

REVISTA DA
ESMAPE



Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco

ISSN: 1415-112X

155

**O Papel do Judiciário
no Estado Democrático**

Denise Frossard

255

Modernidade e Direito

João Maurício Adeodato

275

**Código de Processo Civil
(Reflexões - Alterações - Inovações)**

José de Moura Rocha

391

**A Súmula Vinculante e a
Independência Jurídica
do juiz**

Sérgio Bermudes



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Av. Martins de Barros, 593 – Santo Antônio

Recife-PE – Fone/Fax: (081) 424.1193

Presidente do Associação dos Magistrados
do Estado de Pernambuco (AMEPE)
DR. JOSE FERNANDES DE LENCAS

Presidente da
ESMAPE



**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. Martins 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

ISSN 1415-112X

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
BIBLIOTECA

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

**Volume 2 – Número 6
outubro / dezembro – 1997**

REVISTA DA ESMAPE

Recife

Trimestral

Comissão editorial:**Presidente:** Des. Antônio de Pádua Camarotti Filho**Secretário:** Dr. Jorge Américo Pereira de Lira**Membros:** Prof. João Maurício Leitão Adeodato

Dr. Hugo Cavalcanti Melo Filho

Coordenação Técnica: Bel. Joseane Ramos Duarte Soares
(Bibliotecária)**Revisão Ortográfica:** João Lippo Neto – Fone: (081) 228.4026**Editoração Eletrônica:** Francisco Carlos S. Melo
Fone: (081) 428.1448**Capa:** Euclides Lima – Fone: 973-6018**Tiragem:** 1.200 exemplares

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

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

SOLICITA-SE PERMUTA / EXCHANGE DISUED / ON DEMANDÉ ÉCHANGE

esmape@elógica.com.br

www.esmape.com.br

**Coordenação Editorial:**

EDIÇÕES BAGAÇO LTDA

Rua 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, n.1 (1996-) - Recife : ESMape, 1996 - v. . Trimestral

Descrição baseada em: Ano 2, n.6 (out./dez. 1997)

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

Josi/ESMAPE - TJ

CDD 340.05

CORPO DOCENTE**1º Período****Direito Processual Civil I:** *Titular: Agenor Ferreira Lima Filho**Adjunto: Valéria Rúbia Silva Duarte**Titular: Alexandre Freire Pimentel**Adjunto: Naiva Cristina Campello***Sociologia do Direito:** *Titular: Cláudio F. da S. Souto**Adjunto: Solange Souto**Adjunto: Mirian de Sá Pereira**Titular: Antonio Natanael M. Sarmiento**Adjunto: Mirian de Sá Pereira***Direito Administrativo:** *Titular: Gabriel Lucena Cavalcanti**Adjunto: Maria Frederica Kriek Cavalcanti***Português e Ling.****Vernacular Jurídica:** *Titular: João Batista Lippo Neto**Adjunto: Marlene Passos Muniz***Filosofia do Direito:** *Titular: João Maurício L. Adeodato**Adjunto: Torquato da Silva Castro Júnior**Titular: Nelson N. Saldanha**Adjunto: Gustavo Just da Costa e Silva***Direito Processual Penal I:** *Titular: Silvânia Espéria da Silva**Adjunto: Adjar Francisco de Assis Júnior**Titular: João Olympio V. de Mendonça**Adjunto: Laiete Jatobá Neto***Direito Civil I:** *Titular: Jorge Américo Pereira de Lira**Adjunto: Rafael José de Meneses***Direito Constitucional:** *Titular: Maria Betânia Silva**Adjunto: Adriana Rocha**Titular: Zélio Furtado da Silva**Adjunto: Eduardo Costa*

Direito Penal I: *Titular:* Paulo César Maia Porto
Adjunto: Flávio Augusto Fontes de Lima
Titular: Ricardo Brito A. Pontes Freitas
Adjunto: Cláudio Roberto Cintra B. Brandão

Psicologia Forense: *Titular:* Paulo da Silveira Rosas
Adjunto: Alba Gomes Guerra

2º Período

Direito do Consumidor: *Titular:* Demócrito Ramos Reinaldo Filho
Adjunto: Rosana Grimberg
Adjunto: Raimundo Gomes

Direito Tributário I: *Titular:* Hélio Sílvio Ourem Campos
Adjunto: Francisco Alves dos Santos Júnior

Direito Processual Penal II: *Titular:* Honório Gomes do Rego Filho
Adjunto: Carlos Alberto Berriel Pessanha

Direito Financeiro: *Titular:* Joaquim Lustosa Filho
Adjunto: Carine Delgado Cadia Reis

Direito Processual Civil II: *Titular:* José Antônio Macêdo Malta
Adjunto: Paulo Roberto A. da Silva

Direito Comercial: *Titular:* Luiz de Freitas Lima
Adjunto: Valdirílio Leal de Barros

Hermenêutica Jurídica: *Titular:* Paula Maria S. de O. Mendonça
Adjunto: Artur Stamford

Direito Municipal e Urbanístico: *Titular:* Giovanna Simões Inácio Cavalcanti
Adjunto: Gustavo Ferreira Santos

Organização e Adm. Judiciárias: *Titular:* Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Adjunto: José Alexandre de Vasconcelos Aquino

Direito Penal II: *Titular:* Romualdo Marques Costa
Adjunto: Tarcísio de Araújo Barreto Campelo

Direito Civil II: *Titular:* Ruy Trezena Patu Júnior
Adjunto: Brasília Antônio Guerra

Direito Falimentar: *Titular:* Humberto Inojosa

3º Período (Magistratura Comum)

Direito Processual Penal III: *Titular:* Albérico Gomes Guerra
Adjunto: Patrícia Tavares

Direito Civil III: *Titular:* Alberto Flávio Barros Patriota
Adjunto: Saulo Fabianne de Melo Ferreira
Titular: Leopoldo de Arruda Raposo
Adjunto: Eudes dos Prazeres França

Direito Penal III: *Titular:* Antônio Pedro Barreto Campello
Adjunto: Maria Helena de V. C. Barreto Campello

Direito Eleitoral: *Titular:* Carlos Frederico G. de Moraes
Adjunto: Luiz Mário de Goes Moulinho

Direito Medicina Legal: *Titular:* Clóvis Mendoza
Adjunto: Gilberto Valter de M. Moura

Prática Judiciária Cível: *Titular:* Fábio Eugênio D. de Oliveira Lima
Adjunto: Paulo Henrique Martins Machado

Direito Processual Civil III: *Titular:* Frederico Ricardo de A. Neves
Adjunto: Mauro Jordão de Vasconcelos

Direito Tributário II: *Titular:* José Viana Ulisses Filho
Adjunto: Jackson Borges de Araújo

Direito da Criança e da Adolescência: *Titular:* Luiz Carlos de Barros Figueredo
Adjunto: Alice Costa Rodrigues dos Santos

Prática Judiciária Penal: *Titular:* Mauro Alencar de Barros
Adjunto: Adriana Gonçalves Fontes

3º Período (Magistratura Trabalhista)

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

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

ÍNDICE

AN ESTUDO COMPARADO DOS PAÍSES CONSTITUCIONAIS EM
FUNÇÃO DE PODERES FERRAMENTAS DE REGULAÇÃO E PORTA-LES
E ALIQUA APLICANTE E A INTERFERÊNCIA JURÍDICA A
ESTATUTO CONSTITUCIONAL E RESULTADO DEMOCRÁTICO DE CRISTO HO
BRASIL

ANÁLISE E COMPARAÇÃO DA POSIÇÃO
DE PODERES FERRAMENTAS E SUAS INTERFERÊNCIAS

*"Quanto a mim, não permita Deus que eu me
gabe de coisa alguma, a não ser da cruz de
nosso Senhor Jesus Cristo".*

(Gl. 6:14)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Napoleão Tavares 13

TEORIA 15

UM ESTUDO COMPARADO DOS NÚCLEOS CONSTITUCIONAIS E DA
LIMITAÇÃO DOS PODERES REFORMADORES BRASILEIRO E PORTUGUÊS

Alexandre Freire Pimentel 17

A SÚMULA VINCULANTE E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ

Antônio de Pádua Ribeiro 49

SUFRÁGIO, CIDADANIA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO
BRASIL

Antônio Natanael Martins Sarmiento 61

PODER CONSTITUINTE: ANÁLISE E COMPARAÇÕES DA POSIÇÃO
DO POSITIVISMO KELSENIANO E SUA RELEVÂNCIA ATUAL

Cristiane Gouveia de Barros 97

EDUCAÇÃO E JUSTIÇA SUPRANACIONAL

Caetano Lagrasta Neto 123

O PODER INTERVENTIVO DO JUIZ NOS CONTRATOS DE CONSUMO

Demócrito Ramos Reinaldo Filho 141

O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO

Denise Frossard 155

CRIMINALÍSTICA

Domingos Tochetto 163

ADOÇÃO À BRASILEIRA: UMA ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA

Emmanuel Pedro S. G. Ribeiro 181

O INSTITUTO DO SOLO CRIADO COMO INSTRUMENTO DE
CONTROLE URBANÍSTICO

Eugênia Giovanna Simões Inácio Cavalcanti 201

O NOVEL INSTITUTO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO, FACE AO
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Flávio Augusto Fontes de Lima 213

O INSS EM DEBATE	243
<i>Hélto Ourem</i>	
A CRIANÇA E A AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 61 DO CÓDIGO PENAL	249
<i>Janeide Oliveira de Lima</i>	
MODERNIDADE E DIREITO	255
<i>João Maurício Adeodato</i>	
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (REFLEXÕES - ALTERAÇÕES - INOVAÇÕES)	275
<i>José de Moura Rocha</i>	
O VALOR DA JUSTIÇA	301
<i>José Janguê Bezerra Diniz</i>	
A VONTADE DO CONSTITUINTE NA FORMAÇÃO DO JUIZ BRASILEIRO	337
<i>José Renato Nalini</i>	
IGUALDADE CONJUGAL - DIREITOS E DEVERES	361
<i>Paulo Luiz Netto Lôbo</i>	
O PODER JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS	381
<i>Roberto Magalhães</i>	
A SÚMULA VINCULANTE E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ	391
<i>Sérgio Bermudes</i>	
AS REGRAS DO MÉTODO SOCIOLOGICO: INTERPRETAÇÃO E EXPOSIÇÃO CRÍTICA - ELEMENTOS INTERESSANTES PARA O DIREITO	405
<i>Valéria Maria Cavalcanti Lins Lemos</i>	
ALIMENTOS E SUA EXECUÇÃO: ASPECTOS GERAIS	425
<i>Valéria Rúbia Silva Duarte</i>	
A INSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL	457
<i>Vladimir da Rocha França</i>	
PRÁTICA	489
SENTENÇA CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS	491
<i>Antônio Vidal de Moraes</i>	
PARECER. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. ISENÇÃO	501
<i>Djaci Felção</i>	
SENTENÇA CÍVEL. ECAD. ARRECADAÇÃO DE IMPORTÂNCIAS RELATIVAS A DIREITOS AUTORAIS. INTERESSE PROCESSUAL	523
<i>Fábio Eugênio D. Oliveira Lima</i>	
MANDADO DE SEGURANÇA. DA PROVA POR PRESUNÇÃO E O DIREITO DE AMPLA DEFESA	533
<i>Jackson Borges de Araújo</i>	
AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO E GRAVAÇÃO DE CONVERSAS TELEFÔNICAS	549
<i>Napoleão Tavares</i>	

APRESENTAÇÃO

A Revista da *Esmape* já começa a dispensar apresentação, porque, passada a fase inicial, já é um dado do nosso calendário.

Há cerca de dois anos lançamos a semente, exatamente em maio de 1996, e então dissemos:

“Esperamos integrar, definitivamente, mais este dado na geografia da Escola, tornando a Revista, irreversivelmente, uma obrigação da Diretoria e um serviço essencial para os alunos. Acontecendo isso, um dos nossos grandes propósitos estará atendido.

Se é difícil ultrapassar o primeiro número, mais será a continuidade, porém o incentivo, o interesse de todos, inclusive de quem deseje colaborar, será importantíssimo para a integração de objetivos”.

Agora, com este nº 06, podemos afirmar, sem erro, que, superadas as dificuldades, não faltou incentivo; foi enorme o interesse de todos – leitores e colaboradores – e sobejou entusiasmo de quantos aplaudiram a idéia.

De agora em diante, somente a nova Diretoria poderá dizer, numa possível – quem sabe – nova e futura apresentação, qual será o destino do que vem frutificando.

Fica, sem a menor dúvida, um rastro de satisfação naqueles que conseguiram fazer, até agora, um marco na sensibilidade intelectual deste Estado.

Recife, Janeiro/1998

Napoleão Tavares
Diretor da Esmape

UM ESTUDO COMPARADO DOS NÚCLEOS CONSTITUCIONAIS E DA LIMITAÇÃO DOS PODERES REFORMADORES BRASILEIRO E PORTUGUÊS

Teoria

Este trabalho tem por objetivo analisar a evolução dos modelos constitucionais de limitação dos poderes reformadores no Brasil e em Portugal, com ênfase na comparação dos núcleos constitucionais. O estudo é dividido em duas partes principais: a primeira trata da evolução histórica dos modelos de limitação dos poderes reformadores, e a segunda trata da análise dos núcleos constitucionais em vigor no Brasil e em Portugal. A metodologia utilizada é a análise documental e a comparação de textos legais.

UM ESTUDO COMPARADO DOS NÚCLEOS CONSTITUCIONAIS E DA LIMITAÇÃO DOS PODERES REFORMADORES BRASILEIRO E PORTUGUÊS

Alexandre Freire Pimentel

Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, Professor da Universidade Católica de Pernambuco, Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito do Recife — Universidade Federal de Pernambuco-UFPE, Ex-Promotor de Justiça, Juiz de Direito do Estado de Pernambuco, Ex-Assessor da Presidência do Tribunal de Justiça de Pernambuco, Juiz Titular do 2º Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis de Pernambuco.

SUMÁRIO

Introdução. 1. A ciência do direito constitucional comparado. 1.1. O problema do objeto do direito comparado. 1.2. O problema do método comparativo. 2. O poder constituinte. 3. O sujeito do poder constituinte. 4. Poder constituinte — distinção — uma questão de técnica constitucional. 5. Os limites do poder constituinte. 6. Os limites do poder reformador. 6.1. Dos limites temporais. 6.2. Limites circunstanciais. 6.3. Os limites materiais. 6.4. A revisão total como limite ao poder reformador. 7. Os núcleos constitucionais brasileiro e português e o poder de revisão. 8. Bibliografia.

Introdução

Colimamos com esta monografia o perfazimento de um estudo comparado dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, quanto aos limites do Poder Constituinte e do Poder Reformador tendo-se por base as vigentes Constituições desses dois Estados.

Adrede, realçaremos o caráter de Ciência do Direito Comparado, expungindo a ultrapassada idéia de que a comparação científica de ordenamentos jurídicos diversos constitua um mero método de comparação. Ultrapassada

essa questão aportaremos nos albores de conceitos prévios indispensáveis para nossa proposição, a exemplo do pertinente ao Poder Constituinte e seus sujeitos.

Vários fatores provocam o pesquisador acadêmico a enveredar-se pelas *gares* de uma pesquisa comparada. A história do **constitucionalismo**¹ é tão recente quanto a nossa. Sua primeira Constituição escrita data de 1822, dois anos apenas mais antiga que a primeira Constituição brasileira, outorgada em 1824.

O Direito Constitucional português mantém as características de um constitucionalismo codificado e que a exemplo do nosso, modifica-se de forma abrupta.² Desde o término da Monarquia absoluta que Portugal tem consagrado sua normação constitucional em constituições escritas e com propensão à rigidez.

A forma de governo repete-se invariavelmente, quer se trate de cartas outorgadas, quer promulgadas com ato de soberania nacional, quer seja monárquica, quer republicana, parlamentarista ou presidencialista.

As histórias constitucionais do Brasil e de Portugal são inter cruzadas e inter influenciadas. Serrano explica-nos que a transformação do regime português monárquico absolutista para constitucional, brotou inspirado nas idéias da Revolução Francesa, bem como pela convivência de deputados portugueses com políticos ingleses e espanhóis.

A mudança começa com um movimento ocorrido em 1820, resultando na convocação de deputados, inclusive brasileiros, que tiveram participação na feitura da primeira Constituição escrita portuguesa, atribuindo-se-lhes poderes para elaborar a Constituição da Monarquia, que de acordo com o professor espanhol tomou-se por paradigma a

Constituição espanhola de 1812, adequando-a à realidade portuguesa, com a cautela de não se construir uma carta mais liberal. Daí nasceu a primeira Constituição escrita de Portugal em 1822, cuja vigência exauriu-se em quatro de junho de 1923, com a vitória do movimento contra-revolucionário denominado Vilafrancada que restaurou as leis tradicionais.

A inserção em constituições escritas dos princípios da garantia dos direitos individuais e da separação dos poderes deu-se por influência expressa do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Isso também se verificou na primeira Constituição brasileira de 1824, onde, à semelhança da Carta portuguesa, albergou o princípio da divisão e harmonia dos poderes políticos, o princípio conservador dos direitos do homem e do cidadão, bem como a forma monárquica, hereditária e representativa de governo.

A segunda Constituição de Portugal foi outorgada por D. Pedro I do Brasil, em território brasileiro no ano de 1826, pois este monarca também exercia o comando do trono português com a designação patronímica de D. Pedro IV, na verdade, como explicita Jorge Miranda esta Constituição consistia numa cópia *ipsis verbis* da Constituição brasileira de 1824.

A terceira Constituição de Portugal, primeira da República portuguesa, data de 1911 e resultou da Assembléia Constituinte de 1910, acolhendo os remédios que a doutrina mais liberal defendia para combater as ditaduras, tendo mais uma vez se inspirado em nosso constitucionalismo, mais especificamente, na Constituição Republicana Brasileira de 1891.

Doutro aspecto, nossa Constituição de 1937 teve como fonte inspiradora, sobretudo, quanto ao seu teor autoritário, a lei fundamental de Portugal de 1933.

Há atualmente uma flagrante coincidência entre os conteúdos da Constituição portuguesa de 1976, e a atual Constituição do Brasil de 1988, são ambas, como magistra

1 A alusão à expressão **constitucionalismo**, estará designando a organização do poder político a partir de sua consolidação em textos constitucionais.

2 Neste sentido confira-se SERRANO, Nicolás Pérez. Tratado de Derecho Político. Madrid. 1984. p. 63.

Jorge Miranda, "... produto de um mesmo movimento histórico; traduzem ambas a mesma vontade de redescoberta de cidadania, da liberdade e de regimes democráticos".³

1. A ciência do direito constitucional comparado

Não obstante, já no ano de 1869, o Direito Comparado ter alcançado sua autonomia didática, quando em Oxford, Inglaterra, criou-se a primeira cadeira de Direito Comparado (*Historical and Comparative Jurisprudence*), confiada conforme notícia Marc Ancel a Sir Henri Summer Maine, e mesmo depois de realizado em Paris em 1900 o primeiro congresso internacional de Direito Comparado, como assinala Ivo Dantas, há ainda quem não reconheça esse ramo do conhecimento jurídico como ciência jurídica autônoma, sendo concebido como mero método de comparação.⁴

Felipe de Solá Cañizares considera inadequada a expressão que designa a "disciplina" sob comento, inscrevendo em sua "Nueva Enciclopedia Jurídica" que: "no se trata de un conjunto de reglas aplicables a una materia determinada, sino de un método de comparación de distintos sistemas jurídicos"

Giuseppe de Vergontti em seu Diritto Costituzionale Comparato, ao definir a *comparazione giuridica*, como a operação intelectual que confronta ordenamentos jurídicos, diversos de modo sistemático, empregando-lhe a marca de ciência autônoma. A função da comparação jurídica consoante Vergontti, reside no conhecimento, premissa necessária que possibilita a utilização dos resultados da comparação na formulação doutrinária, bem como na integração e unificação de ordenamentos jurídicos diversos, possuindo caráter eminentemente prático auxiliando deveras a *normazione* e a *interpretazione*.

A crescente internacionalização dos conceitos jurídicos, é bem realçada por Marc Ancel em "Utilidade e Métodos do Direito Comparado", deduzida do conjunto de instituições estudadas em diversos sistemas como o do *common law*, o romano-germânico e o elaborado na extinta União Soviética. A existência de vários institutos comuns a todos esses sistemas deve-se ao estudo comparado de tais ordenamentos que inegavelmente influenciam-se reciprocamente com escopo de aprimoração de suas instituições jurídicas.

A Corte Constitucional italiana, consoante Vergontti, vem utilizando o Direito Comparado, dentre outros exemplos, questionou a constitucionalidade da convenção italo-francesa em matéria de extradição, ou ainda quando "*há raffrontato il sistema delle garanzie previsto della costituzione italiana in materia giurisdizionale con quello previsto dal trattato istitutivo della C.E.E., per giungere a concludere, tra l'altro, per l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale della norma nazionale che consente l'esecuzione in Italia dell'art. 189 C.E.E.*"

É pois inegável o papel que desempenha, no auxílio do aperfeiçoamento do Direito, seja, como diz Jaime Piterman, "*suprindo lacunas, seja aprimorando o perfil normativo da sua organização, é através da comparação que se podem evidenciar as bases científicas de ordenamentos diversos, superando os particularismos e os relativismos*".⁵

1.1. O problema do objeto do Direito Comparado

A maioria dos comparativistas restringe o âmbito de pesquisa do Direito Comparado, à comparação e interpretação de sistemas legais vigentes em Estados diversos, como quer Caio Mário da Silva Pereira ao afirmar que apenas

³ DANTAS, Francisco Ivo. Tória do Estado (Direito Constitucional I), 1989.

⁴ DANTAS, Francisco Ivo. Tória do Estado (Direito Constitucional I), 1989.

⁵ Apud CRUZ, José Raimundo Gomes da. Estudo de Direito Comparado. Revista dos Tribunais nº 450/321.

quando "o estudioso estende os olhos pelo horizonte jurídico e focaliza os sistemas atualmente em vigor entre os diversos povos, comparando-os, procurando assimilar as suas aproximações e divergências" é que existiria autêntico Direito Comparado.

Outros, pugnam que a comparação pode abranger a confrontação de direitos positivos, ainda que não necessariamente vigentes. Ivo Dantas esculpiu que a missão deste ramo do Direito "é o estudo teórico das normas constitucionais positivas (porém não necessariamente vigentes) de vários Estados, preocupando-se em destacar as singularidades e os contrastes entre elas ou grupo delas".⁶

Corroboramos o entendimento de Amílcar de Castro, quando afirma que "o Direito Comparado consiste no exame de duas ou mais ordens jurídicas, para explicar as respectivas semelhanças e diferenças."

Ora, se o objeto da Ciência do Direito, como nos mostra Reale, é o fenômeno jurídico, tal como se encontra historicamente realizado, ou seja, positivado no espaço e no tempo como experiência efetiva, passada ou atual, "mutatis mutandis", podemos afirmar sem qualquer receio, ser impassível de sofisma, que o âmbito do conhecimento da Ciência Comparada abranja **ordenamentos jurídicos estatais**, positivados em épocas passadas ou atuais.

1.2. O problema do método comparativo

Etimologicamente a palavra método, segundo magistra Maria Helena Diniz, é formada pela justaposição de dois vocábulos gregos: **meta**, que significa **fim**, objeto que tende a uma atividade; e **odos**, que equivale a caminho, trâmite. O composto: **método**, quer dizer caminho para, "ou seja, é o caminho ordenado para conduzir a ciência à verdade."⁷

6 DANTAS, Francisco Ivo. Teoria do Estado (Direito Constitucional I), 1989, p. 13-15.

7 DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.

Para Ivo Dantas, o método, na seara do Direito Comparado, é apenas o caminho a ser trilhado na busca do resultado científico que permite compreender e explicar as semelhanças e diferenças dos sistemas jurídicos estudados.

Sem método é certo, não há ciência, dês que ciência não prescinde de uma dada forma de verificação do objeto estudado, no caso, ordenamentos jurídico-constitucionais, vigentes ou não, de Estados diversos.

Podemos então concluir, dado que se conceitua o Direito Constitucional como sendo o ramo do Direito Público Interno que expõe, interpreta e sistematiza os princípios e normas fundamentais do Estado, tendo pois como objeto o estudo sistemático da Constituição em suas mais variadas concepções, por eclipse, podemos conceituar o Direito Constitucional Comparado como sendo a ciência que expõe, confronta e interpreta sistêmica e comparativamente ordenamentos jurídico-constitucionais, não obrigatoriamente vigentes, pertencentes a Estados distintos.

De posse dessas noções, adentraremos agora nos albos históricos e conceituais do Poder Constituinte.

2. O poder constituinte

"Poder Constituinte é o poder de elaborar uma Constituição. É a expressão da vontade suprema do povo, social e politicamente organizado. É o poder de construir e reconstruir o Estado".⁸

As referências históricas do Poder Constituinte, remontam ao Direito Constitucional Romano, que segundo Hauriou era exercido em caráter extraordinário por uma magistratura unida ao Poder Executivo. Comprova sua assertiva citando os seguintes exemplos:

- 1) o "**decemviri consulari imperio legibus scribendis**" de 303, criado pela lei **terentilia**;

8 FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. Saraiva, 1993, p. 19.

- 2) o "*triumvirato republicae constituendae*", instituído pela lei *Tibia*, dentre outros.

Essa prática romana, eclodiu numa verdadeira "*ditadura constituente*", confundindo-se Poder Constituinte e Poder Executivo, conferindo poderes absolutos aos governantes que só suprimiram-se com o progresso dos Estados antigos. Seria esta a razão de ser da moderna distinção entre o Poder Constituinte e Poderes Constituídos, como forma de esquivar aos sistemas ditatoriais e com o escopo de melhor garantir as liberdades humanas.⁹

Em sentido contrário, trazemos o magistério de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, negando que na antiguidade, incluindo Grécia e Roma, bem como na Idade Média, tenha sido conhecida essa idéia, "*já que as leis de conteúdo constitucional não se distinguíam formalmente das demais e se manifestavam sobretudo nos costumes, alterando-se através de órgãos legislativos ordinários ou pela invenção individual*"¹⁰, o que nos parece mais acertado.

Há quem afirme que o Poder Constituinte tenha surgido na América do Norte, por influência dos "*Padres Peregrinos*", mais precisamente em 1620, a bordo da nau "*Flor de Mayo*".

O que caracterizava o sistema norte-americano era a intervenção direta da própria coletividade, em detrimento do princípio representativo. Para algumas matérias exigia-se o assentimento unânime de todos os colonos; para outras, era suficiente a aprovação por maioria.¹¹

Hatschek qualificou-o como "*Teoria Pacífica do Poder Constituinte*", que se embasava nestas duas notas:

- 1) o Poder Constituinte pertence ao povo, sendo vedado exercê-lo por meio de representantes;

9 Apud HOURIOU, André. *Derecho Constitucional Clássico*.

10 FERREIRA FILHO, Muel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*.

11 SERRANO, Nicolás Pérez. *Tratado de Derecho Político*, p. 463

- 2) a formação ou revisão do texto constitucional, só seria possível se fosse legalmente prevista.

Entretanto, a noção de Poder Constituinte como hoje se concebe, surgiu no século XVIII, lançada pelo Abade Emmanuel Siéyès, através de revolucionário panfleto intitulado: "*Que é o Terceiro Estado?*".

O Estado francês até 1789, subdividia-se em três: clero, nobreza, Estado-Povo (burguesia). Segundo Siéyès a nação ou povo identificava-se com o Terceiro Estado, que era responsável por toda a atividade econômica, desde a exercida na indústria, no comércio, na agricultura e nas profissões científicas e liberais.

A quase totalidade das funções públicas eram exercidas por membros do Terceiro Estado, excetuados apenas os cargos honoríficos e lucrativos, que correspondiam a um vigésimo do total, os quais eram ocupados por representantes dos outros dois Estados, privilegiados sem mérito.¹²

Siéyès percebeu que a classe privilegiada constituía um corpo estranho à nação e que sua supressão em nada a afetaria, ao contrário, a tendência era a de que sem o estorvo desse *corpo indolente* a situação política e social melhorasse.¹³

A reivindicação do Terceiro Estado foi sintetizada em três pedidos:

- 1) "os representantes do Terceiro Estado deveriam ser escolhidos entre cidadãos que verdadeiramente lhes pertencessem;
- 2) seus deputados deveriam ser em igual número ao das ordens privilegiadas;
- 3) *os Estados deveriam votar por cabeça e não por ordem*".¹⁴

12 SIÉYÈS, Emmanuel. *Que É o Terceiro Estado?*

13 Idem.

14 Ibidem.

Ao fundamentar juridicamente tais reivindicações o abade francês distinguiu, pela primeira vez, o Poder Constituinte dos Poderes Constituídos, atribuindo àquele poderes que não encontram limites no direito estatal posto, mas, apenas, no Direito Natural que precede a existência da própria nação e situa-se em patamar superior ao seu.

A nação não pode perder o direito de querer e de mudar, não está submetida à Constituição por ela criada, seu Poder Constituinte permanece mesmo depois de realizada a sua obra, podendo modificá-la e até destruí-la independentemente de quaisquer formalidades.

"A nação existe antes de tudo, é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a lei mesma. Antes dela e por cima dela só existe o direito Natural".¹⁵

Os Poderes Constituídos, por seu turno, são sempre limitados e condicionados, são organizados em conformidade com a Constituição e devem atuar segundo suas prescrições.

No magistério de Carl Schmit, Poder Constituinte, "és la voluntad política cuya fuerza es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional (...) El Poder Constituyente es unitario e indivisible. No es un poder más, coordinado com otros distintos 'poderes' (Legislativo, Ejecutivo e Judicial). Es la base que abarca todos los otros 'poderes' y divisiones de poderes".¹⁶

Assim, o fundamento de validez de uma Constituição não está na "justiça" de suas prescrições normativas, outrossim, encontra-se na decisão política que surge do corpo

político integrante da nação com legitimidade representativa, ou que mesmo sem representá-la de modo legítimo ou democrático, é dotado de poder, em seu mais amplo sentido, para reformar ou constituir, impor e aplicar a norma suprema a toda nação.

O seu fundamento está em norma hipotética, pressuposta e não escrita, como definida de forma lúcida e real por Hans Kelsen. A este poder, empregamos a denominação: *Poder Constituinte*. O seu exercício no entanto, é prerrogativa de poucos entes, sendo imprescindível a percepção dos seus respectivos sujeitos, que como veremos a seguir, varia de acordo com o evoluir dos tempos.

3. O sujeito do poder constituinte

Durante a Idade Média, sujeito do Poder Constituinte era apenas Deus, Schmitt chega a citar trecho de uma carta escrita pelo apóstolo Paulo aos romanos, com o seguinte postulado: "*non est enim potestas nisi a Deo*".¹⁷

Esse fato tem explicação ante a predominância da doutrina jusnaturalista, que sob o império da patrística ou da escolástica, apresentava conteúdo teológico, pois os fundamentos do Direito Natural eram a inteligência e a vontade divinas, devido ao fato de a sociedade e a cultura estarem marcadas pela vigência de um credo religioso e pelo predomínio da fé.¹⁸

A partir da doutrina de Siéyès a nação passou a ser considerada sujeito do Poder Constituinte, ressalte-se porém que as expressões *nação e povo* eram usadas como conceitos de igual significação.

Nação, no conceito schmittiano, designa o povo como unidade política com capacidade de trabalhar com consciência de sua singularidade política e vontade de resistência política.

15 SIÉYÈS, Emmanuel. *Que é o Terceiro Estado?*

16 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza, 1982, p. 94.

17 SCHMITT, Carl. *Op. cit.* p. 95.

18 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. Sarauva, 1992, p. 34.

"O povo que não existe como nação é uma associação de homens unidos de alguma maneira por coincidência étnica ou cultural, mas não necessariamente política".

A restauração da monarquia na França transformou o Rei em sujeito do Poder Constituinte, em flagrante antítese à idéia posta pela revolução de 1789, já que se instituíra verdadeira dinastia.

Considerando que o Estado pode também obter a forma de Oligarquia, a maioria que o comanda pode, de certa forma, assim como na Aristocracia, ser considerada como sujeito detentor do Poder Constituinte. Diz-se de: "certa forma", porque para obter tal condição, deve desconsiderar-se o quantitativo numérico, próprio dos regimes democráticos. Nesse sentido uma minoria partidária ou um partido político não majoritário, evidentemente não poderiam obter tal condição.

Outrossim, uma organização que adote decisões fundamentais sobre a maneira de ser da existência política nacional, sem invocar a vontade da maioria dos cidadãos, pode ser considerada sujeito de um Poder Constituinte. Esse "decisionismo" de Schmitt, segundo Celso Ribeiro Bastos, que exalta o poder de decisão de vontade política, serviu para mais tarde justificar o totalitarismo nazista, atribuindo ao **Führer** a titularidade do Poder Constituinte.¹⁹

Vistas essas noções, impõe-se-nos ainda o dever de aclarar, por uma questão de técnica constitucional, as acepções em que se concebe o Poder Constituinte.

4. Poder constituinte – Distinção – Uma questão de técnica constitucional

Os constitucionalistas quando tratam da questão da distinção do Poder Constituinte, costumam diferenciá-lo com algumas variações, em originário e derivado. Pinto Ferreira

distingue o Poder Constituinte em: *originário, derivado e decorrente*.

Ao primeiro que também denomina de Poder de primeiro grau, atribui-lhe a característica de ser um poder de fato, que institui a Constituição, com os seguintes caracteres: é inicial, soberano, absoluto, ilimitado e incondicionado.

Poder Constituinte Derivado ou de Segundo Grau, é relativo, secundário e limitado. É um poder de direito resultante do texto constitucional, também chamado de poder de revisão, ou de reforma, ou poder de emendabilidade.

Decorrente é o Poder Constituinte dos Estados-Membros da Federação, respeitando os princípios constitucionais da lei fundamental da União.²⁰

Vanossi, refere-se a um Poder Constituinte Revolucionário. Este tem em comum com o originário o fato de não se ajustar com a legalidade preexistente, com a única diferença de que enquanto o Poder Constituinte Originário não reconhece, porque esta não existiu, o Poder Constituinte Revolucionário desrespeita tal legalidade destruindo-a pelas vias de fato.

A questão da distinção ou classificação do Poder Constituinte, é na verdade um problema de técnica constitucional. De fato há um só Poder Constituinte: o **Originário**.

Esse Poder Originário, ao criar a Constituição na realidade estabelece **competência** a órgão já instituído, atribuindo-lhe poderes para reformá-la. É o constituinte originário que atua assim, de forma indireta. Concordamos com José Afonso da Silva quando exprime ser mais acertado falar em competência constituinte derivada em vez de Poder Constituinte Derivado.²¹

Encaminhemo-nos agora na fundamental questão da limitação do Poder Constituinte.

19. BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. 1988, Vol. I, p. 112.

20. FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. 1993, p. 19.

21. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros, 1992, p. 59.

5. Os limites do poder constituinte

Empregaremos a expressão Poder Constituinte para designar o Poder Constituinte Originário, considerando não apenas na hipótese de criação de um Estado novo, mas também onde haja uma ruptura abrupta com o ordenamento constitucional positivo que lhe precedia.

Os limites do Poder Constituinte são classificados por Nicolás Pérez Serrano em heterônomos, autônomos e absolutos. Heterônomos são os limites impostos ao Poder Constituinte por uma vontade jurídica que lhe é alheia, externa, como é o caso das normas de Direito Internacional Positivo que proíbem a intervenção de um Estado em outro. Limites autônomos, são os estabelecidos pelo constituinte, na própria Constituição, exemplifica-o as hipóteses do artigo 60, § 4º, I, da Constituição Brasileira que veda a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, e o artigo 290, alínea n, da Constituição Portuguesa, que retira da Assembléia da República poder para alterar ou suprimir a independência dos tribunais. Por fim os limites absolutos decorrem de uma vontade não-jurídica, mas que obrigam o constituinte a obedecer-lhes por serem inerentes à própria natureza humana, são exemplos:

- 1) o de não alterar as leis da natureza;
- 2) o de não decretar coisas impossíveis ou que choquem a consciência ou resistência da nação;
- 3) não estabelecer situações que não permitam solução legal, ou que paralitem a vida do país;
- 4) o que fira a independência judicial.

Não concordamos plenamente com a tese do jurista espanhol, especificamente, quando atribui limites ao Poder Constituinte no âmbito do próprio Estado a constituir-se. Para contra-argumentar a despeito da existência de limites internos, socorremo-nos de Schmitt quando diz que "*Una*

constitución non se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un Ser político, acerca del modo y forma del próprio Ser. La palabra 'voluntad' denuncia lo esencialmente existencial de este fundamento de validez'".²²

E validamos a afirmação de Reale de que as normas de Direito ao serem postas pelo legislador, pelos juízes, pelos usos e costumes, podem ou não coincidir os seus mandamentos com as convicções que possamos ter sobre o assunto.²³

Nesse sentido, é perfeitamente factível que uma "minoría organizada", (num sentido schmittiano), detendo o poder de elaborar uma Constituição, edite normas cujos conteúdos firam princípios morais ou religiosos, até mesmo direitos individuais e, não serão, por esse motivo, normas não-jurídicas, normas não-válidas. Se incidirem incondicionadamente, fazendo-se-lhes respeitar e cumprir os seus mandamentos, se necessário até pela força física, sem dúvida serão regras jurídicas independentes do valor ético ou moral que guamecerem.

Inolvide-se que Jeremy Bentham nominou de teoria do **mínimo ético**, que pode ser representada pela imagem de dois círculos concêntricos onde o maior corresponderia ao da Moral e o menor, nele inserido, ao do Direito, havendo um campo de ação comum a ambos, donde se concluíra que tudo que fosse jurídico devesse ser também moral, situa-se no campo apenas do ideal, já que em realidade, indiscutivelmente, "o Direito tutela muita coisa que não é moral".²⁴

Esse tipo de limite é próprio da competência constituinte derivada ou Poder de Reforma e não do Poder Constituinte, que internamente é ilimitado, soberano e

22 SCHMITT, Carl, Op. cit., p. 94.

23 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, p. 48-49.

24 REALE, Miguel, Op. cit., p. 42.

absoluto. Pensamos que a bem da precisão terminológica seria, nesse caso, mais apropriado falar em autolimitação do Poder Constituinte e não em limites propriamente ditos. E isso porque quando não reconhecidas pelo sujeito detentor de elaborar a Constituição, equivalem a normas de caráter moral, que são insusceptíveis de validade objetiva e transpessoal, não são dotadas de heteronomia e coercibilidade; num dizer, não são normas jurídicas, noutra, não são limites.

Situação diversa transparece quanto à ilimitação externa do Poder Constituinte. A ordem internacional, ditada pelo Direito Internacional Positivo, naquilo pertinente ao dever de não-intervenção de um Estado em outro tem-se mostrado no decorrer da história como um limite real ao Poder Constituinte, ou como quer Serrano, um limite heterônomo.

Assim, discordamos do professor Pinto Ferreira, quando, em oportunidades distintas, escreve que "*o Poder Constituinte Originário, ou de primeiro grau, é ilimitado*".²⁵

O direito internacional positivo, considerado como conjunto de regras e princípios, inclusive de usos internacionais, que regulam as **relações externas** dos sujeitos de direito os quais compõem a sociedade internacional, limita o campo de incidência do Poder Constituinte ao âmbito territorial de suas fronteiras.

Trazemos à colação o exemplo que Nicolás Pérez Serrano nos ofertou quando citou o artigo 61 da Constituição de Weimar que previa a possibilidade de incorporação do território da Áustria ao Estado alemão.

No entanto, tal dispositivo constitucional tornou-se sem efeito por exigência das potências aliadas, porque feria o direito internacional, contrariando frontalmente o artigo 80 do Tratado de Versalles.

Além dessa norma internacional positiva, outras existem, como as contidas no capítulo III da Carta da OEA, que estabelecem para os Estados dentre outros deveres, o de não-intervenção. Determinam ainda que os Estados devem respeitar os direitos dos demais, pugnando pela não-utilização da força, a não ser em caso de legítima defesa.

A declaração dos direitos e deveres dos Estados, como registra Celso Mello D. Albuquerque, também veda a intervenção, proibindo ainda o uso da força como ameaça à integridade de outro Estado, e que não deve ser reconhecida a aquisição territorial ocorrida com tal violação.

O Estado tem ainda, segundo essa mesma declaração, o dever de conduzir suas relações internacionais com base no Direito Internacional e no princípio de que a soberania estatal encontra-se a ele submetida.

Por fim, a convenção de Montevideu de 1933, e as Declarações de Lima, ao estipularem os deveres do Estado, consignaram proibições no mesmo sentido das supraditas.

Dessa forma, cremos ser inexata, ou ao menos incompleta, a afirmação de que o Poder Constituinte é ilimitado; apenas quando jungido à demarcação de seu território onde se exerce o Poder com soberania e independência; os seus limites, porém, surgem no exato momento em que se sobressaltam os limites territoriais demarcados por suas fronteiras.

6. Os limites do poder reformador

As limitações do Poder Reformador subdividem-se em três grupos: temporais, circunstanciais e materiais.

6.1. Dos limites temporais

A Constituição imperial brasileira prescreveu, em seu artigo 174, que somente poderia ser objeto de reforma após quatro anos de sua vigência, *verbis*:

25 FERREIRA, PINTO, Comentários à Constituição Brasileira. Saraiva, 1989, Vol I, p. 07 e Curso de Direito Constitucional. Saraiva, 1993, p. 19.

"artigo 174 – Se, passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brasil, se reconhecer que alguns de seus artigos merecem reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados e ser apoiada pela terça parte deles".

O processo legislativo da Constituição imperial exigia ainda, para que se admitisse a proposta de reforma, fosse lida a proposição, por três vezes, com intervalos de seis dias de uma leitura para a outra. Então, só após a terceira leitura a Câmara dos Deputados deliberaria quanto à admissibilidade da proposição.

Ultrapassados esses requisitos a Constituição somente poderia ser reformada na legislatura seguinte, isto por exigência do artigo 173 e seguintes da referida Carta, que determinavam ainda a "expedição" de lei para ser sancionada e promulgada pelo Imperador, na qual se ordenaria aos eleitores que nas "procurações" que conferissem aos deputados para a próxima legislatura contivesse a especial faculdade para a pretendida reforma ou alteração. Ressalte-se, porém, que o limite imposto pela carta imperial circunscrevia-se às atribuições dos poderes políticos e aos direitos individuais dos cidadãos. Apenas essas matérias é que eram, temporalmente, inalteráveis por serem consideradas **matérias constitucionais**, as demais podiam ser modificadas a qualquer tempo, sem as formalidades retro, através da legislatura ordinária.

Consoante José Afonso da Silva, as demais constituições brasileiras não impuseram limites de ordem temporal ao poder de reforma, nem mesmo a disposição contida no artigo terceiro do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da atual Constituição, para o ilustre professor: *"... a revisão constitucional prevista no artigo 3º das Disposições Transitórias da Constituição de 1988, não*

revela limitação de ordem temporal, porque nada impede que antes disso se realizem emendas constitucionais com base no artigo 60 da Constituição."

Desse elóquio, dissentimos em parte. É certo que o artigo 3º do ADCT não impedia a aprovação de emendas desde que não tivessem por objeto as matérias elencadas no parágrafo 4º do artigo 60, nem ainda as pertinentes à forma e sistema de governo, cuja competência constituinte derivada foi atribuída ao eleitorado, que chamado a decidir por plebiscito, sendo portanto vedado ao legislador ordinário furtar a competência atribuída ao povo, aprovando emenda que modifique, por exemplo, a forma republicana de governo, ou uma emenda que antecipasse a **revisão** prevista naquele artigo 3º.

Quanto a essa última cogitação, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal, ao ensejo do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, nº 829-3, que teve como relator o Ministro Moreira Alves e de cujo acórdão trasladamos o seguinte trecho: *"Ora, no caso, a revisão constitucional a que alude o artigo 3º do ADCT, estabelecendo, para ela, um procedimento menos rigoroso do que o do artigo 60 da parte permanente da Constituição, tem inequivocamente, uma limitação temporal: seu procedimento só poderá ser desencadeado após cinco anos, contados da promulgação da Constituição"*.

A Constituição Portuguesa dedica todo o título II, parte IV, à sua revisão, impõe um procedimento legislativo mais rigoroso que o exigido para a aprovação das leis ordinárias. O limite temporal inicialmente estabelecido foi por um período de quatro anos, nesse lapso de tempo não seriam admitidas quaisquer alterações, independentemente da matéria a ser inserida ou suprimida.

Posteriormente a Constituição Portuguesa passou a admitir a revisão a qualquer tempo, como dispôs o artigo 286º, **verbis**:

- 1) A Assembléia da República pode rever a Constituição decorridos cinco anos sobre a data da publicação de qualquer revisão.
- 2) A Assembléia da República pode, contudo, assumir em qualquer momento poderes de revisão constitucional por maioria de quatro quintos dos deputados em efetividade de funções.

Em Portugal, emprestou-se grande ênfase à legitimidade do órgão detentor da competência constituinte derivada, com o fito de evitar que o legislador ordinário modificasse a Constituição consonte seus interesses, em detrimento do compromisso assumido na Assembléia Constituinte. Assim, frisa Canotilho: promulgada a Constituição de 1976, só na segunda legislatura é que se concedeu a Assembléia da República poderes para revisão.

Por essa razão o artigo 284 na versão originária da Constituição, vedou por um período de quatro anos qualquer alteração em sede de revisão e estatuiu que o poder revisional só se exerceria após a fluência do prazo de cinco anos sobre a data da publicação de qualquer lei de revisão. A existência de tais prazos estava associada à idéia de renovação do Órgão Legislativo.

6. 2. Limites Circunstanciais

Sobre os limites circunstanciais, Canotilho leciona que certas circunstâncias excepcionais, e.g.: Estado de Guerra, Estado de Sítio, Estado de Emergência, podem constituir ocasiões favoráveis à imposição de alterações constitucionais, limitando a liberdade de deliberação do órgão representativo.

No Brasil, materializam-se as hipóteses de:

- 1) Intervenção Federal, que só ocorrerá nos casos do artigo 34, com a finalidade de defesa do país, I e II, defesa do princípio federativo, II, III e IV, defesa

das finanças estaduais, V, defesa da ordem constitucional, VI e VII;

- 2) Estado de Defesa, quando a ordem pública ou paz social estiverem ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza;

- 3) Estado de Sítio, quando constatada comoção grave, de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o Estado de Defesa, ou declaração do Estado de Guerra, ou ainda, resposta à agressão armada estrangeira.

A Constituição ante a verificação dessas situações, não pode ser emendada por proibição expressa de seu artigo 60, parágrafo primeiro.

Grande polêmica foi gerada na reforma de 1926, quando se discutia se a Constituição de 1891, poderia ou não ser emendada sob Estado de Sítio. A dúvida surgiu da interpretação do vigente artigo 90, que dispunha sobre o processo de reforma, porém não prescrevia que havendo Estado de Sítio, seria vedada a reforma.

Ao final, prevaleceu a opinião dos que sustentaram a viabilidade da reforma sob Estado de Sítio, cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Pretório Excelso.

Atualmente não vislumbramos a possibilidade de tal hipótese ocorrer, já que agora a Constituição contém um limite circunstancial expresso direcionado ao poder reformador, cujo desrespeito, traria por consequência o quebramento da Constituição como definido por Schmitt em sua Teoria de la Constitución.

Na Constituição Portuguesa, os limites circunstanciais estão dispostos no artigo 291º que proíbe qualquer ato de revisão na pendência de Estado de Sítio ou Estado de Emergência.

A diferença básica entre Estado de Sítio e o Estado de Emergência, é que este, é condizente com uma crise de menor grau de intensidade, enquanto que aquele torna possível a suspensão total de direitos, liberdades e garantias, no Estado de Emergência permite-se tão-somente uma suspensão parcial.

No direito positivo português anterior, distinguia-se apenas o Estado de Guerra e o Estado de Emergência. O primeiro dizia respeito a uma situação com declaração de guerra ou de agressão efetiva. No segundo, o que havia era o receio de agressão iminente ou de perturbação da paz.

Declarava-se o Estado de Sítio sempre que houvesse uma situação de guerra ou de emergência. *"O Estado de Sítio era o conceito constitucional e as situações fáticas que poderiam justificar sua declaração traduziam-se em: Estado de Guerra e Estado de Emergência."*

6.3. Os limites materiais

Os limites materiais, ou cláusulas pétreas, envolvem questões de conteúdo e não de forma, podendo se constituir em:

- 1) limites materiais explícitos, quando textualmente houver a ressalva de não-permissibilidade de sua alteração como no caso do artigo 60, § 4º da Constituição Brasileira e do artigo 290 da Constituição Portuguesa, que contém vedações expressas ao poder reformador;
- 2) limites materiais implícitos, que segundo Nelson de Souza Sampaio, traduzem-se nas seguintes vedações: **a)** às concernentes ao sujeito do Poder Constituinte, já que uma reforma não pode mudar o titular do poder que cria o próprio poder reformador; **b)** às referentes aos sujeitos do poder reformador, pois seria inadmissível que o legislador ordinário estabelecesse um novo titular de uma

competência constituinte, derivada exclusivamente do constituinte originário, e) às relativas ao processo da própria emenda distinguindo-se quanto à natureza da reforma, para admiti-la quando se tornar mais difícil seu processo e inadmiti-la quando vise a atenuá-lo.

Para José Afonso da Silva, os limites materiais implícitos, devem desaparecer ante a tendência de ampliarem-se cada vez mais os limites explícitos.

Questão que desperta grande interesse é a que perquire se o Poder Constituinte pode inserir na Constituição qualquer matéria. A este problema Canotilho denominou de **limites materiais inferiores**.

Não há uma reserva de matéria constitucional que obrigue o legislador constituinte a não inserir no texto constitucional determinados assuntos, do mesmo modo que também não existe essa limitação em sede de poder revisional.

Supomos que, quando o legislador constituinte, ou mesmo o ordinário, no uso da competência constituinte derivada positiva, inserem em texto constitucional matérias que normalmente são reguladas pela legislação ordinária, o que se almeja na verdade é dar-lhes, através da rigidez constitucional, maior proteção e garantia de perdurabilidade e também de exequibilidade, já que hodiernamente tem-se rechaçado o caráter programático das normas constitucionais ante o princípio de que toda norma constitucional possui um *mínimo de eficácia*.

6.4. A revisão total como limite ao poder reformador

Sérgio Sérulo da Cunha em sua "Revisão Constitucional", expôs, ao analisar o caso brasileiro: *"nada impede que se inclua, na Constituição, norma prevendo sua revisão total"*.²⁶

26 CUNHA, Sérgio Sérulo. Revisão Constitucional. 1993, p. 96.

Tal assertiva não deve, *data maxima venia*, ser aceita, porque a revisão total só deve ser admitida onde tal previsão tenha sido expressamente consagrada na Constituição pelo Poder Constituinte. Onde essa possibilidade não estiver explicitamente positivada, deve-se entender a revisão total como limite à revisão parcial.

Canotilho dá a isto o significado de que uma alteração da Constituição que surja como revisão total, não pode ser efetuada pela via da revisão parcial. O único poder competente para efetuar essa modificação seria o Poder Constituinte e não quem apenas detém a competência constituinte derivada.

Aceitar a tese de Sérvulo significa admitir a **dupla revisão** em ostensiva fraude à Constituição. A **revisão total**, tanto para a ordem jurídica portuguesa, quanto para a brasileira, constitui um limite ao poder reformador, pois tal hipótese não é prevista em qualquer dos textos epigrafados.

7. Os núcleos constitucionais brasileiro e português e o poder de revisão

As constituições Brasileira e Portuguesa além da característica comum de rigidez, contêm ambas um cerne constitucional imodificável e intangível, não se sujeitando ao poder reformador. As cláusulas que albergam tais disposições são por este motivo cognominadas cláusulas pétreas.

O cerne da Constituição Brasileira gravita em torno do parágrafo 4º do artigo 60, dispondo que "*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:*

- 1- a forma federativa de Estado;
- 2- o voto direto, secreto, universal e periódico;
- 3- a separação dos Poderes;
- 4- os direitos e garantias individuais".

Percebe-se que a República, como diz Manuel Gonçalves Ferreira Filho, deixou de constituir *dogma*

constitucional. José Afonso chega a afirmar que apesar de o artigo 1º da Constituição consagrar o Estado Brasileiro sobre a forma de República Federativa, a República, diferentemente da forma Federativa de Estado, já não mais constitui o núcleo constitucional brasileiro: "*a atual Constituição já não veda emenda tendente a abolir a República*".²⁷ Diferente é a situação portuguesa, como a seguir mostraremos, a república é consagrada pelo texto maior com *status* de cláusula pétrea.

A proteção a direitos dos cidadãos brasileiros, remonta à Constituição de 1824, que em seu artigo 179, prescrevia: "*A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império...*". A referência a tais direitos sempre constou de todos os textos constitucionais brasileiros. Os limites ao poder reformador, quanto à intangibilidade desses direitos, deve exorbitar o artigo 5º como quer José Afonso e abranger direitos e garantias individuais constantes em qualquer dispositivo constitucional.

O núcleo material da Constituição Portuguesa fulcra-se no artigo 288, e diz que as leis de revisão terão de respeitar:

- a) A independência nacional e a unidade do Estado;
- b) A forma republicana de Governo;
- c) A separação das Igrejas do Estado;
- d) Os direitos, liberdades e garantias do cidadão;
- e) Os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalho e das associações sindicais;
- f) O princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e a eliminação dos monopólios e dos latifúndios;

²⁷ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 59.

- g) A planificação democrática da economia;
- h) O sufrágio universal, direto, secreto e periódico na designação dos titulares eletivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional;
- i) O pluralismo de expressão e organização política incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática;
- j) A participação das organizações populares de base no exercício do poder local;
- l) A separação e a interdependência dos órgãos de soberania;
- m) A fiscalização da constitucionalidade por ação ou por omissão de normas jurídicas;
- n) A independência dos tribunais;
- o) A autonomia das autarquias locais;
- p) A autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira.

O núcleo modificável da Constituição Brasileira, percebe-se, é bem mais restrito que o da portuguesa. Mas está imune não apenas às emendas que expressamente o infringam, bem como às pretensões que visem a modificar o elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, secreto e universal, ou qualquer direito individual, esteja ou não capitulado no artigo 5º.

O texto brasileiro veda não apenas emendas tendentes a abolir as disposições a que nos referimos, mas estende sua limitação ao âmbito da deliberação parlamentar em si mesma, que se porventura vier a ocorrer, estará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, como já demonstrou a experiência pretoriana, ainda sob a égide da Constituição de 1967.

O STF já decidiu, por ampla maioria, pelo cabimento de mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso

que admitira deliberação de proposta de emenda constitucional, cuja impetração alegava ser tendente à abolição da República. A seguir transcreveremos trecho desse acórdão, que consideramos assaz pertinente, vejamos:

"... as hipóteses como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando sua apresentação (como é o caso do previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Aqui a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação proibindo-a taxativamente..."

A inconstitucionalidade nesse caso diz respeito ao processamento em si, porque desrespeita frontalmente a Constituição, existe mesmo antes de o projeto ou proposta as transformarem em lei ou emenda constitucional.

O constitucionalismo português considera o processo constitucional como direito instrumental do direito constitucional material, sujeito também ao controle de constitucionalidade. E a competência para a propositura da revisão constitucional é exclusiva dos membros da Assembleia da República. Diferentemente do que ocorre no Brasil, onde não somente os membros do Congresso Nacional, mas também outros órgãos, como Assembleias Legislativas das unidades da Federação nas condições exigidas pelo inciso II do artigo 60, bem como o Presidente da República, também podem dar início ao processo de emenda.

A Constituição Brasileira dispõe de maneira diversa da Portuguesa quanto à forma de sua modificação. Na parte permanente, determina que sua alteração efetivar-se-á através

de emendas, sendo mister que proposta formulada para tanto seja discutida e votada em cada casa do Congresso Nacional em dois turnos e só considerar-se-á aprovada se lograr, em ambos, três quintos dos votos dos parlamentares. Já na parte transitória dispôs que sua reforma executar-se-ia por meio de processo de revisão e pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Os limites da supradita revisão não foram suficientemente aclarados e a interpretação do artigo 3º do ADCT, ensejou posicionamentos doutrinários díspares. Uma corrente pugnou que a revisão teria por finalidade apenas ratificar o plebiscito a que fez menção o artigo 2º da seção transitória da Carta vigente, perfazendo uma revisão de restrito alcance.

Essa tese é inaceitável. Ainda que considerássemos o artigo 3º como mera extensão do artigo 2º sua existência seria inócua, qual seja, a de exclusivamente confirmar a realização da revisão.

Uma segunda corrente capitaneada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, atribuía à revisão âmbito genérico, amplo e sem limites, nem as cláusulas pétreas constituiriam fronteira à ação parlamentar ordinária revisora. Esta assertiva arrima-se no fato de a proibição do artigo 60 fazer menção expressa e exclusiva às emendas, ao passo que o artigo 3º do ADCT refere-se à revisão, sem qualquer limitação de ordem material.

Na mesma direção situou-se Carlos Galiza, pugnando que:

*"... a revisão se processará sem os limites explícitos a que se refere o artigo 60 das disposições permanentes, posto que estes só vinculam, antes dos cinco anos, a aplicabilidade do parágrafo 4º do artigo 60 referido..."*²⁸

28 GALIZA, Carlos. A Reforma Constitucional: Conteúdos, Procedimentos e Limites. Revista Brasileira de Estudos Políticos, p. 42.

A guarida dessa idéia também é frágil. As disposições constitucionais transitórias, também são disposições constitucionais. Pontes de Miranda ao comentar o artigo 36 do ADCT da Constituição de 1946, noticiou, magistralmente, que o Ato das Disposições Transitórias apesar de ser texto autônomo, é texto constitucional, sua interpretação portanto, não pode ser dissociada da do texto permanente.²⁹

É oportuna a repetição do magistério de Canotilho, no sentido de que a revisão total só é possível quando expressamente prevista na Constituição, quando não, sua efetivação equivale ao rompimento da ordem legal.

Por fim encontramos uma terceira linha de pensamento pregando que a revisão deveria ser limitada precisamente pelo parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição e o instrumento adequado para implementá-la seriam **emendas**, em detrimento da aprovação em bloco das normas que iriam integrar o corpo constitucional. Esse posicionamento é mais adequável à hermenêutica da pretérita revisão constitucional, onde muito pouca coisa foi realizada.

Tema interessante fora o pertinente ao controle de constitucionalidade da revisão.

Para José Afonso da Silva, nem mesmo quanto aos aspectos formais, a revisão estaria sujeita ao controle de constitucionalidade, "... por se inserir no campo insindicável da **interna corporis**..."³⁰

Ora, o poder revisional, como poder constituído é que está sujeito às normas constitucionais e, havendo desconformidade entre a atividade revisional e as regras vigentes, caberá sempre a intervenção do Poder Judiciário quando provocado, para decidir sobre a constitucionalidade.

A experiência de reforma constitucional de 1926, gerou controvérsias que culminaram com a impetração de mandado de segurança no STF, tendo o Pretório Excelso decidido que

29 MIRANDA, Pontes. Comentários à Constituição de 1967.

30 Cf. op. cit.

era competente para conhecer de matéria referentes à constitucionalidade, de questões formais relativas ao processo de reforma.

A lide gravitou em torno da interpretação do artigo 90 da Constituição de 1889. O centro da questão quedava-se restrito, a saber: se as proposições deveriam ser aprovadas por dois terços dos presentes ou dois terços da totalidade dos membros do Congresso e, ainda, se o rito imposto pelo artigo 90 referir-se-ia ao projeto em globo ou às emendas que lhe fossem apresentadas.

Essa reforma foi realizada exigindo-se apenas dois terços dos votos dos presentes e com o mesmo rito rigoroso para o projeto e para emendas. Concluída a reforma, os inconformados com as regras procedimentais recorreram ao Supremo Tribunal Federal que se manifestou pela sua constitucionalidade.

Comentando esse episódio, Olavo Bitar alerta para não se olvidar que o pronunciamento do Judiciário cingiu-se aos aspectos formais procedimentais e não aos meritórios.

Também em 1890, o STF conheceu mandado de segurança impetrado contra ato da Mesa do Congresso sob a alegação de que admitira a deliberação de proposta de emenda tendente à abolição da República, como já assinalamos no decorrer desta monografia.

Outra questão relevante, quanto à revisão prevista pelo artigo 3º do ADCT da atual Constituição, consistia em saber se o prazo de cinco anos previsto neste dispositivo era ou não preclusivo.

O STF esclareceu a dúvida quando julgou improcedente a ADIN que pleiteava a inconstitucionalidade da antecipação do plebiscito, tendo o Ministro Moreira Alves obtemperado que:

“O referido artigo só estabelece, a contrario sensu, que a revisão nele prevista não se poderá

realizar antes de cinco anos da promulgação da Constituição, mas não determina quando ela se fará depois desse período. Assim, nada impede que por emenda constitucional se estabeleça momento posterior à limitação dos cinco anos, em que deverão entrar em vigor a forma e o sistema de governo...”

Entendemos que a Constituição deve ser rígida, isto é, exigir, para a modificação de seu texto, processo mais rigoroso que o requerido para a elaboração de leis ordinárias para garantir a **supremacia** constitucional. O Núcleo constitucional por seu turno deve cercar-se de garantia ainda maior, sem porém, conter o timbre da intangibilidade. Sua alteração, se por um prisma não deve estar sujeita à mera exigência de maiorias legislativas, por outro, não deve também, e na verdade não o **pode**, estar sobreposta à vontade da nação. A nação, como vimos com Siéyès, **pode tudo**, está acima de tudo, sua vontade é a lei mesma. Assim, a mudança do núcleo constitucional deveria estar condicionada primeiramente à aquiescência do povo, via consulta plebiscitária, para somente então proceder-se à sua alteração pelos representantes parlamentares.

Epilogamos nosso breve labor não com uma resposta, mas com uma indagação de uma das mais autorizadas personalidades na matéria, José Joaquim Gomes Canotilho:

“Será defensável vincular gerações futuras a idéias de legitimação e a projectos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte?”.

não funciona em benefício dos cidadãos. Reivindicações básicas da população como segurança, saúde, escola e habitação são postergadas. O excesso de regulamentação paralisa a economia, causando desemprego. A legislação é editada e alterada, a todo momento, pelo Poder Executivo, mediante *medidas provisórias*, instrumento legislativo de maior amplitude que os anteriormente criticados *decretos-leis*, promulgados pelos governos ditos ditatoriais. Tenha-se em conta, ainda, que colaboram para a pleora legislativa os Estados e Municípios. No Brasil, temos dezenas de milhares de leis e, já dizia TÁCITO, que viveu no início do primeiro milênio da era cristã, "*corruptissima res publica plurimae leges*" (Anais, III, 27) ("O mais corrupto dos Estados tem o maior número de leis").

Diante desse quadro, sem reorganizar o Estado com a reforma política e a reforma dos Poderes Executivo e Legislativo, adequando textos constitucionais próprios do regime parlamentarista para o presidencialista, e sem dar maior estabilidade à legislação, difícil será conceber-se uma reforma eficiente do Judiciário.

Com efeito, proporcionalmente, hoje em dia, é o Estado que, por intermédio dos seus entes, mais desobedece à Constituição e às leis por ele próprio editadas, ensejando um número incomensurável de causas, para cuja solução é manifestamente insuficiente o número de juízes existentes.

Para se ter uma idéia, assinalo que os dados estatísticos do Superior Tribunal de Justiça, atinentes a setembro deste ano, informam que, desde a sua criação até esse mês, foram-lhe distribuídos 368.961 processos, dos quais julgados 325.671. Só no ano passado, a distribuição foi de 77.032 processos e, neste, deverá aproximar-se de 100.000. Daquele total, as Seções competentes para as causas de Direito Público julgaram

90,75%, e as Turmas especializadas em Direito Público, 75,26% dos feitos. Esses percentuais vêm se repetindo desde a criação do Tribunal. São uma prova eloqüente, no sentido de ser o Estado a parte que mais sobrecarrega um de seus próprios órgãos, o Poder Judiciário, pois a sua atuação inadequada gera numerosos conflitos de ordem administrativa, tributária e previdenciária.

É lamentável que, no Brasil, as entidades estatais, com frequência, violem o direito dos cidadãos e atinjam, principalmente, os mais desprotegidos. Esquecem-se os gestores que tal proceder desmoraliza o princípio da autoridade, encarnado pelo Executivo, avilta o Poder Legislativo, porta-voz dos anseios de liberdade da sociedade, e desmoraliza o Judiciário, lento nas soluções dos conflitos que lhe são submetidos a julgamento.

Saliente-se que as principais falhas do sistema judiciário estão identificadas: baixo nível de formação de bacharéis, ínfimos salários dos magistrados, vis salários dos servidores, leis processuais a permitirem a eternização dos recursos, pleora legislativa e estrutura inadequada de certos setores da Justiça.

Dentro desse contexto, é preciso repensar o Judiciário, visando à adoção de providências no sentido da efetividade dos direitos e da cidadania, na certeza de que justiça lenta e acessível apenas a parte da população é justiça injusta. E, no desempenho dessa tarefa, impõe considerar não apenas, como até aqui tem acontecido, *os operadores do sistema judiciário*, mas especialmente *os consumidores da justiça*. Não se pode olvidar que, no regime democrático, a atuação precípua do Estado, mediante seus órgãos, há de visar sempre à afirmação da *cidadania*. De nada adianta conferirem-se direitos aos cidadãos, se não lhes são dados meios eficazes para a concretização desses direitos.

As idéias sobre a matéria vêm sendo desenvolvidas em países da Europa e da América em torno do que se convencionou chamar "acesso à justiça", sendo relevantes, a respeito, os sucessivos trabalhos publicados por Mauro Capelletti e Vittorio Denti.

Em suma, o que pretende essa corrente de pensamento é "a abertura da ordem processual aos menos favorecidos da fortuna e à defesa de direitos e interesses supra-individuais, com a racionalização do processo", que "quer ser um *processo de resultados*, não um processo de conceitos ou de filigranas". O que se almeja é a *efetividade do processo*, sendo indispensável, para isso, "pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo" (Cândido Rangel Dinamarco). Acesso à justiça é o *acesso à ordem jurídica justa*, no dizer de Kazuo Watanabe. "Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tarda ou alguma injustiça de qualquer ordem" (Cândido Rangel Dinamarco).

Em brilhantes conferências sobre o tema, assinalou o Professor Mauro Cappelletti que é muito fácil declarar os direitos sociais, o difícil é realizá-los. Daí que "o movimento para acesso à justiça é um movimento para a efetividade dos direitos sociais" e a sua investigação deve ser feita sob três aspectos principais, a que denominou *ondas renovatórias*: a primeira refere-se à garantia de adequada representação legal dos pobres. Como fazê-la? A designação honorífica de advogados não tem mais sentido. Deve-se permitir a escolha de profissionais, instituir órgãos de defensoria pública ou adotar-se sistema misto? Seja qual for a solução, é fundamental que se assegure aos necessitados assistência jurídica, integral e gratuita.

A segunda onda renovatória visa à tutela dos interesses difusos ou coletivos, com o objetivo de proteger o consumidor e o meio ambiente. Pressupõe que o conceito de pobreza não se adstringe ao indivíduo carente de recursos financeiros, ou de cultura, ou de posição social. É mais vasto: abrange grupos e categorias, como no caso do consumidor. Uma empresa produz milhões de produtos com um pequeno defeito, avaliados em um dólar. Trata-se de interesse fragmentado, pequeno demais para que o cidadão, individualmente, defenda seu direito. Mas, se todos os consumidores, em conjunto, decidirem atuar, estarão em jogo interesses consubstanciados em milhões de dólares. Há, pois, de atentar-se para os *carentes econômicos* e os *carentes organizacionais*.

A terceira onda preocupa-se com fórmulas para simplificar os procedimentos, o direito processual e o direito material, como, por exemplo, nas pequenas causas, a fim de que seu custo não seja superior ao valor pretendido pelo autor. O tema envolve estudos, entre outros, sobre o princípio da moralidade e da imediatidade, bem como sobre os poderes do Juiz e sobre a instrumentalidade do processo.

Em suma, segundo o insigne jurista, os principais problemas do movimento reformador são os seguintes:

- a) o obstáculo *econômico*, pelo qual muitas pessoas não estão em condições de ter acesso às cortes de justiça por causa de sua pobreza, onde seus direitos correm o risco de ser puramente aparentes;
- b) o obstáculo *organizador*, através do qual certos direitos ou interesses 'coletivos' ou 'difusos' não são tutelados de maneira eficaz se não se operar uma radical transformação de regras e instituições tradicionais de direito processual,

transformações essas que possam ter uma coordenação, uma "organização" daqueles direitos ou interesses;

- c) finalmente, o obstáculo propriamente *proces-sual*, através do qual certos tipos tradicionais de procedimentos são inadequados aos seus deveres de tutela."

Diante desse panorama, é que deve ser feita a reforma do Poder Judiciário, com alteração dos preceitos vigentes, sejam de ordem infraconstitucional, sejam de índole constitucional, e examinada a instituição da denominada "súmula com efeito vinculante".

Destina-se o instituto a evitar a proliferação quase incontrolável de litígios, particularmente daqueles em que figuram como parte as entidades públicas (União, Estados, Municípios e suas Autarquias).

A "súmula com efeito vinculante" tem sido criticada, sob o argumento de tratar-se de instituto autoritário, violador do princípio relativo ao equilíbrio entre os poderes, por atribuir função de natureza legislativa ao Judiciário, incompatível com o *status* de agente político do magistrado e comprometedor da formação da convicção deste.

Contudo, essas críticas não procedem. Com efeito, o instituto não é novo. A Constituição já prevê o efeito *erga omnes* dos julgados proferidos nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas declaratórias de constitucionalidade.

Observe-se ainda que o direito comparado tem consagrado a adoção de institutos semelhantes. É o caso dos *stare decisis* do sistema do *common law*. No nosso Direito, trata-se apenas de reviver os velhos Assentos das Casas de Suplicação do antigo direito português. De compatibilizá-los com as exigências do mundo moderno.

Acresce que "a súmula com efeito vinculante" tem o condão de assegurar às partes *tratamento isonômico* em situações absolutamente idênticas. Não tem sentido que, em causas análogas e repetitivas, em virtude de aspectos meramente formais, uma parte venha a perder a demanda e outra venha a obter sentença favorável. Isso não é justificável aos olhos da população: dois ou mais cidadãos, fundados na mesma lei, pedem um benefício previdenciário, a declaração de inconstitucionalidade de um tributo ou uma vantagem funcional, alguns ganham a causa e outros a perdem, neste último caso simplesmente porque o advogado não observou o prazo para recorrer ou deixou de recolher as custas devidas.

Outrossim, o instituto servirá para harmonizar uma contradição existente no nosso ordenamento jurídico, detectada pelo ilustre advogado Saulo Ramos: as garantias constitucionais tutelam a própria inconstitucionalidade. É o caso da coisa julgada. Se o juiz profere uma decisão e o advogado da parte perde o prazo para dela recorrer, ela erige-se em coisa julgada, mesmo que seja inconstitucional. A "súmula com efeito vinculante", em se tratando de causas repetitivas, contribuirá para afastar essa contradição.

Ademais, segundo tem assinalado o Ministro Sepúlveda Pertence, não há máquina judiciária, sequer em países do Primeiro Mundo, capaz de responder às demandas que se multiplicam em centenas de milhares ano a ano (tributárias, previdenciárias, administrativas).

Convém esclarecer que as decisões, a serem objeto de súmulas vinculantes, deverão vincular a União, os Estados, Municípios e suas autarquias, punindo os seus agentes que as descumprirem. Essa medida contribuirá, em muito, para maior eficácia das decisões judiciais. É claro que a inobservância não pode ensejar punição aos

juízes. Não existe o "crime de hermenêutica", segundo lembrou Rui Barbosa, em texto referido por Evandro Lins e Silva⁴. O corretivo a ser dado ao Juiz, quando o Tribunal reprova o erro da sua decisão, deve ser a reforma da sentença. Nada mais que isso. No tópico, não deve prevalecer o texto do Substitutivo do Deputado Jairo Carneiro.

Saliente-se que o instituto não compromete a formação da convicção do juiz, nem é incompatível com o seu *status* de agente político. Com efeito, o magistrado exerce a jurisdição em favor do povo, isto é, do consumidor da justiça. Não se concebe que, em causas reiterativas, se prolonguem os processos, com as vicissitudes que disso possam advir para os contendores, quando, em tais feitos, o juiz apenas sorteia a parte que vai recorrer. Quem, na verdade, decidirá a causa, de maneira uniforme para todos os litigantes, será a Corte Superior. Não se pode olvidar que a atuação de todos os órgãos do Poder Público, inclusive o Judiciário, há de visar ao interesse público, que será prejudicado com o proferimento, em grandes proporções, de decisões contraditórias, desmoralizando a Justiça e onerando os cidadãos que a ela recorrem. A justiça não sortilégio.

É evidente, como ocorre com as súmulas hoje existentes, que aquela com efeito vinculante deverá apenas refletir a jurisprudência prevalente sem, contudo, impedir a evolução do direito. Por isso, a sua instituição deverá ser acompanhada da possibilidade de ser alterada ou cancelada por iniciativa de entidades representativas da sociedade, como o Ministério Público da União ou dos Estados e o Conselho Federal da OAB, por proposta dos Tribunais com competência para aplicá-la ou, de ofício, pelo Tribunal que a aprovou.

4 Jornal do Brasil, 16-09-96

Reafirmo que o instituto não irá cercear a espontânea formação da jurisprudência, nem a renovação do Direito. A sua aplicação deve adstringir-se às causas repetitivas, a que tenho denominado de "causas de safra".

Além de depender a sua aprovação de *quorum* especial, a lei poderá disciplinar o respectivo procedimento para a sua edição, de modo a assegurar a apresentação de memoriais por parte de todos os interessados, a fim de que o assunto a ser sumulado seja examinado sob vários ângulos.

Ao instituto em comento vem a Imprensa dando grande realce, com a divulgação de numerosos artigos, entrevistas e pronunciamentos. Creio que a sua importância está sendo exagerada. Deve ser tido apenas como uma providência, com limitados efeitos, no âmbito da Reforma do Judiciário. Nada além disso.

Por outro lado, acredito que a melhor solução para a questão está no meio termo: deve ser criada a "súmula com efeito vinculante" adstrita a determinadas matérias: previdenciárias, administrativas e tributárias, por exemplo. Limitados os temas em que for admitida, poderá a Constituição permitir que a lei complementar, ou ordinária, amplie os casos de cabimento. Trata-se de proposta que visa a compatibilizar posições extremas: as que são inteiramente contra e as dos que são amplamente a favor do instituto.

Finalmente, cumpre fazer breve referência à PEC nº 54/95, de autoria do Senador Cunha Lima, aprovada pelo Senado, outorgando eficácia vinculante a decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal. O texto aprovado dá a seguinte redação ao § 2º do art. 102 da Constituição:

"Terão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário

e da Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de constitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo, e as definitivas de mérito se o Supremo Tribunal Federal assim o declarar, pelo voto de dois terços de seus membros”.

Embora bem intencionada, a proposta acima cria mais problemas do que soluções. Com efeito, no que tange à ação direta de inconstitucionalidade, constitui, hoje, pacífico entendimento que a decisão nela prolatada tem efeito *erga omnes*. No que se refere à ação declaratória de constitucionalidade, a Emenda Constitucional nº 3, 1993, estabeleceu expressamente que a decisão tem efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Nesses tópicos, nada acrescenta. Restam as decisões de mérito. Quanto a elas, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, é acertado o efeito vinculante. Há, porém, decisões de mérito fundadas em matéria infraconstitucional. No tocante a elas, a edição de súmula vinculante por parte do Supremo irá esvaziar a competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça, caminhando-se em sentido inverso ao pretendido pela Reforma do Poder Judiciário. O que se tem alvitado é transformar o Excelso Pretório em Corte exclusivamente constitucional, a fim de afastar o surgimento de uma quarta instância. O texto aprovado conduz a objetivo oposto. Deve, por isso, ser aprimorado pela Câmara dos Deputados.

Para terminar, penso que é fundamental, para que as novas idéias venham a concretizar-se, a colaboração de todos os que militam no Judiciário (magistrados,

advogados e membros do Ministério Público), e até mesmo fora do âmbito desse Poder (os professores universitários de Direito, por exemplo). É indispensável mudança de mentalidade e criatividade, a fim de que novos princípios sejam aplicados na solução dos litígios. A cidadania não pode continuar a constituir privilégio de poucos. Além disso, é preciso mudar a imagem da Justiça: não se pode admitir que continue a ser vista, conforme o tem sido pelo povo em geral, como algo privativo de iniciados. Na república democrática, todo poder emana do povo, que o exerce por seus representantes ou diretamente, nos termos da Constituição (art. 1º, parágrafo único). Cumpre assegurar o acesso da população, especialmente dos mais pobres, àquele bem, incluído entre os mais preciosos, a Justiça.

SUFRÁGIO, CIDADANIA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL

Antonio Natanael Martins Sarmento

Bel. em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP; Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE; Curso de Especialização em História do Brasil – UNICAP; Mestre em História pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE; Doutorando em História pela UFPE; Professor da UNICAP e da ESMAPE.

SUMÁRIO

I- Nota introdutória. II- A legislação eleitoral. III- Capitânicas. IV- Governos-Gerais. V- O Estado Português no Brasil. VI- Brasil Imperial. VII- O Brasil Republicano. VIII- A "Revolução" de 30 – Constituição de 1934. IX- O Estado Novo – Polaca de 1937. X- A "Redemocratização" – Carta de 1946. XI- O Golpe de 64 – Código Eleitoral – Carta de 1967. XII- A emenda nº 1 de 1969. XIII- O Estado Democrático de Direito – Carta de 1988. XIV- (In)conclusões.

I – Nota introdutória

Neste trabalho pretendemos reconstituir e questionar a chamada cidadania ativa no Brasil.¹

Partindo-se da definição legal de eleitor – condições do alistamento e do direito de voto – identificamos os limites impostos à cidadania – no que esta tem de mais primário – pelo poder Estatal.

1 A expressão **cidadania ativa** é empregada no sentido de participação ativa no processo político, expressável tanto no direito de eleger como no de ser eleito. **A contrario sensu** enseja Manoel Ferreira Filho in Curso de Direito Constitucional, Saraiva, SP, 1992, págs. 98/99, para quem a cidadania ativa corresponde apenas o direito de votar e a passiva ao de ser votada. Não acolhemos, pois, essa idéia de cidadania passiva.

O leque temporal é aberto na terceira década do século XVI – criação das Capitânicas Hereditárias – e fechado na última do século XX – eleição do Presidente atual. Não cogitamos explicar os fatos históricos a partir das normas jurídicas. Ao contrário, acolhemos o entendimento da **norma como fato social**. E, nesse sentido, da norma como fato histórico. Destarte, procuramos cotejar a norma com a sua conjuntura histórico-política, como “realidades” em movimento, desenvolvimento e transformação.

Consoante, ademais, com premissa elementar da Sociologia Jurídica de que a lei é reflexo das relações sociais e que, a um só tempo, condiciona e é condicionada, mantém e modifica ditas relações.

Por outro lado, dispensa maiores indagações, o postulado de que o disciplinamento eleitoral – contido na norma positiva – é o termômetro mais preciso da extensão do sufrágio e tal direito é **conditio sine que non** à cidadania.

Na moldura do ordenamento jurídico-eleitoral foi possível visualizar um perfil de exclusão política como *práxis* secular no Brasil.

Como consecutário lógico, delineamos o perfil dos *governos/poder* no Brasil, historicamente, com o binômio *ilegitimidade/autoritarismo*.

Exclusões normativas, sucessivas rupturas na ordem institucional, vícios e deformações do processo eleitoral, são iguarias do banquete do poder. Os poucos membros da Corte, não raro, comensais *pantagruélicos*, prolongam o quanto podem a festança. Os centuriões, institucionalmente guardiães da ordem, com muita frequência insurgem-se e viram a mesa, sem, contudo, baixarem as pontes de acesso aos súditos que, passivos ou agitados, jamais transpuseram o enorme fosso.

Metodologicamente, observamos a clássica divisão política do país: Colônia, Império e República. Todavia, na perspectiva apontada por **Benedetto Croce**, de que *todo passado é contemporâneo*.

Constatamos que houve avanços no campo dos direitos políticos, mas, tais avanços não representam, exatamente, uma continuidade. Na marcha do processo há incidentes que protelam e retardam a edificação democrática, às vezes, em plena fase de acabamento ou benfeitorias voluptuárias, a obra é condenada e implodida, e se retorna ao pântano. Se a construção democrática não é simples em qualquer parte, em solo batido no início, pela exploração colonial, depois, pela dependência, torna-se particularmente complexa. O ritmo das mudanças é lento, as conquistas são tardias.

Destoando dessa tradição retardatária, a Carta Política de 1988 dá um salto cataclísmico proclamando o *Estado Democrático de Direito*.

Exemplo típico de norma modificadora, tal proposição, por enquanto, é um adorno suntuoso em nossa Magna Carta.

II – A legislação eleitoral

É bem conhecida e aceita a premissa de que a norma jurídica é instrumento básico do controle social institucionalizado. A lei, dotada de força coercitiva, é expressão formal desse controle. Destarte, a função controladora da norma não pode ser excluída de qualquer análise que se faça da norma positivada.

Como qualquer instrumental societário, a lei não é um fim em si mesma, mas um meio à persecução de seus objetivos.

Pela natureza do bem tutelado, suas características e peculiaridades, as normas eleitorais são de Direito Público. No Brasil, do século XVI aos dias atuais, a

produção de normas relativas à matéria eleitoral é extenuante.

No entanto, a despeito dessa fartura legislativa, as eleições, ordinariamente, apresentam um quadro de insuficiências, quer na quantidade, quer na qualidade.

Da generosa edição de normas e avareza nas consultas eleitorais, chega-se ao aparente paradoxo do primado do (meio) a normatização sobre os fins societários (aferição da vontade dos cidadãos), ou seja, a vontade de controlar sobrepõe-se a de consultar.

No que concerne à questionada qualidade das "consultas" (*corrupção, fraude, abuso do poder, etc.*), entendemos que, em grande parte, tais "falhas" decorrem das estratégias de manutenção/sobrevida do poder. Então, nesse caso, não teríamos falhas ou lacunas na norma, porém, uma ineficácia não só previsível, como também preordenada.

Passemos ao que consideramos *excesso normativo*. Damos sustentação à assertiva com a simples indicação dos principais diplomas legais.

Durante o período Colonial, sob o domínio lusitano, vigeram as célebres **Ordenações do Reino**. A matéria eleitoral é tratada, principalmente, no Livro 1º, título 67, que teve aplicação do século XVI ao XIX. Todavia, sofrem inúmeras modificações por meio dos **alvarás e provimentos**. Manoel Rodrigues assim se refere: "foi grande o número de alvarás, cartas-régias, provisões, que alteravam, substancialmente, a execução do código eleitoral das Ordenações, em determinadas capitânias, cidades e vilas"².

No pós-Independência, além da Carta Política de 1824, destacamos:

2. Apud. CÂNDIDO, Joel José in *Direito Eleitoral Brasileiro*, Edipro, Bauri/SP, 1994, p. 30.

- Decreto de 26.03.1824 – regulando as eleições paroquiais, colégio eleitoral, eleição do Senado e do Conselho, eleição indireta;

- Decreto nº 157, de 4.3.1842 – aboliu o voto por procuração;

- Decreto nº 842, de 19.09.1855 – "Lei dos Círculos" – institui os círculos ou distritos eleitorais e trata das incompatibilidades;

- Decreto nº 1082, de 18.08.1860 – aumento o nº de deputados por distrito;

- Decreto nº 2.675, de 20.10.1875 – "Lei do Terço", revoga o impedimento da escolha de 1/3 e institui o *título eleitoral*.

- Lei nº 387, de 4.3.1842 – organiza juntas de qualificação, retirando a função das mesas receptoras;

- Lei nº 3.029, de 9.01.1881 – "lei Saraiva" – revoga a eleição indireta; admite o voto do analfabeto; amplia o poder dos juizes nas eleições; alistamento permanente;

- Lei nº 3.340, de 14.10.1887 – altera as eleições Paroquiais e às Câmaras de vereadores municipais.

Percebe-se que até às vésperas da queda da monarquia havia a preocupação dos governantes na regulamentação das eleições.

Na fase Republicana – 1889/... a fartura legislativa aumenta. Além do disciplinamento nas Cartas de 1891, 1934, 37, 46, 67/69 e 1988, editam-se nada menos que 5 Códigos Eleitorais e várias leis Complementares e Ordinárias. Mais recentemente, tornou-se prática freqüente a edição de lei para cada pleito, além de Resoluções e Instruções Normativas do TSE. Por isso, mencionaremos apenas os diplomas mais expressivos, excetuando-se as Constituições que serão objeto de análise mais detalhada:

- 1º Código Eleitoral – Decreto nº 21076, de 24.02.1932: cria a Justiça Eleitoral, institui o voto feminino, sufrágio universal e secreto;

- 2º Código Eleitoral - Lei nº 48, de 4.05. 1935;
- 3º "Código Eleitoral" - Decreto-Lei nº 7.586, de 28.05.1945. Chamada "Lei Agamenon Magalhães", embora não se defina como Código, trata-se de verdadeiro código, haja vista que regula: os órgãos da Justiça Eleitoral, o alistamento, as eleições, os partidos, os recursos e as penalidades e dá outras providências.
- 4º Código Eleitoral - Lei nº 1.164, de 24.06.1950;
- 5º Código Eleitoral - Lei 4.737, de 15.07.1965 (vigente).

As Leis Complementares nº 5/70 e 64/90; às ordinárias: 4.410/64, 4.740/65, 5.682/71, 6.091/74, 6.996/82, 7.021/82, 7.744/85, 8.214/91, 8.624/93, 8.713/93 e 9.096/95. O TSE passa a regulamentar cada eleição mediante *Resoluções*. Assim, a egrégia Corte edita para o pleito de 89, entre outras, as Resoluções 1.544/89, 1.558/89. Às eleições de 1996, nada menos que: Resoluções nº 19.646, 19.650, 19.656, 19.685, 19.686, 19.687, 19.692, e assim por diante³.

III - Capitânicas Hereditárias

D. João III, rei de Portugal, fez jus a alcunha de "Colonizador". Em 1530, organiza a expedição naval de Martim Afonso de Souza que dá início a povoação - (invasão) do Brasil.

Aqui se implantou o modelo utilizado nas outras Colônias lusitanas: dividiu-se a terra em grandes latifúndios; entregou-se a sua exploração a particulares. Oriundos da nobreza ou da burocracia real, os **donatários**, nas Capitânicas, eram "reis absolutos", com funções

³ Idem págs. 3041. Exceto lei 9.096 - DI de 25.09.95 e Resoluções do TSE (cópias dos originais).

administrativas, legislativas e judiciais. O *ser senhor de terras*, na concepção feudal, era símbolo de poder e de prestígio.

De onde emanava a soberania? O poder absoluto dos donatários nascia da graça do rei de Portugal, e deste, o, da graça Divina.

Alberto Passos Guimarães aduz:

*"Estruturavam-se, assim, tanto a propriedade como o Estado, sob os mesmos moldes e princípios: grandes extensões territoriais entregues a senhores dotados de poderes absolutos sobre as pessoas e as coisas"*⁴.

IV - Governos Gerais

Os governos gerais foram criados para coordenar as iniciativas relativas ao povoamento e à produção, "colaborando" com as Capitânicas. Por tal colaboração entenda-se: intensificar o combate às tribos hostis à ocupação lusa; explorar as riquezas minerais do interior; combater os outros invasores; centralizar a fiscalização dos tributos devidos à Coroa; promover a catequese.

Tomé de Souza foi o 1º Governador Geral do Brasil, e a cidade de Salvador escolhida para sediar a administração.

O sistema de Capitânicas subsistiu até o século XVIII quando foram retomadas pelo Reino, sob a égide pombalina.

Por designação do rei de Portugal, os governadores gerais, com *status* de Vice-Reis, sucederam-se no poder, até a chegada da Família Real no Brasil, no século XIX.

⁴ Cf. GUIMARÃES, A. Passos in Quatro Séculos de Latifúndio, Paz e Terra, RJ, 1960, p. 46.

Os homens bons e as Câmaras

O surgimento das primeiras vilas e cidades deu ensejo à organização político-administrativa local. A Colônia, naturalmente, havia de seguir o modelo definido pela Metrópole. Destarte, à portuguesa, o poder local era dirigido pela Câmara, composta de três ou quatro membros, escolhidos pelos **homens bons**. Os eleitos, apesar de **homens bons**, dependiam da anuência Real.

Qual o critério para definir o "homem bom", condição à qualificação de eleitor e elegível?

Oliveira Vianna, nos responde: "*opulentos senhores de terra e de escravos, estes caudilhos é que davam vitalidade às Câmaras do período Colonial*"⁵.

Note-se que nem todos os homens "livres", no sentido de não-escravos, eram considerados bons para efeito de alistamento eleitoral.

V – O Estado Português no Brasil

Em 1808 a Corte portuguesa desembarca no Brasil. D. João VI e fidalgos fugiam das tropas napoleônicas. Assim, instalou-se na Colônia de além-mar a sede do Governo Português. Tal fato propiciaria as condições políticas para a independência, em 1822⁶.

Com a implantação da estrutura estatal portuguesa na nova sede, muitos órgãos de desenvolvimento foram criados: *Junta de Comércio, Agricultura, Fábrica e Navegação do Brasil, Real Fábrica de Pólvora, Escola Anatômica, Cirúrgica e Médica, Banco do Brasil*. Outros tantos, porém, foram criados para dar emprego aos cortesãos. Os populares, irreverentemente, apelidavam os nobres de *bicudos ou marinheiros caiados*.

5 Cf. VIANNA, Oliveira in *Instituições Políticas Brasileiras*, Record, RJ, v. 1, p. 147.

6 É o entendimento corrente na historiografia, havendo mesmo, como Caio Prado Jr. (*Evolução Política do Brasil*) quem atribua ao fato a real formação do Estado brasileiro.

A transferência da sede real representou grande concentração de capital, bens, pessoas, costumes e hábitos. Tanta prosperidade e oportunidades era o éden dos **proto-espertos**⁷. A corrupção cavalgou às rédeas soltas, como se depreende dos versos anônimos da época:

*Quem furta pouco é ladrão,
Quem furta muito é barão,
Quem furta mais e esconde
De barão passa a Visconde.*

*Furta Azevedo no Paço,
Targini rouba no Erário,
E o povo aflito carrega
Pesada Cruz ao Calvário*⁸.

VI – O Brasil Imperial

Com a Independência em 1822, a organização dos Poderes e a unidade nacional tornam-se questões iminentes. A Carta de 1824, outorgada pelo Imperador Pedro I, imprimiu uma moldura centralizada ao novo Estado. *Oliveira Viana*, referindo-se à Carta Imperial, diz:

*"uma edificação possante, sólida, maciça, magnificamente estruturada, estrangulando rigidamente nas suas malhas resistentes todos os centros provinciais e todos os nódulos de atividade política do país: nada escapa, nem o mais remoto povoado do interior à sua compressão poderosa"*⁹.

7 Neologismo empregado como antônimo de "neobobismo", este último, de lavra intelectual recente do Presidente FHC.

8 Cf. ALENCAR, Francisco et alii, *História da Sociedade Brasileira*, Ao Livro Ltda, RS, 1979, p. 95.

9 Cf. VIANNA, Oliveira in *Evolução do Povo Brasileiro*, José Olympio, RJ, 1956, p. 258.

De fato, a “edificação vigorosa” só desmoronou com a própria monarquia em 1888, sendo, até hoje, a Carta Política de maior longevidade.

5.1. Constituição de 1824

A primeira Carta Política do Brasil¹⁰, elaborada por um Conselho nomeado por Sua Majestade Imperial, trata da elegibilidade no Capítulo VI, art. 90, **verbis**:

“As nomeações dos Deputados e Senadores para a Assembléa Geral, e dos membros dos Conselhos Gerais das Províncias, serão feitas por eleições indiretas, elegendo a massa dos cidadãos activos em Assembléas Parochiaes os eleitores de Província, e estes os representantes da Nação e da Província”.

Os arts. 92 e 93 declaram os excluídos do direito de votar:

Menores de 25 anos; filhos dependentes; criados de servir; religiosos ordenados; os que não tiverem renda líquida anual de cem mil réis para as eleições parochiaes e duzentos mil réis para as provinciais.

O Imperador nomeava 1/3 do Senado, 45. E detinha amplos poderes como se vê pelos arts. 98, 99 e 100, respectivamente:

*– O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado **privativamente** ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos.*

10. Cf. Carta de Lei de 25 de março de 1824 - Minter/PrDN, 1986, Escopo, v.1.

– A pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito à responsabilidade alguma.

– A Majestade Imperial deve ser tratada por Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil.

O sufrágio adotado era restrito censitário (ou pecuniário), reflexamente, também aristocrático, já que a parcela dos homens livres com fortuna não hesitava em comprar um título nobiliárquico, símbolo de **status**.

Vale notar que não bastava ser livre, era necessário ter rendas. Ora, se o colono “livre”, mas pobre, não participava, muito menos o contingente de negros escravizados e índios que formavam a imensa maioria. Para estes, a independência nada significou, a cidadania continuava artigo de luxo dos “homens bons”.

VII – Brasil Republicano

Não houve participação dos populares no movimento político-militar que implantou a República em 1889. A mudança de forma de governo não decorreu de uma consulta plebiscitária, ou de emenda à Carta de 24. O imperador foi deposto pelas armas, por um movimento político de caráter golpista-insurrecional. Os populares, sem qualquer identidade com qualquer das facções em luta, nem aderem aos insurretos, nem defendem o imperador, a tudo assistindo como se fosse um desfile.

Os letrados, poucos, tomaram conhecimento do fim da Monarquia pelos jornais do dia seguinte que publicam o Decreto Republicano. Os ágrafos, que não eram poucos, por muito tempo não souberam sequer de tal mudança.

Deodoro da Fonseca, após chegar ao poder pela espada em 89, é “eleito” Presidente em 91 pelo Congresso.

Com sua renúncia, assumiu o Vice, Marechal Floriano Peixoto, até 1894. Prudente de Moraes – 1894/1898 – é o 1º a ser votado, obtendo 276 583 sufrágios¹¹. Campos Salles – 1898-1902 – obteve 420 286 votos¹². Rodrigues Alves – 1902-1906 recebeu 592 039 votos¹³. Affonso Penna – 1906-1909 – eleito com 288 285 votos, morreu no cargo, sendo substituído por Nilo Peçanha, o Vice, que recebeu 272 529 votos¹⁴. Marechal Hermes da Fonseca – 1910-1914, obteve 403 867 votos¹⁵. Com votações que não desviam o padrão dessa amostragem, são eleitos sucessivamente: Venceslau Brás – 14/18; Rodrigues Alves, que morre antes da posse, assumindo interinamente Delfim Moreira; Epitácio Pessoa – 19/22; Artur Bernardes – 22/26; Washington Luís – 26/30.

A primeira Carta da República¹⁶, promulgada em 1891, definia as condições do alistamento eleitoral no artigo 70, *verbis*:

São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei §1º. Não podem alistar-se eleitor: os mendigos; os analfabetos; os praças de pré; os religiosos de ordens monásticas.

Do ponto de vista formal, abolia-se o caráter censitário do sufrágio que passou a Universal. Na prática, nem tanto. Se, por um lado, reduziu o limite etário de 25 para 21 anos, o que ampliava o universo, por outro, introduzia a restrição capacitária (exclusão de analfabetos). Teríamos tantos alfabetizados no Brasil do final

11 Cf. Nosso Século, Abril Cultural, SP, 1980, v.1, p. XI.

12 Id. ib.

13 Id. ib.

14 Id. ib.

15 Id. ib.

16 Cf. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24.02.1891, Minter/PrND, 1986, Escopo, v. 2.

17 Cf. Diário de Pernambuco, Recife, 21.12.1889.

do século XIX? Havia, por conseguinte, a restrição expressa (mendigos) e a “velada” (analfabetos) à participação da maioria pobre.

Durante a República Velha um Presidente era eleito por menos de 2% da população.

Merece atenção o fato de não haver participação das mulheres, embora, sem vedação Constitucional nesse sentido. A Carta de 1891 não faz qualquer proibição ao voto feminino. Entretanto, por prevalência do direito informal – **consuetudinário** – sobre o formal, – o que é bem mais grave – tal omissão refletia a **práxis** e o **ethos** de uma sociedade autoritária e excludente.

Todo processo eleitoral era uma fraude, do alistamento do eleitor à diplomação dos eleitos, passando pela própria votação. Vide a chamada eleição, **a bico de pena**, na qual:

“fazia-se a conta de chegar, se necessário acrescentando nomes de eleitores ausentes, inclusive alguns já defuntos. A contagem final teria, precisamente, que ser favorável aos candidatos do governo”¹⁷.

Para os casos raros de vitória eleitoral de opositor, havia o recurso da **degola**, consistente no não-reconhecimento/diplomação do eleito, pela **Comissão Verificadora**.

Destarte, o advento da República não alterou o caráter autoritário do exercício do poder no Brasil. Latifundiários e burguesia comercial dos Estados agroexportadores do Centro-Sul, ligados ao capital externo, com o apoio dos chefes políticos locais – **coronéis** – exerciam plenamente a hegemonia política. Uns e outros, numa política de favorecimentos interoligárquicos, formavam o **bloco histórico dominante**. As de maior

expressão, como São Paulo e Minas, ampliavam seu poder para o plano nacional, as demais, no regional, juntas, mandavam e desmandavam em seus domínios.

Entre 1889/1930, entre dez Presidentes, nove representavam as oligarquias de Minas e de S. Paulo. Daí a vulgarização: **política café-com-leite**.

VIII – A Insurreição de 30 – Constituição de 1934

O movimento insurrecional de 30 culmina com a deposição do Presidente Washington Luís. A *Aliança Liberal* foi formada a partir da quebra do **pacto “café-com-leite”** pela não alternância das oligarquias de São Paulo e Minas Gerais.

Os *Perrepistas* (PRP – Partido Republicano Paulista) elegem Júlio Prestes em detrimento do candidato da vez, o mineiro Antonio Carlos. A eleição Presidencial de 30 não fugiu à regra, foi fraudada tanto pelas oligarquias continuísta, quanto pelas oposicionistas. Júlio Prestes, apoiado pelo Presidente Washington Luís, de ordinário, venceu o “opositor”, Getúlio Vargas, ex-Ministro da Fazenda do governo Washington Luís. O vitorioso nas “urnas” não chegou a tomar posse. Os *liberais*, em nome da moralidade e dos interesses nacionais, tomam o poder dos *carcomidos* pelas armas.

A nosso ver não se tratou de uma revolução na acepção da palavra, mas de uma ruptura no campo das elites, um rearranjo de frações do conjunto classista dominante.

Dentre os líderes da Aliança Liberal, Vargas foi o mais vacilante quanto ao emprego das armas, pois nutriu, até o último momento, a esperança de ser o candidato apoiado pelo Presidente. Prego batido, ponta virada, não dispensa o cavalo selado à sua frente. Recebe o governo da Junta Governativa: Tasso Fragoso, Mena Barreto e Isaias Noronha.

Com a chamada *revolução de 30*, ascenderia ao comando da nação alguém com acentuado gosto pelo poder. Vargas governaria o país por 15 anos consecutivos. Depois, por mais 3 anos, até a sua morte em 54.

No primeiro momento, *provisoriamente*, até 1934. No segundo, **eleito indiretamente** pelo Congresso, até o golpe continuísta de 37.

A Carta Política de 34 elevou a mandamento constitucional as importantes contribuições do Código Eleitoral de 32, notadamente, a implantação da Justiça Eleitoral e a positivação do voto feminino¹⁸.

No Capítulo VIII, art. 108, proclama:

“São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei. Parágrafo único: Não se podem alistar eleitores: os que não sabem ler e escrever; as praças de pré, salvo os sargentos do Exército e da Armada e das Forças Auxiliares do Exército, bem como os alunos das Escolas Militares de Ensino Superior e os aspirantes a Oficial; os mendigos; os que estiverem temporária ou definitivamente privados dos direitos políticos”.

A Carta de 34, a despeito desses avanços, manteve as restrições das precedentes quanto ao analfabeto e ao indigente social.

IX – O Estado Novo – Polaca de 1937

Em 10 de novembro de 37, Getúlio Vargas, apoiado pelas Forças Armadas, interrompeu a campanha Presidencial e implantou o chamado Estado Novo.

Nessa mesma data outorgou a Carta conhecida como *a Polaca*¹⁹.

18 Cf. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16.07.1934, Minter/PrND, 1986, Escopo, v. 3.

19 Cf. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10.11.1937, Minter/PrND, 1986, Escopo, v. 4.

A nova Constituição institucionalizava a hipertrofia do Executivo, fim do Federalismo (Estado Unitário), interventorias nos Estados, etc..

Durante o Estado Novo os Estados eram governados por interventores nomeados por Vargas. Houve forte repressão aos movimentos sociais, particularmente, aos sindicatos de trabalhadores. Instituiu-se a Censura Prévia. Para divulgar a ideologia e as realizações do governo é criado o DIP – Departamento de Imprensa e Propaganda..

Letra morta, o direito de voto estava previsto no art. 117 da Polaca, *verbis*:

“São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei. Parágrafo único: Não podem alistar-se eleitores: os analfabetos; os militares em serviço; os mendigos; os que estiverem privados temporária ou definitivamente dos direitos políticos” (grifo nosso).

A veleidade de perpetuação da obra estadonovista, a estatolatria, os métodos empregados, *mutatis mutandis*, sintonizavam-se com a dos megalômanos Hitler e Mussolini. A história cuidou de sepultar tais veleidades, tanto dos originais, quanto das caricaturas.

X – A “Redemocratização” – Carta de 1946

No ocaso do Estado Novo, premido pelas circunstâncias externas e internas, Vargas adotou uma política de *transição democrática*: convocou eleições – Presidencial e Legislativa. No entanto, a transição não se daria sob sua batuta: em 29 de outubro de 1945 a cúpula militar obriga-o a deixar o poder.

O período que se inaugura com a deposição de Vargas é inadequadamente conhecido como de *Redemocratização*²⁰ ..

20 Expressão usual na historiografia (Hélio Silva, Nelson Fletti, A. Segatto e outros) com a qual não concordamos. O prefixo *re* + democratização, pressupõe uma anterior situação de democracia. Não é o caso.

Provisoriamente, desta feita, de fato, assumiu a Presidência da República o Ministro do STF José Linhares. São realizadas eleições gerais e diretas em todos os níveis, inclusive à Assembléia Nacional Constituinte.

A Constituição de 1946 cuida do direito de voto e do alistamento nos seguintes artigos:

- 137: *eleitores: “os maiores de 18 anos que se alistarem na forma da lei”*.
- 133: *obrigatoriedade : do alistamento e do voto.*
- 134: *sufrágio: universal, direto e secreto.*

As exclusões estavam previstas no art 132:

- *analfabetos;*
- *os que não saibam exprimir-se em língua nacional;*
- *os privados dos direitos políticos;*
- *os praças de pré, salvo os aspirantes a oficial, os suboficiais, os subtenentes, os sargentos e os alunos das escolas militares de ensino superior*²¹.

Malgrado a opinião dos apoletas, a Constituição de 46 não superou antigos preconceitos, manteve restrições ao alistamento e ao voto. A proclamada *universalidade* do voto, a nosso ver, era mero formalismo. Na prática, a cidadania continuava restrita, quantitativamente, pela desproporção entre o contingente populacional e o eleitoral.

No período de vigência da tão elogiada Carta de 46, um Presidente da República se elegia com uma votação representativa do corpo eleitoral, porém, pouco expressiva do conjunto da população. Entendemos que tal distorção na proporcionalidade entre *eleitores/ população* tem

21 Cf. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18.09.1946, Minten/PrND, 1986, Escopo, v. 5.

implicações na legitimidade da eleição, independentemente da lisura do processo eleitoral, condição esta, aliás, nem sempre observada. À guisa de exemplo, admitamos que não houve qualquer fraude nas eleições Presidenciais do período em tela:

- 1945 - População brasileira = 46 002 000 hab. **Eurico Gaspar Dutra** foi eleito Presidente com 3.251.507 votos. Sua votação representou 55% do eleitorado, portanto, maioria absoluta. No entanto, correspondeu a 7,7 % da população do país²²;
- 1950 - População brasileira = 51 772 000 hab. **Gatúlio Vargas** é eleito com 3 849 040 votos. 49 % dos eleitores, 7,4 % da população²³;
- 1955 - População brasileira = 58 261 000 hab. **Juscelino Kubitschek** obteve 36% dos votos. Apenas 5,2 % da população²⁴;
- 1960 - População brasileira = 65 775 000. **Jânio Quadros** recebeu 5 636 623 votos. Representativo de 48 % do eleitorado. Apenas 8,5 % da população²⁵.

Chamamos atenção para o mito criado em torno de Jânio como "fenômeno eleitoral".

Em face da população, 91,5% não participam. Proporcionalmente ao eleitorado, foi menos votado que Dutra e Vargas.

Não se cogita a hipótese impossível de todo habitante ser eleitor. O que se salienta é o fato de 8 milhões, como universo eleitoral, ser pouco representativo de uma população de 52 milhões de habitantes. Esse fato

22. Dados pop. Fonte: IBGE. Votos, Nosso Século, cit. v. 3. p. XI.

23. Idem, ob.cit. v. 4. p. IX.

24. Idem, ob.cit. v. 4. p. X.

25. Idem, ob.cit. v.4. p. XI.

significa que a cidadania ativa restringia-se a 15 % dos habitantes. Ressaltamos a distorção nessa proporcionalidade, e que tal descompasso resulta, a nosso ver, pelo menos em parte, das limitações e exigências à qualificação do eleitor. Nos dias atuais, quando ditas restrições normativas à qualificação do alistando não subsistem, o eleitorado brasileiro corresponde a mais de 50 % da população²⁶.

XI - Golpe de 1964 - Código Eleitoral/65 - Constituição de 1967

A crise política dos anos sessenta culmina com a deposição do Presidente da República pelas forças armadas. O golpe foi apoiado por segmentos políticos internos resistentes às reformas (agrária, principalmente), e externamente, pelo governo dos Estados Unidos, cujos interesses estavam ameaçados, entre outras, pela Lei de Remessa de Lucros, enviada ao Congresso por Goulart. Numa conjuntura internacional de guerra fria, o mote do *perigo comunista* casava como uma luva para justificar o golpe, mormente no Brasil, onde já havia sido testado com pleno êxito em 1937²⁷. Não houve resistência ao golpe. Goulart segue para o exílio no exterior.

O autoproclamado Supremo Comando Revolucionário - General Arthur da Costa e Silva, Brigadeiro Francisco de Assis Correia de Mello e Almirante Augusto Hamann Rademaker Grünewald - assumiu o controle da

26. No ano de 1990 o país ultrapassa a casa dos 150 de habitantes e também dos 82 milhões de eleitores (IBGE/ TSE).

27. Haja vista o *Plano Cohen*. Para Hélio Silva: "uma das mais monstruosas farsas da História, armada como um dragão de papel, para atemorizar o Congresso e o povo brasileiro, arrancando-lhe a decretação do Estado de Guerra e propiciando a implantação do Estado Novo". Segundo o ardil empregado por Vargas, os comunistas conspiravam a tomada do poder através do assassinato de várias autoridades. Os seus reais "autores" reconheceriam a falsidade do Plano Cohen, décadas depois. Vide Olympio Mourão Filho in Memórias. L&PM, RS, 1978, p. 7.

nação. É o prelúdio de um ciclo ditatorial – militar que se arrastaria por mais de 20 anos.

A temporada de caça às bruxas tem início com o **Ato Institucional nº 1**: juízes, desembargadores, ministros, governadores, prefeitos, deputados, senadores, funcionários, profissionais liberais, sindicalistas e tantos outros, são cassados de seus direitos políticos.

Dito Ato estabeleceu a chamada **eleição indireta**.

Em 11 de abril de 1964, por 361 votos de um Congresso Nacional mutilado, o Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco é “eleito” Presidente da República²⁸.

Enquanto perseguia, prendia e cassava direitos políticos, paradoxalmente, publica a Lei nº 4.737, de 15.07.1965, que institui o **Código Eleitoral**²⁹.

O Código Eleitoral estabelece as seguintes condições para o alistamento e o voto, **verbis**:

Art. 4º São eleitores os brasileiros maiores de 18 (dezoito) anos que se alistarem na forma da lei.

Art. 5º Não podem alistar-se eleitores:

I – os analfabetos;

II – os que não saibam exprimir-se na língua nacional;

III – os que estejam privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos.

Parágrafo único – Os militares são alistáveis, desde que oficiais, guardas-marinha, subtenentes ou suboficiais, sargentos ou alunos das escolas militares de ensino superior para formação de oficiais.

Observe-se que o Código Eleitoral/65 apenas repetiu o que estava disposto na Carta de 1946, sobre a qual esses mesmos militares passaram com seus tanques.

28. Nosso Século, cit. v.4.

29. Cf. Código Eleitoral Brasileiro, Rideel, SP, 1991.

O Marechal Costa e Silva é “eleito” pelo mesmo processo **indireto** do seu antecessor, Castelo Branco, em 15.03.1967.

Diante do malogro da Comissão de Juristas em ajustar os atos institucionais do novo regime à Carta de 1946, os donos do poder inovaram a técnica legislativa: o Legislativo aprovou em regime urgentíssimo Projeto de Constituição do Executivo, ou seja, conferiu ao Poder Constituído atributos de Poder Constituinte³⁰.

A 24.01.1967 nascia a Carta Política gestada pelo regime militar³¹.

