um local muito próprio para se conhecer o trabalho do parlamentar; que foi circulando nos corredores da Câmara que lhe chegou ao conhecimento a prática dos atos a que se refere a matéria jornalística; que é comum pessoas carentes procurarem os parlamentares para auxílio”.

Eis, portanto, a prova, sobre a qual o julgador deverá se debruçar, avaliando a credibilidade dos depoimentos.

A jornalista assevera que foi nos corredores da Câmara que pôde observar ser grande a afluência de

peças carentes em busca dos mais variados auxílios, podendo constatar a prática do clientelismo por parte de alguns parlamentares.

O próprio representado, embora negue a prática, admite ser grande a afluência de pessoas nos corredores da Câmara em busca dos mais variados auxílios.

A propósito deste aspecto, vejamos como se expressou o Sr. Hélio Correia de Araújo Seixas, Procurador Federal aposentado e **Presidente do Partido Trabalhista Brasileiro**, seção de Pernambuco, depondo às fls. 33: verbis:

“que é muito comum em época próxima às eleições haver grande afluência de pessoas nos corredores da Câmara em busca dos mais variados tipos de auxílio; que ele depoente admite por ser público e notório que na política brasileira existe a prática de favores, os mais variados por ocasião da proximidade das eleições; que os favores são de várias naturezas podendo destacar: soltar preso em delegacia, ajuda para compra de chapa dentária, despachar receita médica, etc., tudo isso resultante da situação de miséria pela qual atravessa o país” (grifos de agora).

Diante desse quadro, acrescido da experiência comum de nós outros, pelo que invariavelmente ocorre no dia-a-dia, seria possível, ter como inverossímil a afirmação da testemunha Sheila Borges, quanto à prática do clientelismo e sua experiência, por tudo que verificou, constatando in loco nos corredores da Câmara?. Parece-me a toda evidência que não.

Resta-nos, portanto, saber finalmente, se merece credibilidade a afirmação da testemunha já referida quando assevera, com segurança, que as informações sobre a prática de clientelismo foram efetivamente prestadas pelo representado.

Quando no exercício da nobre função de Corregedor Regional Eleitoral, por ocasião das eleições de 1994, acompanhei de perto o trabalho da jornalista Sheila Borges, que fazia a cobertura jornalística daquelas eleições junto ao Tribunal Regional Eleitoral-PE., e nada pude observar que pudesse por em dúvida o seu trabalho profissional, sobretudo a credibilidade de suas matérias, de modo que, agora, e não tendo mudado o meu conceito sobre o seu trabalho profissional, inclino-me, por tudo isso, para aceitar como verossímeis as suas afirmações, até mesmo porque, a prova contrária não teve nenhuma força elisiva.

Tenho portanto, diante do conjunto probatório, somado aos indícios e presunções, e sendo conhecedor do que, invariavelmente ocorre na proximidade das eleições, não resta dúvida de que o representado adota a prática do clientelismo, com oferta de dádivas que atende às necessidades prementes dos eleitores.

Incidu, portanto, a sua conduta com o tipo previsto no artigo 299 do Código Eleitoral, que, também, constitui abuso de poder econômico.

Na busca, cada vez maior, de controlar os gastos eleitorais, é que o próprio legislador, passa a enumerar **numerus clausus** as suas hipóteses, verbis:

Art. 38 – São considerados gastos eleitorais, e como tais, sujeitos a registro e aos limites fixados nesta Lei, os referentes a:

- I – confecção de material impressos de qualquer natureza e tamanho;
- II – propaganda e publicidade, por qualquer meio de divulgação, destinada a conquistar votos;
- III – aluguel de locais para promoção de atos de campanha eleitoral;
- IV – despesas com transporte ou deslocamento de pessoal a serviço das candidaturas;
- V – correspondência e despesas postais;
- VI – instalação e funcionamento de comitês e serviços necessários às eleições;
- VII – montagem e operação de carros de som, de propaganda e assemelhados;
- VIII – produção de programas de rádio, televisão ou vídeo;
- IX – confecção, aquisição e distribuição de camisetas, chaveiros e outros brindes de campanha;
- X – realização de pesquisas ou testes pré-eleitorais;
- XI – aluguel de bens particulares para veiculação, por qualquer meio, de propaganda eleitoral.

Dessa forma, é intuitivo, de que todo e qualquer gasto, por ocasião das proximidades das eleições, com dádiva de bens materiais, constitui gasto eleitoral sob suspeita, porque não estando dentre aqueles elencados como permitido, somente pode ser interpretado como favorecimento pessoal para angariar a simpatia do eleitor e obter o seu voto. Não vejo, como possível, se admitir outra interpretação.

Na norma referida (Lei Complementar 64/90) é evidente o caráter protetor do princípio de tratamento isonômico que deve prevalecer no certame eleitoral.

Sem dúvida é evidente o nexo de causalidade entre a conduta do representado e o comprometimento da lisura e da normalidade das eleições, que é o bem jurídico tutelado.

O comprometimento da normalidade ou da legitimidade sempre resulta caracterizado pela ocorrência de comportamentos que revelem influência do poder político ou econômico no desenvolvimento do processo eleitoral.

Sem dúvida, os fatos acima elencados comprometeram inegavelmente a lisura e a normalidade das eleições, na medida em que coloca num plano de absoluta desigualdade os demais candidatos. Viola-se, portanto, o princípio de tratamento isonômico que deve existir entre todos os candidatos.

Assim, em conclusão e resultando evidente o nexo de causalidade entre os fatos e o comprometimento da lisura e da normalidade das eleições, pela prática de abuso do poder econômico (art. 22, Lei Complementar nº 64/90), tenho como procedente a representação para declarar inelegível o representado por três anos, cassando-lhe via de consequência o registro e, finalmente, determinar a remessa de peças ao Ministério Público, para as providências a que alude a parte final do inciso XIV, do art. 22 da Lei Complementar 64/90.

Publique-se,

Registre-se e

Intime-se

Recife, 23 de setembro de 1996

PROCESSUAL CIVIL: EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO

Leopoldo de Arruda Raposo
Juiz de Direito

SENTENÇA

(Obs.: Confirmada)

Vistos, etc ...