Significativamente, os direitos políticos aparecem a partir do artigo 147, **verbis**:

“São eleitores os brasileiros que, à data da eleição, contêm 18 anos ou mais, alistados na forma da lei.

§ 1º O alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei.

§ 2º Os militares serão alistáveis, desde que oficiais, aspirantes a oficiais, guardas-marinha, subtenentes ou suboficiais, sargentos ou alunos das escolas militares de ensino superior para formação de oficiais.

§ 3º Não poderão alistar-se eleitores:

a) os que não saibam exprimir-se em língua nacional;

b) os que estiverem privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos.

30. Comissão de Juristas: Levi Carneiro, Orozimbo Nonato, Seabra Fagundes e Themístocles Brandão Cavalcanti, nomeada pelo decreto nº 58.198/66. Finalidade: rever a Carta de 46 incorporando as emendas e atos institucionais. Marcada por divergências entre os doutrinadores, a Comissão não prospera. Então, Castelo Branco edita o Ato nº 466, convocando o Congresso para votar, em regime extraordinário, o Projeto de Carta do Executivo.

31. Cf. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24.01.67, Minter/PrND, 1986, Escopo, v.6.

§ 4º A lei disporá sobre a forma pela qual possam os analfabetos alistar-se eleitores e exercer o direito de voto.”

Repete-se o disposto no Código Eleitoral que repete o disposto na Constituição de 46. Exceto quanto ao § 4º que, aliás, não teve aplicação à minguada de norma regulamentadora.

O art. 74 da Carta de 67 estabelecia eleição **direta**, sufrágio universal e secreto para Presidente e Vice-Presidente da República.

XII – A Emenda nº 1, de 17.10.69

A Emenda Constitucional nº 1, para uns, foi nova Constituição³². À parte essa discussão, o certo e inegável é que introduziu grandes modificações na Carta de 67.

O General Costa e Silva, afastado da Presidência por motivo de doença, não é substituído pelo seu Vice, o civil Pedro Aleixo, como preconizava o art.77 da Constituição.

Os Ministros Militares Aurélio de Lyra Tavares, Márcio de Souza Mello e Augusto Rademaker editam essa emenda, considerada, por muitos, um novo golpe.

No que se refere ao alistamento eleitoral, as condições previstas na Carta de 67 não são alteradas pela emenda nº 1. Afinal, as eleições eram apenas para cargos legislativos, um poder esvaziado, sem autonomia.

Quanto à eleição Presidencial, a conversa é outra: revoga-se o art.74 que previa eleição direta, estabelecendo-se a **eleição indireta**, em sessão pública, mediante votação nominal pelo **colégio eleitoral**.

Tal colegiado era composto pelos membros do Congresso Nacional e delegados das Assembleias Estaduais (cada unidade federativa indicava 3 + 1 para cada grupo de 500 mil eleitores).

Pela via desse simulacro de eleição, chegam à Presidência da República:

1969 – General Emílio Garastazu Médici;

1974 – General Ernesto Geisel;

1979 – General João Baptista Figueredo;

1985 – Tancredo Neves/Sarney.

A última “eleição” pelo Colégio Eleitoral evidencia dois traços marcantes da cultura política brasileira:

- 1) o distanciamento entre representantes e representados;
- 2) a capacidade da elite política *mudar* para permanecer.

O final do governo Geisel era o crepúsculo do ciclo militar. O autoritarismo agonizava. A marcha da abertura política não tinha retorno: anistia, maior liberdade de imprensa, criação de novos partidos, greves operárias, a conjuntura internacional, enfim, tornava-se impossível a manutenção do poder nos moldes anteriores.

Implodindo o projeto de auto-reforma do regime, a campanha das **Diretas, Já**, ganhou corações e mentes. Foi o mais expressivo movimento social da história do país. Talvez, porque simbolizasse o caminho das mudanças, após décadas de demandas reprimidas.

Todavia, frustrando o anseio nacional, os “representantes do povo” no Congresso não aprovam a emenda das diretas. Uma vez mais, exclui-se a soberania popular, com manobras “pelo alto.” A decisão política, destarte, retornaria ao leito das elites.

32 É a posição de Adriano Campanhule e Hilton Lobro, vide Todas As Constituições do Brasil, Atlas, SP, 1976. Para José Afonso “teórica e tecnicamente não se tratou de uma emenda, mas de uma nova Constituição” cf. Curso de Direito Constitucional Positivo, Revista dos Tribunais, SP, 1991, p. 78. Partilhada por outros publicistas.

O lema medieval "o rei está morto. Viva o rei!" faz-se atual. Beneficiários do regime militar ressurgem das cinzas como a *Phênix*. Se a conjuntura caminhava para mudanças, com retoques na maquiagem, os atores trocam de papéis, mas o espetáculo é conservador. Haja vista o desfecho da chamada **Aliança Democrática**.

Tal aliança foi uma frente ampla, aglutinadora de diversas tendências e ideologias políticas: da esquerda radical ao conservadorismo extremado.

Todos unidos na cruzada contra o "continuismo" que se expressava na candidatura de Paulo Maluf.

A vitória de Tancredo/Sarney no Colégio Eleitoral foi esmagadora, eis que de repente parecia não haver mais governista.

A história das sociedades não é obra exclusiva dos líderes, por mais importantes que sejam. Portanto, rigorosamente, nem tanto Maluf era a simples continuidade, nem tanto Tancredo/Sarney, a mudança.

A morte súbita de Tancredo, antes de tomar posse, criou um impasse institucional, resolvido à brasileira.

Ora, se Tancredo Neves não assumiu a Presidência, não havia Presidente e tampouco, Vice, tendo em vista que a eleição deste se dava em função daquele, vinculadamente. Contudo, "nova" solução unge Presidente o ex-futuro-Vice, José Ribamar Sarney.

Em conformidade com o chamado Compromisso Com a Nação, Sarney convocou a Assembléia Nacional Constituinte, antes, contudo, aditou um ano ao seu "mandato" presidencial.

Sob o imortal Sarney, com a oração franciscana "é dando que se recebe" vulgarizada como método de política governamental, faz-se a "transição" do regime autoritário para a "democracia".

XIII – O Estado Democrático de Direito

– Carta de 1988

O artigo 1º da Constituição Federal/88 proclama o **Estado Democrático de Direito** e enumera os seus fundamentos: soberania; cidadania; pluralismo político; dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e da livre iniciativa³³.

Há, pois, constitucionalmente, o **democrático** – princípios da democracia – dando qualificação ao **Estado**, sob o primado do **Direito**.

Para o publicista *José Afonso da Silva*, o Estado Democrático de Direito da Carta/88:

*"abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana"*³⁴.

Assim entendido, o dispositivo em comento da CF/88 não tem precedência analógica com qualquer das Cartas Políticas brasileiras: 1824, 1891, 1934, 1946 e 1967/69.

Em conformidade com a CF/88, a soberania é exercida através do voto, direto, igual, universal e secreto, art.14. Os incisos I, II e III, consubstanciam a soberania, introduzindo mecanismos participativos como o Plebiscito, o Referendum e a Iniciativa Popular. Destarte, **votar**, entre nós, já não se reduz a **eleger** representantes.

No que pertine ao alistamento e condições para elegibilidade, declara, **verbis**:

Art. 14 § 1º:

"O alistamento e o voto são:

33 Cf. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5.10.1988, Sarney, SP, 1997.

34 Ob.cit. na nota 32, cf. p. 184/185.

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA

BIBLIOTECA

- I – obrigatórios para os maiores de 18 anos;
 II – facultativo para:
 a) os analfabetos;
 b) os maiores de 70 anos;
 c) os maiores de 16 e menores de 18 anos”.

O § 2º veda o alistamento de estrangeiros e conscritos, estes durante o serviço militar obrigatório.

São condições à elegibilidade: a nacionalidade brasileira, pleno exercício dos direitos políticos, alistamento eleitoral, domicílio eleitoral e filiação partidária, além das idades mínimas previstas nas alíneas “a” **usque** “d”, inciso VI, § 3º.

Os analfabetos são alistáveis, mas inelegíveis (§ 4º). A chamada reeleição, no período subsequente, para os cargos executivos, nos três níveis da Administração, é vedada no § 5º, tratando o parágrafo seguinte da exigência de prazo – 6 meses – de desincompatibilização desses cargos para se concorrer a outros. O § 7º cuida da inelegibilidade de cônjuges e parentes até 2º grau. O § 8º fixa as condições de elegibilidade dos militares.

Os demais casos de inelegibilidades são estabelecidos por lei Complementar (§ 9º), no caso, as Leis Complementares nº 64/90 e a 81/99 que a altera.

Os parágrafos 10 e 11 tratam do processo de impugnação de mandato, correndo a ação em segredo de Justiça, devendo ser instruída com provas de corrupção, fraude ou abuso do poder econômico, na Justiça Eleitoral, até o 15º dia da diplomação.

O art. 15 veda a cassação de direitos políticos, mas admite a suspensão ou a perda nos casos de cancelamento da naturalidade, incapacidade civil absoluta, condenação criminal durante os efeitos, recusa a obrigação a todos imposta ou prestação alternativa e, finalmente, improbidade administrativa. O art. 16, último do título Direitos

Políticos, objetiva minimizar casuísmos: mudanças na regra eleitoral somente um ano depois da sua publicação.

Pela Carta em vigor exige-se maioria absoluta para a eleição do Executivo, nas três esferas, sem a qual, realiza-se um segundo turno com os dois candidatos mais votados. A eleição realiza-se 90 dias antes do término do mandato presidencial. Nessas condições processaram-se as eleições de 1989 e de 1994, já o Brasil contando com o expressivo universo de mais de 82 milhões de eleitores.

A primeira eleição direta da “Nova República” foi vencida por Fernando Collor de Mello com 35.089.998 de votos, 42,75%. O segundo mais votado, Luís Inácio da Silva obteve 31.076.364 votos, 37,86%³⁵.

Após ruidoso processo de *Impedimento*, Collor é sucedido por Itamar Franco, o Vice-Presidente com ele inscrito.

Itamar Franco completou o mandato presidencial. Na campanha sucessória, deu apoio político ao seu Ministro da Fazenda, Fernando Henrique Cardoso, atual mandatário, FHC com 34.364.916 votos, correspondentes a 44,1%³⁶, imprime nova derrota ao candidato das oposições, Luís Inácio Lula da Silva.

É inquestionável que a Carta de 1988 ampliou o universo de eleitores com a introdução, embora facultativamente, do voto do analfabeto e dos menores de 18 e maiores de 16 anos, num país de elevado contingente de jovens e ágrafos.

Entretanto, a Carta Magna e toda a legislação infraconstitucional vigentes, não corrigem distorções, imperfeições e lacunas, do sistema político-partidário-representativo.

35 TSE - Diário de Justiça, de 28.06.1990 in Jurisp. Trib. Sup. Eleit. 1, (I): 305-471/1990.

36 TRE/PE, nota Jornal - Arquivo - s/r.

Tais imperfeições são óbvias e decerto não existem por acaso, por falha de "técnica-legislativa". Entre as tantas imperfeições, destacamos:

- 1) distorção no sistema de representação proporcional;
- 2) existência de eleições vinculadas;
- 3) normas referentes aos Partidos Políticos;
- 4) Ineficácia do combate ao abuso do poder econômico e ao uso da máquina administrativa;
- 5) Propaganda Eleitoral e Partidária.

A distorção no sistema proporcional é alarmante. Haja vista que numa eleição para a Câmara Federal, o voto de um cidadão de Roraima equivale ao de 15 paulistanos. Não alegue que tal matemática objetiva evitar a supremacia de alguns Estados sobre outros. Primeiro, porque a Câmara é constituída de representantes do "povo", daí o sistema ser pretensamente proporcional. Segundo, porque não compete à Câmara velar pelo equilíbrio federativo, como atribuição precípua.

O equilíbrio federativo compete ao Senado Federal composto de representantes dos Estados, em igual número de 3, para todas as unidades da Federação.

Ora, se ao lado da mencionada desproporção ainda existe o "voto de legenda", há situações estapafúrdias como a de um candidato a Deputado Federal ser "eleito" com 5 mil votos (votação de um vereador) enquanto outro, não se elege com 90 mil sufrágios, ou seja, o derrotado com uma votação 18 vezes maior que o vitorioso.

Consideramos a chamada eleição vinculada (ou casada), na qual o Vice-Presidente, Governador, Prefeito, ou suplentes (senador) são eleitos em virtude da eleição dos candidatos com os quais se inscreveram, um ardid eleitoral. Em nome de certa conformação política – não se ter como sucessor ou substituto eventual um opositor

– atenta-se contra a legitimidade da representação, porquanto se atribui à *presunção* indevidamente colocada na lei, de que ao se votar no titular, automaticamente vota-se no substituto. É claro que se evitam circunstâncias como a de Jânio (UDN), substituído por Jango (PTB), em face de eleições solteiras. Mas, cada um foi eleito para o cargo correspondente, com funções e atribuições constitucionalmente definidas. A deformação apontada independe de a eleição ser indireta (Tancredo/Sarney) ou direta (Collor/Itamar), como preconiza a vigente Carta, art. 77 § 1º, *verbis*: *A eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado*".

Na eleição senatorial essa arma tem cano duplo. Pelo art. 46 § 3º da CF/88, cada senador tem 2 suplentes. Ao eleger-se um senador, elegem-se os seus 2 suplentes. Em decorrência desse artifício, há hoje, com assento na Câmara alta da República, cidadãos sem densidade eleitoral, que pessoalmente não foram votados. Por obra e graça do titular, efetivamente eleito, mas que passou a ocupar outras funções. A nosso ver, a chamada *vontade das urnas* seria melhor aferida, se a vaga senatorial aberta por qualquer motivo pelo titular fosse preenchida pelo candidato efetivamente mais votado, pela ordem decrescente. Problema que se apresenta como intransponível, convenientemente, é o da incapacidade de coibição do abuso do poder econômico e do uso da máquina estatal. O primeiro observa-se na capacidade de setores da sociedade arrecadarem milhares de dólares para **investimento** nas campanhas eleitorais. Estas, a cada dia são mais sofisticadas e mais onerosas. Haja vista o famigerado *esquema PC*, do penúltimo pleito Presidencial. O segundo, pelo fisiologismo às expensas do poder público (concessões, empréstimos, anistias fiscais, "redefinições" de dívidas com bancos oficiais, liberação/não-liberação de verbas, nomeações, etc.). Há normas

reguladoras da matéria, há o Ministério Público Eleitoral com titularidade da ação Penal pública e a Justiça Eleitoral com competência para processar e julgar os crimes eleitorais. Todavia, nos superlotados estabelecimentos prisionais do país, há quantos apenados por ditas infrações?

No que tange às imperfeições dos Partidos Políticos no Brasil, a questão pode ser enfocada sob vários aspectos. Contudo, isso enseja um outro estudo, específico. No momento, queremos destacar dois pontos:

1º) a inconsistência—criam-se, recriam-se, fundem-se, extinguem-se partidos com excessiva facilidade;

2º) a troca de partidos—o eleito, “dono” do mandato, tem total liberdade para trocar de partido. Filiação Partidária é condição legal à elegibilidade. Por outro lado, o Partido é obrigado a se registrar no TSE, a ter seu Programa e Estatutos publicados.

Tais exigências mostram-se inócuas, na prática. Mal passam as eleições e assiste-se ao deprimente espetáculo das trocas, em geral, à correria para o Partido vitorioso na eleição do Executivo. O Partido do poder parece adequar-se melhor às concepções filosóficas e doutrinárias dos eleitos. Afinal, o “eleito” pode trocar de legenda a seu bel prazer, sem perda do cargo.

O mais razoável era a lei exigir o cumprimento do mandato, sob pena de sua perda, na legenda em que concorreu ao pleito.

Não se confunda o livre direito de associação com o direito à enganação. Ninguém é obrigado a associar-se ou a dissociar-se. É assegurado ao candidato a livre opção partidária. Mas, a admissibilidade legal de mudança de Partido, após a eleição e no curso do mandato, é uma porta aberta ao oportunismo, ao fisiologismo e à simulação.

Como realidades sócio-históricas, os Partidos são indispensáveis ao regime democrático-representativo. É lição elementar da Ciência Política que não há democracia sólida sem partidos consistentes.

Se é verdade que a norma jurídica não pode criar partido sólido, não é menos verdade que a dita normatização pode contribuir para o fortalecimento ou para a fragilização dessa instituição.

Na prática, a chamada Lei Orgânica dos Partidos— a 5.682/71 e a mais recente, Lei 9.096/95 mostram-se ineficazes, se se tem por objetivo o fortalecimento dos Partidos e o aperfeiçoamento do regime democrático.

Na era das comunicações eletrônicas, o poder da chamada **mídia** impescinde de uma regulamentação eficaz. No entanto, esse controle, que deve ser democrático e diferente de censura, incoorre. Os *experts de marketing*, magos modernos, podem inventar heróis e vilões. Têm o condão do induzimento, de influir no grande público, ou no *mercado*, se preferirem.

No entanto, a norma reguladora da Propaganda Eleitoral não apenas é impotente para coibir eventuais abusos como legaliza a desigualdade. Há Partidos com tempo sobrando para seus candidatos (já se chegou a tocar sanfona em certo programa eleitoral). Outros, ao contrário, com o minguado tempo para o seu candidato apenas declinar o próprio nome. A justificativa de que não se pode tratar em condições de igualdade, por exemplo, um PMDB com mais de 100 Deputados Federais com um PRONA, sem representação parlamentar, não tem sustentação.

O número de representantes do Partido no Congresso não é uma instituição, logo, não tem caráter de permanência. Se for esse o objetivo, tanto pior. É uma lógica antidemocrática, que não vislumbra a possibilidade de alternância do poder, essencial à democracia. Por um

lado, institui privilégio indevido às maiorias. Por outro, fornece os meios para que elas permaneçam como tal. Ora, a democracia perde seu significado se a questão das maiorias e minorias não for tratada como eventualidade, como algo conjuntural. Portanto, não contribui à democracia uma norma que favorece a permanência institucional de maiorias.

Bem ao contrário, prestaria serviço à democracia a norma que visasse à permanência institucional dos Partidos Políticos, o que decerto não se alcança com tratamentos desiguais.

Não é democrática uma legislação que possibilita a multiplicação de Partidos "barriga de aluguel", como são popularmente ridicularizadas certas legendas. E para expurgar tal pecado, em *mea culpa*, produz emenda pior que o soneto, atentando contra a isonomia com tratamentos desiguais a pessoas jurídicas congêneres: mesmos fins, submetidas às mesmas exigências legais à sua criação e funcionamento.

Nada obsta a que se resguarde o pluralismo político-ideológico da sociedade e se coíba a fabricação de legendas negociais.

A Carta de 1988, embora a mais avançada no campo dos direitos políticos e sociais, não foi capaz de superar um antigo preconceito que, a se medir pelo desinteresse dos legisladores, cruzará os umbrais do próximo milênio.

Falamos da proibição legal do voto do conscrito, uma restrição normativa, além de extemporânea, flagrantemente contraditória.

Pelo critério de idade (biopsicológico) adotado na lei, é facultativo o voto aos 16 anos. Ora, o serviço militar dar-se depois dessa idade. Assim, nos deparamos com a estranha situação: Fulano de Tal, aos 16 anos, alistou-se eleitor, na forma da lei, e exerceu a sua cidadania. Ao atingir os 18, encontrava-se em *serviço militar obriga-*

tório, ex vi da CF. art.143 c/c Lei 4375/64 e Decreto 57.654/66. Antes do serviço militar era legalmente apto para votar, durante o serviço, não.

A justificativa dessa proibição, aliás, em processo de extinção no mundo civilizado, não resiste à crítica. São invocados os princípios basilares da organização militar: a hierarquia e a disciplina.

Se o pressuposto é que a condição de subalternidade do conscrito justifica a vedação, nos deparamos com uma visível discriminação. Por tal lógica só deveria exercer o direito ao voto os Ministros do Exército, Marinha e Aeronáutica. Pois, até onde sabemos, são os únicos, nas respectivas corporações, sem inferiores hierárquicos. Abaixo deles, haverá sempre um subalterno. Só há ameaça à quebra da hierarquia e disciplina militares em relação aos praças? E a do cabo ao sargento, do sargento ao tenente, do tenente ao capitão, do capitão ao major, e assim por diante?

Por outro lado, se o critério for da "dependência", igualmente não se justifica. Acaso será o recruta de presença temporária na caserna mais dependente que um operário de fábrica ou qualquer assalariado, em relação ao empregador?

Entendemos como um salto qualitativo o chamado "voto eletrônico", tanto pela agilidade na votação/apuração, quanto pela maior dificuldade às fraudes. Mas, o *voto eletrônico* não é garantia, de *per si*, de lisura do pleito. Nem poderia.

Primeiro, porque qualquer legislação/eleitoral é passível de fraude. Segundo, pelo fato de que são usados novos artifícios, mais sutis e eficazes que as grotescas formas de fraudulência do sistema tradicional.

Essas novas formas de burla passam pelo descontrolo da *mídia*. Hoje, já não se necessita tanto e, também, não se pode "engravidar" urnas, com votos de

defuntos, ou controle de "currais eleitorais". Saímos dos currais, mas entramos na "aldeia" global, no mundo reduzido e interligado pelas comunicações.

Assim, é factível o lançamento de um "produto" eleitoral na praça, antes e independentemente do horário de Propaganda Eleitoral Gratuita. Essa pré-campanha pode ser subliminar ou escancarada, nada se faz.

Inevitável a lembrança do fenômeno eleitoral Fernando Collor de Mello. Até ser eleito Presidente com milhões de votos, por um Partido-PRN- inventado para tal fim, era apenas um governador de Alagoas, um dos menores Estados da Federação. Todavia, num passe de mágica, ganha projeção nacional, antes de qualquer campanha eleitoral, transformado em paladino da moralidade, "caçador de marajás". Num ambiente social de descrédito e insatisfação, onde os escândalos sucedem-se, uma cruzada" moralizante " adquire um grau de importância extraordinário, mesmo que tratado superficialmente, sem chegar às raízes, mormente, se considerarmos as características do eleitorado brasileiro, politicamente, principiante, socialmente, indigente. O bom senso aconselha uma mudança urgente nesse perfil social. E simultaneamente, a adoção de medidas eficazes para coibir a manipulação da opinião pública.

Consta que 50% não têm o 1º grau escolar; 75% tem renda mensal inferior a 200 dólares (linha da miséria, pela ONU), 20% desconhece o nome do Presidente; 90% não são sindicalizados³⁷.

O *jus puniendi* do Estado precisa alcançar a todos, inclusive os manipuladores de opinião e detentores do poder econômico-político, protegidos por imunidades informais, não-previstas na ordem jurídica, porém, mais eficazes que a própria norma formal.

37 Veja, Revista, ano 22, n° 43, de 1/11/89, p. 34 ss.

As mudanças no sentido do aprimoramento da legislação eleitoral são indispensáveis à democratização do país. E não devem ser confundidas com os casuísmos dos Péricles às avessas, que tumultuam o ordenamento jurídico e não servem à causa democrática. As normas jurídicas em geral e as pertinentes à cidadania em particular, reguladoras do direito de eleger e ser eleito, não devem flutuar ao sabor das marés conjunturais, da vontade política de pessoas, partidos ou grupos, eventualmente hegemônicos. Entretanto, tal prática política, não é mera lembrança de uma história passada.

Por todas as razões expostas, concluímos que a tendência predominante na política brasileira é de autoritarismo/ilegitimidade do poder, justapostos a uma cidadania impúbere. E, portanto, o proclamado **Estado Democrático de Direito**, cuja eficácia exige como contraponto uma cidadania plena, adulta, não tem concreção.

XIV - (In)Conclusões

1º *No Brasil, historicamente, verifica-se a ampliação do Direito de Voto, correspondendo o eleitorado, nos dias atuais, a mais de 50 % da população do país;*

2º *O Processo de ampliação-quantitativo-desse direito tem sido lento e tardio, e de per si, não legitima os eleitos;*

3º *A chamada tradição Democrática brasileira é um mito. Ao contrário, o traço preponderante de nossa tradição é o autoritarismo.*

4º *As poucas eleições havidas no país não alteram essa essência autoritária, em face dos vícios e distorções, fraudes e manipulações, casuísmos e abusos do poder;*

5º *Consecutário lógico, são a distância e fragilidade na relação sociedade/povo e Estado/governo;*

6° É tênue e quase inexistente o controle dos de "cima" pelos de "baixo", dos ditos representantes pelos seus supostos representados. O povo, como "fonte do poder", é mera retórica normativa;

7° No Brasil, o Estado formou-se de maneira precoce, enquanto a sociedade civil de forma tardia. Não se observou a criação clássica dos Estados: inexistia um povo socialmente definido (sentido sócio-psíquico-histórico-cultural) e já havia um Donatário, um Governador Geral, um Imperador, um Juiz de Fora, um cobrador de tributos;

8° Todos os acontecimentos relevantes da vida nacional foram hegemonzados pelas classes dominantes econômica e politicamente (1822, 1889, 1930, 37, 45, 64, 85...);

9° A direção política das classes hegemônicas apesar de encontrar resistência – índios contra invasores lusos, quilombos, Sindicais, Femininas, Ambientalistas, Diretas Já, Contra Privatizações, etc., sempre prevaleceu. As mudanças ocorrerem, apenas, diante do próprio exaurimento/caducidade dos interesses defendidos;

10° A chamada ordem institucional demonstra sua instabilidade pelas freqüentes rupturas (golpes de Estado, movimentos insurrecionais, etc.) e mudanças freqüentes no ordenamento jurídico (várias Constituições). Em matéria eleitoral identifica-se um excesso legislativo, viciado por imperfeição e ineficácia, em contraste com as poucas consultas eleitorais.

11° Por enquanto, O Estado Democrático de Direito é uma avançada declaração de vontade, porém, sem concreção.

PODER CONSTITUINTE: ANÁLISE E COMPARAÇÕES DA POSIÇÃO DO POSITIVISMO KELSENIANO E SUA RELEVÂNCIA ATUAL

Cristiane Gouveia de Barros
Mestra em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco.
Juíza de Direito da 2ª Entrância do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

SUMÁRIO

I. Intróito. Parte I – A Teoria do Positivismo Kelseniano. 1. O princípio estático. 2. O princípio dinâmico. 3. Poder Constituinte e Norma Fundamental. Partell – A Teoria Racional-Ideal de Sieyès. 4. Da liberdade à igualdade. 5. Representação política. 6. Principais idéias. Parte III – A Teoria fundacional-Revolucionária. 7. Direito revolucionário e Direito do Estado. 8. Principais idéias. Parte IV – A Teoria Existencial-Decisionista (Schmitt). 9. Características. 10. Principais idéias. Parte V – A Teoria Materialista. 11. Marx, Lenin e Engels. 12. Principais idéias. Parte VI – A Teoria Dialético-Plenária ou Dialético-Integral. 13. Heller. 14. Principais idéias. Parte VII – A Teoria de Carré de Malberg. 15. O Direito Positivo. 16. Principais idéias. Parte VIII – A Teoria do Poder de Direito Autônomo (Burdeau). 17. Burdeau. 18. Principais idéias. Parte IX – Confrontações entre as Teorias – Em destaque a Teoria Positivista. 19. Classificação geral. 20. A viabilidade da teoria kelseniana para explicar o Poder Constituinte Originário. Parte X – Conclusões e a relevância atual do tema. Bibliografia.

I. Intróito

O objetivo deste estudo é analisar e comparar a teoria kelseniana com as demais e considerar a sua explicação do Poder Constituinte.

Começamos expondo a teoria do positivista lógico, Hans Kelsen, em seus pontos cruciais e depois examinamos as principais teorias existentes a respeito do Poder Constituinte.

O tema, Poder Constituinte, ainda é palpitante no pensamento dos juristas e operadores do Direito, posto que nos vemos, diuturnamente, presenciando uma avalanche de Inconstitucionalidades praticadas por aqueles que detêm o Poder Constituinte Derivado, atualmente no Brasil. Como bem observou o jurista Celso Ribeiro Bastos, na Revista Literária de Direito, ano IV, número 19 setembro/outubro de 1997, no seu artigo intitulado "Revisão Constitucional só mediante plebiscito", págs. 7 a 9 ao qual retornaremos no final deste trabalho.

Assim, torna-se útil revisitar o tema, Poder Constituinte, para avivar em nosso pensamento as idéias sobre uma das instituições basilares do Estado de Direito.

Verificamos que Hans Kelsen não trata do Poder Constituinte em sua obra de forma específica e direta, porque o considera fora do âmbito da Ciência do Direito e também, fora da dogmática jurídica, para colocá-lo no campo de incidência da Sociologia do Direito.

Visitamos Sieyès, a Escola do Direito Natural, Carl Schmitt, Hauriou, Karl Marx, Lenin, Engels, Heller, Carré de Malberg e Burdeau, expondo sucintamente as suas idéias.

Analisamos a viabilidade da teoria kelseniana para explicar o Poder Constituinte Originário e chegamos à conclusão de que sua explicação, apesar de levarmos em consideração todo o empenho de *Hans Kelsen* em purificar o Direito, como diz a sua própria *Teoria Pura do Direito*, não é satisfatória, porque no seu afã de purificar o Direito, Kelsen, mutilou-o, posto que expurgou do âmbito do Direito o fato. Isso não retira a importância da teoria kelseniana que é um marco no estudo da Ciência do Direito, pois fez despertar várias consciências.

Parte I – O Positivismo Kelseniano

1. O princípio estático

Hans Kelsen identifica duas espécies de sistemas normativos, um estático e outro dinâmico, tendo em mente a natureza do fundamento de validade do sistema.

A espécie estática obedece a um princípio estático que é "Um sistema de normas cujo fundamento de validade e conteúdo de validade são deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental, é um sistema estático de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio estático".¹

Cabe agora dizer que Kelsen coloca o "fundamento de validade" num caráter eminentemente *formal*, em oposição ao "conteúdo de validade" de natureza material, portanto, cumpre distinguir o fundamento de validade como sendo a justificação formal de validade de uma norma que só pode ser uma outra norma de hierarquia superior, como bem demonstra Kelsen; isso cai no âmbito da produção normativa ou criação legislativa, abstraíndo-se totalmente da referência à matéria tratada por ditas normas, apegoando-se essencialmente à forma.

Conteúdo de validade a que se refere Kelsen diz respeito à matéria tratada pelas normas que para ele vincula por meio do seu conteúdo, admitindo que a validade da "...conduta dos indivíduos por elas determinadas, é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo; porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral"².

1 Kelsen, H., *Teoria Pura do Direito*, pág. 270.

2 Kelsen, H., *Teoria Pura do Direito*, pág. 271.

O sistema de normas é estático quando por dedução de uma "norma fundamental" que é hipotética chega-se ao seu fundamento de validade e ao conteúdo de validade; portanto, a *estaticidade* baseia-se na não-variabilidade do conteúdo que apenas se especifica do geral para o particular, estando cristalizado o conteúdo de validade, a matéria seria sempre a mesma, ou seja, o sistema de normas obedece ao princípio estático quando o fundamento de validade e o conteúdo de validade são deduzidos da "norma fundamental".

2. O princípio dinâmico

A outra espécie de sistema de normas é a dinâmica. Hans Kelsen diz que "O tipo dinâmico é caracterizado pelo facto de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um facto produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental".³ Isso significa que o sistema de normas é dinâmico quando a "norma fundamental" fornece por dedução o fundamento de validade dessa ordem ou sistema e de todas as normas que o compõem e não o conteúdo de validade, pois este é dinâmico, variável. A "norma fundamental" atribui poder a uma autoridade legisladora, isto é, estabelece um critério de acordo com o qual devem ser criadas as normas gerais e individuais do sistema.

Nesse sentido dinâmico, temos que o Poder Constituinte recebe da "norma fundamental" a competência para criar as normas gerais e individuais do sistema. É importante notar que Kelsen, nesse caso, concebe Poder Constituinte como um fato produtor de normas jurídicas, sem se dar conta disso.

³ Kelsen, H., Teoria Pura do Direito, pág. 271

Quando se refere ao fundamento de validade de uma Constituição estadual, ele o identifica na Constituição que lhe é historicamente anterior, pelo que aquela foi criada de acordo com esta, vejamos: "Quer dizer: fundamentamos a validade da Constituição estadual existente no facto de ela ter surgido de conformidade com as determinações de uma Constituição estadual anterior pela via de uma alteração constitucional constitucionalmente operada, o que, por sua vez, significa: de acordo com uma norma positiva estabelecida por uma autoridade jurídica...".⁴ Kelsen, aqui, se refere ao *Poder Constituinte Derivado*, porém, sem o dizer expressamente. Tem esse Poder Constituinte Derivado o seu fundamento de validade na Constituição anterior, confundindo-se com o *Poder Reformador ou de Revisão*.

Quando pergunta sob o fundamento de validade da Constituição estadual que é historicamente a primeira, Kelsen identifica o *Poder Constituinte Originário* que tem sua origem revolucionária, pois rompe todos os elos de ligação com qualquer organização anterior e ele põe o fundamento de validade dessa Constituição Estadual primeira e do poder que a fixou, partindo da premissa de que ela é vinculativa, de que tal premissa tem que ser *pressuposta*⁵ para que se possa dar interpretação aos atos postos de acordo com ela, bem como a criação e aplicação de normas gerais válidas e os atos com elas concordantes, num âmbito aplicacional dessas normas jurídicas gerais válidas e dos atos acordes num âmbito aplicacional de normas jurídicas individuais válidas.

3. Poder Constituinte e Norma Fundamental

Kelsen em nenhum momento da sua obra faz referência expressa a *Poder Constituinte*, pois o objetivo

⁴ Kelsen, H., obra citada, pág. 276

⁵ Idem a nota 4, pág. 277

de sua teoria é purificar o Direito de tudo aquilo que não é jurídico, mediante a colocação positivista. *Direito é norma*, não reconhece ele o Poder Constituinte como um Poder de Direito. Para sua posição de positivista lógico só é válido o direito positivo que se estabelece por uma estrutura graduada de normas⁶ que se unificam numa *Norma Fundamental Hipotética*, onde "na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito positivo"⁷ que pode ser tida como "condição lógico-transcendental desta interpretação".⁸

Todo a teoria kelseniana baseia-se na concepção da "norma fundamental" (*grundnorm*) que visa a explicar a ordem jurídica positiva sem recorrer a entidades e argumentos, para Kelsen, considerados metajurídicos, é o que Kelsen faz quando diz: "A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental; devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjectivo do acto de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objectiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de actos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjectivo destes actos como seu sentido objectivo".⁹ Portanto, a "norma fundamental" é *pressuposta*, porque esta é o fundamento da ordem jurídica positiva, ela está acima de todo o sistema jurídico positivo.

Com relação ao Poder Constituinte podemos dizer com Aricê Moacyr Amaral Santos que "Com essa construção teorizante Kelsen logrou explicar juridicamente a

6 Kelsen, H., obra citada, pág. 277

7 Idem a nota 6, pág. 278

8 Idem a nota 7, pág. 279

9 Idem a nota 8.

obrigatoriedade da Constituição, sem, todavia, reconhecer nela um instituto de direito, como não reconhece, destarte, no Poder Constituinte um poder jurídico."¹⁰

Para os positivistas, o Poder Constituinte é mero fato, "força social"¹¹ que não deve ser estudado na Ciência do Direito, como bem acentua Santos "Não se tratando o Poder Constituinte de um poder de direito, a titularidade do citado poder compreende matéria não objeto de indagação pela Ciência do Direito, pela irrelevância e inutilidade jurídica do assunto."¹²

Parte II – A Teoria Racional – Ideal de Sieyès

4. Da liberdade à igualdade

Sieyès foi figura importante da França, na época da Revolução Francesa, delinearemos os traços marcantes de sua teoria.

A Teoria de Sieyès está impregnada de jusnaturalismo,¹³ é a corrente chamada *racional* da escola do Direito Natural.¹⁴

Vanossi capta bem o pensamento de Sieyès quando diz que a base de sua teoria está na fé de que o homem é um ser *livre*,¹⁵ postulado que Sieyès tem em comum com Rousseau.¹⁶

Vanossi sintetiza satisfatoriamente as idéias de Sieyès quando diz "De allí la gran asociación de ideas que rodea a todo el pensamiento de Sieyès: Libertad – Individuo – Nación – Tercer Estado – Igualdad. Y la consecuencia del proceso: Revolución".¹⁷

10 Santos, Aricê Moacyr Amaral, O Poder Constituinte, pág. 36

11 Idem a nota 10

12 Idem a nota 10

13 Cfr. Vanossi, J. R., Teoria Constitucional, pág. 11

14 Idem a nota 13.

15 Idem a nota 13

16 Cfr. Santos, A M A, O Poder Constituinte, pág. 21

17 Vanossi, J. R., Teoria Constitucional, pág. 12- "Dali a grande associação das idéias que cercam a todo pensamento de Sieyès: Liberdade- Individuo-Nação- Terceiro Estado- Igualdade. E a consequência do processo: Revolução."

Os autores reconhecem que o cerne da teoria de Sieyès está no conceito e idéia de *nação*¹⁸ e "Registrado o ponto alto de seu pensamento racionalizante, cumpre ressaltar que esse poder especial está alicerçado na vontade da nação, por sua condição de depositária e detentora da liberdade da comunidade."¹⁹

5. Representação Política ²⁰

Mas, Sieyès não ficou somente no plano puramente abstrato e projetou correspondente concreto que são os *representantes da nação*, a representação política, como diz Santos: "Vislumbrou o abade, porém, a inviabilidade de a nação se expressar como uma unidade abstrata. Consciente dessa realidade, Sieyès urdiu um sistema de representação, pelo qual a nação se expressaria através de mandatários por ela designados."²¹

Seguindo orientação de Vanossi ²² que tem uma visão sintentizadora, apresentamos as três etapas de formação da sociedade política segundo Sieyès:

- a) Vontades individuais que se associam e que estão em estado natural.
- b) Vontade geral – quando para dar substância à união e cumprir a finalidade da vontade comum.
- c) Vontade comum representativa – é o governo exercido por procuração.

Para Sieyès a Constituição é a "Parte Orgânica" que diz respeito à organização e separação dos poderes.²³

18 Vanossi, J.R., obra citada, pág. 12

19 Santos, A M A, O Poder Constituinte, pág. 22

20 Ver Dallari, Dalmo de Abreu, Constituição e Constituinte, pág. 35

21 Santos, A M A, obra citada, pág. 23

22 Vanossi, J. R., obra citada, pág. 14 e 15

23 Vanossi, J. R., obra citada, pág. 16

6. Principais idéias

Orientados por Vanossi²⁴ podemos destacar os seguintes pontos da teoria racional-ideal de Sieyès:

- a) A Nação é mandante, não se sujeita às formalidades impostas pela Constituição que visa a sujeitar seus mandatários.
- b) A Nação forma-se no Direito Natural.
- c) O governo pertence ao Direito Positivo.
- d) O governo exerce um poder real à medida que é constitucional.
- e) A vontade nacional é sempre legal, ela é a origem de toda legalidade.
- f) O direito de querer da Nação é inalienável, podendo alterá-lo de acordo com seus interesses.
- g) Não importa o conteúdo da vontade da Nação, é bastante sua vontade que é sempre lei máxima.
- h) A Nação existe independentemente de regras ou normas e formas constitucionais.
- i) Os representantes ordinários do povo exercem formas constitucionais que constituem uma parcela da vontade comum necessária à manutenção da boa administração. O seu poder limita-se aos assuntos de governo.
- j) Os representantes extraordinários recebem um novo poder da nação para representá-la quando circunstâncias fora da ordem comum exigem-no; é a representação da Nação em sua "independência de toda classe de formas constitucionales."²⁵
- k) Os representantes extraordinários são deputados temporários, estão no lugar da nação disciplinando à Constituição, são independentes dela como a Nação.

24 Idem a nota 23, págs. 18 e ss

25 Vanossi, J. R., obra citada, pág. 19

- l) Os representantes ordinários e extraordinários podem ser as mesmas pessoas, compondo corpos distintos, com poderes distintos.
- m) A Nação é que pode reformar a Constituição.
- n) A vontade comum é a vontade da maioria.
- o) O direito de representação assenta nas qualidades comuns aos cidadãos, é a "igualdad del civismo"²⁶
- p) A lei protege o já existente, ela é a limitação da liberdade individual. Resguarda os direitos comuns dos cidadãos.
- q) Por ser cidadão, ele tem direito à eleição e o direito de ser eleito.

Concluimos com Vanossi que "En última instancia, el pensamiento de Sieyès no se desprende nunca de la dualidad y separación entre sociedad y Estado, que vale como carta de presentación para introducirse en el liberalismo político em compañía de una concepción racional y normativista, que no obstante la ilimitación apuntada del poder constituyente se frenarían sus impulsos ante el A PRIORI ideológico y filosófico de la libertad del hombre y la conseguinte imposibilidad de que el aparato del Estado abarque más allá de ciertos aspectos de la actividad de la sociedad (limitación del poder)"²⁷

26 Idem a nota 25, pág. 20

27 Vanossi, J. R., obra citada, pág. 24 - " Em última instância, o pensamento de Sieyès não se desprende nunca da dualidade e separação entre Sociedade e Estado, que vale como carta de apresentação para introduzir-se no liberalismo político em prol de uma concepção racional e normativista, que não obstante a ilimitação apontada do poder constituinte se freariam os impulsos diante do A PRIORI ideológico e filosófico da liberdade do homem e a conseguinte impossibilidade de que o aparato do Estado abarque mais além de certos aspectos da atividade da sociedade (limitação do poder)".

Parte III – A Teoria Fundacional – Revolucionária

7. Direito Revolucionário e Direito do Estado²⁸

Maurice Hauriou faz distinção entre Direito Revolucionário ou de liberdade primitiva e Direito do Estado²⁹, vejamos: "Que la operación constituyente suponga, desde luego, el rompimiento de la continuidad del derecho del Estado y la participación de un poder mayoritario revolucionario con relación al poder normal del Estado, no significa que se realice sin derecho, como puro hecho histórico; significa que apela a un derecho revolucionario que subsiste bajo la legitimidad del derecho del Estado"³⁰.

Hauriou enxerga um Direito Revolucionário ou de liberdade primitiva que é permanente e está presente ocultamente na nação. O Direito do Estado é o Direito Positivo. Aquele é sempre precedente a este, dentro da "normalidade" só visualizamos o Direito Estatal, mas na "anormalidade" vem se manifestar aquele Direito Revolucionário ou de Liberdade Primitiva. Esse direito de liberdade primitiva encerra uma "Superlegalidade Constitucional" que engloba os "princípios fundamentais do regime"³¹ não-condicionantes dessa superlegalidade constitucional.³²

28 Ver classificações de Poder Constituinte em Lima, A S de, Poder Constituinte e Constituição, pág. 25 e Russomano, R., Curso de Direito Constitucional, págs. 42 e ss. Temer, M., Elementos de Direito Constitucional, pág. 21

29 Santos, A M A, obra citada, pág. 45

30 Hauriou, M., citado por Vanossi in obra citada, págs. 31 e 32. Tradução: "Que a operação constituinte suponha, desde logo, o rompimento da continuidade do direito do Estado e a participação de um poder majoritário revolucionário com relação ao poder normal do Estado, não significa que se realize sem direito, como puro fato histórico, significa que invoca um direito revolucionário que subsiste abaixo da legitimidade do direito do Estado".

31 Hauriou, M., citado por Vanossi, J.R., in obra citada, pág. 30. "Estos principios integran una especie de legitimidad constitucional, colocada por encima de la constitución escrita". Tradução: " Estes principios integran uma espécie de legitimidade constitucional, colocada acima da constituição escrita".

32 Hauriou, M., citado por Vanossi, in obra citada, págs. 30 e 31, utiliza esta expressão "Superlegalidade constitucional".

Ainda vislumbra uma operação constituinte exercida por um poder constituinte que está acima dos poderes governamentais ordinários (poderes constituídos) e um procedimento especial de revisão que é o poder reformador, dando rigidez à Constituição, e em segundo lugar, um controle jurisdicional da constitucionalidade das leis ordinárias.

8. Principais idéias

Com Vanossi³³ podemos melhor sintetizar a posição hauriouriana dizendo que para essa posição, o poder constituinte é uma *Operação Fundacional*, cujas características são:

- Visualizar uma espécie de poder legislativo, pois a superlegalidade constitucional é um tipo de legalidade e que as Constituições são leis constitucionais.
- O poder constituinte é da nação que devido a sua extensão não pode exercê-lo diretamente, mas o exerce através de representantes da nação.
- São diferentes poder constituinte e poder legislativo, porque este é poder constituído, regula matérias diversas e são de distintas naturezas. O exercício do poder constituído dá-se através da representação do Estado, o poder constituinte através da representação da Nação.

Temos ainda que acrescentar que a orientação dessa corrente é jusnaturalista, guiada para o realismo jurídico.³⁴

33 Vanossi, J. R., obra citada, págs. 35 e ss.

34 Cfr. Vanossi, J.R., obra citada, pág. 36 e 37

Parte IV

A Teoria Existencial – Decisionista (Schmitt)

9. Características

Essa teoria tem seu maior expoente em Carl Schmitt, cujas idéias são irmanadas às de Hobbes e Hegel, mostrando-se cético³⁵ e pessimista³⁶ em relação à natureza humana.

Os autores que tratam do assunto³⁷ demonstram como espelho dessa posição a definição de Schmitt para poder constituinte. Para Carl Schmitt, Poder Constituinte "é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e a forma da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política como um todo." (ob. Cit., pg. 86)³⁸

Essa teoria é existencialista, porque defende a posição de que o homem vive em comunidade e submete-se ao governo só por razões de sobrevivência,³⁹ que considera o homem como naturalmente feroz. É decisionista porque encara o poder constituinte como "sendo o instituto que reconhece a existência de um poder de personalidade eminentemente política, de caráter permanente, por ser o poder-vontade e o poder-força da comunidade, constituindo-se ele no único poder capaz e legítimo de expressar as decisões políticas fundamentais sobre o modo e forma da unidade política."⁴⁰

35 Cfr. Santos, A M A, obra citada, pág. 38.

36 Cfr. Vanossi, J. R., obra citada, pág. 42

37 Cfr. Vanossi, J. R., obra citada, pág. 52

38 Schmitt, C., citado por Santos, A M A, obra citada, pág. 41

39 Idem a nota 38

40 Santos, A M A, obra citada, pág. 41

10. Principais idéias

Schmitt põe no aspecto político todo o peso e importância, chegando a negar que possa haver reforma da Constituição por via normativa⁴¹ e Vanossi vê um ponto de contato com a posição jusnaturalista quando Carl Schmitt nega a possibilidade de uma reforma total da Constituição.⁴²

Logo, nessa teoria há preponderância do político sobre o jurídico, dizendo que este é apenas um instrumento daquele⁴³.

Há contudo uma característica a assinalar como bem aponta Vanossi⁴⁴ que esta posição também coloca a titularidade do Poder Constituinte na nação, dando desta uma concepção política.

Parte V – A Teoria Materialista

11. Karl Marx, Lenin e Engels

Os maiores defensores dessa teoria são Karl Marx, Lenin e Engels.⁴⁵ Vanossi sintetiza-a bem, quando diz “De lo visto se deprende que la concepción marxista-leninista del Estado esta construida sobre la base o com la mira en la extinción del próprio Estado, a producirse como resultado de una transformación social por etapas, que eventualmente culminaría com la superación de sus funciones: estas pasarían a ser ejercidas por una sociedad sin clases, que presuntamente sería una comunidad sin conflictos. De allí la escasa importancia final del estudio juridico-político del Estado.”⁴⁶

41 Vanossi, J. R., obra citada, pág. 63

42 Idem a nota 41, pág. 64

43 Santos, A M A, obra citada, pág. 40

44 Vide Vanossi, J.R., obra citada, pág. 52

45 Cfr. Vanossi, J.R., obra citada, pág. 66

46 Vanossi, J.R., obra citada, pág. 68. Tradução: “Do visto se deprende que a concepção marxista-leninista do Estado está construída sobre a base ou com a

Não se pode desvincular o estudo do Poder Constituinte da Constituição e do Estado, pela pouca importância ou relevância dada ao Estado nesta teoria, porque ela não trata diretamente do Poder Constituinte como problema jurídico.⁴⁷

Essa teoria é de natureza predominantemente econômica,⁴⁸ dando relevância aos fenômenos econômicos e subordinando a estes todos os demais.

12. Principais idéias

Com Vanossi⁴⁹ vamos tentar sintetizar as principais idéias dessa teoria com relação ao Poder Constituinte:

- a) A noção de infra-estrutura é “... la estructura económica de la sociedad”⁵⁰ e de superestrutura são as instituições e ideologias.⁵¹ Para Lefebvre⁵² super-estrutura é a expressão do modo de produção, das relações de propriedade, que é o conjunto de instituições e idéias. Dignas de menção são as idéias de Gramsci⁵³ que coloca a sociedade civil e a sociedade política na super-estrutura e para o marxismo-leninismo está na infra-estrutura.⁵⁴
- b) A finalidade dos materialistas é a extinção do Estado que para eles é: “El Estado es concebido

direção para a extinção do próprio Estado, a produzir-se como resultado de uma transformação social por etapas, que eventualmente culminaria com a superação de suas funções: essas passariam a ser exercidas por uma sociedade sem classes, que presumidamente seria uma comunidade sem conflitos. Daí a escassa importância final do estudo jurídico-político do Estado.”

47 Vanossi, J.R., obra citada, pág. 65

48 Idem a nota 47, pág. 66

49 Idem, a nota 48, pág. 70

50 Idem a nota 49, pág. 85

51 Idem a nota 50,

52 Idem a nota 51, pág. 86

53 Idem a nota 52, pág. 89 e 90.

54 Idem a nota 53, pág. 93.

como uma entidad o, mejor dicho, com un aparato de coerción, al servicio de la clase dominante y en perjuicio de la clase explotada...".⁵⁵ Para eles se daria com a extinção das classes sociais.

- c) O poder político é para essa corrente a capacidade de usar o Estado para atingir os fins da classe dominante.⁵⁶
- d) Dá ênfase exagerado aos fenômenos socio-econômicos, desprezando os demais.⁵⁷

Parte VI

A Teoria Dialético-Plenária ou Dialético – Integral.

13. Heller

O principal postulante dessa teoria é Hermann Heller, para que possamos captar a sua idéia de Poder Constituinte, temos que relacionar as suas idéias a respeito e mencionar obrigatoriamente que adota um conceito de Constituição Política Total.⁵⁸

14. Principais Idéias

Novamente com Vanossi⁵⁹ sintetizaremos as idéias principais de Hermann Heller sobre o Poder Constituinte:

- a) O poder constituinte é vontade política que tem condições de fixar a existência de unidade política total.

55 Idem a nota 54, pág. 80. Tradução: "O Estado é concebido como uma entidade ou, melhor dizendo, com um aparato de coerção, ao serviço da classe dominante e em prejuízo da classe explorada."

56 Vide Vanossi, J. R., obra citada, pág. 88.

57 Idem a nota 56, pág. 97.

58 Idem, a nota 57, pág. 105.

59 Idem a nota 58, págs. 115 e ss.

- b) Todo sujeito constituinte supõe uma unidade de querer com competência para decisão e ação.
- c) Que uma Constituição para valer conforme o Direito precisa de "una justificación según principios éticos de derecho".⁶⁰
- d) Não existe um poder desvinculado dos "setores decisivos" que influem na estrutura do poder, através de "princípios jurídicos comuns".⁶¹
- e) Heller rompe com o pensamento da doutrina tradicional da ilimitação do poder constituinte conforme afirma Vanossi: "...siempre hay limitaciones, lo que ocurre es que no siempre son de orden jurídico (normatividad) positivo, sino que provienen del ámbito de lo que Heller sitúa como "normalidad"⁶²
- f) Para Heller o Direito é realizado com sentido, impregnado de valor.⁶³

Parte VII – A Teoria de Carré de Malberg

15. Direito Positivo

Para o postulante dessa teoria, só é Direito o Direito Positivo.⁶⁴

16. Principais Idéias

O representante dessa teoria tem como ponto de partida a idéia de *soberania absoluta*, una e indivisível, concebendo um Poder Constituinte fora do Estado, nada

60 Cfr. Vanossi, J.R., obra citada, pág. 115. Tradução: "uma justificação segundo princípios éticos de direito."

61 Cfr. Vanossi, J.R., obra citada, pág. 116.

62 Idem a nota 61, obra citada, pág. 116. Tradução: "...sempre há limitações, o que ocorre e que nem sempre são de ordem jurídico-positiva, de sorte que provêm do âmbito do que Heller situa como "normalidade".

63 Idem, a nota 62, pág. 118.

64 Santos, A M A, obra citada, pág. 61.

melhor que as próprias palavras de seu representante para expressar suas idéias: "Finalmente juntou-se a esta constatação inevitável que a Constituição primitiva do Estado, aquela que lhe deu nascimento, não pode ser obra de um de seus órgãos, mas que ela procede de uma fonte colocada fora do Estado; e à parte, esta constatação implica existir na base do Estado uma vontade, um poder e outros que não apenas os do Estado propriamente; vontade ou poder que não pode ser senão aquele dos indivíduos; vontade generalizada que aparece como anterior e superior a ele; vontade constituinte, onde a vontade constituída do Estado não é senão um produto e uma decorência; vontade, desde então verdadeira e soberana, pois é ela a vontade primária constituinte." (ob. cit., pg 485)⁶⁵

Parte VIII

A Teoria do Poder de Direito Autônomo de Burdeau

17. Burdeau

George Burdeau na sua teoria do poder de direito autônomo concebe um poder constituinte como inicial, primeiro, autônomo e incondicionado.

Inicial, porque antes dele não há qualquer outro poder. Autônomo, porque não se subordina a nada nem a ninguém. Incondicionado, porque não obedece à regras.

18. Principais Idéias

Santos sintetiza claramente o significado de Poder Constituinte para George Burdeau, dizendo: "Burdeau concebeu o Poder Constituinte como força política dominante que encerra uma nova idéia de Direito vitoriosa, de vez que esta suplantou outras idéias de Direito antagônicas."⁶⁶

65 Malberg, Carré de, citado por Santos, A M A, obra citada, pág. 60

66 Santos, A M A, obra citada, pág. 66

Parte IX – Confrontações entre as Teorias – Em destaque a Teoria Positivista

19. Classificação Geral

Teremos inicialmente como critérios de agrupá-las de acordo com suas semelhanças, podemos então classificá-las em *unilaterais*, que são aquelas que só admitem como Direito válido o *Direito Positivo*, e as *dualistas* que admitem a existência de um *Direito Natural*. Como exemplos da primeira teremos a teoria kelseniana e a de Carré de Malberg, como exemplos da segunda a da escola do Direito Natural e a Racional-Ideal.

Há afinidades entre a teoria racional-ideal de Sieyès, a teoria do direito natural e a teoria fundacional-revolucionária naquilo que têm de jusnaturalistas.

Temos que assinalar que todas as teorias têm em comum, o fato de colocar a titularidade do Poder Constituinte na *Nação*.

Algumas dessas teorias, como a materialista (Marx, Lenin, Engels), tendem a dar destaque, ora ao aspecto econômico, ora ao político, menosprezando o jurídico.

20. A viabilidade da teoria kelseniana para explicar o Poder Constituinte

Quando concebe o princípio dinâmico, Kelsen tenta justificar a autoridade do Poder Constituinte através da "norma fundamental" (*Grundnorm*), ou seja, fecha o seu sistema, justificando a validade da Constituição estadual primeira através do argumento de que a "norma fundamental" é que atribui ou institui a autoridade legisladora daquela⁶⁷ e como ele próprio diz, é a Constituição em sentido lógico-jurídico.

67 Kelsen, Hirs, obra citada, pág. 274, ver sobre o assunto, Silva, J. A. da, Curso de Direito Constitucional Positivo, págs. 7 e 38.

Se a *norma fundamental é pressuposta*, ou seja, serve de pressuposto a todas as outras normas que compõem o sistema de direito positivo e no caso especial do Poder Constituinte é considerada pelo próprio Kelsen, *Constituição em sentido lógico-jurídico*, perguntamos: Como pode a Constituição lógico-jurídica ("norma fundamental") ser anterior ao Poder Constituinte? Se ela delega autoridade legislativa à Assembléia de Constituintes, quem delegou tal competência? De onde ela surgiu?

Creio que admitindo a existência da "norma fundamental" (Constituição em sentido lógico-jurídico) que seja antepassada do Poder Constituinte Originário que delegou a este a competência para legislar, não se pode conceber que a "norma fundamental" exista sem um poder que a tenha instituído, como ela pode delegar competência ou poder para legislar, se não o recebeu de ninguém? Toda norma jurídica pressupõe um *PODER* que a instituiu, não seria a "norma fundamental" a exceção, pois assim deixaria de ser uma norma.

Perguntamos ainda: Como pode a "norma fundamental" ser anterior ao Poder constituinte Originário que vai estabelecer a ordem jurídica positiva, da qual ela ("norma fundamental") será pressuposto? Admitindo tal hipótese teríamos que antes do Poder Constituinte a "norma fundamental" ou não existia ou existindo estava a pressupor o NADA, pois a ordem jurídica positiva ainda não fora criada; nem tão pouco o Poder Constituinte. Se o Poder Constituinte Originário tem também o seu fundamento de validade na "norma fundamental" (que lhe delega poder para legislar), então teremos que não é Poder Constituinte e sim Constituído.⁶⁸

68 - Ver O Poder Constituinte e seu Fundamento Lógico, in Ferreira Filho, M. G., Curso de Direito Constitucional, pág. 20. Ver também, Accioli, W., Instituições de Direito Constitucional, pág. 41

A "norma fundamental" é uma ficção ou artifício lógico utilizado por Kelsen para fugir de uma explicação jusnaturalista. Pois, segundo seu postulado, o fundamento de validade de uma norma só pode ser outra norma, teríamos uma série de N1, N2, N3,....., Nn, "ad infinitum", então com sua clarividente inteligência, Kelsen pôs um limite nessa série, dizendo que a "norma fundamental" é pressuposta e não se pode cogitar do seu fundamento de validade. Ora, se temos que justificar o fundamento de validade de todas as normas do sistema, como a principal delas, a "fundamental" não tem seu fundamento de validade questionado?

É sem sombra de dúvida, memorável o esforço de Kelsen em elaborar uma Teoria Pura do Direito, mas o Direito não é puro em sua realidade, pode o ser teoricamente, pelo menos por abstração, mas não o é na vida prática, concreta, sensível; entretanto, temos que unir teoria e prática para que a abordagem seja completa.

Parte X – Conclusões

Quanto a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, tem-se que ela não explica o Poder Constituinte Originário sob o ponto de vista jurídico, pois colocá-o no âmbito do social ou da sociologia.

Como conotamos no questionamento realizado, não é possível justificar o Poder Constituinte Originário, sem recorrer a idéias jusnaturalistas e admitir que existe um Direito Natural.

Das teorias apresentadas, as dualistas explicam o Poder Constituinte, tanto o Originário como o Derivado, e convergem teoria e prática.

Agora, como prometi no início desta exposição, volto ao jurista Celso Ribeiro Bastos e seu artigo intitulado "Revisão Constitucional só mediante Plebiscito", afirma o eminente jurista:

“É a luz desse impasse que deve ser encarado o problema da alterabilidade ou não das cláusulas de revisão. Normalmente, a doutrina tem por certo que esse número de votos e outras exigências feitas para o desencadeamento do Poder Reformador não podem ser alterados pelo legislador comum, ainda que o faça pela maioria exigida no momento para as emendas. Não cremos que seja o caso de discordar dessa opinião. Mas estamos plenamente convencidos de que é não só justo, como também necessário proceder-se a um esforço no sentido de examinar-se todas as vias, em tese, conducentes a encontrar uma solução com o propósito de aproveitar ao menos uma que resista aos embates da ilegitimidade e da inconstitucionalidade.

É o que passaremos a fazer, lançando uma proposta, cujo delineamento seria o seguinte. Em primeiro lugar, fazer reconhecer o Congresso que não houve a revisão prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ou melhor, não chegou ao seu final, eis que este só se daria com o exame de todas as propostas ofertadas. O Congresso acabou por encerrar a revisão por mero ato declaratório de cunho jurídico formal, sem que estivesse vigorando nenhum prazo que pudesse ser tido por esgotado.

Assim sendo, há um crédito do povo não-resgatado, consistente no direito de ver a sua Constituição revisada por maioria absoluta do Poder Legislativo. A seguir, para que não parem dúvidas sobre esse propósito popular, pôr-se-ia em plebiscito essa questão: deseja o povo ver reaberto o processo revisional, abusivamente trancado?

Cremos que a votação positiva, pela maioria dos eleitores brasileiros, supre a ausência de força para tanto, por parte do Poder Reformador, isoladamente. Na verdade, passa este a tomar-se investido da força popular que é a que legítima o próprio Poder Constituinte originário.

Com isso, cremos que o Congresso Nacional, na sua próxima legislatura, poderia sair investido de um Poder Revisional, regulado pelo artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dotado de grande legitimidade, eis que delegado pelo próprio povo. Recorde-se que o próprio Poder Constituinte, de que resultou a Carta de 1988, não foi fruto de uma manifestação popular expressa, no fundo, cifrou-se a eleger congressistas que resultaram investidos de poderes constituintes pela Emenda n.º 26/85, a rigor inconstitucional, à Constituição de 67.⁶⁹

Aqui verificamos em conexão com o tema da exposição, a relevância prática do estudo do Poder Constituinte, originário e derivado, numa época em que o Congresso Nacional, pratica inconstitucionalidades em avalanche e que farão surgir diante dos operadores do Direito, possíveis processos onde poderá ser questionada a constitucionalidade das revisões “constitucionais” na Constituição Federal de 05/10/1988, inclusive no que diz respeito a supressão (ainda projeto, tramitando no Congresso Nacional) das garantias da Magistratura, criação de um controle externo do Poder Judiciário, e a recentemente “aprovada” pela Câmara dos Deputados, da perda da estabilidade do servidor público (27/11/1997), podendo o servidor estável ser demitido toda vez que a despesa com pessoal ultrapassar 60% (sessenta por cento) do Orçamento da União Federal. Certamente, haverá o controle da Inconstitucionalidade, através do controle direto do Supremo Tribunal Federal (Ação Direta de Inconstitucionalidade), e do controle difuso da constitucionalidade atribuído a todos os Magistrados dentro de suas respectivas jurisdições. Concito o leitor a meditar, sobre a importância para os operadores do Direito, nesse

69 - Bastos, Celso Ribeiro, in Revista Literária de Direito, Ano IV, número 19, set/ out/1997, págs. 8 e 9.

momento tão crucial, de terem em suas mentes, avivadas idéias sobre Poder Constituinte.⁷⁰ Posto que se não houver Controle da Constitucionalidade, poderão os operadores do Direito (Magistrados, Advogados, Ministério Público, Juristas), questionarem-se: ainda estamos vivendo num Estado Democrático de Direito?

70 Ver sobre Legalidade e Legitimidade, Barros, Cristiane Gouveia de, in Revista da ESMape, volume 2- número 4- abril/junho/1997, pág. 126 e ss.

Bibliografia

- BARROS, Cristiane Gouveia de. "Legalidade e Legitimidade: subsídios para uma diferenciação filosófica. Recife: Revista da ESMape, volume 2 - Número 4 - abril/junho/1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro. "Revisão Constitucional só mediante plebiscito" in Revista Literária de Direito, Ano IV, Número 19, setembro/outubro de 1997, é uma publicação bimestral da Editora Literária de Direito Ltda, sob licença da Editora da Editora Jurídica Brasileira Ltda. São Paulo-SP.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. "Constituição e Constituinte". 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1984.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "Curso de Direito Constitucional", 14ª edição e revisado e atualizado, São Paulo: Saraiva, 1985.
- GRAU, Eros Roberto. "A Constituinte e a Constituição que teremos", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- KELSEN, Hans. "Teoria Pura do Direito", 4ª edição, tradução de João Baptista Machado, Coimbra: Armênio Amado Editor-sucissor, 1979.
- LIMA, Antonio Sebastião de. "Poder Constituinte e Constituição", Rio de Janeiro: Plurarte, 1983.
- RUSSOMANO, Rosah. "Curso de Direito Constitucional", 4ª edição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. Alterado, revisto e atualizado até a emenda n. 24 de 1/12/1983.
- SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. "O Poder Constituinte (a natureza e titularidade do Poder Constituinte Originário). 1ª edição, São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.
- SILVA, José Afonso da. "Curso de Direito Constitucional Positivo", 3ª edição revista e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.
- TEMER, Michel. "Elementos de Direito Constitucional", 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo A. "Teoria Constitucional: vol. I - Teoria Constituyente, Poder Constituyente: fundacional, revolucionario, reformador. Vol. II - Supremacia y Control de Constitucionalidad; Buenos Aires: Depalma, 1975/1976.
- VASCONCELOS, Wilson Accioli de. "Instituições de Direito Constitucional", 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

EDUCAÇÃO E JUSTIÇA SUPRANACIONAL

Caetano Lagrasta Neto

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

Não há Liberdade sem Educação

Simon Bolivar

Acredito na Educação que forma, não na que treina

Paulo Freire

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O sonho. 3. Mercosul – vertentes econômica e jurídica: visão crítica. 4. A reforma educacional e as escolas de juizes. 5. Escola supranacional. Conclusão.

1. Introdução

Iniciamos a pesquisa deste trabalho no dia da morte de Paulo Freire e cremos que seremos orientados pelos sinais do maior educador brasileiro da atualidade.

Desde logo, duas afirmações: nós, da América Latina, devemos procurar nosso próprio caminho, para educar nossos juizes, considerando a presença de índios e negros, além de europeus e extensas minorias, que formam uma raça plúrima e de tradições diversas daquelas que constituem os modelos educacionais, até hoje aceitos. A segunda, por mais óbvia, implica a reestruturação pedagógica dos currículos escolares, capaz de afastar armadilhas e pântanos que subsistem como parte de uma herança de dominação colonial.

2. O sonho

Retomemos o sonho. Esta palavra – tão invejada por Jorge Luis Borges – distingue nossos idiomas: *sueño*, em espanhol, também significa sono. Mas, não nos percamos neste jardim de *senderos que se bifurcam*, num *sono sem sonhos*, a que nos vemos constrangidos por imposições imperiais. É chegada a hora de se repensar uma nova ciência jurídica, baseada numa pedagogia para o terceiro milênio, cujos parâmetros iniciais foram lançados pela **Carta do Guarujá**.

Os problemas são inúmeros, revestidos de crescente complexidade e importância, enquanto que o objetivo traçado longe está de ser rapidamente atingido. Sem qualquer preocupação – de momento – com o grau de complexidade, apontemos alguns estados de crise, em especial da Educação e da Economia.

Constata-se, ainda que ausentes elementos seguros com relação aos demais países latino-americanos, que, no Brasil, ressentem-se os cursos jurídicos de razoável formação crítica, quer para alunos, quer para professores, além de maior aprofundamento em matérias que envolvam política externa e desenvolvimento. De há muito, não mais se estuda nas Escolas de Direito algo que possa, ainda que de longe, lembrar o Direito Comparado. Inexiste preocupação com a formação histórica e diplomática, colocando-se de lado matérias como Economia e Sociologia.

Os cursos de ciências jurídicas não formam juristas, preocupando-se com treinar bacharéis. Enfatizam a experiência dos balcões de Fórum ou o dirigismo para capacitar candidatos a cargos públicos. Estas circunstâncias têm propiciado um equivocado florescer do direito processual, negligenciado o estudo do direito substantivo. Sob este aspecto, permitimo-nos lembrar Relatório sobre ensino jurídico no Brasil, elaborado e apresentado ao IX

Congresso Mundial de Direito Judiciário, realizado em Coimbra, em 1991, juntamente com o Advogado, Dr. Ricardo Penteado de Freitas Borges, e que serviu de base para o Relatório Geral, elaborado pelos Profs. Carpi e Di Frederico. Naquela oportunidade, como agora, concluía-mos pela expressa condenação dos métodos e pedagogia empregados pelas Escolas de Direito, viciadas numa visão restrita de que deveriam apenas treinar futuros candidatos às carreiras jurídicas¹. Do Relatório a esta data, pouco caminhamos no sentido de transformar nossas escolas de direito ou de magistrados em escolas de formação ou especialização na ciência jurídica, onde teoria e prática estejam voltadas para a afirmação da Paz e da Justiça, com raras e honrosas exceções. Nele apontávamos as deficiências crônicas da incipiente formação escolar, em qualquer de seus graus. O erro estava, como está, na base, isto é, na má-formação de professores e alunos, na reduzida oferta de escolas públicas, de bolsas de estudos, fazendo prevalecer a desigualdade no acesso à Educação. A esses fatores acrescem-se os da evasão e precária administração escolar, ausência de planificação pedagógica e de currículos, por fim, mas não como último, a humilhante remuneração dos professores, sejam eles de escolas públicas ou privadas, também em qualquer grau. Evidencia-se, assim o desrespeito à dignidade de todos quantos compõem o arcabouço educacional, sejam eles pais, mestres ou alunos.

Dessa forma, com esporádicas manifestações de conscientização, durante anos continuou-se a dormir e só agora nos será permitido, com o Continente, sonhar.

3. Mercosul – vertentes econômica e jurídica: visão crítica

A atual formação dos lidadores do Direito, com vista a um Mercado Comum continental, implica a especia-

lização e o amplo conhecimento da vertente jurídica internacional, acrescida de pelo menos mais uma dificuldade, anteriormente desconhecida, que se resume na consciente interpretação legislativa e jurisprudencial, daquilo que efetivamente representa nosso interesse, quando em confronto com os das comunidades européia, asiática, do NAFTA, etc., enfim no enfrentamento da economia globalizada.

Se treinarmos o magistrado do amanhã apenas para o exercício da função e não o formarmos para o raciocínio crítico, dentro em pouco vê-lo-emos naufragar e ser tragado pelas razões pouco explícitas do neoliberalismo econômico. Deverá ele estar preparado para resolver questões de relevância entre empresas transnacionais, entre países, mas, o que é mais importante e de maior gravidade: questões entre estes e o particular (pessoa física ou jurídica). Ademais, necessitará de sólidos conhecimentos da jurisprudência dos outros países do MERCOSUL, sobre direitos do consumidor, do trabalhador, da previdência social, da problemática penal do tráfico de entorpecentes, dos crimes de fronteira e da lavagem de dinheiro.

Nada disto será possível sem que nos fixemos doravante – num duro aprendizado – desde as raízes e características de cada povo que compõe o MERCOSUL. Enquanto não tivermos consciência de nossas deficiências, fácil será apontar o *grande irmão do Norte* como seu único responsável, com riscos de recair num discurso político doente, marcado por um esquerdismo infantil.

A questão do ensino, voltado para a formação de juristas de uma Comunidade Econômica, revela-se preñe de dificuldades, visto que, ao tratar com outros países, outras culturas, outros regimes políticos, com países que estão colocados na cúpula da liderança mundial, a independência e isenção dos juízes, obedecido o império

da lei, devem ser os primeiros e constantes objetivos buscados por todos os lidadores e estudiosos do direito comunitário do MERCOSUL.

Não podemos acreditar em soluções simplistas, especialmente quando tratamos da convivência pacífica de nossos povos e da sobrevivência de uma instituição complexa, como é o Poder Judiciário.

O derradeiro obstáculo a vencer será o de rejeitar que nossas deficiências, por milenares, sejam insuperáveis: mesmo antes da informática e da internet, devemos manter discreta e eficiente formação cultural e humanística. Se a preservarmos, estaremos a meio passo de concretizar o acalentado sonho de integração continental.

Não esqueçamos, todavia, que o primeiro objetivo dos regimes de exceção e de seus epígonos é calar e, se possível, neutralizar a atividade do Poder Judiciário. Esse também parece ser o desejo de políticas econômicas que se instalam às custas de um desemprego mundial de 2 bilhões de operários e buscam exclusivamente o lucro e a mão-de-obra mais barata e disponível. Cabe-nos julgar e mediar essas disputas que virão e se descurarmos de nossa formação e da proteção dessa grande massa trabalhadora, com certeza, brevemente ouviremos dizer que “não há mais juízes no Continente Latino-Americano”, ao contrário do que pode ter ocorrido na Alemanha nazista.

Não há como negar que a preocupação de nossos governos, perante o Mercado Comum, até o momento, voltou-se exclusivamente à vertente econômica, ignorada a jurídica. Exemplos dessa afirmação encontramos, desde logo, em qualquer Tratado, Protocolo ou Resolução, elaborados no âmbito do MERCOSUL. Não há menção a Poder Judiciário, Tribunal Supranacional, Direito Comunitário, mas podemos localizar, sem grande

dificuldade, referência a "outros meios pacíficos de solução de controvérsias".

O panorama histórico, diplomático e econômico, vincula-se, hoje, mundialmente, a uma nova versão do liberalismo econômico, que, como qualquer versão, ainda que maquiada, necessita apregoar reformas, capazes de sustentar uma aparência de modernidade. Creio que não será exagerado afirmar-se que, na ausência de guerras para manter domínio e privilégios, idéias econômicas anacrônicas são reapresentadas como novidade, exigindo "revoluções" aparentes: que tudo mude, desde que tudo permaneça igual; dessa forma, mantendo-se e agravando-se o desespero da classe operária e das minorias. Nossos países, uns antecipadamente e outros com atraso, discutem, no momento atual, a forma de atingir os benefícios do neoliberalismo, através de uma radical reforma: da educação, do poder judiciário, da legislação penal e eleitoral, da previdência, da saúde, da segurança, da flexibilização das condições de trabalho, dentre outras. Qual será o nosso papel e o de nossas Escolas nessa perversa retomada do desenvolvimento, ignoradas a renovação do aparelhamento judiciário, a formação dos juizes, ante a enorme massa de desempregados, minorias e miseráveis deste Continente?

4. A reforma educacional e as escolas de juizes

Sobre o tema, Gustavo Fernández Saavedra, ex-embaixador da Bolívia no Brasil, em recente publicação², afirma que todos os países da região, ao imaginarem uma reforma educacional constataram, em sombrio diagnóstico, que: "A educação básica é de baixa qualidade, a taxa de evasão é intoleravelmente alta e a cobertura do serviço está longe de ser universal, o que afeta as mulheres, geralmente, de forma mais contundente, especialmente em países com alta presença indígena". Prossegue nesta

análise evidenciando, ademais, que a tentativa de descentralização conseguiu atingir as sólidas bases do sindicalismo do magistério, favorecendo clientelismos regionais, com nefastas repercussões na qualidade do serviço prestado e "com forte crescimento da diferenciação no acesso à educação". Com isto, a exclusão dos pobres é também agravada pela ausência do governo central nas regiões menos desenvolvidas, com extensão à insípida proteção daquelas minorias.

No Brasil, recentemente criou-se um programa social, chamado de renda mínima, com a concessão de bolsas de estudos para crianças, com idades que vão dos 3 anos aos 13 anos, desde que estudem e recusem o trabalho-mirim nas minas, usinas de açúcar, carvoarias, com o qual suplementam o orçamento familiar. Assim, o recebimento dessa bolsa acaba resolvendo o problema da renda mínima, mas não o da educação, pois nas localidades mais afastadas não existem escolas, o que, dependendo da distância, jamais existirá. Em recente pesquisa do jornal "Folha de S.Paulo", constatou-se que, dos 77 projetos municipais apresentados, nos últimos 3 anos, só 9 foram efetivamente implantados³. Esta problemática, ainda que em menor extensão, também atinge aos demais países do Continente.

A magistratura brasileira, até o momento, e ao contrário de outras que compõem o MERCOSUL, desfruta de predicados, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, garantidos constitucionalmente. Vê-se, porém, constantemente ameaçada na sua independência, por investidas do Poder Executivo, que pretende sujeitá-la por vezes a um controle externo, outras, sugere que até deste poderá prescindir, substituindo-o, pela edição arbitrária e repetida de *medidas provisórias*, em evidente desrespeito aos requisitos de relevância e urgência, (art. 62 da Constituição da

República), para, após, submetê-las às Súmulas Vinculantes, decididas exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, no qual, desde o processo de nomeação, interfere.

As experiências de Escolas de Magistrados também padecem daqueles vícios devidos a uma base educacional insuficiente; debatendo-se numa experiência que, raras vezes, tem conseguido atingir segura orientação curricular, profissionalismo de seu corpo docente ou mesmo a concretização de cursos regulares de reciclagem e de altos estudos. A razão mais próxima desse fracasso, para algumas, tem sido a vinculação aos Tribunais de Justiça, quando sofre ingerências e influência de uma orientação precária, submetida aos interesses daquele órgão, ele também, distante de um processo democrático de escolha de seus dirigentes. Essas circunstâncias, cada vez mais, vêm se refletindo na deficiente formação dos juízes, descuidados que estão de uma consciência histórica e econômica e avassalados pelo temor de formarem com suas escolas "um perigoso núcleo ideológico". Os sucessivos planos econômicos propiciam a reiteração monstruosa de recursos e desamparo da população mais pobre, alijando os juízes da discussão e elaboração jurídica dos documentos básicos da Nação e do MERCOSUL, levando-os a um estado de alienação e desencanto.

Nos outros países, a ausência daquelas garantias constitucionais e a existência de um processo pouco democrático de seleção e ingresso na carreira conduzem, acredita-se, a uma situação não muito diversa, agravada pelo desrespeito à independência de toda a classe.

Pode-se, assim, concluir que qualquer tentativa de se estabelecer, no Mercado Comum, Tribunal e Escola Supranacionais, passa, necessariamente, pela garantia de independência dos magistrados e pela adaptação interna e arejamento democrático de todo o Poder Judiciário, de

suas cúpulas dirigentes e de suas Escolas, acrescidas da expectativa de uma radical mudança de mentalidade do Poder Executivo. A magistratura não pode ser representada ou pensar por quem ela não escolhe e o Poder Executivo, por sua vez, não pode pensar e decidir sozinho!

5. Escola supranacional

Imaginar uma Escola Supranacional para o MERCOSUL é tarefa para alguns anos e requer desprendimento, aplicação e idealismo incomparáveis, não se podendo omitir a enorme distância que existirá entre a Escola que imaginamos e aquela que teremos.

Aceitamos temerosos, essa reconfortante tarefa de tentar descrever o sonho, porque acreditamos na magistratura como um todo e que possamos sugerir-lhe algumas idéias, fruto de uma experiência de mais de 10 anos na Escola Paulista da Magistratura, onde desempenhamos, durante seus quatro primeiros anos, o cargo de Secretário-Executivo e hoje, há quase seis, os de Diretor do Conselho Editorial de sua Revista (em convênio com a Associação Paulista de Magistrados), além de Secretário-Executivo dos Centros de Estudos. Sobre estes, num breve parêntese, refere-se que foram criados, através de sedes no Interior, com a missão de integrar, de forma democrática, os demais juízes no acesso às atividades desenvolvidas pela Escola Paulista na Capital do Estado.

Iniciando o exame da criação e adequação da Escola Supranacional, a primeira questão que colocamos é: qual será o currículo ideal para uma Escola de porte e natureza supranacionais?

Acredita-se que, de imediato, seja necessário reciclar os magistrados em matérias como Direito Internacional (Público e Privado), ministrar-lhes noções de política externa, economia, sociologia, história diplomática da América Latina, do constitucionalismo

latino-americano, quer através de aulas tradicionais, quer criando-se universidades à distância, com acesso também a bibliotecas e vídeos sobre a cultura e o comportamento de todos os povos do Continente. Da mesma forma, deve-se imaginar a possibilidade de estágios nas sedes de decisão dos respectivos países, através da concessão de bolsas de estudos aos magistrados que mais se destacarem durante a frequência aos cursos da Escola Supranacional.

A segunda colocação propõe refletir sobre a possibilidade de criação de uma Escola que anteceda à instalação do próprio Tribunal Supranacional, o que, sem dúvida, é essencial, caso contrário, não terão os juízes onde pesquisar e iniciar o estudo da jurisprudência continental e internacional, preparando-se para o exercício futuro de funções supranacionais. Uma instituição capaz de recolher e divulgar legislação e decisões que digam respeito ao Mercado Comum, como o compartilhamento da soberania ou a definição de competências, elaborando os novos currículos e selecionando professores e alunos. Ou será que poderemos improvisar?

A questão é grave. Não podemos esquecer que a elaboração de Tratados, Protocolos, Resoluções, de atos oriundos dos órgãos que compõem o MERCOSUL, está sendo consumada em verdadeira avalanche. Os aspectos econômicos, alfandegários, de previdência social, de movimentação de trabalhadores, vêm sendo regulamentados, quase que diariamente. Já existem acordos bilaterais de extrema importância para os *particulares*, como principais destinatários de todo este esforço comunitário, sejam eles empregadores ou empregados. Recentemente foi assinado acordo entre o Brasil e o Chile, sobre Previdência Social (D.O.U. de 26.4.96), que envolve, além da circulação de seus trabalhadores, a garantia, dentre outros benefícios, da aplicação bilateral de legislações referentes a acidentes de trabalho e doenças

profissionais (art. 2º). As conseqüências desse Acordo são imediatas e será que podemos nos considerar preparados para interpretá-lo ou julgá-lo, à luz de adequada jurisprudência?

Há outros obstáculos que devemos ter em mente, desde o início de nossos estudos: como resolver a questão constitucional de uma soberania compartilhada? Por ora, as Constituições que mais avançaram nessa direção, prevendo a instalação de um Tribunal Supranacional, são as da Argentina e do Paraguai. Será que não devem os magistrados latino-americanos receber sólida formação doutrinária específica, preparando-se para assessorar o Legislativo quando de eventual mudança constitucional em seus respectivos países, ou, o que é mais, para explicar os reflexos de um compartilhamento da soberania – tarefa hoje atribuída, com exclusividade, ao pessoal da burocracia diplomática?

A política diplomática, ao ignorar a vertente jurídica, não deixou de imaginar outras formas de solução das controvérsias, acenando-se – no Brasil – com uma lei (9.037/96), que cria a figura dos árbitros, na função de juízes leigos, competentes para decidir questões de fato e de direito! Pode parecer ilógico, mas, para o Poder Executivo e sua burocracia, representa o início de uma política que irá investir contra o monopólio da jurisdição, privatizando-a. A vertente econômica adiantou-se àquela jurídica, nivelando o tratamento jurídico, aos particulares, nas questões internacionais, *meramente* econômicas, onde cabível a arbitragem, esquecida de que o árbitro decidirá também questões entre estes e uma empresa transnacional ou um Estado. Quem irá fiscalizar e controlar a atividade do leigo, investido na função de juiz; as próprias partes? Será ele isento? Quem sobre ele exercerá controle funcional e administrativo? Ou será dispensável?

Outro relevante aspecto diz respeito à difusão de informações, conforme já alvitrado na 1ª Semana Jurídica do Mercosul, no Guarujá, no ano passado, devendo a atividade da Escola estar vinculada à imediata edição de um Boletim Oficial, com atualização legislativa e jurisprudencial, além de uma Revista doutrinária, distribuídos para as Escolas dos países que a integram e também através da inserção de página na Internet.

Apresenta-se igualmente imprescindível e urgente a elaboração de um Dicionário da Jurisprudência Comunitária Latino-Americana, bem como de uma Enciclopédia Jurídica, ambos editados nos idiomas oficiais do MERCOSUL.

Essas primeiras iniciativas demonstrarão a necessidade de se criar e instalar a Escola e o Tribunal Supranacionais, desconsiderada a oposição, às vezes surda, outras ferrenha, que procura impedir a integração do Continente. Naquelas devemos persistir, pois servirão para que não nos apresentemos na Casa Grande com idéias e ambições da Senzala.

Sugere-se que a Escola Supranacional deva ser imediatamente instalada, com o nome de "Escola Supranacional do MERCOSUL - PAULO FREIRE". Lembramos, em caráter pessoal, o nome de Paulo Freire, talvez um dos maiores educadores do Brasil contemporâneo, mundialmente reconhecido, não só diante de seu recente falecimento, mas como justa homenagem ao homem que, com sua modéstia e profunda dedicação pedagógica, ao alfabetizar adultos, elaborou-lhes uma nova carta de alforria, capaz de arrancá-los de uma escravidão econômica, baseada numa indigência mental provocada. Não serão estes, talvez, os mesmos princípios que devem nortear nosso sonho e sua concretização?

Quanto à localização da Escola, cremos que deverá obedecer a princípios de geopolítica e a requisitos

mínimos, capazes de premiar a magistratura que já esteja desenvolvendo amplo trabalho de integração do Continente e possua Escola de Magistrados, apta a cumprir tão relevante e árdua missão.

Sugerimos ainda, que os demais países, dependendo do interesse e da extensão territorial, criem e instalem suas próprias Escolas Mercosulinas de magistrados, estabelecendo-se, dessa forma, um verdadeiro *campus* continental, sempre observadas as diretrizes gerais, fixadas para todos os países, quando da criação e instalação da Escola Supranacional. Desacreditamos de uma eventual rotatividade de sua sede, capaz de abalar, diante das eventuais mudanças de orientação e método, a força e o prestígio em que deva a Escola estar alicerçada, desde a sua criação.

A escolha de representantes, professores ou alunos deverá basear-se no notável conhecimento jurídico e no inquebrantável idealismo, aferidos por uma conduta e uma vida intensamente dedicadas à integração e ao respeito por todos os povos da América Latina.

Resulta essencial a elaboração de convênios com a ONU e outros organismos mundiais, com Universidades que desenvolvam cursos de Direito Comunitário, Escolas de Diplomatas, de Ciências Sociais e de Sociologia e Política, além de qualquer entidade, cujos objetivos sejam condizentes aos da Escola Supranacional.

A manutenção da Escola e de suas congêneres deverá ser suprida pela União, por Estados ou Municípios, em dotações orçamentárias oficiais ou, por entidades privadas ou Institutos, criados através de doações, dirigindo-se à preparação de todos os lidadores do Direito. Não há, por óbvio, que se excluir desta formação Advogados, Procuradores, Promotores de Justiça ou agentes das Polícias Judiciárias. Estas, em nosso

Continente, têm sofrido constante deformação política, fruto de reiterada orientação e controle por regimes ditatoriais, que as afastam da atividade precípua de proteger e resguardar a vida dos cidadãos, descaracterizando a Segurança Pública. Nesse ponto, não seria demais imaginarmos, desde logo, uma forma de apuração dos crimes que garanta a ampla defesa e o contraditório, com a presença de autoridade judiciária, desde a fase policial, como premissa à defesa intransigente da Cidadania e dos Direitos Humanos.

Conclusão

Encerram-se estas considerações também sob o anseio mundial, inserto no Relatório da "Comissão sobre Governança Global", de 1995, que, ao definir seus objetivos, afirmava não propor qualquer movimento "a favor de um governo mundial", pois, se assim fizesse, enveredaria por um caminho próprio a um mundo menos democrático, mais acomodado diante do poder, mais propício às ambições hegemônicas e que preconizasse o papel de Estados e governos em detrimento dos direitos dos cidadãos. Trata-se, antes, do prenúncio de uma nova era, na qual se deve lutar "para submeter o poder arbitrário – econômico, político ou militar – ao império da lei na sociedade global"¹⁴. O mesmo império da lei que distingue bárbaros de civilizados, sociedades democráticas daquelas tirânicas, que protege a liberdade e a justiça da repressão, fazendo prevalecer a igualdade à dominação e que, por fim, protege os mais fracos da prepotência injusta dos mais fortes.

Cabe, por oportuno, lembrar o Artigo 38 [1], do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em sua letra (d), quando estabelece que deverá ela aplicar (...) as decisões judiciárias e a doutrina dos juristas mais

qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. Remontando aquela, na origem, à cidade de Haia, entre 1899 e 1907, pretendia se constituir no receptáculo da confiança das nações. Desde logo, Elihu Root, então Secretário de Estado dos EUA, observou à sua delegação que alguns países "se opunham à arbitragem não por se recusarem a submeter controvérsias a uma arbitragem imparcial, e sim por temerem que os árbitros não fossem imparciais". Root pretendia, assim como o mundo atual, a criação de um Tribunal confiável, composto de "jurisconsultos, nada mais que isso, os quais recebam remuneração adequada, não tenham outra ocupação e dediquem todo o seu tempo ao julgamento de causas internacionais, por métodos judiciais e com senso de responsabilidade judicial"¹⁵.

A responsabilidade da magistratura continental na criação de uma Corte e de uma Escola Supranacionais não pode estar centrada na defesa mesquinha de um sentimento corporativo. Quando lutamos para preservar nossos postos de trabalho, amparados legalmente pelas garantias inerentes à independência e liberdade das decisões, devemos pensar que a população latino-americana sempre esteve sujeita a agressões, assassinatos e torturas e que a classe trabalhadora, tem sido constantemente aviltada nos seus direitos. Quando assumimos a responsabilidade de fazê-lo é para que não se tenha acesso a uma justiça dirigida exclusivamente por leigos na função jurisdicional, por árbitros em vez de magistrados, que deixem de ser independentes se ameaçados ou corrompidos por ricos ou poderosos.

Devemos garantir às nossas populações que encontrarão juízes internacionais bem-formados, ética e juridicamente; magistrados preparados para distribuir rápida e eficaz prestação jurisdicional, sempre obedecidas a liberdade e independência de convicções e julgamentos.

Quando nos propomos a criar uma Escola Supranacional pensamos não só em proteger nossos povos da ganância econômica mundial, com arremedos de Poder Judiciário, expressão sutil de nova investida colonialista, mas também em atingir estatura internacional, como magistrados e defensores intransigentes do Estado Democrático de Direito e do império da lei.

Não podemos acreditar que a sanha privatística possa atingir o dever inalienável dos Estados de a todos permitir o acesso a uma ordem jurídica justa, à rápida e eficaz prestação jurisdicional e a uma orientação segura de seus juízes, especialmente no âmbito do Mercosul.

Lembremos aqui o raciocínio de Bobbio, corretamente interpretado por Giuseppe Vacca, quando preconizam que: *"O mercado, escreve Bobbio, "bem mais que a democracia política, foi o grande vencedor da disputa das democracias contra os regimes comunistas". Mas ele parece ser hoje o reino do "homem utilitário, interessado, egoísta, que se ocupa tão-somente de seus próprios interesses particulares". A "vitória esmagadora do mercado" demonstra que a sociedade em que vivemos "é uma sociedade sem ideais, uma sociedade que atravessa uma crise moral", na qual, ao menos por enquanto, o Homo oeconomicus prevaleceu sobre o Homo sapiens e não se vê como este possa voltar a atuar."*⁶

Tomando-se o **Homo sapiens**, como exemplo de garantidor da democracia, constatamos que os juízes, ao menos os do Brasil, sempre olharam com desconfiança e cautela para questões políticas, econômicas e diplomáticas, delas apenas auferindo as desastrosas conseqüências das reiteradas controvérsias e iníquos planos econômicos, não querendo isto dizer que tenham admitido uma instituição sem ideais.

Devemos supor que, dos destroços dos "anos de chumbo", que recobriram todo o nosso Continente, surgirá um novo pacto político de integração, a ser rapidamente alcançado e concretizado, através de uma estrutura jurídica capaz de assegurar os direitos de cidadania aos nossos povos. Não podemos, assim, prescindir de Tribunal e Escola Supranacionais, com juízes aptos a interpretar e julgar as novas questões continentais, como corolários de uma verdadeira e intransigente defesa dos Direitos Humanos⁷.

Há séculos o poeta persa, Rômi, advertia que não devemos nos iludir com uma única verdade – nossa ou que nos pretendam impor. A verdade era um espelho, que, ao cair das mãos de Deus, quebrou-se. Cada um recolhe um pedaço e diz que naquele caco de vidro está contida toda a verdade.

A luta pela integração é uma verdade composta por miríades de cacos, como a independência dos juízes e a negação de qualquer espécie de privatização do monopólio da jurisdição, mesmo que a pretendam como "verdadeira reforma" ou que se constitua num "revolucionário" enfoque do liberalismo econômico.

O que nos propomos é a busca do verdadeiro caminho, capaz de dignificar o Poder Judiciário Supranacional e seus juízes, a todos os cidadãos garantindo o acesso a uma ordem jurídica justa.

Para isto viemos!

Notas:

- * Palestra proferida para juizes latino-americanos reunidos em Garibaldi - RS - entre os dias 29 a 31 de maio de 1997, na "2ª Semana Jurídica do MERCOSUL".
- (1) "Relatório do Brasil: Educação e Treinamento de Juizes e Advogados" - incluído no "General Reports" - in "Revista da Escola Paulista da Magistratura" - Ano I, nº 0 - pags. 275/286 - São Paulo - Abril/Maio - 1993;
 - (2) SAAVEDRA, Gustavo Fernández - "O Futuro já não é o que era antes: O novo sentido da Mudança" - in "Política Comparada" - Ano I, vol. I, nº 1 - págs. 15/42 - Brasília - Janeiro/Abril - 1997;
 - (3) "Infância Roubada" - Caderno Especial sobre Trabalho Infantil - Jornal "Folha de São Paulo" - 1º de Maio e 3 de Maio de 1997;
 - (4) "Nossa Comunidade Global" - "O Relatório da Comissão sobre Governança Global" - Prefácio dos Co-Presidentes: Ingvar Carlsson e Shridath Ramphal - pag. XV e XVI - Ed. Fundação Getúlio Vargas - 1996;
 - (5) *Idem* - "O Fortalecimento do Império da Lei no Plano Mundial" - Cap. 6 - págs. 229/253;
 - (6) VACCA, Giuseppe - "Pensar o Mundo Novo - Rumo à Democracia do Século XXI" - Editora Ática - 1996 - pag. 15;
 - (7) NOAM CHOMSKY (in "La Intervencion Estadounidense en Centroamérica y VietNam" - Alción Editora - 1996 - 1ª Bs.As. - Argentina, especialmente, às fls. 15 e 24).

O PODER INTERVENTIVO DO JUIZ NOS CONTRATOS DE CONSUMO

Demócrito Ramos Reinaldo Filho
Juiz de Direito de Capital. Coordenador dos Cursos de Deontologia, Atualização e Aperfeiçoamento de Magistrados. Professor de Direito do Consumidor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE. Juiz Corregedor Auxiliar.

O liberalismo acentuado reinante no início do século XIX influenciou toda a construção doutrinária e legislativa da teoria contratual, fazendo com que o contrato, como instrumento jurídico que possibilita a circulação de riquezas, resultasse totalmente dominado por dois princípios: o da lei entre as partes (*lex inter partes*) e o da observância do pactuado (*pacta sunt servanda*). O primeiro impede a alteração do que as partes convençionaram; o segundo obriga-as a cumprir fielmente o que avençaram e prometeram reciprocamente.

A teoria clássica do contrato, informada por esses dois princípios, levou às conseqüências máximas a autonomia da vontade, desprezando o próprio conteúdo do contrato e a realidade exterior, como as condições sociais envolvendo as partes contratantes. "Atendia a um modelo de sociedade estabilizada, tanto do ponto de vista político, como do sociológico e do econômico, mesmo que nela houvesse disparidades sociais e econômicas"¹.

1 Cf. Nelson Nery Júnior, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos autores do Anteprojeto, Forense Universitária, 4a. ed., p. 287.

Somente a partir da 1ª Guerra Mundial, com as profundas modificações que acarretou no meio sócio, econômico e político, ameaçando a estabilidade institucional de alguns dos principais países europeus, é que ocorreu fenômeno no Direito, forçado pela necessidade de se restabelecer a paz social, que possibilitou abalar a autonomia da vontade nas relações contratuais, que deixaria de ser um princípio onímodo para admitir limitações. Tal fenômeno ficou conhecido como **dirigismo contratual**, fundado no reconhecimento de que a autonomia da vontade das partes em um determinado ajuste privado cede às exigências da ordem pública, que deve prevalecer sobre o individualismo, funcionando como fator limitativo da liberdade contratual.

A intervenção estatal nas relações contratuais privadas, nos moldes em que se desenvolveu originalmente, caminhou por duas vertentes: a) de um lado, controlando o conteúdo de certas relações jurídicas consideradas como merecedoras de controle estatal², de modo a garantir a manutenção de equilíbrio entre as partes – o Estado passava a intervir de modo mais intenso no universo dos negócios privados, pela via legislativa, planejando, fiscalizando e controlando certas atividades (pela fixação de cotas e preços, tabelamento de juros, etc.) e, aos poucos, evoluindo esse intervencionismo até o ponto de editar leis limitadoras do próprio conteúdo de certos contratos, em atividades socialmente relevantes; b) e de outro, admitindo como regra geral a possibilidade de rescisão (ou revisão) do contrato (de qualquer espécie) quando da superveniência de fatos extraordinários e imprevisíveis, por ocasião da sua formação, que acarretam uma excessiva onerosidade para um dos contraentes e um lucro desarrazoado para o outro.

2. Como hipótese mais gritante de dirigismo estatal pode ser citado o contrato de trabalho, onde a lei estabelece como e quais cláusulas podem ser estipuladas.

Desenvolveu-se, assim, a teoria de que em todos os contratos estaria subentendida a cláusula *rebus sic stantibus*, correspondente à fórmula de que, nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigacional fica subordinado, a todo tempo, ao estado de fato vigente à época de sua formação, pelo que a superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere profundamente as condições de execução do contrato, justifica a recomposição do *status* anterior. Consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevisíveis e imprevisíveis pelas partes e a ela não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam sua revisão, para ajustá-los às circunstâncias supervenientes.

Nesses termos herdamos a sistemática contratual, que, inobstante o avanço da criação da teoria da imprevisão, a qual foi sendo admitida paulatinamente pela doutrina e jurisprudência, como um dos aspectos do *dirigismo contratual* aceitável, não mais satisfazia a realidade social e econômica dos tempos atuais, que estava a exigir um avanço ainda maior na concepção do contrato. Os institutos da teoria da imprevisão e dos vícios do consentimento já não se mostravam suficientes para atender, de forma plena, às vicissitudes de uma sociedade marcada pelo dinamismo e constantes transformações, impulsionadas especialmente pelo fenômeno do consumismo em massa.

A revolução industrial havia gerado um novo modelo de associativismo – a sociedade de consumo (*mass consumption society*), caracterizada por uma produção e distribuição de bens em grande escala, proporcionadas pela difusão do crédito e por uma política de *marketing* audaciosa, que absorve as pessoas por uma falsa idéia de que a satisfação de todas as necessidades humanas passa pela aquisição de bens de consumo.

A formação da sociedade de consumo, ao contrário do que se poderia esperar, não favoreceu o consumidor de uma maneira completa. Em muitos aspectos prejudicou-o, por inverter os papéis na correlação de forças diante do fornecedor, quebrando uma antes imanente posição de relativo equilíbrio contratual, tornando-se indispensável uma intervenção estatal mais acentuada nas relações obrigacionais privadas.

Atento a essa realidade da sociedade de massas e com a visão ideológica dos postulados da nova teoria contratual, que pressupõe relevância do interesse social de forma a influir sobre as relações obrigacionais privadas, o legislador brasileiro editou o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90, que surge como o mais novo e amplo conjunto de normas sobre matéria contratual, para disciplinar, na condição de norma geral, todos os negócios jurídicos envolvendo relações de consumo.

O Código remodela a função jurisdicional na apreciação da legitimidade dos pactos privados, atribuindo poderes ao juiz para perscrutar o próprio conteúdo contratual. A atividade do magistrado deixa de ser apenas um controle formal da vontade dos contraentes, se comprometida (ou não) por vícios ou defeitos que retirem a validade do negócio jurídico. Em sede judicial, a atividade controladora do conteúdo contratual implica no exame da própria justeza do pacto³, em termos de equilíbrio das obrigações assumidas. Na previsão do inc. V do seu art. 6º, o juiz, reconhecendo a presença de cláusula que estabeleça prestação desproporcional, substancialmente desvantajosa para o consumidor, deverá “estipular a nova cláusula ou as novas bases do contrato revisto judicialmente. Emitirá *sentença determinativa*, de conteúdo constitutivo-integrativo e mandamental, vale

3 Nesse sentido Cláudia de Lima Marques, in *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, RT, 2a ed., p. 88.

dizer, exercendo verdadeira atividade criadora, completando ou mudando alguns elementos da relação jurídica de consumo já constituída”⁴.

O princípio clássico de que o contrato não pode ser modificado ou suprimido senão por nova manifestação volitiva das mesmas partes contratantes perde o caráter absoluto. Ao juiz é permitido até mesmo inserir no quadro da relação contratual novas obrigações em atenção ao princípio da boa-fé, mesmo que as partes não as tenham previsto ou as tenham expressamente excluído no instrumento contratual. A vontade das partes não é mais a única fonte das obrigações que o juiz possui para interpretar um instrumento contratual. Como enfatiza Cláudia Lima Marques⁵, “o juiz ao interpretar o contrato não será um simples servidor da vontade das partes será, ao contrário, um servidor do interesse geral”. Assim, novas obrigações, não presentes no instrumento contratual, poderão nele ser inoculadas, em virtude de uma interpretação construtiva do juiz.

Nessa atividade de adequação do contrato à Justiça social, assume importância fundamental o aspecto da *confiança*, para proteger prioritariamente as expectativas legítimas que nasceram no outro contratante (o consumidor), o qual confiou na postura e nas obrigações assumidas (embora não escritas) pelo parceiro (fornecedor). A confiança e boa-fé que o consumidor deposita nas declarações do fornecedor é levada em consideração para a proteção de suas expectativas legítimas, que devem ser reconhecidas mesmo que não estejam garantidas expressamente no contrato. No sistema do CDC é feita menção explícita ao primado da boa-fé (no art. 4º III, e no art. 51, IV), que deve reger toda e qualquer relação de

4 Nelson Nery Júnior, ob. cit., págs. 319/320.

5 Na ob. cit., p. 94, usando expressão de Weil/Terré.

consumo. Trata-se de um princípio geral, indispensável à harmonia e transparência dos negócios jurídicos de consumo. A atuação do fornecedor, durante a execução do contrato, em desacordo com o princípio da boa-fé (ou da *confiança*), faz nascer para o consumidor o direito de pedir ao Juiz, como "fiscal da Justiça contratual", que "escreva" a cláusula não declarada no instrumento, mas que decorre de suas expectativas legitimadas pelo comportamento daquele na fase pré-contratual, da natureza do contrato ou ainda das circunstâncias do caso.

Diante de tudo o que se disse, fica claro que a revisão judicial das cláusulas contratuais (em negócios de consumo) não fica autorizada apenas na hipótese de alteração das circunstâncias fáticas, por evento superveniente e imprevisível. O inc. IV do art. 6º, do CDC, é bem expresso nesse sentido, ao permitir "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas". A aplicação da velha cláusula "rebus sic stantibus", a fim de que a execução do contrato se realize sem a ruína do consumidor, na superveniência de fato não cogitado pelas partes, criando ônus excessivo para ele, com vantagem desmedida para o fornecedor, permanece no sistema do CDC, em perfeita sintonia com a construção da doutrina e jurisprudência anterior à sua edição. O consumidor lesado no contrato por esse acontecimento superveniente, extraordinário e imprevisível, que altera profundamente a economia contratual, desequilibrando as prestações recíprocas, poderá desligar-se de sua obrigação, pedindo a rescisão do contrato ou o reajustamento das prestações recíprocas, por estar na iminência de se tornar inadimplente tendo em vista a dificuldade de cumprir o seu dever, ingressando em juízo no curso da produção dos efeitos do contrato, pois se este já foi executado não haverá

intervenção judicial⁶. A novidade é que a lei especial autoriza a revisão contratual independentemente da ocorrência de fato posterior que desequilibre substancialmente as posições das partes contratantes. Se o desequilíbrio já existia desde o momento da formação do vínculo contratual, é dever do Estado, atuando por seu órgão jurisdicional, proceder a uma intervenção corretiva, de forma a promover a Justiça social na relação contratual. Nesse caso, a relação contratual já nasceu desequilibrada, padecendo de um desvio desde a sua formação, por faltarlhe a equivalência das prestações, devendo ser sanado pela interferência estatal na autonomia privada.

Outro aspecto a ser observado é que a teoria da imprevisão, embora permitindo o reajustamento das condições contratuais à nova realidade fática, surgida com o evento exterior, vinha sendo entendida pela jurisprudência e doutrina como ensejadora exclusivamente da resolução do contrato. Por sua vez, o direito básico reconhecido ao consumidor no inc. V do art. 6º, do CDC, não tem como objetivo principal possibilitar a extinção do vínculo contratual, liberando-se o consumidor das obrigações assumidas. A autorização legal para intervenção judicial visa preponderantemente a manutenção do vínculo, apenas extirpando-se do seu núcleo normativo o fator que anula a comutatividade, por meio da modificação da cláusula que estabeleça prestação desproporcional. Permite a sobrevivência do negócio jurídico, embora não mais íntegro em seu conteúdo inicial, mas valendo e produzindo os efeitos legítimos. O fundamento da preservação do contrato reside na constatação de que, em determinadas hipóteses, é muito mais proveitoso para o consumidor a permanência do liame obrigacional, deixando o fornecedor atado a ele, em razão de que a

6 Como adverte Maria Helena Diniz, in *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 30 vol., Saraiva, p. 146.

fulminação pura e simples do vínculo pode privá-lo de produtos e serviços essenciais à sua subsistência e conforto, especialmente tratando-se de contratos cativos de longa duração ou em situações em que a empresa detenha o monopólio do fornecimento dos bens.

No contexto do Código, portanto, foi erigido à categoria de princípio a *conservação do contrato*, que se encontra expressamente previsto na Seção que trata das cláusulas abusivas (art. 51, § 2º), mas que deve ser almejado todas as vezes em que a revisão do contrato, quer seja através da simples declaração de nulidade de cláusula, quer seja modificando-a em parte ou ainda inserindo no seio do contrato obrigações não assumidas expressamente no instrumento. O exame do conteúdo do contrato pelo Judiciário deve ser feito de modo a, sempre que possível, não retirar a utilidade e operatividade do negócio jurídico de consumo, não devendo ser buscada, em princípio, solução que redunde em negar a eficácia da convenção como um todo.

É preciso esclarecer, por fim, que o o poder interventivo judicial nos contratos de consumo se exerce por via de um **controle concreto**, isto é, em cada caso concreto e frente às circunstâncias do caso. É um controle tópico; a intervenção produz modificação apenas na órbita de direitos das partes envolvidas naquela relação contratual específica e objeto da atividade revisional.

Não se pense que, na presença da regra do § 4º do art. 51, do CDC, em termos de intervenção judicial nos contratos de consumo exista em nosso sistema um controle abstrato. Mesmo em se tratando de cláusula abusiva, esta é insuscetível de um controle abstrato. A existência da citada disposição traduz apenas a faculdade de o interessado (o consumidor) optar por representar ao órgão ministerial, para que este ajuíze a competente ação, ao invés de intentá-la diretamente. Quando o legislador

inseriu no texto codificado a previsão de que "é facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual", não procurou criar um tipo diferenciado de controle judicial, mas tão-somente, como já se disse, fornecer um caminho opcional quanto à instauração do processo judicial, pelas razões conhecidas de que o órgão ministerial se revela com mais qualificação técnico-jurídica para a propositura da ação, daí ser preferível intentá-la por seu conduto, na condição de substituto processual, do que diretamente pelo consumidor, especialmente se for ele hipossuficiente⁷. Note-se que, em nenhum momento, refere-se expressamente a controle abstrato da abusividade da cláusula. A reforçar essa conclusão, tem-se ainda a circunstância de que o § único do art. 83, que previa expressamente a possibilidade de ajuizamento, pelo MP e por outros legitimados, de ação visando ao controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, foi vetado pelo Presidente da República.

Se o controle abstrato não é suscetível de realização pelo Judiciário, muito menos pelo Ministério Público pode sê-lo. Na elaboração do anteprojeto do Código surgiu uma tentativa de instituir um controle abstrato das cláusulas contratuais gerais pelo Ministério Público. As disposições que conferiam poder decisório ao órgão ministerial a

7 Cláudio Lima Marques posiciona-se em sentido diverso. De acordo com o entendimento que manifesta (ob. cit., p. 396) o § 4º do art. 51 encampa o controle judicial abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais. Já Nelson Nery Júnior expressa pensamento semelhante ao nosso, esclarecendo que o *Parquet* "pode propor visando ao controle concreto de cláusula contratual abusiva, mas não pode mover ação para obter indenização individual em favor de um determinado consumidor. Somente estará legitimado, para obter indenização, a mover a *class action* de que tratam os arts. 81, parágrafo único, n. III, e 91 do CDC, isto é, ação coletiva para a defesa de interesses e direitos individuais homogêneos (ob. cit., p. 371).

respeito de cláusulas contratuais gerais foram vetadas (§ 3º do art. 51 e 5º do art. 54), ao argumento de que afrontavam o monopólio da jurisdição conferida com exclusividade ao Poder Judiciário na Constituição.

O Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997, por sua vez, introduziu o controle abstrato das cláusulas contratuais gerais como prerrogativa da Administração (Poder Executivo), ao dispor ser da competência da Secretaria de Direito Econômico, órgão do Ministério da Justiça, a elaboração (anualmente) de elenco complementar de cláusulas abusivas. É claro, todavia, que a decisão desse órgão, conformada na escolha da lista complementar de cláusulas contratuais abusivas, não tem caráter de definitividade, pois, como decisão (ato) administrativa, sempre restará ao interessado a possibilidade de impugná-la junto ao Judiciário.

Discute-se se o *dirigismo contratual* sobreviverá aos novos tempos da pós-modernidade. O momento histórico que começa a ser vivenciado está marcado pelo incremento global das relações comerciais, que rompem de uma maneira nunca dantes vista as fronteiras territoriais dos países, fazendo aparecer o fenômeno que se convencionou chamar de "globalização da economia". Embalada pelo avanço tecnológico, a economia se superdimensiona, oportunizando a que empresas de qualquer parte do mundo possam realizar investimentos e auferir lucros nos mais diversos países, cujas economias estão integradas pelos laços da rede mundial de comunicação, tendo como centro desse novo império e como poder hegemônico os Estados Unidos da América. Com o fenômeno da "globalização da economia" ou depois da formação dos blocos econômicos (União Européia, Nafta, Mercosul, etc.), a economia mundial se expandiu de tal forma que as fronteiras nacionais passaram a ser um obstáculo para a desenvolvimento do comércio

internacional. Foram unificadas tarifas alfandegárias, tributos internos, regimes de competição entre empresas, tudo isso em prol da economia globalizada, para remover todos os empecos à expansão do capital.

Diante desse quadro que se nos antepõe, os juristas se dividem quanto ao futuro do papel do Direito nas relações contratuais, se vai sofrer uma mudança radical, de desregulamentação total do contrato, ou se vai originar, ao inverso, uma hiper-regulamentação, face a natural reação do Estado frente ao vazio legislativo e ao abuso das liberdades econômicas.

Ao nosso ver, o Direito caminhará para uma relativização ainda maior da autonomia da vontade. A lei produzirá uma intervenção intensa nos negócios jurídicos privados de consumo, limitando o conteúdo do contrato, de modo a procurar adequar a ordem jurídica à realidade da sociedade moderna, onde as relações econômicas, globalizadas, favorecidas pela rede mundial de comunicação, se dão num ritmo frenético, aumentando vertiginosamente a produção e distribuição dos bens de consumo de forma ainda mais dinâmica do que a proporcionada pela "revolução industrial", surgindo daí a necessidade de aperfeiçoamento e melhoria dos mecanismos de justiça contratual, num movimento na ciência jurídica que denominaríamos de visão "pós-moderna" da teoria contratual.

É esse deslocamento na concepção do contrato provocará um fenômeno curioso, aparentemente contraditório. Enquanto na economia dos países, de um modo geral, impera uma crescente tendência calcada na desregulamentação, no recuo do Estado, que passa por processo "desestatização" ou "privatização" total dos meios de produção, no âmbito do Direito, da teoria contratual, ocorrerá fenômeno inverso, caracterizado por uma espécie de "novo positivismo", que deixa pouco

espaço para a autonomia da vontade, através do estabelecimento de uma estrutura contratual "repressiva", um contrato de consumo extremamente controlado e fiscalizado pelo Estado.

Essa aparente contradição pode ser facilmente explicada. As profundas transformações na estrutura do Estado que caracterizam o mundo contemporâneo, acentuadas pelo processo de globalização, através da competição internacional, parecem empurrar os Estados nacionais a desenvolverem um modelo alternativo de organização política. A crise do chamado "Estado de Bem-Estar Social" (*Welfare State*), diante da impotência dos países de protegerem suas empresas nesse cenário de intensa competitividade internacional, não vai dar lugar a uma forma de Estado totalmente alheio às relações sócio-econômicas. O que se observa é que o modelo alternativo que se procura construir não se baseia somente no Estado ou no mercado. Se o século XX assiste ao fim do Estado social-democrata (e, ainda com mais razão, sua vertente socialista), o certo é que o Estado liberal de roupagem clássica, fundado na auto-regulamentação do mercado, em que deve prevalecer o livre o jogo das forças econômicas, também não sobreviverá incólume. Ao invés de um Estado **provedor** de bens e serviços, caminha-se para um Estado **regulador** ou **gerencial**⁸, uma forma estatal que se desvencilha do dever de prestação de

8 Conforme artigo do cientista político Michel Zaidan Filho, o qual revela que a nova forma estatal se baseia numa "nova esfera pública formada por um **terceiro setor** - organizações privadas sem fins lucrativos. Como uma das características dessa nova "esfera pública" não estatal, não privada, um novo tipo de gestão dos serviços públicos (gerencial) e uma nova espécie de propriedade (propriedade pública não estatal). Esse novo tipo de propriedade seria aquela relativa aos bens e serviços de utilidade pública (saúde, educação, pesquisa científica), mas não estatal, por não fazer parte do aparelho de Estado, mas oferecido por uma rede de organizações privadas, sem fins lucrativos - as organizações sociais" (artigo publicado no Diário de Pernambuco, coluna opinião, do dia 15.10.97).

serviços de utilidade pública - e mesmo serviços e bens essenciais (como os serviços de saúde e educação), de interesse geral do grupo social e do próprio Estado, e por isso mesmo antes considerados privativos do Poder Público, no sentido de que não podiam ser prestados por meio de órgãos não estatais. Embora deixando de ser compromisso social do Estado pós-moderno a prestação direta desses serviços, não se desincumbe do seu dever básico de controle e regulamentação das relações envolvendo a prestação de bens e serviços, quer no que diz respeito aos que antes pertenciam à propriedade estatal, quer no que se refere à regulamentação de outras atividades consideradas socialmente relevantes.

A essa nova realidade de gestão e propriedade públicas, certamente vai corresponder um novo modelo de cidadão - o cidadão cliente ou o cidadão consumidor, preocupado menos com o monopólio de produção dessas atividades, e mais com a qualidade e custos dos produtos ou serviços, mas ainda e sempre carente da proteção estatal, quando se tratar do seu relacionamento com forças mais poderosas do mercado - o fornecedor dos produtos e serviços, quer seja ele privado, estatal ou "semi-público".

E nesse cenário o Direito do Consumidor assumirá papel fundamental, isso porque surgiu exatamente em função do fortalecimento do liberalismo na economia, como reação natural frente aos abusos cometidos em nome das liberdades econômicas.

O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO

Denise Frossard

Juíza de Direito Titular da 10ª Vara Criminal do Rio de Janeiro.

A primeira digressão que se impõe é aquela relativa ao exame dos primeiros reflexos da expressão democrática sobre um Estado, enquanto Órgão diretivo de uma sociedade. Assim, cabe rememorar o exemplo Romano, onde a imperialidade do Executivo era mitigada pelas manifestações de aguda conveniência participativa do Senado, então proclamado como sede e verdadeira fonte do poder, já que, como diríamos hoje, expressão da vontade popular, de onde todo o poder deve emanar. Falamos dos Romanos já que enquanto reminiscências anteriores de outras civilizações marcantes, não encontramos com a precisão necessária, o perfil que se busca do aparelho Estatal, notadamente no arremedo da divisão de funções entre órgãos ditos diretivos. Nesse sentido temos o militarismo Macedônico, a Teocracia Hebraica, as abstrações utópicas do universo artístico Ateniense, entre tantos outros de menor expressão.

Sem que se pretenda aqui tangenciar um necessário academicismo que informaria uma visão mais aprofundada desse universo, sob a ótica da Teoria Geral do Estado, busca-se aqui uma visão mais crítica da idéia que informava o sistema e não os reflexos da sua aplicação prática, sem qualquer compromisso com a erudição ou com o esgotamento da matéria.

A partir disso, vemos que, como não poderia deixar de ser, numa visão mais consciente e acurada, o que mede a propulsão no desenvolvimento dos paradigmas de estruturação do controle social é a maior ou menor expressão da liberdade de comunicação de idéias culturalmente estabelecidas. Isso porque aquele germe Romano de estruturação Estatal passou, a nosso ver, a se firmar como um modelo a ser seguido com as alterações que a discricionariedade histórica do poder determinava como necessárias. Vemos que aí a distribuição de Justiça fazia-se pelo Pretor, símbolo da autoridade imperial, fixando-se antes como uma descentralização administrativa da autoridade maior do Executivo, sendo que o cargo por ele exercido, como infelizmente passou a ser copiado desde então, passava a interessar muito mais como um degrau na escala de ascensão ao poder central do que na sua pretendida atuação de cunho equânime, em si mesma.

Trata-se de um arremedo de Judiciário, embrião que mereceria ser criticamente lembrado em turvas eras de obscurantismo institucional do universo político, porque fator explicitamente mais determinante da realidade, embora em cadência sutilmente marcada pelos solfejos econômicos de base estrutural.

Mas o arquétipo institucional Romano não morreu. O chamado desdobramento bicardeal daquela estrutura imperial salvou-o, garantindo-lhe uma sobrevida, já que esta expressão do poder contentava-se, sabiamente, com a retenção do conhecimento, gerando uma época de enciclopedistas e de compilação de tudo o que a experiência sistematizada havia conseguido reter numa decantação sutil, sem o arfar das vaidades diretivas personalizadas. Enquanto isso, a futilidade do esforço imperialista de várias hordas e raças se superpunham ou se revezavam entre si numa eloqüente demonstração do

que sempre nos esquecemos: o quão efêmeras sempre demonstram ser as megalomanias de dominação.

Perfeitamente adaptado a essa dimensão e especificamente consciente do que representava na transposição do umbral de evolução da raça humana, diante da ignorância coletiva daquela média idade nos domínios da fé, vislumbramos JUSTINIANO, artífice fundamental da estrutura moderna do Direito. Isso porque da adaptação do seu legado chegamos às bases inconscientemente revividas da aquisição, perda e preservação dos direitos de cada cidadão, durante o seu dia-a-dia e na prática dos seus atos mais rotineiros. A esse respeito a obra dos pandecistas poderia falar um pouco mais e por si mesma...

Toda a transformação desse estagnado universo teve a sua florescência na transformação da dimensão econômica com a celebração da importância dos burgos, os quais não foram suficientes para guardar em si a inquietação do espírito inovador do ser humano, de forma que este encontrou um festejado e preponderante reflexo nas grandes navegações e descobertas. Mas, infelizmente aí, a ganância material falou mais forte, já que o extrativismo predador surgia solerte e dissimulado no âmago do mercantilismo, expressão prática e desvirtuada dessa pretendida evolução. Mas nada disso poderia acontecer ou ter sentido, não fosse a fixação de novos padrões de ideação e comportamento estabelecidos a partir do que mais contundente, profundo e expressivo já inspirou a busca do homem pela perfeição: falo do Renascimento.

Mas considerando-se tantas modificações que desfiguraram o perfil do corpo social, ansiava-se pela construção de um novo Modelo Estatal. A Europa foi o seu berço, sempre considerando-se, para tanto, as grandes potências militares. Pena que no seu aspecto filosófico mais puro sempre se entendeu por bem de se privilegiar

mais a visão de ROSSEAU do contratualismo do que a agudeza tão precisa, e porque não dizer incômoda, na análise do espelho de si mesmo, no tocante ao Leviatã de HOBBS.

Ainda do *Vancien régime*, o comprometimento do exercício de pretensa jurisdição fazia-se mais uma vez evidente a partir do atrelamento dos interesses decisórios resguardados pela sua proximidade com as ansiedades críticas do poder executivo central. Surge então o liberalismo enquanto movimento de reflexos tentaculares sobre as mais diversas medidas de comportamento do grupamento humano. O iluminismo e as instâncias teóricas de MONTESQUIEU transpuseram-nos, em termos de recriação de alicerces estatais, para o protótipo tripartite de exercício do poder, nas conhecidas três funções, sempre repetidamente harmônicas e independentes. Verifica-se assim que o nascimento do Judiciário, enquanto estrutura possível de ser chamada como tal, com dignidade, a independência e a equidistância de interesses que caracteriza a verdadeira majestade dessa função, coincide com a libertação do grito abafado na garganta do indivíduo até então sempre sem chances contra o coletivo. Refiro-me ao surgimento do conceito dinâmico de cidadania, que necessita do Magistrado para garantir sua eficácia, sua sobrevivência e sua credibilidade, até porque aplicador e guardião maior do pacto social primordial, consubstanciado nas Constituições modernas, onde a preocupação maior, como sói, pode se pretender, é o resguardo protetivo das faculdades individuais diante de propaladas necessidades coletivas, sem que se veja aí mero e simplório paternalismo, já que os mais poderosos nos preponderantes universos econômico e político, sempre buscam se utilizar desse artifício, para mutilar sistemas mais progressivamente aperfeiçoados.

No Brasil, não poderia ser diferente. Recorremos à lembrança parcimoniosa do Presidente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que na agudeza da crise institucional, logo no início do recrudescimento do golpe militar e recusando-se a funcionar, juntamente com seus Pares, como uma *Sessão Especial de Justiça*, na melhor acepção descritiva de COSTA GAVRAS, procurou a truculência uniformizada de plantão e disse-lhe que aquela Corte não funcionaria com títere de justificação do sistema, legitimando seus atos arbitrários e espúrios, culminando por fazer ao mesmo a entrega das chaves do substrato físico de existência e de funcionamento daquele Colegiado. Na seqüência vimos a impossibilidade de "coexistência pacífica", numa visão adaptada do conceito de NIKITA KRUSCHEV, entre um Judiciário independente e garantidor da observância das liberdades e garantias individuais, com o regime de exceção e arbítrio. As fissões, pouco menos que nucleares, derivadas da irredutibilidade das posições envolvidas, gerou, como sempre acontece nesses casos, a preponderância do mais forte sobre o mais fraco, com a disponibilidade compulsória dos Ministros de maior expressão daquele Pretório, entre os quais, permito-me lembrar, porque figura mais expressiva desse confronto e símbolo de sacerdotal abnegação ao ideal da Justiça: refiro-me ao Ministro VICTOR NUNES LEAL, em face de quem não posso deixar de omitir o meu orgulho, porque conterrâneo e pessoa com quem privei do contacto em tenra e pueril idade. Não podia deixar de ser um exemplo a ser seguido...

Afastadas as minhas gratas reminiscências, que apenas atribuíram um paladar mais afetivo e pessoal ao thema, com o qual tem toda pertinência, vejo a necessidade de afirmar com singeleza que o tema proposto guarda uma tautologia intrínseca, qual seja: quanto ao Judiciário e ao

Estado Democrático, observa-se que um não existe na sua plenitude sem o outro.

Com a queda do último grande império deste milênio, o Soviético, detectamos como fenômeno mais presente e contemporâneo da Ciência Política a consagração efetiva do termo televisivo já imortalizado pela sua constante e subliminar utilização. Refiro-me à aldeia global. Nesse norte, verificamos que as fronteiras políticas se não abolidas, foram sutilizadas e a única real e efetiva barreira de separação dos povos tem sido, com os fragorosos e até então indissolúveis problemas daí advindos, a etnia e os seus conseqüências. Talvez ainda não tenha sido captada na sua amplitude a maestria do verdadeiro *condottieri* da arquitetura de dissenção no confronto entre modelos econômicos, sociais, políticos e filosóficos diversos, que até então bipolarizavam o mundo: refiro-me a MIKHAIL GORBACHEV. Ele mais do que nunca merece, em toda a sua plenitude e nas suas diversas acepções, a denominação de cidadão do mundo. Esta assertiva tem berço na certeza de que a cidadania nunca esteve tão resguardada, num plano tão global e abrangente, quanto agora, sem o espectro do extermínio da raça humana, pelo conflito direto entre duas superpotências, ou no dizer direto de ARTHUR KOESTLER, a partir do mais sombrio divisor de águas de nossa existência: a manhã do dia seis de agosto de 1945. Cabe daí uma visão mais global e participativa de um Judiciário em nível mundial, que extrapole a visão acanhada, sectária e comprometida com os valores defendidos pelas grandes potências dominantes, naquilo que se conhece como Corte Internacional de Justiça, sediada em Haia, mas vinculada à ONU. Como já vimos, para ser Judiciário, não pode estar atrelado a nada, porque, em caso contrário, não se trata de um Poder Democrático, mas sim de um guardião da hegemonia dos poderosos. Saudável, embora possa

parecer também impertinente, lembrar aqui que a única verdadeira refutação ao postulado KANTIANO de Justiça, na sua concepção idealística e estratosférica, deu-se partindo da agudeza de abordagem vincada ao pragmatismo de LEON TROTSKY, até porque foi ele quem nos lembrou que todos nós somos muito mais sensíveis às pressões e dificuldades dos grupamentos sociais menores e mais próximos de nós, do que daqueles mais abrangentes e impessoais, assim considerados em círculos concêntricos. Emanada desses pressupostos, tivemos mais de uma tentativa de aperfeiçoamento das estruturas sociais sem que isso possa ser encarado, de uma forma isenta e distanciada, como revolucionário e subversivo, já que aqueles foram os mesmos atributos que calçaram a cruzada renovadora e construtiva dos Puritanos, que, nesses moldes, erigiram um modelo de civilização dominante e mais vitorioso até agora, *alter ego* e antípoda do que se chegou na comoção social orquestrada de outubro de 1917, na dimensão das estepes. Daí a derradeira reflexão: a busca da maximização da cidadania faz-se como uma conseqüência direta do *status libertatis* e da preservação das garantias individuais, sempre presentes no ser humano, independentemente de ideologia, modelos econômico, político e social, mas que só encontra a sua plenitude e perpetuidade, sob o olhar atento e independente do PODER JUDICIÁRIO.

1.3. Conclusão

"A cidadania é um conceito jurídico, compreendendo a identificação formal e as atividades práticas de identificação" (Moraes, 1997)

"Cidadania é uma disciplina jurídica, que trata da identificação e da identificação formal e das atividades práticas de identificação" (Moraes, 1997)

CRIMINALÍSTICA

Domingos Tochetto

Perito Criminalístico, Advogado, Bacharel em História Natural, Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO

1. Introdução à criminalística. 1.1. Conceito. 1.2. Breve evolução histórica. 1.3. Evolução dos métodos de prova. 1.4. As perícias criminais e o código de processo penal. 2. Identidade e identificação. 2.1. Conceitos. 2.2. Métodos de identificação. 3. Levantamentos em locais de crimes contra a vida e crimes contra o patrimônio. 3.1. Levantamento em locais de morte. 3.2. Levantamento em locais de ocorrência de trânsito. 3.3. Levantamento em locais de tiro. 3.4. Levantamento em locais de danos. 3.5. Levantamento em locais de busca e apreensão. 4. Perícias de engenharia legal. 5. Perícias de química legal. 6. Perícias de documentoscopia forense. 7. Perícias de balística forense. 7.1. Exames em armas de fogo. 7.2. Exames nos elementos de munição. 7.3. Exames de confronto balístico. 8. Perícias contábeis. 9. Perícias de meio ambiente. 10. Reconstituição (reprodução simulada dos fatos).

1. Introdução à criminalística

1.1 Conceito

"Criminalística, em sentido amplo, compreende a fenomenologia criminal e os métodos práticos de investigação" (Hans Gross).

"Criminalística é uma disciplina autônoma, integrada pelos diferentes ramos do conhecimento técnico-científico, auxiliar das atividades policiais e judiciárias de investigação criminal, tendo por objeto o estudo dos

vestígios materiais extrínsecos à pessoa física, no que tiverem de útil à elucidação e à prova das infrações penais e, ainda, à identificação dos autores" (Eraldo Rabello).

"Criminalística é uma disciplina técnico-científica por natureza e jurídico-penal por destinação, a qual concorre para a elucidação e a prova das infrações penais e da identidade dos autores respectivos, através da pesquisa, do adequado exame e da interpretação correta dos vestígios materiais dessas infrações" (Eraldo Rabello, em "Curso de Criminalística, 1996).

1.2. Breve evolução histórica

R. – A Reiss emprega em sua obra "*Manuel de Police Scientifique (Technique)*" (ed. De 1911), as denominações *Polícia Científica* ou *Polícia Técnica*, embora declare sua preferência pela segunda denominação.

Edmond Locard, no prefácio do seu "*Tratado de Criminalística*" propôs a denominação de *Técnica Policial*.

Hans Gross (* 26. 12. 1847 – + 12. 12. 1915), Juiz de Instrução e depois Magistrado do Ministério Público, da Alemanha, considerado o "Pai da Criminalística", publicou em 1893, a 1ª edição do *MANUAL DO JUIZ DE INSTRUÇÃO*. Ele próprio deu à 3ª edição deste seu livro, publicada em 1898, o subtítulo "*Sistema de Criminalística*", tendo sido esta a primeira vez que se usou, em um livro, a palavra *criminalística* com o sentido que hoje é empregada. Nesta sua obra, assim se manifestou:

"A forma como se praticam os crimes, como devem ser investigados e esclarecidos, quais os objetivos que o autor pretendia alcançar com a sua prática – são questões a que o direito penal e o direito processual penal não podem dar qualquer resposta. Ficam reservadas à criminalística..."

Ao longo dos anos, diversos termos ou expressões foram usadas para denominar a *criminalística*, dentre as quais destacamos: *polícia científica*, *polícia técnica*, *polícia técnica-científica*, *técnica policial*, *ciência da polícia judicial*, *polícia judicial* e *arte da polícia judicial*.

Deve-se à iniciativa de Hans Gross, a fundação, de um *Instituto Universitário de Criminalística*, o qual fazia parte da *Faculdade de Direito* da Universidade de Graz (Alemanha).

Em 1952, foi criada a cadeira de "*Criminalística*" no Instituto de Direito Penal e Criminologia, da Faculdade de Direito e Ciências Sociais, de Buenos Aires. A Universidade Católica de Salta (Argentina), possui um *Curso de Bacharel em Criminalística*.

No Brasil, poucas são as Faculdades de Direito que mantêm o ensino da "*Criminalística*" como disciplina autônoma. A *Faculdade de Direito* da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre), possui há vários anos, a *cadeira de Criminalística*, em dois semestres, sendo que no primeiro semestre é *cadeira obrigatória* e, no segundo, *cadeira optativa*.

Na *Escola Superior da Magistratura (AJURIS)*, de Porto Alegre, desde 1981, está sendo ministrada a "*Criminalística*", sempre no segundo nível (2º semestre), como parte integrante da disciplina de *Estudos Complementares*.

1.3. Evolução dos métodos de prova

Os métodos de prova passaram, ao longo dos anos, por diversas etapas, progredindo, significativamente, até os dias de hoje.

- Primitivamente, acreditava-se que a verdade era revelada à Justiça pela Providência Divina. Era o "*dedo de Deus*" que se manifestava.

b) *Provas do fogo e da água*

Prova do fogo: era colocado o *punho* do suspeito no fogo e, caso se queimasse, era considerado *culpado*. Se nada ocorresse, era considerado inocente.

Prova da água: jogava-se a mulher suspeita de adultério, nua, num *curso de água*, na temporada de inverno. Caso contraísse uma pneumonia ou outra doença, era considerada *culpada* e, caso não contraísse nenhuma doença, era considerada *inocente*.

c) **CONFISSÃO do acusado**

Recorreu-se, depois, à *confissão do acusado* ou do *suspeito*. Para obter a confissão, todos os meios eram usados e considerados válidos. Nasce, assim, o terrível procedimento das *torturas*. Sob seu império, o inocente declarava-se, por vezes, culpado, para escapar do sofrimento. Muitas vezes, apesar da confissão, as torturas continuavam, até que fosse revelado o nome dos cúmplices.

A *confissão do acusado*, considerada a "*rainha das provas*" subsistiu até que o rei *Luís XVI, da França*, proibisse todo tipo de tortura para obter a confissão.

d) **Prova TESTEMUNHAL**

Para substituir a confissão do acusado, surgiu a "*prova testemunhal*". O que o suspeito não podia ou não queria relatar, seria perguntado a outras pessoas: *as testemunhas*. Existem as *testemunhas de boa-fé* e as *testemunhas de má-fé*, testemunhas instruídas, falsas, por vezes.

Esta prova, que perdurou através de séculos, e ainda é usada hoje em dia, originou muitos *erros judiciais*. É que o testemunho é o *relato de um fato visto* através de um determinado temperamento, e este é *incontrolável*. Além disso, a testemunha se engana, apesar de ser de boa-

fé, pois ao relatar um fato fá-lo de acordo com a sua visão, tentando dar uma interpretação ao fato, sendo que esta nem sempre é correta.

c) **PROVA INDICIÁRIA**

Se as testemunhas se enganam, mesmo as de boa fé, a quem a polícia e a justiça devem interrogar para alcançar a verdade no processo penal? Deve interrogar *as coisas, os objetos, os vestígios materiais* encontrados num local de crime. Como carecem de sensibilidade, para se conseguir que digam a verdade, *as coisas devem ser interrogadas* por quem saiba interrogá-las. E a estes, transformados em seus *intérpretes*, no pior dos casos, não diriam mais do que a *verdade*, não mentiriam.

Assim surge a *prova indiciária*, constituída do *relato das testemunhas mudas* da cena do delito. E os *intérpretes* dessas testemunhas mudas são os *PERITOS*, técnicos especializados em determinados ramos do conhecimento humano. Através de uma peça denominada *laudo pericial* eles vão consubstanciar, *materializar* a prova indiciária, que também é denominada de *prova material* ou *prova pericial*. Todo *indício* (art. 239 do CPP) deve ser técnica e cientificamente *vinculado* com o fato e o autor do fato, para que se possa estabelecer a *materia- lidade de um delito* e sua *autoria*.

1.4. **As perícias criminais e o código de processo penal**

O *Código de Processo Penal* abre um capítulo especial para os "*exames do corpo de delito e das perícias em geral*" (arts. 138 a 184 do CPP), praticamente regulando a atuação dos *peritos*, em especial os *oficiais*, desde a sua *nomeação* até mesmo quanto às suas principais funções e obrigações.

As funções dos *peritos oficiais*, tanto nos *locais de crime*, como em quaisquer outros locais onde existam

vestígios materiais ligados a alguma infração penal, se não se encontram discriminadas especificamente naquele diploma legal, estão, pelo menos, nele inseridas, se fizermos uma interpretação extensiva do texto.

O Código de Processo Penal (CPP), em seu art. 158 determina que "*quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame do corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado*". Com este dispositivo o CPP determina: **sempre** que uma infração penal deixar vestígios, deve ser feito o *exame pericial* (exame do corpo de delito). A autoridade policial ou judicial *não pode dispensar*, preliminarmente, esse exame.

A quem compete a realização do *exame do corpo de delito*? É o próprio CPP que, em seu art. 159 caput, responde a pergunta, determinando que "*os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais*". Em muitas localidades, entretanto, *não existem peritos oficiais*. Nesse caso, vale o dispositivo do *parágrafo primeiro do art. 159 do CPP*: "*não havendo peritos oficiais, o exame será realizado por duas pessoas idênticas, portadoras de diploma de curso superior, escolhidas, de preferência, entre as que tiverem habilitação técnica relacionada à natureza do exame*".

Podem ocorrer casos em que, mesmo existindo na localidade peritos oficiais, a *autoridade requisitante* do exame pericial *poderá nomear peritos*. Trata-se das situações em que o órgão oficial, responsável para a realização das perícias, não possui em seus quadros técnicos (peritos) habilitados para realizar determinada perícia, ou, ainda, dispondo de técnicos habilitados, não possui os equipamentos necessários para a realização de determinado tipo de exame.

As *perícias criminais*, na área da *criminalística*, devem ser *requisitadas* pela *autoridade policial* (civil ou

militar), *judicial* ou *administrativa* que estiver na *presidência de um inquérito ou processo*. A *requisição* é uma exigência do CPP, que no art. 178 determina que "*no caso do art. 159, o exame será requisitado pela autoridade ao diretor da repartição, juntado-se ao processo o laudo assinado pelos peritos*".

As *requisições* devem ser feitas pelos meios de comunicação usados normalmente no serviço público, dando-se preferências aos meios mais rápidos e seguros, como: rádio, telefone, telegrama, fax, etc. Quando não houver urgência, a *requisição do exame pericial* deve ser feita através de *ofício*, no qual deverão constar, de forma clara, os *quesitos formulados*.

2. Identidade e identificação

2.1. Conceitos

Identidade é o conjunto de características próprias e peculiares de um determinado indivíduo, que o torna único e diferente de todos os demais.

Identificação é o método através do qual se procura estabelecer a identidade de um indivíduo.

Por isso se fala em *carteira de identidade* e em *Instituto de Identificação*.

2.2. Métodos de identificação

Inúmeros foram os métodos empregados, ao longo dos anos, para a identificação humana. Alguns foram usados em determinadas épocas e depois abandonados. Outros persistem e são utilizados ainda hoje, de forma isolada ou de forma conjunta.

1º) Marca com ferro candente

Nossos antepassados não tinham a noção de que a *identidade* se estabelece pelos caracteres, pelas qualidades

da pessoa ou pelos elementos positivos e estáveis. Por falta de outros recursos, usavam um processo prático e radical, na identificação de autores de delitos: *a marca com ferro candente*.

Na França, marcava-se o réu com uma flor de liz, o símbolo real, inicialmente no rosto e mais tarde na espádua. Em 1724, houve algum progresso: *os ladrões* (voleurs) eram marcados com um "V", se não fossem reincidentes e, caso fossem, eram enviados para as galés e identificados com as letras "GAL" (galerien).

2º) Mutilações

Em Havana (Cuba), segundo Ortiz, era costume cortar as orelhas dos escravos, enquanto que na Rússia cortavam-se as narinas dos criminosos. Em alguns países do Oriente Médio, as mutilações são usadas até hoje para identificar autores de determinados delitos.

3º) Tatuagens

Em 1932, Bentham propôs o emprego da tatuagem como processo de identificação civil, isto é, aplicável a todas as pessoas. Parece ter sido a primeira tentativa de identificação civil, a qual não logrou aceitação.

Os métodos acima referidos, à medida que avançava a cultura e à medida que se firmava o respeito pela dignidade da pessoa humana, foram sendo abandonados pela maioria dos países. Métodos mais humanizados adquiriram hierarquia científica por obra de pesquisadores europeus e americanos, perseguindo e estabelecendo a identidade física através de outros métodos.

4º) Método Antropométrico de Bertillon

Em 1873, Alphonse Bertillon apresentou seu sistema de identificação baseado na mensuração do corpo humano, no ser vivo.

As principais medidas tomadas e anotadas na ficha de identificação de cada indivíduo, eram:

- a) medidas gerais: estatura, grande envergadura, busto, etc.;
- b) medidas da cabeça: comprimento, largura, diâmetro bizigomático, comprimento das orelhas, etc.;
- c) medidas das extremidades: comprimento dos antebraços, dos braços, das mãos, dos pés, dos dedos, etc..

A antropometria continua sendo usada na identificação de cadáveres e, em especial, para determinar qual era a estatura do indivíduo, quando vivo. Usa-se, para tanto, predominantemente as dimensões da tíbia e do fêmur e, através de tabelas, determina-se a estatura da pessoa, quando ainda era viva.

5º) Retrato falado

O retrato falado é uma reprodução da cabeça e, em especial, da região frontal do rosto de uma determinada pessoa, com base em informações fornecidas por testemunhas. O sucesso deste método de identificação, que não é absolutamente definitivo, dependerá da fidelidade das informações prestadas pelas testemunhas e da capacidade do técnico na elaboração do retrato falado.

Os elementos fundamentais, no retrato falado são: a forma geral do rosto vista de frente, a implantação, forma e tamanho dos cabelos, as orelhas, o nariz, a boca (lábios), sobrelanceiras e olhos.

Várias são as técnicas empregadas na confecção do retrato falado: desenho manual, superposição de lâminas transparentes e por computador, com o uso de um programa especial.

6º) Fotografia sinalética

A *fotografia sinalética*, é obtida de indivíduos, com sentença criminal condenatória, já transitada em julgado, e que não possuam identificação civil.

É uma fotografia feita de parte do tronco e cabeça, de frente e de perfil direito, num determinado tamanho, a qual é datada e identificada através de um número.

Quando se possui a *fotografia sinalética* de um indivíduo, identificado por testemunhas ou por outros elementos técnicos, como autor de determinado delito, publica-se a *fotografia sinalética* visando sua captura e prisão.

Nessa mesma época, vários métodos de identificação humana foram apresentados, sendo que merece destaque o *Método ou Sistema Poroscópico de Locard*. Edmond Locard, do Laboratório de Polícia Técnica de Lyon (França), apresentou um *método de identificação* através dos *poros das glândulas sudoríparas*, tendo como fundamentos a *imutabilidade* dos poros sudoríparos e a *variabilidade* dos mesmos, quanto a forma, dimensão, posição e número.

7º) Método DATILOSCÓPIO (Juan Vucetich)

Nascido em Lezine, na Hungria, em 1858, Juan Vucetich imigrou para a Argentina em 1884, onde se naturalizou argentino, vindo a falecer em 25.01.1925.

Trabalhando na identificação humana, na Seção de Identificação e Estatística da Província de La Plata, Juan Vucetich adotou inicialmente o *método antropométrico*. Através de um artigo do francês Varigny, publicado na *Révue Scientifique* (02.05.1891), Vucetich tomou conhecimento da *classificação dos desenhos digitais em quatro tipos*, feita por Galton que, com esta classificação, deu por encerrado o seu trabalho nesse setor.

Juan Vucetich, retomou a classificação de Galton e observou que na *superfície da nossa pele* temos saliências denominadas *cristas papilares*, as quais formam diversos desenhos. O estudo destes desenhos é denominado de *papiloscopia*. Nas extremidades dos dedos estes desenhos são bem característicos e peculiares de cada pessoa que, quando presentes em alguma superfície constituem as *impressões digitais*.

Em 1º de setembro de 1891, foi instalada oficialmente a "Oficina de Estatística e Identificación" de La Plata (Argentina), dirigida por Juan Vucetich, que empregou um novo sistema de identificação, constituído da combinação do sistema de Alphonse Bertillon – Método Antropométrico, com o das *impressões digitais*, denominado por Juan Vucetich de "*Incisfalangometria*".

Em 1891, Vucetich conseguiu estabelecer a identidade da *criminoso Teresa Rojas*, que em Nicochéa, Província de Buenos Aires, assassinou os dois filhos com um machado e apontou seu vizinho como autor do crime. Ao examinar a residência onde foram assassinadas as duas crianças, Vucetich encontrou *impressões digitais de Teresa no cabo do machado* usado para o crime, provando ter sido ela a autora do duplo homicídio. Seu trabalho, apresentado em juízo, foi aceito, *pela primeira vez*, como *prova judicial*, e usado pelo Juiz para condenar Teresa por duplo homicídio.

O nome de *Datilosopia* ao novo *método de identificação* foi sugerido pelo advogado portenho, bacharel Francisco Latzina, sendo prontamente aceito. O *método datiloscópico* é um *método científico* porque se baseia nos *seguintes princípios ou propriedades dos desenhos papilares digitais*:

- a) *perenidade*: já estão definitivamente formados no feto, aos 6 (seis) meses de vida intra-uterina

e persistem até o fim da vida, inclusive após a morte, até sua destruição pela putrefação cadavérica;

- b) *imutabilidade*: uma vez formado, o desenho digital não se modifica mais, por ser um caráter genético;
- c) *variabilidade* ou *diversidade*: os desenhos digitais variam de dedo para dedo e de pessoa para pessoa, não existindo dois dedos nos quais os desenhos digitais coincidam;
- d) *classificabilidade*: embora não se encontrem dois dedos com os desenhos datilares iguais, estes desenhos obedecem a um plano biológico de organização que permite classificá-los em tipos fundamentais e subtipos.

O Método Datiloscópico foi adotado no Brasil em 05. 02. 1903, no Rio de Janeiro, então Capital Federal e, em 22. 04. 1918, através do Decreto nº 71, foi adotado no Estado do Rio Grande do Sul.

8º Identificação pelo DNA

Cada ser humano possui, constituindo seus cromossomos e gens, um determinado tipo de DNA (Ácido desoxirribonucléico). Através de amostras de *sangue*, *cabelos*, *sêmen* ou de outros tecidos orgânicos, encontrados em locais de crime, é feita a comparação com o DNA de um *suspeito*. Caso haja coincidência, *estará identificado o provável autor do delito*.

Técnicas mais modernas permitem, inclusive, extrair o DNA de ossos e da *polpa dos dentes*.

9º Identificação através da arcada dentária

Nos casos de morte em que o corpo fica *carbonizado*, é possível realizar-se a identificação do cadáver

pela *arcada dentária*, caso esta pessoa tenha, em vida, realizado algum tratamento dentário.

Através da *ficha dentária*, onde ficam registrados todos os trabalhos (obturações, próteses, etc.), é feita uma comparação dos elementos nela presentes, com os que possui a arcada dentária de um determinado corpo carbonizado. Ocorrendo coincidência, está identificado o corpo carbonizado.

3. Levantamentos em locais de crimes contra a vida e crimes contra o patrimônio

3.1 Levantamento em locais de morte

Os levantamentos em *locais de morte* visam, através do exame e análise dos vestígios materiais existentes no *local* e na *vítima*, *determinar*, quando possível, *a causa jurídica da morte*:

- homicídio
- suicídio
- acidente.

Também deve ser determinado, se possível, como ocorreu o fato, qual o tipo de morte (estrangulamento, enforcamento, esganadura, morte por tiro ou com arma branca), quais os meios e instrumentos empregados na morte da pessoa.

3.2. Levantamento em locais de ocorrência de trânsito

Tendo em vista que a Criminalística só atua na *esfera penal*, não devem ser realizados pelos Peritos Oficiais, levantamentos em ocorrências de trânsito em que tenha havido somente *danos materiais*. Na maioria dos Estados os Peritos Oficiais realizam levantamentos em ocorrências de trânsito com apenas danos materiais, quando estiver envolvida alguma *viatura oficial* (União, Estado ou Município), por se tratar de *patrimônio público*.

Em regra, os levantamentos em locais de ocorrência de trânsito são realizados quando resultar morte ou lesão corporal grave. A finalidade deste trabalho pericial é identificar o(s) veículo(s) envolvido(s) e determinar a causa e as circunstâncias em que ocorreu o acidente e determinar, quando possível, a responsabilidade do condutor do veículo e/ou da própria vítima.

3.3 Levantamento em locais de tiro

Nos centros urbanos, de médio e grande porte, ocorrem com frequência tiros com armas de fogo, os quais acabam atingindo prédios, residências e, muitas vezes, ferindo ou matando pessoas. A perícia, nesses locais, tem por finalidade determinar, quando possível, a trajetória, a provável origem do tiro, o número de tiros e o tipo de arma usada.

3.4 Levantamento em locais de danos

Esses danos devem constituir uma infração penal, podendo ser decorrentes de uma explosão, de um incêndio, de um desabamento, de um desmoronamento, ou terem atingido bens públicos. Se forem consequência da ação de agentes da natureza (vento, chuva, etc.), não constituem, em princípio, uma infração penal e, portanto, não serão objeto de exame pelos Peritos Oficiais.

Em seu levantamento, os peritos devem determinar a época presumível em que tenha ocorrido o fato, o método e os meios empregados na produção dos danos e os instrumentos utilizados para produzir tais danos.

3.5 Levantamento em locais de busca e apreensão

Os mais freqüentes são os locais de busca e apreensão de tóxicos, busca e apreensão de jogos de azar, de jogo do bicho, etc., quando a guarda, uso ou posse de tais materiais constitui crime ou contravenção penal.

4. Perícias de engenharia legal

À Engenharia Legal compete realizar exames periciais:

- 4.1 Em locais de trânsito.
- 4.2 Em locais de explosão.
- 4.3 Em locais de desabamento (impacto ou falha de construção) e de desmoronamento (desagregação dos componentes).
- 4.4 Perícias mecânicas (em máquinas e veículos automotores).
- 4.5 Perícias de identificação de veículos automotores e máquinas em geral.
- 4.6 Outros tipos de perícias, na área da engenharia.

5. Perícias de química legal

Na química legal são realizados inúmeros exames, entre os quais podemos destacar:

- 5.1 Exames em armas de fogo e peças de munição.
- 5.2 Exames em peças de vestuário.
- 5.3 Exames de pêlos e fibras.
- 5.4 Exames em microvestígios.
- 5.5 Exames em produtos químicos.
- 5.6 Exames em armas brancas.
- 5.7 Outros exames, na área de química.

6. Perícias de documentoscopia forense

A maioria dos exames de documentoscopia forense podem ser realizados tanto na esfera penal como na esfera cível. Merecem destaque os seguintes:

- 6.1 Exames do documento, visando determinar sua autenticidade, ou não (autenticidade do suporte, da mensagem e do instrumento usado na produção da mensagem).

6. 2 Exames de alterações: aditivas, subtrativas e emendas.

6. 3 Exames de comparação de tintas.

6. 4 Exame de lançamentos manuscritos, mecano-gráficos ou impressos.

6. 5 Exame da cronologia de lançamentos.

6. 6 Exames de outros elementos presentes nos documentos.

6. 7 Outros tipos de exames, na área da documentoscopia.

– *Importância e requisitos dos padrões*, em perícias grafoscópicas.

7. Perícias de balística forense

A *balística forense* realiza exames periciais em armas de fogo e elementos de munição, em especial os seguintes:

7.1. Exames em armas de fogo

– Identificação (marca, modelo, calibre, número de série) e classificação;

– Verificação da capacidade vulnerante;

– Verificação do funcionamento da arma e ocorrência de tiro acidental;

– Verificação do estado de conservação da arma, da ocorrência de troca ou substituição de peças.

– Determinação da pressão do gatilho para a produção de tiro;

– Quaisquer outros exames solicitados.

7.2. Exames nos elementos de munição:

a) Em cartuchos: – marca (fabricante), calibre, elementos componentes (sua composição e quantidade), tipo de fabricação (industrial ou de recarga).

b) Em estojos: identificação (tipo, marca, modelo, calibre), tipo de arma na qual foi repercutido e ejetado.

c) Em projetis: identificação e classificação (tipo e calibre), identificação do tipo de arma que o expeliu, existência de ricochete, identificação do material aderido ou contra o qual impactou.

7.3. Exames de confronto balístico

a) Exames macroscópicos: nos estojos e nos projetis (calibre, número e orientação dos ressaltos e cavados);

b) Exames microscópicos: – *nos estojos*, para determinar qual foi a arma que percutiu determinado estajo ou que o expeliu;

– *nos projetis*, para determinar o cano da arma através do qual foi expelido determinado projétil.

8. Perícias contábeis

9. Perícias de meio ambiente

10. Reconstituição (reprodução simulada dos fatos)

ADOÇÃO À BRASILEIRA: UMA ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA

Emmanuel Pedro S. G. Ribeiro

Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, mestrando em Sociologia pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Em que consiste a adoção à brasileira? 2.1. Apresentação do marco teórico. 2.2. Elementos constitutivos do direito como fato social. 2.3. Metodologia da pesquisa. 2.4. Análise e interpretação dos dados. 3. Conclusão.

1. Introdução

O presente ensaio constitui a síntese de uma pesquisa de iniciação científica, realizada entre agosto de 1995 e julho de 1996, intitulada "Adoção legal x Adoção à brasileira", junto ao PIBIC (Programa Institucional de Iniciação Científica) do CNPq em convênio com a UEPB. Entretanto, esse estudo deriva de um outro, realizado entre agosto de 1994 e julho de 1995, também em convênio com aquela instituição de apoio à pesquisa, onde investigamos até que ponto as modificações relativas ao instituto jurídico da adoção, introduzidas pela Constituição Federal e pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90), foram os principais fatores que impulsionaram a decisão de adotar.

No decorrer do processo de investigação científica percebemos, a partir dos contatos que mantivemos com juizes, promotores de justiça, advogados, assistentes sociais, psicólogos, sociólogos, que muitas adoções, na

verdade, a grande maioria delas, eram informais, ou como preferem os juristas “adoções à brasileira”. Justificada a terminologia pela alta incidência no Brasil.

Tais informações colocadas pelo senso comum eram muito interessantes, importantes, mas carentes de um tratamento científico-empírico mais rigoroso. Foi assim que nos propusemos a investigar a adoção à brasileira como fato social.

2. Em que consiste a adoção à brasileira?

Inicialmente, procuramos caracterizar no âmbito da dogmática jurídica o que vem a ser a adoção à brasileira. Verificamos, após as leituras de alguns manuais sobre ADOÇÃO, de alguns juristas que se dedicam ao assunto, como: Antonio Chaves, Roberto João Elias, J. Franklin Alves Felipe, Valdir Sznick, que poucas páginas são dedicadas à questão da adoção à brasileira e seu tratamento circunscreve-se à esfera da moral.

Já no concernente aos penalistas, estes mostram que em nosso Ordenamento Normativo Estatal não existe uma lei disciplinando e permitindo a prática da adoção à brasileira, pois esta é tratada como crime, tipificada no art. 242 do Código Penal, que assim a descreve:

“Art. 242 – (...); **registrar como seu filho de outrem;** (...)

Pena – reclusão, de 2 a 6 anos

Parágrafo Único – Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena – detenção, de 1 a 2 anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena”

(*Celso Delmanto, 1991:385*).

Assim se configura na seara da dogmática jurídica a adoção à brasileira. Os que se utilizam dessa prática adotiva, agem à margem da lei, paralelamente e também

contra a lei, simplesmente registrando as crianças como se filhos seus fossem. Constatamos, diante das leituras realizadas, que tudo indicava não existir pesquisa empírica sobre o fenômeno social da adoção à brasileira. Entendemos, portanto, a necessidade e a importância dessa investigação, no sentido de que se pudesse sair da aparência, dos estudos meramente descritivos e penetrar na essência, trazendo a lume um conhecimento mais sistemático e metódico sobre essa prática adotiva informal.

2.1. Apresentação do marco teórico

Partimos para o estudo indagando fundamentalmente: Será que essas adoções, embora praticadas à margem da lei, têm conteúdo jurídico?

Mas tal pergunta nos remete a uma anterior: Será que existe direito fora dos limites do direito do Estado?

Estudando o fenômeno, verificamos que para o Direito Oficial ele não é jurídico, pois para o positivismo estatal é “direito tudo aquilo que o Estado reconheça ou imponha como tal” (Souto & Souto, 1985:243). Com efeito, necessário se faz incursionar pela Ciência Social do Direito, a Sociologia Jurídica, para que possamos investigar a existência de direito além dos limites do direito do Estado.

Nesse novo ramo do saber jurídico, o sociológico, fundado no início do século pelo austríaco Eugen Ehrlich, nos situamos na perspectiva da teoria sociológica do direito de Cláudio Souto da UFPE, testada através de pesquisa empírica intitulada “Sentimento e Idéia de Justiça” realizada na Universidade de Colônia na Alemanha em 1965.

A perspectiva sociológica nos permite investigar o direito como fato social, cuja fonte é a realidade social, mais especificamente as relações sociais. Restringir o direito, ou melhor, a produção deste ao Estado, é limitá-

lo por demais, é confundir o direito com a lei, o legal com o jurídico, como é "querer reduzir o social ao Estado (...) reduzir o todo à parte" (Souto, 1992:37).

Não se quer com isso dizer que a lei nunca se confunde com o direito (pois nossa postura não beira o irracionalismo), pode até se confundir, mas tão-só quando tenha conteúdo jurídico. O que se pretende é apontar para uma pluralidade de fontes quanto ao direito, demonstrar a possibilidade do seu surgimento em qualquer grupo social, não colocá-lo na camisa-de-força do Estado, não reduzir direito a poder.

Nesse sentido, para que não se operem tais equívocos e confusões, como reduzir o direito ao direito positivo, e tomar a lei como sua fonte principal, é necessário, tanto quanto possível, de uma maneira precisa, dizer o que o direito é, substantivamente. Eis a tarefa primordial de uma ciência que se pretende moderna, não baseada numa racionalidade de forma, mas antes numa razão de conteúdo. Assim, "do ponto de vista científico-empírico: razão moderna de forma e pré-modernidade de conteúdo" (Souto, 1997:36-37). É o que a dogmática conseguiu atingir, o refúgio nas formas torna a linguagem sofisticada, entretanto, quanto ao conteúdo, qualquer um pode sê-lo, e qualquer um pode ser o direito, tendo em vista que sua legitimidade tem por base um critério tão-só formal.

Mas o formalismo, pois assim podemos chamá-lo quando se verifica uma total indefinição, uma total imprecisão quanto ao que seria o conteúdo do direito, não atinge apenas a dogmática jurídica ou ciência formal do direito, como também a própria sociologia do direito, chegando até a um "formalismo sociológico" como diria Souto. Numa perspectiva sociológica, certamente há uma tentativa de maior abrangência social quanto ao direito. Pois passa-se a admitir, quer com os sociólogos do direito,

quer com os alternativistas, que o direito possa surgir a partir de outras fontes que não só as estatais, apesar dos mais românticos negarem as do Estado.

Tomando-se esse viés como referencial básico, desloca-se o fundamento epistemológico, de uma racionalidade baseada na legalidade, isto é, de uma legitimidade que se confunde com o legal, que remete a implicações já tratadas alhures, para uma legitimidade que se confunde com a vontade da maioria, qualquer que seja o grupo social (Estado, Comunidade, Favela, etc.). Tem-se, não há dúvida, uma maior amplitude quanto às possibilidades de produção do jurídico, porém, esse critério é "quantitativo-majoritário".

Pergunta o mestre pernambucano: "Será, então, possível enfrentar em ciência social o problema da 'legitimidade' numa perspectiva não apenas grupal-quantitativa, mas qualitativa?" (Souto, 1992:39). E apresenta uma terceira compreensão do que seja "legítimo". Desloca, agora, o critério do direito, do "quantitativo-majoritário" para o "qualitativo", ou seja, do critério em que prevalece a vontade da maioria para aquele fundado numa razão científica de conteúdo.

E os alternativistas, com raras e honrosas exceções, apesar de perpetuarem o "formalismo sociológico" (por não terem encontrado o conteúdo do direito permitem que o seja qualquer um), contribuem para uma crítica merecida à dogmática jurídica, pois assentada está ainda, em época científica e tecnológica como a nossa, em algo de indiscutível. Como diz Souto "o foro tem o seu saber específico (de que é uma técnica de aplicação judiciária de normas), e esse saber é dogmático, pois atua em função de um dogma: a lei" (Souto, 1997:15).

Não obstante sua contribuição crítica e antidogmática, e de sua maior abrangência social, ao permanecerem no "formalismo sociológico", permitem, muitas

vezes, que o "torto" seja expressão do direito, por uma inespecificação de uma composição social do jurídico. E nesse ponto, Souto nos esclarece: "sem essa especificação, grupos sociais distintos, inclusive dentro de um mesmo país, poderiam e podem apresentar, sem qualquer limite, como direito, regras que se contradizem reciprocamente" (Souto, 1997:63).

Já Baptista, nessa mesma linha de raciocínio, nos informa que "lamentavelmente, os escritos a respeito, (...), nos parecem até certo ponto superficiais, por não atingirem o cerne da questão, ou seja: o direito é substancialmente o mesmo, como realidade transcultural, mas é preciso adequar as formas normativas à constante mudança a que se submete o social, na qualidade de um processo ligado à vida ou, melhor dizendo, ao universo da vida. A dificuldade é que poucos chegaram a compreender a fundo o que o direito substancialmente é" (Baptista, 1993:12).

Determinar o conteúdo do direito, eis a dificuldade secular, com que se ainda se deparam juristas, sociólogos e filósofos do direito. E a pesquisa "Sentimento e Idéia de Justiça" realizada na Alemanha em 1965, teve como objetivo principal "determinar qualitativamente ou substativamente o conteúdo de algo que possa ser chamado 'direito vivo', ou apenas 'direito'" (Souto, 1978:74). Claramente, Cláudio Souto nos dá pistas de que partiu do, considerado por alguns teóricos, fundador da Sociologia do Direito como Ciência.

Eugen Ehrlich em seu "Fundamentos de Sociologia do Direito", publicado pela primeira vez em 1913, definiu o que seria o objeto dessa nova ciência social – o "direito vivo" – da seguinte forma: como "algo em contraposição ao apenas vigente diante dos tribunais e órgãos estatais. O direito vivo é aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida" (Ehrlich, 1986:378).

O mestre pernambucano parte também do pensamento de Nicholas Timasheff, autor de "Introdução à Sociologia do Direito", publicado em 1939. Este sociólogo-jurista recebeu forte influência da Escola Psicológico-Jurídica de Petrazhitzky, teórico russo-polonês, cujas idéias centrais são:

"a) de emoções de dever, que seriam as reações, impulsivas ou repulsivas, originadas de idéias sobre determinados padrões de conduta; b) de que a coerção ou a possibilidade de coerção não é essencial ao direito; c) de que direito e moral integram a classe mais alta da experiência ética (...)" (Leon Petrazhitzky in Souto, 1974:118).

Aqui, percebemos como esse teórico toma o jurídico como fenômeno psíquico, já apontando para uma provável ligação entre o sentimento e a idéia.

Entretanto, é em Timasheff que encontramos o direito como um fenômeno inerente à natureza humana. Timasheff, citado por Souto, diz que "a realidade do direito deve ser averiguada em termos das experiências biopsíquicas do homem". (Timasheff in Souto, 1971:64). Partindo de Petrazhitzky, apontou para aquilo que Souto chamou de "impulso de ser" – como a experiência biológica, como também, falando em experiência psíquica, lança as bases para o que o autor pernambucano chamaria de "composto mental SIV" (sentimento, idéia, vontade), estando porém isso bem mais claro em Durkheim, conforme veremos a seguir.

Já no âmbito da Sociologia Geral, encontramos as influências de Weber, Simmel e, sobretudo, do Sociólogo francês Émile Durkheim. Considerado o fundador da Sociologia como ciência, quando da publicação do clássico "As Regras do Método Sociológico" em 1895. Por alguns, é considerado também o fundador da Sociologia do Direito, pelo tratamento dado ao direito

em duas de suas obras: "Da Divisão do Trabalho Social" (1893) e "Lições de Sociologia", publicado em 1932. Durkheim em fins do século passado já apontava em sua construção do fato social para uma de suas características fundamentais, a exterioridade, quando em "Sociologia e Filosofia" falava do agregado: "é este que pensa, que sente, que quer, ainda que não possa querer, sentir ou agir senão por intermédio de consciências particulares" (Durkheim, 1970:39). Então, são os indivíduos, segundo Durkheim, que pensam, sentem e querem, e a consciência coletiva (psíquico coletivo ou agregado) só se realiza através deles, isto é, das consciências individuais.

Pois bem, o que fez Souto foi dar um tratamento sistemático àquilo que Durkheim tratou, apenas, ocasionalmente. E o próprio Souto diz: "pena que essa menção, (...) a elementos essenciais do psíquico e do psíquico-social (a menção à idéia, sentimento e vontade) não tenha merecido do Mestre francês um tratamento sistemático, e não apenas ocasional" (Souto, 1997:65).

Um outro, e este é brasileiro que influenciou bastante o pensamento de Souto, foi Pontes de Miranda, quando em 1922 publicou o clássico "Sistema de Ciência Positiva do Direito" em quatro volumes. Pontes de Miranda só não ganhou maior notoriedade porque seu livro não foi publicado em língua estrangeira. E a postura de Cláudio Souto em relação ao sociólogo do direito brasileiro é assim expressa: "Pontes de Miranda tem uma posição que se furta aos equívocos quer do racionalismo tecnicista de Weber, quer do sócio-espontaneísmo de Ehrlich. Sua posição é de racionalidade científica e racionalmente de ênfase no papel da ciência quanto ao direito. Mas sem negar a grande importância da elaboração jurídica inconsciente". (Souto, 1971:52). Percebemos como em Souto a informação científica é essencial para uma determinação do conteúdo do direito. É dessa fonte

que provém a classificação operacional do direito em, refletido e espontâneo, construída pelo mestre pernambucano, mas que nesse ensaio não descenderemos a maiores detalhes.

Temos a impressão de que a partir de tais elementos básicos, poderemos passar a construir a teoria sociológica do direito de Souto, e que se constitui como referencial fundamental para o entendimento da adoção à brasileira como fato social. É mister iniciarmos reconhecendo o mérito e a contribuição dos pensadores acima citados, todavia não se pode esconder os limites de suas teorizações. Tomando, em primeiro lugar, os sociólogos-juristas como alvo de uma crítica rigorosa, poderíamos apontar que a vaguidade em suas definições operacionais do direito, ofusca e perturba o desenvolvimento das demais tarefas da Sociologia Jurídica, que dependem de um mapeamento um tanto quanto possível, preciso do campo do estritamente jurídico. Já em Durkheim, embora não apresentado aqui pelo ângulo da sociologia do direito, pelo fato de não ter tratado sistematicamente aquilo que seria essencial para uma compreensão substantiva dos fenômenos sociais, peca também pelo seu formalismo e não escapa às críticas.

2.2. Elementos constitutivos do direito como fato social

Assim sendo, a perspectiva tentada pelo professor do Recife é substantiva, quando privilegia como critério científico para a definição do direito, o conteúdo e não a forma. Foi através da pesquisa empírica realizada na Alemanha em 1965, à qual já nos referimos, que o autor, partindo da abstração científica do sentimento da idéia de justiça, chegou à composição do direito como fato social.

Entretanto, para se tocar a realidade mais íntima do direito como fenômeno social é preciso romper com a concepção de ciência da sociologia jurídica tradicional, e que alcança, na sua história, a quase totalidade dos teóricos. O resíduo do "realismo cientificista" traduzido no desprezo pelo mundo das normas e dos valores, constitui-se como obstáculo ao pleno desenvolvimento da ciência social do direito, que depende, para alcançar a modernidade, de uma razão de conteúdo, de se encontrar a composição do direito como fato social.

Diz Souto que "já se iniciou, contudo, entre os próprios cientistas, a reação a essa maneira de ver comum entre os sociólogos – sem negar-se, é claro, a objetividade na investigação científica" (Souto, 1974:120). O que se pretende com isso é mostrar que se deve reconhecer que o direito é um fenômeno de valor, um dever ser, um fenômeno normativo, porém é passível de um tratamento científico-empírico. Todos os cientistas estão permanentemente a buscar "o critério geral e atual da ciência, de tal sorte a podermos saber de modo geral se uma teoria é ou não científica, no sentido de corresponder ou não à ciência atual, como se pode negar que se possa e deva buscar o critério geral e atual do direito? De tal sorte a podermos saber – do modo mais definido possível – se um fenômeno é ou não jurídico?" (Souto, 1974:120).

A busca desse critério tem uma importância fundamental – pois é a partir dele que se pode avaliar, julgar se determinado conhecimento configura-se como científico ou não. Da mesma forma, sendo o direito uma ciência, urge que se encontre também o critério geral e atual para o jurídico, para que se possa saber se um fenômeno caracteriza-se como jurídico ou não.

Com efeito, a partir da pesquisa já citada, constatou o pesquisador pernambucano a existência de uma ligação, na realidade social normativa, do sentimento humano de

justiça a uma idéia de acordo com os dados da ciência atual. E definiu: "o fenômeno jurídico, em suas linhas mais gerais, ainda não específicas, é um fenômeno que associa um imperativo (dever ser) e um conhecimento (ser) – um fenômeno de normação social (...)" (Souto, 1978:68).

Então, qual seria afinal a composição do direito como fato social?

Afirma-nos Souto que "Direito é o que está de acordo com o sentimento do dever ser e com a ciência atual" (Souto, 1992:102).

- 1) DIREITO = sentimento de justiça + dados da ciência empírica atual; ou
- 2) DIREITO = justiça + idéia de justiça; ou
- 3) DIREITO = dever ser + ser => DIREITO = dever ser.

Das fórmulas expostas acima, verificamos que o direito é um fenômeno de valor, um fenômeno normativo, cujo resultado, da união entre o imperativo (DEVER SER = SENTIMENTO DE JUSTIÇA) com o indicativo (SER = IDÉIA DE JUSTIÇA), é um imperativo DEVER SER. Entretanto, o DIREITO É UM DEVER SER QUE É, porque está na realidade social, no mundo do ser, pois se ele não fosse, não existiria. O DIREITO como um fenômeno de valor é apreendido na realidade social como um conhecimento, como um indicativo que é, embora seja um dever ser.

Diz Souto "a teoria científica do direito apreende essa realidade móvel e complexa, e a apreende no plano do ser (...) mas essa apreensão não será nada mais, nada menos, que o critério geral e atual do direito. Uma apreensão que significa em suma um julgamento de realidade concernente à realidade de um fenômeno de valor, ou seja, de um fenômeno de dever ser" (Souto, 1974:121).

Após a apresentação do critério científico geral e atual do jurídico, devemos esclarecer porque deve ser o dado de ciência o conhecimento informativo do direito.

Na pesquisa realizada na Alemanha, o referido autor chega à composição social de mais dois fenômenos como a moral e a equidade. Se direito é a ligação na realidade social normativa do sentimento humano de justiça com os dados da ciência empírica atual; moral é a mesma ligação desse sentimento com conhecimento metacientífico; e equidade seria essa ligação com o conhecimento das circunstâncias particulares de um caso concreto.

Assim, verificamos que o sentimento humano de justiça integra os três fenômenos citados: direito, moral e equidade, como sendo o elemento que os caracteriza como fenômenos normativos. Mas como diferenciá-los? Eles se diferenciam pela espécie de conhecimento que os informa. Nesse sentido, por que o dado de ciência é que deve informar o direito?

Em primeiro lugar, para respondermos parcialmente à pergunta, buscaremos em Lévy-Bruhl o auxílio necessário à construção que tentaremos fazer. Diz o sociólogo do direito francês: "nossa primeira tarefa consiste em definir o direito" (Lévy-Bruhl, 1988:03). Logo de saída, constatamos a importância que tem para o autor a construção do seu objeto de estudo. Quando ele aponta que a primeira tarefa consiste em definir o direito, nas entrelinhas está colocado que esse é o passo fundamental da sociologia do direito e do qual decorrem todas as demais. Em seguida, dá o sentido etimológico da palavra direito: "A palavra 'direito', em francês (como em inglês, right, em alemão, recht, em italiano, diritto, etc.), liga-se a uma metáfora na qual uma figura geométrica assumiu um sentido moral e depois jurídico: o direito é a linha reta, que se opõe à curva, ou à oblíqua, e aparenta-se às noções de retidão, de franqueza, de lealdade nas relações humanas" (Lévy-Bruhl, 1988:03).

Dessa forma, como o direito liga-se metaforicamente à linha reta, às noções de retidão, qual a espécie de conhecimento que, modernamente, caracteriza-se pelo menor grau de incerteza? Racionalmente, o conhecimento científico, testável por métodos e técnicas de pesquisa empírica é marcado por esse maior grau de certeza, ou se se preferir, por esse menor grau de incerteza. É com Baptista que realçamos nosso entendimento: "podemos chamar de **certos** os conhecimentos de acordo com a ciência empírica (...). Certo no sentido de correto, de direito, de consentâneo com a realidade verificada (...)" (grifos do autor) (Baptista, 1993: 12). Nesse sentido, se direito liga-se ao que está de acordo com a linha reta, ou às noções de retidão, nada mais coerente do que se possa chamar de direito o padrão normativo que se componha substantivamente de conhecimento passível de verificação científico-empírica.

Em segundo lugar, vamos buscar uma justificativa que é o próprio Souto quem nos oferece: "se o direito tem por fim a segurança nas relações sociais, a idéia que o compõe deve ter a menor insegurança cognitiva possível e essa menor insegurança está na consonância dessa idéia com os dados da ciência atual" (Souto, 1992:101). Dessa forma, se o direito visa à segurança nas relações sociais, nada mais justo do que, numa época científica e tecnológica como a nossa, o conhecimento que deve informar o direito deve ser o científico.

Com efeito, cremos que resta ainda apresentar um outro elemento, além do sentimento de justiça e dos dados da ciência atual, que é parte integrante da definição operacional do direito de Souto, o impulso de ser.

O impulso de ser é elemento infra-estrutural do sentimento de justiça, e faz parte de um postulado ético fundamental: "o postulado seria o de que o mundo e o homem devem ser (existir) e desenvolver-se (ou ser cada vez mais profundamente)". E esse impulso de ser traduzido

na forma tipicamente humana, "em última análise, parece nada mais ser senão o impulso de conservação individual e da espécie" (Souto, 1971:95).

A normalidade do sentimento está na harmonia deste com o que lhe é subjacente e infra-estrutural que é o impulso de ser (impulso de conservação do indivíduo e da espécie).

Assim sendo, é jurídica toda apreensão da realidade social móvel e complexa que contenha a seguinte composição: "impulso de conservação individual e da espécie e de sentimento de agradabilidade informado por idéia de acordo com a ciência empírica" (Souto, 1997:45).

Percebemos que esse é um critério universal e transcultural, com base nele poderemos apreender o jurídico de maneira mais segura, em qualquer grupo social, seja ele estatal, comunitário, da favela ou não. Destarte, certamente, existe direito fora do Estado, pois este não abarca toda realidade social normativa jurídica, assim, podemos apreendê-lo como conteúdo sem qualquer forma estatal de coercibilidade e que é chamado de direito informal. (cf. Souto, 1981:118).

Outra hipótese é aventada ainda pelo autor, "o fato de nem sempre existirem dados científicos disponíveis (...) a propósito de determinado tópico. Nesse particular, é claramente lamentável, do ponto de vista prático, o subdesenvolvimento das ciências humanas em geral" (Souto, 1978:98).

Na falta de dados científicos que informem o sentimento humano de justiça, como saber se determinado fenômeno social apreendido é ou não jurídico?

Informa-nos Baptista que nem sempre é possível contar com um dado científico e nesse caso duas hipóteses daí decorrem: "1) deve ser a preservação da vida; 2) para a preservação da vida é necessária coesão social" (Baptista, 1996:30).

Caso não encontremos num fenômeno social o dado científico que venha a se ligar intimamente ao sentimento do dever ser, composição esta específica do direito, mas uma idéia que seja o mais possível aproximada da racionalidade científica, estaremos diante de um fenômeno jurídico em sentido amplo. Observe-se, conforme Baptista, que se a idéia que preside o fenômeno abarcar as duas hipóteses acima citadas, certamente estaremos diante de algo que interessa ao jurídico, que favorece ao desenvolvimento do direito.

Diante das considerações anteriores, podemos passar a responder à primeira pergunta, acerca da juridicidade das adoções à brasileira. Para tanto, antes é necessário apresentar o caminho trilhado para a coleta dos dados, em seguida, os dados coligidos e sua interpretação.

2.3. Metodologia da pesquisa

A pesquisa desenvolveu-se a partir da realização de 43 entrevistas semi-estruturadas, registradas em fita cassete, com duração de 30 minutos. Após a realização de todas as entrevistas, confeccionamos um questionário, baseado nas entrevistas, cuja finalidade foi a de facilitar a quantificação dos dados. A maioria das entrevistas foi realizada no local de trabalho das pessoas que praticaram a adoção à brasileira e em outras situações na residência delas. É interessante salientar que, na grande maioria dos casos, as entrevistas só foram concedidas porque garantimos não revelar os nomes dos entrevistados e das crianças adotadas à brasileira.

Chegamos até essas pessoas através da comunicação do trabalho que estávamos desenvolvendo. Como o fenômeno da adoção à brasileira é bastante disseminado, quase sempre as pessoas com quem conversávamos conheciam, pelo menos, uma pessoa que a tivesse

praticado. Assim, os que colaboraram com a pesquisa entravam em contato com aqueles que haviam feito uso dessa prática e perguntavam da disponibilidade deles em conceder a entrevista. E assim, foi-se desenvolvendo o trabalho. Quando a entrevista chegava ao fim, sempre perguntávamos aos entrevistados se eles conheciam outras pessoas que da mesma forma haviam adotado e, geralmente, a resposta era afirmativa. Foi a partir de tal procedimento que realizamos 43 entrevistas.

2.4. Análise e interpretação dos dados

E a partir de que dados investigamos o conteúdo informativo dessas práticas adotivas à margem da lei?

A pergunta da entrevista que nos permitiu uma análise sócio-jurídica foi a seguinte: Quais as razões da adoção?

Nesse quesito, as pessoas puderam responder multiplamente, isto é, puderam dizer quais as razões que as levaram a adotar e, a maioria respondeu que mais de um fator contribuiu para aquele ato. Assim sendo, as três razões mais significativas que levaram as pessoas a adotar são respectivamente: 62,79% disseram que uma das razões era o altruísmo (vontade de ajudar uma criança abandonada), 25,58% responderam que um dos fatores foi a impossibilidade de gerar, 23,25% dos entrevistados responderam que a dificuldade de gerar foi um outro fator bastante influente.

Note-se que 62,79%, ou seja, a grande maioria das pessoas agiu de maneira desinteressada, uma vez que a razão da adoção era a própria criança. A partir da citação de trechos das entrevistas poderemos tirar algumas conclusões:

“Uma menina foi colocada na porta de minha casa, com dois dias de nascida, muito debilitada, ela pesava simplesmente 1,8kg (um quilo e oitocentos gramas), muito

pequenininha. Eu levei ela pro médico, o médico não queria colocar o aparelho para puxar a secreção, eu fui quem puxei com a boca, entendeu, ela não chorava, não espirrava, não fazia xixi, entendeu como é. Então eu me doeí de corpo e alma a ela (...) a razão de tudo foi ela, entendeu como é. A gente não esperava, foi um negócio assim, foi uma coisa que a gente não pode decifrar” (S.M.) – Entrevistado (a).

“Quando ele chegou na minha casa já tinha passado por uma quatro casas e ninguém tinha aceitado. Ele chegou com dois dias de nascido, magrinho, doente, a mãe na hora do nascimento defecou em cima dele, e as fezes contaminaram ele, não deram banho nele. Eu levei meu filho pra minhas colegas pediatras examinarem, e elas disseram que ele estava com septcemia, e eu o acompanhei, passei noites acordada medicando ele. Eu queria era salvar a vida dele” (M.T.) – Entrevistado (a).

À luz do paradigma sócio-jurídico acima explicitado, entendemos que essas pessoas agiram baseadas numa razão legítima. Será que existe algo mais correto, mais reto do que uma pessoa pautar sua conduta no sentido de que a vida de uma outra tenha continuidade? Cremos que nem o conhecimento científico, que é o mais seguro, o mais correto, o que realmente legitima a conduta jurídica, possa contradizer ou superar algo que não necessita de prova científica para se firmar como conhecimento de conteúdo racional.

A impossibilidade de gerar aparece como a segunda razão lastreadora da adoção, cuja representatividade é de 25,58%. Nos casos estudados, a impossibilidade de gerar decorre da: a) esterilidade; b) laqueadura de trompas.

Quanto à esterilidade, algumas pessoas que alegaram tiveram a comprovação através de exame, em outros casos as próprias pessoas consideraram-se estéreis por nunca terem conseguido procriar.

Já na laqueadura de trompas verifica-se a ocorrência de intervenção cirúrgica, decorrendo a impossibilidade de reversão.

O terceiro fator fundamental alegado por 23,25% dos entrevistados foi a dificuldade de gerar. Algumas mulheres conseguiram engravidar, mas perderam a criança durante a gestação. Em outros casos, não chegaram a engravidar e segundo informações médicas seria necessário um longo tratamento para que a gravidez fosse possível. Entretanto, as condições financeiras não permitiram o início do tratamento. Dessa forma, essas pessoas optaram por outra forma de ter filho.

3. Conclusão

Concluindo, cabe mais uma vez reforçar que não há confundir-se o legal com o jurídico, noutros casos encontramos o jurídico fora do Ordenamento Estatal sem que este não tenha sequer previsto, bem como existem outras possibilidades de encontrar o jurídico fora dos estreitos limites do Estado, mesmo quando no Ordenamento deste existe dispositivo penal proibindo condutas tidas como infração de norma penal.

Assim sendo, conforme dissemos alhures, em nossa perspectiva o que legitima o direito é a racionalidade científica, ou seja, para que tenhamos um fenômeno sócio-jurídico é necessário que o sentimento de justiça, cujo elemento subjacente é o impulso de ser, seja informado por uma idéia seguramente testada ou testável, e esta é a proveniente de conhecimento científico. Com esses elementos estaríamos diante do fenômeno jurídico em sentido estrito.

Por outro lado, ao investigar o fenômeno da adoção à brasileira, chegamos à conclusão de que este é fundamentalmente jurídico, embora o conhecimento que o presida não seja diretamente científico em todos os

casos, em outros é, indiretamente, por conta da comunicação de idéias de acordo com pesquisas científicas apreendidas na relação interativa social, porque lastreado por idéia básica, elementar e incontrastável cientificamente, de que deve ser a preservação da vida da criança abandonada pelos pais biológicos.

Entendemos, portanto, estar presente a permanente busca de perpetuação da espécie, no caso estudado, através da adoção à brasileira. Diante da resposta científica de que elas não podiam ter filhos ou de que depende de tratamento a ser realizado, essas mulheres sentiram que deveria ser procurado um outro caminho e, em função desse sentimento/idéia agiram, praticando adoção.

E com Souto arremataríamos: "deve ser tudo que for favorável à subsistência e ao desenvolvimento do indivíduo humano e da espécie humana; deve ser sobretudo a subsistência e o desenvolvimento do indivíduo humano e da espécie humana. Por conseguinte, devem ser o individual e o grupal, que propiciem a aproximação, a coesão, a integração, a união humana, não devem ser o individual e o grupal que atuem no sentido do distanciamento mental e social de homens entre si". (Souto, 1997:45)

ESCOLA SUPLENTE DA BIBLIOTECA

Referências Bibliográficas

- BAPTISTA, José Cláudio (1993). *Dogmatismo Jurídico em Análise Crítica*. João Pessoa: Empório dos Livros.
- _____ (1996). *Direito, Política, Sociologia, Filosofia*. (mimeo).
- DELMANTO, Celso (1991). *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar.
- DURKHEIM, Émile (1970). *Sociologia e Filosofia*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária.
- EHRlich, Eugen (1986). *Fundamentos de Sociologia do Direito*. Brasília:UnB.
- LÉVY-BRUHL, Henri (1988). *Sociologia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- RIBEIRO, Emmanuel Pedro S. G. (1996). *Relatório Final da Pesquisa: ADOÇÃO DE DIREITO X ADOÇÃO DE FATO (OU À BRASILEIRA)* (mimeo).
- SOUTO, Cláudio (1971). *Introdução ao Direito como Ciência Social*. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro.
- _____ (1974). *Teoria Sociológica Geral*. Porto Alegre: Ed. Globo.
- _____ (1978). *Teoria Sociológica do Direito e Prática Forense*. Porto Alegre: Fabris Editor.
- SOUTO, Cláudio & SOUTO, Solange. (1981). *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: LCT/EDUSP.
- _____ (1985). *A Explicação Sociológica*. São Paulo: EPU.
- SOUTO, Cláudio (1992). *Ciência e Ética no Direito: Uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre: Fabris Editor.
- _____ (1997). *Tempo do Direito Alternativo: Uma visão substantiva*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora.

O INSTITUTO DO SOLO CRIADO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE URBANÍSTICO

Eugênia Giovanna Simões Inácio Cavalcanti
Procuradora do Município do Recife e Professora
de Direito Municipal e Urbanístico da Escola
Superior da Magistratura do Estado de Per-
nambuco.

SUMÁRIO

- I- Introdução ao estudo do solo criado. II- Colocação do problema do solo criado. III- O solo criado e a função social da propriedade. IV- O solo criado e o direito de construir. V- Experiências estrangeiras. VI- Conclusão.

I. Introdução ao estudo do solo criado

É de conhecimento geral que nas últimas décadas o país tem assistido a uma urbanização crescente e a uma rápida aglomeração da população nas grandes cidades, por isso houve um aumento de interesse em torno do controle do uso do solo urbano.

O controle da intensidade de utilização do solo tem sido feito através do zoneamento, que, em sentido amplo, seria "a divisão de uma comunidade em zonas para o fim de regular o uso da terra e dos edifícios, a altura e o gabarito das construções, a proporção que estas podem ocupar e a densidade da população".¹

Após a divisão da cidade em zonas, em setores especiais, para cada um são fixadas limitações adminis-

1 Associação Internacional de Administradores Municipais. Planejamento Urbano, p.306.

trativas ao direito de construir, como por exemplo limitação quanto à altura, à área construída, ao alinhamento e aos recuos. A densidade de construção em cada uma dessas zonas é controlada pelas aludidas limitações.

No tocante à área construída em um determinado lote, o que determina o potencial construtivo (o quanto se pode construir) é o coeficiente de aproveitamento, resultado da proporcionalidade entre a área total do terreno em que a edificação se situa e a área construída (soma das áreas dos pisos utilizáveis, cobertos ou não, de todos os pavimentos de uma edificação). Significa dizer que o coeficiente multiplicado pela área do lote, determina a área líquida edificável ou admitida no lote. Senão vejamos: se o coeficiente de aproveitamento em determinada zona é igual a um e o terreno possui mil metros quadrados, o proprietário poderá erguer construção de até mil metros quadrados.

"O solo criado seria exatamente toda edificação legalmente admitida que excedesse a um coeficiente único de aproveitamento do terreno, coeficiente este previamente estipulado em lei", isso segundo a definição de Celso Antônio Bandeira de Melo.²

Esta é uma conceituação mais atual, pois anteriormente tinha-se a noção de solo criado como sendo o resultado de criação de áreas adicionais utilizáveis não apoiadas diretamente sobre o solo.

II. Colocação do problema do solo criado

Considerando que o instituto do solo criado é matéria extremamente específica, interessante situar o leitor acerca do tema a ser abordado nesse sucinto trabalho.

2 In Figuras Jurídicas Do Planejamento Urbano No Brasil. Revista Da Procuradoria Geral Do Estado Do Rio Grande Do Sul. Revista D0s Tribunais, Outubro De 1977, Vol. 504.

O direito de construir está limitado por um coeficiente único de aproveitamento, já explicado. Na fixação do referido coeficiente devem ser considerados, entre outros fatores, a disponibilidade de infra-estrutura e equipamentos públicos; a acessibilidade da área; a proporcionalidade entre áreas de uso privado e as de uso comum; as reservas de áreas verdes, de lazer e de uso institucional; a manutenção e a valorização da estética urbana.

Segundo alguns doutrinadores, ocorre que – para certas áreas ou zonas da cidade, determinadas na lei de zoneamento – seria possível e conveniente, do ponto de vista social, a construção além do coeficiente de aproveitamento legalmente fixado, sendo considerado esse excesso como solo criado. Para que, no entanto, isso seja permitido, nessas zonas, seria exigido do construtor a aquisição de direito de construir o suficiente para tal.

A doutrina brasileira tem entendido que a aquisição desse direito de construir acima do coeficiente único poderia, em tese, efetivar-se de três maneiras a saber:

- 1º) de proprietários impedidos, pela lei de zoneamento, de utilizarem a totalidade do coeficiente único que lhes corresponderia, configurando, assim, a transferência do direito de construir de um lote para outro, de conformidade com certas regras a serem fixadas. Assim, por exemplo, o dono de imóvel tombado, cujo aproveitamento do lote esteja aquém do coeficiente local, poderia transferir o potencial construtivo para outro lote. Esse mecanismo funcionaria como um instrumento compensatório para aqueles proprietários que não podem utilizar todo o coeficiente de aproveitamento do seu terreno, devido à

imposição de limitações ao uso da propriedade, decorrentes de uma legislação de preservação do patrimônio histórico, paisagístico e de recursos naturais. O proprietário teria a faculdade de alienar para um particular, ou transferir para um lote de sua propriedade, o potencial construtivo do seu terreno, que foi tolhido por uma limitação administrativa;

- 2º) por meio do pagamento ao Poder Público de determinado valor em pecúnia;
- 3º) mediante permuta, com o Poder Público, de áreas de terrenos destinadas a espaços verdes, à preservação do patrimônio histórico ou artístico ou de lazer. Isto é, o particular em troca da possibilidade de construir acima do coeficiente de aproveitamento (solo criado) entrega ao Poder Público área de sua propriedade.

Ressalte-se, que, entre nós, as tentativas de instituição do solo criado não têm incluído esse último mecanismo, daí muitas vezes ser utilizada a nomenclatura solo criado como sinônimo da forma onerosa de adquirir do Poder Público o direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento. Enquanto o primeiro mecanismo é denominado, pela doutrina brasileira, de transferência do direito de construir.

Ao adquirir do Poder Público o direito de construir acima do coeficiente, a partir de uma concessão da lei de uso do solo, haveria por parte do beneficiário a obrigação de dar à comunidade uma contraprestação pelo excesso da utilização, que provoca custos pelo aumento de concentração urbana, implicando, geralmente, uma carga adicional sobre o equipamento urbano (infra-estrutura ou

equipamentos públicos de abastecimento de água, serviços de esgoto, energia elétrica, coletas de águas pluviais, rede telefônica, gás canalizado etc.). Essa contraprestação poderia ser feita com a entrega ao Poder Público de áreas proporcionais ao solo criado ou através do equivalente econômico.

Seria muito mais justo, quando fixado um coeficiente de aproveitamento único para determinado setor e havendo permissão de construção diferenciada (solo criado), que o proprietário revertesse, via Poder Público, para a comunidade os benefícios advindos desse excesso. Dessa maneira, o instrumento do solo criado obedeceria ao princípio constitucional da função social da propriedade.

III. O solo criado e a função social da propriedade

Atualmente, não se pode separar a propriedade individual da sua significação coletiva. A própria Constituição Federal no seu art. 5º, XXIII, determina que a propriedade atenderá a sua função social e no art. 170, III, ao dispor sobre a ordem econômica, estabelece que entre outros princípios deverá ser observado o da função social da propriedade.

A função social da propriedade traduz-se na compatibilidade e na harmonia entre o interesse individual e o interesse coletivo. Considerando a função social, o legislador deverá impor limitações administrativas ao direito de propriedade, delineando-o em consonância com o interesse coletivo.

O próprio Código Civil Brasileiro de 1916 dispõe que o direito de propriedade é limitado pela regulamentação administrativa, regulamentação esta que deve, exatamente, fazer com que o interesse individual do proprietário curve-se ao interesse coletivo.

As limitações urbanísticas são espécies do gênero limitações administrativas. No sentir de Hely Lopes

Meirelles "as limitações urbanísticas por sua natureza de ordem pública, destinam-se, pois, a regular o uso do solo, as construções e o desenvolvimento urbano objetivando o melhoramento das condições de vida coletiva, sob o aspecto físico-social."³

Por ilação, a imposição pela lei de zoneamento de um limite para construção (coeficiente de aproveitamento) constitui uma limitação urbanística ao direito de propriedade absoluto, que seria o de se construir até onde desejasse o proprietário

A limitação supramencionada não é inconstitucional, haja vista, no direito pátrio, o uso da propriedade estar condicionado à sua função social, o que autoriza o Poder Público a impor limites à utilização do imóvel em benefício da coletividade.

IV. O solo criado e o direito de construir

Ao se falar sobre solo criado é inevitável a discussão sobre a dissociação do direito de construir do direito de propriedade, bem como da competência para instituir o instrumento do solo criado. Acerca dessas questões, existem posicionamentos doutrinários divergentes.

O eminente jurista Seabra Fagundes, in Aspectos Jurídicos do Solo Criado, RDA, 129:9, faz a seguinte colocação:

"No que diz respeito ao conteúdo e à essência do direito de propriedade, vistos sob o ângulo do solo criado e do condicionamento desse direito à compatibilidade com o interesse social, o aspecto mais relevante a examinar concerne à autonomia do direito de construir, ou seja, à possibilidade de havê-lo como distinto do direito de propriedade e não

3 In Direito De Construir, 6a Edição, Malheiros Editores, Pág.93.

somente como um dos elementos dele integrantes, tal como até hoje é entendido entre nós e, de modo geral, nos países que incluem a proteção à propriedade nas suas declarações constitucionais de direitos (...)

Disciplinar o direito de construir e, por conseguinte o de criar solo, é certamente de órbita municipal. No que se refere, porém, à negociabilidade do solo criado é possível suscitar dúvidas. Caberia à União regulá-la ou pelo menos, a permitir, por reflexo, não bem do direito de edificar, e sim do conteúdo econômico da propriedade (disposição do direito)."

Toshio Mukai⁴ defende que o solo criado não é uma simples limitação administrativa, mas que adentra no conteúdo mesmo da propriedade, sendo a separação do direito de construir do direito de propriedade ponto central do conceito de solo criado. E nesse sentido, o impulso inicial na instituição dessa figura jurídica dependeria de lei federal.

O referido posicionamento opõe-se à viabilidade de constar na legislação municipal o instrumento do solo criado, pelo fato de sua inserção em lei municipal configurar modificação do próprio conceito de propriedade. E assim sendo, apenas norma federal poderia dispor sobre o direito de propriedade.

Todavia, ao Município cabe promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do parcelamento e de ocupação do solo urbano, consoante o teor do art. 30, VIII, da Carta Magna. Na execução dessa tarefa, poderá o legislador municipal impor limitações ao direito de propriedade, podendo ser definidos "padrões de utilização" para a propriedade do solo urbano e tudo que

4 Legislação Urbanística Do Brasil, Editora Saraiva, 1988

exceder tais padrões – nessa hipótese incluir-se-ia o solo criado – não se relacionaria com a propriedade em si, mas com as limitações impostas, ou seja, com o “*delineamento do perfil do próprio direito de propriedade*”.

José Afonso da Silva⁵, no que diz respeito às questões anteriormente expostas, posiciona-se no seguinte sentido:

“Vale, pois, dizer que, se adotado o instituto do solo criado, permanecerá intacta a norma do art.572 do Código Civil, segundo o qual, como já tantas vezes vimos, o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos. O solo criado nada mais seria do que uma simples restrição ao direito de construir, tal como já existem hoje nas leis de uso e ocupação do solo. Isto é, será uma simples aplicação dos ditos regulamentos administrativos, que, em verdade são todas essas leis de uso do solo e demais leis e regulamentos edilícios”.

Partindo do raciocínio acima explicitado, o autor entende que a instituição do solo criado poderá ser feita por lei municipal de uso e ocupação do solo, visto que não se trata de regular relações civis sobre propriedade. A instituição em lei federal poderia ocorrer quando se quisesse estabelecer um coeficiente único de aproveitamento para todos os municípios.

Destaque-se, ainda, que no Brasil o direito de construir é um direito acessório, inerente ao direito de propriedade. Dessa forma, há a possibilidade do direito de construir ser limitado, como ocorre com vários outros usos que a propriedade territorial possa ter.

5 Ob. Cit.

V. Experiências estrangeiras

Interessante agora, após se ter uma noção do tema solo criado, trazer à baila as experiências estrangeiras nesse sentido. No estudo do solo criado, José Afonso da Silva⁶ indica como fontes de direito comparado a França, os Estados Unidos da América e a Itália.

Na França, segundo o autor, “a Lei n. 75 -1.328, de 31.12.1975, estabeleceu que uma densidade igual a 1 constituiu o limite legal de densidade. Para a cidade de Paris, esse número é fixado em 1,5. Além desse limite, chamado de “*plafond légal de densité*” (teto legal de densidade), o exercício do direito de construir se subordinava ao interesse coletivo. Toda construção de densidade excedente ao “*plafond légal*” era subordinada ao pagamento, pelo beneficiário da autorização de construir, de uma soma igual ao valor do terreno. Quer dizer, o proprietário do terreno teria direito de construir até uma vez a área do lote (em Paris, até uma vez e meia). Se quisesse construir além desse coeficiente (“*plafond légal de densité*”), onde as normas urbanas o permitissem teria que adquirir da municipalidade esse direito ao preço do solo natural”.

Na França, desde 1986, não há mais solo criado como imposição nacional. As comunas podem ou não adotar a medida. Em 36.763 comunas, hoje aparecem em apenas 2.300 – estatística de 1992.⁷

Nos E.U.A. a experiência do solo criado decorre do chamado “Plano de Chicago”. Denominado “*Space Adrift*” (Espaço Flutuante), o instituto tem sido posto em prática para preservar o patrimônio histórico. José Afonso da Silva, citando John J. Costins, salienta que “*por esse sistema, os proprietários de imóveis, que o poder*

6 In Direito Urbanístico Brasileiro, 2ª Edição, Malheiros Editores.

7 Patrick Gérard, Pratique Du Droit De L'urbanisme, Eyrolles, 1993.

público definisse como de interesse histórico ficam autorizados a alienar o direito de construir o que lhe couber no terreno onde se acham tais imóveis e que não podem ser demolidos para erguer no respectivo terreno construções modernas e elevadas." Essa versão americana do solo criado corresponde ao que entre nós foi denominado de transferência do direito de construir.

Na Itália, a Lei 10, de 28.1.1971, separou o direito de construir do direito de propriedade. Portanto foi além do conceito de solo criado. "O proprietário (ou quem de direito) não possuiria o direito de construir como uma das faculdades do direito de proprietário do terreno e se quisesse construir (e, certos casos indicados no plano urbanístico, impõem-se até a obrigação de edificar), teria que obter o respectivo direito mediante concessão da comuna. Mas essa interpretação da lei caiu com a sentença n. 5/1980 da Corte Constitucional italiana."

Na Alemanha o direito de construir também é separado do direito de propriedade.

Em países como a Noruega, Suécia, Escandinávia e Dinamarca, a maior parte do solo urbano pertence ao poder público, assim o que há é a concessão do próprio solo e não do direito de construir.

VI. Conclusão

Chegando ao final da exposição, poderia haver a indagação se a mesma não teria suscitado mais questionamentos do que propriamente definido situações jurídicas insurgentes. Mas, é importante saber que o solo criado é um instituto relativamente recente entre nós, pois, ao que consta, a primeira vez que se tocou no assunto foi em seminário interno do antigo Grupo Executivo da Grande São Paulo - GEGRAN, no início de 1975. Em documento elaborado naquele mesmo ano, fruto de estudos do CEPAM (Centro de Estudos e Pesquisas em Adminis-

tração Municipal), traçou-se o conceito de solo criado, que, após vários debates culminou na Carta de Embu, elaborada com a participação de juristas, arquitetos, urbanistas e economistas.

Ainda, temos que considerar o fato do tema SOLO CRIADO ser pouco explorado e ponto de divergências entre doutrinadores.

Alguns, inclusive, consideram o solo criado, na modalidade de outorga onerosa do Poder Público, como uma aberração jurídica, uma vez que a municipalidade estaria negociando limitações administrativas, ao permitir a construção acima do coeficiente de aproveitamento mediante contraprestação em pecúnia. Contudo, existem dois ângulos para se observar esse problema: sob o ponto de vista urbanístico, seria um instituto capaz de controlar, em determinadas áreas, a densidade de edificações, observando os equipamentos urbanos havidos no setor, controlando também a densidade populacional, visto que, provavelmente, poucos proprietários iriam se dispor a pagar para poder construir acima do coeficiente. Com isso, na média, as edificações obedeceriam ao coeficiente único de aproveitamento. Sob a ótica financista, seria mais um instrumento de arrecadação financeira do tesouro municipal.

É importante ressaltar que, se o objetivo da instituição do solo criado for o controle urbanístico, passará a ser inócuo o aspecto financeiro dessa figura jurídica e vice-versa. E, ainda, se a relevância for dada à visão financista do instituto, poderá concorrer para sua modificação e conseqüentemente causar a desordenação do solo urbano.

Poderia também haver o questionamento no sentido da legitimidade na adoção desse instituto pelo Poder Público. Seria mais legítimo quando utilizado como forma de controle do adensamento urbano ou menos legítimo quando visasse apenas o valor pecuniário a ser pago?

No tocante à legalidade, se seguirmos o posicionamento de José Afonso da Silva e considerarmos o solo criado como uma simples restrição ao direito de construir, ou seja, aplicação dos regulamentos administrativos (às leis de uso e ocupação do solo e demais leis e regulamentos edilícios). A sua instituição poderia ser estabelecida em lei municipal de uso e ocupação do solo, visto que não se trata de regular relações civis de propriedade⁸. Porém, entendendo não ser uma simples limitação administrativa, como defende Toshio Mukai, mas que adentra no conteúdo mesmo da propriedade, sendo a separação do direito de construir do direito de propriedade ponto central do conceito do solo criado, o impulso inicial na instituição dessa figura jurídica dependeria de lei federal.⁹

Registre-se, por fim, que o instituto do solo criado traz implicações em vários ramos do direito, pois a partir dele questiona-se a dissociação do direito de propriedade, do direito de construir; a aplicação do princípio constitucional da função social da propriedade; se na hipótese da concessão onerosa do poder público o valor pago é tributo ou não, dentre outros.

Diante do aqui exposto, conclui-se que o solo criado é um instituto objeto de opiniões divergentes na doutrina brasileira ante a sua complexidade, mas deverá ser melhor aprofundado, porquanto poderá vir a ser um importante instrumento de controle urbanístico, se já não o for em algumas cidades brasileiras.

8 Ob. Cit.

9 Toshio Mukai, *Legislação Urbanística Do Brasil*.

O NOVEL INSTITUTO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO, FACE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Fidvío Augusto Fontes de Lima

Juiz de Direito de Terceira Entrância; Professor Adjunto de Direito Penal na Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMape; Professor Substituto de Direito Penal Complementar na Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco – UFPE; Pós-graduado na ESMape; Mestrando em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE; Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas.

SUMÁRIO

INSERÇÃO DO TEMA. CAPÍTULO I – DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 1. Acepção do Vocabulo Princípio e Hierarquia Constitucional. 2. Evolução Histórica da Presunção de Inocência. 3. Presunção de Inocência nas Convenções e Constituições do séc. XX. CAPÍTULO II – DA SUSPENSÃO DO PROCESSO. 1. O Novel Instituto da Suspensão do Processo. 2. Natureza Jurídica da Suspensão do Processo. 3. Suspensão do Processo e Institutos Assemelhados. CAPÍTULO III – AS (IN)CONSTITUCIONALIDADES DA SUSPENSÃO DO PROCESSO, EM FACE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 1. Três Pontos Controversos. 2. Primeiro Ponto. 3. Segundo Ponto. 4. Terceiro Ponto. 5. Conclusão. BIBLIOGRAFIA.

Inserção do tema

A escolha do tema deu-se devido a alguns fatores.

Em primeiro lugar, como bem ressaltou PAULO BONAVIDES, pela constatação que a vigente Constituição brasileira foi a que mais procurou inovar tecnicamente em matéria de proteção aos direitos fundamentais, em busca de uma compatibilidade entre o Estado social e o Estado de direito mediante a introdução de novas garantias constitucionais (BONAVIDES, 1993:460).

Nesse contexto foi introduzida pela primeira vez em nossa Constituição, a garantia da presunção de inocência, que consagrou um princípio universal, previsto desde a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Com respaldo no texto constitucional surgiu a Lei 9099/95 criando os juizados especiais. Contudo, o legislador foi mais além e no art. 89, da referida lei, criou o instituto da suspensão do processo.

Trata-se de criação nacional sem similar no direito comparado e de uma abrangência tão grande, que atinge 76,05% dos tipos previstos no Código Penal brasileiro (KUEHNE, FISCHER, GUARAGNI & JUNG, 1996:92).

Na terceira parte propusemos-nos a focar a constitucionalidade do novel instituto da suspensão do processo, em relação ao princípio constitucional da presunção de inocência, cujos choques ocorrem em, pelo menos três partes do art. 89.

CAPÍTULO I

Do Princípio da Presunção de Inocência

1. Para se ter uma visão mais global do Princípio da Presunção de Inocência, faz-se mister ter-se uma noção do vocábulo Princípio.

Tem sua origem no latim "*Principium*, -i", cujo sentido próprio é o de origem, princípio, começo. Daí, em sentido próprio: Exórdio, começo (de um trabalho), prelúdio. O que começa primeiro.

Fundamento, origem. Em locuções quer dizer em primeiro lugar, primeiramente, desde a origem (FARIA, 1962:795).

Do ponto de vista Jurídico, consta no dicionário de DE PLÁCIDO E SILVA que:

"...significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito. Indicam o alicerce do direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo o axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal" (DE PLÁCIDO E SILVA, 1989).

Doutrina IVO DANTAS que:

"Princípios são categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer, que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade". É assaz útil a sua observação no tocante à existência de hierarquização na Constituição do Brasil, aonde estariam no topo os Princípios Constitucionais Fundamentais, seguidos dos Princípios Gerais e das Normas (DANTAS, 1995:59-60).

Diante dessa hierarquia existente na Carta Magna, poder-se-ia indagar onde seria enquadrado o Princípio da Presunção de Inocência.

Tal Princípio encontra-se no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, no capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, especificamente no art. 5º, LVII.

Levando-se em conta a inequívoca existência da valoração constitucional dos princípios, conclui-se que a Presunção de Inocência está no ápice da escala hierárquica. É um dos princípios constitucionais fundamentais.

Fundamental é o que serve de base, de alicerce, de fundamento (FERREIRA, 1986:820).

A vigente Constituição brasileira ao estabelecer diversos princípios do processo penal, dentre eles o da presunção de inocência, certamente fê-lo, como consequência da longa luta histórica da humanidade em favor das garantias individuais, mormente contra o arbítrio penal e, também, devido à questão da liberdade pessoal, que está diretamente ligada ao processo penal (GRECO FILHO, 1991:63).

2. Muitas décadas passaram-se até que o princípio da presunção de inocência fosse inserido, de modo expresso, na legislação brasileira, o que só ocorreu, a partir da vigente Constituição de 1988.

Há quem diga que a origem remota do princípio estaria na máxima "*in dubio pro reo*", aforismo vislumbrado no direito romano, com grande influência do Cristianismo, significando que na dúvida deve o Juiz absolver o acusado (ARIAS, 1985:17).

Na Idade Média prevalecia a concepção de que cabia ao acusado provar a sua inocência.

Tal concepção provocou a reação dos escritores medievais, em face das graves consequências que eram geradas para o acusado e para a justiça. Conseguiu-se, de certa forma, inverter o ônus da prova, isto é, a prova do fato e da autoria passou a ser encargo do autor. Se o acusado fosse absolvido por falta de prova, seria presumido inocente.

Conforme HÉLIO TORNAGHI, essa norma foi prevista na Ordenação francesa de 1670, ao estabelecer que a absolvição por falta de prova da culpabilidade trazia como consequência a presunção da inocência do acusado (TORNAGHI, 1967:1082-1085).

Todavia, mesmo absolvido, o acusado era declarado presumidamente inocente. Os rigores das leis tratavam o acusado como objeto do processo, quase como coisa (BONCHRISTIANO, 1996:484).

Deve-se ressaltar a influência do contratualismo, que foi marcante para se chegar às declarações de direitos. Serviu de base para a conclusão de que se o Estado deriva da vontade contratual dos homens, estes poderiam desfazer o Estado e reconstruí-lo com novas orientações, com a garantia de liberdade contra o próprio Estado.

O cenário estava montado para a revolução liberal do século XVIII, cujo princípio fundamental foi a liberdade de consciência, de ROUSSEAU; do Enciclopédismo e da Revolução Francesa (GRECO FILHO, 1991:25-26).

É interessante observar que o princípio da presunção da inocência foi um dos postulados fundamentais que presidiu a reforma do sistema repressivo provocada pela revolução liberal, graças às idéias liberais da época.

Assim, o princípio foi consagrado pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26.08.1789, que estabeleceu em seu artigo 9º:

"Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei".

Com a nova regra, o que pretendia era "*evitar que o acusado, durante o processo fosse oprimido, torturado, submetido a tormentos morais para se lhe extorquir a confissão*" (TORNAGHI, 1967:1082-1085).

A Declaração de Direitos de 1789 passou a consagrar não a presunção de inocência do acusado que foi absolvido por falta de provas, mas a presunção de

inocência do acusado que ainda não fora condenado (BATISTA, 1995:151).

Apesar do encanto retórico do novo princípio da presunção, no século XIX a sociedade foi exigindo cada vez punições mais severas, levando a uma espécie de hibernação quanto à aplicação prática do princípio.

Ressalta CARLOS BONCHRISTIANO que nos regimes nazifascista e soviético, alterou-se a natureza do princípio da presunção, ao admitir que em caso de dúvida quanto à culpabilidade do acusado, deveria ser solucionada, de acordo com os princípios dominantes, em conformidade com a defesa social, ou seja, contra o acusado.

Era a preocupação com um direito penal que fosse mais eficaz a si próprio, colocando-o bem acima do propósito de servir ao cidadão. É o princípio intervencionista adotado pelo Estado totalitário (BONCHRISTIANO, 1996:485).

3. Após a amarga experiência da 2ª Guerra Mundial, as nações se mobilizaram e criaram um documento supranacional, que procurou resgatar os valores fundamentais de respeito à pessoa humana e à convivência pacífica dos Estados.

Dai, o princípio da presunção de inocência voltou a ser alvo do pensamento jurídico-liberal, sendo proclamado na Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU e datado de 10.12.1948 (LEWANDOWSKI, 1984:85), que assim dispõe:

"Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em Julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa".

O mesmo princípio foi aprovado pela ONU novamente em 16.12.1966 no Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis no art. 14,2.

A presunção de inocência foi, de igual forma, prevista no art. 6.2 da Convenção Européia Para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 04.12.1950 e no nosso continente, na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 07 a 22.11.1969, aderido pelo governo brasileiro.

O item X do Projeto de Código Penal para América Latina, realizado em 1963, no Chile, preconizava:

"A pessoa submetida a processo penal presume-se inocente enquanto não seja condenada"
(REYES, 1966:74).

Após a Declaração de Direitos da ONU de 1948, diversas Constituições adotaram o princípio da presunção de inocência de forma expressa, ora com a redação no sentido de que o acusado se presume inocente, ora dispondo que o mesmo não será considerado culpado antes da condenação, como no caso da Constituição brasileira.

Como bem destacou GOMES FILHO (1991:23):

"A inclusão do princípio da presunção de inocência nas modernas Constituições corresponde, assim, a uma opção em favor dos valores essenciais de respeito à pessoa humana no âmbito do processo penal, representando mais do que uma dívida humanitária, uma verdadeira condição do exercício da repressão no Estado de Direito".

A Constituição Francesa de 1958 renovou adesão à Declaração dos Direitos de 1789, fazendo da presunção de inocência direito positivo.

Consta a presunção, por exemplo, nas Constituições da Itália de 1948 (art. 24 §2º); do Canadá (art. 11, d); do Japão (arts. 31, 33-34); da Espanha de 1978 (art. 24.2) e a de Portugal de 1976 (art. 32), segundo *ROGÉRIO TUCCI* (1993:404).

Apenas na vigente Constituição Brasileira incluiu-se a presunção de inocência, cuja redação do art. 5º, LVII, é a seguinte:

"Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Como se observa, a Constituição Brasileira não utilizou expressamente a locução "presunção de inocência", como a Portuguesa, que fixou no art. 33, que:

"Todo argüido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação".

Assim, apesar de alguns alegarem que a redação do Princípio na Carta Magna Brasileira teve como fonte de inspiração a Constituição Portuguesa (*MACIEL, 1996:97* e *BONCHRISTIANO, 1996:484*), a Constituição Brasileira tem conceito muito mais semelhante com a Carta Italiana de 1948 (*TOURINHO FILHO, 1992:62*).

Estabelece o art. 27.2 da Constituição Italiana de 1948:

"O imputado não é considerado culpado senão depois da condenação definitiva".

Já houve jurisprudência que rejeitou o alcance do princípio, pelo fato da Constituição não ter utilizado literalmente a locução presunção de inocência (*TJSP, HC. 95. 377-3, RT 658/293*).

Do mesmo modo *LUIZ GOMES* declarou que foi infeliz a redação do art. 5º, LVII e que no começo de sua vigência permitiu certa tergiversação interpretativa (*GOMES, 1997:192*).

Qualquer dúvida que pudesse subsistir foi dissipada, quando o Governo brasileiro, em 25.09.92, depositou carta de adesão ao texto da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. O decreto 678, de 06.11.92 determinou seu integral cumprimento.

Diz o art. 8º,1 da referida Convenção que:

"Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Em face ao art. 5º, § 2º, da Constituição, a presunção de inocência tornou-se princípio informador de nosso processo penal assegurado por duas fontes legislativas: a da Constituição (art. 5º, LVII) e a outra com força de regra constitucional (art. 8.1, da Convenção).

Referindo-se aos princípios-garantias, nos quais o da presunção de inocência, *J. J. CANOTILHO* entende que:

"É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma Jurídica e uma força dominante, positiva e negativa" (CANOTILHO, 1993:173).

Comentando o inciso VII, do art. 5º, *IVO DANTAS* escreveu:

"Consagra a Constituição o princípio da presunção de inocência ou estado de inocência, o que, em última análise, é consequência de dois fatores: em primeiro lugar, só ao Estado é dado dizer sobre a culpabilidade de alguém, ou seja, se este praticou,

ou não, determinada figura contrária ao sistema Jurídico; em segundo lugar, esta afirmativa por parte do Estado-Juíz só poderá ser tomada em sentido definitivo, quando não existe em favor do acusado ou suspeito, nenhum caminho processual para provar sua inocência, o que acontecerá com a denominada coisa julgada ou final **enforcing power**, consequência natural... do princípio da Universalidade da Jurisdição" (DANTAS, 1994: 266).

CAPÍTULO II

Da Suspensão do Processo

I. O instituto da suspensão do processo, criado na lei 9099/95, em seu artigo 89, tem a seguinte redação:

"Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º – Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I – Reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – Proibição de freqüentar determinados lugares;

III – Proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV – Comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º – O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º – A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º – A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º – Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º – Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º – Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Trata a suspensão de algo praticamente sem precedentes no direito comparado e representa um novo modelo de justiça criminal.

Para **CEZAR BITENCOURT**, a "suspensão do processo, consagrado pela lei 9099/95, representa o mais significativo avanço do atual direito penal brasileiro" (BITENCOURT, 1996: 115).

Já na concepção de **LUIZ GOMES**, a suspensão do processo representa a maior revolução no processo penal nos últimos cinquenta anos (GOMES, 1997: 95).

O instituto da suspensão do processo permite que o acusado não reincidente em crime doloso, que não esteja

sendo processado, de bons antecedentes e que não tenha cometido crime de alto potencial ofensivo, ou seja, com pena mínima superior a um ano, mereça do Estado uma oportunidade de ressocialização antes de ser prolatada uma sentença, sem os inconvenientes de um processo criminal (ANDRADA, 1996:63), isto é, possibilita ao acusado, querendo, entrar em período de prova desde logo, sem a realização da instrução criminal.

A criação dos juizados especiais cíveis e criminais é mandamento constitucional contido no art. 98, I, da Constituição Federal, porém o legislador ordinário, surpreendentemente, foi mais além ao criar a suspensão do processo, que é aplicável dentro e fora âmbito da lei 9099/95. A transação que ocorre na suspensão é a processual, por não envolver aplicações de pena. Logo, tem duplo fundamento: de um lado o princípio da discricionariedade regrada (compatível com o art. 129, I, da CF); de outro o princípio da autonomia da vontade (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDO & GOMES, 1996:205).

Apenas para se ter uma noção do que representa a suspensão do processo, ela atingiu mais de setenta por cento dos crimes previstos no vigente código penal brasileiro.

Já pode ser constatado que com a lei 9099/95 e no seu bojo com a suspensão do processo, deu-se um grande abalo ao princípio da legalidade processual ou da obrigatoriedade da ação penal e se seguiu o princípio da oportunidade regrada na ação penal pública, abrindo espaço para o consenso.

É no princípio da oportunidade que se fundamenta a justiça consensual. O consenso está na base da conciliação prevista na suspensão (GOMES, 1997:98). Aí está a grande novidade no sistema criminal brasileiro.

Nos últimos anos têm surgido várias medidas repressivas de extrema severidade em nossa legislação penal. Criando um direito penal excessivamente interven-

cionista e preventivo, baseado na repressão e na exacerbação das penas privativas de liberdade como garantia de uma suposta paz social (JESUS, 1995:1).

É o domínio de um grupo denominado movimento da lei e da ordem, que se vincula à clássica escola retribucionista, que se baseia na aplicação da pena como castigo e retribuição e que defende privação de liberdade longa. Nesse cenário surgiram diversas leis de severo rigor, como a de tóxicos (6368/76); a de crimes hediondos (8072/90) e a contra o crime organizado (9034/95).

Para espanto de todos, o legislador, através da lei 9099/95, como que colocou uma barreira nessa imposição do movimento político-criminal de penalização, criminalização, carcerização e institucionalização cada vez mais crescente.

A pena privativa de liberdade, como sanção principal e de aplicação genérica, mostrou-se fracassada (BITENCOURT, 1993:12).

A idéia da suspensão do processo é assaz instigante. Traz uma nova mentalidade. Ao lado do clássico princípio da verdade material, tem-se que admitir a verdade consensual.

A muitos propósitos serve a suspensão do processo, como a despenalização, desburocratização, agilização da justiça, reparação da vítima, reintegração social do acusado, desestigmatização devido ao processo. Não obstante, constitui um novo modelo de justiça criminal que está sendo testado em uma sociedade extremamente atingida por problemas sociais agudos e que clamam contra a impunidade. Cabe colocar diversas indagações-problemas quanto à aplicação da suspensão do processo: se o legislador exagerou em sua amplitude já que, por exemplo, atinge mais de setenta por cento dos crimes elencados em nosso código penal; se a falta de infraestrutura da polícia, do Poder Judiciário e Ministério

Público colocarão por terra esse novo modelo de justiça criminal consensual; como e por quem dar-se-á a fiscalização das condições propostas na suspensão do processo e a revogação da suspensão: se a criminalidade irá diminuir; se a população carcerária será diminuída; se será maior ou menor a impunidade; enfim, se a sociedade civil brasileira aceitará a tese de que não é com a exacerbação de penas privativas de liberdade indistintamente, que se atingirá a paz e segurança neste país. Dentre as virtudes e senões já levantados, deve-se registrar a coragem e ousadia do legislador em produzir esse novo modelo, que derrubou dogmas outrora inquestionáveis.

A suspensão do processo fez com que se conflitasse a vigente orientação do direito criminal brasileiro, claramente baseada no princípio clássico da legalidade processual, no qual todas as infrações devem ser perseguidas até o final do processo, com o princípio da oportunidade regrada, que permite a omissão ao dever de persecução ou acusação, sendo possível tanto não agir como desistir da ação já proposta (COSTA PIMENTA, 1989:127).

2. A suspensão do processo é o instituto que provoca a paralisação do processo, mediante proposta do Ministério Público, ainda no oferecimento da denúncia, caso o acusado preencha alguns requisitos legais. Tal proposta contém algumas condições que, se cumpridas, ensejará a extinção da punibilidade.

O instituto trata-se de um modo de defesa em que o acusado não contesta a acusação, nem admite a culpa, nem proclama sua inocência.

Há transação, mas baseada no princípio da oportunidade regrada, com controle judicial sempre, haja vista que é o juiz que suspende.

Não se confunde com o *plea bargaining* norte-americano, onde há amplíssima possibilidade de transação, inclusive extraprocessual.

Também difere sua natureza jurídica do *guilty plea* anglo-saxão, no qual o acusado, em juízo admite a culpa.

O instituto disciplinado no art. 89, da lei 9099/95, deve ser aplicado dentro e fora do âmbito do juizado especial criminal.