Conquanto destituída do múnus, é a herdeira Anita Louise Regina Harley ex-inventariante do Espólio da Comendadeira Erenita Groschke C. Lundgren.

A mencionada herdeira e ex-inventariante, qualificada nos autos, pretendendo alhear-me da direção do respectivo processo de inventário, opõe a presente Exceção de Suspeição e invoca como fundamento os arts. 135, inc. V, 304 e segs. do Código de Processo Civil.

Saliente-se, de início, que a petição inicial não se apresenta instruída com procuração contendo poderes especiais e expressos.

É sabido que a *exceptio suspicionis* sempre traduz uma acusação ao Magistrado e, por isso, tal procuração, com poderes expressos, torna-se necessária, em face de eventuais responsabilidades.

Como doutrina Arruda Alvim, "a suspeição é um ataque pessoal contra a pessoa do Juiz, fundado em

motivos estritamente personalíssimos, que muitas vezes poderá resvalar até nas figuras de crimes contra a honra. Tendo em vista esta circunstância é de se exigir poderes especiais para a arguição da mesma” (in Código de Processo Civil Comentado, vol. 2, pág. 279, editora Revista dos Tribunais, ano 1975).

É copiosa a jurisprudência nesse sentido. O Tribunal de Justiça de São Paulo assim decidiu:

“A exceção de suspeição só pode ser oferecida por advogado com poderes expressos, em face do teor acusatório em que se traduz” (RT: 448/140; 574/100; 609/41).

“JUIZ DE DIREITO – Suspeição – Exceção oposta por procurador sem poderes especiais – Inadmissibilidade.

“Para arguir a suspeição do Juiz há necessidade de procuração com poderes especiais. Se a procuração outorgada pelo excipiente não preenche esse requisito, não se conhece da arguição” (TJSP CÍVEL – RT 612/86).

“Para se arguir a suspeição de Juiz são necessárias sua indicação pessoal e procuração com poderes especiais” (RT 608/98).

Considerou o 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, à unanimidade, correta a decisão do Juiz que, para recebimento da exceção, determinou que à parte autora juntasse, no prazo de dez dias, a procuração com poderes específicos. Ao apreciar o agravo de instrumento interposto, proclamou o Egrégio Tribunal de Alçada:

“É da tradição do Direito Brasileiro que a procuração geral, outorgando amplos poderes é insuficiente para averbar o procurador das partes de suspeito o Juiz” (4ª Câmara do 1º TACSP – Agr. de Inst. nº 353.860/86 – Caraguatatuba).

Boa achega oferece, a propósito, o Código de Processo Penal, que trouxe a exigência de forma expressa em seu art. 98:

Art. 98 – Quando qualquer das partes pretender recusar o juiz, deverá fazê-lo em petição assinada por ela própria ou por procurador com poderes especiais, aduzindo as suas razões acompanhadas de prova documental ou do rol de testemunhas.

Amiúde têm os Tribunais decidido que a previsão legal expressa no processo penal se estende também, e pelos mesmos motivos, ao cível (RJ TJ: 97/396, 81/339; RT 510/187).

Extrai-se da decisão proferida pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, o seguinte excerto:

“Aliás, no Código de Processo Penal, para recusa do Juiz, há exigência expressa de procuração com poderes especiais (art. 98), razão não havendo para outra conclusão, na esfera civil, como é da tradição do Direito Brasileiro” (Exc. de Susp. 5.055-0 – São José do Rio Preto – Rel: Des. Evaristo dos Santos – j. em 07.11.85 – TJSP).

Observa-se dos autos que o mandato a qual se refere a procuração, ínsita às fls 07, diz respeito à capacidade de estar em Juízo, isto é, à capacidade processual ou legitimação *ad processum*, e não à capacidade postulacional.

Vale salientar que, além do vício irreparável da ausência de poder do advogado, a petição inicial afigura-se inépta e, nessas circunstâncias, é de ser liminarmente indeferida a exceção.

Despiciendo afirmar que a petição de exceção pode ser liminarmente rejeitada.

Ao apreciar o agravo de instrumento interposto contra o despacho que inadmitiu a exceção de suspeição por inépcia, assim decidiu, por votação unânime, o 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo:

SUSPEIÇÃO – EXCEÇÃO OPOSTA POR PETIÇÃO INEPTA – INDEFERIMENTO LIMINAR – POSSIBILIDADE.

Sendo inepta a inicial da exceção pode a mesma ser indeferida liminarmente (Agr. Inst. nº 327.483 – Capital – Rel: Juiz Ruy Camilo – j. em 27.06.84 – 1º TACSP).

Da decisão supra transcrevo o seguinte trecho:

“Não merece o despacho atacado a crítica que lhe foi endereçada, visto que, dada a manifesta inépcia da inicial, nada mais restava ao Magistrado senão indeferir-la liminarmente”.

Trago a lume o Acórdão da 1ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, publicado na RT 90, pág. 272, que tem a seguinte ementa:

“SUSPEIÇÃO – Exceção – Indeferimento liminar – Admissibilidade – Exegese do art. 310 do CPC.

Ao lado dos defeitos formais, pode a petição de exceção ser liminarmente rejeitada, com vista ao seu conteúdo, pois se fora de qualquer dúvida razoável não pode ela subsistir, será pura perda de tempo o seu processamento” (Agr. Inst. 167.145 – Rel: Franklin Neiva).

O art. 310 do Código de Processo Civil estabelece que “o juiz indeferirá a petição inicial da exceção, quando manifestamente improcedente”.

Teotônio Negrão, em notas ao precitado artigo, transcreve a seguinte jurisprudência do Tribunal de Alçada Cível de São Paulo:

“Por identidade de razões, pode ser indeferida liminarmente a exceção de suspeição manifestamente incabível” (Código de Processo Civil, Ed. Revista dos Tribunais, 24ª edição).

Pontes de Miranda, após comentar o art. 310, que dispõe sobre a rejeição liminar da exceção de incompetência, afirma em seus Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo IV/138: “Dá-se o mesmo com a exceção de impedimento e a de suspeição”.

Por seu turno, ensina Humberto Theodoro Júnior (in Curso de Direito Processual Civil, vol I, pág. 381, editora Forense, 14ª ed.) que poderá o próprio Juiz, exceto, quando ocorrer objetivamente o descabimento da exceção, denegá-la liminarmente, dentro do dever legal que lhe toca de “velar pela rápida solução do

litígio” e de “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça” (art. 125, n^{os} II e III).