A extensão percorre todas os delitos e contra-venções, cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, estejam capitulados no código penal ou em leis especiais.

A aplicação da suspensão do processo será de todos os juizes com competência criminal em face da extensão da abrangência do instituto.

O juizado especial criminal só poderá aplicar a suspensão nas infrações de sua competência, ou seja, cuja pena máxima não seja superior a um ano. Nos demais crimes, a competência é do juízo comum.

Em suma, pode-se compreender a natureza jurídica da suspensão do processo, em virtude do "*nolo contendere*", que se trata de um modo de defesa singular em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES & GOMES, 1996:191).

Tem prevalecido o posicionamento que a concessão da suspensão do processo se trata de um direito público subjetivo do acusado e não um ato de mera discricionariedade do Ministério Público ou ato consensual bilateral. É instrumento de interesse público geral (ANDRADA, 1996:63-64; GOMES, 1997:135-158; MACHADO, 1994:32).

3. A suspensão do processo, apesar de possuir pontos em comum com institutos estrangeiros foi

idealizada por WEBER BATISTA na década de 80, sendo apresentada pela primeira vez o projeto original, em conferência de encerramento do seminário de estudos sobre a reforma do Código Penal e de Processo Penal, realizado pela Escola Superior de Magistratura Nacional, no Rio de Janeiro, em 1981 (BATISTA, 1996:360).

A probation de origem anglo-saxônica, no entender de ADA GRINOVER (GRINOVER, 1990:408), foi a fonte de inspiração da suspensão do processo.

O instituto anglo-saxão surgiu no século XIX e se caracteriza pela suspensão da sentença condenatória. Nele, há dois momentos distintos: no primeiro, a declaração de culpabilidade (*conviction*); no segundo, a prolação da sentença (*sentence*). O juiz declara o acusado culpado e após, caso o mesmo concorde, ele entra em período de prova (HORMAZÁBAL MALARÉE, 1986:44).

Já na suspensão do processo não há apreciação judicial do mérito da acusação, sobrestando-se o feito quando do recebimento da denúncia.

Tem o *sursis* origem belgo-francesa (CUELLO CALÓN, 1980:628). Está subordinado à existência de sentença condenatória. Tem natureza retributiva e sancionatória e revogado, o réu cumpre a pena que se encontrava suspensa. No *sursis*, mesmo que o condenado cumpra as condições impostas na sentença condenatória, perderá a primariedade, já que foi condenado. Logo, no *sursis*, suspende-se tão-somente a execução da sentença condenatória.

No tocante à suspensão do processo deve-se observar que não existe sentença condenatória em face do sobrestamento da ação penal, sendo uma forma de despenalização. Ademais, havendo a revogação da suspensão do processo, a ação seguirá no seu rito regular.

A "*suspensión del fallo*" foi prevista no projeto de Código Penal espanhol de 1980. Este instituto, que

significa suspensão de sentença condenatória, destinava-se, em regra, apenas a menores de vinte e um anos, que tivessem delinqüido pela primeira vez e não fossem revéis, em crimes com pena máxima de um ano de prisão. Os maiores de vinte e um anos só teriam direito ao benefício, se não tivessem agido por motivos abjetos ou de lucro (MARTINEZ, 1982:567).

Como se verifica, a *suspensión del fallo* é bastante semelhante com o *probation system*, já que em ambos a ação penal prossegue até a sentença condenatória, não se aplicando a pena, e sim condições impostas pelo juiz.

Na área penal e processual penal, a Argentina vinha praticando uma política de caráter repressivo. Também de modo surpreendente, instituiu-se a suspensão do processo, através da lei 24316/94, publicada em 19.05.94.

No instituto argentino caberá sua aplicação nos crimes cuja pena não exceda a três anos. O acusado é que requer, manifestando o propósito de reparar os danos em favor da vítima, se possível. Não implicando confissão.

O período de prova varia de um a três anos. O juiz estabelece os requisitos a serem cumpridos pelo acusado, se cumpridos extingue-se a punibilidade. Uma nova suspensão só será possível, após oito anos (OLAZÁBAL, 1994:1).

Pode-se dizer que a suspensão do processo é um instituto único, criado no Brasil.

CAPÍTULO III

A (In)Constitucionalidade da Suspensão do Processo, em Face ao Princípio da Presunção de Inocência

1. É inquestionável a vigência da presunção de inocência no ordenamento brasileiro, diante da suprema importância de sua utilização no Estado de Direito.

pendente de recurso e a outros processos, não lhe socorre o benefício da suspensão do processo nos moldes pretendidos"

(HC 73.793-5-PR, Rel. Min. Maurício Correia, DJU de 20-9-96, pg. 356. No mesmo sentido TJSC, AP 96000019-4, Rel. Des. Nilton Machado, J. 14-5-96).

WEBER BATISTA reviu sua posição anterior e hoje argumenta que o legislador estabeleceu um pressuposto meramente objetivo. Assim, a suspensão é cabível, quando o acusado responde tão-somente a um processo criminal. Não significando que o legislador presume culpado o acusado que responde a mais de um processo (BATISTA & FUX, 1996:370).

JÚLIO MIRABETE defende que a exigência desse requisito não viola a presunção de inocência, pois entende que a lei pode exigir requisitos diversos para a concessão ou conservação de direitos e benefícios. E por ser uma exceção à regra de persecução penal, é natural a exigência para a sua proposta. "Assim, para um benefício de maior amplitude, como é o caso da suspensão do processo com relação ao *sursis*, a lei coerentemente, prevê a necessidade de requisitos mais expressivos para a medida despenalizadora" (MIRABETE, 1996:150-151).

CEZAR BITENCOURT faz diversas considerações em prol da constitucionalidade desse requisito.

O autor alega que a suspensão visa a conceder maiores regalias, simplificar o processo penal, desburocratizar a administração da justiça. E por ser tamanho o benefício concedido é normal que se faça exigências, para assegurar o acerto da medida, que tem caráter excepcional.

Conclui, "É por fim, a preocupação legal é justa, posto que não tem sentido suspender o processo de um acusado, se ele estiver respondendo a outro. Esta

vantagem destina-se especialmente para aqueles cuja violação da ordem jurídica representa apenas um acidente de percurso, não demonstrando nenhum desvio de personalidade" (BITENCOURT, 1996:117-118).

Parte da doutrina vem apontando a inconstitucionalidade do caput do art. 89.

MAURÍCIO LOPES diz:

"Face à garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII), soa-me inconstitucional condicionar a sua concessão aos casos em que exista apenas processo em andamento contra o denunciado" (LOPES, 1995:78).

O próprio idealizador do instituto da suspensão do processo, WEBER BATISTA, entendia ser inconstitucional se obstar à proposta do benefício, por estar o acusado respondendo a outro processo criminal (BATISTA & FUX, 1996:370).

Também se entende inconstitucional a condição FÁBIO GUARAGNI, por se confrontar com o princípio da presunção de inocência, que preconiza a inalterabilidade do *status* do acusado, quanto a seus direitos até o trânsito em julgado da sentença condenatória, sugere que deveria ser prorrogado o período de prova como no *sursis*, caso o acusado respondesse a outro processo (KUEHNE, FISCHER, GUARAGNI & JUNG, 1996:103-104).

Em obra escrita em conjunto ADA GRINOVER, GOMES FILHO, ANTÔNIO FERNANDES e LUIZ GOMES, referindo-se ao caput do art. 89, entendem que há um conflito flagrante com o princípio constitucional da presunção de inocência, que reputa o acusado inocente, não podendo o legislador tratá-lo como se condenado fosse.

A existência de outro processo apenas poderá influenciar nas circunstâncias judiciais, mas nunca ser obstáculo à suspensão do processo:

"As normas constitucionais ocupam hierarquia superior e não são meras peças de decoração" (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES & GOMES, 1996:215. Com igual redação GOMES, 1997:288-289).

Em face de tais considerações são pertinentes algumas indagações.

O simples fato de se responder a um processo criminal significa que o acusado praticou uma violação da ordem jurídica?

Ter uma denúncia recebida pelo Juiz indica um desvio de personalidade?

Enfim, se o acusado for absolvido em outro ou outros processos, terá sido respeitada a presunção de inocência, ao se ter negada a proposta da suspensão do processo?

A nosso ver, todas as respostas são pela negativa, pois há, inconstitucionalidade evidente no caput do art. 89.

Já há jurisprudência com essa posição:

"Por infringir ao princípio da inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da CF, revela-se inconstitucional a regra do art. 89 da Lei 9099/95, ao impedir a suspensão condicional do processo, em face da existência de outro processo em curso contra o acusado, circunstância que deve ser considerada pelo magistrado quando do exame das condições judiciais exigido para a concessão daquele benefício" (TAMG, HC n. 214.653-4, Rel. Sérgio Braga).

Sabe-se que a suspensão é um benefício ao acusado. A mera situação do acusado responder a outro processo criminal não tem o condão de transformá-lo em presumidamente culpado. Logo, condicionar a proposta da suspensão ao fato do acusado não ser incurso em outro processo é inconstitucional.

O princípio da presunção de inocência "*impede que, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, aplique-se em relação ao acusado qualquer das conseqüências que a lei somente atribui como sanção punitiva*" (FERREIRA FILHO, 1988:70).

3. No §1º do art. 89, consta que se ocorrer a aceitação da proposta da suspensão do processo e se o Juiz a suspender, o acusado será submetido a período de prova, sob algumas condições.

O período de prova é utilizado na suspensão condicional da pena (*sursis*). Só que no *sursis*, o indivíduo já foi condenado por sentença transitada em julgado.

No *sursis*, parte da pena é de fato executada no período de prova, sob a forma de prestação de serviços à comunidade ou de limitação de fim de semana (DELMANTO, 1991:124).

Quem defende a constitucionalidade do período de prova na suspensão do processo apresenta diversos argumentos.

LUIZ GOMES alega que na suspensão do processo não se considera culpado o acusado; o acusado não cumpre pena, mas condições; o que explica a suspensão é o "*nolo contendere*"; a suspensão do processo deriva da autonomia da vontade do acusado, sendo uma estratégia da ampla defesa prevista na Constituição; não existe obrigação legal nem imposição (GOMES, 1997: 193-194. Com iguais argumentos GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES & GOMES, 1996:195-197).

JÚLIO MIRABETE centra-se na questão da não existência da declaração de culpabilidade e no argumento de que não há imposições de pena, e sim de condições de índole não penal, a serem cumpridas pelo acusado por se reconhecer o "*fumus boni iuris*" para o processo. Se não forem aceitas, terá o acusado ampla defesa com o devido processo legal.

Em suma, as condições são regras específicas de conduta e nunca uma pena (**MIRABETE, 1996:145**).

Os defensores da constitucionalidade não consideram as condições fixadas no período de prova como uma pena, pois não se discute a culpabilidade, sendo a aceitação do período de prova um ato de autonomia de vontade do acusado (**MACHADO, 1994:32**).

DOORGAL ANDRADA entende que o período de prova, na suspensão do processo penaliza quem não é culpado, além de afirmar a existência de incompatibilidade na aplicação das condições obrigatórias do §1º, do art. 89 com as penas do art. 78, §2º, "a", "b" e "c", do Código Penal, próprias do *sursis* (**ANDRADA, 1996:86**).

É certo que na suspensão do processo não há juízo de culpabilidade, porém no que concerne ao tema, tem-se de admitir que submeter um indivíduo apenas com processo em andamento contra si, a período de prova, sem ser declarado culpado, infringe o princípio constitucional da presunção de inocência.

4. O terceiro foco de questionamento está no §3º, art. 89 e estabelece que se o beneficiário vier a ser processado em outro processo, será causa de revogação obrigatória da suspensão do processo.

Deve-se ressaltar que os argumentos defendendo ou não a constitucionalidade do §3º, são praticamente idênticos aos utilizados na análise do caput do art. 89.

A constitucionalidade da revogação obrigatória, quando o acusado vier a ser processado por outro crime é defendida por **CEZAR BITENCOURT**.

Ele levanta duas razões básicas: a primeira é que a suspensão do processo decorre de relação consensual condicionada e se houver revogação é porque o acusado não cumpriu a sua parte; a segunda razão é que em nenhuma das condições impostas aceitas pelo beneficiário, estabeleceu-se causa de revogação somente a "*condenação criminal*" por outra infração (**BITENCOURT, 1996:129**).

WEBER BATISTA defende ser correta a revogação pela necessidade de se estabelecer um limite para a concessão da medida (**BATISTA & FUX, 1996:404-405**).

DOORGAL ANDRADA aduz que não se discute culpa na suspensão, sendo instituto predominantemente processual exige cumprimento de condições (**ANDRADA, 1996:97-98**).

JÚLIO MIRABETE diz que não há inconstitucionalidade, pois com a revogação da suspensão não se declara o acusado culpado nem se impõe pena (**MIRABETE, 1996:165-166**).

Por outro lado, entendemos correta a visão de **MAURÍCIO KUEHNE** e **ANDRÉ JUNG**, aludindo à expressão "*vier a ser processado... Como causa de revogação obrigatória da suspensão do processo, o que sem dúvidas suscitará problemas, diante da presunção de inocência, erigida à condição de preceito constitucional*" (**KUEHNE, FISCHER, GUARAGNI & JUNG, 1996:68-69**).

É preciso frisar que o dispositivo em questão não constava nem do projeto original de **WEBER BATISTA**, nem no projeto de suspensão do processo aprovado pela Comissão de Reforma do Código de Processo Penal em 01.11.93 (**BATISTA & FUX, 1996:361-362 e 421-422**).

Para LUIZ GOMES, a inconstitucionalidade é meridional, pois quem é presumidamente inocente não pode ser tratado como condenado. Aduz que no §3º, art. 89, onde está escrito processado, deve ser entendido como condenado irrecorivelmente. Fazendo com que só se revogue obrigatoriamente a suspensão do processo, no caso do acusado ser condenado por sentença transitada em julgado (GOMES, 1996:340).

5. O que se pode constatar é que o art. 89, da Lei 9099/95, que introduziu o instituto da suspensão do processo, possui, pelo menos, três pontos que se mostram em dissonância com a Constituição, mais precisamente com o princípio da presunção de inocência.

Faz-se mister reconhecer a supremacia hierárquica do Princípio Constitucional diante da Lei 9099/95, que instituiu a suspensão do processo, adequando-a à Carta Magna. Deve-se estender os efeitos benéficos da suspensão a todos os acusados, que não tenham sido condenados definitivamente.

Feitas essas ressalvas, já vemos virtudes na suspensão do processo. Com ela não se discute a culpabilidade do acusado; não há interrogatório, nem confissão. Há sim, um ato conciliatório.

Se revogada a suspensão, caberá ao órgão acusatório fazer prova da culpabilidade, senão persistirá a presunção de inocência.

Surge a suspensão do processo como um reconhecimento do fracasso do uso indiscriminado da pena privativa de liberdade:

"Pouco mais de dois séculos foram suficientes para se constatar sua mais absoluta falência em termos de medidas retributivas e preventivas"
(BITENCOURT, 1993:12).

No âmbito do direito penal, o princípio constitucional da presunção de inocência projeta sua eficácia para a interpretação das leis penais, representando um limite ao legislador.

Serão nulos os preceitos penais que se baseiem em fatos presumidos ou em presunções de culpabilidade. Negar a proposta da suspensão, submeter o mero acusado a período de prova e revogar obrigatoriamente a suspensão do processo, tudo, tão-somente, porque o acusado foi processado mais de uma vez, fere a Constituição e vai de encontro à própria finalidade da suspensão.

"Só a interpretação cavilosa, que é comumente a filosofia da escravidão, pode confundir aquilo que a verdade eterna com imutáveis relações distinguiu"
(BECCARIA, 1996:43).

No Estado de Direito deve-se velar pela vontade da Constituição, conciliando-se a pretensão primitiva estatal de um lado e, de outro, os direitos e garantias constitucionais do acusado e da vítima.

Bibliografia

- ANDRADA, Doorgal Gustavo B. de. *A Suspensão Condicional do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ARIAS, Esteban Romero. *La Presunción de Inocencia*. Pamplona: Editora Aranzadi, 1985.
- BASTOS, Celso & MARTINS, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BATISTA, Weber Martins. *Recurso do Réu em Liberdade: Uma Releitura dos Artigos 594 do CPP e 35 da Lei 6.368/76*. São Paulo, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (10): 151-156, Abr./Jun. 1995.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. J. Cretella Jr. & Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão – Causas e Alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. *Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BONCHRISTIANO, Carlos Augusto. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, (724): 483-494, Fev. 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- COSTA PIMENTA, José da. *Introdução ao Processo Penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.
- CUELLO CALÓN, E. *Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1980.
- DANTAS, Ivo. *Constituição Federal – Teoria e Prática – Vol. I*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- _____. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.
- _____. *O Valor da Constituição (Do Controle da Constitucionalidade Como Garantia da Supralegalidade Constitucional)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico – Vol. IV*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- FARIA, Ernesto. *Dicionário Escolar Latino-Português*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1962.

- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988 – Vol. I*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. *O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. São Paulo: *Revista do Advogado*, (42): 30-34, Abr. 1994.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance & GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9099, de 26.09.1995*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán et alli. *Alternativas a la Prisión*. Barcelona: Instituto de Criminologia de Barcelona, 1986.
- JESUS, Damásio. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- KUEHNE, Maurício; FISCHER, Félix; GUARAGNI, Fábio André & JUNG, André Luiz Medeiros. *Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Curitiba: Juruá, 1996.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Anotada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- MACHADO, Nilton João de Macedo. *Juizados Especiais Criminais e Suspensão Condicional do Processo*. Florianópolis, *Jurisprudência Catarinense*, (74): 29-34, Jan./Jun. 1994.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. *Aspectos Penais na Constituição*. São Paulo, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (13): 93-97, Jan./Mar. 1996.
- MARTINEZ, José Henrique Sobremont. *Proyecto (1980) de Código Penal y Las Penas Cortas de Prisión*. Barcelona, *Cuadernos de Política Criminal*, (18): 1982.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Atlas, 1996.

- OLAZÁBAL, Júlio de. *Suspensión del Proceso a Prueba*. Buenos Aires: Astrea, 1994.
- REYES, Alfonso. Rumo à Unificação da Legislação Penal Latino-Americana. São Paulo. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, (15): 69:86, 1996.
- TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal - Vol. III*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal. Vol. I*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Dos Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

O INSS EM DEBATE

Hélio Ourem

Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE. Professor Adjunto da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Juiz Federal/PE. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Delegado eleito pela Seção Judiciária do Estado de Pernambuco na AJUFE - Associação Nacional dos Juizes Federais. Ex-Procurador do Município do Recife e do Estado de Pernambuco.

Em 19 de maio de 1997, discutiu-se, em Brasília, uma pesquisa solicitada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social ao Dr. MARCUS ORIONE CORREIA, Juiz Federal no Mato Grosso do Sul. A convite do Ministério, lá estive presente, e pude perceber o interesse de se resolver alguns dos principais problemas que assolam o sistema previdenciário no Brasil.

De início, acho importante registrar a presença constante do Ministro REINHOLD STEPHANES na Reunião, que tratava de assuntos técnicos relativos ao contencioso judicial e administrativo do INSS.

Também deve ser salientado que o Secretário Executivo do Ministério, Dr. JOSÉ CECHIN, vem desenvolvendo evidentes esforços no sentido de promover a rapidez nos julgamentos dos processos administrativos, que não deveriam ultrapassar os 150 dias entre a notificação e o ajuizamento da ação. Além do mais, a orientação é a de não serem notificados débitos de pequenos valores, que, em muitas oportunidades, só provocam prejuízos à arrecadação, dado os custos

operacionais que terminam por exigir, desconcentrando a atuação da autarquia sobre os débitos de altos valores. Enfim, justifica o Secretário que é preciso arrecadar as contribuições e cobrar os débitos para que os benefícios previdenciários possam ser devidamente adimplidos.

Quanto ao Procurador-Geral do INSS, Dr. JOSÉ WEBER ALVES, mais um nordestino de destaque no cenário nacional, vê-se nitidamente a sua preocupação com os chamados leilões negativos, que, pela falta de liquidez do mercado atual, cada vez mais proliferam. A sua sugestão é a de que se permita o parcelamento quando da arrematação de determinados bens. Ao que se comenta, medida provisória deve ser lançada neste sentido. Destacou, ainda, que o prazo dos embargos deveria ser contado a partir da citação do devedor, e não da lavratura do auto de penhora. Digno de nota também é o chamado Projeto PERFIL, que se encontra em fase de implantação, e pretende padronizar os procedimentos das diversas Procuradorias Estaduais, traçando rotinas a serem seguidas pelos Procuradores.

Sem dúvida, a uniformização e a padronização de procedimentos é medida importante, ainda mais se forem cruzados dados e informações entre as Fazendas Públicas.

Sobre a adjudicação de bens, parece que a manifestação é francamente favorável, devendo ser citadas as iniciativas já tomadas com o INCRA e o BNDES. Outros órgãos públicos poderiam vir a ser beneficiados com a mesma medida, particularmente os ligados à saúde e à educação, tal como sugeriu o Dr. HERALDO VITTA, Juiz Federal no Paraná. O mesmo colega também sugeriu que a Procuradoria do INSS refletisse sobre a curta utilização que vem sendo dada à chamada Medida Cautelar Fiscal.

De grande realce foi a participação de um Juiz Federal em Pernambuco, o conhecido professor da

U.F.PE., Dr. FRANCISCO QUEIROZ. O mesmo, demonstrando os seus conhecimentos de caráter prático e teórico, observou que o fato de o INSS não possuir um Cadastro de Bens dos Devedores dificulta a indicação do bem já na inicial, o que provoca transtornos às vezes incontornáveis. Elencou também entre as suas sugestões:

- I. a necessidade de que se obrigue legalmente as Juntas Comerciais a encaminharem ao INSS, de ofício, qualquer alteração contratual das empresas nele registradas;
- II. a necessidade da melhor divulgação das hastas públicas, garantindo-se incentivos aos meios de comunicação, como, por exemplo, através de abatimentos nas contribuições previdenciárias arrecadadas pelo INSS;
- III. a necessidade de que toda a Certidão de Dívida Ativa fosse encaminhada a protesto, compelindo o devedor ao pagamento, em face dos atropelos provocados, por exemplo, com a não obtenção de empréstimos bancários;
- IV. a necessidade de que o INSS promovesse gestões junto aos Tribunais Regionais Federais, objetivando a criação de Varas Especializadas em Execuções Fiscais e Previdenciárias, o que poderia ser estimulado com o repasse de um pequeno percentual do Orçamento da Previdência Social para a Justiça Federal. Outra alternativa seria a de que parte do ônus da sucumbência tivesse este destino.

Sobre a criação de novas Varas especializadas, disse o Dr. WILLIAM DOUGLAS, Juiz Federal no Rio de Janeiro, que a iniciativa é eficaz, não havendo a necessidade da diminuição das Varas comuns hoje

existentes. O DR. MARCUS ORIONE, aliando-se à iniciativa, que deve partir do Poder Judiciário por imposição constitucional, endossou a sugestão do DR. WILLIAM DOUGLAS, inclusive quanto à criação de juizados especiais de pequenas causas, no âmbito da Justiça Federal, para julgarem as ações dos Conselhos profissionais (OAB, CRECI, CREA, CRM etc), o que, de certo modo, permitiria a concentração dos trabalhos na execução dos devedores solventes de maior porte.

Para finalizar, e deixando ao largo importantes questões - *como a da imediata remessa do processo executivo para a comarca do foro do domicílio do executado, nos casos de execução por carta precatória; além da necessidade de o INSS, ao requerer a extinção da execução pelo pagamento espontâneo, dever juntar o comprovante da quitação; evitando que o Juiz requisite esta prova* - quero apenas asseverar:

1. os concursos públicos que vêm arregimentando novos técnicos e procuradores para o INSS, por certo refletirão resultados bastante positivos a médio prazo, ainda mais se forem conferidos a eles, a exemplo do que ocorre com a Procuradoria da República, o apoio administrativo adequado, mediante a utilização de pessoal que efetivamente tenha condições de exercer estes cargos. Além disto, a criação de um Plano de Carreira da Previdência Social seguramente também será uma excelente iniciativa;
2. é estimulante notar o interesse do Ministério da Previdência e Assistência Social, particularmente do Ministro e do seu Secretário Executivo; além do Consultor Jurídico, o Procurador da República Dr. JOSÉ BONIFÁCIO e do Procurador Geral do INSS, o Dr. JOSÉ WEBER.

Prova deste interesse foi o fato de convidar Juízes Federais de todo o Brasil, de forma que os mesmos debatessem com os Procuradores do INSS, na presença das principais autoridades do Ministério da Previdência, os problemas que, em última análise, afligem a todos nós; pois, mais cedo ou mais tarde, precisaremos ver assegurados os nossos direitos relativos à saúde, à previdência, e, quem sabe até, à assistência social.

É esperar, trabalhar e ver o resultado.

Enfim, é o INSS em debate.

Introdução

Este livro de Heli Ourem é, certamente, uma obra que merece ser lida por todos os que se interessam por assuntos relacionados com o INSS, especialmente os que se relacionam com a previdência social. O autor aborda, de forma clara e objetiva, os principais aspectos da previdência social, desde a sua origem até os atuais problemas. A obra é dividida em capítulos que tratam de: a) a previdência social no Brasil; b) a previdência social no mundo; c) a previdência social e o Estado; d) a previdência social e o mercado de trabalho; e) a previdência social e a família. A obra é escrita de forma clara e objetiva, tornando-se uma excelente ferramenta para quem deseja entender melhor a previdência social.

Marcelo Lages, advogado e professor de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, apresenta a obra "A previdência social no Brasil" (1997), pp. 225 a 240, em "Enfrentando o desafio da previdência social", pp. 225 a 240. O autor aborda, de forma clara e objetiva, os principais aspectos da previdência social, desde a sua origem até os atuais problemas. A obra é dividida em capítulos que tratam de: a) a previdência social no Brasil; b) a previdência social no mundo; c) a previdência social e o Estado; d) a previdência social e o mercado de trabalho; e) a previdência social e a família. A obra é escrita de forma clara e objetiva, tornando-se uma excelente ferramenta para quem deseja entender melhor a previdência social.

A CRIANÇA E A AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 61 DO CÓDIGO PENAL

Janeide Oliveira de Lima

Promotora de Justiça da Infância e da Juventude
da Capital.

Introdução

No Livro de Jeremias 1:6, o referido profeta, quando chamado por Deus para orientar o povo de Israel, responde: *"Ah! Senhor Deus! Eis que não sei falar; porque não passo de uma criança"*. Essa passagem bíblica revela a proverbial falta de poder de expressão atribuída a infantes e o conseqüente costume de não se inclinarem os ouvidos aos seus reclamos. Em todos os tempos e culturas a criança foi vista pelo adulto com o olho dos que vêem do lado de cima.

Marisa Lajolo, em seu comovente e profundo artigo *"A Infância de Papel e Tinta"*, contido na obra *A história Social da Infância no Brasil*, edição 1997, pp. 225 a 245, diz: *"Enquanto objeto de estudo, a infância é sempre um outro em relação àquele que a nomeia e a estuda. As palavras infante, infância e demais cognatos, em sua origem latina e nas línguas daí derivadas, recobrem um campo semântico estreitamente ligado à idéia de ausência de fala."*

Conclui a autora em suas reflexões que a infância, marcada por esse silêncio, quando se transforma em matéria de estudo ou de legislação, continua sofrendo os efeitos dessa ausência de fala. Acrescenta que a infância,

por não falar, não ocupa a primeira pessoa do discurso, presente resta nos arrazoados alheios como ele/ela, e arremata a estudiosa: "*a infância é sempre definida de fora.*"

Conceito de criança: efeitos penais

Antes da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 13 de julho de 1990, não havia, por parte do legislador brasileiro, a começar pelo constituinte originário, qualquer preocupação no que toca ao reconhecimento legal de um conceito objetivo acerca do momento em que a pessoa deixa de ser criança para se tornar adolescente e quando alguém dobra a adolescência para se tornar adulto.

Além de fixar o limite etário entre crianças e adolescentes, o legislador estatutário preocupou-se em dar voz a infantes e jovens. Estabeleceu, a respeito da colocação em família substituta, no art. 28, § 1º, da Lei 8.069/90, o seguinte: "*sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada*" (grifos nossos).

A ausência de um conceito edificado pelo legislador a respeito da cronologia da infância e da adolescência, ensejou inúmeras dúvidas e controvérsias na doutrina penal. O Código Penal e outras leis não definiram a idade para alguém ser considerado criança e menos ainda adolescente. Aliás, o vocábulo *adolescente* jamais fora utilizado em qualquer norma penal pelo legislador de 1940. Já a palavra *criança* foi invocada nos regramentos criados pelo referido legislador. Entretanto, a falta de definição legislativa a respeito do limite de idade para a pessoa ser considerada criança, provocou lufadas de discussões doutrinárias e julgamentos não uniformes acerca da matéria.

Para anotar concretamente dúvidas surgidas a partir do uso da palavra *criança* pelo Código Penal em vigor, basta lembrar a sua Parte Geral quando trata das agravantes genéricas no art. 61, inciso I, alínea "h", primeira figura. Pois bem, *dentre as circunstâncias que sempre agravam a pena do agente ativo do crime, está o fato de ser o delito perpetrado contra a criança.*

Eis, desse modo, o surgimento de ponto nodoso: sob uma perspectiva subjetiva, prontamente se entende e chega-se a um consenso quanto à exasperação da resposta do Estado para os que ofendem as crianças, já que de fácil compreensão o repúdio maior para uma conduta tida como reveladora de perversidade, como de fato mostrasse o crime praticado contra um ser infinitamente mais vulnerável que um adulto. Entretanto, sob o aspecto concreto, relativo à fixação de idade-limite para se conceber a vítima como uma criança, a questão não evidencia fácil deslinde.

O fato é que, até hoje, a controvérsia acerca da idade-limite para a pessoa ser tida como criança teima em surgir nas discussões dos juristas. Alguns se recusam terminantemente a acatar o conceito objetivo que fixa a idade para a infância proposto pela Lei Federal nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Veja-se, a propósito, elaboração colhida em obra jurídica editada no ano de 1995:

"A palavra criança contida no texto legal não expressa conceito preciso, sendo inconveniente a adoção de um critério objetivo para a configuração da qualificadora. Não há por que se afirmar que incide a agravante, se a vítima tem menos de 7 ou 8 anos e que não incide se ultrapassa tal idade, melhor será o exame específico do caso concreto. Há de se averiguar, especificamente, se prevaleceu o agente

por não falar, não ocupa a primeira pessoa do discurso, presente resta nos arrazoados alheios como ele/ela, e arremata a estudiosa: *"a infância é sempre definida de fora."*

Conceito de criança: efeitos penais

Antes da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 13 de julho de 1990, não havia, por parte do legislador brasileiro, a começar pelo constituinte originário, qualquer preocupação no que toca ao reconhecimento legal de um conceito objetivo acerca do momento em que a pessoa deixa de ser criança para se tornar adolescente e quando alguém dobra a adolescência para se tornar adulto.

Além de fixar o limite etário entre crianças e adolescentes, o legislador estatutário preocupou-se em dar voz a infantes e jovens. Estabeleceu, a respeito da colocação em família substituta, no art. 28, § 1º, da Lei 8.069/90, o seguinte: *"sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada"* (grifos nossos).

A ausência de um conceito edificado pelo legislador a respeito da cronologia da infância e da adolescência, ensejou inúmeras dúvidas e controvérsias na doutrina penal. O Código Penal e outras leis não definiram a idade para alguém ser considerado criança e menos ainda adolescente. Aliás, o vocábulo adolescente jamais fora utilizado em qualquer norma penal pelo legislador de 1940. Já a palavra criança foi invocada nos regramentos criados pelo referido legislador. Entretanto, a falta de definição legislativa a respeito do limite de idade para a pessoa ser considerada criança, provocou lufadas de discussões doutrinárias e julgamentos não uniformes acerca da matéria.

Para anotar concretamente dúvidas surgidas a partir do uso da palavra criança pelo Código Penal em vigor, basta lembrar a sua Parte Geral quando trata das agravantes genéricas no art. 61, inciso I, alínea "b", primeira figura. Pois bem, *dentre as circunstâncias que sempre agravam a pena do agente ativo do crime, está o fato de ser o delito perpetrado contra a criança.*

Eis, desse modo, o surgimento de ponto nodoso: sob uma perspectiva subjetiva, prontamente se entende e chega-se a um consenso quanto à exasperação da resposta do Estado para os que ofendem as crianças, já que de fácil compreensão o repúdio maior para uma conduta tida como reveladora de perversidade, como de fato mostrasse o crime praticado contra um ser infinitamente mais vulnerável que um adulto. Entretanto, sob o aspecto concreto, relativo à fixação de idade-limite para se conceber a vítima como uma criança, a questão não evidencia fácil deslinde.

O fato é que, até hoje, a controvérsia acerca da idade-limite para a pessoa ser tida como criança teima em surgir nas discussões dos juristas. Alguns se recusam terminantemente a acatar o conceito objetivo que fixa a idade para a infância proposto pela Lei Federal nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Veja-se, a propósito, elaboração colhida em obra jurídica editada no ano de 1995:

"A palavra criança contida no texto legal não expressa conceito preciso, sendo inconveniente a adoção de um critério objetivo para a configuração da qualificadora. Não há por que se afirmar que incide a agravante, se a vítima tem menos de 7 ou 8 anos e que não incide se ultrapassa tal idade, melhor será o exame específico do caso concreto. Há de se averiguar, especificamente, se prevaleceu o agente

da menor capacidade da vítima, por isso mais intimidável, não se detendo diante da condição especial da pessoa visada" (TACRIM-SP-AC- Rel. Costa Manso - BMJ 84/14 e RJD 6/151)

O pensamento acima transcrito manifesta a absoluta inaceitação, por parte dos doutrinadores penais e também dos Tribunais Superiores, do conceito objetivo formulado pelo art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõe: "Considera-se criança, para efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos..." Infere-se, portanto, que ainda não se espraiou para outros campos específicos do direito, para o Direito Penal por exemplo, a eficácia da Lei federal 8.069/90, que cuida da proteção integral à criança e ao adolescente, para isso o Estatuto teve de fixar a idade para alguém ser encarado como criança.

Ora, caso não existisse até hoje um conceito objetivo acerca da idade-limite para se entender o que é uma criança ou adolescente, restaria comprometida a concretização da tutela integral assegurada a infantes e jovens. Esta se pulverizaria nos discursos movediços a respeito da idade de quem necessitaria ser amparado integralmente e com a prioridade absoluta garantida na Carta Magna.

Como já anotado anteriormente, é fácil a aceitação da agravante genérica contida no art. 61, II, alínea "h", do Código Penal, restando bem assimilada a necessidade de se agravar a sanção para os que cometem crimes contra criança. Entretanto, o nó reside justamente no fato de se saber quem é ou não criança. Assim, negam os doutrinadores e os encarregados de aplicar concretamente o regramento penal a respeito da agravante genérica, para quem ofende a criança, a vigência do art. 2º da Lei 8.069/90. Persistem os estudiosos em nadar em dúvidas a respeito do que é ou deixa de ser criança. Aceitam a

manifesta vulnerabilidade desta, entretanto não definem, com regra geral precisa, quem é vulnerável.

Para reforçar essa inferência, transcrevemos o seguinte julgado:

"A criança não tem as mesmas possibilidades de defender-se de uma agressão como uma pessoa adulta. Merece por isso, especial proteção legal. Além disso, um traço de má personalidade e de insensibilidade do agente é marcado por tal gesto. A jurisprudência tem estabelecido o estágio de primeira infância para fixar a agravante e cujo termo está nos sete ou oito anos de idade" (TACRIM-SP- AC - Rel. Fábio Araújo - JUTACRIM 99/180)

Concordam os estudiosos com a exacerbação da pena para quem pratica crime contra a criança, reconhecendo que esta não tem o mesmo poder defensivo do adulto. Nada obstante, no tocante à idade limite traçada pelo Estatuto para alguém ser tido como criança, toma-se o conceito estatutário inassimilado para os aplicadores das regras penais, bem como para os que se propõem a esquadrihar os princípios do Direito Penal.

Não se mostra razoável invocar-se a jurisprudência quando há uma lei que trata da matéria de forma incontestada, sob o ponto de vista legal, a respeito da definição da infância. À vista disso, ainda que esse conceito formulado pela Lei 8.069/90, fixando como criança a pessoa até 12 anos incompletos, padeça de críticas sob a visão médica, por exemplo, não se pode conferir ao intérprete e ao aplicador da lei um poder discricionário para entendê-la e aplicá-la segundo suas idiossincrasias, apenas, utilizando-se de conceitos médicos também suscetíveis de profundas críticas, como é o caso da fixação da chamada primeira infância, que se estenderia somente até os 7 ou 8 anos de idade.

Outro ponto passível de intermináveis discussões reside no poder, ou não, que possui a pessoa de determinada idade para se defender. Note-se que essa maior ou menor capacidade defensiva é também coisa bastante relativa. Assim, as conclusões da jurisprudência, no tocante ao entendimento de criança, para efeitos penais, sofrem falhas invencíveis, mesmo quando aferradas a conceitos médicos e sociais, muitas vezes em absoluto descompasso com o caso concreto.

Dessa forma, em se admitindo a nossa incapacidade de estabelecer limites de idade, infensos a críticas, para se considerar alguém como criança, seja no plano legislativo ou no campo médico, este último envolto em profunda subjetividade, conclui-se que havendo hoje uma fixação legal de idade-limite para se ter alguém como criança, deve esta fixação irradiar-se por todos os ramos do direito.

De maneira que não se mostra lógico, tampouco prático e justo, o Direito Penal divorciar-se da fixação contida na lei 8.069/90 a respeito da idade para alguém ser reconhecido como criança. Há de se ponderar porque doutrinadores e aplicadores da lei penal continuam em busca de limites traçados por linhas hesitantes a respeito desse marco.

Na verdade, essas buscas e achados são capazes de comprometer a doutrina da proteção integral, consubstanciada no tratamento prioritário e distinto a seres concebidos, sob o ponto de vista legal, como crianças. Assim, praticando o sujeito crime contra vítima com 12 anos incompletos, deve o aplicador da lei, à pena imposta ao transgressor, articular a agravante genérica contida no art. 61, II, alínea, "h", primeira figura do Código Penal.

MODERNIDADE E DIREITO¹

João Maurício Adeodato

Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife - UFPE (desde 1990). Pós-Doutorado pela Fundação Alexander von Humboldt (1988-89). Professor Convidado nas Universidades de Mainz (1988-1989 e 1991), Freiburg i. B. e Frankfurt (1995). Professor convidado em diversas Universidades no Brasil. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife-UFPE (desde 1996). Pesquisador do CNPq (desde 1984). Pesquisador I do CNPq (desde 1982). Consultor do CNPq (desde 1986), da CAPES (desde 1990), da Secretaria de Ensino Superior do MEC e de diversas Fundações Estaduais de Amparo à Pesquisa (desde 1995). Membro da Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (desde 1995). Ex-Membro da Comissão do Exame Nacional de Cursos do MEC (1996).

SUMÁRIO

1. Introdução: modernidade e complexidade. 2. Três pressupostos sociais para modernização do direito. 3. Modernidade jurídica: um entre vários conceitos possíveis. 4. O direito dogmático moderno. 5. Ética e positivismo jurídico.

1. Introdução: modernidade e complexidade

O conceito de modernidade é muito amplo e pode ser aplicado a vários setores do conhecimento e da atividade humana. Vamos procurar delimitar um sentido no qual se pode chamar de "moderna" determinada forma de organização do direito. Claro que um tema assim genérico precisa ser tipificado, amputado de muitos de seus aspectos importantes, além do que, o pouco espaço disponível em uma comunicação como esta certamente compromete algo da profundidade e talvez da clareza que o assunto mereceria.

1 Aula inaugural dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho proferida em 15 de agosto de 1997.

[A tese que se pretende agora expor sob essa rubrica, modernidade e direito, é que a modernidade representa o equivalente a um certo e inusitado grau de complexidade que a organização do direito adquiriu em nossa civilização; isto significa que, dentro deste corte didático e epistemológico, pode-se afirmar que quanto mais complexas as relações jurídicas, na definição de complexidade aqui apontada, mais moderno o direito.]

Pode-se então começar admitindo que uma ordem jurídica mais primitiva organiza-se de forma indiferenciada, o que significa, entre outros aspectos, que as ordens normativas, éticas, que regulam a conduta humana, uma das quais é o direito, estão todas coligadas, sem funções definidas separadamente no contexto social. Então, para tomar um exemplo no Egito antigo, um ilícito jurídico é ao mesmo tempo uma grande imoralidade e mesmo um pecado contra a estrutura social. Não há essa separação entre o ilícito religioso, o ilícito moral, o ilícito jurídico, o ilícito dos usos sociais, que seriam, para seguir a doutrina tradicional, as grandes ordens normativas mais assemelhadas.

Pois bem. Os primeiros registros históricos de questionamentos a respeito de tal indiferenciação remontam à *Antígona* de Sófocles², ao separar nitidamente o direito de Créon, posto, do direito natural superior, reclamado por Antígona para sepultar seu irmão; depois, à célebre frase de Jesus Cristo, presente em três dos quatro Evangelhos oficiais da Igreja Católica: "a César o que é de César, a Deus o que é de Deus"³. Começa-se a pleitear, dentro do monopólio que o Estado Romano tinha sobre as normas éticas, a separação entre

2 Sophocles: *Antigone*, trad. Elizabeth Wyckoff. *The Great Books of the Western World*, vol. 4. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1993, pp. 159-174.

3 *Evangelhos de Marcos*, 12 (17); *Mateus*, 22 (21) e *Lucas*, 20 (25).

uma esfera que seria de competência de uma Igreja emergente, independente de outra ordem, atribuída ao Estado Romano onipresente, onisciente, onipotente da época. Pois bem: os seguidores de Jesus, do apóstolo de Tarso e outros grande pensadores a serviço do catolicismo fizeram um bom trabalho e é só no século XVIII que aparecem o que poderíamos denominar de "Jesus Cristos às avessas", os dois primeiros grandes juristas modernos: Samuel Pufendorf e Christian Thomasius.

Sim, pois tudo o que estivera outrora unificado sob a égide do Estado antigo, depois separado pela idéia de um direito transcendente, natural, já voltara a unificar-se, monopolizado pelas mãos da Igreja. O objetivo prático das teorias de Pufendorf e Thomasius é contrário: arrancar um pouco dessa competência omnicompreensiva da Igreja para o Estado absolutista que nascia. Como toda grande teoria, como toda ideologia influente, a de Pufendorf e Thomasius também tinha um objetivo prático específico, que era este: tirar da competência da Igreja aquela parte das ordens normativas que seria, exatamente, a parte jurídica, destinada à competência estatal.

Os critérios que eles inventaram são bem conhecidos daqueles que estudaram *Introdução ao Estudo do Direito*. Em primeiro lugar, o da interioridade e da exterioridade – ao Estado estariam afeitas as condutas externas dos indivíduos enquanto que à religião, as condutas internas. É a partir daí que a ciência jurídica nascente vai aperfeiçoar os critérios de Pufendorf e Thomasius, trazendo critérios mais sofisticados como autonomia e heteronomia, identidade e alteridade, unilateralidade e bilateralidade ou coercitividade e incoercitividade.

2. Três pressupostos sociais para modernização do direito

Podemos então perguntar quais os fatores sociais mais importantes que devem estar presentes para que uma sociedade seja chamada de juridicamente moderna, esteja apta para modernizar o seu direito. Podemos, como Niklas Luhmann⁴, utilizar a expressão "positivar" o seu direito ou, como preferimos, torná-lo "dogmático". O primeiro desses pressupostos é a pretensão de monopólio por parte do Estado na produção das normas jurídicas. Pela primeira vez na história na nossa civilização aparece uma instituição que se arvora competência para monopolizar o direito. Isto não significa que o Estado moderno produza todas as normas jurídicas, mas sim que é direito aquilo que ele produz ou tolera seja produzido por outras fontes.

O Estado, a gente pode dizer de uma maneira genérica, sempre existiu; um Estado moderno, porém, diferencia-se de outros Estados, como o Egípcio e o Feudal, por exemplo, entre um sem-número de outras características, por esta: arvorar-se o monopólio na produção do direito. Isso nunca aconteceu antes. Havia instituições produtoras de direito tão ou mais importantes do que o Estado, como o *pater familias* em Roma⁵ ou as corporações medievais. Se o pai romano tinha direito de até vender seu filho e mantê-lo sob seu jugo por toda a vida, no mundo moderno a emancipação se dá por decurso de prazo, mesmo contra a vontade do pai, a quem tampouco é permitido exagerar nos castigos, enquanto titular do pátrio poder. O direito estatal pretende alcançar

4 Niklas Luhmann: "Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft", in Niklas Luhmann: *Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1981, pp. 113-154.

5 Sílvio Baptista: "A Família na Obra de Rudolf von Jhering. Conceito Romano e Atual de Pátrio Poder", in João Maurício Adeodato (org.): *Jhering e o Direito no Brasil*. Recife: Ed. Universitária/UFPE, pp. 202-210.

inclusive relações íntimas como aquelas de família ou mesmo o chamado "débito conjugal".

Jhering chama a atenção para o fato de que, há menos de dois séculos atrás, os crimes contra a honra, na Alemanha, país tido como tipicamente moderno, não eram monopólio total do Estado, permitindo-se, em casos de ofensa à honra, que as questões fossem resolvidas no duelo. Se o pretensão estatal de monopólio da violência legítima não estava ainda consolidada há parcos duzentos anos, no coração da cultura européia, então este fenômeno é muito recente. Basta verificar que a prática do duelo encontra-se institucionalizada pelo Código Penal do Uruguai atualmente em vigor e, se não chega a ser estimulada, diminui drasticamente as penas referentes a lesão corporal grave e homicídio, com ou sem uso de armas, constituindo-se em clara circunstância atenuante, desde que o procedimento dogmático prescrito tenha sido obedecido (formalidades como padrinhos e "Tribunal de Honra", por exemplo)⁶.

A segunda característica de uma sociedade que pretende modernizar o seu direito, decorrente dessa primeira, é a crescente importância das fontes estatais em detrimento das fontes espontâneas e extra-estatais do direito. O costume sempre foi de importância primordial no direito antigo. Ele ainda é importante em nossa sociedade, mas todo advogado sabe que aquele que tem a lei ao lado de sua argumentação leva vantagem sobre aquele que alega um costume em sentido contrário. Assim, o advogado só deve alegar o costume quando não consegue, nas fontes normativas estatais – a lei e a jurisprudência – obter respaldo para a sua pretensão.

6 Código Penal Uruguai: Lei nº 9.155, de 04.12.1933, art. 38 (*El Tribunal de Honor en el delito de duelo*), além da Lei nº 7.253, de 06.8.1920, ambas em vigor, repetindo esta última o teor do antigo Código Penal do Uruguai, de 1889.

Temos notícia histórica de que a jurisprudência e a lei são tão antigas quanto a civilização. Os historiadores nos falam dos *éforos* no direito espartano e dos códigos de Manu e Hamurabi, pois, depois que o ser humano aprendeu a escrever, preocupou-se em reduzir a termo os costumes então existentes. Mas é só com o Estado moderno que o processo legislativo – resultando na lei – e o costume jurisprudencial – originando a jurisprudência – passam a preponderar sobre as fontes não estatais do direito como o contrato, as declarações unilaterais de vontade ou o costume jurídico, que só valem na medida em que constituem fontes complementares, subsidiárias às regras estatais. Então, no contrato, por exemplo, é preciso objeto lícito, agente capaz etc., a autonomia da vontade não basta para estabelecer um vínculo jurídico, sendo necessário o acordo com as fontes estatais do direito.

É possível até conceber que estas formas de organização social sob as quais vivemos estão acabando; com a globalização, o Estado nacional parece enfraquecer-se. Mas o fato é que a estrutura em que vivemos até hoje ainda é aquela do Estado nacional e esta teoria não pretende ser prospectiva, vez que não é intenção aqui fazer previsões.

A terceira e mais importante das características que fazem uma sociedade capaz de dogmatizar seu direito é o que podemos denominar de emancipação da ordem jurídica em relação às outras ordens normativas, a auto-referência do sistema jurídico, que vamos expor sucintamente.

Vimos que um elemento importante nos primórdios de nossa civilização era a indifenciação das ordens normativas, em uma indistinção entre o que é jurídico e o que é religioso, o jurídico e o moral, o moral e o religioso, direito e economia, direito e magia etc.

A auto-referência significa que os critérios para a definição do que é lícito e do que é ilícito, juridicamente falando, são em larga medida independentes em relação aos demais modos de organização da vida social, com as regras internas do sistema, as “normas jurídicas”, definindo e tratando o que é juridicamente relevante (fechamento), ainda que em permanente interação com os demais subsistemas (abertura). Dentro dos limites simplificadores de uma comunicação como esta, pode-se denominar esta auto-referência de *autopoiese* (*autopoiesis*), reservando-se a expressão *alopoiese* para descrever sociedades mais indiferenciadas.

Isto admitindo que os indivíduos componentes de uma comunidade organizam-se segundo as mais diversas regras, formando diferentes subsistemas sociais: há os religiosos e os que não têm religião, os bonitos e os feios, os amigos e os outros, os nortistas e os sulistas, há aqueles que possuem muitos e os que não possuem tantos bens etc. Pois bem: o direito de uma sociedade será tão mais complexo quanto mais nitidamente separado desses subsistemas, quanto mais esteja ele imunizado contra as interferências deles, entre outras várias características. E, ao contrário, uma sociedade pode ser dita mais indiferenciada na medida em que ocorre essa interferência, como, por exemplo, quando o fato de alguém pertencer ao grupo dos amigos (subsistema de contato, de boas relações) do presidente de determinado tribunal interfere na afirmação da *jurisdictio*, no dizer o Direito⁷.

Um exemplo real de alopoiese, comprovado a todo momento na sociedade brasileira, é o subsistema jurídico-penal carcerário: se, digamos, metade da população

⁷ João Maurício Adeodato: “A Legitimação pelo Procedimento Juridicamente Organizado – Notas à Teoria de Niklas Luhmann”, in *Revista da Faculdade de Direito de Caracas*. Caracas: ano XXII, n. 16, 1985, pp. 65-92. Niklas Luhmann: *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. 1983, pp. 75 ss.

brasileira é economicamente carente (independentemente dos critérios usados para definir a carência) e noventa e cinco por cento dos condenados encarcerados ajusta-se ao mesmo conceito, está havendo interferência da condição econômica na decisão sobre o lícito e o ilícito. Quanto ao subsistema de boas relações, basta lembrar o dito "aos amigos tudo, aos inimigos a lei". Isto pode gerar problemas graves de legitimação, os quais são tratados e contornados por outras estratégias que não cabe examinar aqui⁸. Assim, não se deve pensar que um sistema alopoiético não se legitima, mas apenas que sua legitimação não é moderna do ponto de vista da autopoiese.

3. Modernidade jurídica: um entre vários conceitos possíveis

Para este conceito simplificado de "modernidade", três ressalvas epistemológicas devem ser feitas.

A primeira é que nosso conceito é qualitativo e não meramente temporal. As sociedades assim estruturadas podem ser ditas modernas porque sua forma de organização obedece ao padrão aqui escolhido para definir "modernidade". Deste modo, nem tudo o que é contemporâneo, nem tudo o que vem após a Revolução Francesa ou a Segunda Grande Guerra, é moderno, como o exemplificam os sistemas jurídicos teocráticos fundamentalistas ou as formas de organização do direito em comunidades no interior do Brasil.

Uma segunda ressalva é que não pretendemos ligar o conceito de modernidade a qualquer juízo de valor, afirmando que os tipos ideais de "modernidade" aqui

descritos sejam melhores ou piores para as sociedades e as pessoas. Não se deve pensar que sistemas alopoiéticos sejam necessariamente mais disfuncionais ou em si mesmos menos complexos e sofisticados do que o direito característico da modernidade.

A terceira ressalva é que não entendemos que os parâmetros de organização do direito definidos como modernos constituem um caminho pelo qual evoluirão todos os povos e a sociedade globalizada dos neoliberais; nada parece indicar que o mundo esteja caminhando na direção desse tipo de complexificação social. Muitos dos sistemas jurídicos alopoiéticos contemporâneos apresentam outras formas também altamente complexas e estáveis, estrategicamente bem-sucedidas de posituação do direito.

Sem grandes pretensões científicas, denominamos "modernos" os sistemas jurídicos emancipados e auto-referentes do primeiro mundo basicamente por dois motivos. O primeiro é seu caráter inusitado, sem precedentes na história do direito. Um ordenamento jurídico identificado com a religião ou a influência da riqueza econômica sobre a jurisdição, sobre o poder de separar o lícito do ilícito, são fatos conhecidos dos historiadores do direito. Mas o direito dogmático, autopoietico, este é uma grande novidade. O segundo motivo é a tendência dos países contemporâneos, bem-sucedida ou não, no sentido de dogmatizar o seu direito, com os Estados arvorando-se progressivamente o monopólio da jurisdição, fixando agrupamentos de normas positivas, pretensamente omnicompreensivas e inequívocas, além de eficazes, com corpo de funcionários específico para decidir o direito etc.

Exemplos de argumentos tipicamente modernos têm sido divulgados pela imprensa brasileira, como o caso daquele servidor público que declara saber que o alto valor de seus proventos é certamente imoral, mas como é legal,

8 João Maurício Adeodato: "Brasilien. Vorstudien zu einer emanzipatorischen Legitimationstheorie für unterentwickelte Länder", in *Rechtstheorie*, 22. Band, Heft 1. Berlin: Duncker & Humblot, 1991, pp. 108-128. Ou "Uma Teoria (Emancipatória) da Legitimação para Países Subdesenvolvidos", in *Anuário de Mestrado em Direito* n.º 5. Recife: Editora Universitária, 1992, pp. 37-42.

torna-se necessário aceitá-lo, alegações provavelmente ininteligíveis para quem vê no direito uma moral mínima positivada e não percebe como algo pode ser intrinsecamente imoral e ao mesmo tempo de acordo com o direito. Este é um preço a ser pago pela autopoiese. Como dizem os positivistas, a legitimidade torna-se palavra oca ao ser equiparada à legalidade, pois o direito legítimo, nos sistemas modernos, é aquele produzido de acordo com as regras do sistema. A gente vê isso, por exemplo, na teoria da validade das normas, na teoria da inconstitucionalidade das leis e atos jurídicos. Válida e assim legítima é toda norma elaborada de acordo com o conteúdo das normas superiores (compatibilidade "material"), emanada do poder competente e elaborada de acordo com o procedimento prescrito pelo ordenamento jurídico (compatibilidade "formal"). No topo do sistema de normas, ato de vontade do poder constituinte originário fixa livremente os conteúdos do direito. Advogando o fim da "ideologia" do direito natural, o positivismo coloca como modernidade exatamente essa autofixação dos critérios do lícito e ilícito.

A afirmativa, por exemplo, de que não é justo (e assim não é jurídico) um sistema que proíba a liberdade de imprensa ou consagre a desigualdade entre homens e mulheres é peremptoriamente antipositivista, antidogmática, jusnaturalista, até, neste amplo sentido dado aqui. Isto porque parte do princípio de que há normas superiores e anteriores à fixação das regras positivas de direito e que essas normas superiores valem por si mesmas, qualquer que seja seu fundamento (aí já se trata de uma discussão entre os antipositivistas), servindo como critério para aferir a legitimidade do direito posto. O sistema jurídico piramidal, imaginado por um antecessor de Kelsen, Adolf Merkl, estabelece a partir da "norma fundamental" os seus critérios, os quais não têm qualquer conteúdo axiológico

aprioristicamente válido.

A inconstitucionalidade por conteúdo, por exemplo, chamada inconstitucionalidade material, só é possível porque foram fixados conteúdos normativos na primeira constituição pelo poder constituinte originário, mas a inconstitucionalidade permanece um conceito interno do direito positivo. As decisões de uma assembléia constituinte originária não podem ser inconstitucionais, vez que, em princípio, esquecendo as pressões da comunidade internacional, ela é juridicamente incondicionada. Eis o cerne da doutrina jurídica positivista.

Pois bem. Mas ao mesmo tempo em que a modernização do direito assume o alto risco da instabilidade de um direito emancipado das certezas da religião e da moral, relativamente independente de uma idéia material de justiça, ela também traz consigo a vantagem ética de uma maior tolerância para com as diferenças individuais entre os seres e grupos humanos. Um sistema jurídico emancipado de ordens normativas outras permite uma maior diversidade de condutas, assumindo o monopólio da coercitividade, o monopólio da violência legítima, apenas no que concerne a suas próprias regras. Então, há uma tendência no Estado dogmático de permissividade em relação a comportamentos que não seguem a ortodoxia moral, religiosa, de etiqueta, desde que de acordo com o subsistema jurídico.

Tomemos outro exemplo bem prosaico. No Brasil de hoje, mesmo nas capitais mais tolerantes, um jurista que use brincos, por melhor que seja, dificilmente será presidente do tribunal de justiça ou coordenador do curso de doutorado em direito. Este é um sintoma de alopoiese, na medida em que se supõe que a aparência das orelhas interferirá indevidamente no comportamento do jurista. E de fato interfere, posto que a sociedade está assim organizada e os advogados, as partes e os serventuários

talvez não interagissem devidamente diante de um desembargador heterodoxo, provocando disfunções naquele subsistema, ainda que todos saibam, em sua consciência, que uma coisa nada tem a ver com a outra. Uma sociedade será tanto mais diferenciada quanto mais esses subsistemas (no caso, a forma de apresentar-se e a competência jurídica) estejam imunizados uns diante dos outros.

Assim, a inusitada complexidade do mundo moderno traz para o direito o problema de precisar lidar com os mais diversos conteúdos, valores por vezes incompatíveis. Há o subsistema moral daqueles que querem a pena de morte para os homossexuais; há os que pretendem permitir que os homossexuais tenham direito à vida, mas reclusos a guetos, sem cidadania; outros querem que eles tenham direito de votar mas não possam casar entre si ou adotar; há os que defendem a igualdade de direitos para homossexuais e heterossexuais; e há até aqueles que pretendem tornar o homossexualismo obrigatório. O mesmo pode ser dito das mulheres ou de quaisquer grupos sociais, raciais, regionais, nacionais, culturais. Dentre essas visões de mundo o subsistema jurídico tem que escolher uma e fixá-la como dogma, como norma de direito.

4. O direito dogmático moderno

Uma vez que a sociedade apresente esses pré-requisitos mencionados, ela está apta a dogmatizar o seu direito, o que, como visto, não ocorrerá necessariamente.

Dentre as diversas características do direito dogmático, vamos ressaltar apenas duas, que parecem as mais importantes. A primeira característica é o que podemos chamar a "inegabilidade dos pontos de partida"⁹.

9 Tércio Firraz Jr.: *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, pp. 95 ss.

Então, o direito é dogmático quando os pontos de partida são inegáveis. O que significa isso? Significa que um argumento é juridicamente aceitável se, e na medida em que, toma por base uma norma jurídica do sistema, pois é exatamente a norma que constitui o dogma deste tipo de direito. Isto não implica que não se possa rejeitar esta ou aquela norma jurídica, mas sim que uma norma jurídica só pode ser recusada com base em outra norma jurídica.

Um juiz alternativo pode não querer despejar um inquilino inadimplente porque ele é pobre e o proprietário, rico, mas não pode basear sua decisão expressamente neste argumento, posto que não há em nosso sistema uma norma que garanta direitos subjetivos meramente pela pobreza ou que penalize alguém por possuir mais imóveis do que necessita para morar. Por isso ele vai às normas constitucionais, algumas das quais são vagas e ambíguas justamente para permitir que os mais diferentes argumentos caibam nelas, e lá toma a norma que protege a dignidade da pessoa humana para embasar seu argumento de que a moradia é essencial à dignidade e que a Constituição deve prevalecer sobre a Lei do Inquilinato, lei esta que seria a via normal de aplicação naquele caso concreto.

O argumento não vale por ser racional, não vale por ser empírica ou cientificamente demonstrável. É por isso que, para muitos, a atividade dogmática nada tem de científica¹⁰, podendo, quando muito, ser objeto da ciência do direito. Do outro lado temos Kelsen, afirmando que a dogmática é a única ciência puramente jurídica, vez que as normas preponderam sobre os fatos¹¹. Ambos têm razão, a depender do conceito de ciência adotado. Veja-

10 Ottmar Ballweg: *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1970, pp. 116-119.

11 Hans Kelsen: *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1976, pp. 109 ss.

se, por exemplo, o conceito jurídico de pai, que não é aquele definido pela biologia, pelo DNA (a não ser que uma norma jurídica prescreva que pai é aquele que a ciência biológica entende como tal). Se o sistema jurídico, um belo dia, entender que todos os velhos são pais de todos os jovens, os quais são seus filhos, como queria Platão na *República*, esta será a "realidade jurídica" dogmática. Pensamos que aí está o ponto de Kelsen. A Escola do Direito Livre falou na revolta dos fatos contra as normas, mas Kelsen defende uma revolta das normas contra os fatos pois, em um sentido bem literal, as normas fazem os fatos.

Os fatos, sobretudo os fatos jurídicos, não são dados puros da realidade, não se confundem com os eventos do mundo, fatos são versões lingüísticas sobre eventos¹². Assim, um fato jurídico, para a dogmática, é aquilo que a norma determina como tal. Por isso os profissionais do foro repetem que "o que não está nos autos não está no mundo". Presumem-se do marido os filhos da mulher casada havidos na constância do casamento¹³, mesmo que as evidências empíricas indiquem o contrário, como no caso de Dom Casmurro¹⁴. Daí o dogma fundamental: argumentar a partir do texto de alguma norma jurídica do sistema.

A segunda característica desse direito dogmático, a ser destacada aqui, é a proibição do *non liquet* ou a obrigatoriedade de decidir. Só com o moderno Leviatã, o Estado passa a decidir, sempre, tudo o que é juridicamente relevante, pretendendo o monopólio da violência legítima e do dizer o direito, em última instância. E esse é o drama

do magistrado brasileiro e do magistrado de uma maneira geral, o ter que entender de tudo para decidir sobre tudo. O direito vai se tornando cada vez mais complexo e é impossível que um juiz consiga apreender-lhe todos os matizes. Não é raro ver-se um jovem juiz, ainda na casa dos vinte anos, recém concursado, defrontando-se com uma causa no valor de milhões de reais, de cujo teor pouco entende, posto que refere-se, digamos, a detalhes de direito econômico-financeiro, envolvendo fórmulas matemáticas complexas; sem contar que o processo traz dois pareceres opinando em sentidos diametralmente opostos, ambos com argumentos altamente complexos e assinados por juristas renomados, pagos a peso de ouro.

É por esta e outras que o juiz probo tem o complexo de Atlas, o titã que carrega a abóbada celeste sobre os ombros. Imaginemos lides de conteúdo jurídico simples mas que envolvam um valor profundo, não necessariamente econômico, uma causa com conteúdo axiológico importante: uma das partes é esta mulher exemplar, cujo único problema é não conseguir viver com este homem exemplar, que por seu turno também não quer viver com ela; o objeto do litígio é a guarda de dois filhos amorosos e extremamente unidos; acontece que a mãe acaba de receber proposta profissional irrecusável para mudar-se para a Austrália e o pai não pode abandonar seus igualmente excelentes negócios no Brasil. O juiz tem que dirimir este problema, mas o problema é irresolúvel. Ao contrário do que pensa o aluno iniciante, apaixonado pelos filmes envolvendo direito penal, as relações jurídicas quase nunca confrontam o bem e o mal, o mocinho e o bandido, vez que o direito, comunicação humana interativa que é, reúne materiais axiológicos os mais diversos e antagônicos.

A proibição do *non liquet* não era um problema para o rei Salomão, por exemplo, famoso na Bíblia, entre outros

12. Tércio Ferraz Jr.: *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 253.

13. Lei nº 3.071, de 15.1.1916 (*Código Civil Brasileiro*). São Paulo: Saraiva, 1997. Cf. arts. 338, 340, 343 e 344.

14. Machado de Assis: *Dom Casmurro*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

motivos, justamente quando não seguiu esta regra. O *Livro dos Reis* conta que, julgando um caso de duas mulheres que reclamavam a maternidade da mesma criança, Salomão, por falta de prova conclusiva, decide pela destruição do objeto controverso, ou seja, manda dividir ao meio a criança. Diante da reação das mulheres, uma das quais prefere que o filho seja entregue à outra ao invés de morto, o rei exercita sua sabedoria¹⁵. Um juiz contemporâneo que, após estudo dos autos, se pronunciasse pela destruição da coisa, alegando não dispor de elementos para decidir, seria por certo taxado de maluco. É que o Direito dogmatizou-se. O mundo mudou: ao tempo de Salomão, o Estado podia dizer o *non liquet*. Hoje o Estado arvora-se o monopólio da jurisdição e competência para decidir tudo o que é juridicamente relevante. Daí Kelsen, talvez o maior teórico do direito dogmático, entender como redundante a expressão "direito positivo estatal", pois todo direito é positivo e todo direito é posto pelo Estado¹⁶.

5. Ética e positivismo jurídico

Ainda que o dogmatismo, enquanto teoria geral do direito, esteja obsoleto, e, enquanto visão política do direito, tenha exercido influência conservadora, o fato de ser dogmático não significa que o direito moderno implique uma visão tacanha dos problemas jurídicos, nem que sua teoria geral, a dogmática, seja atitude necessariamente inadequada diante do mundo real. Posturas competentes diante do direito dogmático exigem, ao contrário, a utilização do dogma jurídico, a norma, como porta de entrada extremamente complexa para esta outra "realidade" construída que vimos de mencionar. O jurista

15 Cf. *Primeiro Livro dos Reis*, 3-4, do Antigo Testamento.

16 Hans Kelsen: *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, Coimbra: Alameda, 1976, pp. 383 ss.

dogmático tem a tarefa difícil de transformar demandas sociais efetivas em demandas jurídicas. E é por isso que quem sabe fazer isso bem, tem poder.

Quando a mãe entra no escritório do advogado cheia de ódio porque o marido de quem depende financeiramente quer abandoná-la e levar-lhe a guarda dos filhos, os argumentos dogmáticos não podem processar-se no mesmo padrão. O advogado não pode defender o empregado argumentando que o patrão o demitiu por estar ele flertando com sua mulher. O jurista dogmático tem exatamente a função de transformar esses conflitos existenciais, dramáticos, emocionais, em lides dogmáticas. A ciência que informa tal tipo de trabalho é a hermenêutica jurídica, que é, digamos assim, a filha nobre da teoria geral do direito.

Esta a grande ilusão de muitos profissionais do direito, achar que opõem-se a prática dogmática e a teoria geral. A história dos grandes juristas da modernidade mostra isto claramente, até hoje. O procurador ou advogado não-familiarizado com conceitos como vigência, validade, eficácia, que não souber quando uma norma entra em vigor e quando ela deixar de vigorar, não souber o que é vigência temporária determinada e indeterminada, relação jurídica ou princípios hermenêuticos, ele não vai conseguir trabalhar dogmaticamente de forma eficiente.

Muito bem. Para finalizar, podemos sugerir que não se deve ver no positivismo dogmático – que ainda luta por se implantar no Brasil – motivo para a angústia existencial que se percebe em alguns anti-positivistas, no Brasil e fora dele. O direito moderno não é mau por ser assim organizado, da mesma maneira que a ligação ontológica pré-moderna entre direito e moral não constitui um bem em si mesma. Se Jesus Cristo era um jusnaturalista, Hitler também o foi. O direito natural parte do princípio antidemocrático de que há um conteúdo de

justiça apriorístico em relação ao direito positivo, o qual precisa curvar-se a seus princípios e deve ser imposto a todos os desviantes e recalcitrantes. Aí a contribuição ética do positivismo, tal como definido aqui: como não há uma justiça evidente em si mesma, nós próprios é que temos de tomar em nossas costas o fardo de dizer, de por (daí *positivismo*) o direito. Foi o que mudou: o direito continua axiológico como inevitavelmente o é, mas seu valor não está pré-fixado por qualquer instância a ele anterior ou superior. Ele não é imposto pela infalibilidade do Papa ou da Santa Madre Igreja, nem é fixado a partir desta ou daquela concepção que alguém tenha de "justiça" ou de "razão".

Portanto, se a emancipação paga um preço alto, como dito, por outro lado gera essa ética tolerante, democrática. Claro que é preciso aperfeiçoar o conteúdo do direito, sempre na direção de mais tolerância, mas a modernidade não é em si um mal e ninguém tem de estar desesperado por não ter nascido na Idade Média ou na época das luzes européias. Se o mundo hoje é ruim, parece que já foi pior e pode ficar pior do que jamais foi se não abrirmos os olhos e fixarmos esse conteúdo axiológico do direito da maneira que nos parecer mais "justa".

É simplista a argumentação antipositivista de que o positivismo defende qualquer ideologia da facção vitoriosa na luta pelo poder. A ética inerente a um positivismo moderno, parece-nos, não é aquela que, por admitir qualquer conteúdo, presta-se, por exemplo, a justificar a imposição compulsória de padrões homogêneos de comportamento a toda a comunidade. Por recusar parâmetros de conduta legítimos "em si mesmos", o positivismo coaduna-se mais facilmente com uma ética genericamente cética, compreensiva, disposta a tolerar posturas diversas, desde que não se pretendam estender a todos a todo custo.

Apesar da imensa força retórica dos jusnaturalismos, posto que carregam as certezas de quem viu a luz e sabe separar claramente o ético do não-ético, um ceticismo tranqüilo quanto ao direito e a este poder quase mágico da *juris dictio*, de diferenciar coercitivamente o lícito do ilícito, cabe também em uma abordagem empírica e juspositivista.

Se a crença em um direito natural superior pode impulsionar o direito positivo, segundo esta ou aquela concepção, para um aperfeiçoamento ético, como, por exemplo, na defesa da igualdade feita já nos primórdios do Cristianismo, não se deve esquecer que são também perspectivas jusnaturalistas que inspiram a intolerância religiosa, o racismo e assemelhados.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (REFLEXÕES - ALTERAÇÕES - INOVAÇÕES)

José de Moura Rocha

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professor titular dos cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife - UFPE.

SUMÁRIO

Introdução. Um primeiro momento. Um segundo momento. Um terceiro momento. O processo moderno. Processo político. Posição política. Direito alternativo, solução processual? Reforma? Alterações? - Reflexos.

Neste estudo sobre o processo civil brasileiro consideraremos momentos vividos pela nossa ciência nos dias correntes e em outros instantes históricos.

Um deles a ser considerado é bem atual e está bem próximo de todos nós. Sintoma caracterizante deste momento encontra-se no impressionante número de publicações apreciando as inovações e as alterações sofridas pelo nosso Código de Processo Civil.

De publicações comerciais conhecemos um sem número; assume número incalculável ensaios e artigos, das mais variadas ordens, e publicados principalmente nas nossas revistas jurídicas. Normalmente seria este fato apontado como sinal vivo de progresso científico, ou melhor, de avanço nos estudos da matéria. Verdade?

Mas, impressionante mesmo é, ao nosso ver, a adesão da quase unanimidade dos estudiosos, tanto às inovações quanto às alterações oferecidas pelos novos legisladores no mais das vezes fora do espírito e das linhas mestras no Processo Civil pátrio. Sem medo de errar afirmamos poder contar nos dedos das mãos os que se desviam da linha traçada pelos novéis legisladores.

Resta-nos a impressão altamente anticientífica de se haver formado uma nova escola processual brasileira a que podemos denominar: "Escola do amém, amém".

Certamente será este entendimento o causador de algumas posições nossas, talvez um pouco veementes, ao tratarmos das apontadas alterações e inovações.

Paralelamente temos a realidade sócio-jurídico-cultural do país. Não são poucas as questões sociais (em sentido amplo) de todas as ordens a exigir reformas de conteúdo de direito material e conseqüente atuação judicial conseguida, como é sabido, através do processo.

Tende-se a um tumultuamento, a conflitos das mais variadas ordens sob o império da incerteza jurídica com evidentes prejuízos ao progresso e à estabilidade do país.

Introdução

Um primeiro momento

Consideremos um daqueles apontados momentos lembrando fato histórico. Será ele de ordem mais ampla, mais ilustrativo e a valer pelo seu significado tão real quanto simbólico? É o poder judiciário prevalecendo ou dominando?

Na verdade, pode parecer estranho trazermos à colação fatos já passados há séculos. Mas eles nos orientam no sentido de ver no processo o *mistério* da busca da certeza jurídica.

Vamos considerá-lo sob a batuta do mestre eminente: o professor Salvatore Satta.

Em conferência proferida no já longínquo ano de 1949, e publicada sob o título *Il mistero del processo*, recordava Salvatore Satta, cena acontecida a 2 de setembro de 1792 quando do julgamento do "maggiore Bachmann" da guarda suíça do Rei. Vejamos:

Ante a fúria dos cidadãos que invadiam a sala de audiências, digamos, do Palácio da Justiça e certo de que morreria, Bachmann enfrenta a turba multa como que a dizer: "matem-me". É quando, lembra Satta, acontece fato admirável: "Il Presidente Lavau ferma d'un gesto gli invasori: con poche energiche parole intima 'di ripettare la legge e l'accusato che è sotto la sua spada'."

Partindo-se dessa grandeza de comportamento, com o passar dos tempos eis que ressurgem as paixões, a loucura e outros tantos sentimentos capazes de transformar o "PALAIS DE JUSTICE" em "PALAIS OÙ L'ON CONDAMNE" como já se disse, tratando-se tanto do processo penal ou do civil, ou de qualquer outro.

Um segundo momento

Um outro momento seria aquele conhecido por todos e apontado um sem número de vezes: ante ameaça do *Kaiser* de se apropriar da propriedade de moleiro respondeu este, diretamente ao mesmo *Kaiser*: *Majestade, ainda existem juízes em Berlim*. A força disciplinadora da lei predominando sem privilégio de qualquer ordem.

Um terceiro momento

Vivemos esse terceiro momento (o apresentado na explicação deste trabalho). Em torno dele girarão as nossas considerações).

Lembremos, inicialmente, que em qualquer das situações apontadas joga-se com lei, *partes*, *circuns-*

tâncias, argumentos etc. resumindo-se tudo isso em um único elemento: o *interesse* que surge sendo ou de ordem privada ou de ordem pública.

Especificamente e em todas essas situações não podemos entender um processo civil que não respeite a lei e nem respeite a "parte contrária"; não importando, principalmente, se esta parte contrária é pobre ou rica, poderosa ou não. Sobre tudo isso o manto do interesse social.

Assim, os referidos fatos que apresentamos sendo indicativos de momentos diversos da história do direito processual civil, mais que históricos são sintomáticos. Tudo isso acontece ou ressurge sob variados ângulos, qualquer que seja o processo. Para a sua fixação é importante determinar o momento histórico do seu aparecimento.

Apreciando esses momentos nos deparamos com posições diversas a exigir uma indagação. O açoitamento, a mania de reformar ou alterar em nome de uma possível ou enganosa celeridade a par de uma "realização da justiça" nos conduz, realmente, a ela (justiça)? Há de se indagar: Será preferível ao *processo mistério*? Ou será suficiente o predomínio da vontade das partes ou o predomínio da lei? Ou, ainda, distanciando-se da lei e a vontade das partes surgindo de maneira grupal ou coletiva sob prisma mais sociológico que jurídico?

Procuremos encaixar essas indagações em situações predominantes, ora a lei, ora a vontade das partes, ora alguns elementos circunstanciais.

Veja-se, por exemplo, a recente inovação em nosso processo civil: a antecipação de tutela calcada em "prova inequívoca" que, existindo, faz com que o juiz "se convença da verossimilhança da alegação" (art. 273). Tudo *opes legis*. Sob enfoque de *justiça* surge importante indagação: cumprirá a inovação a sua finalidade primeira? Não seria ela uma forma de proliferação da *injustiça*? Será que não bastariam para tal caso os procedimentos

cautelares suportando todos os comportamentos maquiavélicos, todas as engenhosas fabricações tão comuns nos nossos dias graças à dominação da tônica eletrônica ou cibernética.

O mesmo se poderá dizer e nem se poderá desconhecer as já tristemente famosas "liminares" criadoras de alguma coisa como que uma geração de "ditadura judicial" a acobertar esdrúxulas situações sócio-econômico-políticas das mais variadas ordens? [ministro de alta Corte de Justiça, em entrevista concedida à TV dizia que *estado de direito era o estado onde prevaleciam as decisões judiciais...*]

Se saltamos ao processo de execução, de igual sorte, nos deparamos com outras tantas situações a se incorporarem àquela acima indicada. As obrigações de fazer ou não fazer neste pós-reforma podem ser oferecidas a título de exemplificação.

As inovações e alterações feitas concorrem enormemente para o tumultuamento do processo. Os novéis legisladores não ficaram na "vontade das partes" (não identificar como "a parte" do Código de Processo Civil) nem tão pouco na "força da lei". Ficaram, isso sim, no mesquinho proveito de interessado ou na flexibilidade criminosa da lei quando deviam procurar sistema conveniente ao nosso estágio político atual.

Quando consideramos os problemas peculiares ao estudo do processo civil em (Considerações sobre o estudo do processo civil) tivemos oportunidade de lembrar o ensinamento de Francesco Carnelutti em "Carta a meus filhos" quando destacava: "Há juristas nômades sedentários. A mim agradou ver o mundo." a que acrescentava "... não me contentei com ler livros, olhando, assim as cousas com os olhos alheios." Na verdade, o estudo do processo civil implica em *ir ao mundo*. Vivê-lo nas suas mais diversas nuanças.

Lembramos também a necessidade de "unidade", "sistemas" e "princípios" recordando, uma vez mais, palavras de José Alberto dos Reis em estudo sobre a reforma do Código de Processo Civil Português: "Quem leia, com espírito de isenção, o decreto nº 12.353, não poderá deixar de reconhecer pelo menos isto: b) Que tem unidade, sistema e princípios" tudo em busca de estruturação lógica.

Assim aconteceria com o Código Civil Francês.

Jean Ray no "*Essai sur la structure logique du Code civil français*" surgia como um dos primeiros autores que conferiu "a partir da análise do Código civil, um sentido preciso da noção de 'sistema' no domínio do direito." São palavras suas: "*Le Code constitue un système, il est un ensemble, comprenant lui-même d'autres ensembles qui se subordonnent et se coordonnent*" com os seus *termes e relations*. Esse raciocínio pode estender-se além do Código Civil para alcançar qualquer outro sistema.

Não pode o Processo Civil fugir a essa regra. Devemos lembrar o Z.P.O. alemão sendo mantido nas duas Alemanhas Ocidental Federal e Oriental Democrática com alterações, tão-somente, referentes às linhas ideológicas de cada uma delas. O sistema prevaleceu intacto apesar de todos os pesares.

A busca de "direito certo" (seja ele apresentado como justo ou legal, ou até mesmo o chamado alternativo) inexistente se se desconhece a "parte contrária", (mesmo que a remeta a possível recurso ou a algum embargo) justifica, de maneira plena, ser o processo um "mistério". Mas, que mistério? O de realizar-se no próprio direito. Estejamos frente a processo de conhecimento, de execução ou cautelar.

Verdade que sentimos a constante necessidade de por em discussão alguns princípios mesmo sendo apontados como inatacáveis ou, melhor, *intocáveis*. O que importa é a *unidade processual*.

Igualmente não podemos negar transformações políticas, sociais e tantas outras que nos fazem viver em eterno turbilhão de idéias e comportamentos *sempre* em movimento. *Sempre* sim, mesmo quando o Estado anula o Indivíduo ou, em contrapartida, o Indivíduo anula o Estado.

Não é por isso que devemos ser contra as "reformas". Contudo, não é possível negar que devemos ter cuidado com elas.

Aí o processo misterioso: justificam-se reformas mas não se pode nem se deve mexer no processo. Mas, quando o direito se instrumentaliza pode e deve ser "reformado", "alterado" ou "inovado" pouco importando a denominação dada sob pena de ficar estagnado. Tudo devido, exatamente, àquelas transformações políticas, sociais e outras tantas a que nos referimos e não podem ficar desconhecidas. Destarte, mister muita prudência, maior cuidado, devendo-se sempre ter presente o direito "*material*" *instrumentalizado*. Não fosse assim não haveria necessidade de processo.

Talvez esteja aí o perigo dos apressamentos e conseqüentes inconvenientes oriundos de atuação legislativa ora sob enfoque de interesse profissional, individual ou de classe; ou seja ele de magistrado ou de advogado ou "invisível", ou de algum "*lobby*". O comodismo, o interesse profissional, a visão unilateral e precipitada das resoluções dos conflitos constituem-se elementos cerceadores de autêntica atuação jurídica-científica.

No tocante ao nosso *novo* processo de conhecimento e de execução [alcançando também o processo cautelar e os chamados procedimentos especiais] (acreditamos poder falar assim, tantas são as inovações feitas) nos deparamos, de fato, com alterações simples e acertadas mas sem maiores conseqüências teórico-doutrinárias. Evidente que não podemos nem devemos negar tal fato, contudo nos

encontramos com inovações que valem como verdadeiras reformas e, para nós, reformas não poucas vezes, infelizes. É o que acontece na área recursal com o novo "agravo" (criado para corrigir distorções causadas com o mandado de segurança... entre outras razões).

Tivemos oportunidade de apresentar o nosso posicionamento a propósito destas alterações em nosso trabalho "Atualização do Código de Processo Civil".

Na *Introdução* oferecida a este trabalho tivemos oportunidade de escrever: "Motivado pelo desejo de colaborar com o aprimoramento do nosso Código de Processo Civil, não com elogios, mas, principalmente, com ânimo crítico e animado pela crença de que o debate é, ainda, a forma científica de se buscar perfeição (pouco importando quão distante ela esteja ou quão difícil seja alcançá-la) é que oferecemos as nossas conclusões".

O nosso entendimento continua o mesmo porque queremos debater, criticar com a boa crítica que está, sempre, longe do desejo de destruir e perto do desejo de aperfeiçoar.

O processo moderno. Processo político?

Deixemos de lado o processo antigo. Este ou aquele.

Então, como pode ser visto, o *processo*, sob a tônica do Processo Moderno?

Mais uma vez às voltas com as transformações sociais, políticas, jurídicas... que o nosso mundo enfrenta. Já proclamamos antes que o processo não pode nem deve desconhecê-las.

Indagação inicial, será o Processo Moderno um Processo Político?

Teremos o processo moderno trazendo consigo essa indagação que é da maior importância cada vez que se considera o seu caráter e o seu enfoque políticos. No caso brasileiro, com as alterações e inovações realizadas, haveria

logicidade científica? Se atentarmos para as alterações encontradas em matéria da usucapião, por exemplo, buscando uma celeridade apriorística, o que temos? Que esta celeridade, não passa de uma pseudo celeridade e está longe de compensar os problemas ou controvérsias que, certamente, surgirão. Normalmente referentes ao "domínio". Ou atentar à versão moderna do procedimento monitorio. Também, e de maneira específica, ter em conta algumas medidas executórias. Isso para não falarmos nas diversas formas de procedimentos paralelos aos integrantes do Código de Processo Civil.

Na verdade, quando se propõe substituir o próprio homem político há de se ter em conta a efetividade do processo em qualquer das suas formas. Parece-nos, igualmente, que o processo não deve nem pode ser revolucionário porque todas as transformações sócio-políticas nos leva a "um" ou "a" processo na inteireza do seu sentimento de realizar a justiça, ou a segurança, ou o bem comum... tudo dependendo do posicionamento ideológico do estudioso. Apesar de "político", o processo, e de uma maneira muito especial o de execução, não será como não poderá ser revolucionário. (Não devemos entender Revolucionário naquele sentido conferido às palavras de Danton quando da Revolução Francesa; proclamava não querer (nós, dizia ele) julgar o rei, sim matá-lo. Tudo conforme nos ensina Gaxotte em "*La révolution française*").

Tão importante quanto necessário lembrar que não seja o processo reduzido a uma farsa ou a uma "parodia da justiça" utilizando palavras de Salvatore Satta.. Talvez a pantomima das "*liminares*" neste dias que correm encaminhe o nosso processo em direção à alguma *paródia da justiça*.

Claro que o processo não deve ser visto, somente, sob enfoque ou lentes pessimistas de aumento... porque

na vida comum, no cada dia, em pontos menores ou muito menores, não poucas coisas podem acontecer.

Partindo dessas considerações e simplificando o problema, temos que tudo isso ocorre através das figuras das partes e do Juiz em torno de um objeto. Tudo nesse microuniverso judicial que é o *Juízo*.

Posição política

Observando a *participação* que denominamos "política" (devido a proposta de substituir em termos políticos o posicionamento do homem, também posto nos mesmos termos políticos) verificamos em algum estágio histórico esse processo girando em torno de comportamento da vontade das partes litigantes e ante a predominância da autonomia de vontade manifestada, de uma maneira muito especial, no contrato. É dessa autonomia que nasceria a "justiça" ou a "realização do direito". Desse estágio não há melhor exemplo que o encontrado quando da conhecida Revolução Industrial. Em nome dessa prevalência da vontade privada o rico burguês *contratava* no mesmo pé de igualdade (porque todos são iguais perante a lei) a jornada de trabalho, tipo de trabalho, salário e não sei mais o quê com o pobre operário forçado a fazê-lo como salientamos, por serem iguais legal e politicamente falando. Girava o processo civil em torno dessas situações transformadas em autênticos *dogmas* isentos de quaisquer dúvidas.

Com incidência direta sobre o processo de conhecimento e sobre a execução, destaque-se que a essa altura o processo de execução não é, ainda, processo autônomo. E o processo (dito, então, adjetivo) hoje instrumental na sua totalidade não era mais que apêndice da norma (dita, então, substantiva) e que hoje denominamos material.

Podemos, por isso, dizer que o princípio dispositivo identifica-se com o processo mesmo a que podemos e

devemos acrescer o processo de execução. Apenas estava direcionado à *vontade privada*.

Se avançamos mais, com que nos deparamos?

A filosofia do processo alterando o seu fulcro. Agora ele atua como que subordinado a leis [ditas na linguagem da economia serem "*de mercado*"]. As alegações das partes que aparecem contraditoriamente são como a busca de fixação de um "justo preço" porque, na verdade, haveria aí, duas demandas: de um lado a pretensão do demandante e, no outro lado, a resistência do defensor. O nosso Código de Processo Civil de 1939 preceituava que "*para propor ou contestar ação...*" ficando autor e réu num mesmo pé de igualdade processual por força da lei.

Marie-Anne Frison-Roche em ensaio intitulado "*La philosophie du procès, propos introductifs*" escreve resultar daí o "*juste jugement*" tal como a "*mão invisível*" como admitia, em imagem célebre, Adam Smith para a Economia.

Esta expressão do processo tem como representante mais autêntica a *Exegese* com a sua instauração, o seu apogeu e o seu declínio. Aí a predominância da linguagem escrita da lei. Lembre-se que entre tantos outros, Proudhon escrevia ser o Código Civil "*un corps entièrement neuf*", "*un système convenable à notre état politique actuel*".

Começamos a entender o porquê de se referir Julien Bonnecase a "*le culte du texte de loi*" ou Demolombe no prefácio do seu *Cours de Code Napoléon* escrever: "*Ma devise, ma profession de foi: les textes avant tout!*". Ou ainda a frase atribuída a Bugnet: "*Je ne connaît pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon*".

Considerando as inovações ou alterações ou modificações ocorridas no processo, não nos é possível desconhecer esses momentos que podemos dizer históricos, para a colocação e para o conhecimento dos problemas peculiares ao processo civil, num terceiro momento, bem caracterizante nos nossos dias.

Alijadas tanto a "vontade privada" quanto a "força da lei", indagação natural a ser feita é no sentido de se, modernamente, (considerando-se o processo tanto de conhecimento como de execução ou cautelar) as apontadas posições estariam superadas. Para responder ou tentar responder a essa indagação tenhamos presentes as já referidas modificações sócio-econômico-sociais, mais do que presentes porque sentidas e vividas por todos nós. Só o futuro nos dirá, de maneira exata, se estamos certos ou não.

Lembra Marie-Anne Frison-Roche que se pode ver, neste terceiro estágio, o processo sob teoria de jogo. Na verdade, é este estágio fruto de "uma espécie de teatro de sombras e de aparências" onde os atores, adaptam-se, ajustam-se através de declamações, de tiradas e de "diferentes atos que se desenrolam sob a inspiração de uma estratégia contenciosa". Lembra ainda Marie-Anne Frison-Roche, operação de múltiplas cabeças destruindo ou consertando a relação social.

Característica maior: a justiça é negociada.

Aparentemente não deixa de ser alarmante este posicionamento. Todavia, não pode ser negado. Os grupos, os aglomerados, as coletividades, as associações de classe e até a sociedade como um todo, tudo está a exigir soluções jurídicas comuns e refletindo comportamentos surgidos com a diversificação e ampliação das relações sociais. Como entender e explicar, por exemplo, a presença entre nós da ação de classe, do mandado de segurança coletivo, das ações cíveis públicas a se colocarem acima de um multi-secular "interesse individual"?

Tivemos oportunidade de escrever ao tratar de "Considerações críticas sobre a nova Constituição Brasileira, sob o prisma processual" que "Não podemos deixar escapar as situações tão modernas quando os interesses aos quais queremos desejar tutela jurisdicional são interesses comuns a grupo, melhor, a uma coleti-

vidade. Tais interesses, podemos dizer, nem sempre se apoiam sobre base bem exata ou bem definida para todos os integrantes da apontada coletividade; pode, até mesmo, faltar ou se apresentar muito diluído, acontecendo assim cada vez que nos afastamos de uma tutela em função desta acima referida coletividade para nos prendermos a situações fáticas, alcançando "consumidores", subordinados ou condicionados a este ou àquele empreendimento público ou mesmo privado a ponto de se dizerem difusos. Estamos frente a um direito subjetivo público."

A nossa Constituição mesma foge, digamos assim, tanto à vontade privada quanto à lei o que nos faz indagar: "como será determinado o interesse" quando a resposta será, obrigatoriamente: "pelo prejuízo causado".

Nestas situações todas temos de considerar ser o interesse difuso:

- 1º) uma posição subjetiva intermédia entre o direito subjetivo e o interesse legítimo; e
- 2º) pressupor um procedimento desvinculado do modelo individualista. O moderno processo civil coloca-se sob esse segundo enfoque e, podemos dizer, generalizado, sempre que nos deparamos com interesse coletivo, ou, especificamente, difuso. Acreditamos ser possível estender-se a todos os demais interesses de ordem individual tomados isoladamente ou em conjunto.

Direito alternativo, solução processual?

Em voga, entre nós, este chamado direito alternativo. Será ele válido?

Tomemos uma situação qualquer. Excelente exemplificação há de ser encontrada nesse chamado direito alternativo. Nos termos em que é posto será ele válido? Conforme indagamos? Poderá ser encaixado como

revolucionário? Ou será um sucedâneo do direito dogmatizado? Por tudo isto não serão demais algumas considerações a propósito.

Forçando um pouco, e referentemente a este chamado direito alternativo tão em voga, escrevemos acima, entre nós, poderíamos ver como verdadeiras as palavras de Cláudio Souto em *"Direito alternativo em busca de sua teoria sociológica"*; *"Direito é gênero, Direito Alternativo é espécie do Direito, por assim dizer sua espécie contestante, aquela que se opõe à legislação do Estado"*. Todavia, conforme ainda Cláudio Souto, seguidamente: *"Mas o Direito Alternativo tal como se tem apresentado usualmente até agora, possui uma referência grupal. Sua justiça é assim considerada por um grupo social desfavorecido. Seu critério é desse modo, quantitativo, de natureza grupal-majoritária. Desvia da legislação esta estatal em nome de uma justiça que se define por uma maioria grupal."*

Acolhendo esses posicionamentos [colhidos no meio de uma infinidade de trabalhos a propósito deste direito alternativo] indagamos se são eles suficientes para colocar o processo gerado pelo mesmo direito alternativo naquele apontado *"teatro de sombras e de aparências"* a que se refere Marie-Anne Frison-Roche.

Por outro lado, mister não se confundir ou identificar o *"jurídico"* com o *"sociológico"*. Necessário, igualmente, cuidar de sombras e muitas aparências que pairam sobre o direito pátrio trazendo em seu bojo entendimentos marxistas, fascistas ou de alguma nova ordem tal como a anárquica.

Qualquer reforma ou alteração ao Código de Processo Civil deve atender a um destes posicionamentos desenvolvidos (ou vontade das partes, ou lei, ou este processo que é *"uma espécie de teatro de sombras e de aparências"*).

Excluídos por contingência histórica, os dois primeiros [o processo desenvolvido pela vontade das partes e o processo desenvolvido em termos de interpretação legal], resta-nos um processo novo, eminentemente social e existindo enquadrado aos padrões da legalidade e do interesses das partes.

Excelente exemplo, dissemos acima, seria encontrado nesse direito alternativo porque se encaixaria bem, muito bem mesmo, nessa visualização. É quando comecem as dúvidas e os confrontos. Direito e sociologia misturam-se? Evidentemente que não.

De pronto sente-se a necessidade de se retirar qualquer eiva de sociologismo o que não significa negar a sociologia do Direito ou Jurídica.

Tornando ao que interessa podemos dizer que importa, em primeiro lugar, a determinação não só da sua legalidade como, de igual forma, da sua validade socialmente considerada. Insistindo mais uma vez: sem qualquer eiva, dissemos acima, de sociologismo

Satisfeita ou alcançada alguma decisão calcada no chamado direito alternativo, surgirá sobre ela a necessidade de proclamação de uma nova decisão calcada neste mesmo direito alternativo? Por exemplo, baseado em termos constitucionais de direito de moradia e havendo 300 famílias sem teto, apenas 100 famílias ocupariam os 100 apartamentos desocupados. Sendo tais apartamentos, na exemplificação, de *divisão cômoda*, é de se indagar, como atender as restantes 200 famílias não favorecidas na primeira decisão?

Não se pode negar serem as pretensões alternativas inegotáveis e os seus pretendentes(?) também.

Parece-nos que o funcionamento do direito alternativo será tal o de um parafuso-sem-fim.

Em termos de direito tal é impossível. Em termos de sociologia, mesmo a jurídica, sim, é possível. As

pretensões e as soluções jurídicas e processuais não podem ser, absolutamente, inesgotáveis porque exige uma *solução* a que não se pode furtar. Contudo não nos é possível distanciar das realidades, tanto a social quanto a processual.

Note-se que as garantias de desenvolvimento processual não estão mais como "desejáveis", sim como "possíveis". Como decorrência disto teremos que as normas processuais como que se identificam com as "garantias fundamentais".

Ademais teremos o juiz apreciando como que num mesmo plano tanto o fato como o direito. Calcando-se na verdade deste fato e na sua adequação ao direito. Nesta lógica de descoberta da verdade o processo se consubstancia, iguala-se às garantias fundamentais e, por causa disto, permite-se ao juiz decidir tanto sobre o fato quanto sobre o direito, tudo conforme lembramos acima. A falta de "moradia", por exemplo, é *fato* palpável, indiscutível. Há mesmo um direito à "moradia" arrolado entre os direitos deferidos à pessoa humana tanto na nossa Constituição quanto na Carta das Nações Unidas. Paralelamente há o *direito* de propriedade, direito constitucional indiscutível apesar de pesar sob seu entendimento o grave problema da sua finalidade social. Funcionaria o direito alternativo?

O importante é não se ver neste chamado direito alternativo uma força *revolucionária*, distante dos padrões jurídicos. Conforme dissemos acima "as pretensões alternativas são inesgotáveis e os seus pretendentes também".

Reforma? Alterações? – Reflexos

Se uma nova formulação processual é imprescindível sempre que surgem os interesses *difusos* e seguindo padrões que podemos dizer "alternativos", torna-se impossível deixar de reconhecer em uma boa parte dos

relacionamentos jurídicos entre os homens, os padrões ditos tradicionais ou em torno da vontade das partes ou da predominância da lei dada. Muitos irão atrás de elementos outros que pouco importam, no momento. Passemos a exemplo partindo do elemento *tempo* e referente à antecipação da tutela.

Argumento ponderável, talvez mesmo posto como definitivo, está nesse *tempo*. Mas longe de ser definitivo.

A propósito desta problemática escreve Luiz Guilherme Marinoni em *Efetividade do processo e tutela antecipatória* que "A problemática da tutela antecipatória requer seja posto em evidência o eixo central: o tempo. Se o tempo é a dimensão fundamental na vida humana, no processo ele desempenha idêntico papel, pois processo também é vida". Não há como negar a verdade contida nessa assertiva.

Há de se ter em conta a correlação existente entre esta tutela antecipatória posta no "caput" do artigo 273 e o § 3º deste mesmo artigo, na redação inovada.

Partindo-se da idéia "*tempo*" será plausível o preceituado no § 3º do artigo 273 na redação inovada? Normal que não seja contestada a afirmação. Ninguém de bom senso o fá-lo-ia. Mas, se atentamos para o art. 273 na sua nova versão somos levados à sua não aceitação.

Por que não ser utilizado o seqüestro? Deixado ao largo, utilizou-se o legislador de razões próprias ao processo cautelar. Isto nos parece, além de perigoso, anticientífico.

O texto do art. 273 é o seguinte: "*O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:*

I ---

II ---

§ 3º. *A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.*"

Ao nosso ver a falta de efetividade estará caracterizada sempre que as decisões da justiça tornam-se inócuas, indiferentes à finalidade do processo mesmo. Possíveis falhas procedimentais, teoricamente postas ou quando praticamente aplicadas não viciam o processo. O que resta é correção pouco importando mesmo que seja violenta.

Como foi posto o problema a impressão que se tem é de se considerar, tão somente, a pretensão do autor tomando-se a incerteza (caracterizante do processo de conhecimento) absolutamente dispensável. Frente a esta impressão será que o *tempo* irá prevalecer? Ou avançando um pouco mais: será bastante a alegação "*tempo*" como o faz Luiz Guilherme Marinoni?

Indo adiante nos deparamos com o § 3º propiciando mesmo com a falta de uma sentença, uma presunção de certeza (mesmo havendo o seqüestro que se torna inoperante). De nenhuma maneira vemos como viável ou plausível a equiparação de uma "execução de tutela antecipada" com a "execução provisória".

Uma boa montagem jurídica de pseudo direito, defesa um tanto quanto deficiente e...pronto. Concedida a tutela antecipatória cairá (apesar de embargos...) no rol dos processos esquecidos; de maneira pior que se fosse simples conhecimento. Em resumo, teremos aí o interesse privado utilizando armas que seriam próprias ao interesse difuso e criando situações da maior gravidade.

Apresentados estes enfoques e indo adiante, procuramos apreciar as novas tendências do, podemos assim dizer, novo processo. No processo de execução. Quais as premissas orientadoras desse processo de execução?

A uma primeira vista pode parecer "confundir-se" com o processo de conhecimento ou, no mínimo, ser reflexo seu. Mas isto não ocorre e, sendo assim, não serão

demais algumas considerações sobre este processo. Em termos gerais e respeitando as suas posições. Não se identifique, portanto, "confundir-se" com "sofrer influência".

Passemos a um exemplo.

Podemos lembrar a propósito desta possível estratégia contenciosa a execução dita específica; referente às obrigações de fazer e de não fazer.

Interessante observar a posição favorável ao "credor" na alteração encontrada no artigo 645. Enormemente favorável ao credor porque partindo de título executivo extrajudicial, o juiz "*ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data da qual ela será devida*". Aí existe uma espécie de tutela antecipada ou alguma liminar satisfativa ou coisa que o valha. Fácil a montagem de "*estratégia contenciosa*" conforme já destacamos.

Na versão primitiva de Código de Processo Civil de 1973 era esta execução possível, mas, sabemos todos, sempre a partir de título executivo judicial.

Sabido que nas disposições sobre execução forçada de obrigações de *fazer* e de *não fazer* destacam-se norma material e norma instrumental que se confundem, identificam-se vencendo e superando, tecnicamente, qualquer resistência do obrigado a contratar. Tudo mediante uma *representação legal* de que se investe o juiz. Já se disse haver aí *uma típica norma de seguridade jurídica* surgindo sob a forma de coação preventivamente assegurada.

A matéria não é nova e Fernando Laneri tratou do assunto em trabalho intitulado "*Ejecución de la celebración del contrato prometido, ante la legislación Chilena*". São palavras suas explicando o fenômeno: "Com efeito, é um caso em que o juiz, resguardando os *interesses do credor* demandante, e sobretudo reafirmando

a velha fórmula *pacta sunt servanda*, assume legalmente a *representação* do devedor recalcitrante em sua posição de moroso, e *presta por ele*, validamente, seu *consentimento*". Interessante observar que não existe aí somente uma maneira *de forçar a cumprir*. Há bem mais porque existe um *forçar a consentir*. Então, contenta-se a lei relativamente a documento particular, em conferir validade ao contrato podendo produzir efeitos entre os quais se enquadra o "*direito à execução forçada*".

Usando palavras de Fernando Laneri, "*Com tal consentimento, forma-se tecnicamente o contrato prometido, sem que possa promover-se a este respeito qualquer dúvida ou controvérsia*".

Não podemos deixar de partir destas premissas de ordem material para a determinação do seu conteúdo instrumental ou processual.

Em sendo assim, consideremos inovação recente.

No art. 645 temos preceituado que "*Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual ela será devida*".

A importância conferida ao título extrajudicial, parece-nos, nas suas mais simples conseqüências será determinadora de, digamos assim, evidente fonte de abusos o que é absolutamente inadmissível.

Há evidente apressamento nesta alteração em se tratando de título extrajudicial.

Contudo, o problema pode complicar-se. Consideremos o problema posto em termos de uma promessa de compra e venda. Exemplificando, poder-se-ia proceder a execução específica quando a forma do contrato particular não corresponde àquela exigida no contrato principal?

Para simplificar as nossas considerações podemos lembrar haver falta de unanimidade para a solução do

problema e referida falta de unanimidade implica numa demonstração de impropriedade da alteração. Por quê? Porque implica na aceitação de princípio absurdo em qualquer que seja a controvérsia: a verdade discutível e incerta, apenas, com uma das partes.

Quando tratamos do artigo 644 [que trata desta execução gerada por *título judicial*] escrevíamos que "*A coação ao cumprimento da obrigação defendida por von Thur há de ser utilizada com bastante prudência e cautela*" a que acrescentávamos: "*Por isso, mais uma vez, preferimos a manifestação da parte credora de maneira 'pessoal'*". O que dizer do título extrajudicial? Tanto a satisfação da obrigação quanto a multa seriam determinadas por pretensão unilateral. A flexibilidade deferida ao juiz não nos parece suficiente.

Vejamos como o problema está posto, exemplificando, em Portugal. Galvão Telles, citado por Vasco Xavier em estudo sobre a matéria e frente ao Código Civil Português de 1966, assume posição pela qual "*A lei, ainda quando o contrato prometido deva revestir forma autêntica, contenta-se com documento particular para que o contrato-promessa seja válido e produza os seus efeitos, e entre nós está o direito à execução específica*".

Note-se que se assume tal posicionamento apesar de encontrar consagrado no art. 410 do Código Civil luso que:

- 1º) *o princípio de que o contrato promessa não está sujeito à forma do contrato prometido e*
- 2º) *quando para o último contrato se exija documento autêntico, bastará para a validade do primeiro o simples documento particular.*

Este exemplo bem indica as dificuldades enfrentadas no tratamento da matéria.

Passemos a um outro exemplo. O mesmo podemos dizer a propósito da execução para entrega de coisa certa.

Em "Efetividade do processo de execução", Moniz de Aragão depois de lembrar ensinamento de Calamandrei oferecido em *El Procedimiento Monitorio* e para quem "A cognição constitui premissa necessária da execução somente quando indispensável à obtenção do título executivo" escreve tratando do Código Vigente (anteriormente às alterações feitas): "O Código seguiu em parte essa lição, ao permitir a execução forçada das obrigações de pagamento, nos casos que menciona, bem como para a entrega de coisa fungível". Parece-nos que a cognição indicada aplica-se, tão-somente, ao procedimento monitorio por ser indispensável, aí, título executivo. Parece-nos não se aplicar a outros casos o que, tudo indica, ser pensamento do professor paranaense. Escreve ele: "Pois bem, contribuiria para a efetividade do processo como instrumento da realização do Direito assim agir também com outras obrigações, como as de dar e de fazer, desde que amparadas em instrumento hábil. Desse modo, sempre que os interessados tiverem formado o título bem poderia a lei permitir-lhes acesso direto ao processo de execução, com a contrapartida da ampla defesa assegurada nos embargos previstos para a execução de títulos extrajudiciais".

Mas como formar o título fora da sentença? A seguir a linha de formação de título executivo extrajudicial, onde o conteúdo de direito material lhe confere exigibilidade?

Em resumo, o entendimento do que seja instrumento hábil, a estender-se a outras obrigações tendo, paralelamente, o direito de defesa sob a forma de "embargos previstos para a execução de títulos extrajudiciais", tudo isto põe em cheque a efetividade" defendida pelo mestre paranaense. Que se discuta o (os) problema (as) em campo teórico-doutrinário...

Quanto a coisa fungível. Pela nova redação, o art. 621 preceitua que

"O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo, será citado para, dentro de dez dias, satisfazer a obrigação ou, seguro o juízo, apresentar embargos".

Em se tratando de coisa "fungível" temos que a sua própria natureza repele este dispositivo porque a fungibilidade da coisa determina, de maneira absoluta, a inexistência de direito sobre coisa, digamos, determinada. Paralelamente possibilita ao credor em ir adiante para alcançar o seu crédito.

Esta indagação foi feita por nós mesmo ao anotar o art. 621 na sua nova versão. "Mas, a coisa extraviou-se, ou se perdeu, ou foi roubada?" Situações que se encontram além da fungibilidade.

Quando esta nova fórmula substituiu a anterior que não era, também perfeita, o fez para pior. Antes tínhamos:

"Art. 621. Quem for condenado a entregar coisa certa será citado para, dentro de (10) dez dias, satisfazer o julgado ou, seguro o juízo (art. 737, II.), apresentar embargos."

Discordando desta orientação, mesmo se atentasse à orientação seguida por Moniz de Aragão no sentido de que "A unificação da execução contribui sem dúvida para a realização do Direito e para a efetividade do processo, até porque os embargos podem ser rapidamente julgados, ou mesmo rejeitados de plano". Na verdade, as formas de execução específica como as até aqui indicadas além da execução contra a fazenda pública, de prestação de alimentos por atos ilícitos, ou de prestação alimentícia... impedem uma esquematização comum. Acreditamos que a efetividade do processo, em termos de executoriedade, não permite tal pretensão.

Acreditamos que a lei instrumental não possui o cadinho, mesmo que se permita possível unificação do processo como apontada por Moniz de Aragão, de conferir eficácia executiva ao título nas maneiras indicadas.

Nem nos parece convincente transferir a discussão a ser efetuada em processo de conhecimento para outro campo, no caso, o executório com perigosíssimo perigo de se institucionalizar um novo processo; o de embargos.

Vamos insistir um pouco mais quanto ao processo de execução frente às alterações apresentadas. Importante destacar que a linha moderna pendendo mais em favor de *devedor* abre vez, quer dizer, cede lugar ao *credor* conforme vimos referentemente à execução específica, nas situações apresentadas esbarra com a efetividade do processo nos nossos dias quando não importa muito situações pessoais, sim situações de pessoas postas no meio social onde vive. Obviamente com erros crassos... e gerando situações curiosas. Por exemplo, há decisões que justificam e explicam o não pagamento de mensalidade escolar sob alegação de que não se deve constranger o menor cujo pai ou responsável foge de importante obrigação social assumida com a paternidade: educação, ferindo todos os preceitos da ética e da moralidade obrigacional. Invertem-se os papéis relativamente aos contratantes e de maneira favorável ao *devedor* que não pode perder nada...nem ver ameaçados os seus interesses e o seu patrimônio...Sente-se a falta de coerência relativamente aos princípios que informam o processo de execução. Igualmente quando consideramos o aumento, sempre maior, de bens tomados "impenhoráveis".

O novo processo de execução não mais aprecia com rigidez as suas conseqüências. Facilmente se constata a validade deste comportamento se consideramos a evolução da execução romana para chegarmos aos nossos dias quando os arrestos pessoais (civis) (na Itália, o último ocorreu em 1930 conforme lembra Luigi Ferrara) e condenações nas custas geraram "prisão", por exemplo, do *devedor* tal como preceituavam as Ordenações Filipinas, entre nós.

O nosso código de 1973, agora e, possivelmente, sob influência das novas linhas das obrigações civis pesava de maneira violenta sobre o "*devedor*" mas em termos processuais. De fato, basta considerarmos aspectos da execução específica das obrigações de fazer e de não fazer, por exemplo bem como considerar o posicionamento favorável conferido pela nova lei ainda ao "*credor*" em detrimento do "*devedor*" fugindo, contudo à linha estritamente instrumental. Por outro lado, em algumas situações conforme se deduz facilmente, surge o inverso... Parece-nos faltar um pouco de harmonia científica.

Considerando estas situações com um pouco mais de atenção o que temos? O problema sendo posto de maneira apriorística; percebendo-se haver o novo legislador seguido a linha de uma dejudicialização do processo de execução o que nos conduz a reconsiderar questões referentes ao binômio *credor/devedor*.

Interessante estudo é feito por Benoît Nicod em "*La réforme des procédures civiles d'exécution - un an d'application*" quando aprecia o problema no direito francês tendo em conta a lei nº 91-650 de 09 de julho de 1991. Afirma ele estar a referida reforma, incontestavelmente, a serviço do *credor* que vê concretizar o artigo 2092 do Código Civil.

Tomemos para exemplificação da referida afirmação a lei Francesa de 9/7/91 ao preceituar no seu artigo 1º que "*Todo credor pode, atendendo as condições previstas pela lei constranger seu devedor faltoso a cumprir suas obrigações...*".

Possivelmente, melhor dito, certamente poderemos falar em alterações ou novos princípios que informam o processo de execução.