Ressalte-se que, não sendo sem se reconhecido o exame de admissibilidade por parte do juiz, todo e qualquer processo ficará ao alvedrio da parte sobrestar o seu andamento.

Pois bem. Do exame de admissibilidade do libelo inaugural infere-se que a petição inicial, conquanto confusa, de difícil compreensão e ininteligível, é desenganadamente inépta, e como tal, inapta à produção dos efeitos a que se destina, devendo ser declarado o seu indeferimento dado o caráter obstativo que a peculiariza.

Senão vejamos.

Faleceu na cidade de Lausanne, Suíça, em data de 01 de novembro de 1990, a Comendadeira Erenita Helena Groschke Lundgren.

Requerida a abertura do inventário e nomeada para exercer o múnus da inventariança a herdeira ora Excipiente, instalou-se, logo após, a dissensão entre os interessados pelo vasto patrimônio hereditário deixado pela de cujus.

Em razão do grave dissídio instalado entre os herdeiros, capaz de entorpecer a marcha do inventário, e considerando a incompatibilidade da herdeira ora Excipiente com os outros herdeiros, seus irmãos, que detêm, aliás, a participação majoritária do condomínio hereditário, achei prudente destituir a herdeira Excipiente do múnus da inventariança, a qual contava apenas com a sua própria vontade de ser a representante do espólio em flagrante oposição aos desígnios dos demais herdeiros.

Dando a melhor contribuição da justiça ao desate da questão, pois outro meio não visualizei para por cobro às dissensões entre os herdeiros e evitar que o inventário se eternizasse *in saecula saeculorum*, em prejuízo de todos os interessados, nomeei portanto, como inventariante dativo, pessoa estranha e acima dos interesses em conflito.

Inconformada com a sua destituição, inúmeras medidas judiciais postulou a ex-inventariante tentando, de forma obstinada, retornar ao cargo de inventariante do espólio e obstar as atividades do inventariante dativo à frente da administração do acervo da herança.

Perante este Juízo formulou a ex-inventariante vários pedidos de remoção esgrimindo a substituição do inventariante dativo. Um, sob o argumento de que teria o aludido inventariante praticado ato corporificador de sua remoção ao promover junto à TELPE a mudança de prefixo de dois terminais telefônicos pertencentes ao espólio. Outro, igualmente indeferido, foi interposto sob a alegação de que o inventariante dativo praticara o crime de quebra de sigilo bancário ao promover a abertura dos cofres do Citibank alugados pelo **de cujus**, para fins de inventariar as jóias ali custodiadas.

Debalde as providências judiciais requeridas, porquanto a sentença que o destituiu do múnus passou blindada, com êxito, por todas as invectivas que lhe foram endereçadas, peleja agora a excipiente, com a Exceção de Suspeição que argüiu, alhear-me da direção do respectivo processo de inventário e sobrestar o seu andamento.

Como fundamento legal do presente pedido de Suspeição, invoca a Excipiente o inc. V do art. 135 do

Código de Processo Civil, segundo o qual reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

“interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes”.

No conceito de Jorge Americano, particular interesse na causa significa o proveito ou utilidade, material ou moral, que presumidamente colherá o juiz do fato a decidir a favor ou contra uma das partes (Cód. de Proc. Civil Brasileiro, vol. 1º, pág. 375).

A jurisprudência tem proclamado, por seu turno, que a parte ao argüir a suspeição, com fundamento no particular interesse do juiz, na decisão da causa, está adstrita ao dever de indicar o motivo em que se funda a argüição.

Assim, para averbar de suspeito o Juiz que dirige a causa, o excipiente deve indicar, à peça vestibular, os fatos que possam revelar a parcialidade imputada para que possa o julgador apreciar a relevância ou não do motivo indicado.

É de sabença trivial que, em processo de inventário, para alguns, um feito meramente administrativo, só haveria interesse do Juiz se fosse ele ou pessoa de sua família herdeiro do espólio, fato que resultaria jurisdicionado pela incidência da regra do art. 76 do Código Civil.

Ressalte-se, por oportuno, que em nenhum momento da inicial indica a excipiente ter o juiz, que dirige o feito, particular interesse na partilha dos bens da pranteada D. Erenita Groschke C. Lundgren, nem faz menção a algum motivo, justificando a sua parcialidade.

Em se tratando de pedido de afastamento do Juiz, com fundamento no particular interesse na decisão da causa, não é bastante a simplória alegação de sua parcialidade na condução do feito. Necessário se faz que o autor explicito o motivo dessa parcialidade, ou seja, indique a causa da suspeição, sem a qual não pode o pedido ser apreciado. Devem ser apontados, por conseguinte, os fatos que levam a convicção da suspeição, ou seja, o interesse, a vantagem de ordem moral ou material a ser obtida pelo julgador, sob pena de inépcia da inicial por ausência de um dos seus requisitos: a causa de pedir.

Ao disciplinar os requisitos da inicial, exige o Código, filiando-se à teoria da substanciação, que o autor indique em sua petição os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, elementos essenciais do libelo e nos quais consiste a causa de pedir ou *causa petendi*.

Se faltar portanto a causa de pedir, requisito essencial e constitutivo da petição inicial (art. 282, III, CPC), será esta indeferida por inépcia, nos precisos termos do art. 295, I, e parágrafo único, I, do CPC.

Exsurge, outrossim, da leitura do libelo inaugural, patente incongruência entre os fatos narrados pela excipiente e o pedido-objeto da demanda.

O pedido, como se sabe, é a expressão da pretensão. É, em síntese, o que se pede em Juízo.

No dizer de J. J. Calmon de Passos, o pedido constitui o objeto da ação, ou seja, aquilo que se pretende obter com a prestação da tutela jurisdicional.

Segundo Pontes de Miranda, “o pedido deve ser concludente: estar de acordo com o que se expõe, com a causa de pedir”.

A exposição dos fatos e o pedido objeto da demanda devem manter compatibilidade lógica entre si, face o silogismo que deve conter a inicial.

No caso dos autos, os motivos alegados na inicial não constituem fato que se afigure apto para produzir as conseqüências jurídicas pretendidas pela excipiente, que é o meu alheamento da direção do processo de inventário.