Atente-se, a rigor, que em linha mais moderna devemos ter presente que os atos desenvolvidos no processo de execução estão postos, podemos dizer que

nestes mesmos termos. Certamente que sim, mas condicionando a problemática executória a algumas determinadas condições previstas pela lei. Tal como o acentuamos antes.

Se nos limitamos à anterior forma do processo de execução brasileiro temos a prevalecer a importância e a força quase absoluta do credor. Tudo porque, se assim não fora, seria vã toda preceituação e conseqüente atividade jurídica.

Adaptando-nos à linha moderna da processualística teremos que, além de mantermos uma linha de "sistema", atentarmos aos diversos ramos do direito que se entrelaçam como, por exemplo, no campo civil, o direito sobre o regime matrimonial, o direito das sociedades ao lado do direito administrativo e o próprio direito internacional (atente-se para, no Velho Mundo a Comunidade Européia; entre nós o Mercado Comum [do Cone Sul]).

Aí, um novo capítulo a ser aberto.

O VALOR DA JUSTIÇA

José Janguê Bezerra Diniz

Procurador do Trabalho do Ministério Público da União (ex-Juiz do TRT 8ª Região). Pós-Graduado - Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE. Professor da Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE e da ESMAPE (licenciado). Especialista em Direito do Trabalho - Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Doutorando em Direito Público - UFPE. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito - IBED. Membro do Bureau Jurídico - Desenvolvimento Profissional.

Introdução

A presente exposição não tem a pretensão de inovar, ou trazer e criar conceito alternativo de justiça, mas a de expor criticamente as nuances do tema proposto, nuances estas que, por si só, abarcam a filosofia da ética e do direito de mais de dois mil anos de história.

Tratamos aqui de uma interpenetração do conceito de justiça associada a perspectiva da Teoria dos Valores, onde se emaranham as palavras e idéias de diversos mestres da civilização ocidental em busca do verdadeiro sentido¹ desta conexão.

Ao dividirmos a obra em três partes pretendemos, nas duas primeiras, traçar um conceito de cada elemento com o qual lidaremos neste trabalho, portanto serão mo-

1 A problemática que nos traz esta palavra é imensa. ULMANN em sua obra traz como definição apriorística a seguinte: "O 'sentido' expresso em termos gerais, sem nos fecharmos em nenhuma doutrina psicológica particular, é a 'informação que o nome comunica ao ouvinte'..." in ULMANN, S.: *Uma introdução à ciência do Significado*, trad. J.A. Osório Mateus, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987, p.119, o mesmo autor nos informa, na p.7 da sua obra, que em *Crédito* de PLATÃO já se percebia a existência de duas escolas rivais: a naturalista, que acreditava existir relação ontológica entre o som e o significado, e a convencionalista, que pregava a mera arbitrariedade entre aqueles dois elementos.

mentos de exposição associada a algumas reflexões específicas de cada tema. A seguir, tentamos dar uma conexão desses dois elementos delineados, revelando a complexidade do tema e suas perspectivas.

Reiterando a proposta inicial, trata-se de uma exposição temática, sem pretensões, pedimos vênias, pois, pela própria proposta do trabalho, torna-se impossível abarcar todos os grandes pensadores da história da filosofia....

Parte I – O valor

1. A equivocidade inerente ao termo “valor”

Ao adentrarmos nesta aventura de traçar os limites do conceito de valor, devemos antes de mais nada, salientarmos a equivocidade latente de tal termo.

Equivocidade que, muito mais do que impedir um estudo cabal acerca de tal objeto, prejudicou a constituição das próprias ciências que têm como objeto o valor (por ser ele um fenômeno humano), essa crítica assim é explicitada por HABERMAS:

“...o termo ‘neutralidade perante valores’ e seu postulado implícito extrapolam o âmbito clássico do universo da construção teórica. A separação entre valor e fato pressupõe a afirmação de um dever-ser-abstrato ante o puro ser. Isso se deve a uma ruptura nominalística por intermédio da crítica secular ao conceito de existência. O termo ‘valor’ vulgarizado pelo neokantismo, postulando a exigência de neutralidade da ciência, nega o conceito clássico de teoria.”²

2 HABERMAS, J.: *Conhecimento e interesse*, Textos escolhidos/ Max Walter Benjamin; HORKHEIMER, T.W.; ADORNO; HABERMAS, J., trad. José Luis Grünnewald... [et al.], São Paulo: Abril Cultural, 1980, p.303. E mais: “Se todos as pessoas, inclusive os antropólogos, vêm o mundo por uma teia dos seus valores, preconceitos e pontos de vista individuais, qual é, então, a possibilidade de uma ciência social livre de valores?”, in KARPLAN, D.; MANNERS, R.A.: *Teoria da Cultura*, trad. Zilda Kacelnik, rev. técnica Gilberto Velho, Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p.47.

Esse problema relativo à equivocidade do termo “valor” é intrínseco ao próprio em virtude da sua utilização em diversos ramos do conhecimento humano, pela própria percepção de que nestes existe algo daquele termo³.

2. A problemática e a evolução do conceito de valor na Economia Política

O pensamento do economista político do século XVIII e XIX sempre passou pela questão da origem do valor das mercadorias. O emprego do termo valor, sob novas óticas, novas perspectivas, na Economia Política foi salientado por JOHANNES HESSEN, nas seguintes palavras:

“...a palavra ‘valor’ era largamente aplicada em economia política. Esta usava constantemente expressões como: valor de troca, valor de uso, mais-valor e muitas outras ainda. E é igualmente evidente que este facto não derivou de concorrer para que o uso da palavra se generalizasse.”⁴

E explorando esta equivocidade do termo daremos pinceladas no conceito e evolução do termo na esfera da Economia Política, vislumbrando sua evolução, buscando os elementos em comum com as outras perspectivas para “valor”.

2.a ADAM SMITH assim trata da conceituação e classificação do termo: “Importa observar que a palavra VALOR tem dois significados: às vezes designa a utilidade de um determinado objeto, e outras vezes o poder de compra que o referido objeto possui, em relação a

3 “O homem não pode viver no meio de objetos sem ter uma idéia deles que lhe permita regular a sua conduta...”, p.97 in DURKHEIM, E.: *As regras do método sociológico*, in Obras escolhidas, sel. José Arthur Giannotti, trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura... [et al.], São Paulo: Abril Cultural, 1983.

4 HESSEN, J.: *Filosofia dos valores*, trad. E prefácio prof. L. Cabral de Moncada, Coimbra: Arménio Amado, 1980, p.28.

outras mercadorias. O primeiro pode chamar-se 'valor de uso', e o segundo 'valor de troca'⁵ e cria ele uma relação entre valor de uso e de troca afirmando que são medidas inversamente proporcionais, isto é, quanto maior o valor de uso menor o valor de troca naquele determinado objeto, sendo o contrário igualmente válido.

2.b THOMAS ROBERT MALTHUS ao criticar a singela classificação acima exposta apresenta novos elementos:

"Evidentemente, o direito de formular definições deve estar condicionada por sua pertinência e por seu uso à ciência à qual se aplicam (...).

Não pode haver nenhuma dúvida sobre a pertinência e utilidade de uma distinção entre a capacidade que tem uma mercadoria de adquirir metais preciosos e sua capacidade de adquirir os bens de primeira necessidade e de conforto, inclusive o trabalho. Essa é uma distinção absolutamente indispensável sempre que comparamos a riqueza de duas nações, ou sempre que estimamos o valor dos metais preciosos em diferentes países e em diferentes períodos. E até que seja comprovado que outra interpretação do termo valor real de troca é mais adequada ao sentido em que as palavras são em geral usadas, ou é decididamente mais útil numa pesquisa sobre a natureza e as causas da riqueza das nações, continuarei pensando que a definição apropriada do valor real de troca, em contraposição ao valor nominal de troca, é a capacidade de adquirir os bens de primeira necessidade e de conforto, inclusive o trabalho, para distinguir da capacidade de adquirir metais preciosos.

5 SMITH, A.: *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*, v.I, introd. E. Cannan, apes. W.Fritsch, trad. Luís João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p.61.

Há, então, três tipos de valor: 1) valor de uso, ou a utilidade de um objeto; 2) valor nominal de troca, ou o valor em dinheiro; 3) valor real de troca, ou o valor em bens de primeira necessidade e de conforto e em trabalho. (...)"⁶ (grifos nossos).

2.c O renomado DAVID RICARDO, que influenciou o próprio MARX, traça críticas severas a esta conceituação dada pelo autor supracitado, transformando o próprio modo de incorporação do valor a uma mercadoria, nas suas palavras:

"O valor real de uma mercadoria é, creio eu, o mesmo que seu custo de produção, e o custo relativo de produção de duas mercadorias é aproximadamente proporcional à quantidade de trabalho nelas empregada. (...) Temos a capacidade de fazer isso [de comparar a riqueza de duas nações temporalmente] verificando a capacidade do dinheiro adquirir trabalho, em qualquer período para o qual desejamos fazer a comparação.

Para este propósito, não é necessário constituir os bens de primeira necessidade e de conforto ou de trabalho, em medida de valor real."⁷

O mesmo autor na sua obra "Princípios de Economia Política e Tributação", terminada em 1817, fala-nos de valor nas seguintes palavras:

"Ao referir-me, porém, ao trabalho como fundamento de todo o valor e da quantidade relativa de trabalho como determinante quase exclusivo do valor relativo das mercadorias, não se deve supor que negligencio as diferentes qualidades de trabalho nem a dificuldade de

6 MALTHUS, T.R.: *Princípios de economia política: e considerações sobre sua aplicação prática; Ensaio sobre a população*, notas aos princípios... DAVID RICARDO, apes. E. Galvêas, trad. Regis de Castro Andrade, Dinah de Abreu Azevedo e Antonio Alves Cury, São Paulo: Abril Cultural, 1983, pp.24-26.

7 RICARDO, D. in MALTHUS, *op.cit.*, pp.25-26.

comparar uma hora ou um dia de trabalho numa atividade, com a mesma duração do trabalho em outra.⁸

2.d Passo importantíssimo dado por RICARDO ao demonstrar que quem cria o valor é a atividade humana, perspectiva esta que influenciou o próprio "O Capital", obra de difícil finalização, de KARL MARX:

"Digamos, como valores, as mercadorias são meras gelatinas de trabalho humano, então a nossa análise reduz as mesmas à abstração de valor, sem dar-lhes, porém, qualquer forma de valor diferente de suas formas naturais. A coisa é diferente na relação de valor de uma mercadoria à outra. Seu caráter de valor revela-se aqui por meio de sua própria relação à outra mercadoria."⁹

Chegamos no momento histórico em que Economia Política vislumbrou que o valor dado às mercadorias não mais se referia às características ontológicas de um objeto, mas ao *quantum* de trabalho humano cristalizado naquele bem. Não mais dependia apenas de si o objeto para se autodeterminar valiosa, mas da relação de produção e de troca, baseada sempre na relação com o trabalho socialmente necessário para lhe edificar, isto é, o valor se tornou algo intrinsecamente ligado ao momento histórico humano.

Ligado porque as próprias forças produtivas condicionantes do *quantum* de trabalho socialmente necessário para se edificar uma mercadoria são condicionadas à evolução técnica dos meios de produção e a utilidade dada pelo contexto social à determinada mercadoria.

Por exemplo, o valor atribuído a uma mercadoria (a um bem que é criado para ser trocado por outros bens) denominada Coca-Cola está vinculado à quantidade de

8 RICARDO, D.: *Princípios de Economia política e tributação*, introd. Piero Staffa, apes. Paulo Singer, trad. Paulo Henrique Ribeiro Sandroni, São Paulo: Abril Cultural, 1982, p.48.

9 MARX, K.: *O capital*, v.I, apes. J. Goreneder, coord. e revis. Paul Singer, trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe, São Paulo: Abril Cultural, 1983, p.56.

trabalho socialmente necessário para se confeccionar tal bebida – à produzi-lo mecânicamente como atualmente é feito – sendo o preço de uma garrafa de 290ml ínfimo. Entretanto, se o autor deste pequeno ensaio conseguisse a fórmula do xarope de tal substância e resolvesse produzir Coca-Cola por conta própria, artesanalmente, o valor social do produto seria o mesmo (ninguém iria comprar Coca-Cola mais caro porque foi feita pelo presente autor), entretanto o trabalho gasto pelo infeliz autor seria proporcionalmente mais amplo, não podendo este novo dono da fórmula mais valiosa do mundo (valiosa pela quantidade de trabalho gasto para guardá-la e pela necessidade que a humanidade tem de beber, sempre, Coca-Cola) competir com a *The Coca-Cola Company*, logo, venderia, o autor, tal fórmula a outra grande companhia produtora de refrigerantes, no caso, à Pepsi¹⁰.

3. Breve quadro da evolução da Teoria do Valor

3.a O primeiro grande pensador a refletir a cerca da questão da Teoria dos Valores foi SÓCRATES¹¹, segundo HESSEN, "podia-se resumir-se todo o seu ingente esforço

10 MARX denominou isto de forma relativa de valor, v. MARX, op.cit., p.55ss. V. também HUBERMAN, L.: *História da Riqueza do Homem*, trad. Waltensir Dutra, Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 1986, p.172.

11 Dividiremos esta nota em duas partes: a) A civilização ocidental foi construída sobre uma base chamada SÓCRATES, através da "consciência racional de si mesmo, para organizar racionalmente a própria vida...virtude é inteligência, razão, ciência, não sentimento...". in PADÓVANI, U.; CASTAGNOLA, L.: *História da Filosofia*, São Paulo: Melhoramentos, 1995, p.113., ora, estas são as bases da construção científica, a obsessão do homem burguês ocidental. Crítica NIETZSCHE: "...SÓCRATES, o herói dialético do drama platônico, lembra-nos, por afinidade de natureza, o herói eurípidiano, que tem de defender suas ações com argumentos e contra-argumentos e por isso tantas vezes corre o perigo de perder nossa compaixão trágica; pois quem seria capaz de desconhecer o elemento otimista na essência da dialética, que em cada conclusão comemora seu jubileu e somente em fria clareza e consciência pode respirar; o elemento otimista que, uma vez inoculado na tragédia, há de infeccionar pouco a pouco suas regiões dionisíacas e levá-la necessariamente à autodestruição – até o salto mortal no espetáculo burguês. Basta ter em mente as consequências das proposições socráticas: 'Virtude é saber; só se peca por ignorância; o virtuoso é o feliz.'" ["A partir de SÓCRATES, há uma identificação do conhecimento com a virtude", in CASTRO JR, T. S.: *O direito natural aristotélico como*

intelectual nesta matéria na seguinte fórmula: combate ao relativismo e subjectivismo dos Sofistas¹³; luta pela objectividade e absoluteidade dos valores éticos.¹⁴

DURANT nos ensina que SÓCRATES não pretendia apenas construir uma nova moral, mas fazer com que o homem culto, o "amigo da sabedoria" construísse uma moral baseada na razão, descobrindo "aquilo que é do seu verdadeiro interesse". Transformando então o convívio social num meio vivificador que dificilmente seria destruído pelas constantes tormentas políticas que assolavam a *pólis* grega¹⁵.

"lópos" legitimador, dissertação final. Recife: Mestrado UFPE, 1995, p.60] o gênio alemão nos fala e alude a uma moral pré-socrática deveras diversa do racionalismo pregado pelo filósofo, que imiscuiu dentro da própria arte o seu espírito, destruindo-a e transformando-a: o maldito culto ao saber: "Com ela o socratismo condena tanto a arte vigente quanto a ética vigente: para onde se dirige seu olhar inquisidor, lá ele vê a falta de entendimento e a força da ilusão, e conclui dessa falta que o que existe é intrinsecamente pervertido e repudiável. A partir desse único ponto acreditava SÓCRATES ter de corrigir a existência: ele, sozinho, trazendo no rosto a expressão do desdém e da altivez, faz sua agurção, como o precursor de uma cultura, arte e moral de espécie totalmente outra, em um mundo que para nós, haveria de ser a maior das felicidades simplesmente vislumbrar, com respeito e terror.", in NIETZSCHE, F.: *O nascimento da tragédia no espírito da música*, in Obras incompletas, seleção de textos de Gerárd Lebrun, trad. E notas de Rubens Rodrigues Torres Filho, São Paulo: Abril Cultural, 1987, pp.12-13. A morte de SÓCRATES pela cicuta é o momento da concepção de um novo mundo: a civilização da razão; b) XENOFONTE afirma que "la justicia y toda otra virtud es prudencia", provavelmente, segundo PABON e GALIANO, foi esta a verdadeira opinião do SÓCRATES histórico, ao contrário do seu discípulo que elegia a justiça como valor máximo (voltaremos a este tema, com mais profundidade, mais adiante, quando tratarmos de PLATÃO), v. PLATON: *La República*, t. II, edição bilingue, trad e notas, José Manuel Padon e Manuel Fernandez Galiano, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949, p.88.

13 "Em coerência com o ceticismo teórico, destruidor da ciência, a sofística sustenta o relativismo prático, destruidor da moral. Como é verdadeiro o que parece tal ao sentido, assim é bem o que satisfaz ao sentimento, ao impulso, à paixão de cada um em cada momento. Ao sensualismo, ao empirismo gnosiológico correspondem o hedonismo e o utilitarismo ético: o único bem é o prazer, a única regra de conduta é o interesse particular.", in PADOVANI e CASTAGNOLA, op.cit., p.109.

14 HESSEN, op.cit., p.24-25.

15 DURANT, W.: *História da Filosofia: vida e idéias dos grandes filósofos*, v.I, trad. Godofredo Rangel e Monteiro Lobato, São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1938, p.29-30 e "Como SÓCRATES é o fundador da ciência em geral, mediante a doutrina do conceito, assim é o fundador, em particular, da ciência moral, mediante a doutrina de que eticidade significa racionalidade, ação racional.", in PADOVANI, op.cit., p.113.

3.b PLATÃO enveredou-se por outro caminho para construir sua concepção dos valores, o rumo da Metafísica através da Teoria das Idéias, fala-nos HESSEN:

"As Idéias de PLATÃO foram essencialmente idéias de valores. A atentar isto, bastaria já citar o facto de o seu mundo das idéias culminar precisamente na idéia de Bem, do valor ético e estético máximo."¹⁶

Fala-nos PLATÃO:

"...*así como el valor y la prudencia, residiendo en una parte de la ciudad, la hacen a toda ella el uno valerosa y la otra prudente, la templanza no obra igual, sino que se extiende por la ciudad entera, logrando que canten lo mismo y en perfecto unísono los más débiles, los más fuertes y los de en medio, ya los clasifique por su inteligencia, ya por su fuerza, ya por su número o riqueza o por cualquier otro semejante respecto, de suerte que podríamos con razón afirmar que es templanza esta concordia, esta armonía entre lo que es inferior y lo que es superior por naturaleza, sobre cuál de esos dos elementos debe gobernar ya en la ciudad, ya en cada individuo.*"¹⁷, cujo comentário, a seguir, feito por PADON e GALIANO se faz interessante:

"Véase, pues, que la templanza hace a la ciudad dueña de sí misma, dominadora de los placeres y deseos, y concorde en la opinión de gobernantes y gobernados sobre el problema del mando."¹⁸, isto é, o valor se transforma em fonte das ações políticas daquela *pólis*, tal valor é o guia que deve conduzir as condutas humanas diante destas atitudes terrenas.

16 HESSEN, op.cit., p.25 e mais, "Visto serem as idéias conceitos personalizados, transferidos da ordem lógica à ontológica, terão conseqüentemente as características dos próprios conceitos: transcenderão à experiência, serão universais, imutáveis.", in PADOVANI, op.cit., p.117.

17 PLATON: op.cit., p.84-85.

18 PLATON, op.cit., p.84.

3.c HESSEN comenta ARISTÓTELES:

“Com ARISTÓTELES, surge a nossos olhos, em vez dum Cosmo das Idéias, um Cosmo das Formas. Com estas, as idéias, e portanto a idéia de Bem, passam a estar como que ancoradas nas coisas e na própria realidade empírica. Despem-se da transcendência platônica e assumem uma imanência cósmica. As Formas essenciais são, ao mesmo tempo, o princípio de perfeição das coisas, que reside na realização do seu próprio fim imanente. O valioso adquire assim um forte carácter cósmico.”¹⁹

Ensina PADOVANI e CASTAGNOLA:

“As virtudes éticas, morais, não são mera atividade racional, como as virtudes intelectuais, teóricas; mas implicam, por natureza, um elemento sentimental, afetivo, passional, que deve ser governado pela razão, e não pode, todavia, ser completamente resolvida na razão. A razão aristotélica governa, domina as paixões, não as aniquila e destrói, como queria o ascetismo platônico.”²⁰

Fala-nos o Estagirita:

“Ya hemos indicado en qué sentido son buenos en absoluto los placeres y en cual no son buenos algunos...”²¹ e mais:

“Tras el valor hablaremos de la templanza; porque éstas parece sean las virtudes de las partes irracionales. Hemos dicho que la templanza es intermedio en lo referente a los placeres (por estar menos relacionada con los dolores, y no del mismo modo); también la disolución se manifiesta en la misma esfera. Ahora bien, determinemos con qué clase de placeres están relacionadas. Hay que aclarar la distinción entre los placeres corporales y los anímicos, tales como el amor

19 HESSEN, op.cit., p.25.

20 PADOVANI, op.cit., p.132, ver também o Livro II, Capítulo V, de ARISTÓTELES: *Ética a Nicomano*, trad. D. Francisco Gallata, Madrid: Nueva Biblioteca Filosófica, 1931, Pp. 41-42.

21 ARISTÓTELES, op.cit., p.201.

al honor y a la ciencia; porque el que estima esos dos deleites en nada interviene su cuerpo, sino más bien el ánima; pero los hombres a quienes conciernen tales placeres no reciben el nombre de templados ni el de licenciosos. Además, tampoco los que se entregan a los otros placeres no corporales serán tachados de lo mismo; ...La templanza debe referirse a los placeres corporales...”²²

DURANT²³ também nos ensina que a ética aristotélica e sua visão dos valores se baseavam não apenas naquele mundo das idéias, alcançado apenas pela atividade racional, mas pelo altos sentimentos em relação com a razão.

“...como la vida del elemento racional tiene dos sentidos también, debemos asentar que nos referimos a la vida en el sentido de actividad:...”²⁴ e “Nuestra definición de conformidad con aquellos que identifican la felicidad con la virtud o alguna virtud, porque la actividad virtuosa pertenece a la virtud. Pero quizás no establezca pequeña diferencia situemos el bien principal en la posesión o el uso, en el estado de animo o actividad...”²⁵

Finaliza CASTRO JR. apresentando uma outra faceta dos valores:

22 ARISTÓTELES, op.cit., pp.81-82.

23 DURANT, op.cit., p.96-97.

24 ARISTÓTELES, op.cit., p.18.

25 ARISTÓTELES, op.cit., p.21. Como complemento da evolução desta gama de pensamentos podemos citar HESSEN, op.cit., p.25: “Na Escolástica aristotélica, todas estas discussões vêm a achar-se, subordinadas ao postulado, tido como axioma evidente, *do omne ens est bonum*, primariamente, como uma grandeza cósmica.” Continua HESSEN, op.cit., p.70: “Pensemos bem no significado e alcance duma semelhante tese [*omne ens est bonum*]. Nela se resume, pode dizer-se, toda uma Metafísica. A tese é a mais radical de todas as teses sobre a natureza da Realidade que se possa imaginar. Nela se diz, com efeito, pura e simplesmente, que a Realidade em si mesma tem, ao mesmo tempo, a natureza do pensamento e a do valioso, que na sua essência coexistem simultaneamente, a constitui-la, os conteúdos da nossa consciência lógica e os da nossa consciência valorativa.”

3.c HESSEN comenta ARISTÓTELES:

"Com ARISTÓTELES, surge a nossos olhos, em vez dum Cosmo das Idéias, um Cosmo das Formas. Com estas, as idéias, e portanto a idéia de Bem, passam a estar como que ancoradas nas coisas e na própria realidade empírica. Despem-se da transcendência platônica e assumem uma imanência cósmica. As Formas essenciais são, ao mesmo tempo, o princípio de perfeição das coisas, que reside na realização do seu próprio fim imanente. O valioso adquire assim um forte carácter cósmico."¹⁹

Ensina PADOVANI e CASTAGNOLA:

"As virtudes éticas, morais, não são mera atividade racional, como as virtudes intelectuais, teóricas; mas implicam, por natureza, um elemento sentimental, afetivo, passional, que deve ser governado pela razão, e não pode, todavia, ser completamente resolvida na razão. A razão aristotélica governa, domina as paixões, não as aniquila e destrói, como queria o ascetismo platônico."²⁰

Fala-nos o Estagirita:

"Ya hemos indicado en qué sentido son buenos en absoluto los placeres y en cual no son buenos algunos..."²¹ e mais:

"Tras el valor hablaremos de la templanza; porque éstas parece sean las virtudes de las partes irracionales. Hemos dicho que la templanza es intermedio en lo referente a los placeres (por estar menos relacionada con los dolores, y no del mismo modo); también la disolución se manifiesta en la misma esfera. Ahora bien, determinemos con qué clase de placeres están relacionadas. Hay que aclarar la distinción entre los placeres corporales y los anímicos, tales como el amor

al honor y a la ciencia; porque el que estima esos dos deleites en nada interviene su cuerpo, sino más bien el ánima; pero los hombres a quienes conciernen tales placeres no reciben el nombre de templados ni el de licenciosos. Además, tampoco los que se entregan a los otros placeres no corporales serán tachados de lo mismo; ...La templanza debe referirse a los placeres corporales..."²²

DURANT²³ também nos ensina que a ética aristotélica e sua visão dos valores se baseavam não apenas naquele mundo das idéias, alcançado apenas pela atividade racional, mas pelo altos sentimentos em relação com a razão.

"...como la vida del elemento racional tiene dos sentidos también, debemos asentar que nos referimos a la vida en el sentido de actividad;..."²⁴ e "Nuestra definición de conformidad con aquellos que identifican la felicidad con la virtud o alguna virtud, porque la actividad virtuosa pertenece a la virtud. Pero quizás no establezca pequeña diferencia situemos el bien principal en la posesión o el uso, en el estado de animo o actividad..."²⁵

Finaliza CASTRO JR. apresentando uma outra faceta dos valores:

22 ARISTÓTELES, op.cit., pp.81-82.

23 DURANT, op.cit., p.96-97.

24 ARISTÓTELES, op.cit., p.18.

25 ARISTÓTELES, op.cit., p.21. Como complemento da evolução desta gama de pensamentos podemos citar HESSEN, op.cit., p.25: "No Escolástica aristotélica, todas estas discussões vêm a achar-se, subordinadas ao postulado, tido como axioma evidente, *do omne ens est bonum*, primariamente, como uma grandezca cósmica." Continua HESSEN, op.cit., p.70: "Pensemos bem no significado e alcance duma semelhante tese [*omne ens est bonum*]. Nela se resume, pode dizer-se, toda uma Metafísica. A tese é a mais radical de todas as teses sobre a natureza da Realidade que se possa imaginar. Nela se diz, com efeito, pura e simplesmente, que a Realidade em si mesma tem, ao mesmo tempo, a natureza do pensamento e a do valioso, que na sua essência concorrem simultaneamente, a constituí-la, os conteúdos da nossa consciência lógica e os da nossa consciência valorativa."

19 HESSEN, op.cit., p.25.

20 PADOVANI, op.cit., p.132, ver também o Livro II, Capítulo V, de ARISTÓTELES: *Ética a Nicomano*, trad. D. Francisco Gallaca, Madrid: Nueva Biblioteca Filosófica, 1931, Pp. 41-42.

21 ARISTÓTELES, op.cit., p.201.

Para ARISTÓTELES "...os valores apareceram como que determinados pelo sentido pré-fixado de um fim posto de antemão. Porém, cada valor, enquanto desejável para obtenção de um fim visado, torna-se, ele mesmo, um fim buscado. Assim fins e valores se alternam constantemente e nada é fim nem valor, senão relativamente. É o referencial tomado de partida que fixa o que no momento, é fim ou valor."²⁶

3.d IMMANUEL KANT vê o valor como algo que se necessita, que se pede, "se (...) a razão nos foi dada como faculdade prática, isto é, como faculdade que deve exercer influência sobre a vontade, então o seu verdadeiro destino deverá ser produzir uma vontade, não só uma boa, quiza como meio para outra intenção, mas uma vontade boa em si mesma, para o que a razão é absolutamente necessária..."²⁷, deve o ser racional se fundamentar no "princípio do querer"²⁸ no momento em que aquele "representa a lei em si mesma"²⁹, de modo que esta representação subjetiva de uma máxima³⁰ se transforme em lei universal, em suma: "A Metafísica moral de KANT, tal como se acha formulada na sua doutrina acerca dos 'postulados da razão prática', assenta na convicção de que a realidade se move, em última análise, em torno dos valores da nossa consciência moral, e de que o ser, na sua íntima essência, e o bem, afinal, coincidem."³¹

26 CASTRO JR., op.cit., p.60.

27 KANT, I. **Fundamentação metafísica dos costumes**. Obras Escolhidas, sel. Marilena Chauí, trad. Tania Maria Bernkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho, São Paulo: Abril Cultural, 1980, p.111.

28 KANT, op.cit., p.114.

29 KANT, op.cit., p.115.

30 Segundo KANT máxima é: "o princípio subjetivo do querer (isto é, o que serviria também subjetivamente de princípio prático a todos os seres racionais, se a razão fosse inteiramente senhora da faculdade de desejar) é a lei prática.", op.cit., p.115.

31 HESSEN, op.cit., p.26.

Continua KANT: "...nada, em parte alguma do mundo, ou fora dele, pode sem restrição ser julgado bom, excepto uma boa vontade."³²

4. A teoria dos valores de JOHANNES HESSEN³³

4.a Crítica às escolas extremistas:

HESSEN na sua obra *Filosofia dos Valores*, expõe as três correntes filosóficas contemporâneas que abordaram o problema dos valores, e a cada uma delas o autor expõe suas críticas:

- A corrente psicológica*: defendia "um decidido psicologismo em matéria de valores, do que, porém, se emancipou..."³⁴; seus principais defensores foram MEINONG e EHRENFELS que abandonaram, posteriormente, suas teses primeiras. Esta corrente, hoje, pode ser considerada como superada³⁵.
- A corrente neokantista*: para melhor expor estas teses deixemos HESSEN falar: "Esta esfera é a dos objetos valentes, contraposta à dos objetos entes. Ora, é nesta esfera da valência pura que uma terceira resposta à pergunta atrás feita, a do Neokantismo, pretende naturalizar os valores. Tudo aquilo que tem qualquer valer ou validade

32 HESSEN, op.cit., p.26.

33 Se faz interessante apreciar, como de fato assim o será, a perspectiva de JOHANNES HESSEN (Nascido em 24 de setembro de 1889, na Renânia, no já então império alemão) em virtude de que este autor, representante da filosofia católica, intenta em sua obra se opor, ao mesmo tempo, ao relativismo da corrente, Psicológica e ao ontologismo da corrente fenomenológica de HUSSERL, criando ele uma nova base: uma vinculação dos valores à natureza humana. Nesta sua aventura de criar esta nova perspectiva incorre ele em erros e acertos, traçando críticas pertinentes a diversos autores, por esta razão elegemos como pertinente uma exposição mais acurada de sua teoria e doamos seu breve livro como um dos livros-base deste presente e desprezencioso opúsculo.

34 HESSEN, op.cit., p.29.

35 HESSEN, op.cit., p.33.

é nessa esfera que se situa, chamando-as valor. Os conceitos de valer, ser válido, e de valor, vêm assim a coincidir uns com os outros, podendo portanto nos falar aqui, a respeito desta solução, numa verdadeira logificação dos valores."³⁶. Seus principais representantes são RICKERT e BAUCH.

- c) *A corrente fenomenológica*: "os valores passam a ser considerados e definidos como entes-*in-se*; um ser em si mesmo (...), embora de carácter ideal, é-lhes atribuído, completando-se assim a doutrina que se opõe a todo relativismo axiológico", seus principais representantes são SCHELLER, HUSSERL e HARTMANN.

4.b A tese de HESSEN:

O autor critica tanto o psicologismo quanto a teoria fenomenológica nos seguintes termos:

"Quando pronunciamos a palavra 'valor' podemos com ela querer significar três coisas distintas: a vivência de um valor; a qualidade de valor de uma coisa; ou a própria idéia de valor em si mesma. Se quisermos significar com esta palavra, exclusivamente a vivência, permaneceremos no domínio da consciência, da Psicologia e do psicologismo. Se entendermos por ela unicamente uma qualidade, um particular modo de ser das coisas, permaneceremos no domínio do Naturalismo, em que o valor é apenas uma qualidade real³⁷ de certos objetos."³⁸

Em seguida o autor começa a construir e a expor sua tese.

36 HESSEN, op.cit., p.34.

37 O termo real deve ser entendido no sentido de *res*, de objeto com existência autônoma, coisa.

38 HESSEN, op.cit., p.37.

STO. AGOSTINHO já afirmava que o ato de atribuir valores ao que ocorre ao redor do homem é algo intrínseco à natureza deste, acreditava ele, que, portanto os valores pertenciam à essência humana. Tais valores incidem sobre quaisquer objetos, "dizemos, portanto: tal coisa *tem* valor."³⁹. Mas dizemos também que algo *é* um valor.

No primeiro momento expressamos um juízo de valor (*Werturteil*), no segundo caso estamos proferindo um juízo de existência (*Seinssurteil*). Este último possui três momentos: a) o da essência (*essentia*): é o lado lógico do objeto, que o faz ser aquilo que é e não outro; b) o da existência (*Dusein*): é o momento alógico, quando apreendemos o ser como ele nos é dado; e um terceiro, o de serem valiosos, quando o valor toca o ser, logo uma característica que retiramos enquanto conclusão é que o valor sempre faz referência a um sujeito (que valora), em direção a um objeto (que é valorado): "Valor – pode dizer-se – é a qualidade de uma coisa, que só pode pertencer-lhe em função de um sujeito dotado com uma certa consciência capaz de a registrar."⁴⁰

HESSEN afirma também que não podemos desligar os valores do sujeito que valora, sob pena de, destruindo esta relação, *coisificá-los*:

"O valor não é como pretende N. HARTMANN⁴¹ (que aqui representa um estreito Ontologismo, em contra-

39 HESSEN, op.cit., p.41.

40 HESSEN, op.cit., p.47.

41 SCIACCA assim critica HARTMANN: "O discurso de HARTMANN é deveras um discurso bem singular: o problema fundamental da ontologia é o do ser (*Sein*), mas o ser é irracional e incognoscível, logo a ontologia há de se limitar ao problema dos entes (*Seiender*). A conclusão daquela premissa agnóstica deveria ser esta: não sendo possível uma metafísica, não é possível uma ontologia, nem uma ética, nem uma teoria do conhecimento, a não ser cética e problemática. Ao invés, HARTMANN constrói tranquilamente a sua ontologia e a sua ética, emaranhando-se num acúmulo de contradições e compromissos condicionados pelos seus preconceitos metafísicos.", in PADOVANI, op.cit., p.484.

dição com o seu primitivo ponto de vista, de um subjectivismo e funcionalismo neokantianos), algo em si existente (...), mas algo existente para alguém (...)."⁴²

E afirma o autor que também, desse modo, não se cai no "subjectivismo axiológico":

"O sentido da expressão 'referência a um sujeito' (...) deve logo ser diferente. Com o termo 'sujeito' não pode querer-se significar portanto o sujeito individual que julga, mas sim um sujeito em geral, um sujeito mais abstracto (...). Não é o indivíduo, mas o gênero homem, pura e simplesmente, que aqui entra em causa. Os valores acham-se referidos ao sujeito humano, isto é, àquilo que há de comum em todos os homens. Referem-se àquela mais profunda camada do ser que se acha presente em todos os indivíduos humanos e que constitui o fundamento objectivo do seu 'serem homens'. "⁴³

A tese de HESSEN tenta buscar uma conciliação entre o sistema fenomenológico e o subjectivista que trataram a Teoria dos Valores. Entretanto, um grave pecado comete o autor ao criar um protótipo humano como pressuposto da objectividade dos valores. Tenta o autor superar o risco e problema do subjectivismo através da construção de uma "identidade da espécie"⁴⁴.

42 HESSEN, *op.cit.*, p.48.

43 HESSEN, *op.cit.*, p.49.

44 Interessante questionamento é levantado por CLIFFORD GEERTZ em *A interpretação das culturas*, (Guanabara-Koogan, 1989): "A perspectiva iluminista de homem era, naturalmente, a de que ele constituía um só peça com a natureza e partilhava da uniformidade geral de composição que a ciência natural havia descoberto sob o incitamento de BACON e a orientação de NEWTON. Resumindo, há uma natureza humana tão regularmente organizada, tão perfeitamente invariante e tão maravilhosamente simples como o universo de NEWTON. Algumas de suas leis talvez sejam diferentes, mas existem leis, parte da sua imutabilidade talvez seja obscurecida pelas armadilhas da moda local, mas ela é imutável.", p.46. continua o autor: "Alimentar a idéia de que a diversidade de costumes no tempo e no espaço não é simplesmente uma questão de indumentária ou aparência, de cenários e máscaras de comediantes, é também alimentar a idéia de que a humanidade é tão variada em sua essência como em sua expressão..." p.48-49.

A delimitação dos valores, isto é, a possibilidade de dizer o que são só poderão, então advir da resposta a seguinte indagação: "o que é o homem?", satisfeita esta pergunta poderemos determinar os limites dos valores.

Ao ontologismo, propõe HESSEN, como superação pela possibilidade de se explicar o valor como algo acessório ao ser racional, uma atitude do ser racional que extrair de um conceito comum à sua espécie uma certeza de que algo, por exemplo, possui um determinado valor.

Um pressuposto problemático como fundamento, este foi o caminho adotado por HESSEN.

5. A teoria dos valores de GUSTAV RADBRUCH⁴⁵

5.a Os Elementos da sua perspectiva:

RADBRUCH, in "Filosofia do Direito", afirma que o primeiro ato do espírito é reivindicar-se a criar a individualidade em meio ao turbilhão que constitui o mundo da experiência. Desse mesmo ato dissociativo já distingue o espírito o mundo do 'valor', já se delineiam então duas atividades daquele:

"A primeira atitude, cega os valores, constitui, quando metodicamente exercida, a essência do pensamento

45 O prof. L. CABRAL DE MONCADA assim nos fala no prefácio à 3ª edição da filosofia do direito de RADBRUCH: Os pontos mais essenciais de doutrina em que o pensamento de RADBRUCH nos mostra algo de novo e que, certamente, teriam sido desenvolvidos por ele, se a morte o não tivesse impedido de nos dar, ele próprio, a quarta edição alemã, são os seguintes que aqui nos permitimos só esquematicamente enumerar: o do seu relativismo teórico dos valores; o da sua abissal e kantiana separação entre valor e realidade, ou entre ser e o dever-ser; e o de uma acentuada precedência atribuída, na escola axiológica, ao valor da justiça sobre os valores formais da segurança e certeza do direito e do Estado." (p.11), continua CABRAL DE MONCADA, no prefácio à 1ª edição: "o professor RADBRUCH é um representante da chamada Filosofia dos valores (*Wertphilosophie*), muito em voga na Alemanha, inclusive nos domínios do direito filosófico e da jurisprudência. Filia-se na escola de Baden, também chamada sudocidental alemã, onde teve por principais inspiradores do seu pensamento filosófico os três grandes mestres dessa escola que foram WILDEBAND, RICKERT e LASK." (p.14), se faz interessante contrapor estas idéias às de HESSEN, que frontalmente hostiliza tal corrente por ele denominada neokantista. Por esta feição dialética selecionamos RADBRUCH, como um dos autores a ser analisado mais pormenorizadamente.

científico das ciências naturais; a segunda, a valorativa, constitui, quando sistematicamente desenvolvida, a essência da chamada 'Filosofia dos valores' (...) nos seus três ramos: a Lógica, a Moral e a Estética.⁴⁶

Uma outra atitude que possui ambas as primeiras e supera a segunda é a atitude referida a valores, é a atitude de construção da Cultura:

"Cultura não é o mesmo que a realização dos valores, mas é o conjunto dos dados que têm para nós a significação e o sentido de pretenderem realizar"⁴⁷, como diria STAMMLER: "uma aspiração para aquilo que é justo."⁴⁸

Mas não para RADBRUCH por aí, "ao lado desta atitude cega para os valores (*wertblind*), da valorativa (*bewertend*) e da referida a valores (*wertbeziehend*), surge ainda, finalmente, a que supera os valores (*wertüberwindend*) – isto é, a atitude religiosa", pois a religião é "a afirmação suprema do ser"⁴⁹.

Significando tudo isto "uma quádrupla forma que para nós podem revestir os dados da experiência": Ser, Valor, Sentido e Essência⁵⁰, sendo esta última, a atitude religiosa, a superação da antítese valor-desvalor, sendo ambos, a partir deste momento, indiferentes⁵¹.

"...Poderíamos exprimir da seguinte maneira a relação em que se acham [dispostos] esses quatro reinos uns para com outros: – Natureza e Ideal, como dois polos

46 RADBRUCH, G.: *Filosofia do direito*, trad. e rev. prof. L. Cabral de Mendonça, Coimbra: Armento Amado, 1974, p.49 e DEL VECCHIO, I.: *La justicia*, trad. Luis Rodriguez-Camuñas e César Sancho, prólogo de Quintiliano Saldaña, Madrid: Centro Editorial de Górgura, 1925, pp. 166ss.

47 RADBRUCH, op.cit., p.42.

48 RADBRUCH, op.cit., p.42.

49 RADBRUCH, op.cit., p.42.

50 RADBRUCH, op.cit., pp.43-44.

51 "...qualquer resposta a dar como solução do problema nuclear da concepção do mundo, nunca poderá ser dada partindo exclusivamente da Metafísica. Por outras palavras: qualquer visão das coisas no ponto de vista ontológico terá sempre, por isso, de se complementar e aprofundada com outra visão delas no ponto de vista axiológico.", in HESSEN, op.cit., pp.21-22.

opostos. Por sobre o abismo que se separa, apenas duas passagens ou ligações possíveis: ou a da ponte jamais concluída da Cultura, ou, sempre pronto para atingir a meta, o grande par de asas da religião. Dum lado o trabalho incessante da Cultura; do outro a fé religiosa."⁵²

5.b A Filosofia dos Valores⁵³ como um método de apreender parte do ser:

Sendo então os seres constituídos de um momento valorativo e de um não-valorativo, que tendem, de modo imperfeito, a unificar estes momentos na atitude referida a valores, necessita o observador, para apreender aquele momento valorativo de um instrumento apto para abocanhar aquela fatia do *Seins*.

A filosofia da religião, por abordar outro momento indistingue o valor do desvalor e as ciências naturais são cegas aos valores, portanto somente uma Filosofia dos Valores pode alcançar aquele momento ontológico ao ser.

Parte II – A justiça

1. Breve esboço histórico⁵⁴

1.a A justiça como atributo da Divindade

1.a.1 A Justiça e o Monoteísmo: Como nos afirma DEL VECCHIO, nas fases primeiras do pensamento

52 RADBRUCH, op. cit., p.44.

53 CABRAL DE MONCADA: "É uma orientação geral, principalmente metodológica, de contornos esboçados, um amplo movimento de idéias, mais que uma doutrina, ou como que um largo rio de margens indecisas que, embora tenha uma nascente bem determinada – o idealismo transcendental de KANT – todavia conduz, como o próprio kantismo, às mais variadas atitudes e posições filosóficas.", in RADBRUCH, op. cit., p.14.

54 A intenção deste item, muito mais do que traçar um quadro completo da evolução do pensamento acerca do valor denominado justiça, é o de criar as bases para um salto que será dado mais adiante quando adentrarmos nos diversos conceitos de justiça e da justiça enquanto valor. Selecionamos algumas estruturas lógicas conceituais que determinaram a própria estrutura do direito nos últimos 2.000 anos.

ocidental, a justiça possuía um sentido genérico com algo preestabelecido.

"En el mundo oriental, y especialmente allí donde domina una concepción monoteísta y ética del Universo, el predicado de la justicia se atribuye ante todo a la misma divinidad, para denotar la infalible proporción y armonía intrínseca de sus deseos."⁵⁵, vejamos o que nos fala PAULO DE TARSO⁵⁶, como nos recomenda o supra-citado professor da Universidade de Roma:

"Oh! Em verdade, eu não me envergonho do Evangelho, que é a força de Deus para a salvação de todo o crente: primeiramente do judeu, depois do gentio, porque nele se revela a justiça de Deus, procedendo da fé para a fé, conforme está escrito: 'O justo viverá em virtude da fé.'" (Rom., 1, 17), e mais: "A justificação mediante a fé e não mediante a lei – Agora, porém, independente da lei, manifesta-se a justiça de Deus, atestada já pela lei e não pelos profetas... Anulamos então, nós, a lei por causa da fé? De maneira nenhuma! Estabelecemos antes o valor da lei." (Rom., 3, 21 e 31)⁵⁷.

1.a.2 Themis e Dike: Já na mitologia dos povos indo-europeus, notadamente dos greco-romanos, possuímos um interessante exemplo de percepção do fenômeno jurídico, com a existência da deusa Themis, inicialmente mero reflexo do pensamento de Zeus/Júpiter, lentamente Themis se transforma e ganha identidade

55 DEL VECCHIO, op. cit., p.4.

56 Como nos é notório PAULO DE TARSO foi o construtor lógico da doutrina cristã. PAULO, que era cidadão romano e possuía toda uma formação cultural helenística, ao aceitar a nova fé, a cristã, e a missão apostólica necessitava construir um sistema dogmático desta incipiente religião, a fim de adequar aquele fenômeno cultural de um povo oriental às estruturas lógicas greco-romanas, desta forma tornou-se mais fácil a penetração desta crença no mundo helenístico, ao contrário do mitraísmo, do culto à Isis e a Ishtar, tal na em voga na época de expansão da fé em Cristo.

57 BÍBLIA SAGRADA, traduzida de textos originais pelo Pontifício Instituto Bíblico de Roma, São Paulo: Paulinas, 1969.

frente ao panteão, se elevando a entidade autônoma e conselheira dos homens: "*ella es la divinidad elevada sobre los oráculos, promueve las reuniones públicas y las preside, favoreciendo de esta manera la formación de las leyes de la ciudad.*"⁵⁸

A deusa Dike é o produto de Themis e Júpiter, "*diosa de los juicios (...), que tiende a componer o resolver las contiendas, y cuando es maltratada por los hombres se refugia en el cielo.*"⁵⁹

Seria então as duas facetas dos juízos humanos, a justiça em abstrato e a justiça em concreto, dicotomia esta que o próprio DEL VECCHIO salienta que se acirra até chegar a uma interessante tripartição, mais do que confirmando a influência helenística na formação da doutrina cristã, sobretudo católica, no que tange à relação conflitual das leis da "*Civitate Dei*" e do poder temporal da "*Civitate Homini*", vejamos o trecho:

"*Digno de nota [de fato se trata de uma nota de rodapé] es que hasta cierto punto se dibujó una distinción tripartita, en la cual sería Themis la protectora del justo en el cielo, la ley del justo en la tierra, y Dike, a su vez, en el infierno. (...) En esta translación de la justicia absoluta, ora al cielo, ora a los infiernos, ¿no se halla quizás el símbolo de la dificultad de su existencia en el mundo? Obvia es la comparación con las sucesivas concepciones poéticas y religiosas, en las que la justicia se representa desarrollada tan sólo por completo en ultratumba.*"⁶⁰

1.a.3 fas e ius: Se faz oportuno também salientar a diferença, no mundo romano, entre *fas* e *ius*, teoricamente o primeiro seria o direito religioso, ligado às manifestações

58 DEL VECCHIO, op. cit., p.7.

59 DEL VECCHIO, op. cit., p.7.

60 DEL VECCHIO, op. cit., p.8.

do Estado romano e do direito público e à algumas das relações privadas, o segundo estaria vinculado às relações privadas profanas, como no caso dos direitos reais e obrigacionais (como modernamente costumamos designar).

Faz interessante questionamento MOREIRA ALVES: "Se é certo, como salientamos, que no período histórico *ius* e *fas* são conceitos distintos e perfeitamente definidos – direito profano e direito sagrado – o mesmo ocorreria nos primórdios de Roma?"⁶¹

CÍCERO assim nos dá indícios:

"A religião ensina que os bens e o culto de cada família sejam inseparáveis, e o cuidado dos sacrifícios seja sempre àquele a quem cabe a herança."⁶², de fato, segundo MOREIRA ALVES, a predominante tese acerca da relação do *fas* com a construção jurídica romanística é a seguinte:

"O *fas* [fonte das normas religiosas e profanas] portanto, era manifestação da vontade humana delimitada pelo *nefas* (exteriorização do querer dos deuses), e é da

61 MOREIRA ALVES, J. C.: *Direito romano*, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 76.

62 COULANGES, P. de: *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*, trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca, São Paulo: Hemus, 1975, p. 58.

63 MOREIRA ALVES, op.cit., p. 77. É de boa ciência salientar alguns pontos acerca do exposto pelo eminente romanista já citado, acrescentando palavras de outros mestres: 1) COULANGES, op. cit., nas páginas 130s da sua obra expõe a enorme influência do *fas* na vida política e pública romana, v.g., "Tanto em Roma, como em Atenas, só funcionava a justiça da cidade em dias determinados pela religião como favoráveis...", além do mais, no Capítulo VI do seu livro, páginas 49ss, o autor salienta a imensa influência do *fas* no próprio direito de propriedade: "A idéia de propriedade privada fazia parte da própria religião. Cada família tinha o seu lar e os seus antepassados. Esses deuses podiam ser adorados apenas pela família, só a família protegiam; eram sua propriedade exclusiva."; 2) DEL VECCHIO, op.cit., p. 8 nos ensina: "La equivalencia entre *θεμις* y *fas*, no es por otro lado perfecta, como tampoco aquella entre *δίκη* y *ius*", de fato não há uma perfeita correspondência entre as perspectivas jurídicas gregas e romanas, inclusive porque, (levantando uma indagação) não seria esta uma das razões que levou o direito grego a ficar estagnado, enquanto que o seu correspondente romano conseguia um grau de sofisticação jamais visto até então? A existência de empecilhos que impediram o (*δίκη*) *dike* se dissociar e se desenvolver independente do (*θεμις*) *mix*? (v. DEL VECCHIO, op. cit., p. 62).

evolução do conceito de *fas* que vai surgir, mais tarde, o *ius*, quando, então *fas* passa a significar direito sagrado, e *ius*, direito profano."⁶³

I.b A justiça como virtude universal (Doutrina Platônica)⁶⁴:

Sábias palavras de DEL VECCHIO explicam a razão da justiça como virtude de um universo, circunscrição um tanto ilimitada necessita de um valor um tanto impreciso, capaz de abarcar diversas perspectivas:

"El rápido y unánime reconocimiento de la justicia, como virtud universal, se explica por la amplitud propia de este concepto, que, aplicado como simple principio de orden y de armonía, no concierne a un motivo particular particular ni prescribe una actitud determinada, sino que expresa únicamente la exigencia de que suceda aquella que deba (éticamente) suceder, que sea una exacta correspondencia entre el hecho y la norma a ella referente."⁶⁵

Segundo DEL VECCHIO, PLATÃO para transformar a justiça em forma ética e deontológica máxima, guia de toda e qualquer manifestação de conduta individual e social, abstrai e repudia "todas las concepciones que tiendan a asignarla una función específica o una esfera particular de aplicación...", vejamos um trecho do clássico A República, Livro IV, selecionado:

"No lo digamos todavía con voz muy recia – observé –, antes bien, si, trasladado la idea formada a cada uno de los hombres, reconocemos que allí es también justicia, concedámolo sin más, porque? qué otra cosa cabe oponer? Pero si no es así, volvamos a otro lado nuestra

64 CASTRO JR., op.cit., p. 76: "A justiça enquanto 'virtude das virtudes', é apontada pela expressão "δικαιοσύνη".

65 DEL VECCHIO, op.cit., p. 11.

atención. Y ahora terminemos nuestro examen en el pensamiento de que, si tomando algo de mayor extensión entre los seres que poseen la justicia, nos esforzáramos por intuir la allí, sería luego más fácil observarla en un hombre solo. Y de cierto nos pareció que esse algo más extenso es la ciudad, y así la fundamos con la mayor excelencia posible, bien persuadidos de que en la ciudad buena era donde precisamente podría hallarse la justicia. Tráslademos, pues, al individuo lo que allí se nos mostró, y si hay conformidad, será ello bien; y si en el individuo aparece como algo distinto, volveremos a la ciudad a hacer la prueba, y así, mirando al uno junto a la otra, y poniéndolos en contacto y roce, quizá conseguiremos que brille la justicia como fuego de enjutos y, al hacerse visible, podremos afirmarla en nosotros mismos."⁶⁶

Confirma a afirmação de DEL VECCHIO, PABON e GALIANO, acerca da percepção platônica da importância em sentido da justiça:

"Así todas las virtudes se resumen en la justicia, y ésta representa la virtud única de donde brotan las otras virtudes especiales."⁶⁷

1.e A evolução do conceito de justiça e sua natureza de valor social.

ARISTÓTELES, ao tratar da justiça, vislumbra-a sobre um duplo aspecto: assim como o seu mestre, PLATÃO, admite-a como "virtud total o perfecta"⁶⁸, entretanto, traz a Terra tal altíssimo valor, alterando a perspectiva de aplicação, abandonando a doutrina do seu preceptor:

"Lo justo, en su verdadera esencia, se identifica con lo igual; o sea, con aquella medida que representa

66 PLATON, op.cit., pp.88-89.

67 PLATON, op.cit., p.88.

68 DEL VECCHIO, op.cit., p.16.

el medio o la equidistancia entre lo mucho y lo poco."⁶⁹, vejamos o que fala o próprio ARISTÓTELES na sua Ética à Nicômano:

"Ya hemos indicado que tanto el injusto como el acto injusto son cosas inicuas o desiguales; ahora bien, es evidente que hay tambien intermedio entre los dos desiguales de que se trate en ambos casos. Y éste es igual; porque en toda especie de acto en el que haya más y un menos hay también lo que es igual. Si, por lo tanto, lo injusto es desigual, lo justo será igual, como supone todo el mundo que lo es..."⁷⁰

"Aristóteles classificou os padrões do justo, no que diz respeito ao modo de estabelecimento da igualdade, em 'justo distributivo' (dianemelikon dikaiion) e 'justo corretivo' (doirtholikon dikaiion), este normalmente traduzido como 'justiça comutativa'..."⁷¹

Finaliza o Estagirita:

"Eso es, pues, lo que es lo justo (lo proporcional); siendo lo injusto lo que viole la proporción..."⁷²

69 DEL VECCHIO, op.cit., p.16.

70 ARISTÓTELES, op.cit., pp. 124-125, vale salientar que nesta mesma passagem ARISTÓTELES faz alusão ao quadrado, ao valor quatro, que segundo DEL VECCHIO, op.cit., pp.30-31 foi uma "Gloria suprema de la Filosofía itálica o pitagórica el haber formulado, antes que ninguna otra, un concepto de la justicia que si no expresa toda la idea, comprende ciertamente el aspecto fundamental y específico. Para esta escuela, la justicia, es ante todo igualdad, es decir, correspondencia entre terminos contrapuestos, y en verdad, puede asimilarse al numero cuadrado; esto es, a todo numero multiplicado por su igual, puesto que la justicia hace idénticamente lo mismo.", é de boa ciência também salientar o comentário de acerca do simbolismo numérico pitagórico NIETZSCHE: "Simbolismo dos números pitagóricos: um é a razão, dois a opinião, quatro a justiça...". in **Os pré-socráticos: fragmentos, dactilografia e comentários** / seleção de textos e supervisão do prof. José Cavalcante de Souza; dados bibliográficos de Rembert Francisco Kuhnien; trad. de José Cavalcante de Souza... [et al.], São Paulo: Abril Cultural, 1985, p.56.

71 CASTRO JR., op.cit., p.80.

72 ARISTÓTELES, op.cit., p.126, v. também ROSSEAU, J.-J.: **O contrato social**, trad. Antônio de P. Machado, estudo crítico de Afonso Bertagnoli, Rio de Janeiro: Ediouro, 1969, p.57: "Quer referir-me que, longe de destruir a igualdade natural, o pacto fundamental substitui, pelo contrário, uma igualdade moral e legítima no que a natureza deu de desigualdade física aos homens que, podendo ser desiguais em força ou engenho, tornam-se, por convensão e de direito, iguais."

2. Conceitos de justiça

Ao tratarmos deste capítulo observaremos alguns conceitos de justiça e faremos breves comentários e críticas acerca deles. O objetivo desta parte do trabalho é revelar algumas perspectivas que carregam imperfeições e revelar o ponto de vista de dois eminentes autores RADBRUCH e DEL VECCHIO, expondo a matéria de forma evolutiva.

LAHR assim nos define "justiça":

"I. No sentido objectivo, a justiça significa o equilíbrio dos direitos coexistentes entre os vários membros da sociedade.

Enquanto virtude especial, define-se: a vontade firme e constante de dar a cada um o que lhe pertence."⁷³

Em verdade, de nada difere esta primeira definição da explicitada por ARISTÓTELES: "Lo justo debe ser tanto intermedio como igual y relativo..."⁷⁴, já a segunda trata de uma vontade de agir "justamente", seria o elemento subjetivo do conceito de Justiça. Entretanto deste segundo elemento surge uma indagação, em que medida a faceta objetiva contribui para o conceito "justiça"? A simples imposição heterônoma da justiça não superaria a necessidade da subjetividade? Será que todos os integrantes de um contexto social necessitam possuir a vontade de agir "justamente" a fim de se alcançar a justiça social?⁷⁵

Visão melhor elaborada dá JOLIVET; em seu manual de filosofia assim aparece "justiça":

"...justiça consiste na vontade firme e constante de dar a cada um o que lhe é devido (...) A justiça supõe, pois, duas condições necessárias: a) A distinção de pessoas em que existem correlativamente um direito e um dever

73 LAHR, C.: *Manual de Filosofia*. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1958, p.575.

74 ARISTÓTELES, *op.cit.*, p.125

75 "...da idéia de justiça distributiva só podemos extrair a noção duma relação entre pessoas, não a noção acerca do modo como as devemos tratar...", in RADBRUCH, *op.cit.*, p.90

de justiça; b) A especificação de um objeto, que pertence a uma delas e que deve ser respeitado, devolvido ou restabelecido em sua integridade pela outra."⁷⁶

Nesta mais apurada conceituação oferecida por JOLIVET vemos surgir mais um elemento, a instabilidade provocada pelo choque de pretensões intra societatis⁷⁷ e de interessante modo HELLER vislumbra a problemática da justificação do Estado dentro destas perspectivas de "justiça" supra-citadas:

"Si no se hace la separación entre lo jurídico y lo antijurídico, no es posible una justificación del Estado. Para llevar a cabo esa separación se precisa, como base, de um criterio jurídico que hay que admitir que está por encima del Estado y de su derecho positivo. Al derecho, como valor suprapositivo de distribución y medida, le incumbe la función de ordenar rectamente la vida social, es decir, atribuir a todos sus miembros lo que, con referencia a un todo, les corresponde en facultades y obligaciones, establecer entre ellos una justa relación. Si, de acuerdo con el Derecho Romano, se hace consistir la ley jurídica formal en un *suum cuique tribuere*, se comprende inmediatamente que puede existir una justicia individualista y una justicia colectivista. El derecho justo no puede ser determinado ni partiendo del miembro que se afirma como exclusivamente valioso ni adoptando como únicamente valioso el punto de partida de un todo supraindividual. La ley jurídica, que obliga a nuestra conciencia jurídica, ordena la parte en el todo y el todo por las partes."⁷⁸

76 JOLIVET, R.: *Curso de Filosofia*, trad. Eduardo Paulo de Mendonça, Rio de Janeiro: Agir, 1957, p.394.

77 "Aste os conflitos de interesses individuais que a vida em comum fatalmente provoca, há necessidade de disciplinar as relações que daí surgem, a fim de tornar possível a convivência social..." é a gênese do direito processual, *da legis actionem*, v. REZENDE FILHO, G.J.R.: *Curso de Direito Processual Civil*, v.I, São Paulo: Saraiva, 1952, p.15.

78 HELLER, H.: *Teoría del Estado*, trad. Luis Tobío, ed. y prólogo Gerhart Niemeyer, México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p.236.

É este o problema principal do conceito de justiça, qual o referencial que partiremos para alcançá-lo? O individual, da vontade de se fazer o justo? Do coletivo, da necessidade de se criar um direito coercitivo que se guie por aquele valor?

RADBRUCH assim analisa a perspectiva ARISTOTÉLICA e suas espécies de justiça:

"...fica já suficientemente esclarecido a relação em que se acham estas duas espécies de justiça uma com a outra. A justiça comutativa, sendo a justiça que tem lugar entre pessoas com iguais direitos, pressupõe necessariamente um acto anterior de justiça distributiva pelo qual se reconheceu aos interessados o seu igual direito, a mesma capacidade de comércio, o mesmo status. Isto mostra-nos que a justiça distributiva representa a forma primitiva da justiça..."⁷⁹, continua RADBRUCH analisando a justiça distributiva e seus fundamentos:

"O princípio da justiça distributiva não nos diz que pessoas devemos tratar como iguais ou como desiguais; deixa simplesmente pressupor que a igualdade ou a desigualdade entre elas se acham já fixadas em harmonia com um certo ponto de vista que aliás não pode ser dado pelo princípio... [visto que] A igualdade é sempre uma abstracção, sob certo ponto de vista. Só desigualdades nos são dadas... [portanto] a justiça carece de ser completada com outros princípios fundamentais, se quisermos extrair dela os verdadeiros preceitos dum direito justo."⁸⁰

RADBRUCH desmonta a tese platônico-aristotélica da justiça como valor supremo. Observando nela impossibilidade de *per se* servir como sustentáculo de um direito justo, chega o autor à conclusão de que este tipo de direito, para se constituir necessita de outros valores como suporte. Podemos então chegar a duas conclusões:

79. RADBRUCH, op.cit., p.89.

80. RADBRUCH, op.cit., p.90.

a) a experiência chamada "direito justo", por se situar no mundo da realidade, é muito mais ampla do que o valor justiça, que na perspectiva fenomenológica abarcaria apenas uma faceta do ser; b) a justiça não é o único fundamento do direito justo, pois, se assim o for, o direito não mais será justo e tal valor não será realizado.

DEL VECCHIO percebe a justiça de outro modo:

"*Encontramos la esencia de la justicia, por decirlo así, en la posición objetiva de la subjetividad, y en la coordinación intersubjetiva que en ella se obtiene... aparecen en germen los elementos característicos que luego encontraremos en miles de formas expresos o desarrollados en la experiencia histórica y en los análisis doctrinales: alteralidad o la bilateralidad (...), la paridad o igualdad inicial (...), la reciprocidad⁸¹ o correlación inseparable (...)*"⁸², e continua o eminente jurista italiano: "... no sea, en el verdadero sentido, un precepto de justicia el deber de 'hacer el bien' o 'el propio deber', ni cualquier principio análogo que se dirija inmediatamente a un sujeto..."⁸³, e raciocina o autor:

81. Cf. ARISTÓTELES, op.cit., p.129: "... la reciprocidad no conviene ni a la justicia distributiva ni a la rectificadora... porque en muchos casos la reciprocidad y la justicia rectificadora no están de acuerdo..."

82. DEL VECCHIO, op.cit., p.72.

83. DEL VECCHIO, op.cit., p.73, e v. p.74-75 interessante conclusão lógica do autor acerca de até onde estes elementos apresentados de justiça nos levam: "*Lo que el sujeto tiene verdaderamente de individual, es decir, de irreductible e 'inefable', está colocado, por tal consideración, en segunda línea. Predomina, por el contrario, la valoración de cada acto en su significación objetiva, en cuanto constituye un medio de comunicación o de interperencia entre sujeto y sujeto, y de aquí la base para un tratamiento, correspondiente... Esta forma de de apreciación o ponderación, está precisamente impuesta por la justicia, la que culmina en la exigencia de que todo sujeto sea reconocido (por los otros) por aquello que vale y de cada uno sea atribuido (por los otros) aquello que le pertenece*". cf.: "MARX reconheceu que a ciência da economia capitalista, malgrado sua aparência mundana e hedonista, 'é uma ciência verdadeiramente moral, a mais moralizada de todas as ciências. Sua tese principal é a renúncia à vida e às necessidades humanas. Quanto menos se comer, beber, comprar livros, for ao teatro ou à bailes, ou à cervejaria, e quanto menos se pensar, amar, teorizar, cantar, pintar, esgrimir etc., tanto mais se poderá poupar a tanto maior se tornará o tesouro imune às traças e à ferrugem - o capital. Quanto menos se for menos se expressará a vida, mais se terá, maior será a vida alienada e maior

"...El elemento de de la noción de la justicia lleva consigo, no se resuelve solamente en la universalidad de la forma lógica, sino que sirve también para constituir el criterio en última instancia y el paradigma ideal respecto a su posible contenido.

Este criterio y paradigma ideal de la justicia no puede consistir más que en el íntegro reconocimiento de la personalidad de cada uno, considerada objetivamente (esto fuera del mismo sujeto) en su carácter inteligible, es decir, como entidad absoluta y autónoma. Este reconocimiento, precisamente, por su naturaleza objetiva (extraindividual), implica una superación de la conciencia particular 'egoísta', ya que solamente en la esfera más elevada (transcendental) de la conciencia es posible ecuación ideal entre el yo y los otros yos."⁸⁴, em suma, "La justicia en su suprema expresión, quiere que cada sujeto sea reconocido y considerado por los demás como absoluto principio de los propios actos; los que por tanto deben atribuírseles en sus determinaciones suprasensibles y todas las consecuencias que de ellos se derivan en el orden del fenómeno"⁸⁵

DELVECCHIO intenta construir uma justiça mirando, sempre e constantemente, à "continuidad de la realidad fenoménica, que es una realidad social"⁸⁶, ba-

a poupança do ser alienado. Tudo que o economista retira da gente no que diz respeito à vida e humanidade, ele restitui sob a forma de dinheiro e riqueza. E tudo que se é incapaz de fazer, o dinheiro pode fazer pela gente: pode comer, beber, ir a um baile e ao teatro. Pode comprar arte, saber, tesouros históricos, poder político, e pode viajar. Ele pode apoderar-se de todas essas coisas para a gente, pode comprar tudo: é a verdadeira opulência. Mas conquanto ele possa fazer tudo isso, só deseja criar-se a si mesmo e comprar a si mesmo, pois tudo mais se lhe submete. Quando se possui o senhor, também se possui o servo, e não se precisa do servo do senhor. Assim, todas as paixões e atividades são forçosamente submetidas na avieira. O trabalhador deve ter apenas o que lhe é necessário para querer viver, e deve querer viver apenas para poder ter isso."⁸⁴ in FROMM, E.: *Conceito Marxista do Homem e Manuscritos Econômicos e Filosóficos de Karl Marx*, trad. Octavio Alves Velho, Rio de Janeiro: Zahar, 1975, pp.43-44.

84 DEL VECCHIO, op.cit., pp.99-100.

85 DEL VECCHIO, op.cit., pp.100-101.

86 DEL VECCHIO, op.cit., pp. 102 e 104.

seando-se num mútuo respeito aos limites da personalidade⁸⁷ o autor observa a justiça dentro do problema da relação entre o *ego* e o *alter*, e a percepção que o *ego*, para aquele *alter*, nada mais é do que um *alter* igualmente, portanto a manutenção desta fina membrana denominada sociedade é a finalidade do valor justiça, através de uma limitação de cada personalidade (juridicamente falando), vejamos o que nos fala REALE:

"DEL VECCHIO afirma que não podemos conhecer sem os dois termos que são o sujeito e o objeto, mas o objeto pode também consistir em outro sujeito. Não existe apenas uma relação entre o eu e o não eu, tal como se dá no plano puramente gnoseológico, porque existe também uma relação entre o eu e o outro eu, tal como se verifica no plano ético."⁸⁸, conclui REALE mais adiante:

"Isto quer dizer que, na esfera moral, segundo o autor peninsular, o *ego* se mantém *ego*, mas no plano jurídico o *ego* se põe como *socius*, como membro de uma comunidade e inseparável dela. Na medida em que nos proporcionamos a outrem, e os outros se proporcionam a nós, respectivamente, ambos somos sócios de uma comunidade que só é possível em razão dessa coordenação de comportamentos livres."⁸⁹

E desta forma o conceito de justiça e o de direito se miram e entrelaçam, trazendo um sentido ao outro, se referindo cada um deles a um aspecto, ao teórico e ao prático, este último deveras salientado por DEL VECCHIO⁹⁰.

87 A expor aqui o termo personalidade o levanto no sentido eminentemente jurídico, como nos oferece BEVILAQUA: "...o conjunto dos direitos atuais ou meramente possíveis, das faculdades jurídicas atribuídas a um ser...", in BEVILAQUA, C.: *Teoria Geral do Direito Civil*, ver. E atualizada por Ciro Mário da Silva Pereira, Rio de Janeiro: Rio, F. Alves, 1980, p.70., acreditamos inclusive que DEL VECCHIO alude indiretamente a algumas de suas passagens ao conceito de personalidade, v.g: "Nadie puede por su arbitrio pretender que se atribuyan a los demás las consecuencias de sus propios actos, ni para sí las de los demás", (p.101), diversas outras passagens também aludem a tal percepção do

88 REALE, M.: *Filosofia do Direito*, v.II, São Paulo: Saraiva, 1978, p.340.

89 REALE, op.cit., p.343.

90 REALE, op.cit., p.344.

Parte III – A justiça enquanto valor

A problemática da legitimação do direito

No presente opúsculo, após tentarmos expor algumas perspectivas acerca da Teoria do Valor e da Teoria da Justiça, chegamos num impasse o que significa “O Valor da Justiça”?

Como bem notado a frase é ambígua pelos próprios termos que a compõe, entretanto após esta caminhada nos atemos a algo, que RADBRUCH poderá nos ensinar:

“Direito é, pois, a realidade que possui o sentido de estar ao serviço do valor jurídico, da Idéia de direito. O ‘conceito’ de direito acha-se assim dependente da ‘Idéia’ de direito”, ora, mas “A Idéia de direito, porém, não pode ser diferente da idéia de Justiça.”⁹¹

Analisando o raciocínio, a justiça possui a finalidade (v. nota nº 24) de ser o sustentáculo teórico da experiência jurídica em sua faceta prática.

SÃO TOMÁS DE AQUINO revela-nos, na *Summa Theologica*, a problemática da passagem desta esfera teórica, da justiça enquanto valor, para a esfera prática, da justiça enquanto direito, na medida em que indaga o autor a quem se deve conferir o poder para se aplicar e executar a justiça, aos juízes ou aos legisladores? Possui S. TOMÁS três razões para conferir ao legislador tal poder:

“A primeira: é mais fácil encontrar uns poucos homens prudentes, capazes de legislar com acerto, de que muitos juízes, que tantos seriam necessários para julgar a multiplicidade dos casos particulares.

A segunda é que os legisladores consideram (ou devem considerar...) vagarosamente e com larga antecedência a matéria sobre que devem legislar. Ao passo que os juízes devem julgar casos emergentes (...).

91 RADBRUCH, op.cit., p.86

A terceira, enfim, é que os legisladores julgam em geral e para o futuro, ao passo que os juízes julgam do presente, e por isso se deixam freqüentemente arrastar de paixões, que lhe depravam o juízo (...).⁹²

De fato nem o próprio DEL VECCHIO, apesar de tentar unificar o direito e a justiça num só conceito, explicou e analisou satisfatoriamente, como assim nos ensina ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO, a passagem da justiça teórica para a justiça prática⁹³.

Em verdade sempre o grande problema não foi o simples conceituar do valor justiça, mas as implicações práticas de cada conceito, e seu reflexo na ordem jurídica, bem como a busca por métodos de criação de uma ordem jurídica que sempre se adegue ao valor.

Tocamos diretamente no problema da legitimidade, fala-nos ADEODATO:

“Note-se que o abandono de referências ontológicas torna difícil compreender o real alcance de um pensamento instancial contemporâneo sem que se estabeleçam paralelos ou mesmo identificações a doutrinas passadas, muitas vezes inadequadas ao nosso tempo. Isso pode dever-se a vários fatores, entre os quais vale destacar: 1) em sua maioria, as doutrinas instanciais contemporâneas apelam a categorias jusnaturalistas adaptadas à nova realidade, acentuando o conflito entre o direito natural e o positivo, caracterizando-se pela insatisfação com este último; 2) porque o jusnaturalismo se constitui numa das formas mais importantes que o pensamento instancial assumiu, historicamente, temos a conhecida confusão entre a espécie e o gênero; 3) a legitimidade parece reclamar uma idéia moral superior ao direito estabelecido quando o que ocorre é que

92 CORREIA, A. *Santo Tomás e o regime da lei*, in *Estudos Jurídicos em Honra de Soriano Neto*, v.I, org.Mário Guimarães de Souza... [et al.], Recife: MEC, 1959, p.147.

93 REALE, op.cit., p.144.

refere-se a conteúdos juridicamente determinados, tal como o jusnaturalismo tradicional.⁹⁴

As palavras do autor supracitado ganham em sentido na medida em que a busca da legitimidade do direito se transformou no problema crucial. KELSEN, na sua Teoria Pura, partiu de uma abstração dos valores e procurou fundamentos lógico-formais para o ordenamento⁹⁵. Em suma, mais do que nunca, o problema da fundamentação do direito faz-se presente e se constitui especialmente essencial ao estudo do valor denominado justiça, que por mais de dois mil anos é para os homens um desafio e uma fascinação a atrair a todos que intentaram arrostá-lo.

94 ADEODATO, J.M.L.: *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.27.

95 KELSEN, H.: *Teoria Pura do Direito*, trad. Dr. João Baptista Machado, Coimbra: Arménio Amado, 1976 no seu prefácio à segunda edição afirma: "O problema da justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica." (p.14), diz ainda o autor: "O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma." (p.267), conclui: "A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum." (p.269).

Bibliografia

- ADEODATO, J.M.L.: *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*, Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- ARISTÓTELES.: *Ética a Nicomano*, trad. D. Francisco Gallaca, Madrid: NuevaBiblioteca Filosófica, 1931.
- BEVILAQUA, C.: *Teoria Geral do Direito Civil*, ver. E atualizada por Caio Mário da Silva Pereira, Rio de Janeiro: Rio, F. Alves, 1980.
- BÍBLIA SAGRADA, traduzida de textos originais pelo Pontifício Instituto Bíblico de Roma, São Paulo: Paulinas, 1969.
- CASTRO JR. T. S.: *O direito natural aristotélico como "tópos" legitimador*, dissertação final, Recife: Mestrado UFPE, 1995.
- CORREIA, A.: *Santo Tomás e o regime da lei*, in *Estudos Jurídicos em Honra de Soriano Neto*, v.I, org. Mario Guimarães de Souza... [et al.], Recife: MEC, 1959.
- COULANGES, F. de: *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*, trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca, São Paulo: Hemus, 1975.
- DURANT, W.: *História da Filosofia: vida e idéias dos grandes filósofos*, v.I, trad. Godofredo Rangel e Monteiro Lobato, São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1938.
- DURKHEIM, E.: *As regras do método sociológico*, in *Obras escolhidas*, sel. José Arthur Giannotti, trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura... [et al.], São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- FROMM, E.: *Conceito Marxista do Homem e Manuscritos Econômicos e Filosóficos de Karl Marx*, trad. Ocavio Alves Velho, Rio de Janeiro: Zahar, 1975.
- GEERTZ, C.: *A interpretação das culturas*, Rio de Janeiro: Guanahara-Koogan, 1989.
- HABERMAS, J.: *Conhecimento e interesse*, Textos escolhidos/ Max Walter Benjamim: HORKHEIMER, T.W.; ADORNO; HABERMAS, J., trad. José Lins Grümewald... [et al.], São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- HELLER, H.: *Teoria del Estado*, trad. Luis Tobío, ed. y prólogo Gerhart Niemeyer, México: Fondo de Cultura Económica, 1971.
- HESSEN, J.: *Filosofia dos valores*, trad. e prefácio prof. L. Cabral de Moncada, Coimbra: Arménio Amado, 1980.
- HUBERMAN, L.: *História da Riqueza do Homem*, trad. Waltensir Dutra, Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 1986.
- JOLIVET, R.: *Curso de Filosofia*, trad. Eduardo Paulo de Mendonça, Rio de Janeiro: Agir, 1957.
- KANT, I.: *Fundamentação metafísica dos costumes*, Obras Escolhidas, sel. Marilena Chauí, trad. Tania Maria Bernkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho, São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- KARPLAN, D.; MANNERS, R.A.: *Teoria da Cultura*, trad. Zilda Kacelnik, rev. técnica Gilberto Velho, Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

- KELSEN, H.: Teoria Pura do Direito, trad. Dr. João Baptista Machado, Coimbra: Arménio Amado, 1976.
- LAHR, C.: Manual de Filosofia, Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1958.
- MALTHUS, T.R.: Princípios de economia política: e considerações sobre sua aplicação prática: Ensaio sobre a população, notas aos princípios... DAVID RICARDO, apes. E. Galvêas, trad. Regis de Castro Andrade, Dinah de Abreu Azevedo e Antonio Alves Cury, São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- MARX, K.: O capital, v.I, apes. J. Gorender, coord. e revis. Paul Singer, trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe, São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- MOREIRA ALVES, J. C.: Direito romano, v.I, Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- NIETZSCHE, F.: O nascimento da tragédia no espírito da música, in Obras incompletas, seleção de textos de Gerárd Lebrun, trad. E. notas de Rubens Rodrigues Torres Filho, São Paulo: Abril Cultural, 1987.
- Os pré-socráticos: fragmentos, doxografia e comentários/ seleção de textos e supervisão do prof. José Cavalcante de Souza; dados biográficos de Rembert Francisco Kuhnen; trad. de José Cavalcante de Souza... [et al.], São Paulo: Abril Cultural, 1985.
- PADOVANI, U.; CASTAGNOLA, L.: História da Filosofia, São Paulo: Melhoramentos, 1995.
- PLATON: La Republica, t. II, edição bilingue, trad. e notas, José Manuel Padon e Manuel Fernandez Galiano, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949.
- RADBRUCH, G.: Filosofia do direito, trad. e rev. prof. L. Cabral de Mendonça, Coimbra: Arménio Amado, 1974, p.40 e DEL VECCHIO, J.: La justicia, trad. Luis Rodriguez-Carriñas e César Sancho, prólogo de Quintiliano Saldaña, Madrid: Centro Editorial de Górgora, 1925.
- REALE, M.: Filosofia do Direito, v.II, São Paulo: Saraiva, 1978.
- REZENDE FILHO, G.J.R.: Curso de Direito Processual Civil, v.I, São Paulo: Saraiva, 1952.
- RICARDO, D.: Princípios de Economia política e tributação, introd. Piero Staffa, apes. Paulo Singer, trad. Paulo Henrique Ribeiro Sandroni, São Paulo: Abril Cultural, 1982.
- ROSSEAU, J.-J.: O contrato social, trad. Antônio de P. Machado, estudo crítico de Afonso Bertagnoli, Rio de Janeiro: Ediouro, 1969.
- SMITH, A.: A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas, v.I, introd. E. Cannan., apes. W.Fritsh, trad. Luís João Baraúna, São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- ULMANN, S.: Uma introdução à ciência do Significado, trad. J.A. Osório Mateus, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

A VONTADE DO CONSTITUINTE NA FORMAÇÃO DO JUIZ BRASILEIRO*

José Renato Nefini

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Diretor Adjunto da Escola Nacional da Magistratura.

SUMÁRIO

1. O que a Constituição quer? 2. O que está sendo feito?
3. O que pode vir a ser feito? 4. Conclusões.

1. O que a Constituição quer?

A Constituição do Brasil de 5.X.1988 tem um dos textos mais avançados quanto à *educação de juizes*. Conferiu *status* constitucional à *Escola da Magistratura* e em dois dispositivos contemplou-a expressamente.

Previu no artigo 93, uma *lei complementar*, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, que disporia sobre o *Estatuto da Magistratura*. E dentre os princípios a serem observados por esse diploma, constam:

1. *afereção do merecimento pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento*¹;

* Texto de apoio para intervenção oral no painel "A implementação do artigo 93, inciso II, alínea "c" e inciso IV, da Constituição da República", durante a 7ª Reunião de Diretores de Escola da Magistratura, realizada em Recife, Pernambuco, em 31.X.1997.

¹ Artigo 93, inciso I, alínea "c", da Constituição da República Federativa do Brasil.

2. *previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados, como requisitos para ingresso e promoção na carreira*².

O constituinte brasileiro se houve com boa técnica. Distinguiu a *preparação* do *aperfeiçoamento*. Preparar é transformar alguma coisa em outra. É habilitar alguém a se converter em outrem. É, no caso, fazer de um bacharel em direito um profissional dotado de especificidade toda própria: um juiz.

Aperfeiçoar é aprimorar, é tornar melhor. Prepara-se o que *não é*, a fim de que *seja*. Aprimora-se aquilo que *já é*. Como conseqüência, a *preparação é prévia*, o *aperfeiçoamento é posterior*. Um *prius*, o outros *posterius*. Anterioridade contida na própria etimologia da palavra: *preparar*, do latim *praeparare*, tem o sentido de dispor com antecedência³. Ambos – preparação e aperfeiçoamento – igualmente se inserem no conceito amplo de *formação*, que é um processo contínuo.

Inicia-se com a preparação e subsiste durante o curso todo de uma carreira ou, mesmo, de uma existência⁴.

Aparentemente óbvia a distinção. Entretanto é preciso insistir na obviedade. Pois o substitutivo proposto à Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário e ora em curso pela Câmara não soube separar *preparação* de *formação contínua* e ainda introduziu no tema, em sede inadequada, o conceito de *promoção*.

Uma outra observação se impõe. Enquanto o aperfeiçoamento pode ser confiado a *cursos reconhecidos*, a preparação há de ser tarefa de *curso oficial*. Ou seja: pode-se extrair da vontade constituinte que o processo de *preparação* de alguém para se tornar juiz deve ser encargo *indelegável*. É o próprio Judiciário que haverá de criar, estruturar e manter os *cursos oficiais de preparação à carreira*.

Missão de relevância tal, não é de ser relegada à discricionariedade da iniciativa privada. O *curso oficial* de preparação à carreira de juiz não se confunde com a atividade empresarial de preparação de candidatos aos concursos públicos. Atividade à qual não se pode atribuir a responsabilidade de transmitir aos candidatos à Magistratura, os valores e a cultura judicial de que a instituição é detentora. Os preparatorianos, em regra, são candidatos a qualquer das carreiras jurídicas, sujeitos à transmissão cerrada de informações a serem memorizadas, sem preocupação maior com a *ética* da Magistratura ou com os seus aspectos vocacionais e institucionais.

O Brasil vem descurando o aspecto principal no recrutamento de seus juizes: o *caráter*, a *personalidade*, a *vocação* do futuro magistrado. "Já De Castro, afirmava: 'MAIS QUE A ORGANIZAÇÃO, É A PERSONALIDADE DO JUIZ O FATOR CENTRAL PARA UMA SÁDIA VIDA DO DIREITO'. Pois, em definitivo, a independência nasce com o sentimento da própria valia e o convencimento da missão que se realiza pelo próprio juiz. Por isso, essa personalidade, esse juiz, há de reunir três valores:

1. **Vocacional.** Sem vocação ou entrega sem reservas, não há juiz apto;
2. **Intelectual.** Outro valor também pressuposto da qualidade do órgão judicial: o valor intelectual, mais que a estabilizada série de conhecimentos que qualquer juiz tenha, se refere, em pura

2 Artigo 93, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

3 O significado de operação *prévia* está em quase todos os sentidos do verbo *preparar*. Assim, o de *par em condições de atingir um objetivo, por em condições de servir, tornar apto, adaptar, apropriar, dispor com antecedência, pre-dispor, armar-se, aparelhar-se, apertar-se, ajustar-se, adaptar-se, informar pouco a pouco, por em condições de suportar, de enfrentar, adquirir preparo ou cultura, instruir-se*. (Dicionário Aurélio, p.1386).

4 *Aperfeiçoar* tem o sentido de tornar perfeito ou mais perfeito, concluir com esmero, perfazer ou completar o que estava incompleto, adquirir maior grau de instrução ou aptidão. *Aprimorar* é também tornar primoroso, *aperfeiçoar*, *esmerar*, *acompanhar de primor* (Dicionário Aurélio).

técnica de funcionalismo, a uma exigência determinante da virtualidade captatória daquilo que redunde no incremento de sua preparação;

3. **Psíquico.** É o último valor que se exige na referenciada noção da personalidade judicial. Remetendo à conhecida conjugação de virtudes que De Plaza incorporou ao ofício do julgador, se compõe esta caracterização com dotes de equilíbrio e normalidade de elementos pessoais, profissionais e sociais⁵.

Não se mostra prioritário insistir no conhecimento técnico-jurídico. Este, os candidatos assimilam na experiência, no auto-didatismo e nas inúmeras organizações voltadas a suprir as deficiências da Faculdade de Direito. Os valores humanos é que precisam ser detectados e, quanto a estes, os concursos falharam, continuam falhando e falharão ainda com intensidade maior, diante do crescimento uniformemente acelerado dos laureados em Direito a cada semestre.

Em síntese, o constituinte de 1988 explicitou ao Judiciário do Brasil o modelo de formação de juiz do qual os Tribunais não podem se afastar. Modelo baseado em uma formação prévia (ou preparação), que deve ser propiciada mediante a oferta de cursos oficiais. Só é um curso oficial aquele mantido pela própria instituição. E calcado em uma formação contínua, ou permanente, fase posterior à preparação e, aqui sim, podendo o Tribunal se socorrer das parcerias. Os cursos reconhecidos poderão ser ministrados pela Universidade, pelas instituições de ensino ou cultura, por organismos científicos, por organi-

5 LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA, "Juiz e Justiça Independentes", in MANUEL SANTAELLA LÓPEZ, "Ética de las Profesiones Jurídicas", servicio de publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid e Universidad Pontificia Comillas, 1995, Madrid, p. 425/426.

zações governamentais ou não-governamentais. Basta que seu conteúdo seja credenciado pelo Judiciário como satisfatório à destinação de aprimorar o juiz, inserindo-se num sistema de formação permanente dos quadros judiciais.

Conclui-se que o curso oficial, mantido pelo próprio Judiciário, é o produto de organismo que, se não for chamado Escola, guarda com ela evidente sinonímia. Chame-se ele Centro de Estudos, ou Setor de Recursos Humanos, ou até Comissão de Concurso. Se vier manter curso oficial de preparação à carreira de juiz, estará se dedicando a uma atribuição que é cometida, em todo o mundo, à Escola da Magistratura.

Esse o quadro normativo hoje regente do sistema brasileiro de recrutamento de juizes. A regra do recrutamento é o concurso público, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases⁶. O certame público privilegia, a um tempo, a feição aristocrática e democrática da seleção. Democrática, pois, em tese, todos os formandos em Direito estão aptos a se submeterem às provas. Aristocrática, pois, ainda em tese, apenas os melhores conseguirão ultrapassar tais barreiras.

O concurso é apontado como o sistema capaz de afastar o subjetivismo da cooptação, o clientelismo, o favoritismo e a proteção de apaniguados. Todavia, se ele é necessário a arredar tais males, ele não é suficiente para selecionar os melhores. O concurso não pode prescindir da preparação. E o Judiciário estará descumprindo com o seu dever constitucional se não vier a investir na adequada preparação, cuja receita constitucional é a manutenção de cursos oficiais. Cursos oficiais, enfatize-se. Não cursos meramente reconhecidos.

6 Artigo 93, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil.

2. O que está sendo feito?

Vigente a nova ordem constitucional, cuidou-se de implementar a normatividade incidente sobre a Magistratura. Os cursos de aperfeiçoamento têm sido frequentemente realizados. Alguns deles bastante consistentes, quais verdadeira pós-graduação acadêmica destinada com exclusividade aos juízes.

Em relação aos cursos de preparação, algumas experiências podem ser mencionadas.

São Paulo

São Paulo editou lei⁷ para converter o curso de preparação à carreira, realizado na Escola Paulista da Magistratura como *fase do concurso* de ingresso.

Foi auspicioso o surgimento dessa normatividade local, pois antecedido de consulta à comunidade universitária, objeto de aprofundados estudos e de intensa pesquisa à produção doutrinária mundial.

Forçoso é reconhecer que a implementação do curso não ocorreu como se idealizara. A pretensão de recapitular o bacharelado em alguns meses, o excesso de conteúdo, centrado na transmissão de doutrina, o número elevado de expositores, nem todos peritos na docência e, principal-

mente, o divórcio entre a Escola e a Comissão de Concurso, tudo contribuiu para minar o experimento.

Na verdade, o Tribunal de Justiça, na sucessão natural imposta pela transitoriedade nos cargos diretivos, abandonou a filosofia da formação, cultivada em passado recente durante dois biênios. Não mais assumiu o projeto de educação judicial como um dos objetivos prioritários das novas administrações. Não se acreditou no curso, muito menos se procurou realizá-lo com entusiasmo.

Críticas fundadas e outras menos⁸, levaram à pura revogação da lei pioneira, com evidente retrocesso para a antiga sistemática⁹. Apenas por eufemismo aceita-se fa-

7 Dentre as críticas procedentes, podem ser alinhadas: 1. Vantagem do concurso de ingresso ao Ministério Público, sem essa fase na Escola, sobre o concurso de ingresso à Magistratura. Muitos candidatos preferem disputar vaga para a carreira de Promotor de Justiça, pois nela não existe a dificuldade agravada de uma permanência de meses na Escola, com o risco de reprovação. 2. Inviabilidade de se detectar vocação durante esse estágio. 3. Fuga de candidatos já aprovados em outros concursos, como juízes de outras unidades da Federação, Promotores, Procuradores das Fazendas, Profissionais que, já postos à prova em outros concursos de análoga severidade, não querem se dispor a enfrentar novos e inesperados empecilhos quando pretendam mudar de carreira. Dentre as críticas improcedentes: 1. Custo excessivo da nova sistemática; auxílio-bolsa aos cursistas, pagamento a professores, imobilização do edifício da Escola, material, etc. 2. Prolongamento excessivo do concurso. 3. Elitismo no processo seletivo. Apenas aqueles profissionais providos de condições econômico-financeiras de subsistência poderão permanecer à disposição da Escola da Magistratura.

8 A Lei Estadual nº 9.351, de 30.4.1996, que revogou expressamente as Leis nº 7.818, de 23.4.1992 e 8.318, de 17.6.1993, estabelece: Artigo 1 - O Concurso de Ingresso na Magistratura da Justiça Comum será realizado pelo Tribunal de Justiça, em três fases: Prova de Seleção, Prova Escrita e Prova Oral, todas com caráter eliminatório, vedada nas duas primeiras fases, que haja a identificação do candidato na prova. § 1º - A Prova de Seleção consistirá em questões de múltipla escolha sobre cada uma das seguintes disciplinas: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Comercial, Direito Tributário, Conhecimentos Gerais e Língua Portuguesa. § 2º - A Prova Escrita constará de duas dissertações, uma sobre matéria civil e outra sobre matéria penal, além de questões discursivas a respeito de cada uma das demais disciplinas previstas no parágrafo anterior, excetuados Conhecimentos Gerais e Língua Portuguesa. § 3º - A Prova Oral versará sobre as disciplinas constantes do § 1º, excluídos Conhecimentos Gerais e Língua Portuguesa. Eliminou-se o Curso de Preparação e o curso de Iniciação Funcional, que já constava do regulamento da Escola Paulista da Magistratura, foi impropriamente denominado "Curso de Aperfeiçoamento". A única válvula contida na lei, em relação à preparação, está no seu artigo 5º - O Tribunal de Justiça poderá criar, a cargo da Escola Paulista da Magistratura, com caráter oficial, cursos de preparação à carreira e, como requisito para promoção, cursos de aperfeiçoamento. É uma válvula imperfeita, pois na Constituição, o curso de preparação à carreira é também requisito para ingresso à Magistratura.

9 A Lei Estadual nº 7.818, de 23.4.1992, que dispôs sobre o Curso de Preparação à Carreira de Juiz, da Escola Paulista da Magistratura, previa em seu artigo 1º que os candidatos aprovados em prova inicial de concurso de ingresso na Magistratura, em número não superior à metade dos cargos de Juiz Substituto, serão matriculados *ex-officio* no Curso de Preparação à Carreira de Juiz, ministrado pela Escola Paulista da Magistratura. Parágrafo único - O Curso de Preparação à Carreira de Juiz terá duração máxima de seis meses. Artigo 2º - Para ser admitido às demais provas do concurso de ingresso na Magistratura, o candidato deverá apresentar certificado de conclusão do Curso de Preparação à Carreira de Juiz, com aproveitamento. Parágrafo único - O certificado a que se refere este artigo será válido por 2 anos. Artigo 3º - Os candidatos matriculados no Curso farão jus à bolsa de estudos de valor correspondente a 50% dos vencimentos de Juiz Substituto não-vitalício. Posteriormente, a Lei nº 8.318, de 17.6.1993, alterou dispositivos da Lei nº 7.818/92, para aumentar o número de candidatos admitidos ao Curso de Preparação à Carreira de Juiz, que passou a equivaler ao dos cargos de Juiz Substituto.

lar em uma *nova sistemática*, quando o que se constata da lei estadual vigente é: 1. eliminação do *curso de preparação* como *requisito* de ingresso à carreira; 2. intenção de facilitar a correção das provas, mediante utilização de testes de múltipla escolha; 3. desconhecimento do que seja a *iniciação funcional*, de tão bons resultados na própria Escola da Magistratura, para batizar esse treino operacional específico de *curso de aperfeiçoamento* "a que se refere o artigo 93, inciso IV, da Constituição da República"¹⁰. Como se o inciso IV do artigo 93 da Carta Magna contemplasse um único modelo de curso e não o gênero abrangente de muitas espécies e modalidades de se aprimorar o juiz.

O constituinte reconheceu a necessidade de um curso de preparação: aquele *oficial*, a cargo do próprio Judiciário. Mas admitiu *multiplicidade* de formas de aperfeiçoamento. Tanto que, para estes, permitiu o *reconhecimento*, pelo Judiciário, daquelas modalidades exploradas pela Universidade, instituições e demais organismos. Desde que possam contribuir para a melhoria do juiz e dos serviços judiciais.

Hoje, em São Paulo, não há *curso oficial de preparação* à carreira de juiz. O treino do candidato a concurso da Magistratura fica a cargo de inúmeros cursos mantidos por particulares, desenvolvendo a capacidade mnemônica do concorrente para disputar uma das vagas em qualquer das áreas do vasto rol dos cargos destinados aos profissionais do Direito.

Rio Grande do Sul

A situação de certa homogeneidade intelectual dos gaúchos, a dimensão da Magistratura no extremo sul, permitindo um trato mais racional da carreira, a posição

tradicionalmente pioneira do pessoal de fronteira, tudo isso já convertera o Judiciário gaúcho num dos postos avançados da Justiça brasileira.

Também no tema *preparação* do juiz o Rio Grande do Sul inovou.

A Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul foi instituída pela AJURIS – Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul, mas veio a ser oficializada pelo Tribunal de Justiça do Estado¹¹. Dentre suas finalidades, consta a de preparar, doutrinária e tecnicamente, candidatos a ingresso na Magistratura¹². E a isso se dedicou desde a sua criação.

Depois de analisar a desditosa experiência paulista, o Tribunal de Justiça gaúcho adotou estratégia de recrutamento preservadora de alguns bons intentos. Aprimoramento a parcela exitosa da iniciativa bandeirante, resolveu incluir o estágio na Escola Superior da Magistratura como parte integrante do concurso. Mas assegurou a possibilidade de realização de concursos também na sistemática antiga. Tudo a critério do Tribunal que, em cada caso, consideradas as circunstâncias do momento, adotará uma ou outra maneira de selecionar seus novos juizes. Ainda não atingiu o estágio ideal de se exigir a conclusão do curso de preparação como *requisito* de ingresso à Magistratura, como pretendeu o constituinte.

Do exame do Regulamento do Curso de Preparação à Magistratura do 2º semestre de 1987, verifica-se que ele terá a duração mínima de 720 horas-aula, desenvolvendo-se em dois semestres. Há um teste de seleção dos candidatos, sempre em número superior ao de vagas e esse teste afere conhecimentos jurídicos, envolvendo

10 Artigo 3º da Lei Estadual Paulista nº 9.351, de 30.4.1996.

11 Resolução do Órgão Especial do TJRS constante da ata da 19ª Sessão Extraordinária de 27.10.1980, publicada no Diário da Justiça nº 221, de 18.11.1980.

12 Artigo 2º, alínea "b", do Regimento Interno da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul.

questões objetivas em número de vinte, distribuídas em cinco disciplinas: Direito Constitucional, Administrativo, Comercial, Civil e Penal e, além disso, conhecimento de Língua Portuguesa, por meio de redação. Português integra ambos os níveis do Curso, enquanto a prática e sentença penal e civil constituem disciplina do nível II.

Em ambos os níveis também haverá disciplinas sem avaliação, destinadas a estudos complementares. O certificado de aproveitamento é considerado título para o candidato a concurso.

A flexibilidade gaúcha em termos de seleção vai ao ponto de já ter sido contratada, em concursos passados, uma empresa para realizar as provas. É um *aggiornamento* que se faz de um arcaísmo que, pese embora tenha produzido bons frutos – a excelência qualitativa dos antigos e atuais magistrados – já pode ser substituído por fórmulas mais modernas de busca de quadros. Qualquer *head hunter*¹³ sabe que uma tarefa nevrálgica, ou seja, aquela de reposição do material humano, precisaria estar confiada a um setor permanente, ou seja, um Departamento de Recursos Humanos. Somente o Judiciário ainda não acordou para o empirismo de seus métodos, medievais e artesanais. O que nada significaria, não fora a vulnerabilidade dos critérios adotados e a ineficácia crônica no detectar as verdadeiras vocações.

A trajetória gaúcha está em pleno curso. Aguarda-se a consolidação, que poderá sinalizar direção às demais unidades federadas, aplainados os obstáculos e com a eficiência de uma via já trilhada.

13 O *head hunter*, ou *caçador de cabeças*, é o profissional encarregado de recrutar os melhores executivos para a empresa privada. Não consta que esse especialista tenha tido problemas, malgrado o descrédito da Universidade brasileira, quando se trata de encontrar um profissional de Direito com os predicados exigidos pelo grande capital.

Minas Gerais

Minas Gerais sabe distinguir entre *preparação* e *aperfeiçoamento*. Chegou a um modelo intermediário bastante interessante, pois propicia a *formação inicial* tanto aos Juizes-Estagiários logo após aprovação em concurso, como aos candidatos aprovados, mas ainda não nomeados¹⁴.

Esse *curso de formação inicial* com duração prolongada – mínimo de 6 meses – e de conteúdo consistente, não se preocupa apenas com a transmissão de doutrina, senão oferece treino operacional pragmático e cuida de avaliação e acompanhamento psicológico, a par de aprofundamento na investigação social e moral.

Os cursistas interagem com os professores e orientadores de estágio, pois durante a realização do curso, a avaliação será periodicamente discutida com o Juiz-Estagiário, a fim de propiciar, sempre que necessário, a correção dos procedimentos do Curso e a mudança de atitudes do Juiz-Estagiário¹⁵.

14 Resolução nº 291/95 - Regulamento da Escola Judicial "Des. Edésio Fernandes", aprovada em sessão da Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais de 29.11.1995, dedica o Capítulo VIII ao Curso de Formação Inicial. Os Juizes-Estagiários, desde a nomeação, fazem jus aos vencimentos e às vantagens do cargo (artigo 25, § 2º) e os candidatos aprovados, na condição de estagiários, receberão bolsa-de-estudos correspondente a 50% do valor dos vencimentos mensais do Juiz Substituto, ficando sujeitos à frequência regular de todas as atividades do Curso - artigo 27, § 3º. Se vierem a ser aprovados no Curso de Formação Inicial, os estagiários serão nomeados para o cargo de Juiz de Direito Substituto - artigo 26, § 4º. Incumbe ao Diretor da Escola, ouvido o Conselho Consultivo, estabelecer, antes do início de cada Curso: I - o período de realização e o cronograma detalhado do Curso, assegurada a duração mínima de 6 meses; II - o currículo do Curso, os programas e a carga horária de cada disciplina e dos estágios; III - o critério de apuração da frequência e a sistemática de avaliação do aproveitamento dos Juizes-Estagiários; IV - a sistemática de avaliação e acompanhamento psicológico dos Juizes-Estagiários; V - a sistemática de aprofundamento da investigação da investigação a que serão submetidos os Juizes-Estagiários, nos aspectos moral e social - artigo 27 da Resolução. O Curso constará de aulas teórico-práticas, estágios, conferências, painéis, seminários, júris simulados, audiências simuladas, visitas e outras atividades afins, trabalhos de acompanhamento e avaliação psicológica - artigo 28, desenvolvendo-se em 480 horas-aula de 50 minutos cada e 360 horas de estágio. A avaliação se faz mediante provas, escritas ou orais, monografias e outros trabalhos escritos, relatórios de estágios, participação nas atividades, debates e painéis.

15 Artigo 37, § 3º, da Resolução 291/95.

O entusiasmo do eminente Professor RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIÚZA em relação a essa experiência é contagiante. Espera-se que ela venha a significar passo inicial para a implantação de um *Curso de Preparação em sentido estrito*, necessariamente prévio ao concurso.

Vê-se ainda no modelo atual, a potencialidade de alguns riscos, pois o Juiz-Estagiário já foi nomeado e faz jus a vencimentos e a todas as demais vantagens do cargo. Está prevista na Resolução 291/95 a dispensa do Juiz-Estagiário que não vier a obter aprovação no Curso de Formação Inicial¹⁶. Conhece-se, todavia, a tendência natural à absorção do juiz já nomeado, o traumatismo da dispensa e a imprevisibilidade de uma demanda judicial proposta pelo pretense prejudicado, que poderá questionar critérios de avaliação e outros temas sempre suscetíveis de discussão.

A convivência entre Juiz-Estagiário e Estagiário não-Juiz também pode gerar certo desconforto entre o primeiro, já provido das garantias do cargo e o segundo, não aprovado no mesmo concurso.

Essa ponderação se faz com o único intuito de contribuir para o aprimoramento do sistema, sem deixar de se reconhecer o inegável mérito dessa visão lúcida e racional da gente mineira.

Paraíba

A Escola Superior da Magistratura da Paraíba – ESMA, foi criada pela Resolução 05/83 do Tribunal de Justiça em 21 de setembro de 1983. Uma de suas

finalidades é ministrar cursos de preparação ao ingresso na magistratura de carreira¹⁷. E o certificado de aproveitamento em curso de preparação ao ingresso na Magistratura de carreira corresponderá ao título de habilitação em curso oficial para efeito de inscrição no concurso de Juiz de Direito¹⁸.

Nada obstante, o aproveitamento no curso de preparação não constitui *requisito* para inscrição no concurso de ingresso à carreira. Verifica-se evolução no tratamento conferido ao curso de preparação, entre o regimento interno, de 1985, e o regulamento de 2 de junho de 1997¹⁹. Pois aqui se introduziu o Português Jurídico, disciplina dos dois níveis do curso, assim como o Latim Jurídico e os Módulos Especiais do nível II.

Ceará

No Estado do Ceará, os planos para a adoção de um *Curso de Preparação* à carreira vêm sendo discutidos à luz da experiência paulista, mineira e gaúcha. A ESMEC fez sugestão ao Tribunal de Justiça de realização de um curso de aulas teóricas e práticas, com duração mínima de três meses, podendo o prazo ser dilatado ou reduzido, diante das necessidades de exercício pleno dos Juízes cursistas.

Ao término do curso, a Diretoria da Escola da Magistratura emitiria parecer sobre o desempenho de cada

17 Artigo 2º, inciso II, do artigo 2º da Resolução 05/83.

18 O artigo 4º da Resolução 05/83 dispõe: O certificado de aproveitamento em curso de preparação ao ingresso na Magistratura de carreira, com o mínimo de 720 horas-aula, corresponderá ao título de habilitação em curso oficial para efeito de inscrição no concurso de Juiz de Direito (artigo 78, § 1º, da LOMAN).

19 O Regulamento do Curso de Preparação à Carreira do Juiz, de 2 de junho de 1997, foi elaborado pelo Desembargador RIVANDO BEZERRA CAVALCANTI, Diretor da ESMA e pelo Coordenador Prof. HARRISON TARGINO. A ESMA da Paraíba já possui *home page* na Internet, entrando ao ar no dia 31 de outubro de 1997, ao lado das Escolas da Magistratura do Rio Grande do Sul, de Pernambuco e de São Paulo.

16 Dispõe o artigo 37, § 5º, da Resolução 291/95 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: A aprovação ou não-aprovação do Juiz-Estagiário será comunicada pelo Diretor da EJEJ à Presidência do Tribunal, ficando os aprovados à disposição daquela Presidência para sua designação, a fim de que iniciem sua atividade jurisdicional, determinando o Presidente, relativamente aos não-aprovados, as providências previstas no art. 192, § 3º, da Lei Complementar nº 38, de 13.2.1995.

Juiz Substituto com vistas ao processo avaliatório, por ocasião do vitaliciamento.

A proposta é acompanhada de sínteses quanto à estrutura dos cursos mantidos pelas demais unidades federadas citadas. Além das disciplinas jurídicas, alvitrase inclusão de Psicologia Forense, Organização Judiciária, Administração do Fórum e do Foro, Informática Jurídica, Deontologia Forense, Português Instrumental e Técnica de Redação de Sentença.

O curso de preparação não é condição para ingresso à Magistratura, mas para a investidura no cargo. Assim, dentre os requisitos para a investidura no cargo de juiz no Estado do Ceará, consta a apresentação de documento comprobatório de curso oficial de preparação para a magistratura, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC.

Rondônia

A Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON²⁰, mantida pelo Tribunal de Justiça, tem, dentre seus objetivos, preparar, doutrinária e tecnicamente, os candidatos a concursos de ingresso na magistratura²¹.

O Regulamento do Curso de Preparação de 1997 sublinha o objetivo de "preparar, doutrinária e tecnicamente, os profissionais do Direito interessados pelo ingresso na Carreira da Magistratura e capacitar o futuro Magistrado, pelo exercício de raciocínio jurídico, a apreender e valorizar o fato e a inserir, no plano do Direito, as soluções exigidas pela problemática contemporânea"²². Incluiu Direito Agrário e Deontologia do Magistrado, esta sem avaliação em suas áreas de ensino.

20 A EMERON foi instituída pelo Tribunal de Justiça de Rondônia por Resolução nº 11, de 20.8.1986, prevista no artigo 134 da Lei Complementar 94, de 3.11.1993, teve seu estatuto oficializado pela Resolução 18/96, de 18.10.1996.

21 Artigo 2º, inciso II, e artigo 3º, inciso II, do Estatuto oficializado pela Resolução 18/96.

22 Regulamento de 1997 do Curso de Preparação para o concurso de ingresso na carreira da Magistratura, de 5 de fevereiro de 1997, firmado pelo Desembargador DIMAS RIBEIRO DA FONSECA, Diretor da EMERON.

A conclusão do curso habilitará o aluno a obter um certificado que, a teor do disposto no artigo 78, § 1º, da LOMAN, constituirá título em concurso de ingresso.

Acre

A Escola Superior da Magistratura, órgão de apoio ao Tribunal de Justiça²³ do Acre mantém um curso de preparação para ingresso na Magistratura, com duração mínima de 602 horas. Esse curso destina-se a preparar tecnicamente os interessados para ingresso na carreira da Magistratura, aprimorando-lhes os conhecimentos práticos e o raciocínio jurídico e a fornecer título de habilitação para inscrição em concurso²⁴.

O desenvolvimento do curso se faz em três módulos mais seminários jurídicos. Nos dois primeiros módulos estão as disciplinas eminentemente jurídicas. No terceiro módulo, português instrumental para magistrados, hermenêutica, linguagem forense e Deontologia do Magistrado. Os Seminários Jurídicos versarão sobre Juizados Especiais, Organização Judiciária, Psicologia Forense e Direito da Infância e da Adolescência.

As aulas visarão ao desenvolvimento do tirocínio jurídico e do conhecimento prático da atividade jurisdicional. A metodologia a ser utilizada consistirá no desenvolvimento de atividades teórico-práticas através de aulas nas quais se estimule o concurso intelectual do aluno, na análise de casos e nos debates, para aplicação dos seus conhecimentos teóricos e conseqüentemente afirmação de seu potencial individual²⁵.

23 Artigo 308 da Lei Complementar do Estado do Acre nº 47, de 22.11.1995.

24 Artigo 1º do Regulamento do III Curso de Preparação ao ingresso na Magistratura, com início em 5 de maio de 1997 e duração de 8 meses, fazendo expressa menção ao artigo 93, inciso IV da Constituição da República e artigo 78, § 1º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

25 Artigo 9º, parágrafos 1º e 2º, do Regulamento do III Curso de Preparação ao Ingresso na Magistratura, elaborado pelo Desembargador JERSEY PACHECO NUNES, Diretor da Escola Superior da Magistratura do ACRE e pela Supervisora Didática Dra. MARIA CEZARINETE DE SOUZA AUGUSTO ANGELIM.

Juiz Substituto com vistas ao processo avaliatório, por ocasião do vitaliciamento.

A proposta é acompanhada de sínteses quanto à estrutura dos cursos mantidos pelas demais unidades federadas citadas. Além das disciplinas jurídicas, alvitrase inclusão de Psicologia Forense, Organização Judiciária, Administração do Fórum e do Foro, Informática Jurídica, Deontologia Forense, Português Instrumental e Técnica de Redação de Sentença.

O curso de preparação não é condição para ingresso à Magistratura, mas para a investidura no cargo. Assim, dentre os requisitos para a investidura no cargo de juiz no Estado do Ceará, consta a apresentação de documento comprobatório de curso oficial de preparação para a magistratura, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC.

Rondônia

A Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON²⁰, mantida pelo Tribunal de Justiça, tem, dentre seus objetivos, preparar, doutrinária e tecnicamente, os candidatos a concursos de ingresso na magistratura²¹.

O Regulamento do Curso de Preparação de 1997 sublinha o objetivo de "preparar, doutrinária e tecnicamente, os profissionais do Direito interessados pelo ingresso na Carreira da Magistratura e capacitar o futuro Magistrado, pelo exercício de raciocínio jurídico, a apreender e valorizar o fato e a inserir, no plano do Direito, as soluções exigidas pela problemática contemporânea"²². Incluiu Direito Agrário e Deontologia do Magistrado, esta sem avaliação em suas áreas de ensino.

20 A EMERON foi instituída pelo Tribunal de Justiça de Rondônia por Resolução nº 11, de 20.8.1986, prevista no artigo 134 da Lei Complementar 94, de 3.11.1993, teve seu estatuto oficializado pela Resolução 18/96, de 18.10.1996.

21 Artigo 2º, inciso II, e artigo 3º, inciso II, do Estatuto oficializado pela Resolução 18/96.

22 Regulamento de 1997 do Curso de Preparação para o concurso de ingresso na carreira da Magistratura, de 5 de fevereiro de 1997, firmado pelo Desembargador DIMAS RIBEIRO DA FONSECA, Diretor da EMERON.

A conclusão do curso habilitará o aluno a obter um certificado que, a teor do disposto no artigo 78, § 1º, da LOMAN, constituirá título em concurso de ingresso.

Acre

A Escola Superior da Magistratura, órgão de apoio ao Tribunal de Justiça²³ do Acre mantém um curso de preparação para ingresso na Magistratura, com duração mínima de 602 horas. Esse curso destina-se a preparar tecnicamente os interessados para ingresso na carreira da Magistratura, aprimorando-lhes os conhecimentos práticos e o raciocínio jurídico e a fornecer título de habilitação para inscrição em concurso²⁴.

O desenvolvimento do curso se faz em três módulos mais seminários jurídicos. Nos dois primeiros módulos estão as disciplinas eminentemente jurídicas. No terceiro módulo, português instrumental para magistrados, hermenêutica, linguagem forense e Deontologia do Magistrado. Os Seminários Jurídicos versarão sobre Juizados Especiais, Organização Judiciária, Psicologia Forense e Direito da Infância e da Adolescência.

As aulas visarão ao desenvolvimento do tirocínio jurídico e do conhecimento prático da atividade jurisdicional. A metodologia a ser utilizada consistirá no desenvolvimento de atividades teórico-práticas através de aulas nas quais se estimule o concurso intelectual do aluno, na análise de casos e nos debates, para aplicação dos seus conhecimentos teóricos e conseqüentemente afirmação de seu potencial individual²⁵.

23 Artigo 308 da Lei Complementar do Estado do Acre nº 47, de 22.11.1995.

24 Artigo 1º do Regulamento do III Curso de Preparação ao ingresso na Magistratura, com início em 5 de maio de 1997 e duração de 8 meses, fazendo expressa menção ao artigo 93, inciso IV da Constituição da República e artigo 78, § 1º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

25 Artigo 9º, parágrafos 1º e 2º, do Regulamento do III Curso de Preparação ao Ingresso na Magistratura, elaborado pelo Desembargador JERSEY PACHECO NUNES, Diretor da Escola Superior da Magistratura do ACRE e pela Supervisora Didática Dra. MARIA CEZARINETE DE SOUZA AUGUSTO ANGELIM.

Outros Estados

As demais unidades federadas ainda não implementaram um *curso de preparação oficial*, como *requisito* de ingresso à carreira. Era essa a intenção do Rio de Janeiro. Também se acenou com a implantação no Ceará, que voltou atrás diante do insucesso paulista. A Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas está a estudar o regulamento dos Cursos de Preparação à carreira de magistrados²⁶.

É importante lembrar que a manutenção de *curtos de preparação* competindo com os denominados *cursinhos* e deles nada diferindo, não atende à intenção do constituinte brasileiro. Certamente inspirado pela necessidade de se proceder a mais acurada pesquisa seletiva de pessoal para exercer a jurisdição, quis tornar a *preparação* obtida em *curso oficial*, um *requisito essencial* para ingressar na Magistratura. Ou seja, já não basta a formação contínua, transmitida em pleno exercício funcional. A preparação do juiz é acadêmico-profissionalizante e se fará por forma tradicional: um curso especializado.

3. O que pode vir a ser feito?

Adentra-se, finalmente, no tema do painel. Como implementar a intenção constituinte da alínea "c" do inciso II e do inciso IV, ambos do artigo 93 da Constituição da República?

A primeira preocupação deve ser com o *curso de preparação*. Não se pode mais correr o risco de recrutar, para a Magistratura, o não vocacionado. O Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Diretor da Escola Nacional da Magistratura, vem pregando a

26 É a informação transmitida por fac-símile pelo Prof. CARLOS BARROS MÉRO, Coordenador de Cursos da ESMAL - Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas.

necessidade de se priorizar a *preparação*, para se alcançar melhor *seleção*. Depois de salientar a importância do planejamento com especial relevo conferido ao elemento humano, assevera: "*Se isso ocorre no plano das administrações pública e privada, com maior razão é de ser observada em relação ao juiz, para cuja missão, delicada, difícil, árdua e complexa, se exige uma série de atributos especiais, não se podendo admitir a sujeição dos interesses individuais, coletivos e sociais, cada vez mais sofisticados e exigentes, a profissionais não raras vezes sem a qualificação vocacional que o cargo exige, recrutados empiricamente por meio de concursos banalizados pelo método da múltipla escolha e pelo simples critério do conhecimento científico*"²⁷. A Constituição cidadã chega ao seu décimo ano de vigência. Já passou até, o momento de se extrair dela conseqüências concretas que só tornarão o Judiciário mais eficiente, apto a vencer desafios, efetivamente prestador de serviços e respeitado.

Os Tribunais precisam assumir que suas escolas não constituem departamentos desprovidos de importância, mas devem ser *usinas de criação* da doutrina e da *práxis* de uma nova Justiça. É a escola a sede ideal para a realização do concurso de ingresso, após o curso oficial de preparação dos candidatos, por mais recalcitrantes sejam as vozes ultrapassadas dos adeptos do velho concurso.

A Escola é parte integrante do Judiciário. As Comissões eleitas periódica e transitoriamente não podem impregnar-se de uma *cultura da seleção* do juiz, fruto de amadurecimento de reiterada e aprofundada reflexão.

Os *curtos oficiais* se destinam a *detectar vocações*, e não a *ministrar conhecimentos*. Por isso mesmo, não

27 Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, "A formação e o aperfeiçoamento do magistrado contemporâneo", exposição apresentada em 30.8.1997, no XIV Seminário Roma-Brasília, ainda no prelo.

competem com os inúmeros *cursinhos* em funcionamento. Estes continuarão a existir, nada obstante a implementação do *curso oficial de preparação à carreira*. Curso de convívio e propiciador de auto-conhecimento, mas também de apreensão, de parte dos juízes mais experientes, dos atributos humanos dos possíveis futuros colegas.

É a *vocação*, o *interesse pela instituição*, a *formação humanística* – humildade, sensibilidade, equilíbrio, tolerância, conhecimento de vida e solidariedade para com os semelhantes – que devem prevalecer na avaliação do candidato. Um pouco de bom senso, um pouco de tolerância, muito de humildade e bom humor e o ser humano terá o essencial para se transformar num juiz bem sucedido.

A justiça Estadual comum ainda não cumpriu integralmente a dicção constitucional a respeito da *educação de juízes* em nenhum Estado da Federação. Nem o fez a Justiça Federal, seja comum ou especializada. E, no entanto, o constituinte foi tão explícito ao acenar com a necessidade de uma *preparação*, para que a seleção se faça de maneira mais racional.

Cuidaram as Escolas da Magistratura, de maneira preferencial, do aperfeiçoamento. E obtiveram inegável sucesso. Impõe-se um novo desafio. O êxito obtido na realização dos cursos aprimadores pode auxiliar na formulação de uma estratégia de implementação eficiente da preparação. Cada Tribunal, cada Escola, cada Estado membro, precisará meditar sobre a *filosofia* dessa preparação. Pois de nada valerá estruturá-la de maneira análoga à dos *cursinhos* preparatórios. Estes treinam indistintamente o candidato a emprego na profissão jurídica. É algo diverso o de que o Judiciário brasileiro está a necessitar.

E mesmo o aperfeiçoamento admitirá *saltos qualitativos*. A realidade da *formação contínua* do juiz mais abrangente do que a realização de seminários, simpósios, debates, ciclos, jornadas e encontros. Estes são

importantes. Mas um universo novo descortina-se em termos de educação.

Ainda agora, o Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA está empenhado na implementação da *pós-graduação virtual*, via *Internet*²⁸, possibilitando ao juiz brasileiro acesso a fontes inesperadas de conhecimento.

O juiz não possui condições de se submeter à escolaridade convencional, frequentando aulas na sede da Universidade, participando de seminários, principalmente quando situado em comarca distante. O Juiz CARLOS FERNANDO MATHIAS DE SOUZA, especialista em educação, elaborou consistente trabalho onde procedeu à análise da viabilidade de adoção desse esquema de *educação à distância*, hoje acolhido pela nova Lei brasileira de Diretrizes e Bases. Distinguindo entre *educação aberta e ensino à distância*, preleciona MATHIAS: "...a *educação aberta* aparece como *alternativa de solução*, permitindo o livre acesso aos serviços educacionais, vencendo os preconceitos, a seletividade e até mesmo o elitismo tão perniciosos à desejável distribuição justa dos chamados bens culturais, ensejando a volta à escola (dentro da linha de educação permanente), de pessoas que por sua ocupação já não tenham tempo disponível em horários ditos normais, para se dedicarem ao aprendizado. Observe-se, agora, que a *educação aberta e à distância* pressupõem tecnologias modernas, novas estratégias de ensino-aprendizagem e combinação de multi-meios"²⁹.

28 *Internet* é um conjunto de redes de computadores interligadas pelo mundo inteiro, que têm em comum um conjunto de protocolos e serviços, de forma que os usuários a ela conectados podem usufruir de serviços de informação de alcance mundial.

29 CARLOS FERNANDO MATHIAS DE SOUZA, "O que é a educação aberta e ensino à distância", elaborado para a ESCOLA NACIONAL DA MAGISTRATURA, em outubro de 1997.

A possibilidade de um curso em *espaço virtual* de logo significa multiplicação dos efeitos da aprendizagem. Acesso de todos à cultura acadêmica e profissionalizante. Economia de tempo e de recursos. Essa via tem todas as condições de estar disponível em breve, revolucionando os conceitos de pós-graduação para magistrados.

Nada impede que a navegação pelas infovias torne mais efetiva a comunicação entre as diversas escolas, de maneira que todas tomem conhecimento, em tempo real, dos trabalhos desenvolvidos pelas demais.

Em síntese, há um campo largo a se descortinar dentre as potencialidades do aperfeiçoamento de juízes. Em relação a essa tarefa das Escolas, já dizia RUIZ PÉREZ: "*Outros propósitos devem alentar também estes centros. Não de constituir-se em institutos permanentes de formação mais avançada para os juízes que já exercem sua profissão. Deverão organizá-los em grupos de trabalho, propiciando o labor de investigação em disciplinas jurídicas e sociais, mantendo viva a inquietude de perfeição e afã de estudo dos profissionais. Os contatos e intercâmbios que devem manter-se de maneira continuada com outros centros similares do estrangeiro, facilitarão este labor e contribuirão decisivamente à elevação do nível cultural e técnico de juízes e magistrados*"³⁰.

Sem que se abandone, muito ao contrário, a experiência do aperfeiçoamento, a tônica há de, agora, voltar-se à *preparação*. Esta é que construirá o futuro

30 JOAQUÍN S. RUIZ PÉREZ. "Juez y Sociedad" Editorial Temis S/A, Bogotá-Côlumbia, 1987, p. 45. Quanto aos convênios internacionais, enfatize-se o avanço conferido à área pelo Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, que já celebrou convênios com a Escola Nacional da Magistratura da França, como Centro de Estudos Judiciários de Portugal, com a Academia de Direito Europeu de Trier, na Alemanha e com o Centro de Estudos mantido pelo Conselho Superior da Magistratura Italiana em Frascati, Itália. Várias experiências internacionais bem sucedidas já se incluem dentre as conquistas da Escola Nacional da Magistratura.

magistrado, que na visão desse notável pensador e educador que é o Conselheiro ARMANDO LEANDRO, "*se deseja atento e rigoroso nas suas percepções, prudente e tolerante nas suas apreciações, profundo na argumentação e na motivação das decisões, criativo e responsável na solução de cada caso concreto*"³¹.

É a responsabilidade de cada um de nós que está sendo chamada a atuar na definição de rumos da educação judicial no Brasil, neste momento em que a História e a comunidade cobram, e com prazo marcado e prestes a vencer, um repensar dos sistemas e administração de Justiça.

Atente-se a que o notável CARNELUTTI já afirmava: "*O juiz é a figura central do direito. Um ordenamento jurídico se pode pensar sem leis, mas não sem juízes*"³². Não acordar para isso, e não tirar as conseqüências inevitáveis – uma real preocupação e maior empenho na implementação de fórmulas para renovar a seleção, mediante a preparação prévia do candidato a juiz – pode custar ao Judiciário Brasileiro a sua natureza de *poder de Estado*.

Pois não há maneira mais fácil de se debilitar uma instituição, do que miná-la aos poucos, mediante métodos arcaicos e ineficientes de renovação de seus quadros humanos.

4. Conclusões

A Constituição do Brasil reservou tratamento de relevo ao tema **educação de juízes** e previu a **Escola da Magistratura** como o **locus** ideal para a **formação inte-**

31 ARMANDO GOMES LEANDRO. "Formação de Magistrados em Portugal". RT, SP, 715/328.

32 FRANCESCO CARNELUTTI, apud HÉCTOR FIX ZAMUDIO, "Selección y nombramiento de jueces" in "Towards a Justice with a human face", Kluwer, 1978, p. 454.

gral dos magistrados, incluindo sua **preparação**, sempre anterior ao concurso, a **formação inicial**, destinada a habilitá-lo ao exercício da jurisdição e a **formação permanente**, preordenada a aprimorá-lo no desempenho funcional.

Ao qualificar de **oficial** o curso de **preparação** à carreira, pretendeu o constituinte cometê-lo diretamente ao Poder Judiciário, sem possibilidade de delegação. Já o **aperfeiçoamento** pode ser objeto de curso **reconhecido**, estimulada a parceria entre os Tribunais e a Universidade, Associações de Classe, demais instituições e organismos interessados na formação acadêmica e profissionalizante.

Enquanto as Escolas da Magistratura demonstraram singular desenvoltura na implementação do **aperfeiçoamento**, as iniciativas direcionadas à **preparação** ainda se mostram tímidas e estão a reclamar efetividade maior no atendimento da intenção constitucional.

A **preparação do juiz** não se confunde com o treino do candidato para vencer o obstáculo das provas, centrando-se na acumulação de informações e na memorização de doutrina e jurisprudência. **Preparar** alguém para julgar é provê-lo de responsabilidade **ética** e de consciência **institucional**, mediante lapidação de atributos que a seleção empírica dos concursos não consegue detectar.

O curso de **preparação à carreira** não pode ser supletivo da formação acadêmica a cargo da Faculdade de Direito, nem alimentar a pretensão de rever, no lapso temporal limitado a que ele se reserva, todo o conteúdo das matérias jurídicas ministradas durante o bacharelado.

Enquanto não se apreender adequadamente a filosofia da **preparação à carreira**, os cursos a ela preordenados, ainda que oficiais, não se distinguirão dos preparatórios a concursos para toda e qualquer profissão do Direito, desvinculados de maior preocupação com os aspectos **éticos** e **institucionais** da Magistratura.

É tendência universal do Judiciário a profissionalização do juiz, mediante sistema eficiente de preparação de seus quadros. Somente a formação integral do magistrado, iniciando-se previamente ao ingresso e continuando por toda a carreira, o qualificará a vencer os desafios postos pela globalização e pela redefinição dos papéis tradicionalmente confiados ao Estado, dentre os quais o de realizar a Justiça.

Se o Judiciário não implementar em plenitude o avançado texto constitucional de 1988 em relação à **educação de juizes**, corre o risco de flagrante retrocesso. E este não é remoto, a considerar o teor do substitutivo à Emenda Constitucional 96, de 1992, quanto à Reforma da Justiça Brasileira.

1. Princípio da igualdade Corpeal

Dado certo projeto de Constituição Brasileira de 1988, consultamos o conteúdo do texto no campo público da rede e, pouco tempo depois da publicação, foi enviado à Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.

Comentamos ao receber a lista que, além de outras alterações, o texto apresentava a seguinte alteração:

Art. 2º - A formação do juiz deve ser baseada na preparação para a carreira.

IGUALDADE CONJUGAL – DIREITOS E DEVERES

Paulo Luiz Netto Lôbo

Doutor em Direito – Universidade de São Paulo – USP. Advogado. Professor na Universidade Federal de Alagoas – UFAL e na Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (Pós-Graduação).

SUMÁRIO

1. Princípio da igualdade conjugal.
2. Revogação das normas infraconstitucionais assimétricas.
3. Trajetória da igualdade conjugal no direito brasileiro.
4. Direitos e deveres comuns dos cônjuges.
5. Dever de fidelidade.
6. Dever de respeito.
7. Dever de vida em comum, no domicílio conjugal.
8. Dever de mútua assistência.
9. Dever de sustento, guarda e educação dos filhos.
10. Outros deveres comuns dos cônjuges.

1. Princípio da Igualdade Conjugal

Dois curtos preceitos da Constituição Brasileira de 1988 constituem o epílogo, ao menos no campo jurídico, da longa e penosa trajetória da emancipação feminina e da conseqüente superação da sociedade conjugal patriarcal. São eles:

Art. 5º. (...)

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Art. 226. (...)

§ 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

O primeiro seria suficiente, por sua generosa abrangência. Entendeu o constituinte, no entanto, de explicitar o princípio da igualdade no capítulo destinado à família, ante a experiência legislativa e a hermenêutica jurídica tradicionais¹, que entenderam com ele compatíveis a desigualdade e a inferioridade da mulher em face do homem, na sociedade conjugal. São eles normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e, portanto, dotadas de aplicação imediata (§ 1º do mesmo artigo 5º).

O direito de família sempre repercutiu a estratificação histórica da desigualdade. Desigualdade entre filhos e, principalmente, entre os cônjuges. É impressionante, para um olhar retrospectivo, como preconceitos arraigados converteram-se em regras de direito indiscutíveis. Mais impressionante é haver ainda vozes que lastimam a evolução dos tempos, augurando o fim da família, ou da única entidade familiar que concebem: patriarcal, hierarquizada e desigual, que vive em função do chefe masculino.

Ao contrário da igualdade formal nas relações sociais e econômicas, conquistada pelo liberalismo, na viragem do século XVIII para o século XIX, no mundo ocidental, a desigualdade familiar permaneceu intocada, em uma fase que pode ser considerada pré-iluminista; era a liberdade de ter mas não a liberdade de ser. E assim permaneceu até recentemente². Lembre-se que, no Brasil, o Estatuto da Mulher Casada apenas veio a lume no ano de

1 Os intérpretes conservadores sempre antepuseram obstáculos ao princípio constitucional da igualdade, como a história no-lo demonstra, fazendo-o sempre dependente de norma infraconstitucional regulamentadora, no evidente intuito de prolongar a vigência da ordem jurídica anterior. Teixeira de Freitas, na introdução à *Consolidação das Leis Civis*, Rio de Janeiro, Garnier, 1896, p. XXXIII, atribui a visão retrógrada à "força do hábito", e dá exemplo dos que antes como hoje assim procedem: "Para cessar a odiosa diferença nos direitos de sucessão hereditária entre filhos de homem nobre e pleão, não bastou que a Constituição [refere-se à Constituição do Império] abolisse os privilégios, e proclamasse a igualdade perante a lei (Art. 179 §§ 13 e 16); foi necessário, que sobreviesse a disposição expressa do Art. 1º do Decr. n. 463 de 2 de Setembro de 1847."

2 O preconceito é bem retratado na gíria alemã que destinava à mulher o reino dos três K (*Küche, Kinder, Kirche*): cozinha, filhos e igreja. Tudo o mais era atribuído ao governo do homem.

1962, quase duzentos anos após a revolução liberal; somente a partir dele, a mulher casada deixou de ser considerada civilmente incapaz. Resíduos de desigualdade persistiram neste Estatuto, apenas superados integralmente com a Constituição de 1988, em especial o artigo 226, § 5º, "o mais devastador dispositivo constitucional, a revolucionar o direito de família pátrio"³.

Após séculos de tratamento assimétrico, o direito evoluiu, mas muito há de se percorrer para que se converta em prática social constante, consolidando a comunhão de vida, de amor e de afeto, no plano da igualdade, da liberdade e da responsabilidade recíprocos⁴, que preside o relacionamento conjugal em nossa sociedade hodierna.

A materialização da igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher, nas relações conjugais e de união estável, acompanhou a evolução do princípio da igualdade no âmbito dos direitos fundamentais, incorporados às Constituições dos Estados democráticos contemporâneos. O princípio apresenta duas dimensões:

- a) igualdade de todos *perante a lei*, a saber, a clássica liberdade formal, que afastou os privilégios medievais dos estamentos e dos locais sócio-jurídicos (corporações de ofício ou guildas), e dotou todos os homens de direitos subjetivos iguais, ou seja, aqueles que a lei considera iguais;
- b) igualdade de todos *na lei*, amplificando o alcance, para vedar a discriminação na própria lei, como por exemplo a diferenciação entre direitos e deveres de homem e mulher, na sociedade conjugal.

3 Cf. Sílvia Rodrigues, Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos, *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 88, 1993, p. 246.

4 Cf. Paulo Luiz Netto Lôbo, A repersonalização das relações de família, in *O Direito de Família e a Constituição de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1989.

Nesta dupla dimensão, o princípio da igualdade não apenas se revela como diretiva essencial da aplicação do direito mas igualmente da produção do direito. O aplicador não pode interpretar a lei de modo a gerar desigualdades entre os potenciais titulares dos direitos por ela assegurados. A lei não pode criar direitos desiguais para os titulares, segundo distinções que a Constituição (artigos 3º, IV e 5º *caput*) veda, a saber, em virtude do sexo, da crença, da origem, da raça, da cor.

A segunda dimensão é muito importante, em face das normas infraconstitucionais, especialmente as do Código Civil, que foram editadas antes da Constituição atual, estabelecendo direitos e deveres distintos para os cônjuges.

2. A Revogação das Normas Infraconstitucionais Assimétricas

Após algumas vacilações iniciais, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal a tese, a nosso ver acertada, da revogação das normas infraconstitucionais anteriores que sejam incompatíveis com as normas e princípios da Constituição, quando ela entrou em vigor⁵.

Os dois preceitos da Constituição que impõem a igualdade entre homem e mulher e entre os cônjuges são auto-executáveis e bastantes em si. Todas normas que instituíram direitos e deveres diferenciados entre os cônjuges restaram revogados integralmente. Apenas deste modo, o intérprete não invade o campo próprio do legislador, evitando expandir direitos antes atribuídos apenas ao marido ou à mulher.

5 Desde a Adm nº 2, rel. Min. Paulo Brossard, de 06.02.92, predominou a tese de não haver inconstitucionalidade formal superveniente. Enquanto à inconstitucionalidade material, firmou-se a orientação de que a antinomia da norma antiga com a Constituição superveniente resolve-se na mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta, embora caiba recurso extraordinário e não recurso especial (neste último sentido, v. R. Esp. nº 68.410 do STF).

Em face do princípio da igualdade entre os cônjuges, que não admite qualquer limitação legal, é inadequada a interpretação conforme à Constituição, porque este princípio de hermenêutica constitucional deriva da presunção de constitucionalidade da lei. Ante a orientação que prevaleceu no STF, não se trata de juízo de constitucionalidade mas de revogação das normas infraconstitucionais anteriores, o que afasta a sobrevivência ou aproveitamento de qualquer de seus efeitos.

Assim, foram revogados pela Constituição, entre outros, os artigos 233 a 254 do Código Civil, que tratavam dos direitos e deveres do marido e da mulher, exceto o artigo 235 (combinado com o artigo 242, Iº, e com os artigos que tratam do suprimento judicial do consentimento do outro cônjuge) porque comum a ambos. A revogação é, portanto, de quase todo o Título II (*Das Efeitos Jurídicos do Casamento*) do Livro de Direito de Família do Código Civil, tendo sido extintos os seguintes poderes e deveres: a legitimação da família pelo casamento, porque também são legítimas a união estável e a entidade familiar uniparental; chefia da sociedade conjugal, pelo marido; representação legal da família, pelo marido; a administração, pelo marido, dos bens comuns e particulares da mulher; a fixação marital do domicílio conjugal; a responsabilidade exclusiva do marido, como provedor da família; o sequestro dos rendimentos particulares da mulher que abandona sem justo motivo a habitação conjugal; para a mulher, a condição de colaboradora ou auxiliar do marido; a distribuição legal de tarefas para a mulher, como a direção material e moral da família, que passou a ser encargo de ambos os cônjuges;

6 Mesmo os que entendem que não houve clara revogação dos incisos II, III e IV do art. 242, reconhecem que "são supérfluos, visto que as hipóteses fáticas por eles previstas já eram abrangidas pelo inciso I. Cf. Paulo Roberto de Oliveira Lima, *Isonomia entre os Sexos no Sistema Jurídico Nacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 74.

a proibição à mulher de poderes específicos de alienação de direitos reais, que não sejam comuns aos do marido; a proibição à mulher de contrair obrigações que importem alheação de bens do casal; a necessidade de autorização do marido para prática de certos atos jurídicos, passando a prevalecer a necessidade de consentimento, quando este também for exigível para ele; a presunção de autorização do marido para atos de administração doméstica; a existência de bens reservados; a administração supletiva da família, pela mulher, no caso de ausência, prisão ou interdição do marido.

3. Trajetória da igualdade conjugal no Direito Brasileiro

A legislação brasileira, desde o período colonial, é o retrato fiel da desigualdade de direitos dos cônjuges, correspondendo às concepções dominantes, até 1988. A lenta trajetória da emancipação da mulher, acompanhando o declínio do patriarcalismo familiar, pode ser demarcada nos seguintes diplomas legais:

I – Ordenações Filipinas. Vigoraram no Brasil de 1603 a 1916, com modificações. A mulher necessitava de permanente tutela, porque tinha “fraqueza de entendimento” (Livro 4, Título 61, § 9 e Título 107). O marido podia castigar (Livro V, Títulos 36 e 95) sua companheira; ou matar a mulher, acusada de adultério (Livro 5, Título 38), mas idêntico poder não se atribuía a ela contra ele; bastava apenas a fama pública, não sendo preciso “prova austera” (Livro 5, Título 28, § 6). O Código Criminal do Império (art. 252) atenuou esta violência, permitindo apenas a acusação ao juízo criminal. No período de vigência das Ordenações, os juristas entendiam

que o marido e a mulher se reputavam a mesma pessoa para efeitos jurídicos⁷. Ao fundir-se na pessoa do marido, a mulher despersionalizava-se. Em contrapartida, o marido não podia litigar em juízo sobre bens de raiz sem outorga de sua mulher (Livro 3, Título 48); neste caso o interesse protegido não era o da mulher mas a da família, entendida como ente econômico. Até mesmo o iluminado Teixeira de Freitas, no Esboço de Código Civil (1860-65), previu no artigo 1.306 que o marido poderia “requerer diligências policiais necessárias”⁸ para fazer valer o poder marital e a obrigação da mulher de viver com ele na mesma habitação.

II – Código Civil. O Código, liberal no plano econômico, era extremamente opressor da mulher, no ambiente familiar. Sem os exageros do período colonial, considerava a mulher relativamente incapaz – ao lado dos filhos púberes, dos pródigos e dos silvícolas – e sujeita permanentemente ao poder marital. Não podia a mulher, sem autorização do marido, ser tutora ou curadora, litigar em juízo cível ou comercial, salvo em alguns casos previstos em lei, exercer qualquer profissão, contrair obrigações ou aceitar mandato. Era companheira, mas auxiliar do marido.

III – Estatuto da Mulher Casada. O advento da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, representou o marco inicial da superação do poder

7 Cf. Valasco e Mello Freire, cit. por Cândido Mendes de Almeida, *Auxiliar Jurídico – Apêndice às Ordenações do Reino*, vol. II, Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1985, *in-situ* da edição de 1869, p. 569.

8 *Esboço do Código Civil*, Brasília: Ministério da Justiça, 1983, vol. 1, p. 287.

marital na sociedade conjugal e do tratamento legal assimétrico entre homem e mulher. Foi saudada como a lei da abolição da incapacidade feminina. Com efeito, foram revogadas diversas normas consagradoras da desigualdade, mas restaram traços atenuados do patriarcalismo, como a chefia da sociedade conjugal e o pátrio poder, que o marido continuou a exercer "com a colaboração da mulher"; o direito do marido de fixar o domicílio familiar, embora com a possibilidade de a mulher recorrer ao juiz; e, o que é mais grave, a existência de direitos e deveres diferenciados, em desfavor da mulher.

IV – Lei do Divórcio. A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (em regulamentação à Emenda Constitucional nº 9/77), ao introduzir no Brasil o divórcio, rompendo uma resistência secular do conservantismo e da influência religiosa, propiciou aos cônjuges, de modo igualitário, oportunidade de finalizarem o casamento e de constituição livre de nova família. A Lei promoveu outras alterações na legislação civil, no caminho da igualdade conjugal, transformando em faculdade a obrigação de a mulher acrescentar aos seus o sobrenome do marido. Manteve, contudo, o modelo do Estatuto de proeminência do marido na chefia da família. A adição do nome é emblemática, porque simboliza a tradicional despersonalização da mulher. O direito liberou mas o costume persiste, sem consciência de sua origem.

V – Estatuto da Criança e do Adolescente. A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (artigos 21 e 22), especifica o princípio da igualdade definiti-

vamente consagrado na Constituição de 1988, estabelecendo que o pátrio poder será exercido "em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe" e que o dever de sustento, guarda e educação dos filhos cabe igualmente a ambos.

4. Direitos e deveres comuns dos cônjuges

Os direitos e deveres particulares do marido e da mulher, como acima demonstramos, foram revogados pela Constituição, porque incompatíveis com o princípio da igualdade de direitos e obrigações dos cônjuges. Passaremos a tratar dos direitos e deveres comuns, na perspectiva da sociedade conjugal igualitária.

O tratamento doutrinário que se deu tradicionalmente ao tema, tinha como paradigma a família patriarcal, o que torna desafiador sobre ele versar, ante a família nuclear, igualitária, repersonalizada em laços fundamentais de afetividade e descolada de suas centenárias funções biológicas, econômicas, políticas e religiosas, em suma, de ente germinal do Estado⁹. A liberdade de constituir e desconstituir a sociedade conjugal e a ausência de um chefe impõe ao direito o reconhecimento da existência de afetividade como exclusivo suporte do ente familiar e, conseqüentemente, da responsabilidade dos que a integram.

O princípio da liberdade, necessariamente coligado ao princípio da igualdade, nas relações familiares, diz respeito não apenas à criação ou extinção das sociedades conjugais, mas à sua permanente constituição. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que afetam profundamente a liberdade, a intimidade e a privacidade

⁹ Leta-se a sintomática afirmação de nosso melhor jurista, no século XIX, Teixeira de Freitas, na introdução à *Consolidação das Leis Civis*, cit., p. CI: "Como o Estado é uma reunião de famílias (...)"

dos cônjuges, *ad instar* do débito conjugal ou da fidelidade¹⁰.

A interpretação dos deveres dos cônjuges, ainda previstos na legislação, conseqüentemente, deve levar em conta esta substancial mudança de função da família, não sendo adequados os modelos hermenêuticos, categorias e conceitos construídos a partir do paradigma patriarcal. Agora, a sociedade conjugal não é mais constituída de um chefe e companheira incapaz, colaboradora ou auxiliar, mas de par simétrico e direção compartilhada, com direitos e deveres absolutamente iguais.

O Código Civil (artigo 231) estabelece que são deveres de ambos os cônjuges:

- I - Fidelidade recíproca.
- II - Vida em comum no domicílio conjugal.
- III - Mútua assistência.
- IV - Sustento, guarda e educação dos filhos.

O Projeto do Código Civil nº 634/75 (nº 118/84 no Senado Federal) inclui mais um item:

- V - Respeito e considerações mútuos.

O descumprimento de qualquer um (ou de mais de um) acarreta quase sempre uma única conseqüência no âmbito civil, no plano pessoal, caso não haja o perdão do prejudicado: a dissolução da sociedade conjugal mediante pedido de separação judicial (artigo 5º da Lei nº 6.515/77). Esta sanção indireta depende de ato privativo e potestativo do cônjuge que tiver seu correspondente direito

10 A absoluta igualização dos cônjuges no governo da família, transformada em célula de companheirismo, acentua a desnecessidade de ingerência do Estado na economia interna dela e "abre para o casal os mais ousados desafios para o exercício cooperativo da conjugalidade", cf. João Baptista Vilella, *Liberdade e Família*, Belo Horizonte, Ed. da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 28.

violado pelo outro, desde que configurados dois requisitos postos no preceito mencionado: gravidade da violação e insuportabilidade da vida em comum. O segundo requisito é de aferição difícil, porque de forte densidade subjetiva; o ato que para um é suportável, para outro não é; o ato isolado pode ser considerado mais insuportável que atos continuados. A gravidade da violação também depende do sentimento, dos valores, do temperamento, do equilíbrio psicológico de quem a recebe. Todavia, o princípio da liberdade conjugal e familiar contenta-se com o simples desaparecimento dos laços de afetividade do casal (*affectio*), bastando que um assim o considere, desprezando-se a busca de culpa ou de culpado. Não há mais interesse legítimo do Estado em impor a continuidade de uma relação que as partes, ou uma das partes, não desejam. No plano material, cabe a pretensão a alimentos, nas hipóteses dos deveres de sustento e assistência.

5. Dever de fidelidade. Dever de respeito

A fidelidade recíproca sempre foi entendida como impedimento de relações sexuais com terceiros. Neste sentido estrito (e, por certo, insustentável na atualidade), sempre se manifestaram a doutrina e a jurisprudência. Raramente, está ligado à consideração e ao respeito recíprocos.

A doutrina assinala tal significado tradicional, em toda sua dureza¹¹, que teve razão de ser enquanto o Estado foi entendido como "reunião de famílias"; enquanto interes-

11 Para Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*, vol. V, Rio: Forense, 1991), "somente se caracteriza pela prática das relações sexuais". A doutrina chega mesmo a distinguir a *copula perfecta*, excluindo-se o coito vestibular, onanístico, homossexual e a fecundação artificial, o que bem demonstra sua fragilidade. Orlando Gomes, em *Direito de Família*, Rio Forense, 1993, p. 126, refere-se à infidelidade moral, quando há agravo à honra do outro cônjuge; todavia, é hipótese mais adequada ao dever de respeito, como adiante discorreremos.

sou, para a sociedade patriarcal, o controle sobre a mulher e sua sexualidade; enquanto interessou o controle do patrimônio familiar unitário, assentado em rígido sistema de legitimidade e sucessão de filhos, expurgando-se os ilegítimos. Todavia, seria compatível com os valores atuais de liberdade e igualdade na sociedade conjugal?

A prática social tem demonstrado que este dever serviu apenas para reprimir a mulher, porque sempre houve uma grande tolerância social com a "infidelidade" masculina disseminada em todos os estratos da população brasileira. Os valores hoje dominantes não reputam importante para a manutenção da sociedade conjugal esta forçada fidelidade, que faz do casamento não uma comunhão de afetos e de interesses maiores de companheirismo, mas de um instrumento de repressão sexual e de odiosa represália de um contra o outro, quando o relacionamento chegou ao fim.

A fidelidade, como controle da sexualidade, agride a intimidade e a privacidade das pessoas¹². Afinal, qual o interesse razoável da sociedade (e do direito) em manter esta aparência de valor? A família não é mais – vencidas as interferências religiosas no direito – um ente voltado necessariamente à procriação, em nossa sociedade ocidental. Todos os filhos são legítimos e iguais em direitos, pouco importando sua origem. O casal é livre para unir-se, sem qualquer objetivo de procriação. Tomam-se comuns

12 No direito americano, a concepção de privacidade como direito fundamental, no âmbito da família, culminou com a decisão *Griswold* em 1963, da Suprema Corte. Nela, declara-se o casamento como uma associação que promove um modo de vida, não o causa; uma harmonia de existência, não fatos políticos; uma lesidade bilateral, não projetos comerciais ou sociais. São situações cobertas pelo direito à privacidade, que não admitem a interferência do Estado ou de terceiros. Até mesmo o adultério pode ser uma escolha privada protegida pela Constituição. Neste sentido, aplicando a doutrina *Griswold*, decidiu a Suprema Corte de Pennsylvania: a mulher casada "has the right to engage in voluntary, natural sexual relations with a person of her choice", considerando inconstitucionais leis que criminalizem o adultério ou imponham multas punitivas. Cf. Harry D. Krause, *Family Law*, St. Paul, West Publishing, 1986, p. 25, 27 e 122.

experiências de *living apart together* e de *long distance marriage*¹³, que supõem a completa liberdade sexual dos parceiros, que respondem apenas às próprias consciências, sem controle do corpo do outro.

Por outro lado, a união estável foi alçada à dignidade constitucional de entidade familiar, tendo como traço justamente a inexistência de dever de fidelidade (sexual). A Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que a regulamentou não incluiu entre os "direitos e deveres iguais dos conviventes" a fidelidade, substituindo-a, acertadamente, pelo respeito e considerações mútuos. A Constituição diz que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento, mas a existência de um dever que se apresenta como repressor ou controlador da sexualidade não o torna atrativo para aqueles que antes optaram por um modelo mais livre. Não é por acaso que esteja havendo um pronunciado declínio da escolha pelo casamento, no Brasil. Segundo estatísticas do IBGE, divulgadas no final de 1995¹⁴, houve uma diminuição do número de casamentos oficiais equivalente a 38%, entre 1980 e 1994. Em 1980, a faixa de nupcialidade era de 8 por 1.000; em 1994, caiu para 4,96 por 1.000.

A doutrina e a jurisprudência vinham já acenando com alguns temperamentos ao rigor deste ultrapassado dever conjugal, quando admitia que o perdão expresso ou tácito eliminava a infração ou a ocorrência do crime de adultério, que representou a exasperação do controle estatal da sexualidade, pondo em mãos do cônjuge enganado o poder de provocar a punição ou o direito de graça¹⁵. Além do perdão, Pontes de Miranda¹⁶ entende

13 Cf. João Baptista Villela, *As Novas Relações da Família*, *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*, 15/1994, Foz do Iguaçu, p. 644.

14 Comentadas por Rodrigo da Cunha Pereira, no artigo *Assim caminha a família brasileira*, publicado no jornal *Estado de Minas*, em 06.03.1996.

15 Afirma-se que na França duas pessoas detêm o poder de graça: o Presidente da República e o marido enganado. Cf. Josete Grosliere, *De l'infidélité de la femme mariée*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 89 (2) avr.-juin, 1990, p. 230.

16 *Tratado de Direito Privado*, tomo VIII, Rio, Borsari, 1971, p. 110.

haver limitação do dever de fidelidade quando o cônjuge concorre para que o outro o descumpra.

A tendência do direito é a substituição do dever de fidelidade pelo dever de respeito e consideração, mais adequado aos valores atuais, como o fez a lei brasileira da união estável.

O dever de respeito é um dever especial de abstenção em face dos direitos pessoais absolutos do outro, como diz Antunes Varela¹⁷. Respeito das liberdades individuais e dos direitos de personalidade do cônjuge.

A comunhão de vida, a célula de companheirismo, não elimina a personalidade dos cônjuges. O dever de respeito abrange a integridade física e moral do outro cônjuge, preservando-se sua vida, saúde, honra e bom nome. Mas não é só um dever de abstenção, porque impõe a defesa positiva de valores integrados, e a sociedade conjugal engendra uma honra solidária, um bom nome familiar, um patrimônio moral comum. A agressão a um cônjuge, nestes valores, também atinge o outro.

Os danos morais e materiais (por exemplo, a doença de um provocada pela agressão do outro à honra) devem ser indenizados, segundo as regras comuns, além da sanção indireta da separação judicial. Não há mais imunidades especiais a disputas dentro da família.

6. Dever de vida em comum, no domicílio conjugal

Este dever, no Código Civil, desdobra-se em:

- I - Dever de viverem na habitação conjugal;
- II - Dever de manutenção da família.

Alguns autores denominam este dever de "coabitação", mas o sentido que nele prevaleceu foi o de

relacionamento sexual durante a convivência no lar comum, na expressão eufemística de *debitum conjugale*, hoje tão justamente repudiado.

Para a união estável (Lei nº 9.278/96, art. 2º), inexistente tal dever de coabitação, o que indica a tendência de sua desnecessidade.

O direito tradicional já admitia, em hipóteses específicas, que a convivência na mesma habitação conjugal pudesse ser dispensada. O exercício temporário ou permanente de funções, atividades ou empregos em locais ou cidades diferentes, caracteriza a inexigibilidade.

O fim da chefia da sociedade conjugal e do poder do marido para fixar o domicílio dos cônjuges contribuíram para relativizar o sentido atual deste dever. Seu efeito maior era a desobrigação do marido de sustentar a mulher quando ela abandonasse a habitação conjugal, sem justo motivo, conforme previa o artigo 234 do Código Civil, na perspectiva da sociedade patriarcal e da dependência feminina.

A relativização do dever torna-se patente nos casos, já mencionados, de casamentos em que os cônjuges preferem viver em habitações distintas, porque desejam preservar suas individualidades, privacidades e hábitos ou porque entendem que o cotidiano doméstico favorece os conflitos. Nestes casos, o sustento, a guarda e a educação dos filhos é dever que se impõe a ambos, cabendo ao que se responsabilizar pela guarda permanente deles o direito de receber do outro a contribuição necessária para manutenção da família.

A manutenção da família importa o dever comum dos cônjuges de concorrerem, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho de cada um, qualquer que seja o regime patrimonial. Não há regra fixa, salvo o princípio da proporcionalidade, segundo o que os cônjuges resolverem entre si, livremente. A falta de cumprimento

¹⁷ *Direito de Família*, Lisboa, Ed. Liv. Petrony, 1987, p. 345.

deste dever leva inevitavelmente à insuportabilidade da vida em comum e, conseqüentemente, à dissolução da sociedade conjugal.

7. Dever de mútua assistência

A mútua assistência envolve aspectos morais e materiais.

A assistência moral diz respeito às atenções e cuidados devotados à pessoa do outro cônjuge, que socialmente se espera daqueles que estão unidos por laços de afetividade e amizade em seu grau mais elevado. Está vinculado à natureza humana de apoio recíproco e de solidariedade, nos momentos bons e nos momentos difíceis. É o conforto moral, o ombro amigo e o desvelo na doença, na tristeza e nas crises psicológicas e espirituais. Também é o carinho, o apoio, o estímulo aos sucessos na vida emocional e profissional. Certamente, são estes os elementos mais fortes do relacionamento conjugal ou amoroso, no seu cotidiano, cuja falta leva progressivamente à separação, mais do que qualquer fato isolado. A este dever, de caráter moral mais que jurídico, não corresponde qualquer sanção direta, salvo concretizar a insuportabilidade da vida em comum, para fins de separação judicial.

A assistência material, que alguns denominam dever de socorro, diz respeito ao provimento dos meios necessários para o sustento da família, de acordo com os rendimentos e as possibilidades econômicas de cada cônjuge. A família, como qualquer grupo social, é um complexo de necessidades, envolvendo alimentação, vestuário, lazer, habitação, educação, saúde. A lei não estabelece, nem seria possível fazê-lo, quais os itens que compõem as necessidades familiares que integram a manutenção econômica. Cabe aos cônjuges defini-los e a distribuição dos encargos entre si. O descumprimento do

dever de assistência material converte-o em dever de alimentos, que pode ser exigido pelo outro cônjuge, dentro dos requisitos que são próprios desta hipótese, a saber, necessidade e disponibilidade.

8. Dever de sustento, guarda e educação dos filhos

Este dever constitui a especificação dos encargos cometidos aos cônjuges, relativamente aos filhos comuns, caso os haja. É dever mas também direito, uma vez que interessa a cada um dos pais a formação, sanidade e convivência dos filhos.

O sustento relaciona-se ao aspecto material, isto é, as despesas com a sobrevivência adequada e compatível com os rendimentos dos pais, e ainda com saúde, esporte, lazer, cultura e educação dos filhos.

A guarda é o direito-dever de convivência e manutenção do filho, sob vigilância e amparo, com oposição a terceiros, inerente à condição de pai ou de mãe, que somente se perde em circunstâncias especiais e em favor do menor. Como diz o Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 33, a guarda obriga à prestação da assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente¹⁸.

A educação, no amplo sentido empregado pelo Código Civil, inclui a cultura e as várias dimensões em que ela se dá na progressiva formação do filho, enquanto estiver sob a guarda dos pais. Prevê a Constituição (artigo 205) que a educação tem por fito o desenvolvimento pleno da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho. Dá-se a educação na família, na convivência humana, nos espaços sociais e políticos e,

18 A prática, distante dos avanços do direito e em ofensa ao princípio da igualdade, demonstra que não é raro o exame pelo juiz da vida sexual da mulher, como critério de boa mãe, para deferir ou destituir a guarda dos filhos. Cf. Luiz Edson Fachin, *Da Paternidade*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 110.

sobretudo, na escola. A liberdade dos pais não vai ao ponto de introduzir valores que agridam a moral e os bons costumes adotados na sociedade ou a inibição dos objetivos que a Constituição estabelece.

O descumprimento deste dever, que obriga os cônjuges em face dos filhos, acarreta várias consequências: condenação a pagamento de alimentos, substituição da guarda ou até mesmo perda da autoridade parental (dito pátrio poder¹⁹).

9. Outros deveres comuns dos cônjuges

O artigo 235 do Código Civil diz que o marido não pode, sem consentimento da mulher, alienar ou gravar de ônus reais bens imóveis ou alienar direitos reais, ser parte em ação judicial acerca destes bens e direitos, prestar fiança e fazer doação, salvo as de pequeno valor ou remuneratórias. O artigo 242, I, atribui à mulher idêntica vedação, sendo estes deveres os únicos que não foram revogados pela Constituição, justamente porque são recíprocos, compatibilizando-se com o princípio da igualdade conjugal. Alienar é gênero do qual são espécies a venda, a permuta e a doação. Ônus reais são aqueles que limitam a plenitude do domínio, particularmente os direitos reais de garantia. Também estão incluídos na indispensabilidade do consentimento a alienação dos direitos reais sobre coisas alheias, como as servidões, a enfiteuse, o usufruto, o uso, a habitação. As promessas de compra e venda de bens imóveis loteados impõem o consentimento (outorga) conjugal; contudo, é dispensada na promessa relativa a imóvel não loteado.

19 A legislação francesa, desde 1970, acertadamente substituiu a antiga expressão *puissance paternelle*, extraída da sociedade patriarcal e do poder incontestável do pai-marido por "autoridade parental", mais adequada à sociedade conjugal igualitária e à função-dever por ela exercida, que pouco tem a ver com poder.

A denegação do consentimento, sem motivo justo, enseja o suprimento judicial. O mero capricho ou a recusa arbitrária não podem impedir a realização do ato, cabendo ao juiz verificar os motivos de um e de outro, sobretudo se o resultado consulta os interesses comuns do casal.

A alienação onerosa ou a gravação de ônus reais relacionam-se apenas aos bens imóveis. Os bens móveis podem ser livremente gravados ou alienados, sem consentimento do outro cônjuge, porque o direito não deseja ver obstada a livre circulação destes bens. A regra em si já não se justifica, na atualidade, porque os bens móveis e os direitos a ele relativos superaram em importância econômica os bens imóveis. Inobstante tal flexibilidade, o resultado financeiro reverte-se em benefício comum dos cônjuges, dividindo-se igualmente, salvo se for destinado inteiramente à família. É indébita a apropriação exclusiva do resultado financeiro pelo cônjuge que realizou o ato de alienação ou gravame, caracterizando-se enriquecimento ilícito. Pode o outro cônjuge requerer judicialmente a sustação do ato, comprovando que não é em benefício de ambos.

A vedação da doação isolada abrange tanto os bens imóveis quanto os móveis. A liberalidade resulta na redução patrimonial do casal sem contrapartida, como se dá nos casos de alienação onerosa, merecendo que ambos consentam, mesmo em se tratando de móveis.

A fiança é garantia pessoal em benefício de outrem que compromete potencialmente o patrimônio dos cônjuges, sendo justificável que dependa do consentimento de ambos. A fiança prestada sem consentimento permite sua anulação, até quatro anos após a dissolução da sociedade conjugal (artigo 178, § 9º, I, do Código Civil); faltando a anulação, não obriga os bens comuns do casal, até sua meação. Já se decidiu²⁰ que na hipótese

20 TRF-5ª Região (LEX-JSTJ E TRF 43/555).

de simulação, quando o fiador declara-se solteiro, a fiança deve ser considerada válida, excluindo-se a meação do outro cônjuge. A mesma regra não se aplica ao aval, que pode gerar responsabilidade patrimonial do casal, cabendo ao credor provar que a dívida foi contraída em benefício da família²¹, salvo nas hipóteses de presunção do benefício, como se dá quando o aval é prestado pelo sócio em obrigações da sociedade de fins lucrativos que faça parte.

21 No STF, inverteu-se a presunção jurisprudencialmente estabelecida para as dívidas contraídas pelo marido, ou seja, presume-se, no caso do aval, não haver benefício para a família (RTJ 51/132 e 74/132). No STJ há vacilações. No R. Esp. nº 3.261-RS (RSTJ 3/141) decidiu-se que se exclui do bem penhorado a meação da mulher casada, no caso de dívida contraída pelo marido, "se provar que a mesma não veio em benefício do casal". Já no R. Esp. nº 1.930 (LEX ISTJ E TRF 12/149) entendeu-se que o ônus da prova cabe ao credor, porque a não responsabilidade do outro cônjuge é a regra. No R. Esp. nº 44.399-7-SP decidiu-se que a responsabilidade do sócio-gerente de sociedade por quotas não atinge a meação da mulher, afastando-se a presunção de benefício familiar.

O PODER JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS *

Roberto Magalhães
Prefeito da Cidade do Recife

Com a primeira Constituição Republicana de 1891, adotamos o Presidencialismo, a tripartição de Poderes e a Federação.

E seguimos a fórmula do sistema constitucional norte-americano, onde embora autônomos e independentes entre si os três Poderes, um deles – o Judiciário – detém a atribuição do controle da constitucionalidade e da legalidade dos atos do Executivo e do Legislativo.

Afastamo-nos, assim, do modelo francês, no qual a separação dos Poderes não permite ao Judiciário rever os atos dos demais Poderes,

Sobretudo após a Carta de 1946, copiosa doutrina e inúmeros julgados tomaram consistente e sistematizado esse controle judicial dos atos administrativos e legislativos.

Vale registrar, até mesmo como homenagem, alguns nomes que consagraram brilhantemente a construção dessa doutrina: Pontes de Miranda, Carlos Maximiliano, Seabra Fagundes, Aliomar Balleiro e a Jurisprudência do STF, onde pontificaram figuras invulgares como Orozimbo Nonato, Hannehman Guimarães e Victor Nunes Leal, além de muitos outros.

* Palestra proferida no encerramento do XV Congresso Brasileiro de Magistrados realizado no período de 26 a 29 de outubro de 1997, no Centro de Convenções – Recife-PE.

A vida efêmera da Carta de 46 e o longo período de convivência das duas ordens institucionais, a da Constituição e a dos Atos Institucionais, a partir de 1964, inibiram o debate, a doutrina e a jurisprudência nessa matéria. Mas já ficara bem delineada a missão constitucional do Judiciário de controlar os atos dos demais Poderes, natureza desse controle estritamente sobre o fundamento da constitucionalidade, legalidade e os limites.

Essa, sem dúvida, é a primeira premissa a ser estabelecida no enfoque do tema em exame: o controle da legalidade dos atos administrativos e legislativos pelo Poder Judiciário como princípio constitucional incontestável.

Em seguida, cabe-nos indagar como fixar o conceito do que sejam *políticas públicas*.

Não é fácil encontrar na doutrina uma definição de política pública satisfatória, porquanto os que tentaram defini-la fizeram-no de forma ora demasiadamente abstrata, ora de forma não abrangente.

Tomando por base algumas dessas definições, talvez possamos dizer que:

"Política Pública é um conjunto de diretrizes e ações governamentais, conscientemente adotadas, para alcançar propósitos e objetivos determinados e relacionados ao interesse público".

Para Roberto Vaison, in "Canadian Journal of Politics Science", nº IV,

- "Uma política é pública quando:
- emana de um Governo legitimado ou de um organismo definido como público;
 - quando afeta o público em geral ou no particular."

Assim, tomando-se por exemplo a União federal, pode-se falar de políticas públicas no campo da *saúde*, da *educação*, da *economia* ou setorialmente de *políticas cambial e monetária*.

E tantas outras, conforme o elenco das competências constitucionalmente atribuídas à União. O mesmo vale para estados e municípios.

As atenções geralmente se concentram no *decision-makers*, ou seja naquele ou naqueles que tomam as decisões. Daí a importância dos chefes de estado e de governo, pelos poderes que detêm e pela repercussão de suas decisões.

Mas não apenas o Executivo decide sobre as políticas públicas.

O Poder Executivo não prescinde do Poder Legislativo e, noutras hipóteses, do respaldo do Poder Judiciário. Casos significativos são os do "Plano Collor" e do "Plano Real", ambos com profundas repercussões na economia do País e no padrão de vida da população, assim como dos processos recentes de privatização de estatais federais. Ambos passaram pelo crivo do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

No presidencialismo as responsabilidades do Presidente são unipessoais. Mas o processo que precede às decisões pode ser complexo.

Ted Sorense, que foi assessor direto do Presidente John Kennedy, nos informa que em relação às decisões do Governo norte-americano, é mais importante ter-se o apoio dos Sub-Secretários do que dos Secretários de Estado, "porque em 90% dos casos os Secretários simplesmente adotam ou subscrevem os pareceres dos respectivos Sub-Secretários: (In "Como se Tomam as Decisões na Casa Branca").

Acreditamos que a razão do honroso convite para que fizéssemos esta palestra perante um auditório tão

qualificado visou muito mais a que todos pudessem conhecer as experiências do político e do administrador, que temos sido, do que a nossa opinião sobre conceitos e doutrinas jurídicas.

Por isso mesmo, vamos surpreendê-los afirmando que no exercício da função de Governador do Estado, nos anos 80, víamos o Poder Judiciário como o Poder que a qualquer momento poderia sustar ou anular os atos do Executivo, em reconhecimento de direitos individuais ameaçados ou violados.

Mas, como Prefeito, diferentemente, vislumbramos o Judiciário como o Poder que tem condições de assegurar ao Prefeito o exercício pleno do seu mandato eletivo e ao Município a autonomia que lhe é constitucionalmente assegurada.

A diferença é substancial. E por paradoxal que possa parecer, é verdadeira. Tentaremos explicar.

Alguns, dentre eles, o eminentíssimo Miguel Reale, ressaltam como traço marcante da Constituição de 1988, "o predomínio da sociedade sobre o Estado".

Data venia, pensamos que não se trata de *predomínio* mas de *relevância*. Ou seja, o Estado existe para cumprir políticas e fins no interesse da sociedade. E não a sociedade existindo para justificar a presença do Estado.

Esse é um truismo que precede a Constituição de 1988 e mesmo ao século XX.

Basta para isso que se leia Seyés, o autor da teoria do povo como fonte do poder constituinte, formulada no século XIX.

Além disso, aquele que conquista em eleições livres, a maioria do eleitorado estará legitimado pela própria sociedade civil para governar a Cidade, o Estado ou o País, conforme o caso.

O corpo eleitoral não é um ente dissociado da população, antes a representa com absoluta legitimidade.

Há quem, por desconhecimento do Direito Constitucional e da Teoria Geral do Estado, pretenda ver, a partir da Carta de 1988, a subordinação dos Poderes Executivos dos Estados e dos Municípios à vontade de interesses e de entes autoproclamados representantes da sociedade civil, na formulação das políticas públicas.

Em dez meses de exercício no cargo de Prefeito do Recife, não tivemos um só mandado de segurança contra ato nosso. Mas já precisamos recorrer ao Supremo Tribunal Federal, através de representação ao ilustre Procurador Geral da República, a fim de assegurar a autonomia do Município e conseqüentemente, a intangibilidade do mandato que exercemos.

Estado e Prefeituras de Capitais, neste País, têm mais de uma dezena de Conselhos deliberativos ou consultivos e paritários, quer dizer, compostos de representantes do poder público e de igual número de representantes de organizações não governamentais, as ONGs.

Alguns desses Conselhos existem há mais de 20 ou 30 anos, como o de Educação, o de Cultura, o de Recursos Fiscais, e outros mais que vêm prestando relevantes serviços, a Estados e Municípios.

Outros, no entanto, talvez por terem menor tradição e experiência, ou por motivação política, são levados adotar uma postura concorrente com a do exercício do Poder Executivo. Chegam a negar a legitimidade da iniciativa dos Governadores ou Prefeitos, na formulação de políticas públicas, sem que haja seu pronunciamento prévio e sua aprovação, até mesmo no caso do envio de mensagem e projetos de lei ao Poder Legislativo.

Quer dizer, há quem entenda, equivocadamente, que a legitimidade do mandato conquistado nas urnas seria mero *ato/condição* para a investidura no cargo, dependendo o efetivo exercício do mandato da deliberação

de vários órgãos colegiados, para que se efetive o exercício do mandato popular e – o que é mais grave – até mesmo para o exercício de atribuições constitucionais exclusivas e indelegáveis.

Na verdade, a participação da sociedade na formulação e exercício das políticas públicas é saudável e pode, embora não necessariamente, suprir insuficiências e desvios da representação política e institucional. Na Prefeitura do Recife demos continuidade ao Programa Orçamento Participativo, em que as comunidades decidem sobre as obras prioritárias, dentro de um percentual do orçamento de investimentos, com pleno êxito.

Todavia, é da mais elementar evidência que a *participação*, mesmo que prevista na Constituição Federal, não pode limitar ou excluir as atribuições dos Poderes legitimamente constituídos, nos três níveis da Federação.

Ou seja, a participação é um *plus* no sentido de aperfeiçoar a representação, e não um substituto desta.

Vale lembrar, com Paulo Bonavides, que “nem a Revolução Francesa se legitimou pelo terror, nem a Revolução Russa pela ditadura do proletariado e sua burocracia”. (*In “Do Estado Liberal ao Estado Social”*).

A Democracia representativa continua sendo a forma de Governo dos países onde o sistema democrático é sólido e consolidado.

Lembramos que as nações que lograram alcançar o chamado “estado de bem-estar social”, todos eles, o fizeram mediante governos regidos pelos princípios e normas da Democracia Representativa.

Outra questão jurídica relevantíssima, que se coloca para os administradores públicos atuais: a legislação que alargou de forma quase ilimitada as atribuições do Ministério Público, através da *ação civil pública* na defesa de *interesses difusos*, terá conferido *ipso facto* poderes

ao Judiciário para controlar os atos administrativos sob a ótica não apenas da legalidade, mas também das políticas públicas?

Pode o Judiciário, no julgamento de tais ações, prolatar sentenças e acordãos julgando o mérito dos atos administrativos, decidindo sobre políticas públicas e especificamente sobre programas, projetos e destinação de verbas orçamentárias de Estados e Municípios?

Há notícias de casos concretos, no País, de ações civis públicas e decisões de primeira instância obrigando governadores a construírem obras públicas com determinação de sua natureza e local.

Todavia, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em decisão unânime da Primeira Seção, no processo MS – nº 3.071-0/DF, sendo Relator o Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, estabeleceu com muita clareza, já em plena vigência da carta de 1988:

“O controle jurisdicional do ato administrativo, para não violar a *separação dos poderes*, distancia-se do critério político (mérito) cingindo-se à verificação das prescrições legais determinadas (competência e manifestação da vontade do agente, objeto, conteúdo, finalidade e forma). *O critério político e razões técnicas desde que ilícitos, são estranhos à pretensão jurisdicional*” (Acórdão publicado no DJ em 14.03.94).

Dissemos que essa questão é rellevantíssima, porque não acreditamos que políticos vocacionados e dedicados à coisa pública se interessem por enfrentar os rigores de uma campanha eleitoral para depois de vitoriosos, tornarem-se meros instrumentos de entidades e pessoas sem a legitimação do voto. Além disso, um Poder Executivo sem os poderes constitucionais da gestão

pública seria como o Judiciário sem os seus predicamentos: um Poder aparente.

Enquanto não se firmar jurisprudência definitiva sobre a possibilidade ou não, do Judiciário entrar no exame do mérito dos atos administrativos, alterar políticas públicas e decidir sobre a execução orçamentária de Estados e Municípios, estaremos a viver tempos de insegurança e incertezas, em meio a um número cada vez maior de conflitos e processos judiciais.

Temos a convicção de que o Poder Judiciário terá nos próximos anos uma extraordinária participação, através da construção jurisprudencial, no deslinde de inúmeras questões como as duas aqui levantadas.

As reformas constitucionais que vêm se realizando há três anos, e que na realidade valem pela Revisão da Carta, que não houve em 1993/94, só ganharão contornos definitivos depois de interpretadas e chanceladas pelo Poder Judiciário.

Estamos certos de que o Judiciário cumprirá essa missão com a majestade, a imparcialidade e a sabedoria que não lhe têm faltado nos momentos mais difíceis da História deste País.

Sabemos, aliás, que a perplexidade e as incertezas com que se deparam no exercício do Executivo, Governadores e Prefeitos são assemelhadas às de outros muitos segmentos do Poder Público Brasileiro.

Os Magistrados brasileiros também vivem momentos de angústia, não apenas pelos problemas do próprio Poder, a começar pelo número avassalador de processos para julgamento, exigindo-lhes uma missão impossível, como também pelas reformas constitucionais que repercutem fundamente no Judiciário, sem a sua audiência e iniciativa.

Perguntamos: se afinal se confirmar a ameaça de que os juízes não venham a ter a garantia de uma

aposentadoria condigna, estará ou não ferida de morte a carreira da magistratura?

Qual o jovem bacharel, sobretudo os mais talentosos, que irão ingressar na Magistratura sabendo que na velhice não terão asseguradas condições razoáveis de sobrevivência?

A fúria legisferante que tem sido um vezo do nosso Legislativo – e agora também do Executivo com as medidas provisórias – agrava-se por direcionar-se para a Constituição.

Somente no ano de 1994, quando fui Presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, chegaram àquele Órgão mais de 200 propostas de emendas Constitucionais, originárias do Executivo, Câmara e Senado.

V.Excias. podem avaliar o risco que isto significa de desestruturação não apenas do Estado, mas da própria sociedade.

Provavelmente, muitos parlamentares e assessores governamentais desconhecem a sábia assertiva do inesquecível Winston Churchill, de que “o estadista é aquele que cuida das futuras gerações”.

Sem a estabilidade e permanência da Lei Maior não pode haver estabilidade social.

Urge que seja concluído o processo de revisão da Carta de 1988, para que o Estado e a Nação conheçam as regras definitivas a que estão sujeitos.

Pensamos que a elevação do *quorum* para o emendamento da Constituição seja o caminho mais eficaz para assegurar a estabilidade da ordem jurídica.

Restaria saber: que Partidos estariam dispostos a defender essa bandeira.

Pedimos desculpas por ter tomado um tempo longo e precioso de V. Excias. e já estarmos fugindo do tema proposto.

Por isso, queremos afinal saudar todos e agradecer em nome da Cidade que governo, por terem escolhido o Recife e Olinda para se reunirem.

Os recifenses e o seu Prefeito estão profundamente honrados de poder receber magistrados de todo o País. Esperamos que levem para seus Estados a imagem de nossas praias de sol vibrante, de águas verdes e tépidas; do Rio Capibaribe e das suas pontes, a sugerir encontros e alianças; dos nossos monumentos históricos, que lembram o passado do Recife irredento e bravo, onde lutaram heróis e mártires, contra o invasor holandês, pela independência e pela República.

E voltem sempre que possam. O Recife recebê-los-á de braços e coração abertos.

Muito obrigado.

A SÚMULA VINCULANTE E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ

Sérgio Bermudes

Professor de Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

Denuncia-se a crise da justiça – tomado esse substantivo, metonimicamente, para designar o conjunto de órgãos incumbidos do exercício da função estatal de prevenir e solucionar conflitos, ou administrar interesses sociais relevantes, através da aplicação do direito – porque o Judiciário não consegue desempenhar, adequadamente, as suas atividades.

A solução dessa crise, de variadas manifestações, torna impositiva a modificação do processo judicial, que é o meio pelo qual se administra a justiça. O processo tradicional, se não faliu, seguramente já não satisfaz às necessidades dos jurisdicionados, num tempo em que se exige e se obtém a maior presteza em tão numerosos segmentos da atividade humana. Aliás, contemplado como instituição, pode-se dizer que o processo judicial, porque estático no seu aspecto institucional sempre andou atrás dos tempos pois uma vez implantado, já principiava a sofrer o desgaste da obsolescência. Por isso, na sua evolução, o processo se vem abreviando para alcançar a efetividade, que se converteu na magna preocupação da processualística hodierna. Cotejem-se os processos das ordenações reinóis com os dos sucessivos ordenamentos. Compare-se o processo do Código de 1939 com o processo do vigente Código de 1973. Procurem-se as razões

determinantes da instituição do procedimento sumário, criado para atender às necessidades de libertação do emaranhado das solenidades e delongas do processo canônico tradicional, incompatível com o dinamismo das relações sociais, particularmente as de natureza mercantil. Continuamente, ainda que, muitas vezes, com exasperante lentidão, o processo busca meios e modos de fazer-se mais ágil e vasto, para produzir a plena eficácia, que implica retirar dele o melhor resultado possível. O processo judicial não pode continuar existindo, subjulgado por uma concepção individualista, apenas para a solução de conflitos específicos. Não é essa a sua função exclusiva, nem é esse o mais alto dos seus desígnios.

A legislação deve reformular o processo, de modo a fazê-lo célere, econômico, produtivo na mais ampla extensão da sua eficácia possível, sem impedir, contudo, que nele se identifique, corretamente, o direito comprometido, para lhe conferir o devido amparo. Paralelamente ao aperfeiçoamento do processo judicial, cumpre-se oferecer alternativas para as partes desavindas, como a *conciliação*, conduzida, não por juízes, que se devem preservar para as funções mais complexas de processar e julgar, mas por pessoas idôneas, que atuem sob a supervisão dos órgãos judiciais; a *mediação*, que se vai institucionalizando nos países do primeiro mundo, onde se obtém a interferência de terceiro qualificado que, mostrando aos contendores as vantagens da composição, estimula-os ao acordo; o *juízo arbitral*, que entrega o caso à decisão de pessoas especializadas na matéria controvertida, que só dele se ocuparão; a *dinamização do contencioso-administrativo*, no qual a administração, através de órgãos confiáveis e específicos, se torna juíza dos seus próprios atos. Essas alternativas de justiça, mais prestantes que a perigosa justiça alternativa, convêm aos jurisdicionados porque lhes tutelam as pretensões sem as

demoras do processo e, simultaneamente, aliviam o Poder Judiciário de uma carga considerável de causas, que lhe agravam as responsabilidades.

Evidentemente, a justiça é um serviço público. Tanto mais desempenhará satisfatoriamente as suas funções quanto se multiplicar o número dos encarregados dela, juízes e órgãos auxiliares, dotados dos indispensáveis elementos materiais. Ao aumento do número de magistrados, num país que tem menos de um terço dos juízes de que necessita, deve corresponder a racionalização da competência dos diferentes segmentos do Judiciário, com especialização dos seus integrantes e descentralização dos serviços, de modo a assegurar o acesso à justiça pela proximidade dos órgãos incumbidos de administrá-la.

A qualificação dos membros do Judiciário e do seu pessoal de apoio é outro meio de solucionar a crise. Isso implica a adoção de critérios adequados de seleção e de atualização do pessoal da Justiça. Normas de rigorosa intransigência devem ser prontamente adotadas, para que se assegure o recrutamento de pessoal de apoio adequado; para que não se afastem do Judiciário pessoas aptas ao exercício de suas funções. O problema dos órgãos jurisdicionais auxiliares é da maior gravidade e demanda atenção urgente e permanente, em todos os planos, inclusive, no tocante às funções transitórias, como as perícias judiciais, não raramente convertidas em foco de incompetência ou corrupção comprometedoras do mais augusto dos poderes do Estado, que se deve empenhar na busca de uma legitimação constante, que nem a sua majestade lhe pode conferir, cuja fonte mais pura é a confiança dos jurisdicionados.

A descrença, a desilusão e, muitas vezes, o desespero levam à proposta do controle externo dos órgãos jurisdicionais. Repete-se, na defesa dela, a sátira de Juvenal "*quis custodiet ipsos custodes?*". Seria o caso de

criticar-se a solução simplista, que ignora a predestinação constitucional do Poder Judiciário, indagando-se quem controlaria os órgãos de controle externo. Que o Judiciário controle-se a si mesmo, sem submissão a qualquer outra autoridade, mas que o controle faça-se através de órgão, integrante do próprio poder, porém externo ao órgão controlado, já que o autocontrole é tão precário quanto aquele que cada indivíduo faz sobre si mesmo.

Parece aconselhável a criação de um sistema correicional hierarquizado, que colocasse a magistratura, sempre independente para decidir, num regime de liberdade funcional vigiada, que impusesse sanções punitivas aos juízes faltosos e quiçá premiasse os juízes de excepcional diligência, criando um ambiente de estímulo ao trabalho e de censura à falta de compromisso com a função, que constitui o maior dos males de quem se encontra investido em qualquer cargo público, ou desempenha qualquer outro mister.

Não se conseguirá debelar a crise do Poder Judiciário apenas se descongestionando os tribunais superiores porque, embora ela se manifeste muito aguda nesse segmento, não é só nele que se localiza o problema, igualmente intenso na primeira instância, onde tão repetidamente se presta uma jurisdição precária e tarda, que não protege nem mesmo os interesses do vitorioso, que só obtém a tutela do seu direito depois de anos de luta. Afinal, como no verso de Tomás Antônio Gonzaga, "a glória que vem tarde já vem fria".

Uma atenção especialíssima deve ser dada à justiça da primeira instância porque, faltantes embora dados estatísticos, num país onde, longe de se conhecer, apenas se intui a realidade jurisdicional, a experiência permite afirmar que, senão a maioria, uma parte muito significativa dos litígios nela começa e se acaba. Fora dos grandes centros, recorre-se muito pouco. Os repertórios de juris-

prudência mostram que as atividades recursais dos tribunais dos Estados atendem, ou às capitais, ou às cidades muito desenvolvidas, e que os recursos, normalmente, são interpostos pelas partes que podem contratar advogados que se encontram, pelo menos, na faixa dos mais preparados para a profissão, cujo exercício desviado constitui outro sério entrave à administração da justiça.

Em termos oníricos, cada causa deveria ser estudada exaustivamente, como se se tratasse da única, vista e revista, até que se alcançasse a convicção de que nela se fez justiça. Num plano idealístico, dever-se-iam permitir tantos recursos quantos necessários ao julgamento dos casos pelos tribunais mais altos da República, sem dúvida muito qualificados.

Nada disso se pode realizar, num país onde a multiplicidade de conflitos sociais de toda a ordem resulta num grande número de processos, milhares deles discutindo a mesma tese de direito, como ocorre nos atinentes a matéria tributária, funcional, a muitas questões constitucionais e trabalhistas e, nos domínios do direito privado, às relações jurídicas envolventes de larga parcela da população, como as de locação e de família. Repetem-se também, ao infinito, controvérsias sobre a aplicação de normas processuais, sem que elas se pacifiquem, por causa do apego dos postulantes e dos prestadores da jurisdição às suas convicções sobre o sentido das regras jurídicas, sempre dependentes de uma interpretação subjetiva, ao contrário do que acontece no campo das ciências exatas. Tudo isso acarreta a assustadora multiplicação das causas, que abarrotam juízos e tribunais. Que o diga a Justiça Federal, sufocada por uma quantidade sempre crescente de processos para cujo julgamento são insuficientes os juízes, como sempre serão, ainda que se continue aumentando o número deles.

É preciso entender que, consoante a prevalecente teoria da vontade estatal, a função precípua do Poder Judiciário não é atender ao interesse das partes, porém eliminar os conflitos, pacificando o grupo social. Ao julgarem, os juízes, enquanto compõem os litígios, vão também desenvolvendo uma atividade pedagógica porque mostram o sentido das regras jurídicas, assim contribuindo para o cumprimento espontâneo das normas de direito, que é o seu sustentáculo como sistema de adaptação do homem na sociedade.

Só mediante a consagração do princípio do precedente obrigatório, embora ele não seja ideal, se diminuirá a carga formidável dos processos que emperram a máquina judiciária e sufocam os órgãos jurisdicionais, que acabam existindo apenas para tratar do urgente, relegando o necessário a um plano subalterno.

Independente de uma reforma constitucional, indispensável à instituição desse princípio, despontaram, no panorama jurídico brasileiro, vergôntees dele, numa segura indicação da necessidade de se lidar com a multiplicação das demandas, crescentes na proporção do aumento populacional e do desenvolvimento do País. Em 1963, a genialidade e o espírito pragmático de Victor Nunes Leal criaram a súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, com propósitos e efeitos bem conhecidos. Timidamente embora, porque contido pelos limites da Constituição, o Código de Processo Civil de 1973 dispôs, no art. 479, que o julgamento do incidente de uniformização da jurisprudência seria objeto da súmula, convertendo-se em precedente. Mais tarde, o art. 38 da Lei nº 8.038, de 28.5.90, veio permitir que o relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, negasse seguimento a pedido ou recurso contrário, nas questões predominantemente de direito, à súmula do respectivo tribunal. Recentemente, o art. 2º da Lei

nº 9.139, de 30.11.95, modificou o art. 557 do CPC para permitir que o relator negue seguimento a recurso contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior.

À detida análise da realidade do Judiciário brasileiro levou-me a responder a uma consulta do então Ministro da Justiça, o ínclito Nelson Jobim, apresentando-lhe sugestão de reforma dos arts. 102, 105 e 125 da Constituição Federal, que ofereço, agora, à lúcida consideração deste auditório, menos na esperança de captar-lhe a adesão do que de despertar-lhe a facúndia quanto a um tema que seduz e empolga, hoje, mais do que qualquer outro de que se ocupam os profissionais do direito, que se preocupam com a celeridade e a eficiência da prestação jurisdicional no Brasil.

A minha proposta, reflexo das minhas idéias, depois de demorada análise das necessidades dos jurisdicionados e das possibilidades do Poder Judiciário, defendia a instituição do precedente obrigatório, por meio da edição de súmulas vinculantes. Destaco, então, os pontos fundamentais de um sistema, concebido como contribuição para a implantação do princípio do precedente vinculante:

1ª) atribuição de competência aos Tribunais de Justiça:

- a) para, nas condições dos respectivos regimentos, editarem súmulas da sua jurisprudência, de observância obrigatória, e vinculante de todos os juízos e tribunais do Estado, relativamente a leis ou atos de governo local;
- b) para procederem à revisão dessas súmulas, por iniciativa dos seus órgãos fracionários, ou dos outros tribunais, tomada pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, ou dos membros do respectivo órgão especial;

- c) para julgarem reclamações destinadas a assegurar a autoridade de tais súmulas;

2º) limitação da competência recursal ordinária do Superior Tribunal de Justiça aos *habeas corpus* denegados em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos estaduais e às causas de que forem partes, de um lado, estado estrangeiro ou organismo internacional e, do outro, município ou pessoa residente ou domiciliada no país;

3º) atribuição de competência ao Superior Tribunal de Justiça:

- a) para julgar, mediante mandado de *certiorari*, outorgado sem fundamentação e na forma do seu regimento, as causas referidas nas alíneas *a*, *b* e *c* do inciso III do art. 105 da Constituição;
- b) para editar súmula de observância obrigatória e vinculante, quando relativa às matérias enumeradas naquele inciso;
- c) para proceder à revisão do enunciado dessas súmulas, por iniciativa dos seus órgãos fracionários, ou dos Tribunais Regionais Federais ou estaduais, tomada pela maioria absoluta dos seus membros, ou dos membros do respectivo órgão especial;
- d) para julgar reclamações destinadas a assegurar a autoridade de tais súmulas;

4º) atribuição de competência ao Supremo Tribunal Federal:

- a) para editar súmula obrigatória e vinculante, quando relativa às matérias do inciso III do art. 102 da Constituição;

- b) para proceder à revisão dessas súmulas por iniciativa de qualquer dos seus Ministros, ou dos Tribunais, tomada pela maioria absoluta dos seus membros, ou dos membros do respectivo órgão especial;

- c) para julgar reclamações destinadas a assegurar a autoridade de suas súmulas;

- d) para, mediante requerimento do Presidente da República, das Mesas do Senado ou da Câmara, de qualquer ministro do próprio Tribunal, ou do Procurador Geral da República, reexaminar acórdão do Superior Tribunal de Justiça que negar a revisão de suas súmulas obrigatórias.

Creio, firmemente, que as soluções propostas remedeiam o preocupante estado da administração da justiça no Brasil, cuja crise muito aguda torna impositivas soluções profundas, malogradas as contemporizações tentadas pela legislação e pelos tribunais, ainda quando inspiradas dos melhores propósitos.

A obrigatoriedade das súmulas de jurisprudência, de cuja adoção sou defensor convicto, apresenta-se, alvissareiramente, como a única solução possível, na realidade brasileira.

Ainda quando serenamente formulados, como devem ser os de natureza científica, não me sensibilizam os argumentos contrários à súmula, dentre os quais avultam a estagnação do direito e o cerceamento à liberdade do juiz de julgar de acordo com a sua livre convicção, não apenas quanto aos fatos, como ainda no tocante ao sentido da norma jurídica e à vontade nela expressa.

O primeiro argumento segue na esteira do que se disse e se reiterou na famosa polêmica, travada na Alemanha, no início do século passado, da qual Savigny

e Thibaut se converteram nos maiores protagonistas. Codificado o Direito Civil no BGB, ele nem de longe se mumificou, como atestam, exuberantemente, a doutrina alemã e a jurisprudência, que soube fazer as normas, sistematizadas no código, contemporâneas da época da sua vigência, arte na qual se aprimoram os tribunais americanos, especialmente a Suprema Corte dos Estados Unidos, no seu empenho de descobrir, na regra de direito, a disciplina de situações nem sequer vislumbradas ao tempo da respectiva edição. A experiência mostra que a lei não é apenas mais inteligente que o legislador. Ela também se mostra mais previdente, talvez até por ser mais inteligente que o seu criador.

Por outro lado, a súmula não interrompe o processo de evolução e aperfeiçoamento do direito. Digam-no os países onde se adota o precedente obrigatório, nos quais se observa uma atualização constante da ordem jurídica, não só pela elaboração de novas leis, cujo advento avanta o precedente, como ainda pela reformulação deste pelos próprios tribunais, diante de novas circunstâncias sociais ou da convicção de que a interpretação dada à lei fora errônea ou deficiente.

O argumento de que o precedente obrigatório, do qual a súmula vinculante constitui a expressão mais cômoda, mais eficaz e mais prática, limita a liberdade do juiz parece tão sem sentido quanto o que, com o mesmo pretexto, se rebelasse contra a obrigatoriedade da norma jurídica interpretativa. Ele só teria consistência num sistema de direito livre, que não é o adotado no Brasil, como se descobre na Constituição e se encontra explicitamente consagrado em normas como a do art. 126 do Código de Processo Civil, que declara o juiz preso à lei.

A súmula vinculante não fará o juiz menos livre do que é no sistema da legalidade estrita. A súmula atua como norma de natureza interpretativa. Caberá ao juiz, diante

da realidade processual, decidir se ela incide, e então aplicá-la, obrigatoriamente, tal como faz com a lei, ainda quando ela não reflita a sua convicção científica, mesmo quando a opção axiológica da norma não corresponda ao valor que o juiz daria ao fato por ela regrado.

Diante das possibilidades do Estado Brasileiro, que não se podem abstrair, quando se buscam soluções para a crise da jurisdição, nenhuma outra se afigura mais exequível que a súmula vinculante, que, no contexto da realidade atual, deve ser adotada, inclusive em termos experimentais, que compredam o seu aprimoramento, mas não excluam a rejeição do instituto, se ele provar impróprio. Afinal, tem razão o preceito evangélico de que o sábado foi feito para o homem e não o homem para o sábado.

I

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

.....
1) a reclamação para a preservação da sua competência e garantia da autoridade de suas decisões, ou da súmula da sua jurisprudência relativa à matéria do nº III deste artigo;

.....
r) o pedido de reexame, formulado pelo Presidente da República, por qualquer dos ministros do próprio Tribunal, pelas Mesas do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados, ou pelo Procurador-Geral da República, de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que negar a revisão de enunciado da sua súmula;

II –

III –

IV – editar, nas condições do seu regimento, a súmula da sua jurisprudência, de observância obrigatória e vinculante, quando relativa à matéria do nº III, e proceder à revisão do respectivo enunciado, por iniciativa de qualquer dos seus ministros, ou dos tribunais, tomada pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, ou dos membros do respectivo órgão especial.

II

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 105. Compete ao Supremo Tribunal de Justiça:

I –

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões, ou da súmula da sua jurisprudência relativa à matéria do nº III deste artigo;

II –

a) os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais, ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;

b) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;

III – julgar, em recurso especial, admitido mediante mandado de *certiorari*, outorgado sem fundamentação e na forma do seu regimento, as causas decididas, em

única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a)
- b)
- c)

IV – editar, nas condições do seu regimento, a súmula da sua jurisprudência, de observância obrigatória e vinculante, quando relativa à matéria do nº III, e proceder à revisão do respectivo enunciado, por iniciativa de qualquer dos seus órgãos fracionários, ou dos tribunais indicados naquele inciso, tomada pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, ou dos membros do respectivo órgão especial.

III

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 125.

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça, cujo regimento instituirá reclamação para assegurar a autoridade da súmula da sua jurisprudência relativa à matéria indicada no §3º;

§ 2º

§ 3º Poderão os Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios editar, nas condições do seu regimento, súmula da sua jurisprudência, de obser-

vância obrigatória e vinculante de todos os juízos e tribunais da correspondente circunscrição territorial, quando relativa às leis ou atos de governo local, e proceder à revisão do respectivo enunciado, por iniciativa dos seus órgãos fracionários, ou dos outros tribunais, tomada pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou dos membros do órgão especial.

§ 4º [atual § 3º]

§ 5º [atual § 4º]

III

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 122

AS REGRAS DO MÉTODO SOCIOLOGICO: INTERPRETAÇÃO E EXPOSIÇÃO CRÍTICA - ELEMENTOS INTERESSANTES PARA O DIREITO

Valéria Maria Cavalcanti Lins Lemos

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito pela Universidade Federal de Goiás-UFGO. Foi professora titular de Deontologia Jurídica e Odontologia Legal da Faculdade de Direito de Anápolis-GO e Professora da Universidade Federal de Pernambuco-UFPE, Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, das disciplinas Criminologia e Direito Penal Complementar.

SUMÁRIO

1. Elementos Interessantes para o Direito.
2. Conclusão.
3. Referências Bibliográficas.

1. Elementos Interessantes para o Direito

Ao interpretar uma obra secular, como são "As Regras do Método Sociológico"⁽¹⁾, de Durkheim, coincidentemente no ano de 1995, é evidente que nos

(1) "A Ciência vai dar idéias às coisas e não das coisas às idéias. Este modo de proceder está tão de acordo com as inclinações naturais do nosso espírito que o encontramos mesmo na origem das Ciências Físicas. É ele quem diferencia a química da alquimia, a astronomia da astrologia (...). São as prenoções vulgares que ele assinala na base de todas as Ciências e que nestas tomam o lugar dos fatos. São uma espécie de fantasmas que desfiguram o verdadeiro aspecto das coisas e que nos confundimos com as verdadeiras coisas. Como esse meio imaginário não oferece ao espírito qualquer resistência, esse abandona-se a ambições ilimitadas e crê possível construir, ou melhor, reconstruir o mundo pelas suas próprias forças e à vontade dos seus desejos. Com efeito os objetos sociais não se realizam senão através do homem; são um produto da atividade humana (...). Tratar dos fenômenos como coisas é tratá-los na qualidade de data que constituem o ponto de partida da Ciência. Os fenômenos sociais apresentam incontestavelmente esta característica. pp.397-402.

deparemos com clarivindências e incoerências.

Encontramos no teor da obra, textos obscuros e evasivos, mas sábias colocações, que, na verdade, a Sociologia moderna herda com vaidade.

A exemplo de evasivas observamos logo no prefácio da Segunda Edição, a obscuridade do texto que revela: fomos acusados de eliminar da Sociologia o elemento mental. "E prossegue": imputaram-nos certas opiniões que não tínhamos sustentado... o autor não explica a imputação e a quem ele atribui a responsabilidade dessa imputação.

É coerente quando diz que "tudo o que construímos cientificamente com relação ao método, nunca se pode fazer do que algo provisório, pois ele se modifica à medida que a Ciência avança, e é com base nessa concepção ideológica que desenvolveremos esse trabalho.

Quando ele diz que fatos sociais devem ser tratados como coisas e logo em seguida explica que não são coisas materiais, faz um paradoxo quando diz que constituem coisas ao mesmo título que as coisas materiais. E define-se como sendo todo objeto do conhecimento que a inteligência não penetra de maneira natural. Com isso ele quer demonstrar que é através do processo mental que o sujeito realiza com relação aos seus próprios sentimentos e com exceção dos objetos matemáticos, tudo é coisa.

Essa observação não dá a impressão de que as verdades relativas são coisas e as ciências exatas as evidenciam.

Especial atenção devemos à sua ilustrada teoria dos fatos sociais. Primeiro ele os define para depois chegar ao método. Para ele "fatos sociais são maneiras de agir e de pensar. Crenças, tendências, práticas reiteradas dos grupos e não encarnações individuais", que é o termo que utiliza para os movimentos que todos repetem e que não tem repercussão social. Tal atitude quanto ao ordenamento, é louvável, pois se pretendemos classificar um

objeto, essa iniciativa deve anteceder método. Os fatos sociais são assim, e sempre, uma projeção ao elemento mental, que a ele antecede em quaisquer circunstâncias, são coisas, tudo o que se apresenta à nossa observação⁽²⁾.

Durkheim falando sobre a coerção dos fatos, enfatiza:

"Se todo ato humano fosse considerado fato social, confundir-se-ia a Sociologia com outras Ciências. O devoto ao nascer encontra pronta as crenças e as práticas da vida religiosa, existindo antes dele, é porque, existem fora dele. Tudo isto está fora das consciências individuais".

Quando no meio social o indivíduo desempenha deveres de irmão, esposo, etc., ele os desempenha porque está inserido em um contexto cívico de costumes, são assim, atitudes, comportamentos que estão definidos fora dele, indivíduo. São atitudes herdadas através da educação, seja doméstica ou social, de forma mais genérica.

Diz ainda que o método de explicação, seguido pelos sociólogos e psicólogos é finalista e que a Psicologia tem a última palavra. Ora, a causa ou as causas determinantes de fatos sociais devem ser buscadas nos fatos sociais anteriores; ou seja, os fatos constituem um

(2) Uma criança passa grande parte do tempo com seus pais e, tempos depois, começa acreditar no que eles acreditam por simples imitação ou cópia mesmo quando os pais não procuram deliberadamente influenciá-la. Uma criança é propensa a estar exposta à ambos os lados da questão do fumo, sobretudo se um dos pais fumar e o outro não. Mesmo depois que uma criança desenvolver uma atitude, ela continua a expor-se, primordialmente, às informações que a apoiam. Nesta fase, fatores sócio-econômicos determinam o que ela sabe. O seu vizinho, o jornal, a escola, a igreja, os amigos etc. Vários fatores evidentemente vão continuar proporcionando-lhe informações tendenciosas ou unilaterais que serão coerentes com as atitudes por ele já contraídas. A universidade, por exemplo, faz com que a maioria dos estudantes se deparem com um meio mais heterogêneo, em termos de atitudes e muitas vezes esse meio exerce profundos efeitos sobre muitos deles. Dessa forma eles mudam muitas atitudes que sustentavam desde a infância, reexaminam e reavaliam outras.

somatório de fatos preestabelecidos socialmente.

Hobbes defende a coerção social sobre os fatos; Spencer, a espontaneidade³⁾.

Nos diz o Prof. Cláudio Souto em sua obra "A Explicação Sociológica – Uma Introdução à Sociologia" que: "A Sociologia Teórica tem duas fases fundamentais: primeiro ela foi sobretudo teoria da mudança social "ou da dinâmica social. Mais tarde, e ainda hoje, sobretudo a teoria da estrutura social (ou da estática social).

A fase inicial corresponde à primeira metade do século passado e vai até cerca de quinze anos do nosso século. Nessa fase, dedicada a maneira acentuada à mudança social, os problemas teóricos relativos à chamada estrutura social permaneceram em segundo plano. São autores típicos dessa primeira fase: Augusto Comte, Karl Marx, Hebert Spencer e também, embora em parte, Max Weber.

Durkheim, classificado por Cláudio Souto como um dos clássicos europeus sistemáticos, a exemplo de Weber, indubitavelmente nos forneceram os melhores instrumentos de solução quanto ao atual retorno norte-americano à teoria sociológica.

Durkheim é assim, um paradigma do conhecimento sociológico atual e considerado, um dos maiores nomes da teoria sociológica geral.

Defendeu como posição teórica básica, a de considerar a sociedade como um conjunto de fatos sociais, como padrões observáveis sistematicamente, levando à

(3) "Uma formulação do pensamento durkheimiano em termos da Antropologia Social faz relacionar função com instituição: "O conceito de função definido aqui, envolve a noção de uma estrutura consistindo num conjunto de relações entre unidades, mantida a continuidade da estrutura por um processo vital feito de atividades das unidades constituintes. Na verdade, nas Regras do método sociológico, Durkheim chama atenção para a relação entre o fato social e as necessidades gerais da sociedade, relação que denomina de "função" e que distingue dos fins ou propósitos manifestos que, não passando muitas vezes da simples justificativa, chama de racionalizações", p.24. (Thales de Azevedo - Atualidade de Durkheim).

descoberta de causas. Os fatos sociais, enquanto manifestações mais características da vida coletiva (fatos religiosos, morais, jurídicos, se impõe ao indivíduo. São para ele manifestações de coação e guardam, em relação às mentes individuais uma realidade nova, própria a ser buscada nas representações (idéias) coletivas ao grupo (consciência coletiva que se expressa em moral, religião, etc.). Daí a sua célebre definição: "É fato social toda maneira de agir, fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior", (Durkheim, 1972: 9 e 11)

Não há nada de mais estranho que o desprezo por meio do qual nos tem reprovado, algumas vezes, ao defender uma espécie de materialismo. Muito ao contrário, do ponto de vista em que nos colocamos, chama-se espiritualidade à propriedade distintiva da vida representativa do indivíduo, devemos dizer, na vida social, que ele se define por uma hiperespiritualidade. Isso significa que os atributos constitutivos da vida psíquica nela se reencontram, mas elevados a uma potência bem mais alta e de maneira a constituir algo inteiramente novo. Apesar de seu aspecto metafísico a palavra não designa, então, nada mais que um conjunto de fatos naturais, que se devem explicar por causas naturais (Durkheim, 1951: 47).

Em Durkheim não se encontra uma separação excessiva entre o que é mental e o que é social.

Para o autor, "O homem já nasce impregnado de práticas que irá exercer e no decorrer da vida outras são a eles impregnadas, sem necessariamente serem eternas, são na realidade, leis mutáveis.

Daí o autor volta a falar na coerção "se me adapto a essa coerção, ela se torna inútil como coerção e passa a ser pouco sentida". Ele exemplifica utilizando a praticidade de que, quando participamos de uma reunião, posteriormente ao nos isolarmos, experimentamos um sentimento de artificialismo. "Não os produzimos,

sofremo-los". São normas dotadas externamente, através de um poder de coerção a ele imposto, observe-se que na concepção de Durkheim não só existe fato social onde exista uma organização definida. Esse fenômeno social que se projeta na problemática jurídico-penal, quando estudamos o CONCURSO DE AGENTES, que como a própria expressão indica, caracteriza-se pela pluralidade de indivíduos (que atuam em co-autoria). Dá-nos subsídios para melhor compreensão do tema, a autoria que pode ser mediata ou colateral, analisando-se do ponto de vista do direito pátrio, a primeira que é aquela formada por um conjunto de ações (em co-autores, co-agentes, interagentes) em que pelo menos um tem a consciência, ou seja: é detentor do elemento subjetivo que ensejou o ato. É a MULTIDÃO CRIMINOSA, em que a força do grupo social como um todo impera e se deixa envolver na prática meio inconsciente de barbáries, muitas vezes dificultando no que concerne à atribuição da Culpabilidade⁽⁴⁾.

Na realidade, a produção do evento criminoso não ocorreu de forma integrada, perfeita; foi sofrida, meio inconsciente.

Em outra observação, o autor denota que são as tendências práticas do grupo, que constituem os fatos sociais. Durkheim não ousa, diz que até a forma como nos vestimos e a de nossas habitações não mais escolhemos, pois são maneiras consolidadas de agir. Essa afirmativa a grosso modo nos apresenta um universo de coisas sedimentadas e na verdade relativas. Posso fazer parte de uma civilização onde o comum são roupas que se adaptem não só ao clima, mas ao modismo. Todavia se eu me vestisse habitualmente como uma mulher das

(4) FEEDMAN, Carlsmith. *Psicologia Social*. 3a. ed., Ed. Cetrax Ltda, scars, Newjersy, E E UU, 1970. "Embora pareça que todo o mundo entende o que é agressão, tem muita importância defini-la. Infelizmente, há considerável desacordo sobre que espécie de comportamento deve ser designado como agressão. Assim, a definição de agressão deveria ser qualquer ação que é intencionalmente destinada a magoar outrem." pags. 108-109.

cavernas, essa COERÇÃO não deixaria de existir? Durkheim cita como exemplo, o êxodo e que se ele ocorre com frequência é porque há uma corrente de opinião. Ex.: O desemprego levou brasileiros ao exterior; o plano real que expandiu o turismo brasileiro, etc.

As regras do método Sociológico é uma formulação abstrata do método observado em suas duas primeiras obras: "A Divisão do Trabalho Social e o Suicídio. Ambas se baseiam na Teoria do Fato Social".

Durkheim demonstra que a Sociologia é uma Ciência objetiva conforme o modelo de outras ciência e que o sujeito é o Fato Social.

Durkheim – Os Pensadores – Comentário ao Cap. I da Obra p. 394.

"O tipo de habitação que se nos impõe não é senão a maneira como toda a gente à nossa volta e, em parte, as gerações anteriores, acostumaram-se a construir casas. As vias de comunicação não são do jeito que esta foi cavando, para si própria ao correr no mesmo sentido; visa-se por exemplo, a corrente regular das trocas e das migrações etc. Se os fenômenos de ordem morfológica fossem os únicos a apresentar esta fixidez, poder-se-ia acreditar que constituem uma classe à parte; mas uma regra jurídica é tão permanente com um tipo de arquitetura, e no entanto, é um fato fisiológico..."

Observe-se que a fundação de Brasília, da nova cidade, isso significa também, para o Brasil e o mundo, uma mudança radical e fantástica com relação ao tipo de arquitetura comumente utilizada num país em vias de desenvolvimento. Essa idéia concretizada por Neymayer como o seu criador, separou, de forma visível e concreta, Brasília do estilo comumente utilizado nas demais Cidades e Capitais do país. Mudou-se tudo o que estava sedimentado em termos arquitetônicos, numa visão utilitária e

exclusiva da Capital do país.

Observando-se o fenômeno criminal, ele é coerente quando afirma que a "reflexão é anterior à Ciência e que a punição não cria o crime; mas que é pela punição que o crime se revela exteriormente a nós", e conseqüentemente, é dela que se deve partir se quisermos chegar a compreendê-lo.

Discordo com a segunda assertiva supra mencionada, visto que a punição é a trajetória final na escalada do crime, é medida retributiva por infração ao ordenamento jurídico, e para compreendê-lo é necessário nos atermos às suas circunstâncias, pois só são compreendidas pelas suas causas. A punição é, como disse, a conseqüência.

No Cap. III, que trata das "Regras Relativas à Constituição dos Tipos Sociais" afirma que os mesmos não podem ser qualificados de normais ou anormais, senão em relação a uma espécie social determinada.

Comte, inclusive sugere um estudo monográfico de diferentes sociedades, para depois estabelecer um parâmetro entre elas: e Spencer parte do conceito de sociedade simples. Mas o que são sociedades simples? Ele diz que sociedades simples são aquelas mais rudimentares primárias, eu diria, originárias ou consideradas em sua tese inicial de formação. Observe-se que ainda neste século a grande preocupação da humanidade e a comprovação científica da origem do homem, não apenas geneticamente, mas socialmente. Realmente uma questão só será bem avaliada quando tomarmos por base a sua

(5) DURKHEIM - Os Pensadores. Comentários ao Cap. I da Obra, p.394. "O tipo de habitação que se nos impõe não é serão a maneira como toda a gente à nossa volta e, em parte, as gerações anteriores, se acostumaram a construir as casas. As vias de comunicação não são do que o leito que esta foi cavando, para si própria ao correr no mesmo sentido.

ampla evolução⁽⁵⁾.

Durkheim nos diz que, "desde os primeiros anos de vida, são as crianças forçadas a comer, beber, dormir em horas regulares; são constrangidas a ter hábitos higiênicos, a ser calmas e obedientes"; mais tarde obrigamo-las a aprender a pensar como as demais e a respeitar normas de convivências, forçando-as ao trabalho, etc. Se essa coerção deixa de ter sentido, é porque se transforma em hábito. Assim, nem sempre fatos sociais são tendências adotadas pelo grupo.

Concluimos, quanto a esse aspecto que o fato social é reconhecido pelo poder de coerção externo que exerce ou é suscetível de exercer sobre os indivíduos. Também pode ser definido como a propagação que apresenta no interior do grupo.

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. As circunstâncias do crime são múltiplas podemos estudá-las como concausas, ou causas isoladas, porém o fato de

Visa-se, por exemplo, à corrente regular das trocas e das migrações etc. Se os fenômenos de ordem morfológica fossem os únicos a apresentar esta fixidez, poder-se-ia acreditar que constituem uma classe à parte; mas uma regra jurídica é tão permanente como um tipo de arquitetura, e no entanto, é um fato fisiológico..." Observe-se que a exemplo da fundação de Brasília, da nova cidade, isso significa também, para o Brasil e o mundo, uma mudança radical e fantástica com relação ao tipo de arquitetura comumente utilizada em um país em vias de desenvolvimento. Essa idéia, concretizada por Oscar Niemeyer como o seu criador, separou, de forma visível e concreta, Brasília do estilo comumente utilizada nas demais Cidades e Capitais do país. Mudou-se tudo o que estava sedimentado em termos arquitetônicos, numa visão utilitária e exclusiva da Capital do país.

retomar uma teoria aparentemente retrógrada, que é a causa bio-psíquica como fator de criminalidade, é ignorar uma realidade óbvia⁽⁶⁾.

Nesse contexto enfocado por Durkheim, concordo que o crime, em determinadas circunstâncias advém de patologias, variadas ou específicas. Fato normal, evidentemente não é. Normal seria se não houvesse a prisão legal e conseqüentemente estaria ausente do caráter de reprovabilidade. As circunstâncias do crime são múltiplas, podemos estudá-las como concausas ou causa isoladas, porém o fato de preparar a retomada de uma teoria aparentemente retrógrada, que é a causa biopsíquica como fator da criminalidade, é ignorar uma realidade óbvia.

No estudo da criminalidade, algumas patologias às vezes são 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 adotada a criminologia como termômetro de criminalidade, do que mesmo uma tensão pré-menstrual, por exemplo, a 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.

A preocupação é demonstrar, de forma mais coerente

(6) Utilidade Teórica e prática desta destruição "é preciso que seja possível cientificamente para que a ciência possa servir para dirigir a conduta. I - exame dos critérios utilizados; II - Procurar as causas da normalidade do fato e da sua generalidade; III - Aplicação dessas regras a questão do crime, sempre como indagação: porque é a existência da criminalidade de um fenômeno normal? Negar essas regras, para o autor, é impossibilitar a própria Ciência.

Regras: Em primeiro lugar, o crime é normal porque uma sociedade que estivesse fora dele é impossível. Os crimes propriamente ditos serão desconhecidos, mas os erros que consideramos veniais ou venegases provocarão o mesmo escândalo que o delito normal provoca nas consciências normais. Se, portanto, esta sociedade tem o poder de julgar e de punir, qualificar estes atos como criminosos e agir em consequência. As regras do Método Sociológico - cap.

e objetiva, que as causas bio-psíquicas da criminalidade feminina não constitui teoria criminológica ultrapassada e segue um excelente enfoque no contexto de crime como patológico, sustentada por Durkheim.

O importante é não acatá-los como causa única e evidentemente como causaria no somatório como mais uma causa genética, Jamais como um fato que torna a mulher um ser incapaz, vindo inclusive essa teoria a "atrasá-la no processo de evolução social, como um ser que em interstício de 20 a 28 dias torna-se imprestável para o trabalho, para patrocinar causas, promover interesses, enfim, não ser considerada um ser normal.

No Cap. IV, que trata da Constituição dos tipos sociais, vem a resposta: "um fato social não pode ser finalizado de normal ou anormal em relação a uma espécie social determinada.

O crime pode e é um produto de um estado patológico do indivíduo, e o caráter de anormalidade até, ferê o que a sociedade (o meio) e a lei (ordenamento jurídico) encaram como fora dos padrões a que todos estão inseridos.

Citando Spencer, diz que tudo se reduz à felicidade maior, à necessidade de uma felicidade maior, às vantagens da cooperação entre os grupos, e é na natureza da própria sociedade que vamos buscar a explicação da vida social. Daí ele diz que mostrar a utilidade dos fatos não é explicar como se originaram⁽⁷⁾.

Acredito que o fenômeno social explica-se pela causa

(7) Ao que parece, as pessoas são muito propensas a distinguir emoções em categorias que estão distanciadas, raramente confundem felicidades com repulsa ou desprezo com surpresa. Felicidade, amor, medo e determinação tendem a ser assinalados com relativa facilidade ao passo que o desprezo, a repulsa e o sofrimento são muito difíceis.

(...) As emoções constituem uma função dos meios fisiológico e social. Talvez os indivíduos não possam identificar sequer as suas próprias emoções a menos que conheçam o contexto social e físico das mesmas.

que o produz e a função que desempenha.

A preocupação de Durkheim foi definir um método para o estudo dos fatos sociais e esse trabalho acentuou-se no momento em que o mesmo percebeu que os sociólogos da sua época, pouco ou nada acrescentaram quanto a isso. De início, aplicados apenas os métodos da dedução e da indução na investigação sociológica, Durkheim ousou com novos métodos e estratégias.

“De maneira fundamental, a metodologia científica (seja qual for a ciência empírica de que se trate) ainda hoje se reduz a observar informalmente a realidade, sem preconceitos, a imaginar uma explicação causal para ela (formulação hipotética) e a comprovar pela experimentação, ou, no mínimo, pela observação controlada, se a explicação corresponde à realidade. O método é fundamentalmente, o mesmo para todas as Ciências, salientando que, através dele, não só adições, como revisões, são constantemente feitas no patrimônio científico”. Cláudio e Solange Souto. *A Explicação Sociológica – Uma Introdução à Sociologia E.P.U.* – São Paulo, 1985, pp.52-53.

Sendo assim:

1. Um fato social é normal para um tipo social determinado numa fase determinada de seu desenvolvimento, quando se produz na média das sociedades dessa espécie, consideradas na fase correspondente de sua evolução.
2. É possível verificar os resultados do método precedente fazendo ver que a generalidade do fenômeno prende-se às condições gerais da vida coletiva no tipo social considerado.
3. Essa verificação é necessária quando o fato liga-se a um aspecto social que ainda não cumpru

sua evolução integral.

“Quando falamos em fatos sociais é evidente que tipificamos as palavras de Durkheim quanto à evidência de que o homem não pode viver entre as coisas sem formular idéias a respeito delas e que regula a sua conduta com relação a tais idéias”.

Isso nos leva à concepção moderna de interação social, que se revela em 3 (três) elementos essenciais e básicos, que são o sentimento a idéia e a vontade.

Essa observação que nada mais é do que a análise e a combinação dos fatos, através das nossas idéias é o que se chama de Sociologia de Análise Ideológica. É uma análise que parte das idéias para as coisas e não das coisas para as idéias. Das idéias para análise, surgem os conceitos de bom e mau, essa análise não é para observação, mas valoração e no universo jurídico, é com este elemento valor, que prejudgamos, que exercitamos e realizamos o ideal de justiça e para o exercício desse valor maior, é evidente que só através dos homens realizamo-las, são produtos exclusivo da atividade humana.

Durkheim diz que:

“um povo que substitui outro não é um simples prolongamento do anterior com o acréscimo de alguns caracteres novos, é diferente (...). Pois, a deficiência de sociedades não poderia ser figurada por uma linha geométrica; essa se parece antes com uma árvore, cujos ramos se dirigem em direções divergentes”.

Acredito que Durkheim, quis desenvolver com essas observações o conceito de mudança social, que, na verdade, apesar de não necessariamente, é substancialmente uma “ruptura” de valores e padrões preestabelecidos. Toda mudança social implica, digamos, em

uma revolução de maneira de pensar, de agir.

É desse modo que a evolução social, o desenvolvimento de alguma idéia humana e esta nova sociedade constituem a partir da união dos indivíduos, ou seja, justaposição por cooperação e também a idéia de semelhança e dessemelhança do grupo.

Questão interessante é observar que a coisa não pode ser modificada por um simples decreto da vontade.

Aliada à idéia de mudança, está a de resistência.

Análise crítica evidenciamos a assertiva do autor quando diz que: "É preciso, então, que o sociólogo, no momento em que determina o objeto de suas pesquisas ou no decorrer de suas demonstrações, proíbe absolutamente a si próprio o emprego de concertos formados exteriormente à ciência e para fins que nele tem de científico. Obs: fatos sociais.

Ora, essa regra de negação do empirismo na Sociologia é inviável. Sabemos que o empirismo aliado à cientificidade do objeto, é muitas vezes, fundamental. É evidente que numa pesquisa empírica em que as observações feitas nem sempre nos revelam a verdade, ou pelo menos não verdades relativas, mas é negável o seu valor para na apreciação de tabelas, questionários, mapeamentos, dados estatísticos, enfim todo o conjunto de métodos adotados para se atingir o objeto.

A regra adotada por Durkheim é no entanto, aceitável:

"Nunca tomar por objeto de pesquisa senão um grupo de fenômenos previamente definidos por certos caracteres exteriores que lhes são comuns".

Durkheim nos dá a primeira regra, para ele a primordial, a saber: a que consiste em considerar os fatos sociais como coisas, o que já mencionamos. O homem primeiro idealiza e passa a regular a sua conduta de acordo com tais idéias. Esse método, ou seja, o que denominar fatos de coisas é produto da experiência regular e

harmoniza nossas ações com o mundo que nos cerca.

As coisas sociais, desse modo, só se realizam através dos homens, são produtos da atividade humana. Os fatos sociais para ele são mais difíceis de interpretar porque são mais complexos, mas são também mais fáceis de atingir.

No que concerne aos Tipos Sociais, voltamos à concepção do que para ele pode ser considerado ou não fato social, ou ainda o que pode ser qualificado de normal ou anormal com relação a uma determinada espécie social. Para Durkheim o conceito de normalidade ou anormalidade está relacionado à homogeneidade ou heterogeneidade do grupo. Os valores adotados por um determinado grupo é que o diferenciam de outros.

Para Durkheim, por ter desconhecido a existência de espécies sociais, foi que Comte acreditou poder representar o progresso das sociedades humanas como idêntico ao de um povo único.

Só se poderá entender as sociedades, a partir do seu estudo por meio de monografias a fim de fazer um levantamento em quais pontos há discordâncias ou semelhanças. E o método seria o indutivo.

Diz ele:

"que o verdadeiro método experimental tende antes a substituir os fatos vulgares, que não são demonstrativos senão sob condição de serem muito numerosos e que, por conseguinte, não permitem senão conclusões sempre suspeitas, pelos fatos decisivos ou cruciais, como dizia Bacon, os quais, por si mesmos e independentemente de sua quantidade, apresentaram valor e interesse científico".

Durkheim nos dá a idéia de que Tipos Sociais

fundamenta-se mais nos pequenos agregados simples, do que aliados a outros agregados maiores. É a idéia primeira de agregados simples que é até negada por Spencer, por consistir essencialmente numa rudeza de organização.

E define: "Nada de melhor temos a fazer, do que considerar como sociedade simples aquela que forma um todo não subordinado a outro, e cujas partes cooperam com ou sem centro relator, tendo em vista certos fins de interesse público". O sentido aqui de simples nos dá a idéia exata de simplório, ou seja, a impossibilidade de serem encontradas sociedades mais simples.

Durkheim conclui o tema sem apresentar o método e, ocupa-se das Regras Relativas aos Fatos Sociais.