Como exposição dos fatos narrados na inicial, a excipiente, invocando a circunstância de que fora inventariante dativo, (há vinte e dois anos), uma das testemunhas do meu casamento, aduz que o referido inventariante é meu amigo íntimo e jamais deveria ter sido nomeado para o múnus, a fim de administrar uma massa hereditanda de tão enorme porte.

Aduz mais a excipiente que este Juiz, pelas mesmas razões, não deve mais continuar na Presidência do Inventário.

Ressalta ainda que o inventariante dativo vem se conduzindo de forma abusiva no processo de inventário, e fora do inventário vem praticando uma série de atos perturbadores à vida e administração das diversas empresas de que o Espólio detém ações e quotas sociais. Alega, de outra parte, que embora transeunte e fugidio o cargo de dativo que exerce, tenta o inventariante assumir a presidência das empresas de que participa o Espólio.

Aliás, ante a exposição dos fatos colacionados, não se sabe o que pretende a excipiente com a argüição que interpôs. Se pretende, de um lado, a remoção do inventariante, afeia-se formular o pedido pela via inadequada da exceção de parcialidade, eis que, nomeado segundo a ordem estabelecida no art. 990 do

Código de Processo Civil, o inventariante só pode ser removido nos casos do art. 995 e segundo o procedimento dos arts. 996 e 997 do mesmo Pergaminho Processual.

Se, de outra parte, pretende a excipiente alhear-me do inventário porque foi o inventariante dativo, há 22 anos, testemunha do meu casamento, é manifesta a cincada, pois o simples fato de ser testemunha de casamento não pode ser levado à conta de amizade íntima por não ser esse fato qualificativo de tal amizade nem traduzir o seu conceito legal.

Saliente-se, ademais, que o Código de Processo em seu art. 135, no elenco das hipóteses determinantes da suspeição de parcialidade do Juiz, não cogita da amizade deste com o Inventariante, mas sim com a parte. E o inventariante dativo – pessoa alheia à herança e figura inteiramente estranha aos interesses em conflito – administra o espólio a serviço da justiça, não legitima *in solidum* a herança, como seria o caso do inventariante-herdeiro ou do inventariante-testamenteiro. O dativo, como auxiliar da justiça, é pessoa que se lhe é conferida, eventualmente, um particular encargo no processo, não podendo ser considerado como parte mas, segundo a conceituação de Moacyr Amaral Santos, como órgão de encargo judicial.

Não constitui, portanto, motivo apto que justifique a suspeição do juiz, a alegada amizade deste com o inventariante dativo, até porque, frize-se, não está em jogo no processo de inventário o direito do inventariante dativo, que não tem participação na herança, mas sim o direito dos herdeiros, o que é muito diferente.

Cumpr-me ressaltar, por fim, que o inventariante dativo, portador de incorrupta conduta moral e profissional, aliás, conquanto não contestada é reconhecido pela própria herdeira excipiente, foi nomeado para exercer o múnus da inventariança em razão de sua notória capacidade e competência como administrador, que, objetivamente, revela-se pelo seu invejável currículo, como se pode ver da parte final da sentença que proferi em data de 26.04.93, e ora transcrevo, destituindo a herdeira ora excipiente do cargo de inventariante:

“Isto posto, considerando o que dos autos consta, as razões e os fundamentos descortinados na motivação, nomeio para exercer o munus da inventariança, em substituição à herdeira Anita Louise Regina Harley, o Dr. José Correia de Araújo, brasileiro, casado, advogado, residente nesta cidade, o qual exerce, atualmente, a Presidência do Clube dos Executivos Financeiros do Estado de Pernambuco – ANECIP, já tendo desempenhado, no exercício de suas atividades profissionais, as seguintes funções, dentre outras: Contador do Banco Industrial de Campina Grande S/A – agência Matriz; Gerente do Banco Industrial de Campina Grande S/A – agência Patos-PB; Assessor da Presidência do Banco do Estado de Pernambuco S/A – BANDEPE; Assessor da Diretoria de Operações do Bandepe Crédito Imobiliário S/A; Conselheiro Fiscal da COMPER S/A – Crédito, Financiamento e Investimento; Conselheiro Fiscal da COMPER S/A – Distri-

buidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A; Gerente do Escritório do Banco do Nordeste do Brasil S/A – BNB em Novas Russas-CE; Chefe do Setor de Crédito Rural/Cooperativo do BNB – agência Centro-Recife; Gerente do BNB – agência Recife; Diretor de Crédito Rural e Financeiro do BNB – Fortaleza-CE; Diretor do Grupo Financeiro Rique S/A; Superintendente do Cortume Santa Maria S/A; Superintendente do Serviço Social da Indústria – SESI; Gerente Administrativo-Financeiro da Empresa Herberto Ramos Indústria e Comércio S/A; Gerente da Cooperativa de Crédito dos Plantadores de Cana de Pernambuco; Diretor Administrativo-Financeiro da Construtora Camilo Collier; Diretor Tesoureiro da Federação das Associações Comerciais do Estado de Pernambuco; Diretor Tesoureiro do Rotary Club – Recife/Centro; Vice-Presidente do IMIP; Conselheiro Fiscal da Santista Indústria Têxtil do Nordeste S/A; Membro da Diretoria e posterior Presidente do Centro de Treinamento do Nordeste – CETREINO; Diretor do Centro de Estudos do Nordeste – CENOR; Coordenador do Projeto de Colonização Nipo-Brasileira; Assistente do Departamento Administrativo-Financeiro dos Grandes Moinhos do Brasil S/A. Distingções: Medalha de Ouro concedida pela Secretaria de Agricultura do Estado de Pernambuco; Medalha de Mérito Pernambuco concedida pelo Governo do Estado de Pernambuco; Cidadão Honorário de Pernambuco, Título concedido pela Assembleia Legislativa do Estado”.

Conclusivamente, além da ausência de poderes especiais e expressos, os quais não contêm a procuração do ilustre Advogado subscritor da inicial, certo é que somente ao Juiz não é dado indeferir ou rejeitar a exceção validamente deduzida. Mas não a teratológica, porque extravagante, esdrúxula, destituída de qualquer fundamentação legal e sem embasamento a qualquer dos permissivos do art. 135 do Pergaminho Processual Civil.

Assim, considerando que a petição inicial afigura-se confusa, de difícil compreensão, ininteligível e inapta a produzir os efeitos a que se destina, decreto o seu indeferimento por inépcia, e o faço como imposição do caráter obstativo que a peculiariza.

Custas *ex lege*. P. R. I.

Recife, 14 de dezembro de 1994.

SENTENÇA CÍVEL: REPARAÇÃO DE DANOS

Nalva Cristina Campello
Juíza de Direito

SENTENÇA

Processo – nº 1374/96 – Reparação de Danos
Demandante – José Tibúrcio da Silva
Demandado – Viação Itapemirim S.A

EMENTA: Reparação de dano causado pela morte de passageiro em viagem de ônibus. Responsabilidade Civil Objetiva. Inocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima. Dano causado por omissão antijurídica do lesante. O transportador tem o dever de conduzir o passageiro incólume ao seu destino. Reconstituição da esfera jurídica do demandante mediante reparação pecuniária pelos danos materiais e morais (pretium doloris) sofridos. Procedência do pedido e sucumbência.

Vistos, etc...

Os litigantes acima acham-se qualificados nos autos e têm patronos habilitados (05, 34 e 35). O demandante propôs contra o demandado uma ação

ordinária de reparação de danos, com amparo na legislação vigente, e em síntese, analisando o processo, temos:

Alegações do demandante (02/04):

Que em data de 26.12.95, sua esposa foi atingida por um disparo de arma de fogo, provocado por marginais, em razão de um assalto ao ônibus em que a mesma viajava, de propriedade da empresa demandada; que a morte deu-se no local; que ao comprar o bilhete de passagem, adquiriu também o seguro; que esgotados os meios suasórios de cobrança, propôs a presente ação. Pediu a procedência da lide para ser o demandado condenado ao pagamento pelos danos morais e materiais, em razão da perda da sua consorte, como também a indenização referente ao seguro de vida, acrescidos de condenação em honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) do valor atribuído à indenização. Deu valor à causa, j. doctos (06/14). Conta e preparo (14/16).

Alegações do demandado (19/33)

Em preliminar, argüiu ilegitimidade passiva *ad causam*, aduzindo o que se segue: que o pretense direito do demandante é de responsabilidade das companhias seguradoras, no caso a Companhia Real Brasileira de Seguros, não constituída no pólo passivo da lide; que por não ser companhia de seguros, não pode ser acionada para satisfazer a pretensão inaugural; que a inicial não faz referência a nenhum dispositivo legal concernente à indenização por ato ilícito, se é possível admiti-la no resultado-morte. Pede extinção do processo sem julgamento do mérito.

No mérito, sustentou: que a questão é da esfera da autoridade pública competente, que detém o poder de polícia; que a agressão, praticada contra os passageiros por elementos de alta periculosidade, não guarda conexão com o transporte em si; que o fato é considerado caso fortuito ou de força maior, ante a situação da empresa de mera permissionária da atividade de transporte; que fatos externos não podem ser atribuídos a sua obrigação quanto à entrega do passageiro livre de perigo ao fim da viagem; que a ausência ou a precariedade da segurança pública, são determinantes na elisão da responsabilidade da empresa transportadora; que o contrato de transporte não engloba o ônus de prestar segurança pública; que a segurança constitutiva do contrato precitado, é restrito ao orbe da natureza do serviço que presta, e à segurança que é colocada à disposição do passageiro; e, finalmente, que a questão é de ordem Constitucional, não restando presente a culpa ou a relação de causalidade entre o fato e o eventual prejuízo experimentado pelo demandante. Pediu a improcedência da ação. Colacionou jurisprudência, j. doctos.(36/53).

Andamento processual

Com a inicial, o demandante juntou a documentação necessária comprobatória de seu interesse processual (certidão de casamento e atestado de óbito da vítima). Na contestação, o demandado não nega a ocorrência do desastre em veículo de sua propriedade, apenas não reconhece existir relação de causalidade entre o contrato de transporte e os fatos externos que podem incidir sobre o prefalado deslocamento, e por fim, que o valor do seguro seria devido ao demandante

pela Companhia de Seguros, não lhe sendo possível impugnar o pedido de danos morais, posto que apresentados sem referência ou fundamentação.

Na réplica (53/55), o demandante repisa seus argumentos, rebatendo a preliminar e sustentando existir nexos de causalidade entre as circunstâncias do fato e a responsabilidade da demandada. Pede reprovação da preliminar. Adverte que a jurisprudência invocada pelo demandado é de outrora, e que empresas de transportes coletivos, em razão da demanda crescente de assaltos em viaturas, têm adotado medidas inibidoras e garantidoras da integridade física dos viajantes. Que as excludentes da responsabilidade civil de caso fortuito ou força maior, abrigam-se sob o manto do fato ser necessário ou inevitável, que não é a hipótese, visto que esta reunia a característica de ser previsível e evitável.

Em audiência de conciliação (63) o objetivo principal do ato não foi alcançado, tendo sido dispensada a dilação probatória, sem contrariedade dos litigantes. Vieram-me conclusos. Eis o Relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Decido:

A preliminar levantada confunde-se com o mérito, logo examino-a em toda perspectiva processual. A relação contratual entre as partes é de uma lógica inquestionável. Negá-la, seria contra-senso, até porque o contrato de transporte é firmado concomitante com a aquisição do bilhete de passagem.

Não há consistência jurídica na tentativa preliminar de responsabilizar a companhia de seguros:

primeiro, porque a relação obrigacional entre transportador e passageiro está voltada essencialmente apenas para as referidas partes; segundo, porque nem a ação foi contra a seguradora proposta, e tampouco a demandada chamou-a para integrar a lide, e por fim, terceiro, por imposição contratual do seguro de RC – que pode ou não existir – cabe ao segurado litigar judicialmente em seu nome até o derradeiro recurso, e só em caso de condenação é que a sub-rogação cristaliza-se, ocasião em que ele se ressarcirá da seguradora, mediante a apresentação do recibo quitatório. É bastante usual tal cláusula nas “Condições Gerais” dos seguros de responsabilidade civil, exigindo acima, por cima, a confidencialidade a respeito da existência do seguro. Quem tiver apólice de responsabilidade civil, confira. Por tantas e razões tais, afasto a perspectiva de aquela seguradora estar obrigada a comparecer ao feito.