Cláudio Souto, nos diz em sua obra que: embora o fato social não se identifique como individuais, nem seja uma simples soma dessas mentes não se poderá negar que ele resulte de fatos mentais em interação (...) Desse modo, o fato social é sempre dinâmico. Ou seja, constitui sempre um fato de mudança social, esta última entendida em sentido largo. Por isso mesmo, todo fato social é um processo social. Não raro, também, ao longo da história, o fato social é um fato de mudança em sentido restrito, ou seja, de alterações básicas, ou profundas das sociedades.

Sabe-se efetivamente que as partes que compõem uma sociedade são sociedades mais simples do que ela. Um povo provém da reunião de dois ou vários povos que o precedem. Se, portanto, conhecêssemos a sociedade mais simples de todas bastar-nos-ia seguir a maneira como esta sociedade ordena-se a ela própria e como os seus componentes harmonizam-se entre si para estabelecer a classificação em causa.

Portanto, as sociedades são meras combinações diferentes de uma só e única sociedade original e as

características específicas só duram uma geração.

- 1) – A sua independência ante toda a filosofia (independência que é útil à própria filosofia) e em face das doutrinas práticas, relações entre a Sociologia e essas doutrinas, como permite dominar os partidos.
- 2) – A sua objetividade. Os fatos sociais considerados como coisas.
- 3) – O seu caráter sociológico: os fatos sociais explicados conservando a sua especificidade, a Sociologia como Ciência Autônoma.

Sendo assim, em nenhum dos macrossistemas de maior abrangência do mundo civilizado de hoje há um equilíbrio estável.

Mesmo o controle social, sendo um dos processos básicos sociais, não foge ao destino do todo fato social: contém e provoca sempre mudanças em sentido largo e frequentemente, numa perspectiva histórica, mudança em sentido estudo, isto é, mudança social fundamental ou profunda.

Durkheim diz que o método de explicação geralmente seguido pelos sociólogos é essencialmente psicológico além de finalista. Ele afirma: o que mascarou, aos olhos de tantos Sociólogos, a insuficiência desse método, foi que, tomando o efeito como causa, conferiu-se aos fenômenos sociais certos estados psíquicos relativamente definidos.

2. Conclusão

Com base no exposto observamos que o método é independente de qualquer filosofia, ou seja, a Sociologia é independente, autônoma mas não autêntica com relação às demais ciências, pois ele próprio admite a multidisciplinariedade que a envolve. Mas afirma que a ciência normalmente "nasce", digamos, mesclada de outras ciên-

cias para, afinal, auto-afirmar-se.

É objetivo, pois fatos sociais são coisas, coisas sociais. As duas observações completam-se na visão do autor, pois para ele um fato social só pode ser explicado por outro fato social.

O que o autor demonstrou em toda a sua Obra, foi a preocupação em buscar uma Sociologia como Ciência Pura, cheia de determinismos. Mas frise-se: os fatos sociais são eivados de motivações e as verdades nessa área do conhecimento são relativas, jamais eternas.

Raymond Aron em sua obra "Mair Current in Sociological Ihanght", V pp.59-69, nos diz em algumas passagens que: "em todas as obras de Durkheim, desenvolvimento é o mesmo, definição do fenômeno, interpretação prévia e por último, a explanação do fenômeno em questão".

Na verdade a obra "As Regras do Método Sociológico" é uma formulação abstrata do método observado em suas duas primeiras obras: "A Divisão do Trabalho Social" e "O Suicídio". Enfim, todos se baseiam na teoria do Fato Social.

Durkheim demonstra que a Sociologia é uma Ciência objetiva conforme o modelo de outras ciências e que o seu sujeito é o Fato Social.

Primeiro, o sujeito dessa ciência deve ser específico e sendo assim, distinto dos sujeitos das outras Ciências. Segundo, que esse mesmo sujeito deve ser observado e explicado de forma semelhante aos fatos observados e explicados em outras ciências".

Regras:

"1ª - É necessário afastar sistematicamente todas as noções prévias. A crítica quanto a esta regra, situa-se em que um determinado grupo de fenômenos abrangidos por uma mesma definição. A primeira tarefa do Psicólogo, é portanto, definir aquilo que irá tratar, para que todos

saibam.

2ª - A regra, portanto é "tomar sempre para objeto de investigação um grupo de fenômenos previamente definidos por certas características exteriores que lhes sejam comuns, e inclusive na mesma investigação todos os que correspondam a essa definição".

3ª - Como a sensação é facilmente subjetiva, é de regra, nas Ciências naturais, afastar os dados sensíveis que se arriscam a ser demasiado pessoais, retendo exclusivamente os que apresentam um suficiente grau de objetividade.

É entendido por sociedade o grupo social de maior amplitude em uma determinada perspectiva, pode-se lembrar a conhecida distinção entre sociedade em que predominam os grupos primários e aqueles que predominam os grupos secundários.

Entendemos que a sociedade moderna caracteriza-se não só pela industrialização, ou produção industrial avançada e pelo aumento do produto social bruto, porém, ainda há outros traços importantes: racionalização legal e burocrática, urbanização, democratização e mobilidade social, além do domínio da ciência e da tecnologia.

3. Referências bibliográficas

1. ARON, Raymond – 1905. **Main Currents in Sociological** – trad. by Richard Howard; Helen Weaver, vol. II. New York – Basic Books, c 1965 and London.
2. Atualidade de Durkheim; AZEVEDO, Thaus de; SAMPAIOS, Nelson de Souza e MACHADO NETO, A. L. Publicações da Universidade da Bahia – Imprensa Vitória, II – 16 – 1959 – Brasil.
3. CONTE, Augusto. **Curso de Filosofia Positiva; Discurso Sobre o Espírito Positivo; Catecismo Positivista** / A. Conte. As Regras do Método Sociológico e Outros Textos / Émile Durkheim. Ed. Abril Cultural, São Paulo, 1973.
4. DURKHEIM, Emile. **As Regras do Método Sociológico**. Cia Editora Nacional, São Paulo, 1960.
5. FREDMAN, Carlsmith; Sears; Jonathan L.; J. Merrill; David O. **Psicologia Social** – trad. do "Social Psychology, 3a. ed., Ed. Cultrix, São Paulo, 1970.
6. GIDDENS, Anthony; Durkheim/Anthony Giddens, London: Collins, 1978, 125p. Ass. Sociólogos Franceses.
7. LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico**. Ed. Atlas S/A, São Paulo, 1985, pp.25-26 (1.2-1.2.3).
8. MARANHÃO, Sílvio Marcelo. O Estruturamento de ponto de partida da obra de Servi – Thaus, Roberto Motta. Ensaio, Críticas da Teoria em Ciências Sociais – Mimiografado Paradigmas teóricos em ciências Sociais, Notas para Discussão, Recife – UFPE, 85p.
9. SOUTO, Solange e Cláudio. **A Explicação Sociológica – Uma Introdução à Sociologia**. E.P.U. – São Paulo, 1985, pp. 52-53.

ALIMENTOS E SUA EXECUÇÃO: ASPECTOS GERAIS

Valéria Rúbia Silva Duarte

Juiza de Direito e Professora de Direito Romano e Direito Eleitoral da Faculdade de Direito de Olinda e Professora Adjunta da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE.

SUMÁRIO

1. O casamento. 2. A família. 3. Dos alimentos no direito de família. 4. Conceitos de alimentos. 5. Destinatários da prestação alimentar. 6. Fixação da prestação alimentar: – Critérios e formas de pagamento. 7. Da execução da prestação alimentícia. 8. Espécies de execução. 9. Prisão do devedor. 10. Conciliação na execução de alimentos.

1. O casamento

No dizer de José Lopes de Oliveira, Direito de Família "é o conjunto das regras que tem por objetivo disciplinar as relações de família assim do ponto de vista da influência dessas relações sobre as pessoas como sobre os bens", além do que, o seu objetivo é "tutelar o grupo familiar no interesse do estado".

Assim considerado pelos mais conceituados e festejados doutrinadores, é através do casamento ou matrimônio que a família se constitui juridicamente, cujo conceito, acolhido à unanimidade, é aquele em que se tem o Casamento como a "conjunção de um homem com

uma mulher, tanto que passam a se chamar cônjuges". Trata-se de uma conjunção física, "representada pela coabitação, a união de corpos, para a vida em comum". Tão importante é essa conexão entre ambos, que Modestino a repete dizendo que "o marido e a mulher formam um consórcio, donde o nome de "consortes" dado a eles". E diz mais Modestino: "casamento é a comunicação do direito divino e humano". E em sentido mais amplo, o casamento "transcende a sua posição de uma instituição jurídica, tanto que a Igreja Católica o elegeu como um sacramento religioso".

Conceituado sob o ponto de vista moral, casamento "é o vínculo jurídico entre um homem e uma mulher, de base sexual, nascido do seu consentimento do qual resultam direitos e obrigações peculiares para os que contraem e os que nascem dessa união".

De outro lado, sob o ponto de vista jurídico, casamento "é a sociedade solenemente contratada por um homem e uma mulher para colocar sob a sanção da lei a sua união sexual e a prole dela resultante".

A exemplo de Portugal e da França, o casamento nada mais é que um contrato, onde as partes, assim consideradas, um homem e uma mulher, acordam sobre um certo e determinado tipo de relação jurídica a persistir entre eles.

É o que diz, por exemplo, o art. 1.577 do Código Civil português:

"O casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferentes que pretendem constituir família, mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código".

Entretanto, entender-se o casamento como um contrato apenas, é não considerar a inexistência de relação econômica ou patrimonial, porque, o casamento, união

de homem e mulher, não surgiu para esse fim único e específico. Daí ser, no mais das vezes, deixada essa consideração econômico-patrimonial à margem do estudo do direito de família, para considerá-lo uma instituição social de ordem pública, que não deixa de expressar, todavia, um acordo entre as partes, que busca, principalmente, a constituição da família.

A discussão doutrinária é grande, haja vista a complexidade na busca da natureza jurídica do casamento. Afinal, é o casamento um contrato, uma instituição, ou tem uma natureza "sui generis"? É oportuno lembrar que, para a realização do casamento, como ato, é necessária a presença de um Magistrado, no caso do casamento civil, ou de um Padre ou Pastor, no caso de um casamento religioso, ou religioso com efeito civil. Oportuno, também, esclarecer que, para a realização de um contrato entre partes, tais autoridades são prescindíveis. É necessária a presença das partes, as quais têm vontades divergentes, mas interesses convergentes sobre o objeto. No casamento, contrariamente, a vontade e o interesse entre as partes são convergentes, vale dizer, ambas querem casar, sem divergências. Até então, o casamento é um acordo, a partir do qual, passa a ser um "ato-condição", haja vista o casal passar a ter seu casamento regido pelo Código Civil. Daí ser o casamento considerado um ato jurídico complexo, modernamente apresentando uma natureza jurídica "híbrida", porquanto, pode ser considerado contrato na sua formação, mas instituto no seu conteúdo.

2. A família

"O homem", escreveu Aristóteles há mais de dois mil anos, "é naturalmente um animal político".

Em sua acepção mais ampla, sociedade refere-se apenas ao fato básico da associação humana, onde os homens vivem juntos e partilham de opiniões, valores,

crenças e costumes comuns, mas também interagem continuamente, podendo-se dizer que existe uma relação social quando indivíduos têm expectativas recíprocas, consistindo num padrão de interação como fruto da própria natureza humana. Pretendeu dizer o grande filósofo grego que o homem, desde o início de sua existência, procurou viver em contato com outros homens, com razão, sentimento e justiça. Por sua vez, Cícero pregou que o homem procurou viver em sociedade em razão do seu instinto inato de sociabilidade. Santo Tomás de Aquino afirmou que "o homem é por natureza, animal social e político, vivendo em multidão, ainda mais que todos os outros animais, o que se evidencia pela natural necessidade". Montesquieu expõe que o homem é levado a escolher e a viver em sociedade pelo desejo de paz, sentimento das necessidades, especialmente na procura de alimentos e pela atração pelo sexo oposto, fatos que levam os homens a serem iguais e iniciarem hostilidade e concorrência entre eles, abalando a ordem social.

O homem forma e compõe a sociedade. Sociedade, portanto, é o agrupamento de pessoas na intenção de realizar um fim, ou de cumprir um objetivo de interesse comum. Em princípio, advém da reunião de pessoas, de famílias, compondo uma unidade. E em sede do estudo sociológico, a sociedade por excelência é a Família. Assim é que se diz com frequência que a família é a unidade social básica. Distinta da estrutura de parentesco mais amplo, consiste num grupo formado, a princípio, de dois adultos, um homem e uma mulher, alargando-se com o surgimento dos filhos e, via de regra, partilha de uma residência comum, onde seus membros cooperam para a satisfação de suas necessidades.

As principais funções da família, no dizer de Kingsley Davis, são a reprodução, a manutenção, a

colocação social e a socialização de seus integrantes, em especial os filhos. Não são essas, entretanto, as únicas funções exercidas pela família. Ela pode desempenhar papel importante na vida econômica da sociedade, constituir um mecanismo significativo na estrutura da autoridade política, ocupar lugar de relevo nas atividades religiosas e, principalmente, ensejar, tipicamente, um curso aceito e aprovado para a satisfação de necessidades pessoais.

A combinação dessas funções numa estrutura social, sustenta Davis, explica a presença universal da família e diz que "*precisa ser, em primeiro lugar, um grupo biológico, porque a reprodução exige que haja relações sexuais entre dois e relações biológicas entre todos os membros do grupo. E precisa, em segundo lugar, ser um grupo de trabalho economicamente solidário e cujo trabalho é dividido entre os membros, porque assim o exigem os cuidados e o sustento da prole, em especial*".

Está aí, uma família que floresce sólida e próspera. A verdadeira célula básica da sociedade, que, segundo Rui Barbosa, "A Pátria é a família amplificada", reportando-se ao fato de que o direito protege o organismo familiar, por ser uma sociedade natural e, portanto, originária, anterior ao Estado e ao Direito. Não foram, portanto, nem o Estado, nem o Direito que criaram a família e, dizem alguns, a família é quem criou o Estado e o Direito. Por tudo isso, cabe ao Estado e ao Direito protegê-la, pois a desagregação da família poderá estremecer as bases do Estado e do Direito.

E hoje, tal fato é preocupante!

No mais das vezes, profundas modificações acontecem nos conceitos básicos da instituição familiar, o que contribui para o seu enfraquecimento, chegando, até mesmo, à deterioração.

Os membros de uma família enfraquecida, considerando-se o aspecto emocional e econômico, traduzem e externam reflexos de crises econômicas e, em especial, de valores de uma sociedade maior que repercute na instituição basilar e de sustentação do homem, que é a família.

E, na proporção que a família perde a sua solidez, um dos primeiros sintomas exteriores de desagregação, em nível judicial, é a propositura da Ação de Alimentos.

3. Dos alimentos no direito de família

Há que se dizer que o instituto dos Alimentos, nos casamentos romanos identificados como "*cum manu*" e "*sine manu*", não tiveram repercussão favorável aos nubentes e seus descendentes, e nem eram considerados. Isso porque, o núcleo predominante a ser observado em ambos os tipos de casamento era o patrimônio que poderia dele advir, inclusive com a entrega do dote.

Somente com o surgimento do concubinato no Direito Romano, reconhecido como uma união permanente, e com a legitimação dos filhos, admitido por Justiniano, é que os Alimentos passaram a constituir um direito aos dele necessitados.

Associado à relação familiar proveniente do concubinato, o Direito Romano passou a admitir a obrigação alimentícia fundamentado no acordo convenicionado entre partes, de um lado, aquele que necessitava e, de outro, aquele que podia contribuir com o alimento.

Diga-se que a obrigação alimentar teve retardado, de muito, sua aplicação nas relações familiares. Tal fato justifica-se em decorrência de que as famílias constituídas pelos casamentos, em especial "*cum manu*", permitia que o "*paterfamilias*" tivesse sob sua "*manu*", todo o poder sobre os integrantes da comunidade familiar, descabendo aos seus dependentes quaisquer direitos ou pretensões de

busca desses direitos contra o "*paterfamilias*", de caráter patrimonial, como Alimentos, pois eram os mesmos privados da busca de qualquer direito. À evidência dessa posição individualista, resulta ausência do princípio de "solidariedade familiar".

Yussef Said Cahali ressalta que "não há uma determinação precisa do momento histórico a partir do qual essa estrutura foi se permeabilizando no sentido do reconhecimento da obrigação alimentar no contexto da família", e que "terá sido a partir da época do principado, em concomitância com a progressiva afirmação de um conceito de família em que o vínculo de sangue adquire uma importância maior quando então se assiste a uma paulatina transformação do dever moral e socorro, embora largamente sentido, em obrigação jurídica verdadeira e própria, a que corresponderia o direito alimentar, tutelável através da "*cognitio extra ordinem*"; a controvérsia então se desloca para a extensão das pessoas vinculadas à obrigação alimentar".¹

O que se sabe é que a obrigação alimentar recíproca entre ascendente e descendente em linha reta infinita, entre ascendentes maternos, pai e descendentes na família legítima, foi reconhecida durante o governo de Justiniano, ocasião em que também se discutiu a existência de uma obrigação alimentar entre os cônjuges. Entretanto, a respeito, Bonfante, contrariamente, admitiu o direito a alimentos apenas à mulher, não se estendendo ao homem, tendo sido combatido por Perozzi. Até então, o dever ao alimento, recíproco ou não, a depender da posição tomada pelo doutrinador que se insurgia em defesa, era, exclusivamente, moral, passando, posteriormente, a constituir-se em obrigação alimentar, estendendo-se aos cônjuges, ascendentes, descendentes, irmãos e irmãs.

1 Cahali, Yussef Said. "Dos Alimentos", 2ª edição, p.37.

4. Conceitos de alimentos

Caldas Aulete define Alimento na sua concepção fisiológica como sendo "toda substância que, introduzida no aparelho digestivo, deve servir para a nutrição" e, por extensão, "tudo o que serve para conservar a existência ou promover o desenvolvimento".

Na verdade, Alimentos, agora em expressão plural, adquire significado de, como expressado no Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa, 3ª ed., Ed. Delta, vol. I, p. 162, "despesas que uma pessoa é por direito obrigada a fazer com o sustento, habitação, vestuário e mais tratamento de outra pessoa".

Alimentos não só abrangem o fornecimento de alimentação na sua mais singular expressão, mas também, habitação, vestuário, assistência médica e, sendo menor o alimentário, as despesas de instrução e educação, sem esquecer diversão e lazer, imprescindíveis ao desenvolvimento emocional e intelectual do indivíduo.

O festejado Pontes de Miranda expressa que a palavra "alimentos" significa "o que serve à subsistência animal". Mas, em seu significado cotidiano, poder-se-ia dizer que Alimentos é tudo aquilo que se torna necessário e imprescindível à manutenção e conservação à vida do homem.

Entretanto, quando se pretende invocar o conteúdo de uma obrigação, nada mais completo do que entender alimentos como bem expressado pelo mestre Yussef Saïd Cahali, reportando-se, inclusive a Orlando Gomes e Cicu, em sua obra "La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiundi", como "tudo o que é necessário para satisfação aos reclamos da vida, são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigí-la de outrem, como necessário à sua manutenção".

Demolombe exalta a palavra Alimentos como sendo tudo aquilo que "compreende o que é necessário às necessidades da existência: vestimenta, habitação, alimentação e remédios em caso de doença.

No mesmo sentido, o igualmente festejado Clóvis Beviláqua assegura que "a palavra Alimentos tem, em direito, uma acepção técnica, de mais larga extensão do que na linguagem comum pois compreende tudo o que é necessário à vida: sustento, habitação, roupa e tratamento de moléstias".

5. Destinatários da prestação alimentar

O artigo 2º da Lei Alimentícia de nº 5.478, de 25.7.68, exige prova da relação de parentesco ou da obrigação alimentar do devedor, ou seja, prova pré-constituída da existência de pátrio poder ou da obrigação alimentar resultante do casamento.

Modernamente, numa interpretação extensiva, considerando-se o reconhecimento da união estável entre um homem e uma mulher pela Constituição Federal, em seu artigo 226, § 3º, sendo por isso reconhecida como instituição de direito de família, a prova da relação entre os conviventes haverá de ser perseguida judicialmente através de Ação Declaratória de União Estável ou Justificação Judicial, em Vara de família.

Há quem acolha como prova da união estável a inscrição de um dos conviventes em favor do outro junto ao INSS, na condição de dependente, ou mesmo a existência de filhos havidos entre ambos. Contudo, na primeira hipótese, pode ter ocorrido que a inscrição de uma pessoa como dependente de outra junto ao INSS, não tenha sido em face de união estável, como a experiência tem demonstrado. De outro lado, mesmo com o nascimento de filho ou filhos em comum, pode ocorrer

que o casal já não esteja na constância da convivência estável alegada, mas, a exemplo, em um outro relacionamento, o que não permite a busca judicial de alimentos a seu favor, mas, tão-somente, em favor dos filhos. Pode ocorrer, também, que o filho foi havido sem a união estável e reconhecido judicialmente em Ação de Investigação de Paternidade.

A propósito, expressam as Leis nºs 883, de 21.10.40 e 8.560, de 29.12.92, nos seus artigos 5º e 7º, respectivamente:

"Art. 5º. Na hipótese de ação investigatória de paternidade, terá direito o autor a alimentos provisionais desde que lhe seja favorável a sentença de primeira instância, embora seja, desta, interposto recurso".

"Art. 7º. Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite".

Daf a manutenção da posição de prova pré-constituída da união estável através de ação judicial. Se é exigida a prova do parentesco. Se é exigida a prova da realização do casamento através da certidão própria, para a fundamentação da obrigação alimentar. Por que não a exigência da prova judicial da união estável para a fundamentação da obrigação alimentar?

Orlando Gomes exalta que "o fundamento da obrigação encontra-se no princípio da solidariedade familiar"², ressaltando que a Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, trata a união estável como entidade familiar.

2 - Gomes, Orlando, "Direito de Família", Forense, 1986, p. 325.

No ensinamento de Washington de Barros Monteiro, são considerados parentes, taxativamente, não alcançando os parentes por afinidade, os ascendentes, descendentes e irmãos, observando-se a ordem de preferência reinante no art. 397 do Código Civil.

Em regra geral, cabe ao indivíduo o provimento, pelo trabalho, de sua própria subsistência. Entretanto, anota Caio Mário da Silva Pereira que "o direito não descarta o fato da vinculação da pessoa ao seu próprio organismo familiar. E impõe, então, aos parentes do necessitado, ou pessoa a ele ligada pelo elo civil, o dever de proporcionar-lhe as condições mínimas de sobrevivência, não como favor ou generosidade, mas como obrigação judicialmente exigível"³.

A prestação de alimentos, regra geral, resulta da obrigação entre os cônjuges, na maioria das vezes sem o convívio em domicílio comum entre um deles e filhos, cuja obrigação é de assistência recíproca e manutenção da família, referendada pela Constituição Federal vigente.

Os alimentos prestados aos demais parentes, não devem alcançar além do necessário e essencial à manutenção dos alimentários, sendo sempre interessante ressaltar que, nesses casos, há a possibilidade de complementação do pensionamento, haja vista que o obrigado pode não dispor de recursos suficientes para a integralização individual da pensão, cogitando-se, então, da complementação pelos outros membros do grupo familiar.

"Evidenciado que o pai dos menores não tem, sozinho, condições financeiras para prover a subsistência dos seus filhos, justifica-se o chamamento dos avós paternos na lide, para efeito de os mesmos também concorrerem na complementação do *quantum* necessário, nos termos do art. 397 do CC"⁴.

3 - Pereira, Caio Mário da Silva, "Instituições".

4 - Paraná, Tribunal de Justiça, 3ª Câm. Civ. 8/11/88, Rel. Des. Silva Wolff. In: BUSSADA, Wilson. "Sociedade Familiar Interpretada pelos Tribunais", Alimentos. São Paulo, Jurídica Brasileira, 1992, v. III, p. 423, n. 150.

No casamento, a obrigação alimentar é recíproca entre os cônjuges, sendo tal assertiva consubstanciada, não só pelo dever de mútua assistência, como se infere da interpretação do artigo 231 do Código Civil, incisos III e IV, mas, também, em face do contido no art. 19 da Lei Divorcista de nº 6.515/77, bem como o artigo 226 § 5º da Constituição Federal vigente, na qual deixou de figurar o homem como chefe da sociedade conjugal.

É comum o pedido de prestação alimentícia, em especial e, na maioria das vezes, da mulher contra o homem, mesmo estando convivendo no mesmo lar, com alegações de que o casal "está dormindo em cama separada", e que não há o cumprimento da obrigação por parte dele, da manutenção da família.

A respeito, não basta a alegação da mulher de que o marido, embora convivendo sob o mesmo teto, esteja dormindo em cama separada.

A doutrina e a jurisprudência dominantes e pacíficas sobre a matéria, referendam que, convivendo o casal sob o mesmo teto e estando o marido fornecendo os alimentos para a manutenção da família, mesmo que dormindo em cama separada, descabe e improcede o pedido de alimentos formulado pela mulher ou filhos.

É preciso que se diga que, no caso da mulher vir a Juízo com esta pretensão jurisdicional, deve, antes de qualquer coisa, apresentar meios justificáveis de provas, pois que, em princípio, para a doutrina e jurisprudência, o homem, nesta condição, nada está a dever.

Se, no entanto, mesmo na permanência do lar comum do casal, o marido comprovadamente não cumpre com o dever de assistência, pode a mulher reclamar alimentos.

Esse é o entendimento predominante da Jurisprudência pátria, conforme lembra Yussef Said Cahali: "Predomina, contudo, em nossos tribunais -e acertada-

mente - o entendimento segundo o qual, o fato de viver o casal sob o mesmo teto não impede que a mulher reclame e obtenha alimentos uma vez comprovado o descumprimento, pelo marido, da obrigação de sustentar adequadamente a família, de acordo com as suas posses e com as necessidades do lar; em outros termos, a vida em comum no domicílio conjugal não é obstativa da ação de alimentos, identificando-se na hipótese uma peculiar forma de separação de fato".

O mais justo e coerente seria a mulher ajuizar pedido de separação de corpos do casal, com o afastamento do marido do lar comum, através de medida cautelar para, "*a posteriori*", especificamente, pedir a separação judicial, na qual se decide, também, alimentos.

Certo é valer-se da interpretação do artigo 226, § 5º da Constituição Federal, onde reza que os direitos e obrigações entre o homem e a mulher devem ser exercidos igualmente, na sociedade conjugal, prevalecendo um entendimento mútuo de respeito entre o casal, onde ambos devem contribuir para a despesas da casa e da família, sempre um complementando o outro.

Esta espécie de separação implica na dissolução da sociedade conjugal e é resultado de acordo entre os cônjuges, necessitando provar, tão só, a realização do casamento por mais de dois anos. Com relação a esses dois anos, tem-se entendido que, mesmo não estando completados, os cônjuges podem requerer medida cautelar de separação de corpos, para prevenir direitos e evitar atritos, até que haja tempo suficiente para a separação consensual ou divórcio.⁵

"*In casu*", os cônjuges estabelecem o valor da prestação alimentícia que será destinada à separanda, regra geral, e aos filhos, ou, apenas, a estes. A respeito, a

⁵ TJSP, Ap. Civ. 98.854-1, Des. Silva Ferreira.

jurisprudência predominante tem considerado como renunciável o direito a alimentos entre os cônjuges, principalmente se quem a eles renuncia possui rendimentos ou fica com bens suficientes para se manter. Mais uma vez superada a Súmula 379/STF, conforme Rec. Esp. 37.151-1/STJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro.

Se a separanda dispensar a pensão alimentícia por apresentar condições à sua manutenção, haverá de ser homologado, podendo o benefício vir a ser reivindicado, oportunamente, presentes os pressupostos legais. A respeito, informa a jurisprudência:

“A cláusula de renúncia a alimentos, em separação, é válida e eficaz. Se a mulher, entretanto, limita-se a dispensá-lo, com a ressalva de que os poderá pleitear se deles vier a carecer, o pedido de pensão é, em tese, viável, pois fundado no que as próprias partes acordaram”.⁶

A propósito, diga-se que “enquanto o renunciante se despoja de seu direito, o dispensante apenas deixa de exercitá-lo, podendo fazê-lo quando quiser se não estipular prazo ou condições para seu exercício”.⁷

A jurisprudência vem entendendo que, em a mulher renunciando aos alimentos, não mais poderá buscá-la judicialmente, sob o entendimento de que “a obrigação de prestar alimentos é dos parentes e a separação judicial põe termo ao parentesco” (RT 563/210).

O dever de mútua assistência desaparece com a dissolução da sociedade conjugal. Assim, depois da separação judicial, a dívida alimentar entre cônjuges só subsiste se houver acordo nesse sentido. Existem alguns julgados que entendem está a Súmula 379 do STF superada, desde a vigência do divórcio no Brasil. Esses julgados dão conta de que a referida Súmula não tem mais

6 REsp. 40.408-8-SP, 3ª Turma do STJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 24.10.94.

7 Cahali, Yussef Said, “Divórcio e Separação”, 7ª ed. Vol.1.

aplicação, porque os alimentos são irrenunciáveis quando se trata de parentes, não se estendendo, portanto, a ex-cônjuges, porque estes não são parentes. Portanto, renunciáveis sem qualquer contestação os alimentos tratados em separação.

Contrariamente, acórdãos entendem que os alimentos poderão ser postulados posteriormente pelo renunciante, em ação própria, de rito ordinário, com justificativa de mudança de fortuna. A respeito, não encontro respaldo para com eles comungar, haja vista convicção formada de que “é válida e eficaz a cláusula de renúncia a alimentos, em separação judicial, não podendo o cônjuge renunciante voltar a pleitear seja pensionado”, convalidado com a moderna idéia de igualdade entre homem e mulher, tão buscada por esta, não podendo ser fraturada com pedido de alimentos.

Ressalte-se que, se houve a dispensa à prestação do benefício, deve e pode ser buscado, até que não seja dissolvido o vínculo matrimonial com o divórcio.

Esta espécie, por sua vez, pode ser pedida por um dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum, (Lei nº 6.515, de 26.12.77, art. 5º), podendo haver a renúncia ou a dispensa da prestação alimentícia por parte dos cônjuges entre si. Se tal não ocorre, enquanto não findo o vínculo matrimonial entre os cônjuges, e se pedido, cumulativamente, alimentos, o Magistrado deve fixá-los provisoriamente em favor do cônjuge e filhos, estes, se existirem.

A alegação de culpa na separação litigiosa, entretanto, não impede a fixação de prestação alimentícia de caráter provisório e, se não provada durante a instrução do feito, em caráter definitivo, considerando-se que:

“as normas relativas à separação judicial e ao divórcio, de cunho social, devem ser interpretadas restritivamente, como regra de exceção e não como regra geral, não comportando ampliação. Assim, é necessário que os fatos alegados, com apoio na norma legal, estejam comprovados e tenham suporte fático inequívoco, não se tratando apenas de instrumentos de mero capricho de um dos cônjuges”.⁸

Previsto na lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, o Divórcio põe termo ao casamento e aos seus efeitos civis, dissolvendo o vínculo matrimonial entre os cônjuges, não modificando, contudo, os direitos e deveres dos mesmos com relação aos filhos, mesmo que, posteriormente, venham a contrair novas núpcias.

Em princípio, tratando-se de dissolução do vínculo matrimonial e, portanto, nenhum parentesco existente entre os cônjuges, considerando-se que, para a prestação de alimentos deve defluir da relação de parentesco, não há o que se falar em alimentos quando do divórcio.

Se o divórcio for consensual, havendo a homologação judicial da renúncia a alimentos, como uma das cláusulas do acordo, entende-se, como na separação judicial, pelo não-direito posterior. Se, portanto, contrariamente, ocorreu a dispensa temporária a alimentos, e tal ajuste foi consensualmente homologado, entende-se pelo seu pedido posterior, desde que comprovadamente justificada a necessidade e, bem como, a possibilidade da prestação, considerando-se a solidariedade e cooperação entre os ex-cônjuges, e não a obrigação alimentar decorrente de casamento. Este, está findo. Mais nenhuma obrigação tem um pelo outro. O respeito é, unicamente, pelo acordo firmado entre os cônjuges e homologado judicialmente.

8 Revista Jurídica Mineira, 87/88-91.

Por outro lado, em tendo sido o divórcio litigioso e mencionados os alimentos como renúncia, a proposta é de não se ter mais direito à pretensão, haja vista que não houve acordo anterior entre os cônjuges, findou-se o vínculo matrimonial e, também, o renunciante se despojou de seu direito. Igual entendimento refere-se quando da dispensa aos alimentos, porque não se pode vislumbrar possibilidade eterna de pedir alimentos a ex-cônjuge, como se fosse “emprego reserva”. Mais uma vez, que fique ressaltada a igualdade entre o homem e a mulher. Se a mulher conquistou seu espaço na sociedade, equiparando-se ao homem, é injusto que o mesmo, após a separação ou divórcio, tenha que prestar-lhe alimentos indefinidamente.

No remoto Direito Romano, concubinato era uma permanente união permitida, mas ilegítima, do homem e da mulher, diferindo do casamento legítimo pela intenção que presidia à sua formação.

Em verdade, a prestação formal de alimentos foi concedida por Justiniano aos filhos naturais, quais sejam, os filhos dos “quirites”, “patricios”, com a concubina.

Modernamente, a ilicitude da união apontada no Direito Romano já não mais persiste. É que, “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em Casamento”.⁹

Este reconhecimento constitucional levou alguns autores a atribuir aos companheiros reconhecidamente como tal, o dever de assistência mútua e, em conseqüência, aos alimentos. A outros, contrariamente, não houve a absorção desse entendimento, pela razão de não se ter uma nítida separação entre concubinato e união estável, porque consideram que a norma constitucional não

9 Constituição Federal, art. 226, § 3º.

transformou a entidade familiar em casamento nos termos da lei civil, e portanto, “do ponto de vista legal, o homem não tem nenhum dever de prestar alimentos à mulher com a qual não é casado”.¹⁰

E mais: “no estágio atual do nosso direito, o direito aos alimentos decorre de relação de parentesco ou do casamento. A eles não tem direito a concubina”.¹¹

A união estável caracterizada através da coabitação entre um homem e uma mulher, estabilidade, publicidade, fidelidade, finalidade e “*affectio societatis*”, é protegida não só pela Constituição Federal, mas, também, pela Lei nº 9.278/96, atribuindo-lhe, dessa feita, caráter de legitimidade, prevê como dever entre os conviventes, a assistência material recíproca, em cuja assistência se acomoda e repousa a prestação de alimentos. O dever de mútua assistência decorre da união estável e, em havendo a sua dissolução, a assistência material será prestada por um dos conviventes, ao que dela necessitar, a título de alimentos, na interpretação do art. 7º da Lei nº 9.278/96. Há de ser exaltado que este dever só persiste em favor do convivente verdadeira e justificadamente necessitado, com o devido respeito ao binômio necessidade e possibilidade à equidade. Além do mais, que fique aqui reiterado e sustentado o posicionamento de que a união estável haverá de ser comprovada, como anteriormente defendido.

O artigo 1.136 do Código Canônico estabelece:

“os pais têm o gravíssimo dever e o direito primário de, na medida de suas forças, cuidar da educação, tanto física, social e cultural, como moral e religiosa da prole”.

10 Rizzardo, Arnaldo, “Casamento e Concubinato-Efeitos Patrimoniais”,

11 Ap. Cível 5.016/88, 23.05.89, Rel. Des. Renato Maneschy, TJRS.

Tem-se que os pais, em igualdade de condições, ditadas constitucionalmente, e dentro de “suas forças”, têm o dever de assegurar aos seus filhos comuns os alimentos, nestes, incluídos, também, assistência odontológica, médica, hospitalar, além de vestuário, lazer e viabilização de estudo, devendo cuidar, nesse caso, o Estado, corroborado pela Lei nº 8.069, de 13.07.90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA.

Diga-se que os filhos são aqueles havidos na constância ou não do casamento, ou havidos por adoção. A todos, indistintamente, a Constituição Federal, em seu artigo 227, § 6º protege, tendo havido, inclusive, expressa revogação do artigo 358 do Código Civil.

No desempenho do Pátrio Poder por ambos os genitores, compete a manutenção dos filhos menores, independentemente dos filhos ou algum deles terem habilidade para prover sua própria sustentação, exceto se emancipados nos termos da lei civil.

Os Tribunais sustentam, como o de São Paulo, na Ap. 87.933. Revista dos Tribunais 279/378, tendo como Rel. o Des. Moura Bittencourt, que:

“o pai, ainda que pobre, não se isenta, por este motivo, da obrigação de prestar alimentos do filho menor. Do pouco que ganhar, alguma coisa deverá dar ao filho”.

Dessa forma, comungando com a posição, em se tratando do dever dos pais de sustentar seus filhos menores, não há cogitar-se sobre os recursos do alimentante, haja vista que a prestação será conforme e adequada à renda, mesma que ínfima.

O dever de alimentos dos pai com relação aos filhos menores, perdura até a maioridade, vale dizer, até que

sejam atingidos os 21 (vinte e um) anos, quando, então cessa o pátrio poder e a obrigatoriedade do cumprimento da obrigação. Aos 21 (vinte e um) anos, nos termos da lei civil brasileira, a pessoa está apta a desempenhar todos os atos da vida civil, por si só, inclusive trabalhar para se manter. É uma pessoa absolutamente capaz.

Entretanto, sem considerar-se o pátrio poder, permanece o parentesco entre pais e filhos. E, neste caso, o filho maior pode buscar a prestação alimentícia contra seus pais, ou contra um deles, desde que comprovado fique a ausência de recursos econômicos necessários à sua própria subsistência, decorrente de deficiência física ou mental ou impossibilidade do exercício de atividade laborativa, em face da frequência a curso superior. A respeito, já se deliberou que “a maioridade de filho, que não trabalha e cursa estabelecimento superior, não justifica a exoneração do pai de prestar-lhe alimentos”¹², devendo, ao ser deferido, redobrada diligência da autoridade judiciária, com o objetivo de não desvirtuar o sentido e a natureza dos alimentos. Não há lei que registre, mas, a Jurisprudência tem se firmado e o costume tem-se mantido no sentido da manutenção da prestação alimentícia ao filho maior de idade, mas universitário, até que seja completado 24 (vinte e quatro) anos, idade provável do encerramento dos estudos universitários.

6. Fixação da prestação alimentar: – critérios e formas de pagamento

O “*quantum*” da prestação alimentar é fixada pelo Magistrado, de logo, pelo que torna o caráter provisório, observando-se, tomadas as devidas proporções, as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante, como bem expresso no artigo 400 do Código Civil.

12 Revista dos Tribunais, 490/108.

A respeito: “A Lei não quer o perecimento do alimentado, mas também, não deseja o sacrifício do alimentante” (Washington de Barros Monteiro).

Tais alimentos, como já dito, tratando-se de pensão de pais aos filhos, deve ir além do valor exigível à mantê-los vivos, estendendo-se também, a cota fixada, ao atendimento educacional, assistência médica, odontológica e lazer. Tratando-se, entretanto, de prestação alimentar entre parentes sem o encargo do pátrio poder, ou entre cônjuges, a fixação do “*quantum*” deverá ser em valor que garanta apenas a subsistência do alimentado.

A renda do alimentante, quando profissional liberal, dificulta no arbitramento dos alimentos, pois que, na maioria das vezes, não é provada detalhadamente. Quando isso acontece, a autoridade judiciária pode valer-se da fixação tomando por base o salário mínimo, com depósito mensal em conta-corrente ou conta-poupança do alimentado ou seu representante legal, ou ainda, mediante recibo. A respeito da fixação da pensão tomando-se por base o salário mínimo, apesar da proibição prevista no art. 7º, inciso IV da Carta Magna, o STF excluiu a vedação constitucional nas questões alimentares, deliberando que “a fixação de pensão alimentícia tem por finalidade garantir aos beneficiários as mesmas necessidades básicas asseguradas ao trabalhador em geral pelo texto constitucional. É de considerar-se afastada, por isso, relativamente a essa hipótese, a proibição da vinculação do salário mínimo, prevista no inciso IV do artigo 7º da Carta Federal”.

A fixação dos alimentos, tomando por base o salário mínimo, deve prever periodicidade para reajuste e o índice a ser utilizado, sabendo-se, mais, que, “para o cálculo da pensão, deve-se considerar o conceito profissional, a natureza de seu trabalho, as instalações de que se serve, constituindo-se no conjunto das possibilidades para o pagamento”¹³.

13 TJMG, Rel.Des. Paulo Gonçalves.

Tendo o alimentante renda fixa, proveniente de vínculo empregatício, o órgão empregador, sob pena do crime previsto no artigo 22 da Lei de Alimentos, deve informar ao Magistrado seus ganhos mensais, brutos e líquidos. Nesse caso, a fixação não deve ultrapassar 1/3 dos rendimentos líquidos do alimentante, com incidência sobre o 13º salário, indenizações e, também, sobre o FGTS, que apesar de não ter natureza salarial, tem indenizatória, gratificações, adicional por tempo de serviço, aviso prévio e férias. O desconto, geralmente, é feito em folha de pagamento e pago a cada mês ao alimentado.

Já se tornou clássico o entendimento que “não pode a eventual e momentânea situação de desemprego representar causa de improcedência da ação alimentícia, nem mesmo de estipulação de uma pensão pífia, incompatível com as necessidades do alimentando e com as possibilidades do alimentante”.¹⁴

Diga-se que tal posicionamento deve ser acolhido quando se tem o encargo do pátrio poder, vale dizer, entre pais e filhos, estes menores de idade.

No caso do critério exclusivo do parentesco, considerando-se a situação econômica-financeira atual, desde que comprovada, a parte alimentada, leia-se, maior de idade, mesmo que filho e estudante universitário, certamente poderá dispensar tempo ao trabalho. Imagine-se não ter este maior, estudante universitário pai e mãe. Como sobreviverá? Imagina-se que do seu trabalho.

Se filho maior, mas deficiente físico ou mental, equipara-se a sua invalidez, para efeito de prestação de alimentos, aos menores, por força do artigo 16 da Lei do Divórcio.

14 TJMG, Ap. 61.436, 19.5.83.

7. Da execução da prestação alimentícia

Inicialmente, é de cedição conhecimento que dois são os requisitos para se promover qualquer execução: o inadimplemento do devedor e o título executivo, que pode ser judicial ou extrajudicial. E o título deve ser líquido, certo e exigível. Inexistindo qualquer um destes atributos, não há como pretender-se obter a tutela jurisdicional executiva, porquanto é nula a execução, “se o título executivo não for líquido, certo e exigível”. (art.618, I, CPC). Insta acentuar que tal nulidade deve ser reconhecida de ofício pelo Juiz, independente da argüição do devedor através de embargos. Desse modo, como bem acentua Amilcar de Castro, “a simples leitura do escrito deve pôr o Juiz em condições de saber quem seja o credor, quem seja o devedor, qual seja o bem devido e quanto seja devido”.

Fixado que foi, na Ação de Alimentos, o “quantum” a ser prestado pelo alimentante, deve este cumprir com a obrigação de dar coisa certa, tal como estabelecido na sentença.

Ocorre que, por vezes, o alimentante deixa de prestar os alimentos fixados, vindo o alimentado a cobrá-lo judicialmente, dê-se que de posse de título executivo judicial, líquido, certo e exigível.

Assim, o credor de alimentos poderá se valer da promoção de execução da sentença através de execução sob a forma de execução por quantia certa, ou objetivando a decretação da prisão civil do alimentante/executado, na forma do art. 733 do Codex de rito, quando, então, terá o devedor o prazo de três (03) dias para pagar, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo. A opção quanto à utilização de uma ou de outra espécie de execução cabe ao exeqüente/credor. Pleiteando a execução nos termos do artigo 732 do Código de Processo Civil, proceder-se-á à penhora de bens do devedor, caso o mesmo não pague o devido em 24 horas, não lhe sendo lícito pleitear a prisão

do devedor. Se, no entanto, o pedido executório vem fundamentado no artigo 733 do Código de Processo Civil e seu § 1º, aí sim, é cabível o pedido de prisão do devedor caso o mesmo não pague o valor devido no prazo de 3 dias, diga se já o fez, ou apresente justificativa de sua impossibilidade em cumprir com sua obrigação. Assim, com a escolha de uma ação, renunciar-se-á a outra. A respeito, há quem entenda que, se o devedor justifica no prazo de 03 (três) dias a impossibilidade de cumprir com sua obrigação e é acatada pelo Magistrado, o exequente/credor pode requerer a continuidade do processo nos termos do art. 732 do CPC.

“Cabe ao credor, na abertura de execução de alimentos optar entre requerer a citação com cominação de prisão – art. 733 – ou apenas de penhora – arts. 732. Mas a preferência pela primeira alternativa não lhe tira o direito de, após a prisão ou a justificativa do devedor, requerer o prosseguimento da execução por quantia certa, caso ainda persista o inadimplemento”. (COAD 72290)

Se o credor tem a opção de pleitear a execução por dois caminhos, deverá valer-se do que foi escolhido, do início ao fim da execução, pois, entendo que, citado validamente o devedor, em qualquer um dos dois caminhos, formou-se a triangularização processual, sendo vedada a alteração do pedido pelo autor, sem o consentimento do réu. É o que diz o artigo 264 do Código de Processo Civil. Além do mais, e se o credor, na hipótese, comprovado o inadimplemento do devedor, mesmo sendo decretada sua prisão, não tiver bens a serem penhorados?

8. Espécies de execução

– Execução com previsão no Art. 732 do CPC.

Essa espécie de ação executória visa a atingir os bens patrimoniais do executado, tramitando nos moldes dos artigos 646 a 731 do CPC, de caráter executório

comum, sujeitando-se à citação, penhora, avaliação e arrematação dos bens patrimoniais do executado para a satisfação dos alimentos devidos, admitindo-se a oferta de embargos com fundamento em título judicial, após seguro o Juízo.

Alimento é sustento, manutenção e vida.

A execução alimentícia, por quantia certa, se por um lado permite não levar o devedor à prisão, de outro, não apresenta a rapidez que o caso requer e sugere, considerando-se a sua natureza.

– Execução com previsão no Art. 733 do CPC.

Essa segunda espécie de execução de alimentos está prevista no artigo 733 e parágrafos do CPC, buscada com a finalidade de sujeição do devedor à prisão civil, só possível de ser decretada desde que ocorra o “inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar”.

“*In casu*”, o devedor será citado para, em três (03) dias, efetuar o pagamento do “*quantum*” devido, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo. Justificando o devedor o seu inadimplemento quanto a obrigação alimentar, o Juiz não poderá decretar a sua prisão civil, antes de decidir sobre a justificativa apresentada.

Não havendo o cumprimento de uma das três opções ofertadas ao devedor, a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretará, fundamentadamente, a prisão do devedor pelo prazo de 1 a 3 meses, independente de nova intimação ou oportunidade a ele concedida.

9. Prisão do devedor

Permitida pela Carta Magna no artigo 5º, LXVII, bem como no § 1º do artigo 733 do CPC, a prisão do devedor, ao ser decretada, não tem o fim precípuo de punição pelo não cumprimento da obrigação da prestação alimentícia, mas, tão somente, como meio de coagi-lo a pagar.

“A prisão do devedor de alimentos é meio coercitivo adequado, previsto em todas as legislações cultas, para obrigar o devedor rebelde a pagar aquilo que, injustamente se nega”.¹⁵

E mais: “... Pior que a prisão do devedor é a necessidade ou a fome do alimentado”

(*João Claudino de Oliveira Cruz*).

A prisão do devedor não pode ser cumprida em prisão domiciliar ou liberdade vigiada, pois não estaria, assim, havendo a coercibilidade necessária ao cumprimento efetivo da sanção imposta ao devedor de alimentos. No entanto, consoante o artigo 295 do Código de Processo Penal, pode dar-se em prisão especial ou quartéis.

Uma questão que merece atenção, é que, na maioria das vezes, o devedor não tem antecedentes criminais, não tendo também praticado qualquer crime que o tenha levado ao cárcere comum, onde estão presas pessoas das mais diferentes índoles e praticantes dos mais variados crimes. Não parece coerente colocar um devedor de pensão alimentícia numa mesma cela prisional onde estão homicidas, estupradores, latrocidias. É recomendável, nesses casos, que o devedor, ao ser preso, seja recolhido em cela adequada ao seu caso, até porque a prisão civil não é uma pena pelo não-pagamento da pensão, mas uma forma de coagi-lo a pagá-la.

Justificado o devedor o seu inadimplemento e argüindo desemprego, cuidado redobrado deve ter o Magistrado.

De certo, “não basta que o devedor demonstre estar desempregado para provar a impossibilidade do pagamento da pensão alimentícia; a impossibilidade a que se refere a lei é aquela não dependente da vontade do devedor e resultante de força maior”.¹⁶

O desemprego ocasional do devedor não o incapacita à prestação alimentícia, podendo, apenas, justificar inadimplência transitória. A respeito, “não há de se proteger, todavia, o devedor de alimentos que não quer trabalhar, permanecendo todo tempo sem auferir ganhos”. (COAD 56.303)

Diga-se que, restando efetivamente comprovado o inadimplemento da obrigação por real ausência de recursos causada por desemprego e não simples recusa, o Poder Judiciário há de respeitar tal situação, inclusive promovendo a tentativa de conciliação entre as partes, ou suspendendo o processo por prazo razoável que permita ao devedor o cumprimento da obrigação.

“É ilegal a prisão civil do devedor de alimentos que oportunamente apresentou justificação da impossibilidade de pagá-los, por estar desempregado, e que pretendeu provar o que alegava. Prisão Civil é medida excepcional”.¹⁷

Acrescente-se que: “Decretar a prisão, porém, de quem não paga, porque não pode pagar, é inócuo e chega a ser injusto”.¹⁸

A experiência tem demonstrado que os devedores que tiveram contra si o decreto de prisão civil, não passaram mais de 48 (quarenta e oito) horas no estabelecimento carcerário, em face da efetivação do pagamento, sendo, portanto, colocados, de pronto, em liberdade, através de competente Alvará de Soltura.

É notório o conflito quanto ao prazo da prisão do devedor alimentar. O CPC, no artigo 733, § 1º, trata do prazo de 1 a 3 meses de prisão. A Lei de Alimentos, no seu artigo 19, prevê o prazo máximo de prisão de 60 dias.

17 RJTJRS, 83/182.

18 Felipe, Jorge Franklin Alves, “Prática das Ações de Alimentos”, 1986.

15 STF, no RHC-54.796-RJ.

16 Jurisprudência Brasileira, 140/261.

Diga-se que a dita Lei de Alimentos é anterior ao CPC, a qual trouxe prazo menos gravoso e danoso ao devedor e, portanto, prevalecem as decisões dos Magistrados quanto ao prazo de prisão até 60 dias, considerando-se que a prisão civil não tem natureza punitiva causada pelo não-cumprimento da obrigação, mas apresenta natureza coercitiva no sentido de coagir o devedor a pagar.

“A prisão do devedor será admitida por mais de uma vez, ou seja, sempre que este se tornar inadimplente” (RF 290/228), “eis que o cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas (RJTJESP, 77/193), pelo que inexistente qualquer óbice a que seja a prisão civil do devedor de alimentos decretada quantas vezes forem necessárias (RTJ 79/448, 115/1.150, Jurisprudência Brasileira 1.051/135), desde que verificado seu inadimplemento em débitos distintos.

Decretada que seja a prisão civil por mais de uma vez e pelo mesmo débito, constitui-se “*bis in idem*” e constrangimento ilegal do devedor, passível de impetração do remédio constitucional “*Habeas Corpus*”.

10. Conciliação na execução de alimentos

Não há, expressamente, no processo de execução, momento de tentativa de conciliação entre credor e devedor, que possa ser perseguido “*ex officio*” pelo Magistrado ou a requerimento de alguns deles, ou mesmo a possibilidade de ser tentada no transcurso do processo, até porque, em estando a execução pautada no artigo 733, § 1º do CPC, o rito não tende à instrução, restando necessária a prova documental, em caso do já cumprimento da obrigação, constituindo-se em matéria de direito. Nesse caso, o Magistrado, fundamentando-se na ausência de uma das condições da ação, vale dizer, possibilidade jurídica, artigo 267, inciso VI do CPC, haja vista que a obrigação está cumprida e, assim, houve perda do objeto,

cominada com o artigo 794, inciso I do mesmo diploma processual civil, extingue o processo sem o julgamento do mérito.

Se não cumprida a obrigação, mas justificada tempestivamente e acatada, tanto pelo Ministério Público, quanto pelo Magistrado, o devedor não terá contra si o decreto da prisão civil.

Mas há casos, entretanto, e que são na sua maioria, em que o devedor apresenta peça justificatória não acolhida, restando ao Magistrado a decretação de sua prisão civil. A alegação usual é o desemprego, sobre o qual já houve pronunciamento.

Diante da justificativa de desemprego do devedor e a insistente pretensão do credor de, muitas vezes, vê-lo “por trás das grades” apenas, não se preocupando até, e nem sempre, com o recebimento da pensão alimentícia vencida, o Magistrado, sem alternativa legal, leva o pedido à procedência, sem que seja tentada uma conciliação.

A experiência tem demonstrado que, mais do que a necessidade do alimento, o credor tem o “prazer” de valer-se do direito que lhe é conferido, e colocar o devedor na prisão, como dizem alguns, no “xadrez” ou “por trás da grades”.

E como amenizar e abrandar esse desejoso prazer e conciliar as partes, até mesmo em benefício dos filhos menores para que os mesmos não tenham a sensação de que foram eles os causadores da prisão, em regra geral, do seu genitor, já que a ação é proposta pelos filhos representados ou assistidos pela genitora?

A propósito, depoimento de menor que teve seu pai detido por 25 (vinte e cinco) dias no Presídio Aníbal Bruno pelo descumprimento de pagamento da pensão alimentícia no importe de R\$ 42.000,00 (quarenta e dois mil reais):

“Acho que minha mãe devia se submeter a um exame psiquiátrico. Ela não está bem de saúde”.

O adolescente afirmou que tentou impedir que a mãe solicitasse a prisão de seu pai M. A., mas não foi ouvido.

E acrescentou: “Ela perdeu o filho quando colocou o meu pai na cadeia”. (Menor D.Z., 17 anos).

O estudante de 15 anos A.R.C.J., que conhece as conseqüências de uma separação dos pais e o litígio gerado por alimentos, diz:

“A gente se sente perdido, atrapalhado no meio de tantas acusações. Não quero ver o meu pai na cadeia. Se isso acontecer comigo, fico dias em casa para não ter que passar a vergonha de ouvir de meus amigos que meu pai está preso por esse motivo”.

O artigo 125 do CPC teve acrescido pela Lei nº 8.952, de 13.12.94, o inciso IV, o qual assim ficou:

Art.125

 IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

O retro dispositivo não expressa, entretanto, em que momento ou em que processo pode ou deve o Magistrado tentar a conciliação. Deve o Magistrado tentar a conciliação, apenas.

Assim, não havendo indicação ou impedimento, pode, e por que não, deve o magistrado tentar a conciliação entre credor e devedor nas ações de execução de pensão alimentícia. Ressalve-se que a tentativa de conciliação deve ser proposta quando verificada nos autos a real impossibilidade do cumprimento da obrigação, em especial pelo desemprego a que está sujeito o devedor, ou em outros casos relevantes, e não em qualquer situação, no sentido de não fomentar a inadimplência e a irresponsabilidade do devedor.

A conciliação tem origem na harmonização sobre o que se diverge. Tecnicamente indica o acordo amigável e a transação que põe fim ao litígio.

Conciliados que sejam credor e devedor sobre valor devido referente à pensão alimentícia, beneficiados estão ambos, bem como os filhos comuns.

Fica aqui a proposta da alteração do dispositivo legal concernente à Execução de Alimentos, no sentido de que seja incluída a tentativa de conciliação, de ofício ou a requerimento das partes, devedor ou credor, objetivando atender aos casos em que é justificado o descumprimento da obrigação, sem que, no entanto, atinja a possibilidade de decretação da prisão civil do devedor, não como meio de castigá-lo pelo não-pagamento, mas, como forma de coagi-lo a fazê-lo.

1. Importância do Tema

A apropriação dos bens que nos propiciam riqueza, status, estabilidade econômica e conforto sempre mereceram por parte da sociedade um papel importante.

Desde que deixamos a propriedade comunal e optamos pela apropriação privada dos bens economicamente apreciáveis, a propriedade tem se apresentado como um dos pontos de potencialização dos antagonismos entre os homens. Consciente da tensão que ronda todo aquele que dispõe da propriedade, a sociedade procura edificar mecanismos que a preservassem.

Contudo, embora tenhamos atingido um elevado grau de independência social, decorrente do aumento da intensidade e velocidade das relações sociais, bem como do impacto da unificação dos mercados econômicos, não obtemos uma situação de equilíbrio social, pois a propriedade continua a ser um elemento de tensão social.

A INSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Vladimir da Rocha França

Mestrando em Direito Público pela Universidade
Federal de Pernambuco – UFPE. Professor da
Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN.

SUMÁRIO

1. Importância do Tema. 2. Interação e Processo Social. 3. Direito como Instrumento de Controle Social. 4. A Instituição da Propriedade. 5. A Função Social da Propriedade. 6. A Concretização da Função Social da Propriedade – Bibliografia.

1. Importância do Tema

A apropriação dos bens que nos propiciam riqueza, *status*, estabilidade econômica e conforto sempre mereceram por parte da sociedade um papel importante.

Desde que deixamos a propriedade comunal e optamos pela apropriação privada dos bens economicamente apreciáveis, a propriedade tem se apresentado como um dos pontos de potencialização dos antagonismos entre os homens. Consciente da tensão que ronda todo aquele que dispõe da propriedade, a sociedade procurou edificar mecanismos que a preservassem.

Contudo, embora tenhamos atingido um elevado grau de interdependência social, decorrente do aumento da intensidade e velocidade das relações sociais, bem como do impacto da unificação dos mercados econômicos mundiais, ainda se persiste numa regulamentação do fato social lastreada por uma perspectiva essencialmente

individualista, principalmente quando se trata da propriedade.

O direito está inevitavelmente envolvido no processo, pois através dele as sociedades mais desenvolvidas estabelecem o seu grau máximo de controle na vida de cada um de nós.

O objetivo do presente e despretensioso estudo é procurar, ou melhor, aproximar-se de novos paradigmas para a regulação jurídica das relações sociais que estão na órbita da disposição da propriedade. Os apontamentos que apresentamos constituem uma tentativa de compreensão da propriedade como fenômeno social e como fenômeno jurídico, integrado numa realidade ainda ignorada pelas estruturas clássicas do ciência do direito.

2. Interação e Processo Social

O processo fundamental da sociologia é o da interação social, cuja falta comprometeria a existência das sociedades humanas. Pois “uma sociedade não somente existe por meio de interação, mas é interação” (Pierson, 1964: 177).

A interação social constitui um processo padronizado de conhecimento e de aculturação, onde os indivíduos procuram projetar sentimentos, idéias e vontades no espaço social, junto aos seus semelhantes. Deve ser entendida, nas palavras de Cláudio Souto e Solange Souto (1985:69), como “a ação relacionada e exteriorizada de compostos *siv*, sendo *s* = sentimento; *i* = idéia e *v* = volição (vontade positiva ou negativa: querer ou não-querer)”.

O pólos que se encontram em um processo sócio-interativo são chamados de *compostos siv*, que podem abranger tanto uma pessoa como um grupo delas. Na interação social, temos um processo contínuo de percepção, conhecimento e ação, no qual os homens

comunicam e exteriorizam propostas e reações (elaboradas em sua mente) diante da conduta dos que o cercam, que edificarão a norma social. Sem sentimento, idéia e vontade, elementos inerentes ao processo mental humano, inexistente o fato social e, por conseguinte, a própria sociedade.

Como nos ensina Cláudio Souto e Solange Souto (1985: 70), o elemento *s* dos compostos orgânicos *siv* é sentimento: “sentimento do que deve ser (agradável) e do que não deve ser (desagradável). A atividade biopsíquica *siv* é um movimento contínuo de conhecer (*i*), de sentir (*s*) que algo deve ou não ser em função de *i*, e de atuar (*v*) em função de *si*. Atuar quer internamente (mentalmente), quer externamente”. O elemento *i* não pode ser dissociado dos demais, a não ser por abstração, dando o conteúdo cultural do composto *siv*, sendo influenciado e influenciando os elementos *s* e *v*. Esses se caracterizam por uma variação constante, determinada pela afetividade, indicando um sentimento de agradabilidade ou de desagradabilidade, que por sua vez, podem ensejar uma ação positiva (querer) ou negativa (não querer).

O meio de comunicação no processo de interação social é a linguagem. Diante de sua indispensabilidade, Donald Pierson propõe a existência de dois tipos de interação social: a interação não-simbólica e a interação simbólica.

Na interação não-simbólica, a relação se faz de modo inconsciente, num sentido *estímulo-resposta*, onde temos um processo de comunicação baseado nos sentidos animais, nos gestos e reações diante de um olhar, um odor, etc. Já na interação simbólica, há maior precisão na linguagem. Nesta, a linguagem é orientada para provocar uma resposta definida, a elaborar um *significado*, que se interporá entre o *estímulo* e a *resposta*. É através da

interação simbólica “que os seres humanos obtêm um nível de experiência não conhecido pelos animais ‘inferiores’, e que chegam a agir num plano mental nitidamente diverso” (Pierson, 1964: 180).

A sociedade procura padronizar o processo de interação social, no sentido de dotá-la de um significado construtivo e que estimule a coesão social, de modo que possa atender às necessidades básicas de seus membros. Na interação social, os indivíduos conhecem as regras que orientarão sua entrada no corpo social, tomam conhecimento de sua interdependência com seus semelhantes, informando-se qual o significado ou significados que melhor se coadunem com a estabilidade das relações sociais. Ou como preferem alguns, que manifeste num sentimento de agradabilidade ou de justiça. “É através da interação que o ser humano aprende que a sua própria interação com os seus semelhantes é limitada, controlada” (Souto & Souto, 1985: 73).

A interação social pode ser: *recíproca* ou *não-recíproca*, pois nem sempre sua expressão se faz de modo superorgânico, podendo tanto ter um caráter receptivo-ativo (recíproco), como meramente ativo (não-recíproco), permitindo a inclusão dos pólos expressos fisicamente por um aparelho de TV ou um impresso, pois viabiliza uma espécie de interação social indireta entre o pólo *siv* humano e o pólo *siv* que procura difundir idéias através dos meios de comunicação de massa; *primárias* ou *secundárias*, conforme o maior ou menor distância social entre os atores do processo *intersiv*; *simples* ou *grupais*, inexistindo naquela permanência na interação. Embora não seja necessariamente expressa de forma superorgânica, a ação social sempre será intermental. A interação social será grupal (ou associativa) quando se constata sua permanência, informada por uma idéia de semelhança entre os pólos *siv* interagentes.

Na interação social grupal, o *intersiv* exteriorizado logra a estabilidade dos laços edificados na relação interativa, diante da superioridade qualitativa e quantitativa das idéias de semelhança sobre as de dessemelhança. Se para haver interação social é preciso que os compostos *siv* (indivíduos ou grupos de indivíduos) constituam um *diálogo*, onde expressaram seus sentimentos, idéias e vontades, temos a interação social grupal somente quando há aceitação do *intersiv* exteriorizado.

O sistema social é construído segundo a natureza das interações simples e grupais que estão em contínua evolução. A interação social, como já vimos, nada mais é senão um processo comunicativo de sentimento, idéia e vontade que são exteriorizados durante uma relação interativa determinada consoante os padrões sugeridos pela a sociedade.

O processo de interação social exige a presença do composto *siv*, que representa o indivíduo ou grupo de indivíduos que integram a sociedade e que estão num relacionamento contínuo. O pólo *siv* representa, portanto, a unidade do processo social.

Quando o processo social torna-se grupal, isto é, o *intersiv* exteriorizado consegue almejar a preponderância da similitude sobre a dessemelhança, constata-se a presença de uma idéia de aceitação, de identificação dos pólos *siv* com aquilo que foi comunicado. O significado do que se tentou passar no intermental expresso reveste-se de um conteúdo de semelhança, de estabilidade, de segurança, produzindo um sentimento de agradabilidade.

A supremacia da idéia de semelhança elimina uma maior distância social entre os pólos *siv* interagentes, que necessitaram de uma menor energia para o deslocamento do que desejam expressar entre si. O que, por conseguinte, constitui a garantia de uma maior probabilidade de equilíbrio do sistema social. É preciso alertar que “a

semelhança preponderante, que explica o equilíbrio social, não é porém qualquer semelhança, mas a semelhança entre os compostos sentimento, idéia e vontade interagentes” (Souto & Souto, 1985, 87).

Os processos sociais básicos que são construídos sob a distância social dos pólos interagentes são os processos sociais de aproximação e os processos sociais de afastamento.

Os processos sociais de aproximação caracterizam-se por edificarem os pólos *siv* em interação significados dotados de um conteúdo de semelhança, reduzindo a distância social entre eles. O sentimento e a vontade desses compostos *siv* são orientados a produzir uma sensação de agradabilidade e uma ação voltada para uma maior associação (cooperação) entre os pólos interagentes. Havendo um sentido construtivo e coerente com a interdependência social, o sistema social passa a conhecer uma maior estabilidade e coesão no âmbito das interações que o integram.

Permanecendo a relação interativa, “quanto menor a distância social entre os pólos interagentes, tanto maior é o índice relativo de interação entre eles” (Souto, 1992: 103). Se esse *intersiv* exteriorizado, a partir de sua permanência no espaço e no tempo, representa um elemento de equilíbrio para o sistema social, o processo social pode ser considerado como associativo. Enfim, a idéia de semelhança é preponderante e o sentimento é o de agradabilidade e a vontade é orientada para a coesão social.

Contudo, na evolução de cada composto *siv*, estamos suscetíveis às falhas e fraquezas de ser animal limitado por sua própria linguagem. O processo comunicativo humano nem sempre consegue induzir em cada um, o significado que se espera. Surgem então outros significados, não desejados e não construtivos para a vida

em sociedade, que o indivíduo vai absorvendo no curso de sua existência.

Temos os processos de afastamento quando a dessemelhança prepondera sobre a semelhança, causando a abertura de uma distância social maior entre os pólos interagentes. A interação social passa a ocorrer dentro de uma base de competição ou de conflito, numa tensão dissociativa entre compostos *siv*, que aprofunda as diferenças de vontade, idéia e sentimento. No processo social de afastamento, há uma maior presença de um sentimento de desagradabilidade, que compromete o equilíbrio do sistema social posto.

A padronização do elemento *i* (idéia) dos pólos interagentes é diretamente proporcional á semelhança entre eles, mais favorável ao equilíbrio social. Se essa padronização faz-se de modo científico-empírico, haverá uma maior possibilidade de precisão no elemento *i* (idéia), e por conseguinte, de sua padronização. Em existindo a aceitação, ou uma tendência nesse sentido, de sua obrigatoriedade, o processo social grupal torna-se mais equilibrado, produzindo nos pólos interagentes um sentimento de agradabilidade, tranqüilidade, de justiça.

Para Cláudio Souto e Solange Souto (1985: 93), “um grupo social só o é na medida que seus indivíduos assemelham-se e cooperam. Não o é, na medida que eles se desassemelham e competem. Se a competição preponderar sobre a cooperação, já não há grupo, pois já não existe uma carga normativa comum preponderante, radicada nos organismos individuais. O grupo se dissolve ou se reduz a novos grupos menores, onde prepondere a semelhança”. Ora, o composto *siv* somente encontra sua efetiva tranqüilidade quando se sente realmente integrado ao grupo social no qual nasceu. Se o grupo social procura educar os seus membros numa lógica de conflito e de competição acirrada, este tende a segregar àqueles que

falharam, por uma razão ou outra, excluindo-os das melhores oportunidades; pois não importam a tal sistema as razões pelas quais a pessoa não pode se enquadrar nos padrões ideais postos, mas sim a mera confrontação dos caracteres do composto *siv* ao que se espera de um “cidadão de bem”, seja por critérios étnicos, culturais, ou econômicos, este preponderante nas sociedades capitalistas. Nesse processo de exclusão, dissociativo, os seus membros sentem-se mais distantes entre si, necessitando de um maior grau de energia para poderem se comunicar. Diante de sua marginalização, esses compostos *siv* procuram formar novos grupos, onde tentam reconstruir a semelhança reprimida.

Esses grupos de marginalizados passam a construir e elaborar instituições e interesses diversos daqueles preconizados pela sociedade que os excluiu. Em outras palavras, edificam uma ordem social autônoma daquela que formalmente os reteria.

3. Direito como Instrumento de Controle Social

A sociedade procura desenvolver o caráter social, padrões de comportamento que viabilizem uma vida uniforme para os seus membros. Procura transformar o indivíduo em pessoa humana.

A existência da ordem social demanda a redução das dessemelhanças entre os membros da sociedade, consoante a padronização prévia de pensamentos, sentimentos e atividades, sem se eliminar, todavia, todas as diferenças individuais (cf. Souto & Souto, 1985:102).

Aos esforços da sociedade em obter uma padronização construtiva do comportamento de seus membros dá-se o nome de *socialização*. Pode ser definida como “a modalidade de interação social em que um dos pólos *siv* interagentes tem maior índice de energia que os outros” (Souto & Souto, 1985:104). Destaca-se nessa relação, “a

padronização do elemento *idéia*: o padrão comunicado pelo pólo socializador (para recepção e adoção – ‘interiorização’ – pelo pólo ou pólos socializados) é de natureza grupal” (Souto & Souto, 1985:104). O indivíduo apreende sua personalidade e cultura através da socialização.

Quando o processo de socialização apresenta falhas, isto é, o que deveria ser aprendido e edificado na personalidade da pessoa para que esta pudesse efetivamente se integrar à vida em sociedade não é totalmente absorvido, a sociedade procura exercer sobre o indivíduo ou grupo o *controle social*. Constitui o controle social o mecanismo de retificação, por parte da sociedade, daquilo que foi esquecido, não-adquirido ou mesmo desrespeitado pelo grupo ou indivíduo. Atua o controle social para a preservação do que foi considerado essencial para o equilíbrio do sistema social e que foi ameaçado pela falha constatada no processo de socialização.

Na interação social verificada no controle social, tem-se a presença de pólo *siv* interagente dotado de maior energia, que atua mediante o elemento *v* (vontade) sobre o pólo *siv* que se deseja controlar. O que pode ensejar tanto um sentimento de agradabilidade como um sentimento de desagradabilidade, consoante o que se deseja retificar.

Como afirma Nelson Saldanha (1970:59), o “todo social se integra de instituições e convivências, que implicam em normas, dominações, equilíbrios e valores”.

O instrumento mais poderoso à disposição da sociedade para exercer o controle social é o direito.

Durante a interação social, padrões e regras de comportamento são comunicados entre os pólos *siv* interagentes (cf. Souto & Souto, 1985:230), influenciados e influenciando os elementos, sentimento (*s*), *idéia* (*i*) e vontade (*v*), presentes em cada indivíduo ou grupo humano. Se essas propostas de conduta permanecem na

mente do composto *siv*, sem serem exteriorizadas na interação social, temos uma norma mental (individual) ou uma norma social armazenada (que é comunicada ao composto *siv* e absorvida como regra de conduta pessoal). Somente havendo a exteriorização da proposta de conduta, é possível afirmar a existência de uma norma social e, se tal proposta é elevada à regra de conduta, a norma social torna-se grupal.

A proposta de conduta é elevada à regra de conduta quando há sua aceitação pelos pólos *siv* interagentes. Como já vimos, o composto *siv* tenderá a receber como justo aquilo que lhe foi exteriorizado com a idéia de semelhança, produzindo uma sensação de suavidade e de afetividade.

O direito constitui a forma principal de controle social, dotada de um alto teor impositivo e de maior complexidade técnica, se comparada com as demais modalidades de controle social (Saldanha, 1970: 61), retirando não somente de si mesmo, mas também através da ação de forças sociais a sua efetividade (cf. Saldanha, 1970: 60).

As normas jurídicas são as normas sociais mais fundamentais, por conter as regras de conduta que são as mais caras para o equilíbrio do sistema social, e, portanto, dotadas de uma maior intensidade de atração. As normas jurídicas são as presilhas da estabilidade social, que são comunicadas de modo objetivo e involuntário aos indivíduos (Pontes de Miranda, 1980:156).

A maior energia de atração que a norma jurídica tem, quando comparada às demais normas sociais, decorre do fato de que a mesma exige a construção de mecanismos institucionais que lhe concedam as necessárias estruturas formais. O Estado constitui o meio mais usual das sociedades desenvolvidas exercerem sobre seus membros o controle social através do direito, que sistematiza a forma

pela qual ele será efetivado, garantindo assim, aos controlados, certeza e estabilidade nas interações sociais.

O Estado deve ser entendido aqui como o pólo *siv* que dispõe do poder de impor à sociedade um sistema jurídico escalonado, energia esta decorrente da aceitação da própria sociedade de sua necessidade ou justiça. O Estado também pode ser encarado como um composto *siv* que logrou chegar ao poder.

Émile Durkheim (1980:123), ao explicar sua teoria da divisão de trabalho social, analisou a relação do direito com a alta intensidade da especialização de funções sociais nas sociedades mais desenvolvidas. Quanto mais desenvolvida a divisão de trabalho, mais a coesão social torna-se um fator essencial para a integração geral da sociedade, pois:

“(...) o número dessas relações é necessariamente proporcional ao das normas jurídicas que as determinam. Com efeito, a vida social, por todo o lado onde ela existe de uma maneira durável, tende inevitavelmente a tomar uma forma definida e organizar-se e o direito não é outra coisa senão essa mesma organização, naquilo que ela tem de mais estável e de mais preciso. A vida geral da sociedade não pode estender-se num certo sentido sem que a vida jurídica para aí se estenda ao mesmo tempo e na mesma proporção. Podemos assim estar certos de encontrar refletidas no direito todas as variedades essenciais de solidariedade social”.

Entretanto, o direito não se restringe somente a sua forma de manifestação, mas também demanda um estudo científico-empírico quanto ao seu conteúdo, “pois do simples discernimento do que é e do que não é fenômeno jurídico resulta, entre muitos outros dados exatos, a discriminação do que podia e do que não podia ser imposto

pelo legislador, pelo Estado, do que, dentre o direito escrito, deve e do que não deve ser atendido ou aplicado, bem com do que, ainda que não escrito, não votado e não promulgado, deve ser tido por direito e, portanto, observado na prática jurídica” (Pontes de Miranda, 1980: 157). Ou nas palavras de Cláudio Souto (1992: 100), que ciência é essa que diz que “apenas que a água é um composto químico?”.

O controle social proposto pela sociedade através do direito deve estar embasado em dados científico-empíricos, de modo que a sua ação através do sentimento (sugestão), conhecimento (persuasão) e força (coerção) possa obter uma maior aceitação junto aos compostos *siv* em contínua interação. Desse modo, o direito pode encontrar uma maior precisão e certeza, podendo ensejar o sentimento de agradabilidade que justifica sua existência como instrumento de socialização e controle social.

Outro elemento essencial que explica o alto grau de atração da norma jurídica é o fato que elas são construídas na interação social como regras de conduta diretamente ligadas à preservação da própria espécie humana (Souto, 1993: *passim*). Onde outros instrumentos de controle social falham ou são insuficientes para a manutenção do equilíbrio social, o direito constitui a última barreira social contra uma conduta atentatória a paz social.

O direito procura edificar, então, um sistema de sanções organizadas e efetivas que têm a sua aplicabilidade realizada independentemente da anuência do infrator. O controlado pode até sentir uma disforia quanto a sua imperatividade. Embora todas as interações sociais de competição, conflito, ou de hierarquização representem, em si mesmas, processos de afastamento no espaço social, o direito não prescinde dessas modalidades de interação social quando elas são necessárias para a

prevenção de um afastamento maior, fertilizado por uma conduta social, cuja tolerância comprometeria o próprio equilíbrio da sociedade (Souto, 1993:70). A coercibilidade e a imperatividade somente se justificarão se a sociedade, como um todo, tiver um sentimento de agradabilidade quanto à necessidade da atuação do direito proposto, pois se o Estado, órgão responsável pela preservação do ordenamento jurídico positivo, deixa de atuar no sentido da conservação da espécie humana, passa a ser contestado e, em última instância, destruído e substituído por outro que o faça.

Em seu aspecto formal (*cf.* Souto, 1992:9-17), o modelo que tem se mostrado mais estável para a sociedade é aquele constituído por um ordenamento jurídico escalonado e dotado de máxima unicidade e completude, lastreado pela norma fundamental (Bobbio, 1995: *passim*). Caberá à chamada norma fundamental conceder a validade e eficácia formal das normas jurídicas que integrarão o sistema positivo de direito (Bobbio, 1995:67). A hierarquia e a coercitividade, instrumentos de concretização lógica do direito, das normas jurídicas, servem como garantia formal da certeza, para o controlado, do modo que será empregado para a retificação da conduta social lesiva à sociedade.

A segurança da norma jurídica também está condicionada ao fato de dever ser parte integrante de um ordenamento jurídico formalmente positivado. Se existe uma norma que lhe seja desviante, é porque ela integra um ordenamento que lhe é divergente ou alternativo. A importância da sistematização do direito está diretamente ligada ao padrão de desenvolvimento das interações sociais. O conteúdo sem forma é tão arbitrário como a forma sem conteúdo, principalmente quando se fala de uma sociedade mais complexa e de maior refino tecnológico.

O estudo do direito não deve ficar restrito à sua perspectiva lógico-formal. É preciso que se construam métodos cientificamente aceitos para a apuração do conteúdo da Jurisprudência, que poderão assegurar ao jurista não somente a coerência do ordenamento jurídico que está aplicando, como também a identificação do significado da norma jurídica com a realidade social que se deseja regular. Pois como o direito pode reivindicar sua imperatividade ignorando os sentimentos, idéias e vontades daqueles que se submetem ao seu controle, se é justamente pelo sentimento de agradabilidade, pela idéia de semelhança e pela ação voltada para o equilíbrio social que se justifica o próprio poder?

Podemos então definir a regra de conduta jurídica aquela que é comunicada por um pólo *siv* interagente dotado de maior energia (poder), dentro das formas usualmente estabelecidas no ordenamento jurídico positivo, que prescreve os padrões de comportamento que devem ser seguidos obrigatoriamente pelos pólos *siv* controlados, lastreados por dados obtidos por métodos científico-empíricos, e justificados por sua relevância para a conservação da espécie humana.

As prescrições jurídicas sempre se fazem presentes quando há uma maior precisão e consolidação dos padrões de comportamento que regerão as interações sociais (Durkheim, 1980:125). Mas nem por isso as interações que não são regulamentadas pelo direito ficam indeterminadas, pois em tais casos, a sociedade recorre a outras modalidades de controle social como a moral e a equidade (Souto, 1992:102).

Contudo, é possível que o ordenamento jurídico contenha prescrições que, aparentemente, atribuem ao pólo *siv* a faculdade de optar ou não, pelo padrão de comportamento proposto, ou mesmo, ensejem uma conduta distante da idéia de semelhança e do sentimento

de agradabilidade que devem prevalecer nas interações sociais.

4. A Instituição da Propriedade

A norma jurídica, quando é comunicada, tem por objetivo propor soluções para os conflitos que continuamente surgem na sociedade, ou seja, fulminar no corpo social aqueles processos sociais dissociativos, cuja permanência é prejudicial ao equilíbrio e coesão sociais. Quanto maior a complexidade da sociedade, maior a necessidade que a conduta proposta no preceito jurídico tenha a forma mais precisa e um conteúdo mais estável, para que possa satisfazer as exigências da divisão social de trabalho.

Se a conduta jurídica proposta é aceita como adequada para a interação que se queira regulamentar, tem-se a construção de uma instituição jurídica (Coing, 1962:7). Esta passará a orientar todos que precisarem do tipo de processo social por ela regido, devido ao alto grau de compatibilidade com a solução posta e o problema apresentado. Contudo, os problemas e instituições variam no tempo e espaço sociais, seguindo os passos da evolução histórico-social da própria sociedade na qual surgiram e, guardando, algum grau de semelhança entre o passado e o presente (Coing, 1962:7).

Um dos focos de alta probabilidade de conflito e de dissociação tem sido, no decorrer de toda a evolução da humanidade, a disposição dos bens economicamente apreciáveis. Que costumamos reduzir a uma palavra: propriedade.

A propriedade, como instituição jurídica, surgiu como regramento para os homens no trato de seus bens materiais. Como sempre ensejou disputa e litígio, as sociedades humanas resolveram, por bem, estabelecer rigorosos mecanismos de controle social, centralizados

no direito, para que a produção, acumulação e posse de bens econômicos se fizesse da forma mais pacífica e estável possível.

Entendemos a instituição jurídica da propriedade como o sistema normativo proposto pelo direito a fim de estabelecer padrões de comportamento viáveis para as relações que se desenvolvem em torno do patrimônio.

A instituição jurídica da propriedade sofreu uma evolução bastante interessante quanto as soluções que propunha para o regramento estável e preciso do problema da propriedade. Como ensina Helmut Coing (1962:7), a propriedade, como instituição, mantém uma evolução intrinsecamente ligada aos padrões de conduta propostos para quem a detém.

Conseqüentemente, a instituição da propriedade reflete a visão da sociedade de como os detentores dos bens de valor econômico devem conduzir e fruir das vantagens materiais decorrentes de sua posição da sociedade. Assim como, sofre profunda influência de como a sociedade produz e estabelece o que é válido, precioso ou indispensável para a existência material para o ser humano.

Se a instituição da propriedade não reflete mais o intensamente desejado para a satisfação do desejo material do homem, ela estará sujeita às alterações que se fizerem necessárias para adequá-la aos novos tempos. Em não sendo efetivada formalmente as mudanças demandadas pelo novo estágio de divisão de trabalho alcançada, o preceito jurídico torna-se, então, obsoleto e ignorado por quem deveria segui-lo, por não haver mais no mundo social aquela interação social, tal como estava regulamentada.

O controle da disposição dos bens econômicos faz-se através da padronização jurídica do processo de sua preservação (produção, distribuição e consumo), que por

sua vez, orienta o poder de dispor do trabalho e dos meios de produção.

Todo o estágio do desenvolvimento econômico está sujeito a regulamentação de bens, bem como a uma ordem de trabalho: "As instituições legais que operam essa regulação submetem o mundo de matéria, pedaço por pedaço, à vontade de indivíduos escolhidos, uma vez que a comunidade só existe através de seus membros individuais", provendo o indivíduo de detenção, para que possa dispor dos objetos e possuí-los (Renner, 1980:149).

Tradicionalmente, a propriedade é encarada como uma aspecto que interessa tão-somente ao seu próprio detentor, que deve ter garantida pela sociedade sua plena disposição. Retirar da propriedade qualquer um dos poderes classicamente inerentes ao proprietário, a saber, o uso, gozo, fruição e livre disposição, podendo opor contra qualquer um que ameace sua posse, a prerrogativa de proprietário do bem reivindicado, significaria atentar contra um dos alicerces do ordenamento jurídico.

A instituição da propriedade inicialmente era posicionada dentro dos preceitos jurídicos que regulavam a esfera jurídica individual de cada composto *siv*. Bastaria sua detenção para que configurasse a plena legitimidade da posse e disposição do bem econômico.

Em sua sociologia aplicada ao capitalismo, Karl Marx mostra-nos como o sistema capitalista de produção e de acumulação de riqueza está intrinsecamente ligado ao conflito de classes entre os proprietários dos meios de produção e aqueles que, para sobreviver, necessitam vender sua força de trabalho para os primeiros. A propriedade, como leciona, Marx, somente pode ser estudada quando inserida no modo de criação, produção e distribuição de riqueza, do capital. E a apropriação privada da riqueza constitui o instrumento, por excelência, da preservação das relações sociais no capitalismo. Sem

propriedade privada, não haveria o poder econômico individual que exerce tanta influência na vida social (*apud* Dahrendorf, 1982:25; para uma apreciação crítica da teoria marxista, ver Souto & Souto, 1985:13).

Para o jurista, ele faz um importante alerta:

“Em todas as épocas históricas, a propriedade desenvolveu-se de modo diferente e sob condições sociais diferentes. Definir a propriedade burguesa significa nada menos que descrever todas às condições sociais da produção burguesa. A tentativa de definir a propriedade como uma relação independente, como uma categoria especial, como uma idéia abstrata é eterna não é nada mais que uma ilusão da metafísica ou da jurisprudência” (*apud* Dahrendorf, 1982:23).

Entretanto, o ordenamento jurídico pode exercer influência sobre as relações de produção de riqueza. Malgrado o desenvolvimento da sociedade capitalista tenha acirrado as diferenças e conflitos sociais, a divisão de trabalho social, que resulta de cada salto do sistema, implica na maior complexidade e interdependência nas interações sociais. Quanto mais as funções atribuídas aos bens se tornam mais especializadas e assume um grau de abstração técnico-jurídica mais árido à sua regulamentação; as normas e instituições jurídicas que antes se apresentavam, efetivamente, como adequadas aos novos tempos, são deixadas de lado e não encontram mais respaldo na sociedade em contínua mudança. Portanto, os padrões de comportamento que devem orientar a disposição da propriedade precisam partir de um enfoque compatível com a maior interdependência social alcançada.

Mas nem todos os setores da sociedade tomam consciência da obsolescência de práticas antigas de disposição da propriedade como, por exemplo, o latifúndio, onde a terra é acumulada e subutilizada para

fins estritamente especulativos e, por conseguinte, anti-sociais, à medida que destrói a pequena propriedade rural e força os antigos proprietários a rumarem para as cidades, contribuindo ainda mais para a estratificação irracional da sociedade. Esses elementos são encarados de forma insensível por estes pólos *siv*, na vã ilusão de que os efeitos de sua conduta não comprometem a própria estabilidade de suas posses, haja vista a tarefa assumida por quase toda totalidade dos Estados conhecidos em oferecer ao detentor da propriedade os meios de sua disposição.

O caráter explosivo das frustrações acumuladas por aqueles que foram excluídos do processo de produção de riqueza, seja pela falta da posse de condições materiais mínimas de subsistência, seja pelo desemprego, representa um foco constante de tensão social. A propriedade torna-se, então, um processo social de afastamento, que serve como um poderoso catalisador das reações violentas e intempestivas de quem viu recusada sua concreta integração social.

Se há um aumento na interdependência social, se as interações sociais tornam-se cada vez mais dependentes da estabilidade de toda sociedade e de suas instituições, porque ainda insistir no emprego de soluções que não correspondem mais com a realidade social?

A liberdade jurídica do detentor da propriedade existe de forma inquestionável na ordem proposta pelo direito. Contudo, ao propor regras de conduta para o proprietário, ainda se parte da antiga instituição da propriedade individual, consagrada ao grau máximo do altar das ideologias liberais.

É interessante para o tema a opinião de Karl Renner (1980:150) sobre o assunto:

“A função de um direito *in rem* não é revelada apenas por uma *persona* ou *res*, nem pelo poder legal da *persona* sobre a *res*, que é meramente liberdade de ação concedida

pela lei. Sua função é revelada pelo uso ativo do direito, na maneira do exercício – que na maioria dos casos fica fora da esfera da lei. (...) O exercício do direito, entretanto, não é apenas de relevância social, ele próprio é determinado pela sociedade. O camponês isolado decide, a seu prazer, como utilizar sua terra, mas o produtor capitalista é motivado pela posição do mercado, pela sociedade. Legalmente livre, ele é economicamente preso, e seus liames são formados pela relação entre ele próprio e todos os demais objetos-propriedades. Desde que o exercício de um direito não é determinado pela lei mas por fatos fora da esfera legal, a lei perde controle da matéria”.

Na edificação da instituição da propriedade, é preciso se atentar para tal aspecto. Não importa a forma através da qual se padroniza a conduta a ser seguida pelos detentores da propriedade na interação com aqueles que não a possuem, contanto que ela apresente a necessária estabilidade e coerência com o ordenamento jurídico posto. Mas a regulamentação da apropriação e utilização dos bens econômicos deve levar em consideração a relevância que a sociedade atribui para a maneira de seu exercício. A sociedade, quando atribui faculdades legais aos proprietários dos meios de produção, não pode ignorar o impacto econômico de sua fruição na própria estabilidade das relações sociais, bem como, a sua importância para a conservação da própria espécie humana.

5. A Função Social da Propriedade

A instituição legal, quando tem a pretensão de regular as interações sociais que se processam em torno dos bens econômicos, concedem ao pólo *siv* liberdade de agir, oportunidade e poder jurídico para que possa instrumentalizar a propriedade no sentido de satisfazer suas necessidades materiais. Tais pretensões são causadas por um sentimento ligado à subsistência, utilidade ou

mesmo, meramente ligado ao seu conforto sócio-econômico. Entretanto, como os bens econômicos são peças que movem o chamado processo de produção, circulação e apropriação de riqueza, sua disposição está necessariamente condicionada aos padrões e formas econômicas, de natureza técnico-científica, que a sociedade prescreve para a sustentação da ordem de funcionamento do sistema econômico vigente.

A ordem de funcionamento do sistema econômico seguido pela sociedade compreende a ordem de trabalho social, que segundo Karl Renner (1980:151), “determina as atividades reais e dá um conteúdo concreto aos claros que a lei fornece”, concedendo “a toda pessoa uma imutável máscara de caracterização e a todo objeto uma forma econômica definida”. Portanto, isoladamente, a instituição jurídica é completamente incapaz, se considerada de modo isolado, de compor o conteúdo das condutas que deverão orientar os processos sócio-econômicos de apropriação da propriedade, sob pena de se tentar impor padrões normativos muito distantes dos problemas sócio-econômicos enfrentados pelo direito.

O direito tem a função social de apresentar a sociedade um ordenamento normativo dotado da coerência e lógica exigidas pelo alto grau de desenvolvimento tecnológico que nossas sociedades normalmente apresentam, mediante uma forma que permita ao jurista uma aplicação segura e precisa da norma jurídica, na prática judicial e administrativa do direito. O que permitirá, conseqüentemente, que a sociedade exerça o controle social daquelas condutas estrita e essencialmente ligadas à preservação da espécie humana e, concomitantemente, à estabilidade que os processos sociais demandam, conferindo-lhes um caráter associativo e favorável à coesão social.

Junto à forma do direito, é preciso que o controle social realizado pelas vias judiciais leve em consideração que somente é alcançada a consolidação da instituição legal quando esta atenda sua função social. E isso assume um elevado patamar de relevância para a instituição da propriedade.

A propriedade somente preenche suas funções essenciais, prescritas pela ordem de funcionamento, quando em conexão com instituições jurídicas que lhe são complementares. “Não importa quão cuidadosamente se decomponha o conteúdo dos direitos de propriedade (o poder geral de disposição) em competências individuais, não se descobrirão os efeitos nocivos da propriedade, pois eles se desenvolvem apenas quando a propriedade é combinada com o contrato de emprego, o contrato de empréstimo e o resto” (Renner, 1980:150).

Para que a instituição da propriedade possa efetivamente se apresentãr para os compostos *siv* como um complexo de normas jurídicas que efetivamente ofereçam padrões de comportamento adequados para os processos sociais incidentes sobre bens de valor econômico, é indispensável sua compatibilidade com sua função social. Há a concretização da função social da propriedade quando a sua instituição jurídica serve de instrumento para a preservação da ordem de funcionamento prescrita pela sociedade, atuando de maneira integrada com as demais instituições jurídicas a ela correlacionadas.

É perfeitamente possível que a sociedade ainda tolere alguns mecanismos de apropriação e produção de riqueza completamente incompatíveis com o seu próprio equilíbrio, como por exemplo nos casos do latifúndio improdutivo ou o desmatamento indiscriminado de reservas florestais, técnicas consideradas pela ciência como gravemente prejudiciais e perigosas a longo prazo para a humanidade. A tolerância de elementos disso-

ciativos no sistema econômico é proveniente muito mais da força sócio-econômica dos permanentes na conduta de afastamento do que, propriamente, da ausência de instrumentos jurídico-positivos orientados para o controle social específico do comportamento nocivo à sociedade.

A sincronia entre a instituição jurídica da propriedade e a função social da propriedade representa a reprodução de um processo social associativo.

Vimos ao estudar os processos sociais, que eles podem assumir tanto um caráter associativo como um caráter dissociativo, consoante o sentimento, a idéia e a vontade manifestadas e alcançadas na interação social.

Quando a propriedade-objeto constitui o foco das atenções dos pólos *siv*, há o estabelecimento de todo um complexo de interações sócio-jurídicas que se desenvolvem orientadas pela ordem de funcionamento prescrita pela sociedade. Quanto maior a complexidade da disposição da propriedade-objeto, maior a necessidade de padrões de comportamento que assegurem a estabilidade da ordem de funcionamento que deve ser seguida.

As interações sociais decorrentes da apropriação e exercício das faculdades concedidas pela posse da propriedade-objeto, são asseguradas pela instituição da propriedade, que procura padronizar e adequar a conduta do proprietário às exigências da ordem de funcionamento da economia, atendendo-se sua função social.

Acontece que as interações sociais incidentes sobre uma propriedade-objeto cuja utilidade e o impacto de sua disposição fica restrito à esfera econômica individual, segundo a ordem de trabalho social, estão sujeitas a um menor grau de intervenção do controle social instrumentalizado pelo direito. Se a relevância da propriedade-objeto é essencial apenas para o consumo e subsistência do seu detentor, o controle social tem uma natureza mais tênue.

Nas interações sociais voltadas para aquela propriedade-objeto que, segundo a ordem de funcionamento, tem um papel de alta relevância e complexidade para a produção, distribuição e circulação de riqueza. Aí o controle social faz-se mais intenso, restringindo o alcance das faculdades as quais gozariam, aparentemente, de toda plenitude na esfera econômica individual, haja vista o impacto social de sua disposição abusiva na esfera econômica coletiva. E, não raras vezes, aquelas normas previamente estabelecidas no direito estatal para a resolução dos conflitos em torno da propriedade-objeto são ignoradas, e até mesmo, descumpridas, em face da sua distância da ordem de funcionamento consagrada nos processos de interação social.

Joaquim Falcão (*cf.* 1993:*passim*), ex-professor da Universidade Federal de Pernambuco, realizou uma importante pesquisa, fundamentada em dados científico-empíricos, sobre as invasões de propriedades urbanas por famílias de baixa renda na Região Metropolitana do Recife, ocorridas entre 1963 e 1980.

Nesse estudo, verificou-se, que diante da relevância e da potencialidade do conflito entre os invasores e os proprietários dos bens esbulhados, os órgãos e representantes legais competentes que atuaram em cada caso mostraram-se bem flexíveis quanto a aplicação das formas clássicas prescritas na legislação civil e processual civil, ignorando muitas vezes dispositivos legais expressos e claros. Em quase todos os casos estudados, o Estado interveio direta ou indiretamente na lide, embora formalmente não estivesse prevista sua presença.

Os operadores jurídicos encarregados de compor o litígio enfrentaram a incompatibilidade das formas e concepções previstas na lei e, procuraram, alternativas mais adequadas para o caso concreto. Na maioria dos casos, foram construídos mecanismos mais coerentes com a natureza da lide levada a juízo.

Os juízes aos quais couberam dirimir o conflito acabaram por ter que ignorar o direito estatal e auxiliar as partes a recorrerem a outras normas, aparentemente distantes da legislação do Estado.

A legislação processual e civil ainda encara, como se constatou na pesquisa, o conflito decorrente da propriedade como um problema de natureza predominantemente individual. O que impossibilitou, em diversas ocasiões, a obediência férrea aos procedimentos legais.

Embora no Código Civil esteja consagrada uma concepção bem definida de propriedade, aparentemente concedendo a plena disposição da propriedade e, no Código de Processo Civil, todo um complexo de instrumentos processuais de defesa da posse e da propriedade, viu-se que a natureza eminentemente social do conflito de propriedade trazido à apreciação dos órgãos jurisdicionais impôs novos meios de resolução da lide. O que seria formalmente individual mostrou-se materialmente social.

A ordem de funcionamento que edifica os grilhões econômicos da disposição da propriedade condicionaram as normas empregadas nos casos pesquisados, quebrando a impotência das normas estatais elaboradas numa concepção privatista e estritamente individualista da propriedade, para se evitar uma maior discrepância entre o posto pelo direito e o imposto pela ordem de trabalho social. Se as normas estatais tivessem sido aplicadas hermeticamente, é inegável que assistiríamos, nas situações apresentadas, graves e violentas lutas.

A responsabilidade do Estado, o composto *siv* que as sociedades mais organizadas e complexas elegeram como a mais importante fonte de controle social através do direito, deve abranger a conciliação das instituições jurídicas propostas com as demandas de sua função social, sob pena de tornar inaplicáveis os padrões de comportamento que se deseja promover como os acertados.

A instituição da propriedade não pode ser empregada sem que esta atenda a sua função social, pois do contrário, o Estado poderá estar consagrando sob o manto da legalidade um volátil e prejudicial processo social de afastamento entre os pólos *siv* em interação. Um processo dissociativo que pode provocar um profundo sentimento de desagradabilidade e uma idéia de dessemelhança que impulsiona os compostos *siv* para a violência. E a violência compromete a preservação da espécie humana e da coesão social indispensável para o equilíbrio das interações sociais.

Desencadeado um processo dissociativo em torno de uma propriedade-objeto que represente uma elevada posição e importância na ordem de funcionamento, sua influência negativa afeta a sociedade como um todo, pois os seus efeitos nocivos não ficam restritos à esfera econômica individual.

Embora a ordem de funcionamento deva condicionar a composição da instituição da propriedade, e que esta somente pode ser empregada quando em conjunto com outras instituições jurídicas, o ordenamento jurídico também pode influenciar de forma positiva e associativa a ordem de trabalho social, através da construção positiva de normas que preservem efetivamente a paz social.

Cabe ao direito assegurar mediante a prescrição obrigatória de condutas padronizadas e uniformizadas, devendo estas serem informadas por dados científico-empíricos e asseguradas pela sua ordenação lógica e coerente. Desse modo, existirá uma tendência maior por sua aceitação pelos compostos *siv* nos processos de interação social, como o melhor padrão de comportamento para a situação social posta. Se os compostos *siv* sentem-se seguros e tranquilos com o que foi comunicado, assumem uma maior identificação com a instituição jurídica criada.

A instituição da propriedade, tal como o direito como um todo, somente se justificará se houver o atendimento de sua função social. As normas jurídicas que a compõe têm um caráter ressocializador e retificador da péssima e dissociativa disposição da propriedade-objeto. Compete a mesma oferecer aos compostos *siv* mecanismos afinados com a ordem de funcionamento, favorecendo processos sociais associativos e compatíveis com a interdependência social produzida pelas sociedades modernas.

A legitimidade jurídica da apropriação e disposição da propriedade-objeto está diretamente condicionada à função social que lhe foi imposta pela ordem de trabalho social. Se os critérios técnico-científicos da melhor e mais produtiva disposição dos bens de valor econômico forem observados, haverá uma maior probabilidade da construção de processos sociais de aproximação entre os pólos *siv* envolvidos na interação em torno da propriedade-objeto.

6. A Concretização da Função Social da Propriedade

A propriedade privada foi consagrada nas sociedades modernas como um símbolo de *status*, de sucesso e de objetivo maior dos compostos *siv* em interação. Tem um papel importante nas interações sociais, em virtude de sua posição na ordem de funcionamento da sociedade no trato das questões ligadas à produção, distribuição e circulação de riqueza.

A ordem de funcionamento, ou ordem de trabalho social, tem sua complexidade técnico-científica diretamente relacionada ao grau de desenvolvimento tecnológico e social das interações sociais que deseja ordenar. A ela competirá definir o modo de operação dos direitos, bem como, as funções sociais de cada agente no trato dos

bens que integram o patrimônio material e moral da humanidade.

A ordenação dos processos de interação social que atuam sobre bens de valor econômico, como os que atuam sobre bens de outra natureza (moral, espiritual, humano etc.), demanda a edificação de mecanismos efetivos e seguros de controle social, representados em sua manifestação mais fundamental pelo direito, que permitirão à sociedade retificar aqueles processos sociais dissociativos e comprometedores do equilíbrio e paz sociais.

Quanto mais a sociedade se desenvolve, as interações sociais ocorrem de maneira mais interdependente, assumindo a idéia de semelhança e o sentimento de agradabilidade o caráter de elementos indispensáveis para a permanência, estabilidade e justiça dos processos sociais grupais.

O direito tem a tarefa de constituir a última e mais poderosa barreira contra os efeitos prejudiciais decorrentes das falhas constatadas na socialização, processo pelo qual a sociedade constrói a personalidade humana. Ele reprime e retifica aquelas condutas que a sociedade julga como intoleráveis, através de um sistema organizado de prescrições e sanções jurídicas, que devem obedecer uma perspectiva lógico-formal previamente estabelecida e, bem como, as demandas da interdependência social. O conteúdo da norma jurídica, instrumento de coesão social e de preservação da espécie humana, deve ser informado por hipóteses empiricamente testáveis, de modo que o fato normado e a conduta comunicada possam dispor da indispensável precisão conferida pelo método científico-empírico de conhecimento.

Os problemas de socialização ensejam a criação de normas e, se aceitas e consagradas como necessárias e favoráveis à coesão social, de instituições jurídicas. Estas

se apresentam como um complexo lógico e coerente de normas jurídicas que prescrevem os padrões de comportamento que devem ser observados em um dado tipo de interação social.

Dentre as mais importantes instituições jurídicas, está a da propriedade, que constitui a opção da sociedade em construir meios pacíficos de produção e apropriação da riqueza. Do contrário, o saque, a guerra e a invasão ainda consistiriam nos meios de aquisição da renda.

A instituição jurídica da propriedade somente tem concreta sua aplicação se atendida sua função social. A função social da propriedade representa a relevância da propriedade-objeto sujeita ao processo social de interação, que é determinada pelos critérios técnicos-científicos fixados na ordem de funcionamento das interações sociais que incidem sobre bens economicamente apreciáveis.

A garantia institucional da propriedade desencadeia um processo associativo de disposição da propriedade se encarada como um elemento integrado a outras instituições jurídicas que mobilizam os efeitos produtivos do exercício das faculdades jurídicas conferidas pelo ordenamento jurídico positivo aos proprietários. A sincronia da garantia jurídica com a sua função social tornam mais suscetível o sentimento de agradabilidade e ensejam junto aos compostos *siv* maior identidade com as condutas prescritas pelo direito para a situação concreta.

Desse modo a posse do bem economicamente apreciável passa a ser visto como um elemento real da ordem de funcionamento, contribuindo para a sua estabilidade, coesão e permanência como sistema social; assim como para a diminuição da distância social entre o pólo *siv* detentor da propriedade-objeto e os demais pólos *siv* com os quais precisa manter um processo social grupal, que mobiliza economicamente as vantagens de sua condição de proprietário.

Se propriedade-objeto é empregada de forma dissociativa, isto é, divorciada da função social que lhe foi prescrita pela ordem de trabalho social, perde a sua disposição a legitimidade jurídica. As normas jurídicas que disciplinam o trato com a propriedade-objeto devem guardar continência com a realidade da ordem de funcionamento técnica e cientificamente estabelecida pela sociedade, pois correm o risco de que, dissociadas da natureza da matéria a ser regulamentada, provoquem sua própria inobservância (parcial ou total) pelos pólos *in vivo* em interação.

Quando a instituição da propriedade passa a conter prescrições dissociadas da ordem de trabalho social, torna-se passível de contestação dos pólos *in vivo* que pretendeu beneficiar. Isso gera intranquilidade, conflito e desagradabilidade, deixando inseguros e tênues os processos sociais nos quais se deve construir a ordem de funcionamento. Instável a produção, a distribuição e a circulação da riqueza, pela ausência da propriedade, os pólos *in vivo* entregam-se ao conflito e à competição, comprometendo a preservação da espécie humana.

A falência das concepções individualistas de propriedade pode ser constatada pela crise gerada pela insistência da aplicação de normas, ainda que protegidas pelo véu estatal, condenadas à impotência diante da força das pressões sociais dos injustamente excluídos da fruição das riquezas produzidas pela sociedade. Os conflitos de terra no campo de nosso vasto país são uma demonstração clara e inquestionável do modelo normativo que se tentou implantar numa sociedade onde a interdependência mostra-se cada vez mais forte.

Somente se tem a propriedade efetiva e concretamente tutelada pelo direito quando o jurista, legislador e administrador mostram-se sensíveis à sua função social. A inexorável força da ordem de funcionamento condena

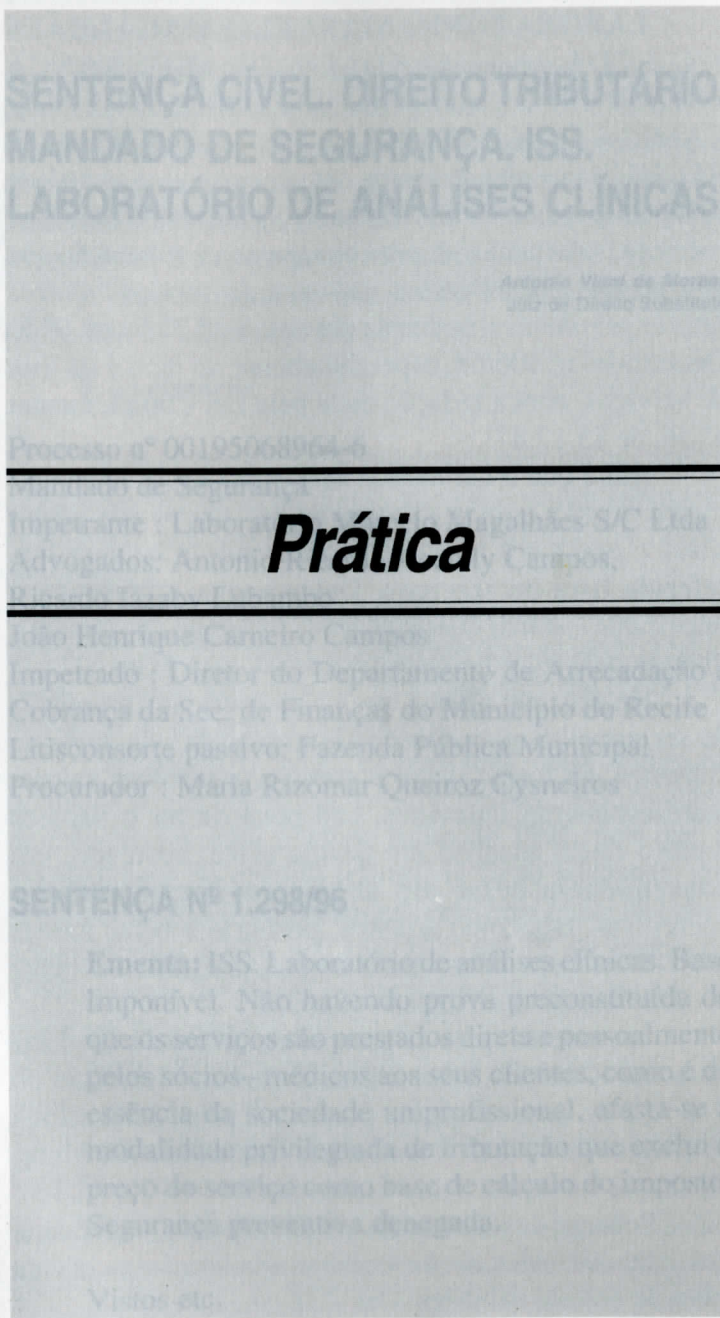
todo aquele que procura quebrar os laços construídos pelo contínuo desenvolvimento sócio-econômico do homem.

Quebrar o laço imposto pela sociedade para a disposição da propriedade compromete a própria existência da propriedade.

Bibliografia

- BOBBIO, Noberto (1995). *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6 ed. trad. p/ Maria Celeste Cordeiro dos Santos. Brasília: Editora UnB.
- COING, Helmut (1962). *Formas Básicas de Direito*. In: **Humboldt**. Hamburgo: 2(5), págs. 5-10.
- DAHRENDORF, Ralf (1982). *Classes e seus Conflitos na Sociedade Industrial*. Col. *Pensamento Político*. nº 28. Brasília: Editora UnB.
- DURKHEIM, Émile (1980). *Divisão do Trabalho Social e Direito*. Trad. p/ Maria Inês Mansinho e Eduardo Farias. In: FALCÃO, Joaquim. & SOUTO, Cláudio (orgs.). **Sociologia e Direito – Leituras Básicas de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Pioneira, págs. 121-130.
- FALCÃO, Joaquim (1993). *Justiça Legal e Justiça Social: Conflitos de Propriedade no Recife*. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (org.). **Introdução Crítica ao Direito**. Brasília: CEAD, págs. 109-120.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (1980). *A Naturalidade do Fenômeno Jurídico*. In: FALCÃO, Joaquim. & SOUTO, Cláudio (orgs.). **Sociologia e Direito – Leituras Básicas de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Pioneira, págs.155-157.
- PIERSON, Donald (1964). *Teoria e Pesquisa em Sociologia*. s/trad. 8 ed. São Paulo: Melhoramentos.
- RENNER, Karl (1980). *Instituições Legais e Estrutura Econômica*. In: FALCÃO, Joaquim & SOUTO, Cláudio (orgs.). São Paulo: Pioneira, págs. 147-157.
- SALDANHA, Nelson Nogueira (1970). *Sociologia do Direito*. São Paulo: RT.
- SOUTO, Cláudio. & SOUTO, Solange (1981). *Sociologia do Direito*. São Paulo: LTC/EDUSP.
- SOUTO, Cláudio. & SOUTO, Solange (1985). *A Explicação Sociológica – Uma Introdução à Sociologia*. São Paulo: E.P.U.
- SOUTO, Cláudio (1992). *Ciência e Ética no Direito – Uma Alternativa de Modernidade*. Porto Alegre: saFE.
- SOUTO, Cláudio (1993). *Modernidade e Pós-Modernidade Científicas quanto ao Direito*. In: **Anuário do Mestrado em Direito**. nº 6. Recife: UFPE/CCJ/FDR, págs. 39-78.