Como há de ser visto, o evento danoso ocorreu no interior do veículo de propriedade do demandado e durante o exercício da atividade que se incumbira de prestar. Dessa forma, acolho prefacialmente a propriedade da ação e a legitimidade *ad causam* ativa e passiva.

A matéria é exclusivamente de direito, dispensando prova instrutória. O art. 330 I CPC permite julgamento antecipado para casos como é este, ficando, dispensado, inclusive, o *saneador negativo*, que, a rigor, inexistente em nosso sistema processual, uma vez que o preceito é cogente (“*conhecerá diretamente do pedido*”).

A hipótese *sub iudice* circunscreve em seu alicerce o pedido de indenização, pelo qual o demandante objetiva a condenação do demandado a indenizá-lo por danos

morais e materiais, decorrentes de acidente em viagem realizada por sua consorte (Ana Maria Gomes da Silva) através da empresa demandada, causando-lhe a morte, tudo com esteio no art. 1.458 do Diploma Substantivo Civil c/c artigos. 80, 81, 83 e 101, incisos. I e II do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/90.

A negação de responsabilidade do demandado, basicamente busca suporte na obrigação de o Estado prover a Segurança Pública como atividade inerente às atribuições que lhe são reservadas no texto Constitucional, selecionando decisões defendentes do seu ponto de vista, porém, que em sua maioria antecedem ao advento da CF/88, e que derivariam para a inexistência da responsabilidade do transportador quando o dano deve-se a fato alheio ao transporte em si.

Não é desprezível a argumentação trazida pela demandada. No entanto, faz-se necessário o problema ser focado dentro da teoria linear do ilícito, indagando-se com profundidade qual a origem do fato e o porquê da obrigação de indenizar. A conclusão descamba na existência do dano, que decorreria da ação ou omissão do lesante, buscando-se, a seguir, a causa. O dano seria, então e exatamente, a lesão fisicamente experimentada pela vítima, e a origem desse dano, a conduta omissiva do agente, quando esquivou-se de fornecer os meios adequados para o afastamento do risco a que ficou exposta a vítima.

Assim, poderíamos sintetizar a polêmica, afirmando que, para garimpar a apuração da culpa, teríamos de ver construído o concurso de três elementos em triangulação, os quais, sob uma só base, evidenciaria o direito à reparação. Melhor exposição a respeito, é trazida com a assinatura de Carlos Alberto Bittar, a quem ora nos reportamos: “Induz, pois, à respon-

sabilidade a demonstração de que o resultado lesivo (**dano**) proveio de atuação do lesante (ação ou **omissão antijurídica**) e como seu efeito ou conseqüência (nexo causal ou etiológico). E continua... *biparte-se a idéia de antijuridicidade em subjetiva e objetiva, conforme seja o resultado imputável à consciência do agente e, portanto, dependente da análise concreta de sua conduta, ou decorrente apenas do fato danoso, como conseqüência do exercício de **atividades perigosas** segundo as concepções prevalecentes.*¹ (g/n).

A responsabilidade da demandada – empresa rodoviária transportadora de cargas e pessoas, começa no momento da execução do contrato, que se dilarga desde o instante da chegada do passageiro à estação de embarque, até seu respectivo desembarque no destino que convencionou, ao adquirir o bilhete de passagem. É curial, que tal responsabilidade seja de acordo com a lei e objetiva, Como já foi dito, incumbe ao transportador a condução ilesa do bem que transporta, seja ele carga ou passageiro.

A tese da demandada quanto à desobrigação de reparar o dano, não se sustenta nas suas próprias alegações, quando entende ela ser responsabilidade do Estado, através da Segurança Pública. Globalizar de tal modo esse entendimento, por nossa ótica, é ilógico. Assim o fosse, seria o Estado o responsável por substancial e significativa maioria dos eventos danosos ocorridos com a população, no mínimo, porque não estaria emprestando a assistência ao estilo ideal, como, *verbi gratia*, se tem notícia existir na Suécia. E com isso, obrigado estaria a indenizar a morte e males numa visão panorâmica, como por exemplo, àqueles sem

1 in *Reparação civil por danos morais* - 2ª ed. editora Revista dos Tribunais SP-1993

condição de adquirir medicamentos, de ter moradia saudável, de transitar por estradas muitíssimo bem pavimentadas e sinalizadas etc., apoiando-se talvez até, no princípio (que não deixa de ter seu lado de idealismo) de que é a Carta Magna quem “*garante a inviolabilidade do direito à vida*”, com a conceituação ampla e abrangente que, infelizmente, reina em pouquíssimas nações.

Ademais – realce seja dado – pois esse comentário é deveras importante e desponta como um dos traços que bem caracterizam a responsabilidade da demandada, o trajeto desenvolvido pela referida empresa no percurso descrito nos autos (divisa entre Alagoas x Pernambuco e sertão desses Estados), tem sido objeto de verdadeira inquietação social. Esse fato é público e notório. Basta ler os jornais. Naquele trecho, em face das repetidas ocorrências de assaltos e atos de delinqüência, alguns veículos chegam a fazer uma convenção surda de uns seguirem os outros de perto, em comboio, para afastar a possibilidade de assalto. E atentem: horário à luz do dia, evitando trajeto noturno. Outros ainda, como notícias correm, levam a bordo seguranças e policiais portando espingardas, ostensivamente, ao lado do motorista.

Não milita em favor da demandada a presunção de desconhecimento, imprevisão ou inevitabilidade do risco que assumiu ao desatender às normas de segurança que são peculiares àquela região. Não posso vislumbrar a alegada hipótese de vicissitude, como também, não posso abrigar convencimento da ocorrência de caso fortuito ou força maior. A região e o trajeto são tidos como de risco, e os assaltos ali proliferam com frequência.

Acerca do conceito da obrigação de indenizar em razão do quanto relatado nos autos, esposo, por analogia, o pensamento técnico filosófico do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível do Distrito Federal. DF constante do proc. n. 6168/88: “...no sentido jurídico, é a omissão da cautela que as circunstâncias exigiam do agente, para que sua conduta, num dado momento, não viesse a criar uma situação de risco e finalmente, não gerasse dano previsível a outrem. É a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar.”

Assim, é conclusivo que o nexa causal repousa na inação/omissão do agente que teve como resultado danoso a morte da vítima. Trago à apreciação orientação jurisprudencial do Pretório Infra Constitucional, que espanca as dúvidas e controvérsias a respeito do tema:

TRANSPORTE DE PASSAGEIRO – CULPA DE TERCEIRO – EFEITOS. Nos termos da Súmula 187 do STF, a responsabilidade contratual do transportador pelo acidente com o passageiro não é afastada pela culpa de terceiro contra o qual tem ação regressiva, como é o caso de pedra arremessada contra o pára-brisa do ônibus por piquete paredista, que vem acarretar, pelo estilhaçamento do vidro, a perda do olho de uma jovem. Dano material a ser ressarcido, a que se soma o dano moral, acumuláveis tais verbas nos termos do Verbete 37 do STJ (TA-RS – Ac. unân. da 4ª Câmara Cív. julg. em 21-5-92 – Ap. 192.085.108-Capital – Rel. Juiz Jauro Duarte Gehlen -Central S/A Transp. Rodov. e Turismo vs. Rosa Maria Mazzardo).

Para efeito da aferição indenizatória nos danos morais, faço o registro de que, segundo se constata do manuseio dos autos, a vítima era casada com o demandante e contava com a idade de 40 anos. Indubitavelmente, sua atividade no lar deve ser levada em conta, pois constituía auxílio prestado ao cônjuge na formação patrimonial de ambos, presumindo-se sua participação como força de ordem, não só afetiva e moral, como física, que inegavelmente se deve reconhecer, até porque foi atingido com plenitude o lado íntimo da vida do demandante. Conferir:

ORIGEM TRIBUNAL: STJ ACÓRDAO RIP: 94/0018399-2 PROC: RESP NUM: 0050129 UF: RJ RECURSO ESPECIAL DJ DATA: 17/10/1994 PG: 27899 ÓRGÃO: 04 QUARTA TURMA DECISAO: 29/08/1994

EMENTA - RESPONSABILIDADE CIVIL. ESTRADA DE FERRO. MORTE DE PASSAGEIRO EM DECORRÊNCIA DE ASSALTO NO INTERIOR DE COMPOSIÇÃO FERROVIARIA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. - O CASO FORTUITO OU A FORÇA MAIOR CARACTERIZA-SE PELA IMPREVISIBILIDADE E INEVITABILIDADE DO EVENTO. NO BRASIL CONTEMPORÂNEO, O ASSALTO A MÃO ARMADA NOS MEIOS DE TRANSPORTE DE CARGAS E PASSAGEIROS DEIXOU DE REVESTIR ESSE ATRIBUTO, TAL A HABITUALIDADE DE SUA OCORRÊNCIA, NÃO SENDO LÍCITO INVOCÁ-LO COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DO TRANS-

PORTADOR. - INTELIGÊNCIA DO ART 17 PAR 1 DEC LEGISLATIVO NR. 2681 DE 07.12.912. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. INDENIZAÇÃO CALCULDA DE ACORDO COM A ESPERANÇA DE VIDA PREVISTA NA TABELA DO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL. - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. RELATOR MIN: 0132 - MINISTRO ANTONIO TORREÃO BRAZ. DECISÃO POR UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

TRIBUNAL DE APELAÇÃO DO R.G. DO SUL RECURSO APC 195103460 DATA: 04/10/1995 ÓRGÃO: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL RELATOR: LEO LIMA. ORIGEM: LAJEADO.

EMENTA - RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE DE PESSOAS. NÃO É NULA A SENTENÇA QUE SE CONTÉM NOS LIMITES DO PEDIDO, FIXANDO, DESDE LOGO, COM BASE NA PROVA, OS VALORES DA REPARAÇÃO, INDEPENDENTE DA LIQUIDAÇÃO E NA CONFORMIDADE DOS INTERESSES DA PARTE AUTORA. A TRANSPORTADORA DEVE RESPONDER PELA REPARAÇÃO DECORRENTE DA MORTE DE PASSAGEIRO DE ÔNIBUS, PROVOCADA POR DISPARO DE ARMA DE FOGO, EM MEIO A ASSALTO PRATICADO POR OUTROS PASSAGEIROS, DURANTE O TRANSCURSO DE VIAGEM DE TURISMO. NÃO SE CARACTERIZA O CASO FORTUITO, A BE-

NEFICIAR A TRANSPORTADORA, SE NÃO CONCORREM O ELEMENTO OBJETIVO, QUAL SEJA A INEVITABILIDADE DO EVENTO E O ELEMENTO SUBJETIVO, ISTO É, A AUSÊNCIA DE CULPA DA MESMA. ASSIM, RESTANDO REFUTADA A ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. A COBERTURA DOS DANOS PESSOAIS, POR APÓLICE DE SEGURO, NÃO ABRANGE OS DANOS MORAIS (VOTO VENCIDO). PECULIARIDADES DO CASO A RECOMENDAR QUE A PENSÃO, A FAVOR DOS FILHOS MENORES DA VITIMA, SEJAM ESTENDIDAS ATÉ QUE COMPLETEM 25 ANOS DE IDADE. REPARAÇÃO POR DANO MORAL BEM ARBITRADA, INCLUSIVE, POR NÃO DESMERECE A AFEIÇÃO ENTRE A VITIMA, SUA MULHER E OS FILHOS MENORES DO CASAL. A CORREÇÃO MONETÁRIA, DO VALOR A SER REEMBOLSADO POR SEGURADORA DENUNCIADA A LIDE, DEVE INICIAR NA DATA DO EVENTO, NÃO NA DA CONTRATAÇÃO DO SEGURO, PENA DE LOCUPLETAMENTO INDEVIDO DA TRANSPORTADORA SEGURADA. IMPROCEDENTE A DENUNCIÇÃO DA LIDE A OUTRA SEGURADORA, PORQUE O SEGURO OBRIGATÓRIO REALIZADO, POR DISPOSIÇÃO REGULAMENTAR, NÃO COBRE O SINISTRO, A VERBA HONORÁRIA ARBITRADA DEVE SER MANTIDA, UMA VEZ OBEDECENDO OS

PARÂMETROS LEGAIS E RESGUARDANDO A DIGNIDADE PROFISSIONAL. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. DECISÃO: NEGADO PROVIMENTO. UNANIME.

A Companhia de Seguros nem é parte no processo e nem foi chamada a integrá-lo. Ademais, na derradeira hipótese, caberia à empresa transportadora o direito de ressarcimento, sub-rogada que estaria por disposição legal, como já nos referimos anteriormente. O pedido indenizatório para a cobertura de “morte acidental” foi expresso pelo demandante (fls.03), e contestado pela demandada sob o manto genérico da inexistência da obrigação. Todavia, não enxerguei a razão do porquê daquela Tabela de fls.11, inserida aleatoriamente e sem qualquer explicação mais cabal a seu respeito, o que faz supor seria o valor pretendido pela indenização, objeto principal da ação. Quanto ao seguro, comprovadamente existente (DPVAT), o bilhete (substitutivo da apólice) encontra-se às fls. 12, e cuja cobertura no risco de morte é de apenas R\$.5.081,79 (cinco mil oitenta e um reais e setenta e nove centavos). Negar a indenização, redundaria ofensa ao art. 159 do Código Civil, dispositivo que, reconhecidamente, serve De referência à Súmula 37 STJ, que disciplina: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO COMUM E INDENIZAÇÃO ACIDENTÁRIA – DISTINÇÃO – CUMULATIVIDADE

AS INDENIZAÇÕES ACIDENTÁRIAS E DE DIREITO COMUM SÃO AUTÔNOMAS E CUMULÁVEIS. A PRIMEIRA, IMPOSTA SEGUNDO CRITÉRIO OBJETIVO, É EXIGÍVEL DO ÓRGÃO PREVIDENCIÁRIO NOS CASOS DE INFORTÚNIOS LABORAIS NÃO DECORRENTES DE DOLO DA VÍTIMA. JÁ A SEGUNDA SE MOSTRA DEVIDA POR QUALQUER PESSOA, EMPREGADORA OU NÃO, QUE POR CULPA, MESMO QUE LEVE, CUMULÁVEIS TAMBÉM AS INDENIZAÇÕES POR DANO MATERIAL E DANO MORAL ORIUNDOS DO MESMO FATO – ENUNCIADO 37 DA SÚMULA DO STJ (STJ – AC. UNÂNIME. DA 4ª T. PUBL. NO DJ DE 21-2-94, PÁG. 2.173 – REC. ESP. 36.884-7-RJ – REL. MIN. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA – ADVS.: JOSÉ LUÍS MONTEIRO BORGES E RICARDO SOARES MAURÍCIO).

O demandante pretende haver indenização no pagamento do seguro de vida por morte acidental, cumulado com reparação de danos morais e materiais. Seu pleito é em parte procedente, e a responsabilidade da demandada, empresa transportadora, independe da apuração mais profunda da culpa, justamente em face da prova do dano que iniludivelmente foi causado à vítima.

Em relação ao cálculo da indenização, valho-me da Súmula 490 do STF para fazer a sua estipulação no *salário mínimo vigente ao tempo da sentença, ajustando-se às variações ulteriores*. E faço-o concordante com

exposição de Arnaldo Marmitt, fixando a obrigação de indenizar em forma de pensão de *dois terços do salário mínimo dada a não-obtenção de informes seguros e precisos sobre a renda mensal da vítima, sendo esse abatimento a título de presumidas despesas pessoais suas, e cujo entendimento tem apoio indissonante nos Pretórios (TARS 54/257, RTJ 84/250, etc)*².

Do exposto, e o mais constante dos autos, hei de julgar como efetivamente **JULGO** procedente, em parte, a ação proposta, para condenar, como de fato **CONDENO** a Viação Itapemirim S/A a pagar ao demandante José Tibúrcio da Silva, as verbas abaixo transcritas, o que faço estaqueada nos arts. 159, c/c arts. 1.518 e sgs. do Diploma Substantivo Pátrio, art. 269 I do CPC e demais dispositivos legais pertinentes à matéria, adotando as seguintes posições:

1. Reconheço procedente a indenização por morte, na quantia de R\$.5.081,79, devida a partir de 26.12.95 (data do falecimento), relativo ao seguro obrigatório (DPVAT), devendo sobre ela incidir a atualização pelos índices da poupança e juros legais de 12% aa. (doze por cento ao ano), até a data do efetivo pagamento.
2. Reconheço procedente o pedido de reparação pelo ato ilícito, incluindo-se os danos morais e materiais, devendo a demandada constituir um fundo para garantia da indenização que corresponda ao pensionamento ao demandante (arts. 1537 sgs. Código Civil) no valor de dois

2 "A Responsabilidade Civil nos Acidentes de Automóvel", Ed. Aide Editora, 1ª edição, 1986 pg.143

terços (2/3) de um (01) salário mínimo vigente nesta data, cessando esse referido direito na data em que a vítima completaria 60 (sessenta) anos se viva fosse, (22.03. 2015), sendo essa a vida média da mulher brasileira conforme "Revista Brasileira de Estatística" do IBGE, e desde que, concomitantemente, sobreviva o demandante, à época.

3. Quanto aos cálculos, mando aplicar o Enunciado na Súmula nº 490 do STF.

4. Em relação à atualização da moeda, ela deve ser feita pelos índices da caderneta de poupança mais juros legais de 12% aa. (doze por cento ao ano), e por se tratar de dívida de valor, ocorrerá automaticamente, desde a data da morte da vítima.

5. O pensionamento devido ao demandante, inclusive a constituição de capital de garantia, será calculado através da operação do Contador, mês a mês e pagável: a) o **quantum debeatur** atrasado, imediatamente após a prolação desta sentença, e b) a parte vincenda, até o máximo cinco dias subsequente ao vencido.

6. Para condenar a demanda na sucumbência das custas processuais e honorários **advocatícios** do patrono do demandante, estes no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor atribuído à indenização, tudo devidamente atualizado.

Com o trânsito em julgado, certifique-se e levem-no ao arquivo. P.R.I.C.





Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco

Av. Martins de Barros, 593 - Stº Antônio - Recife - PE
Fone/Fax: (081) 424.1193