Prática



SENTENÇA CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS

Antonio Vidal de Moraes
Juiz de Direito Substituto

Processo nº 00195068964-6

Mandado de Segurança

Impetrante : Laboratório Marcelo Magalhães S/C Ltda

Advogados: Antonio Ricardo Accioly Campos,

Ricardo Iazaby Lubambo

João Henrique Carneiro Campos

Impetrado : Diretor do Departamento de Arrecadação e

Cobrança da Sec. de Finanças do Município do Recife

Litisconsorte passivo: Fazenda Pública Municipal

Procurador : Maria Rizomar Queiroz Cysneiros

SENTENÇA Nº 1.298/96

Ementa: ISS. Laboratório de análises clínicas. Base Imponível. Não havendo prova preconstituída de que os serviços são prestados direta e pessoalmente pelos sócios— médicos aos seus clientes, como é da essência da sociedade uniprofissional, afasta-se a modalidade privilegiada de tributação que exclui o preço do serviço como base de cálculo do imposto. Segurança preventiva denegada.

Vistos etc.

LABORATÓRIO MARCELO MAGALHÃES S/C LTDA pede MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO “contra o DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO DO RECIFE” (sic), alegando, em síntese, que é uma sociedade civil uniprofissional, formada exclusivamente por médicos, sujeitando-se, por conseguinte, à tributação que tem por base de cálculo a *natureza do serviço e outros fatores pertinentes*, na forma prevista no § 3º do art. 9º do Decreto-lei nº 406/68, especificamente no item 1 da lista de serviços, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56, de 15.12.87.

Aduz que a autoridade impetrada exige o recolhimento do ISS com a alíquota de 5% (cinco por cento) *sobre o preço dos serviços*, enquadrando-o no item 2 da referida lista de serviços. Daí por que – continua o impetrante – sofreu duas autuações fiscais no ano de 1991, impugnando-as, administrativamente, sem êxito.

Finalmente, afirma que se encontra na “iminência de ser impelida pela autoridade impetrada, via aviso de cobrança, de forma ilegal e abusiva, a recolher valores manifestamente indevidos, sob pena de ter o suposto crédito fiscal inscrito em dívida ativa, sofrendo, em consequência desse ato abusivo e ilegal, medidas coercitivas, tais como arrestos, penhoras e bens, multas indevidas, bem como ficar impossibilitada de obter certidão negativa de débito” (fls. 07).

Junta xerocópias de parecer emitido pelo Dr. Luiz Fernando Dias dos Santos, Procurador do Município do Recife, e de duas sentenças proferidas pelos MM. Juizes de Direito das 1ª e 2ª Vara Privativas da Fazenda Municipal, que sufragam a tese esposada (fls. 76/79 e 81/96).

Pede seja reconhecida a nulidade e/ou ilegalidade dos autos de infração para obstar a inscrição na dívida ativa do crédito tributário (fls. 22).

Deferida a liminar (fls. 95/96).

Notificada, a autoridade indigitada coatora prestou informações em litisconsórcio passivo com a Fazenda Pública Municipal, suscitando, resumidamente, a decadência da impetração, ante a inadmissibilidade do mandado de segurança preventivo, e defendendo também a legalidade do lançamento tributário (fls. 97/116).

A representante do Ministério Público opina pela concessão da segurança (fls. 121/122).

É o relatório.

Trata-se mandado de segurança preventivo contra a iminente inscrição na dívida ativa do crédito tributário em que o impetrante ainda não recebeu o respectivo aviso de cobrança.

Não se operou a decadência preconizada no art. 18 da Lei nº 1.422/51, nem é impróprio à discussão do crédito fiscal – como afirmam os litisconsortes passivos – o mandado de segurança preventivo.

Com efeito, o “writ”, embora sem muita clareza na definição do seu objeto, não foi direcionado contra os autos de infração lavrados a **19 de julho de 1991**, pois que **a exigibilidade do crédito tributário ficou suspensa**, em decorrência da defesa apresentada pelo impetrante na esfera administrativa (CTN, art. 151, III), **até 27 de junho de 1995**, quando lhe foram comunicadas as decisões que os julgaram procedentes (fls. 51 e 55), gerando o início de novo prazo decadencial contra o ato da autoridade **“ad quem”**, como se intui do voto condutor do acórdão da 1ª Turma do STF, proferido pelo Ministro Luiz Octávio Gallotti:

“Na hipótese de recurso hierárquico – que é a destes autos – sobrevém um novo ato de autoridade *ad quem*, que é a impetrada, e só a partir de então é possível

cogitar-se de aferir a decadência, pois é contra este novo ato que se dirige o pedido de segurança”.¹

Conquanto não tenham sido atacados, pelo impetrante, os dois atos decisórios do Diretor do Departamento de Instrução e Julgamento, que assumiria a posição de autoridade coatora, ainda assim, com a intervenção no processo da pessoa jurídica de direito público interno, na qualidade de litisconsorte passivo, defendendo-os, regularizada estaria a situação no tocante à legitimidade passiva “ad causam”.²

E o mandado de segurança foi ajuizado a **27 de setembro de 1995**, antes de exaurir-se o prazo decadencial, se contra eles se dirigissem (fls. 51 e 55). Fê-lo, no entanto, contra o Diretor do Departamento de Arrecadação e Cobrança da Secretaria de Finanças (fls. 03), autoridade competente, na visão do impetrante, para determinar a inscrição do crédito tributário como dívida ativa. Assim, impõe-se a exortação de Hugo de Brito Machado:

É importante, porém que a *impetração se faça com objetividade e clareza*. Se o contribuinte pede o mandado de segurança *contra a lavratura do auto de infração*, por exemplo, e não *contra o ato de inscrição do crédito como dívida ativa*, há de fazê-lo dentro de 120 dias da data em que teve ciência da lavratura do auto de infração. *Se quer, depois desse prazo, questionar aquele auto, porque não se defendeu na via administrativa, mas antes de ser cientificado da inscrição do crédito como dívida ativa, deve impetrar mandado de segurança preventivo.*³

1 RTJ 124/839, *apud* Sérgio Ferraz, Mandado de Segurança (Individual e Coletivo) Aspectos Polêmicos, Malheiros Editores Ltda-SP, 1992, p. 102.

2 RJTJESP 88/177, 103/165, 108/174, 109/51

3 Mandado de Segurança em Matéria Tributária, Série Acadêmicos BRASILEIROS, Ed. Revista dos Tribunais-SP, 1994, p. 55, sem os destaques.

Como visto, o remédio heróico funda-se na ameaça de iminente cobrança. É que o lançamento tributário, por si só, não lesa direito. E, na impetração **preventiva** contra o ato de sua inscrição na dívida ativa, o contribuinte pode questionar qualquer lesão.⁴ Nessa esteira argumentativa, Eduardo Arruda Alvim professa:

“O cabimento do mandado de segurança preventivo, (...), deve-se ao fato de que a autoridade administrativa, sendo o lançamento atividade vinculada, estará jungida a, mensalmente, exigir do contribuinte o tributo incidente sobre o faturamento, estando, por conseguinte, presente o justo receio do ato ilegal, justificador do mandado de segurança preventivo (art. 1º, da Lei 1.533/51).”⁵

Portanto, rejeito as teses da decadência e da inadmissibilidade do mandado de segurança preventivo contra o ato de inscrição do crédito como dívida ativa.

O núcleo da questão consiste no enquadramento do impetrante – *laboratório de análises clínicas* – no *item 1* ou no *item 2* da lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 56, de 15.12.87, exaradas no Código Tributário do Município do Recife. Na primeira hipótese, a tributação se estabelece em *quantia fixa* (modalidade privilegiada) multiplicada pelo quantitativo de prestadores de serviço componentes da sociedade uniprofissional. Na segunda, a base de cálculo é o *preço do serviço* (regra geral). Eis o comando legal:

“Art. 9º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

4 Hugo de Brito Machado, *idem*, *ibidem*.

5 Noções Sobre a Ação Constitucional do Mandado de Segurança - Sua Aplicabilidade no Campo do Direito Tributário, Repertório de Jurisprudência e Doutrina Sobre PROCESSO TRIBUTÁRIO, Ed. Revista dos Tribunais-SP, 1994, p. 98.

§ 1º. Quando se tratar de *PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS sob a forma de trabalho pessoal DO PRÓPRIO CONTRIBUINTE*, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de *remuneração do PRÓPRIO TRABALHO*.

§ 3º. Quando os *serviços* a que se referem os itens, 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa *FOREM PRESTADOS POR SOCIEDADES*, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a *CADA PROFISSIONAL*, sócio, empregado ou não, que *PRESTE SERVIÇOS EM NOME DA SOCIEDADE*, embora *ASSUMINDO RESPONSABILIDADE PESSOAL*, nos termos da lei aplicável.”

A norma que excepciona o preço do serviço (art. 9º “caput”) como base de cálculo do imposto, é de uma clareza diáfana: cada profissional habilitado que se reunir para *PRESTAR PESSOALMENTE SERVIÇOS* aos clientes em nome da sociedade (§ 3º), que é a contribuinte, embora assumindo a *responsabilidade pessoal*, paga o tributo tendo por base de cálculo a *natureza do serviço* ou *outros fatores pertinentes* (§ 1º). Di-lo melhor Aliomar Baleeiro:

“Noutras palavras, o Fisco municipal deverá fazer abstração da sociedade constituída por esses profissionais e *tributá-los como indivíduos, segundo as alíquotas estabelecidas para os trabalhadores autônomos.*”⁶

6 Direito Tributário Brasileiro, Editora Forense-RJ, 1994, 10ª edição, revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli, p. 302, sem os destaques.

Restou assente a exigência da inafastável *prestação dos serviços pelo próprio profissional habilitado aos clientes da sociedade uniprofissional*. Este é o traço que a distingue da pessoa jurídica de natureza empresarial cujo *trabalho é executado de modo impessoal*. Assim é que, na primitiva LISTA DE SERVIÇOS (Decreto-lei 406/68), dispunha o *item 1*: “*Médicos, dentistas, veterinários, enfermeiros, protéticos, ortopedistas, fisioterapeutas e congêneres; laboratórios de análises, de radiografia ou radioscopia, de eletricidade médica e congêneres.*”

Com o advento de nova LISTA DE SERVIÇOS (Decreto-lei 834/69), deu-se nova roupagem sem alterar a sujeição da sociedade uniprofissional de médicos e laboratórios de análises clínicas à modalidade especial de tributação: *item 1*: “*Médicos, dentistas e veterinários;*” (...) *item 3*: “*Laboratórios de análises clínicas e eletricidade médica*”.

Porém, a última LISTA DE SERVIÇOS (Lei Complementar nº 56/87), adotada pelo Código Tributário do Município do Recife, modificou substancialmente a anterior paridade entre a sociedade de médicos e os laboratórios de análises clínicas. Daí é que deslocou o último do elenco dos prestadores de serviço de caráter pessoal para o grupo de pessoas jurídicas em que há produção de serviços sem o toque da pessoalidade. Confira-se:

“Serviços de:

“1. *Médicos, inclusive análises clínicas (não-realizadas em Laboratórios de análise)*, eletricidade médica, radioterapia, ultra-sonografia, radiologia, tomografia e congêneres.” (*adicionei o parêntese*).

“2. *Hospitais, clínicas, sanatórios, laboratórios de análises (clínicas ou não), ambulatórios, prontos-socorros, manicômios, casas de saúde, de repouso e de recuperação e congêneres.*” (*adicionei o parêntese*)

Se o legislador mudou a qualificação fiscal originária dos *laboratórios de análises* na terceira alteração da LISTA DE SERVIÇOS, excluindo-os da tributação benéfica, reservada aos serviços prestados por *indivíduos* ou *profissionais* em *sociedades civis*, então desassiste razão ao intérprete reintroduzi-los no grupo de prestadores de serviços em que há uma relação pessoal e direta com a clientela.

No *item 1*, da atual LISTA DE SERVIÇOS, a *sociedade de médicos* poderá oferecer consultas e realizar análises clínicas, sem abstrair a responsabilidade pessoal do prestador dos serviços, e de forma claramente distinta da que se utiliza o *laboratório de análises clínicas*; neste, atende-se *requisição* de análises clínicas, produzindo-se o resultado destinado ao médico requisitante, como o faz o impetrante, por ser fato notório (CPC, art. 334, I); naquela, a análise clínica se realiza pelo próprio médico consultor, independentemente de *requisição*, para complementar o serviço iniciado.

No âmbito da reparação civil, aos *laboratórios de análises clínicas* se aplica o disposto nos arts. 1.518, parágrafo único, e 1.521, III, do Código Civil, presumindo-se a sua responsabilidade objetiva pelo ato culposo de seu empregado ou preposto (Súmula 341 do STF); às *sociedades uniprofissionais*, não! (§ 3º do art. 9º do Dec. lei 406/68, com a redação que lhe atribuiu a Lei Complementar 56/87).

Por outro lado, em sede de mandado de segurança, que é uma ação essencialmente documental, caberia ao impetrante juntar a prova preconstituída de que os serviços são prestados direta e pessoalmente pelos sócios-médicos aos seus clientes. Não é suficiente o contrato social. E o Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo já decidiu assim, por unanimidade, na Apelação nº 513.969-9:

“ISS – Município de São Paulo – Laboratório de análises e pesquisas clínicas – Atendimento dos

clientes por empregados especializados, e não pelos sócios, descaracterizando a sociedade uniprofissional – Tributo devido sobre percentual do faturamento – Recursos providos para rejeitar os embargos à execução fiscal – Declarações de voto vencedor”⁷

Vale transcrever parcialmente um dos votos:

“A embargante, apesar de constituída por 19 médicos, é efetivamente uma empresa de grande porte, onde exercem variadas funções seus 690 empregados, não podendo ser caracterizada como sociedade uniprofissional que *preste serviços pessoais e diretamente aos seus clientes*.

Como consignado no v. acórdão juntado às fls. 184 (Apelação nº 359.292), ‘a taxação por alíquota fixa foi criada pelo legislador para beneficiar *profissional que preste ELE PRÓPRIO serviços para terceiros*, mesmo quando se reúne com outros da mesma categoria para a prestação de serviços *mas em que se mantém a PESSOALIDADE DA PRESTAÇÃO*’.⁸

Isto posto, não demonstrado o direito líquido e certo do impetrante, nem a ilegalidade manifesta no lançamento tributário e conseqüente e iminente ato de inscrição do crédito como dívida ativa, para beneficiar-se da modalidade privilegiada de tributação, revogo a liminar e denego a segurança preventiva. Sem honorários de advogado. Custas pelo impetrante.

Comunique-se, por ofício, à autoridade apontada como coatora (fls. 03). Intime-se pessoalmente a representante do Ministério Público.

P.R.I.

Antonio Vidal de Moraes
Juiz de Direito Substituto

7 Revista de JURISPRUDÊNCIA ESCOLHIDA, RJE-2, 1994, Ed. Jurídica Brasileira Ltda-SP, p. 369.

8 Idem, ibidem.

PARECER. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. ISENÇÃO

Djaci Falcão

Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

I – Objeto da Consulta II – Parecer: a. Textos legais aplicáveis à matéria. b) Plano Diretor do Desenvolvimento do Nordeste. Isenção do Imposto sobre a Renda e adicionais não restituíveis. Isenção condicionada a prazo certo. Irrevogabilidade. c) Direito adquirido. Seu conceito. Sua configuração no caso da consulta. Prorrogação do prazo de isenção. Ato administrativo declaratório e vinculado. d) Conclusão.

Parecer

I – Objeto da consulta

Empresas localizadas na área de atuação da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE, beneficiárias de isenção do Imposto sobre a Renda, por intermédio dos advogados que compõe os escritórios ANDRADE, FIGUEREDO E SILVA, ADVOGADOS ASSOCIADOS e VICENTE GOUVEIA FILHO, advogados associados S/C, sediados na Cidade do Rio de Janeiro e nesta Cidade, formulam consulta em torno do tema, hoje em debate na esfera jurisdicional, fornecendo elementos esclarecedores sobre os fatos e questões fundamentais, **in verbis**:

“1) Os empreendimentos industriais e agrícolas, localizados na área de atuação da SUDENE, se beneficiaram, pelo prazo de 10 (dez) anos, da isenção do imposto de renda, tendo em vista o disposto na Lei nº 4.239, de 27.06.63, art. 13. Essa lei foi subsequentemente, alterada, e aperfeiçoada a legislação respectiva, mantido, porém o incentivo fiscal oneroso e a termo certo em que a isenção consistia.

2) Até que, a partir da vigência do DL nº 1.564, de 29.07.77, esses empreendimentos foram beneficiados com a ampliação do prazo de desfrute do incentivo para até 15 (quinze) anos, **ex vi** do seu art. 3º.

Esse dispositivo condicionou, entretanto, dita ampliação à condição de que a empresa, dentre outros requisitos alternativos (não cumulativamente alternativos, porém), absorvesse, no seu processo produtivo, matéria-prima e insumos da Região Nordeste em montante superior a 50% (cinquenta por cento) do custo da produção (alínea c), ou, se localizasse em microregião menos favorecida do Nordeste (alínea a), ou tivesse rentabilidade desfavorável (alínea b).

3) É essa, sem dúvida razoável, mais uma condição onerosa imposta às beneficiárias e que coloca, em contrapartida, o desfrute da isenção, seu período total – 15 anos – a salvo de revogação unilateral pelo poder público (CTN, art. 178, com a redação da Lei Complementar nº 24, de 07.01.75, artigo 13).

4) Esse entendimento está, aliás, consagrado pelo próprio STF que, na sua Súmula de Jurisprudência Predominante, assentou, expressa e conclusivamente, a irrevogabilidade das isenções onerosas:

“544. Isenções tributárias concedidas sob condição onerosa não podem ser livremente suprimidas”

5) À vista da disciplina legal dessa matéria, a SUDENE vinha regularmente expedindo os laudos

concessivos da isenção e sua prorrogação, sem nenhuma controvérsia, até porque esse laudo é apenas declaratório, e não constitutivo do direito à isenção ou à sua prorrogação, entendimento este que deflui da reserva absoluta de lei em matéria de isenção (CTN, arts. 97, VI e 176).

6) Em tais condições onerosas, estava configurado direito adquirido ao gozo do incentivo pelo prazo total estabelecido na lei instituidora; que não poderia ser supresso pelo advento da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, ao reduzir o prazo de duração do incentivo para até 10 (dez) anos.

7) Com o advento, no entanto, dessa lei, as empresas situadas na Região Nordeste se encontravam, no seu termo inicial de vigência, em situações diversificadas, basicamente as seguintes:

- a) empresas que haviam requerido ou obtido a prorrogação do incentivo antes de 24.12.85, termo inicial da Lei nº 7.450/85;
- b) empresas que já haviam requerido, mas ainda não obtido o despacho concessivo antes dessa data;
- c) empresas que não haviam requerido ainda a prorrogação do incentivo, até porque o respectivo decênio inicial ainda não estava exausto.

8) Certo é, no entanto, que essa diversidade de situações não tinha, nem poderia ter, em face da reserva legal da isenção, nenhuma relevância para efeito de prorrogação do incentivo. É dizer: se a empresa, por exemplo, estivesse situada em microregião menos favorecida do Nordeste (Lei nº 1.564/77, art. 3º, a), essa situação onerosa pré-existia objetivamente no advento da Lei nº 7.450/85. Do mesmo modo, a absorção, em seu processo produtivo, de matérias-primas e insumos da

região em mais de 50% (cinquenta por cento), como prevê o mesmo artigo, alínea c. Logo, a expectativa do gozo (não do direito à isenção) não poderia ser frustrada pela lei nova, sem ofensa ostensiva ao direito adquirido e à mais elementar boa-fé que deve nortear as relações entre o fisco e contribuintes.

9) Foi, portanto, com surpresa que as empresas beneficiárias do incentivo tomaram conhecimento da interpretação intempestiva e restritiva dada à matéria pelo Parecer Normativo a nº 55/86, da Secretaria da Receita Federal, que limitou estranhamente o gozo da isenção às empresas que houvessem obtido o despacho declaratório antes da vigência da Lei nº 7.450/85. Entendimento que, depois, tão aleatoriamente quanto ele próprio, evoluiu para interpretação mais benigna – ainda assim arbitrária, no sentido de que teriam direito à prorrogação as empresas que houvessem requerido a prorrogação antes de 24.12.85. Arbitrária, porque tampouco essa exigência está na legislação.

Trata-se, pura e simplesmente, de exigência **contra legem**”.

As empresas consulentes suscitam, afinal, as seguintes questões:

1a. – A isenção do Imposto de Renda e adicionais não restituíveis, em cujo gozo encontram-se as consulentes, é concedida por prazo certo e em função de determinadas condições onerosas?

2a. – Mantidas essas condições onerosas, a redução do prazo de duração desse incentivo deve alcançar as empresas já instaladas e em pleno funcionamento na área da SUDENE no termo inicial de vigência da Lei nº 7.450/85, para o efeito de subtrair-lhes o acesso à prorrogação da isenção por 5 (cinco) anos?

3a. – Tendo o Decreto-Lei nº 1.564/77 permitido que o prazo de isenção do Imposto de Renda (dez anos) fosse ampliado por mais cinco anos, desde que atendidas determinadas condições, o ato administrativo que atesta o implemento dessas condições tem conteúdo **discricionário** ou **vinculado**?

4a. – O laudo expedido pela SUDENE, para efeito de reconhecimento do direito à ampliação do prazo da isenção, é **constitutivo** ou **declaratório**?

5a. – A disposição legal que permite seja o prazo de isenção ampliado até quinze anos torna **a priori** indeterminado o período de ampliação do incentivo, de modo que possa ser fixado discricionariamente, em cada caso?

6a. – Dependendo a ampliação do prazo de isenção do atendimento de exigências legais pela própria empresa, tem esta, quanto à ampliação do prazo, mera **expectativa de direito** ou **direito adquirido**?

7a. – Em face do disposto na legislação (Lei nº 5.508, de 11.10.68, art. 37; Decreto número 76.085, de 06.08.75, art. 13, inciso III; Decreto-Lei nº 1.564, de 29.07.77, art. 3º, parágrafo único), está a SUDENE, ao tratar de isenção fiscal, obrigada a obedecer às diretrizes estabelecidas pela Receita Federal, através dos pareceres normativos da Coordenação do Sistema de Tributação?

II – PARECER

a) Parece-me oportuno, antes de tudo, apresentar os textos legais que regulam a matéria.

A Lei nº 4.239, de 27.06.93, que aprovou o Plano Diretor do Desenvolvimento do Nordeste para os anos de 1963, 1964 e 1965, estabeleceu:

“Art. 13. Os empreendimentos industriais e agrícolas que se instalaram na área de atuação da SUDENE, até o exercício de 1968, inclusive, ficarão isentos

de imposto de renda e adicionais não restituíveis, pelo prazo de 10 anos, a contar da entrada em operação de cada equipamento.

Parágrafo Único. O prazo de que trata este artigo poderá ser ampliado até 15 anos, de acordo com a localização e rentabilidade desvantajosas do empreendimento beneficiado, mediante parecer da Secretaria Executiva da SUDENE, aprovado pelo seu Conselho Deliberativo” .

Por sua vez, o Decreto-Lei nº 756, de 11 de agosto de 1969, atinente à valorização econômica da Amazônia, institui, no seu art. 23, idêntico incentivo fiscal.

Sobreveio o Decreto-Lei nº 1.564, de 29 de julho de 1977, estatuinto:

“Art. 1º. Os artigos 13 da Lei número 4.239, de 27 de junho de 1963 e 23 do Decreto-Lei nº 756, de 11 de agosto de 1969, passam a ter a seguinte redação:

“Os empreendimentos industriais ou agrícolas que se instalarem, modernizarem, ampliarem ou diversificarem, nas áreas de atuação da SUDAM ou da SUDENE, até o exercício de 1982, inclusive, ficarão isentos do Imposto sobre a Renda e adicionais não restituíveis sobre seus resultados operacionais pelo prazo de 10 anos, a contar do exercício financeiro seguinte ao ano em que o empreendimento entrar em fase de operação ou, quando for o caso, ao ano em que o projeto de modernização, ampliação ou diversificação entrar em operação, segundo laudo constitutivo expedido pela SUDAM ou SUDENE.

§ 1º. Os projetos de modernização, ampliação ou diversificação somente poderão ser contemplados com a isenção prevista neste artigo, quando acarretarem, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) de aumento da capacidade instalada do respectivo empreendimento.

§ 2º. Nas hipóteses previstas no parágrafo anterior, as Secretarias Executivas da SUDAM ou da SUDENE expedirão laudo técnico, atestando a equivalência percentual do acréscimo da capacidade instalada” .

§§ – omissis.

Art. 3º. O prazo de 10 (dez) anos, na hipótese de instalação de projetos novos poderá ser ampliado para até 15 (quinze) anos, desde que o empreendimento atenda a um dos seguintes requisitos:

- a) localize-se em microrregiões menos desenvolvidas, a critério da SUDAM e da SUDENE;
- b) apresente, no período de gozo da isenção, rentabilidade igual ou inferior a 12% (doze por cento) do capital e reservas médias do mesmo período;
- c) absorva, em seu processo produtivo, matérias-primas e insumos produzidos na região, em montante superior a 50% (cinquenta por cento) do custo de produção.

Parágrafo único. As respectivas agências regionais expedirão laudo constitutivo do benefício referido neste artigo” .

Posteriormente, veio a ser alterado o prazo da isenção, por força da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, que dispôs:

“Art. 59. Fica prorrogado, até 31 de dezembro de 1988, o prazo fixado pelo artigo 1º, do Decreto-Lei nº 1.898, de 21 de dezembro de 1981, para instalação, modernização, ampliação ou diversificação de empreendimentos industriais ou agrícolas, nas áreas de atuação da Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM e da

Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE, para os efeitos previstos no artigo 13, da Lei nº 4.239, de 27 de junho de 1963, e no artigo 23, do Decreto-Lei nº 756, de 11 de agosto de 1969, e alterações posteriores.

§ 1º. Ficam alterados para até 10 (dez) anos os prazos de que tratam o artigo 13, da Lei nº 4.239, de 27 de junho de 1963, e o artigo 23, do Decreto-Lei nº 756, de 11 de agosto de 1969, com as alterações posteriores introduzidas, inclusive pelo artigo 3º, do Decreto-Lei nº 1.564, de 29 de julho de 1977.

§ 2º. Fica o Poder Executivo autorizado a fixar os prazos de que trata o parágrafo anterior, atendidas as características regionais e a natureza das atividades desenvolvidas, especialmente para efeito de estimular a exploração de recursos naturais”.

b) O Plano Diretor do Desenvolvimento do Nordeste previsto na Lei nº 4.239, de 27.06.63, considerando os empreendimentos industriais e agrícolas situados na área da SUDENE, de interesse regional, instituiu, para projetos novos, a isenção do Imposto sobre a Renda e adicionais não restituíveis, pelo prazo de 10 (dez) anos (art. 13). Admitiu, outrossim, a possibilidade de ampliação desse prazo até 15 (quinze) anos, “de acordo com a localização e rentabilidade desvantajosas do empreendimento beneficiado” (parágrafo único). Portanto, estava prevista pela Lei nº 4.239/63 a ampliação do prazo da isenção até 15 (quinze) anos.

Consoante se vê, trata-se de medida visando à valorização da iniciativa empresarial, como suporte da economia na região em que se localiza, e de relevantes reflexos na ordem econômico-social. Foi, sem dúvida, a intenção do legislador beneficiar aos legítimos agentes

econômicos privados, na criação e desenvolvimento das suas atividades econômicas, numa área subdesenvolvida.

Editado o Decreto-Lei nº 1.564, de 29.07.77, após outras modificações da primitiva Lei, previu na hipótese de empreendimentos novos a ampliação do incentivo fiscal do Imposto sobre a Renda, de 10 (dez) para até 15 (quinze) anos, desde que o beneficiário preenchesse, vale repetir, um dos seguintes requisitos:

- “a) localize-se em microrregiões menos desenvolvidas, a critério da SUDAM e da SUDENE;
- b) presente, no período de gozo da isenção, rentabilidade igual ou inferior a 12% (doze por cento) do capital e reservas médias do mesmo período;
- c) absorva, em seu processo produtivo, matérias-primas e insumos produzidos na região, em montante superior a 50 % (cinquenta por cento), do custo de produção” (artigo 3º).

Impõe-se destacar, de logo, que aí não há exigência cumulativa dos três requisitos. Para efeito da prorrogação do prazo, basta a existência de um deles, segundo decorre da própria interpretação literal do texto. É óbvio que a prorrogação pode decorrer do preenchimento de dois, ou mesmo dos três requisitos legais. Outrossim, cuida-se de ato administrativo de caráter vinculado, ou regrado, porquanto está condicionado à satisfação de requisitos prefixados em lei; e não de natureza discricionária, no qual a administração dispõe de certa liberdade para decidir, assim, na escolha de seu conteúdo, de sua oportunidade, de sua conveniência.

Na técnica de tributação, encontram-se as categorias – incidência, não-incidência, isenção e imunidade. Ao caso, interessa a figura da isenção que, em nosso direito positivo, apresenta-se, ao lado a anistia fiscal, como causa

excludente do crédito tributário (art. 175 do CTN). Grande parcela dos estudiosos do tema entende que consiste na dispensa do pagamento do tributo devido, mediante disposição expressa de lei (ver, por exemplo, RUBENS GOMES DE SOUZA, *in* Compêndio de Legislação Tributária, pág. 97, ed. 1975; AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, *in* Fato Gerador da Obrigação Tributária, págs. 133 a 135, ed. 1964; RUY BARBOSA NOGUEIRA, em seu Direito Financeiro, pág. 193, ed. 1964). Todavia, há outra corrente, também de respeitáveis juristas, para a qual a isenção impede o surgimento da própria obrigação tributária (ver SOUTO MAIOR BORGES, *in* Isenções Tributárias, págs. 163 a 165, 2ª ed. e ALFREDO AUGUSTO BECKER, *in* Teoria Geral do Direito Tributário, pág. 276, ed. 1963).

Consoante dizia o Prof. ALIOMAR BALEEIRO:

“A isenção decorre da Lei e dirige-se à autoridade administrativa, excluindo do tributo decretado determinadas situações pessoais ou reais” (Direito Tributário Brasileiro, 10ª ed. pág. 584).

Afigura-se-me uma afirmação prática e conforme ao direito legislado.

Já a imunidade tributária, instituto de maior amplitude, referente unicamente aos impostos, visando à preservação de certos valores políticos, econômicos e sociais, consiste na vedação do próprio nascimento da obrigação tributária, inserida na Constituição (art. 150, inc. VI e outros). Para usar as palavras do Prof. MANOEL LOURENÇO DOS SANTOS: “é a inatingibilidade tributária de pessoas, bens ou serviços, declarada pela Lei Fundamental. Não significa a dispensa de tributos, porque nessa hipótese a obrigação tributária não chega a nascer, pela razão mesma de não-ocorrência do fato gerador”

(Direito Tributário, 4ª ed., pág. 84).

Segundo afirmava PONTES DE MIRANDA: “Nos Estados em que a Constituição é rígida, como o Brasil, a imunidade é limitação constitucional à competência para editar regras jurídicas de imposição” (Comentários à Constituição de 1967, tomo II, pág. 392).

Convém explicar que há isenções a prazo certo, nas quais o termo inicial de existência é prefixado nas leis instituidoras, e isenções com prazo indeterminado. Tratando-se da última espécie, é viável a sua revogação, a qualquer momento, mediante lei. No entanto, a isenção “por prazo certo e em função de determinadas condições”, não é passível de revogação, como estatui o art. 178 do CTN, *verbis*:

“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. (Redação do art. 13 da Lei Complementar 24, de 07 de janeiro de 1975)”.

Na primitiva redação do art. 178, bastava, para efeito da irrevogabilidade, a ocorrência de um dos requisitos, como estava no texto: “por prazo certo ou em função de determinadas condições”.

Acontece que, por força da Lei Complementar nº 24/75, foi substituída a conjunção alternativa **ou** pela aditiva **e**. Põe-se aí um limite na competência tributária sobre as isenções.

A propósito, observou ALIOMAR BALEEIRO, citando vários julgados, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, antes do invocado art. 178 do CTN, direcionou-se no sentido de que a isenção pura e simples, sem estabelecer condição para o beneficiário, pode ser

revogada livremente, pelo legislador, enquanto a isenção a prazo certo e sob condição onerosa torna-se insusceptível de ser revogada (Direito Tributário Brasileiro, 10ª ed., pág. 593).

Dentre outros julgados mais recentes, na mesma diretriz, podem ser apontados os Re nº 91.291 – SP, relatado pelo Sr. Ministro RAFAEL MAYER (RTJ 91/1170 a 1171) e RE nº 91.401, de que foi relator o Sr. Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE (RTJ 91/1172 a 1174).

A matéria, em razão de sua relevância, ensejou o enunciado na Súmula 544, que dispõe:

“Isenções tributárias concedidas sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas”.

Claro é que o alcance da Súmula há de ser sopesado diante do caso concreto, na sua variedade, e na conformidade dos ditames da lei ordinária e da Constituição da República (art. 5º, XXXVI).

c) no caso desta consulta, há, sem dúvida, isenção concedida a prazo certo e em função de condição onerosa.

Indaga-se então: Mantidas essas condições onerosas, a redução do prazo de duração desse incentivo deve alcançar as empresas já instaladas e em pleno funcionamento na área da SUDENE no termo inicial de vigência da Lei nº 7.450/85, para o efeito de subtrair-lhes o acesso à prorrogação da isenção por 5 (cinco) anos?

É sabido que a isenção concedida com prazo certo, prefixado, e em função de determinadas condições, não pode ser suprimida ou suspensa (art. 178 do CTN). Em última análise, é uma decorrência lógico-jurídica da teoria do direito adquirido, adotada tradicionalmente nas Constituições Brasileiras (artigo 179, § 3º da Constituição

do Império; art. 11, § 3º, da Constituição de 1891; art. 113, inc. 3, da Constituição de 1934; Constituição de 1937, omissa; artigo 141, § 3º, da Constituição de 1946; art. 150, § 3º, e EC nº 1/69, art. 153, § 3º, e art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição de 1988).

A matéria questionada, conforme se vê, põe-se sob o pálio da norma constitucional e da legislação infraconstitucional.

Lê-se no inc. XXXVI, do art. 5º, da Constituição vigente:

“A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Comentando-o, diz com precisão o Prof. PINTO FERREIRA:

“O Estado pode determinar leis retroativas, pois as circunstâncias sociais e históricas se modificam. Os entes estatais podem editar normas com eficácia retroativa ou com efeito retrooperante, mas desde que não firam o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito protegidos constitucionalmente pela **lex legum**.”

As leis têm geralmente eficácia prospectiva, pois o Estado edita regras jurídicas para disciplinar relações jurídicas futuras. Os fatos passados ou pretéritos fogem normalmente ao domínio normativo da lei (RT, 299:478). Não se presume por consequência a eficácia retroativa da lei, que nunca pode lesar o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, pois tal eficácia é excepcional (RT, 218:247; 102:72, 153:695 e 144:166) . (Comentários à Constituição Brasileira, 1º vol., págs. 143 a 144).

O prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, outro eminente constitucionalista, expõe:

“O preceito em estudo proscreve a retroatividade das leis. Os atos normativos primários não podem aplicar-se a fatos e atos já passados; produzirão efeitos apenas para o futuro. Destarte, a lei não poderá repor em discussão o que já tenha sido definitivamente decidido pelo Judiciário. Haverá de respeitar a coisa julgada, ou seja, “decisão judicial de que já não caiba recurso” (Lei de Introdução, art. 6º, § 3º). Nem contestará ato jurídico perfeito, ou seja, “o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” (Lei de Introdução, art. 6º, § 1º).

Conseqüentemente, não desfará direitos adquiridos, isto é, os que já podiam ser exercidos por seu titular, ou já teriam começo de exercício prefixado em termo inalterável, ou em condição imutável, ao arbítrio de outrem (Lei de Introdução, art. 6º, § 2º). (In Comentários à Constituição Brasileira, pág. 56).

O princípio, que tem por objetivo resguardar os legítimos interesses do indivíduo e da sociedade, obriga ao legislador e ao juiz. Para a preservação própria estabilidade da ordem jurídica, impõe-se o respeito aos direitos já integrados no patrimônio do sujeito da relação jurídica.

Cuidando do efeito retroativo e do efeito imediato da lei, ROUBIER tece as seguintes considerações:

“Si la loi prétend s’appliquer à des faits accomplis (facta praeterita), elle est rétroactive; si elle prétend s’appliquer à des situations en cours (facta pendentia), il fauda établir une séparation entre les parties antérieures à la date du changement de législation, qui ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et les parties postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s’appliquer, n’aura, jamais qu’un effet immédiat; enfin, vis-à-vis des faits à venir (facta futura), il est clair que la loi ne peut jamais être rétroactive”. (Le Droit Transitoire, 2º ed., pág. 177).

Desse ensinamento, decorre que a lei nova não deve ser aplicada às partes anteriores à data da mudança de legislação, podendo alcançar as partes posteriores, resguardando-se sempre o direito adquirido.

Em síntese, a lei não incide sobre o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Atente-se, ainda, para que a lei, quando não destinada a vigência temporária, tem vigência até que outra a modifique ou revogue (art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil). A seu turno, estatui o art. 6º do referido diploma:

“Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

§ 1º. Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º. Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

É de ver que o direito adquirido, pondo um limite à retroatividade da lei, incide tanto no direito público quanto no direito privado.

In casu, verifica-se que o legislador começou instituindo a isenção do Imposto de Renda, pelo prazo de dez anos, com possibilidade de ampliação até quinze anos “de acordo com a localização e rentabilidade desvantajosas do empreendimento beneficiado” (art. 13 e seu parágrafo único, da Lei nº 4.239/63). Com o Decreto-Lei

nº 1.564/77, a ampliação do prazo de isenção continuou a ser admitida (art. 3º), porém à vista do preenchimento de um dos três requisitos que prevê (sem prejuízo, é claro, de satisfação de dois ou dos três). Por fim, a Lei nº 7.450/85, por um lado, prorrogou até 31 de dezembro de 1988, o prazo para a instalação, modernização, ampliação ou diversificação de empreendimentos industriais ou agrícolas na área de atuação da SUDENE, para efeito do gozo da isenção do Imposto de Renda; e, por outro, alterou o prazo de isenção para até dez anos, excluindo a possibilidade de sua dilatação (art. 59 e § 1º). Acontece, ainda, que a prorrogação *ex vi* do Decreto-Lei nº 2.454, de 19.08.88, passou de 31.12.1988 para 31.12.1993.

Afigura-se-me oportuno lembrar os seguintes ensinamentos trazidos por CARLOS MAXIMILIANO, com apoio em WURZEL e FERRARA:

“Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida”. (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 9ª ed., págs. 151 a 152).

Na minha longa vida de magistrado, sempre me pautei por esses ensinamentos, sem esquecer que o direito evolui e se desenvolve por meio da interpretação.

A meu juízo, a Lei nº 7.450/85 não afasta a possibilidade das empresas já instaladas e em funcionamento no início de sua vigência, de obterem a prorrogação

da isenção por 5 (cinco) anos, assegurada sob determinadas condições, pela legislação anterior.

Segundo deflui do art. 59 e seu § 1º, da citada Lei nº 7.450/85, houve apenas alteração, limitando o prazo de duração do mencionado incentivo, suscetível que era de prorrogação por 5 (cinco) anos, de modo a perfazer 15 (quinze) anos. O legislador foi claro ao usar a locução “Ficam alterados para até 10 (dez) anos os prazos...” (§ 1º do art. 59).

Dessarte, não se operou ab-rogação da regra do referido art. 3º, mas, apenas, derrogação.

Do exposto, resulta a convicção de que, no caso, a Lei nº 7.450/85 tem eficácia para o futuro, alcançado, quanto ao prazo da isenção tributária, apenas as empresas que viessem a se instalar a partir da sua vigência. Aplica-se às isenções subseqüentes, sob sua regência. Sem dúvida, ante os termos da lei nova, a lei anterior passou a ter o seu campo de incidência nos limites das situações pretéritas.

Por outro lado, deve-se ter presente que não se cogita de fatos contínuos, em formação ou pendentes, sujeitos, em conseqüência, à lei nova. Se os requisitos que propiciam a aquisição do direito à prorrogação da isenção ocorreram na vigência da lei antiga, sendo integralmente aptos a gerar efeitos, impõe-se a aplicação daquele texto legal, *ex vi* do direito adquirido. Se havia uma situação idônea, apta a gerar prorrogação da isenção originária, sob a égide da norma anterior, já não podia ser atingida em seus efeitos pela norma posterior, ainda que o requerimento da parte interessada, formulado na vigência daquela, não havia sido apreciado antes de 24.12.85, termo inicial de vigência da lei nova (Lei nº 7.450/85), ou que somente tenha sido efetuado após a vigência desta.

Assim sendo, não se configura mera expectativa de direito.

Consoante já tive oportunidade de sustentar, com apoio no magistério de ROUBIER – “a lei nova não alcança fato que se produziu no momento da lei anterior. Ora, o interstício se consumou exatamente na vigência da lei anterior”. (RE 67.134-RS, RTJ, 55/38). Cuidava-se de interstício para promoção de membro de Ministério Público.

Não se deve olvidar que o princípio do direito adquirido coloca-se em nossa ordem jurídica como um dos esteios do sistema constitucional. Ai da sociedade brasileira, se assim não fosse!

Na verdade, desde que as empresas titulares da isenção hajam satisfeito os requisitos e pressupostos previstos na lei antiga para o fim da prorrogação do prazo, por cinco anos, não se justifica o raciocínio que nega a aplicação da lei anterior, ainda que o requerimento da prorrogação tenha sido feito na vigência da lei nova. Incide, incontestavelmente, a lei do momento em que ocorreu o preenchimento dos requisitos nela estipulados, dentro do ciclo temporal prefixado.

A toda evidência, tem-se, quanto à ampliação do prazo, um direito adquirido e não mera expectativa de direito.

Não fosse assim, contribuinte algum, no plano industrial ou agrícola, envidaria esforços, fazendo investimento na área da SUDENE, com riscos patrimoniais, em busca do incentivo oferecido pelo poder público. Onde estaria, enfim, a confiança na lei fiscal e o direito do contribuinte à segurança jurídica, de que falam os doutrinadores?

Vale repetir que o ato administrativo de prorrogação do incentivo é vinculado, conforme ficou explicitado anteriormente. Aí, o ato administrativo tem a sua ação limitada aos pressupostos inseridos nos dispositivos legis, disciplinadores da isenção (ver art. 3º do Decreto-Lei nº 1.564/77), sob pena de ineficácia do ato.

A par disso, convém registrar que o laudo expedido pela SUDENE, para efeito de reconhecimento do direito à ampliação do prazo da isenção, tem caráter declaratório e não constitutivo. É que, não padece de dúvida, tem por objetivo verificar a ocorrência ou não dos pressupostos ditados pelo legislador, para a obtenção do respectivo incentivo. Portanto, ato simplesmente declaratório. Em consequência, não é constitutivo do direito à prorrogação do incentivo.

Para dissipar possível dúvida, é de bom alvitre esclarecer em que consiste a locução “laudo constitutivo do benefício” (parágrafo único do art. 3º, do Decreto-Lei nº 1.564/77). Como observou o parecer da Procuradoria da SUDENE: “A expressão “laudo constitutivo” é nitidamente imprópria, pois não pode haver dúvida de que a aferição do atendimento de requisito legal implica ato de mero reconhecimento, não de constituição do direito”.

No que tange à ampliação do prazo da isenção, é de ver que o período correspondente à prorrogação não pode ser fixado de modo discricionário, ensejando tratamento diferente em relação a empresas que preencham os requisitos legais e se encontrem em idênticas condições. Assim, as empresas que preencham os requisitos do art. 3º prefalado Decreto-Lei nº 1.564/77, na sua modalidade alternativa, fazem jus a idêntico prazo. Em resultado, não se pode estabelecer cinco anos para uma e um ano para outra. Em igualdade de situação, o tratamento tributário há de ser o mesmo, por força do princípio universal da isonomia.

A propósito da matéria, a Procuradoria Jurídica da SUDENE esclarece que o mesmo órgão na aplicação da regra específica tem assegurado a ampliação do gozo da isenção por cinco anos. Aliás, a ele cabe estabelecer o termo inicial e final do quinquênio.

Segue-se a indagação: “Dependendo a ampliação do prazo de isenção do atendimento de exigências legais pela própria empresa, tem esta, quanto à ampliação do prazo, mera expectativa de direito ou direito adquirido?” Creio, ante o estado de fato objeto da controvérsia e as normas jurídicas que regem a matéria, ser irrefutável a resposta da configuração de um direito adquirido. Esta conclusão emana das considerações e fundamentos antes desenvolvidos em torno da natureza da isenção, como estímulo concedido a prazo certo e em função de condições onerosas, mantido o seu caráter pela norma concedente da sua prorrogação por mais cinco anos. De resto, a Constituição assegura a intangibilidade dos direitos adquiridos (art. 5º, XXXVI).

Por último, perguntam as consulentes: “Em face do disposto na legislação (Lei nº 5.508, de 11 de outubro de 1968, art. 37; Decreto nº 76.085, de 06 de agosto de 1975, art. 13, inciso III; Decreto-Lei nº 1.564, de 29.07.77, art. 3º, parágrafo único), está a SUDENE, ao tratar de isenção fiscal, obrigada a obedecer às diretrizes estabelecidas pela Receita Federal, através dos pareceres normativos da Coordenação do Sistema de Tributação?”

Tenho para mim que tal questão não oferece maior relevo para o deslinde da consulta, na sua essência. Digo isto porque pelas considerações desenvolvidas neste pronunciamento ficou evidenciado que se constituiu, nos limites da legislação adequada, em favor das empresas, um direito adquirido à prorrogação do prazo da isenção sobre o Imposto de Renda, concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, na vigência da lei anterior.

Torna-se inconsistente o denominado parecer normativo, que não pode se contrapor a um princípio jurídico de dignidade constitucional. Tollitur quaestio.

d) Diante dos fatos trazidos a exame e da legislação pertinente, respondo às questões suscitadas nos seguintes termos:

1ª. Sim. A isenção, no caso, é concedida por prazo certo e em função de determinadas condições onerosas.

2ª. Não. A redução do prazo do incentivo não alcança as empresas já instaladas, e em funcionamento, na área da SUDENE no termo inicial de vigência da Lei nº 7.450/85, para o efeito de subtrair-lhes o acesso à prorrogação da isenção por 5 (cinco) anos.

3ª. O ato administrativo que atesta o implemento das condições necessárias à ampliação da isenção em causa tem conteúdo vinculado.

4ª. O laudo expedido pela SUDENE, para efeito de reconhecimento do direito à ampliação do prazo da isenção, é declaratório.

5ª. A disposição legal permissiva da ampliação do prazo da isenção não torna indeterminado o período do incentivo, de modo a ensejar uma fixação discricionária em cada caso.

6ª. Atendidas as exigências legais, a empresa tem direito adquirido quanto à ampliação do prazo da isenção.

7ª. Parece-me que a questão não oferece maior relevância, à vista de que a prorrogação do prazo da isenção deflui, sem dúvida, do princípio constitucional do direito adquirido, que à mesma se sobrepõe.

É o meu parecer, s.m.j.

Recife, 05 de março de 1991.

Djaci Falcão

Ministro Aposentado do
Supremo Tribunal Federal

SENTENÇA CÍVEL. ECAD. ARRECAÇÃO DE IMPORTÂNCIAS RELATIVAS A DIREITOS AUTORAIS. INTERESSE PROCESSUAL

Fábio Eugênio D. Oliveira Lima.

Juiz de Direito Substituto da Comarca do Recife. Professor da Escola Superior da Magistratura – ESMAPE e da Faculdade de Direito de Olinda.

PROCESSO Nº 00195093313-0.
TOMBO 1431.

VISTOS, ETC.

EMENTA. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO. INTERESSE PROCESSUAL.

– O ECAD tem legitimidade, em virtude de autorização legal, para agir em nome próprio visando à consecução de interesses dos titulares de direitos autorais violados, desde que filiados a uma das associações que o integrem.

– No instituto da substituição processual não se exige a autorização dos filiados para que as associações possam em juízo defender seus interesses, porquanto a legitimação (extraordinária) advém da lei.

Sendo a legitimação anômala do ECAD restrita aos seus filiados, é essencial, para a caracterização do interesse processual, a demonstração da efetiva filiação dos titulares

dos direitos autorais violados às associações que o integram.

– Extinção do processo sem análise de mérito.

ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO – ECAD, inscrito no C.G.C. sob o nº 00.474.973/0015-68, com sede à Rua Guilherme Guinle, nº 207, Rio de Janeiro/RJ e sucursal à Av. Guararapes, nº 111, 4º andar, Edf. SULACAP, Recife-PE, por seu advogado legalmente constituído, ajuizou AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA contra CITIZ MAR HÓTEIS E TURISMO LTDA. (HOTEL SUNSHINE), inscrito no C.G. C (MF) sob o nº 11.228.459/0001-63, sito à Rua Manuel de Abreu, nº 21, Imbiribeira, Recife-PE, visando à condenação do réu no pagamento das contribuições devidas em decorrência da execução pública de obras artístico-musicais (inclusive retransmissão radiofônica) em seu estabelecimento comercial.

Argumenta, por primeiro, que é constituído e organizado (art 115, da Lei 5.988/73) pelas dez associações de titulares de direitos sobre composições musicais e lítero-musicais, sendo mandatário exclusivo desses criadores de obras intelectuais, cabendo-o por definição legal a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, inclusive a cobrança e distribuição, com exclusividade em todo o território nacional, dos direitos relativos à execução pública de composições musicais, lítero-musicais e de fonogramas de todos os titulares nacionais filiados às associações que o integram.

Aduz, em seguida, que a fim de viabilizar a consecução de sua atividade básica (arrecadação e distribuição dos direitos autorais dos filiados às associações que o constituem) aplica o Regulamento de Arrecadação, que contém os preços para a utilização de obras musicais, lítero musicais e de fonogramas.

Advoga, ainda, que constatou que o réu, embora reconhecesse a legitimidade do ECAD como credor dos valores referentes a direitos autorais, deixou de recolher suas contribuições devidas em decorrência da execução pública de obras artístico-musicais, sem justificativa e amparo legal.

Finalmente, sustenta que o débito do réu, que origina-se de infrigência ao que dispõe o artigo 73, parágrafo 1º e 2º, da Lei 5.988/73 (UTILIZAÇÃO DE MÚSICA POR APARELHO, sob a modalidade de sonorização ambiental), é relativo ao período de janeiro/93 a janeiro/95 e importa em R\$ 17.592,95 (dezesete mil, quinhentos e noventa e dois reais e noventa e cinco centavos).

Junta à inicial os documentos de fls. 05 usque 63.

Regularmente citado, o réu apresenta resposta, sob a forma de contestação, pugnando, em preliminar, pela ilegitimidade do autor para figurar no pólo ativo da relação processual, ao argumento, em síntese, de que as associações só podem defender os interesses dos filiados quando por estes expressamente autorizados (art 5º, inciso XXI, CF/88), o que incoorre na espécie dos autos, à medida que o autor sequer juntou a relação dos filiados que se propõe representar nesta ação. Defende, em abono a sua tese, que o artigo 104, da Lei 5.988/73, foi revogado pela Constituição de 1988, sendo certo, pois, que se exige, além da condição de filiado, a expressa autorização do titular do direito autoral. Diz, em arremate, que com a extinção do Conselho Nacional de Direito Autoral, órgão que coordenava as atividades do ECAD, deixou este de ter personalidade própria.

O réu, ainda em preliminar, pede a extinção do processo sem julgamento do mérito, sob o fundamento de impossibilidade jurídica do pedido, à consideração de que não contém em suas dependências qualquer aparelho

fonomecânico.

No que tange ao mérito, o réu assim se manifesta:

“Com efeito, se faz necessário apontar as disposições do art. 3º da Lei nº 5.988/73, voltadas para o balizamento, de FORMA RESTRITIVA, de toda e qualquer interpretação a respeito dos negócios jurídicos sobre direito autoral, a exemplo do que se discute na presente ação, de modo a se admitir, unicamente, aquilo que expressa e legalmente se acha posto.

Se impõe o registro, portanto, de ausência de qualquer definição legal (art 4º) para a expressão SINTONIZAR, ...

Por sua vez, o artigo 73 da Lei nº 5.988/73, define como fato gerador à cobrança de direito autoral, desde que inexistente a autorização do autor, a TRANSMISSÃO, através de rádio, serviço de alto-falante, televisão ou outro meio análogo, a Representação ou a EXECUÇÃO em espetáculos públicos e audições públicas, que visem lucro direto ou indireto, drama, tragédia, composição musical, com letra ou sem ela, ou obra de caráter assemelhado.

Desse modo, se forem cotejadas as definições acima transcritas (SINTONIA x TRANSMISSÃO) e o texto do artigo 73, concluir-se-á, também, pela não identidade de princípios, uma vez que aquela (SINTONIA) apenas capta, recebe, absorve ondas radioelétricas emanadas desta (TRANSMISSÃO).

Reportando-se aos fatos aduzidos pelo Autor como se geradores fossem de direito, de modo a justificar a presente ação de cobrança, a empresa, ora, demandada, afirma que na exploração de sua atividade econômica de restaurante e não de radiodifusão não mantém em seu estabelecimento comercial propriamente aparelho fonome-

cânico, mas, tão-somente, e conforme já aludido acima, aparelhos receptores de rádio e televisão – de forma reservada e na inteira privacidade das suítes – devendo ser destacado que nunca promoveu a execução pública de obras artístico-musicais, como afirma em seu urdido petítório (item 3). Mesmo em se admitindo, por absurdo, a existência do fato gerador, capaz de facultar o exercício do direito autoral, a Lei exige, também, que esse fato vise, ou proporcione, lucro, direto ou indireto, este ausente nas empresas do ramo de hotelaria, o que estaria infirmado, também, a aplicação da referida Lei com relação à requerida.

.....

Assim, para que verdadeiro fosse o entendimento do Autor – isto em se admitindo a existência do fato gerador ao exercício do direito autoral, o que não é o caso dos autos – deveria o Demandante trazer à colação robusta e convincente prova de que a Demandada auferiu lucro – direto ou indireto – em razão da sintonia de aparelho fonomecânico (rádio), para captação de ondas radioelétricas emanadas das emissoras de rádio local.

Finalmente, verifica-se que a pretensão tem por suporte material o documento de constatação de violação de direitos autorais que se vê às fls, emitido de forma unilateral e sem comprovação de sua autenticidade, seja por falta de prova de condição funcional de que o firma, seja pela forma como elaborado, seja pela precariedade do conteúdo, o que o torna de nenhuma valia como prova para a finalidade pretendida, seja finalmente pela inexistência de testemunhas.”

Traz à colação os documentos de fls 100/104.

Réplica às fls 106/150.

Resposta à réplica às fls 152/156.

Tentativa de conciliação frustrada (fls 159).

É o que importa relatar.

DECIDO.

Pugna o réu, em preliminar, pela ilegitimidade do autor para figurar no pólo ativo da relação processual, ao argumento, em síntese, de que as associações só podem defender os interesses dos filiados quando por estes expressamente autorizados (art 5º, inciso XXI, CF/88), o que inoocorre na espécie dos autos, à medida que o autor sequer juntou a relação dos filiados que se propõe representar nesta ação.

O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, a lume do que prescrevem os artigos 104 e 115 da Lei 5.988/73, tem legitimidade para atuar em nome próprio a fim de cobrar as importâncias relativas a direitos autorais.

Reza o artigo 104 da Lei 5.988/73:

Art. 104. Com o ato de filiação, as associações se tornam mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais.

§ único – Sem prejuízo desse mandato, os titulares de direitos autorais poderão praticar pessoalmente os atos referidos neste artigo.

Por seu turno, diz o artigo 115:

As associações organizarão, dentro do prazo e consoante as normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Direito Autoral, um Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dos direitos relativos à execução pública, inclusive através da radiodifusão e da exibição cinematográfica, das composições musicais ou lítero-musicais e de fonogramas.

O ECAD age, pois, em nome próprio para a consecução de interesses alheios, em virtude de autorização legal, pelo que tem-se como caracterizado o instituto da substituição processual.

No instituto da substituição, ao meu sentir, não se aplica a regra constitucional do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, o qual exige autorização dos filiados para que as associações possam defender seus interesses em juízo.

É que na substituição processual tal autorização decorre da própria lei que estabelece a legitimação anômala.

Dado ao narrado, afasto a tese da necessidade de cada filiado às entidades associativas que integram o ECAD, autorizar o ingresso em juízo para a defesa de seus interesses, porquanto aqui a legitimação advém da lei.

Impressiona-me, no entanto, o argumento de que Escritório Central de Arrecadação deveria provar que os titulares dos direitos autorais violados são seus filiados.

De fato, o ECAD não trouxe aos autos prova de que os titulares dos direitos autorais supostamente violados sejam filiados às associações que o integram, sob o argumento de que cabe ao réu provar que as obras musicais que está utilizando não pertencem ao seu repertório.

Como curial, cabe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito, incluído, assim, o fato constitutivo do seu interesse processual na demanda.

Neste particular, afigura-se-me oportuno anotar que o ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO – ECAD é pessoa jurídica de Direito Privado, submetida, pois, ao regime jurídico própria de tais pessoas, sem qualquer derrogação de direito público.

POIS BEM.

A falta de prova da efetiva filiação do titular dos direitos autorais conduz, insofismavelmente, a ausência de uma das condições da ação: o interesse de agir.

É que para a cobrança das contribuições decorrentes da execução pública de obras musicais, o legislador utiliza, consoante já salientado, a técnica da substituição processual.

Grosso modo, o interesse de agir do legitimado extraordinariamente decorre de uma certa relação (prevista em lei) que o substituto se encontra para com o substituído.

No caso sub examine, a legitimação anômala do ECAD, ex vi lege, é tão-só em relação a seus filiados (o ato de filiação é a situação prevista em lei para a legitimação anômala em apreciação), sendo certo que não tem legitimidade para substituir todos os titulares de direitos autorais.

Bem a propósito, diz o multicitado artigo 104 da Lei 5.988/73:

Art. 104. Com o ato de filiação, as associações se tornam mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais. (Grifei)

Enfim, em casos tais, é essencial a demonstração da relação existente entre o autor, substituto, e os substituídos, titulares dos direitos autorais apontados como violados, já que a legitimação extraordinária do ECAD é restrita aos filiados às associações que o integram.

Ora, se os titulares dos direitos autorais tidos como violados, que o ECAD nesses autos pretende proteger, não forem filiados às associações que o constituem, não há como justificar a cobrança, porquanto, na prática,

inocorreria a transferência dos recursos financeiros arrecadados.

Haveria, por assim dizer, rigorosa cobrança indevida, com flagrante patrocínio de enriquecimento sem causa.

Impende salientar que a jurisprudência, embora vacilante, caminha no sentido de exigir prova da efetiva filiação do titular dos direitos autorais arranhados, in verbis:

EMENTA:

DIREITO AUTORAL. ECAD. ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM”.

– O ECAD – ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO arrecada as importâncias correspondentes a direitos autorais de quem lhe seja diretamente filiado ou associado de entidade que o integre.

Entretanto, não está isento de provar que aqueles que teriam direitos violados seriam, efetivamente, seus associados, em face do princípio da liberdade de associar-se ou de permanecer associado (Art. 5º, XX, da CF.), porque de outra forma, sequer poderia transferir-lhes os recursos financeiros arrecadados.

Também, deve provar a expressa autorização para postular, em juízo ou fora dele, em defesa dos direitos de seus associados (Art. 5º, XXI e XXXVIII, let. b da CF.), uma vez que, após a promulgação da Constituição de 1988, a legitimidade ativa *ad causam* das associações de classe, para defender interesses de seus filiados, depende de autorização, que não precisa estar expressa em lei, mas necessariamente, nos estatutos. A autorização deixou de ser legal, nos termos do art. Sexto, do CPC, tornando-se

voluntária. Acolhida preliminar de ilegitimidade ativa ad causam. Declarada a carência de ação. (DF. Proces: 62.599. Apelação Cível nº 0028888. Data da Decisão: 14.12.92. Terceira Turma Cível. Desembargadora Fátima Nancy Andrighi)

ISTO POSTO, extingo o processo sem análise de mérito, à minguada de demonstração do interesse processual do autor para agir na espécie dos autos, com arrimo no artigo 267, VI, CPC.

Condeno, ainda, o autor no pagamento das custas e honorários advocatícios, que fixo em 20% sobre o valor que se deu à causa.

P.R.I.

Recife, 16 de abril de 1997.

Fábio Eugênio D. Oliveira Lima.

Juiz de Direito

MANDADO DE SEGURANÇA. DA PROVA POR PRESUNÇÃO E O DIREITO DE AMPLA DEFESA

Jackson Borges De Araújo

Juiz de Direito titular da 6ª Vara da Fazenda Pública Estadual do Recife - PE. Mestre em Filosofia (UFJF/MG). Professor de Introdução à Ciência do Direito do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 00196019665-0

EMENTA:

Mandado de segurança. Auto de infração arrimado em *prova por presunção* prevista no art. 5º da Lei nº 10.781/92. Decisão administrativa que viola o *direito de ampla defesa* em procedimento contraditório (art. 5º, LV, da CR/88). Pretensão de proteger e garantir o alegado *direito constitucional* e não de deslindar “questão de fato”. Legitimidade do interesse que autoriza o uso da via mandamental. Inobservância do disposto nos arts. 368, parágrafo único, e 372 do CPC e no § 6º do art. 4º da Lei nº 10.654/91: afronta ao princípio da estrita vinculação legal dos atos administrativos. Segurança concedida.

Vistos etc.

SOCIEDADE COMERCIAL LTDA., qualificada na inicial, impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor da Diretoria de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco, que permitiu fosse contra si lavrado o auto de infração de fl. 22, pelo fato de não terem sido registradas nos livros fiscais as notas fiscais de aquisição emitidas por T. D. LTDA. (fls. 24/32), no ano de 1995, nem registradas as saídas subseqüentes, conseqüentemente, por não ter sido recolhido ao Estado de Pernambuco o ICMS devido, por força do disposto no art. 5º da Lei nº 10.781, de 30.6.92, que dispõe sobre “saídas presumidas”, alegando que não adquiriu mercadorias à T. D. LTDA., nem recebeu as notas fiscais cujas cópias constam às fls. 24/32, o que só lhe é atribuído por presunção prevista no art., 5º da malsinada lei ordinária, nesse ponto, inconstitucional, por dispor sobre matéria que só pode ser definida em lei complementar. Alega, ainda, a impetrante que o TATE julgou procedente o referido Auto de Infração, com base no art. 5º da Lei nº 10.781/92 e art. 10, § 4º, da Lei nº 10.654/91, atribuindo às mencionadas notas fiscais presunção absoluta de validade e imputando-lhe o crédito tributário relativo à mercadoria que não adquiriu, nem recebeu em seu estabelecimento. Requereu suspensão liminar da cobrança do ICMS referente às supostas operações. Instruiu a inicial com os documentos de fls. 16/32.

Em despacho de fls. 34/35, foi concedida a medida liminar requerida na inicial.

Em, suas informações, prestadas às fls. 38 /44, a autoridade coatora alega que a questão referente ao auto de infração “que atribuiu ao Impetrante a omissão de entrada de mercadorias no seu estabelecimento, relativas as notas fiscais emitidas pela T. D. LTDA.”, estaria a exigir por parte da impetrante a prova de que não adquiriu aquelas mercadorias, o que só poderia ser feito em

instrução probatória não admissível no âmbito do “*mandamus*”, o que enseja o indeferimento liminar do “*writ*” nos termos do art. 8º da Lei nº 1.533/51, sem a oitiva do Ministério Público. No mérito, o impetrado sustenta que a decisão do TATE (fls. 42/44) está arrimada nas leis nº 10.781/92 e nº 10.654/91 (Decisão JT nº 1.811/95 (03)), não merecendo por isso qualquer censura. Juntou documentos de fls. 45/47v.

A representante do Ministério Público, em parecer de fl. 49, entende ser o “*mandamus*” via inadequada para a discussão da questão posta em juízo, por envolver produção de prova da existência ou não da aquisição de combustível pela impetrante, o que afasta a liquidez e certeza do direito alegado e autoriza a extinção do feito sem julgamento do mérito. Sem documentos. Em seguida, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

Bem vistos e examinados estes autos, passo a decidir pelos seguintes fundamentos.

A Procuradoria da Fazenda Estadual ao prestar informações subscritas pela autoridade coatora (fl. 37) afirma que, em face das notas fiscais referidas na inicial (fls. 24/32) conterem como destinatária das mercadorias nelas discriminadas (óleo diesel) a impetrante, caberia a esta provar que de fato não adquiriu nem recebeu no seu estabelecimento comercial aquelas mercadorias. Por tratar-se de “matéria controvertida”, tal prova não pode ser produzida, segundo o “impetrado”, em sede de mandado de segurança, que exige prova pré-constituída, “já que direito líquido e certo é aquele comprovado de plano, sem que haja necessidade de instrução probatória”.

A impetrante declara na inicial:

- a) que, em tempo algum ou em nenhum momento recebeu as notas fiscais referidas no auto de infração (fl. 22), as quais nunca estiveram nem poderiam ser encontradas no seu estabelecimento comercial;
- b) que nunca adquiriu as mercadorias discriminadas nas mencionadas notas fiscais;
- c) que, por essas razões, era *impossível* efetuar o lançamento (registro das referidas notas nos livros fiscais);
- d) que, não obstante ter apresentado defesa administrativa junto ao TATE, com pedido de perícia, nenhuma diligência ou verificação foi efetuada nos estabelecimentos do emitente das notas fiscais e da autuada, terminando por ser “condenada, em nível administrativo, sem que suas razões pudessem ser consideradas, ferindo o seu direito constitucional de defesa”; e) que o fato gerador presumido a que se refere o art. 5º, “*caput*”, da Lei nº 10.781, de 30/6/92, ou seja, a “saída de mercadorias desacompanhadas de nota fiscal”, constitui evidentemente presunção relativa (“*juris tantum*”), posto que a nota fiscal, por ser documento de natureza particular e, portanto, não goza da presunção de veracidade e de autenticidade, de que gozam os documentos públicos, é documento fiscal “que goza de presunção relativa, não se impondo de forma absoluta em relação a qualquer dos contribuintes envolvidos na operação ou prestação” nela mencionada.

Aduz a impetrante que, sendo a nota fiscal um documento particular “produzido sob a responsabilidade exclusiva do emitente”, não pode o destinatário, nela

consignado, ser responsabilizado por qualquer irregularidade nela verificada ou constatada, a menos que seja comprovada a participação do destinatário. Nesse caso, segundo a impetrante, o Estado-Fisco, “sem exame do mérito”, fundado exclusivamente na presunção legal do supracitado art. 5º, acatou a denúncia fiscal sem proceder a qualquer investigação sobre o transportador, veículo, canhoto das notas fiscais, nome do recebedor (adquirente) das mercadorias constantes dos canhotos e, proferiu *decisão impondo à impetrante o ônus da prova negativa*.

Não resta dúvida de que o art. 5º da Lei nº 10.781/92 do Estado de Pernambuco, instituiu (criou), para a hipótese de falta de escrituração de nota fiscal de aquisição de mercadoria, nos livros fiscais próprios, *fato gerador presumido*, i. é., *a saída presumida de mercadorias desacompanhadas de nota fiscal (SIC)*. Em outros termos, constatada a falta do lançamento de nota fiscal no livro próprio, presume-se “que tenha ocorrido saída de mercadorias desacompanhadas de nota fiscal”. Evidente que se trata de presunção “*juris tantum*”, elidível por prova em contrário.

Ocorre que, para que se dê a mencionada *presunção* (saída de mercadorias desacompanhadas de nota fiscal) faz-se necessário a existência de *dois pressupostos* exigidos pelo próprio art. 5º acima referenciado:

- a) que tenha havido de fato *aquisição* de mercadoria, vale dizer, a *ocorrência fática* de operação relativa à circulação de mercadorias;
- b) que as notas fiscais relativas a essa “aquisição, de fato ocorrida, não tenham sido registradas (escrituradas) nos livros fiscais dentro do prazo legal.

Exige-se, pois, que, *primeiro*, tenha ocorrido a *entrada* de mercadoria no estabelecimento do adquirente

e, segundo, que tal mercadoria esteja acompanhada da respectiva nota fiscal, a qual deverá ficar na posse do adquirente ou, melhor, depositada no seu estabelecimento mercantil sob sua responsabilidade. Esses, os pressupostos que constituem o *suporte fático* da aludida presunção “criada” pelo art. 5º da Lei nº 10.781/92. Trata-se de pressupostos lógicos, pois, para que se possa falar em “saída” de mercadoria, ainda que *presumida*, é imprescindível (necessário) que tenha ocorrido de fato “entrada” dessa mercadoria no estabelecimento do contribuinte, porque não pode haver “saída de mercadoria que não tenha antes *entrado* efetivamente no estabelecimento do adquirente. Vale dizer, só se pode *presumir* “saída de mercadoria” se esta (mercadoria) tiver de fato “entrado” no estabelecimento (operação relativa à circulação mercantil). Nesse caso, há que *preexistir um fato* (entrada de mercadoria) a fim de que se possa *presumir o outro* (saída da mercadoria que entrou).

Restou provado nos autos que o órgão julgador tributário, ao receber e apreciar a *defesa* da impetrante, não se houve com suficiente diligência, posto que inobservou o disposto nos §§ 1º “*usque*” 6º do art. 4º da Lei nº 10.654/91; por outra, a alegação do TATE para o indeferimento do pedido de perícia, conforme se vê à fl. 43, é que a perícia é “*desnecessária*” porque “*a questão é puramente de direito*” (SIC). Levando em consideração o que até aqui expus, não se pode levar em conta de *fundamento “stricto sensu”* tal “*ratio*” apresentada pelo julgador tributário, *a uma*, porque não se trata de questão exclusivamente de direito, conforme restou provado acima, vez que a presunção de “saída de mercadoria” pressupõe a existência de fato anterior (aquisição e entrada da mercadoria no estabelecimento - suporte fático), *a duas*, porque, não sendo mera “*quaestio juris*”, estava ele vinculado à norma legal do art. 4º e §§ 1º a 6º, da referida

lei que regula o processo administrativo tributário, não podendo deixar, neste caso, à míngua de razões plausíveis, de determinar as diligências e perícia requeridas pela impetrante, uma vez que eram de todo *necessárias* ao esclarecimento de fatos, como bem demonstra a impetrante às fls. 07, 10, 12 e 13 destes autos. Estou convencido, ante o inteiro teor da decisão JT nº 1.811/95 (03), cuja cópia consta à fl. 45, de que inexistente ali qualquer fundamento para o indeferimento ou rejeição do pedido de perícia feito pela impetrante. Trata-se de indeferimento juridicamente desfundamentado.

Ora, se a impetrante, nesse caso, tinha direito à *ampla defesa* no processo administrativo, mas lhe foi cerceado o exercício desse direito com o indeferimento do pedido de perícia, necessária ao esclarecimento dos fatos a que se refere repetidas vezes na inicial, ou seja, não lhe foi permitido apresentar *as provas* dos fatos alegados na defesa administrativa, suficientes para o desfazimento da presunção de veracidade, autenticidade e legalidade, não só do auto de infração, mas dos “*fatos*” objeto daquele, que outra via lhe restava senão a do “*mandamus*”, uma vez que presentes os pressupostos da liquidez e certeza do direito alegado, bem como aqueles da relevância do fundamento do pedido e da irreversibilidade do dano?

O fato jurídico que, em última análise, deu origem ou ensejou a lavratura do Auto de Infração nº 005.02396/95-4 (fls. 22) foi a existência das notas fiscais emitidas por T. D. Ltda. (fls. 24/32), pois foi através do cotejo dessas notas fiscais com o *Livro Registro de Entrada* da impetrante, que o agente fazendário (auditor tributário) “constatou” que a impetrante “omitiu entradas de mercadorias nos meses de 1995 e valores de base de cálculo especificado no Demonstrativo de Crédito Tributário” de fl. 23, conforme expressamente declarado

no auto de fl. 22. Portanto, os documentos fiscais em que se baseou o auditor tributário para efetuar a lavratura do auto de infração foram as mencionadas notas fiscais.

A nota fiscal é *documento particular* e as declarações nela contidas presumem-se verdadeiras em relação ao emitente.

Ora, o documento particular, quando contém declaração de ciência, relativa a determinado fato (como ocorre em a nota fiscal), prova a declaração, mas não o fato declarado, conforme dispõe o parágrafo único do art. 368 do Código de Processo Civil. O ônus de provar o fato, objeto da declaração, cabe a quem tiver interesse em demonstrar a veracidade ou autenticidade do documento particular.

Conforme restou provado, o auditor autuante estribou-se única e exclusivamente nas mencionadas notas fiscais, mais precisamente, nas declarações nelas contidas, para proceder o “confronto” com o Livro Registro de Entrada que lhe permitiu concluir pela falta de lançamento dessas notas no referido livro (fl. 22). Como cabe àquele, “contra quem foi produzido documento particular, alegar” tempestivamente “se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto, presumindo-se, com o silêncio, que o tem por verdadeiro” (art. 372 do CPC), exsurge à evidência o interesse legítimo da impetrante em impugnar o malsinado auto de infração mediante “defesa tempestiva negando o recebimento das mercadorias constantes das notas fiscais, ao tempo em que pede a nulidade do Auto porquanto o mesmo se baseara na analogia para exigir tributo não previsto em lei, contrariando, assim, o disposto no art. 108, § 1º do CTN ou ainda que o Auto fora lavrado contrariando dispositivos, expressos em lei, ferindo desse modo o art. 22 *in fine* da lei 10.654/91”, em razão do que, não menos evidente, assiste-lhe a garantia constitucional da instrução

contraditória e *ampla defesa* no processo administrativo fiscal (fls. 45/46), com todos os meios de prova e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CR/88), o que lamentavelmente, foi negado à impetrante pelo órgão julgador tributário. Mais do que interesse legítimo, tinha (e continua tendo) a impetrante-autuada *direito* público subjetivo processual *a provar* por todos os meios, inclusive perícia, que não adquirira as mercadorias mencionadas nas notas fiscais objeto da autuação e, por conseguinte, que não recebera as notas fiscais a que se refere o auto (arts. 368, parágrafo único, e 372 do CPC). Resta sobejamente claro “*in casu*” que a impetrante foi, sem razão alguma, coarctada no exercício desse “sagrado” direito.

É inquestionável que, se por uma banda, a presunção “*juris tantum*” (“saída de mercadorias desacompanhadas de nota fiscal”) de que trata a disposição normativa do art. 5º da Lei nº 10.781, de 30.6.92, autoriza e legitima o agente público fazendário a *acusar* o contribuinte de *omissão* de cumprimento de obrigação tributária, principal ou acessória (art. 113, §§ 1º a 3º, do CTN), vale dizer, autoriza o Fisco a efetuar *a prova* do fato (objeto da acusação/denúncia constante do auto de infração) *por presunção “sic et simpliciter”*, por outra banda, a mesma norma do art. 5º supracitado *legitima* o contribuinte autuado a provar, por todos os meios de prova (art. 5º, LV, da CR/88; arts. 332 e 372 do CPC), que não praticou a infração que lhe é imputada, em outros termos, a *destruir a presunção legal* de modo a tornar insubsistente o auto de infração. É que, nos casos em que a prova se faz por *presunção legal* (como no caso destes autos), dá-se a inversão do ônus da prova ou seja, compete àquele, contra quem foi produzida prova por presunção, provar que não cometeu a infração; e a tal *ônus* corresponde um *direito* impostergável que tem o autuado de exercer em toda a

sua plenitude: o de derribar a presunção legal mediante a produção de prova idônea e necessária, tempestivamente requerida no “devido processo legal” (art. 5º, LIV, da CR/88). Por isso que, neste caso, o órgão decisório tributário não pode indeferir o pedido de realização de diligência e perícia feito pelo autuado, a menos que apresente fundadas e ponderáveis razões de fato e de direito que justifiquem a rejeição desse pedido.

O que declarou o julgador tributário na sua “fundamentação”, reprografada às fls. 45/46, como razão do indeferimento do pedido de perícia feito pela impetrante? Restringiu-se a afirmar laconicamente, “*verbis*”:

“A presunção da saída da mercadoria cujo documento relativo à aquisição não foi escriturado é imposição a lei 10.781/92. O pedido de perícia resta indeferido desnecessária que é a mesma posto que a questão é puramente de direito”.

Não se faz necessário alongar considerações para demonstrar que de todo desfundamentada é a decisão que indeferiu o pedido de perícia. Inobservou-se, dessarte, o disposto no § 6º do art. 4º da Lei nº 10.654, de 27.11.91. Neste passo, não resta igualmente difícil constatar que a impetrante teve o seu direito de ampla defesa, injusta e ilegalmente violado por parte da autoridade fazendária, em processo administrativo, o que por si só legitima a impetrante a socorrer-se do remédio heróico.

A impetrante alega ainda, na exordial, às fls. 08/12, que o art. 5º da Lei nº 10.781/92 “institui fato gerador presumido, sem o respaldo, imprescindível, de lei complementar, inobservando, portanto, o regime de dupla reserva legal” e que a Emenda Constitucional nº 03/93 prevê a instituição de fato gerador presumido tão-

somente para o caso de *antecipação tributária*, “o que não é o caso da lei estadual nº 10.781/92”; aduz a impetrante, à fl. 12, ser inadmissível a ampliação dessa hipótese (fato gerador presumido) “para situações não previstas na referida Emenda”. Finda a impetrante por concluir que:

- a) a presunção de ocorrência de fato gerador a que se refere o art. 5º da Lei Estadual nº 10.781/92 é *ilegal*, por lhe faltar o “respaldo de lei complementar” (fundamento de validade);
- b) tal presunção é *inconstitucional*, por inobservar o duplo grau de legalidade”.

Não há dúvida de que a presunção de saída de mercadoria a que se refere o reiteradamente mencionado art. 5º, configura hipótese de *fato gerador presumido*, como sustenta a impetrante.

Dá-se que o § 7º “acrescentado” pela Emenda Constitucional nº 03 de 1993, ao art. 150 da Constituição da República, prevê a instituição de fato gerador presumido (“*ad futurum*”) apenas para a hipótese de antecipação tributária sob a modalidade de substituição tributária (em que o contribuinte substituto responde pela obrigação principal - pagamento do imposto - que seria do contribuinte substituído, posto que decorrente da realização fática das hipóteses de incidência previstas no art. 1º do Decreto-Lei nº 406/68, ou seja, exigível apenas após a ocorrência do “fato gerador”) e, ademais, só mediante lei complementar poderá ser regulamentada tal hipótese de “fato gerador” presumido (art. 146, III, “a”, c/c art. 155, § 2º, XII, “b” e “c”, da CR/88).

Como até hoje não foi promulgada Lei Complementar regulamentando a antecipação tributária sob a modalidade de substituição tributária (espécime de

responsabilidade tributária) nos limites do disposto no art. 128 do CTN ou, para aqueles que entendem ser constitucional a norma do § 7º “acrescentado” (termo erroneamente usado, posto que, “emenda” não se acrescenta à Constituição, mas se lhe anexa “com o respectivo número de ordem”, dada a sua natureza jurídica de norma infraconstitucional, conforme exposto no meu ensaio sobre “O Controle Judicial da (In)Constitucionalidade da Emenda à Constituição”, publicado pela Editora Inojosa, edição 1995) pela Emenda Constitucional nº 03/93, ao art. 150 da Constituição da República, nos termos e limites do disposto no referido § 7º, não vejo como possam os Estados-Membros da Federação instituí-la e regulamentá-la através de Convênio, lei ordinária ou decreto, tampouco, mediante *presunção* legal aplicada ou estendida a casos que não configuram hipóteses de antecipação tributária sob a forma de substituição tributária, como ocorre com o art. 5º da Lei Estadual nº 10.781/92.

Por essas razões, acolho as preliminares de ilegalidade e inconstitucionalidade da disposição normativa do art. 5º da Lei nº 10.781/92 que prevê a *saída presumida* de mercadoria para a hipótese de omissão de escrituração de nota fiscal de aquisição no livro Registro de Entrada (art. 253, 260/262, do Decreto nº 14.876, de 12.3.91), à míngua de Lei Complementar disciplinadora da matéria.

Os ilustres Procuradores do Estado que subscreveram as informações de fls. 38/44, alegam que a impetrante está a se servir deste “*writ*” para provar *fato* (o não recebimento das mercadorias discriminadas nas notas fiscais de fls. 24/32), o que é inadmissível em mandado de segurança, ao tempo em que argumentam: “Das notas fiscais anexadas à inicial constam, visivelmente, como destinatária a própria impetrante. É por

demais pretensioso querer transportar para o mandado de segurança procedimentos da ação ordinária, cabível à espécie”.

Análise mais detalhada das alegações da impetrante e da “*causa petendi*” desta ação, revela que, provar “que não recebeu as mercadorias” (fl. 39) não é a pretensão da impetrante nesta ação; não veio a juízo para produzir prova capaz de elidir a presunção legal que lhe é imputada pelo auditor tributário autuante, embora esteja ciente de que é ônus seu fazê-lo. O que busca a impetrante nesta ação é simplesmente proteger e garantir o seu direito de produzir prova contrária à presunção legal que lhe está sendo imputada pelo Fisco, em face do injusto e ilegal cerceamento do seu direito de ampla defesa no aludido processo administrativo por parte da autoridade tributária que indeferiu o pedido de perícia. Pretende a impetrante restaurar esse direito violado pela autoridade fiscal, o que configura a hipótese do art. 1º da Lei nº 1.533/51. Não se serve a impetrante deste “*mandamus*” como sucedâneo de ação ordinária para provar fato que destorce a presunção legal.

O que pede a impetrante neste mandado é uma *ordem* judicial de suspensão da exigibilidade do crédito tributário originado do Auto de Infração de fl. 22, como forma de manter íntegra a sua situação jurídica anterior à malsinada decisão JT nº 1.811/95 (03) de fls. 45/46, que violou o seu direito líquido e certo de ampla defesa, cuja proteção e garantia busca neste “*mandamus*”. Em suma, pede que o Juiz *ordene* à autoridade coatora que se abstenha de exigir da impetrante o ICMS relativo às saídas presumidas de mercadorias a que se refere o Auto de Infração de fl. 22.

Estou plenamente convencido, ante as provas dos autos, de que o direito garantido pelo inciso LV do art. 5º da Constituição da República, nesse caso, foi violado por

decisão desfundamentada e, portanto ilegal, da autoridade fiscal, o que é suficiente para configurar e delimitar a causa de pedir, que consiste no “fato ou o conjunto de fatos suscetível de produzir, por si, o efeito jurídico pretendido pelo autor”. É claro que a prova (a cargo da impetrante) de que não adquiriu as mercadorias discriminadas nas pré-faladas notas fiscais, não se dará nesta ação, posto que incabível, mas cedo ou tarde, terá que fazê-lo a impetrante em juízo ou fora dele. Mas, até que venha a ser elidida a presunção das “saídas de mercadorias desacompanhadas de nota fiscal”, em regular processo administrativo ou judicial, mediante a produção de prova em contraditório a que tem direito, nada impede à impetrante que se socorra do “*mandamus*” para proteger exatamente esse direito de garantir o seu efetivo exercício, evitando, assim danos de toda ordem que lhe poderão ocorrer de modo irreversível.

Isto posto e considerando o que mais dos autos consta, julgo procedente a presente ação mandamental e, em conseqüência, **ORDENO** ao Diretor da Diretoria de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco ou a quem suas vezes fizer, que se abstenha de exigir da Impetrante - SOCIEDADE COMERCIAL LTDA. - por qualquer meio ou modo, o pagamento do ICMS relativo às saídas presumidas das mercadorias discriminadas nas notas fiscais, cujas cópias constam de fls. 24/32, as quais permitiram o confronto de que trata o Auto de Infração de fl. 22, ficando dessarte resguardado o direito de ampla defesa em procedimento contraditório garantido pela Constituição da República (art. 5º, LV) que, “*in casu*”, foi negado à impetrante.

Condeno o impetrado ao pagamento das custas processuais.

Transcorrido o prazo recursal, certificado nos autos, subam estes com ou sem recurso voluntário, ao egrégio

Tribunal de Justiça deste Estado, para o reexame necessário.

Cumpra o escrivão, com as cautelas devidas, o que dispõe o regimento da escritania.

P. R. I. C.

Jackson Borges de Araújo

Juiz de Direito titular da 6ª Vara da Fazenda Pública Estadual do Recife

Agravo de instrumento nº 20624-6 - Pesqueira

Agravante: E. M. M. C.

Agravada: H. M. A. L. M. C.

Relator: Des. Napoleão Tavares

QUARTA CÂMARA CÍVEL

Processual Civil. Agravo de instrumento. Separação judicial. Dever de fidelidade. Interceptação e gravação de conversas telefônicas. Clandestinidade. Expressões injuriosas. Separação de corpos. Decisão reformada.

1) Tratando a causa de ação e reconvenção em que os interessados pretendem separação judicial, inclusive por alegado adultério, a interceptação e gravação de afirmada comprometedoras conversa telefônica, no recinto do lar conjugal, entre um dos cônjuges e certa pessoa, não se constitui prova de natureza clandestina a fundamentar decisão que manda desentranhar dos autos as fitas magnéticas.

2) Não são injuriosas expressões reveladoras de outros fatos em torno do adultério, que dizem

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO E GRAVAÇÃO DE CONVERSAS TELEFÔNICAS

Agravo de instrumento nº 20624-6 – Pesqueira

Agravante: E. M. M. C.

Agravada: H. M. A. L. M. C.

Relator: Des. Napoleão Tavares

QUARTA CÂMARA CÍVEL

Processual Civil. Agravo de Instrumento. Separação judicial. Dever de fidelidade. Interceptação e gravação de conversas telefônicas. Clandestinidade. Expressões injuriosas. Separação de corpos. Decisão reformada.

- 1) Tratando a causa de ação e reconvenção em que os interessados pretendem separação judicial, inclusive por alegado adultério, a interceptação e gravação de afirmada comprometedor conversa telefônica, no recinto do lar conjugal, entre um dos cônjuges e certa pessoa, não se constitui prova de natureza clandestina a fundamentar decisão que manda desentranhar dos autos as fitas magnéticas.
- 2) Não são injuriosas expressões reveladoras de outros fatos em torno do adultério, que dizem

com os ânimos das partes ante acontecimentos graves em que se vêm envolvidos, até mesmo porque a decisão de mandar riscar tais expressões não foi fundamentada.

3) Mantém-se a decisão no sentido da separação de corpos, mas com a retirada da mulher do lar conjugal, tendo em vista a prova até agora apurada, ou seja, a juntada aos autos de fotografia sua, onde se lê, no verso, insinuante afirmativa de terceiro, com firma reconhecida, dado como o seu interlocutor nas conversas ao telefone.

4) Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima nominadas:

DECIDE a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, conforme anotado nas inclusas notas taquigráficas, que passam a integrar este julgado.

Custas, pela agravada.

Recife, 23 de agosto de 1995.

Des. Itamar Pereira
Presidente

Des. Napoleão Tavares
Relator

RELATÓRIO

Processa-se, na Comarca de Pesqueira, o pedido de separação judicial dos contendores, por iniciativa da ora agravada.

Ao propor a ação, a autora pleiteou a separação de corpos, mas a ilustre Magistrada indeferiu este pleito, afirmando que as alegações de:

“necessidade de obtenção de segurança, em virtude de ameaças sofridas” não restaram demonstradas de forma convincente quando da peça inicial. Não diz a que tipo de constrangimento vem sendo vitimada, referindo-se vagamente a “ameaças”.

E prossegue S. Exa.: (fls. 25 v)

“Não vislumbro em tais argumentos a existência do *“fumus boni iuris”* e do *“periculum in mora”*. Entendo, ainda, que a concessão da medida neste momento acarretará um mal maior aos menores: que tal medida se nos afigura contrária ao fundamento básico da cautelar em questão, que é o de preservar a integridade física e moral dos cônjuges e filhos menores, os quais, presentemente, necessitam de uma estabilidade relativa.

Deve-se ressaltar que se no curso da ação surgirem elementos convincentes, provas que ensejam a decretação medida, a mesma será, de pronto, deferida, em virtude de sua própria natureza cautelar (até mesmo a decretação de ofício).

Isto posto, indefiro a requerimento liminar de separação de corpos.”

Oferecida a resposta e bem assim a reconvenção, após a réplica da autora, isto é, ainda na fase dos articulados, a

Magistrada mandou desentranhar dos autos fitas magnéticas referentes a gravações de conversas telefônicas tidas como da autora e um terceiro; decretou a separação de corpos e mandou riscar o conteúdo de várias linhas da contestação, tido como injurioso, afirmando: (fls. 18v)

“Passa, este juízo, a decidir quanto ao pedido de SEPARAÇÃO DE CORPOS formulado, mais uma vez. Inicialmente considere ser esta uma medida drástica, que só seria admitida em situações excepcionálísimas. Todavia, os ânimos entre as partes acirraram e hoje o clima é de total hostilidade. O convívio dos cônjuges sob o mesmo teto se nos afigura, no momento, insustentável, com acusações recíprocas, em especial com a conduta do cônjuge varão, que invadiu a privacidade da autora, gravando, ou melhor, interceptando suas conversas, passando a ofendê-la na presença dos filhos menores.

Entendo que, presentemente, evidentes estão os requisitos do “*periculum in mora*” e do “*fumus boni iuris*”, quanto à segurança da autora e no resguardo do equilíbrio psicológico dos menores.

Não é conveniente que permaneçam juntos aqueles que não mais se respeitam com atitudes tais como: agressões verbais à suplicante na presença de menores e subalternos; separação de objetos de uso comum, serviços que obedecem a cada um, em separado.

Considerando o fato de a requerente, com filhos menores (cuja guarda definitiva dar-se-á em final de sentença) presumivelmente tem maiores dificuldades de acomodação do que o requerido, deverá ela permanecer na residência do casal.

Ante o exposto, com fundamento nos arts. 223 do Código Civil e 889, p.u., do CPC, defiro o

requerimento, determinando a SEPARAÇÃO DE CORPOS, com o afastamento do marido do lar conjugal, durante o processo de separação. Expeça-se mandado. Int. Vista ao Ministério Público”.

Dessa decisão agravou o réu, demorando-se na demonstração de que a separação de corpos só foi decretada depois que ele réu juntou provas ou sejam, comprometedoras fotografia da autora com insinuante dedicatória no verso, e fitas magnéticas. Sustenta que as expressões riscadas não são injuriosas.

Quer, portanto: 1) a volta das fitas aos autos; 2) a restauração das expressões riscadas e 3) que a separação de corpos seja mantida, mas com a saída da agravada do lar conjugal, por ter ela assumido conduta desonrosa (adultério).

Formado o instrumento, respondeu a agravada, pela confirmação do que foi decidido.

Conta, preparo e manutenção do conteúdo da matéria recorrida, ascendendo os autos a esta Corte.

Satisfeita diligência do Ministério Público, oficiou a Dra. Maria Nely Lima Ribeiro, opinando pelo parcial provimento do recurso,

“tão somente no que se refere à separação de corpos, porquanto tal medida foi determinada nos autos da ação principal, quando era necessária a Instauração de processo cautelar com tal intento”.

Após satisfeita nova diligência, voltaram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Sr. Presidente,

Sr. Procurador de Justiça:

1) Quanto às fitas magnéticas que conteriam gravações de conversa telefônica da agravante com terceiro, observo que a decisão recorrida assim considerou: (fls. 18 e v.)

“A gravação de conversa telefônica clandestina não é moralmente legítima. Logo não se pode admitir como prova.

A doutrina e a jurisprudência apenas admitem e aceitam a prova gravada, desde que não obtidas por meio torturoso ou ilícito ou então, que aquele contra quem foi produzida lhe admita a conformidade, o que não se deu na hipótese em tela.

Neste sentido vem se posicionando o STF:

A gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher é de utilização inadmissível como prova em processos judiciais por não ser meio legal nem moralmente legítimo” (RE 85439, RJ – Rel. Min. Xavier de Albuquerque – Ac. un. 2ª T., Alexandre de Paula “in” Código de Proc. Civil Anotado, vol. II, 3ª ed. P. 322, nº 2). “Deste modo determino sejam desentranhadas as quatro fitas magnéticas acostadas e remetidas ao Ministério Público para as medidas que entender cabíveis”.

Doutrinariamente, no entanto, a postura dos juriconsultos é outra.

Versando a matéria, o advogado Hermano Durval sustenta:

“...é de se afirmar a conclusão final da inadmissibilidade da condenação liminar e sumária da autenticidade de gravação em fita magnética, ficando sua eficácia probatória, nos casos suspeitos, dependendo das circunstâncias de cada um, o que sendo matéria de fato, escapa ao objeto deste trabalho” (v. Rev. Forense, vol. 251/385-392).

Jurisprudencialmente, veja-se que essa modalidade de prova vem sendo tratada com a prudência que as situações de fato recomendam.

Leio, por exemplo, o seguinte julgado, tratando de matéria análoga: (v. Rev. Forense, vol. 286/ 270-275)”:

“ADULTÉRIO – PROVA – INTERCEPTAÇÃO E GRAVAÇÃO DE CONVERSAS TELEFÔNICAS.

Prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério: não é ilegal, quer à luz do C. Pen., quer do Código Brasileiro de Telecomunicações, e pode ser moralmente legítima, se as circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização.”

No seu voto, diz o respectivo e eminente Relator Des. Barbosa Moreira, que assim fundamenta seu entendimento:

“1. Trata-se de saber se é admissível, em processo de separação judicial, a prova consistente na gravação, em fita magnética, de conversas telefônicas mantidas pela mulher, sob suspeita de adultério. Nega-o a Agravante com o fundamento

de que o marido, interceptando telefonemas da esposa, sem conhecimento desta, haveria agido de modo ilegal e imoral.

O problema da admissibilidade de provas ilegitimamente adquiridas vem sendo objeto, sobretudo, nos últimos anos, de atenta investigação em muitos países e já tem até constituído tema de congressos jurídicos internacionais. É certo que as preocupações em torno do assunto se concentram principalmente no processo penal, campo em que de maneira muito compreensível, se faz mais agudo o período de interferências arbitrárias das autoridades públicas na vida privada, por meio de expedientes condenáveis, entre os quais precisamente avulta o do chamado “grampeamento” de aparelhos telefônicos. O caráter odioso de tais procedimentos responde pela reação de muitos espíritos, justamente alarmados com a ameaça que daí resulta para a liberdade pessoal. São menos dramáticos os termos da questão no âmbito do processo civil, em que a matéria não obstante, figura também, por assim dizer, na ordem do dia.

Parece ainda longínqua a pacificação das opiniões que se digladiam a propósito do tema. Vai predominando, contudo, a tendência a fugir das soluções radicais, extremas, consistentes em excluir de maneira absoluta a admissibilidade das provas ilegitimamente adquiridas ou em reconhecê-las sem quaisquer restrições (cf. por exemplo, ZEISS, Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, in “Zeitschrift für Zivilprozess”, vol. 89, 1976 p. 377 e segs. especialmente p. 386 e segs., 398, IV, n. 3). Prefere-se adotar critério mais matizado que, levando em conta as características do caso concreto, abra ao juiz a possibilidade de balancear os interesses em

jogo, de acordo com o chamado “princípio de proporcionalidade”. (Verhältnismäßigkeitsprinzip), para omitir a prova, abstraindo de sua eventual origem ilegítima, quando necessário a preservação de valores relevantes que, de outro modo, se veriam injustamente sacrificados (v. MONIZ DE ARAGÃO, Prova ilegalmente obtida, in Rev. da Assoc. dos Magistrados do Paraná, n. 31, jan. – março de 1983, p. 28).

2. No direito brasileiro, o problema tem de ser equacionado e resolvido à luz do art. 332, do C. Pr. Civ., que limita a admissibilidade dos meios de prova através de suas cláusulas, exigindo que eles sejam “legais” e “moralmente legítimos”, isto é, que a respectiva aquisição não contrarie preceito da lei nem da moral. Convém esclarecer, de passagem, que o dispositivo, ao falar de “meios legais”, não alude exclusivamente aos meios de provas previstos e regulados em termos expressos: na hipótese, contudo, o ponto não suscitaria qualquer dúvida, porque a reprodução fonográfica está mencionada no art. 383 do próprio estatuto processual. O que se tem de verificar, pois, é se se revela incompatível com o ordenamento jurídico ou com os comandos da ética a gravação de conversas telefônicas, em fitas, para utilização como prova em Juízo, nas circunstâncias do caso sob exame.”

Linhas adiante, continua o eminente processualista brasileiro:

“4. Argumenta-se ainda com o direito da Agravante, que se dá como lesado pela interceptação telefônica, à preservação de sua intimidade. A essa figura jurídica, não contemplada *expressis verbis* – ao

menos em sua fisionomia global – no direito positivo brasileiro, se vem todavia reconhecendo, no plano doutrinário, foros de cidadania, com razões de grande peso. Já tem ela constituído até objeto de tratamento cuidadoso em sede monográfica (MILTON FERNANDES, “Proteção civil da intimidade”, S. Paulo, 1977; RENÉ ARIEL DOTTI, “proteção da vida privada e liberdade de informação”, S. Paulo, 1980). O direito de que se trata, no entanto, é, como qualquer outro, limitado, e não pode sobrepor-se de maneira absoluta a todos os restantes interesses dignos de tutela jurídica, por mais relevantes que se mostrem. Aqui tem igualmente lugar a valoração comparativa dos interesses em conflito e a aplicação do princípio da proporcionalidade.”

Mais adiante continua o Professor Barbosa Moreira:

“Tenha-se em mente que o direito de uma das partes à preservação de sua intimidade, se “absolutizado”, pode mutilar ou mesmo nulificar, sob certas circunstâncias, o direito da outra parte à prova. Ora, este é elemento integrante do direito de ação, consoante frisa, v. g. CALMON DE PASSOS, Da argüição de relevância no recurso extraordinário, in REVISTA FORENSE, vol. 259, p. 19 verbis: “Pode-se afirmar (...) que do art. 153, § 4º, da Constituição do Brasil, deveria o direito de acesso aos tribunais mediante um processo em que esteja assegurado o direito de ser julgado por um juiz independente e imparcial, pré-constituído pela lei (direito ao juiz natural), processo cujo custo não seja incompatível com a capacidade econômica dos litigantes e no qual, em todo o curso do proce-

dimento, fiquem assegurados o contraditório, a igualdade das partes, o direito a prova e à motivação das decisões proferidas” (sem grifo no original). A proteção constitucional do direito de ação abrange, pois, o direito de provar em juízo os fatos em que se baseia o pedido, e – conquanto também sujeita, é claro, a restrições – esse direito não deve ser sistematicamente sacrificado todas as vezes que o respectivo exercício porventura entre em conflito com o interesse do adversário na preservação de sua intimidade.

Resta verificar se a prova obtida pela captação e gravação de conversas telefônicas decorre de comportamento “moralmente legítimo”. Aqui se impõe distinções: à indagação não se pode responder de modo razoável nem com uma afirmativa categórica, nem com uma negativa peremptória. A moral, como ciência, não é nem pode ser casuística: estabelece princípios gerais, mas não ministra ao homem tabela alguma pela qual seja sempre aferível, *in concreto*, o valor ou desvalor ético deste ou daquele ato, na quase infinita variabilidade das circunstâncias que o especificam. Veja-se, v.g. a lição de JACQUES LECLERQ.

“*Las grandes líneas de la filosofía moral*”, trad. esp. Buenos Aires, 1956, p. 463: “*Una casuística centrada em la materialidad de los actos y por conseguinte, en los preceptos particulares puede determinar cierto número de casos en los que un acto está prohibido o es obligatorio; son estos casos extremos que constituyen las líneas generales de una moral minima absoluta a la que todos los hombres deben soeterse. Se podrá precisar, por ejemplo, cierto número de casos en que ningún hombre puede matar, mentir, realizar el acto*

carnal, etc. Pero este conjunto de soluciones no puede pretender constituir una moral completa, porque el precepto universal y los preceptos generales escapan a esta causística que se limita a los aspectos secundarios de la moral” (grifado no original).

A adoção de medidas de vigilância e fiscalização por um cônjuge – por qualquer deles, convém salientar – e, relação ao outro pode, sem dúvida, revelar-se moralmente reprovável (quando não constitua mero sintoma de estado mental patológico) e até configurar injúria grave ao cônjuge “espionado”, se se resolve em inútil e arbitrária imposição de vexame, que nenhum dado objetivo justifica. Mas a valoração mudará se houver motivos sérios para que se suspeite da prática de atos incompatíveis com o resguardo da fé conjugal. Em casos que tais, não repugna forçosamente à ética a utilização, pelo cônjuge que receia, com algum fundamento, estar sendo ofendido, ou na iminência de ser, dos expedientes ao seu alcance para inteirar-se de verdade e registrá-la. Afigura-se excessiva e inaceitável, nos termos amplíssimos em que se vê expressa, a opinião de PESTANA DE AGUIAR, “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. IV, 2ª ed., S.Paulo, 1977, p. 76, o qual parece reputar sempre lícita e imoral a gravação de conversas telefônicas. Com razão adverte MONIZ DE ARAGÃO, no artigo supracitado, p. 28, que “não faz sentido deixar o ser humano, ou a própria sociedade, inteiramente desprotegidas frente ao ato ilícito, em casos para os quais será impossível obter a prova por meios ortodoxos”. 6. No caso em pauta, há que considerar o seguinte: ao reconvir, afirmou o Agravado que a Agravante, com frequência, se ausentava do lar e voltava tarde,

recusando-se agressivamente a dar explicações ao propósito; que, nos últimos tempos passava fora de casa os fins de semana; que viajava para diversos lugares, deixando perplexo o Agravado até quanto ao modo como obtinha meios financeiros para tais viagens; que certa vez “sumiu de casa por 10 dias sem que ninguém soubesse de seu paradeiro”, que, quando declarava aonde ia dava informações errôneas (fls. 109/10 dos autos principais).

Claro que, por ora, não se pode admitir nem a veracidade de semelhantes alegações. Mas, a supor-se – apenas *ad argumentadum!* – que fosse exata a versão do Agravado, tal como descrito, justificaria providências do gênero da que ele tomou, tornando “moralmente legítima” a interceptação. Se na verdade os fatos se passaram ou não do modo por que os narra o Agravado, isso unicamente os resultados da instrução vão permitir dizer. O máximo que, por enquanto, cabe adiantar é que a narrativa não se afigura inverossímil, ou de tão remota possibilidade de vir a confirmar-se que mereça ser desprezada a priori. Tanto basta, ao ver da Câmara, para fazer admissível a prova impugnada.

Entretanto, em atenção ao mesmo princípio de proporcionalidade a que antes se aludiu, o Juízo a que só deverá permitir que permaneçam nos autos as transcrições das conversas telefônicas que vier a considerar relevantes para o julgamento. Serão excluídas as que nenhuma relação tenham com a matéria em debate.” (v. Rev. Forense, vol. 286, p. 270/273).

Doutrinariamente, sustenta José Rubens Machado de Campos, em trabalho sob o título “*Das interceptações telefônicas. Fonte de prova moralmente legítima*”, in Rev. Forense, vol. 286/ 81/88. às fls. 86:

“se de fato, não é lícito desnudar a vida particular ou familiar do indivíduo, seus hábitos e vícios, suas aventuras e preferências, *nulla necessitate iubente, a contrario sensu*, será legítimo desvendá-la, presentes determinadas justificativas.

Não pode o princípio “*la vie privée doit être murée*” ser interpretado como se, em torno da esfera privada a ser protegida, devesse ser erguida uma verdadeira muralha. Pelo contrário, os limites da proteção legal deverão dispor de suficiente elasticidade. O homem enquanto indivíduo que integra uma coletividade, precisa aceitar as delimitações que lhes são impostas pelas exigências da vida em comum. E as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais indivíduos, que bem poderão conflitar, ou penetrar por ela. Hipóteses se configuram em que o interesse do indivíduo é superado pelo interesse público, justificando-se o sacrifício da intimidade” sendo que, como excludente de qualquer ilícito, aparece igualmente o consentimento daquele que tiver tido sua intimidade aparentemente violada, em suas duas espécies: tácito ou expresso”.

Destes autos consta o pedido reconvenicional do ora agravante sustentando: (fls. 20 a 24)

“1. Estabelece a Lei de Divórcio, ao tratar dos casos em que cabe a separação judicial contenciosa:

Art. 5º – A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”.

2. Ao tratar dos deveres fundamentais dos cônjuges, por sua vez, estabelece o Código Civil:

“Art. 231. São deveres de ambos os cônjuges:

I – fidelidade recíproca;”

3. Revogado está o art. 317 do Código Civil, em que havia elenco, em relação exaustiva, dos fundamentos em que os cônjuges podiam apoiar-se para a decretação do então chamado desquite. Esse dispositivo (inciso I) expressamente consignava o adultério.

4. Atualmente, o art. 5º da Lei do Divórcio refere-se à violação dos deveres do casamento; como entre eles está a fidelidade, o adultério é fundamento inequívoco para a decretação da separação judicial.

5. O adultério é também, sem sombra de dúvida, conduta desonrosa, em relação ao outro cônjuge.

6. Ora: o reconvinte, no dia 25 de dezembro de 1993, descobriu, com provas inequívocas, que a reconvinda vem praticando adultério com pelo menos um cúmplice: O Sr. M. M. M. T.

7. A fotografia ora anexada (doc. 2), encontrada na residência do casal, não tendo tido a reconvinda sequer o cuidado de escondê-la, prova, em declaração de amor assinada e com firma reconhecida, a relação extramatrimonial da reconvinda com essa pessoa. O fato de a reconvinda ter guardado essa fotografia (que é dela própria) consigo demonstra a aceitação da declaração: “és tudo para mim, por isso amo você” (doc. 2).

8. E mais: essa mesma pessoa, em data que o reconvinte não pode precisar, compareceu à residência da reconvinda, fazendo-lhe, de viva voz, declarações de amor, no que não foi repellido. Tudo isto foi presenciado pelas empregadas domésticas.

9. O adultério da reconvinde só foi descoberto pelo reconvinte quando, a conselho de pessoas especializadas, foi instalado gravador no aparelho telefônico da casa.

10. Os diálogos gravados, (em cópia nos autos, 4 fitas cassetes), travados entre a reconvinde e um terceiro, comprovam esse relacionamento amoroso. Só não sabe o reconvinte se a voz masculina que se ouve nessas gravações é ou não da mesma pessoa que assina a fotografia já juntada aos autos.

11. Prova maior desse adultério (pelo menos um) não pode haver.

12. Mesmo, porém, que não considere V. Exa como provado o adultério, a conduta da reconvinde, mantendo aberto relacionamento amoroso (um "caso", ou um namoro) com outro homem é conduta desonrosa.

13. É que falta ao dever de fidelidade a mulher que tem tal comportamento.

14. No dizer de Áurea Pimentel Pereira, "Na expressão "fidelidade recíproca" estão contidos os deveres de lealdade e sinceridade, comuns a ambos os cônjuges, sendo a reciprocidade a contraprestação que de cada cônjuge se exige, diante da conduta de absoluto respeito aos laços do casamento pelo outro observada.

Tal dever emerge dos princípios éticos, jurídicos e sociais, sobre cuja égide o casamento é contratado.

Portanto, sempre que houver rutura por um dos cônjuges do dever de fidelidade, haverá motivo para a propositura, pelo outro, de ação objetivando a dissolução da sociedade conjugal, sob o fundamento de grave violação de dever de casamento.

A mais grave forma de rutura de dever de fidelidade conjugal, de que se tem conhecimento, é o adultério..."

(Divórcio e Separação Judicial, ed. Renovar, 1992, pág. 34).

15. Face ao exposto, requer:

- a. a decretação da separação judicial do casal, imputando-se a culpa exclusivamente à reconvinde;
- b. a perda, pela reconvinde, do direito à percepção de qualquer pensão alimentícia por parte do reconvinte, com fundamento no art. 19 da Lei nº 6.515/77;
- c. a perda, pela reconvinde, do direito à guarda dos filhos menores, com fundamento no art. 10 da Lei 6.515/77; resguardando o direito de visita previsto no art. 15 da mesma Lei, nas condições que V. Exa. estipular;
- d. a volta da reconvinde ao seu nome de solteira, com fundamento no art. 17 da Lei nº 6.515/77;
- e. a divisão do patrimônio do casal, inclusive as dívidas e obrigações assumidas a ser decidida na execução da sentença, opondo-se o reconvinte à proposta da reconvinde, feita na inicial, já que esta não pode forçar o reconvinte a doar seus bens a qualquer pessoa, com fundamento no art. 7º da mesma Lei de Divórcio.
- f. a separação de corpos, retirando-se a cônjuge culpada do lar conjuga, onde deve permanecer o reconvinte e seus filhos menores; com fundamento no art. 7º da mesma Lei do Divórcio;
- g. a condenação da reconvinde nas custas e despesas processuais, inclusive honorários de advogado, nas bases de 20% sobre o valor da causa;
- h. provar o alegado mediante o depoimento pessoal da reconvinde e de testemunhas, cujo rol será tempestivamente apresentado;
- i. provar o alegado mediante a juntada de novos documentos, perícias, diligências, e os demais meios de prova em direito admitidos.

Valor de reconvenção, para efeitos fiscais: Cr\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de cruzeiros reais).

Assim, Sr. Presidente, ante as circunstâncias da causa, cuido que a interpretação da conversa telefônica não se apresenta como juridicamente condenável.

2) No que diz respeito às expressões riscadas, dadas como de conteúdo injurioso, leio o que o agravante reproduziu na sua petição inicial deste recurso: (fls. 04 e 05)

Fls. 53 – “A prova que se apresentará mediante a entrega de documentos e fitas gravadas responderá a indagação acima formulada”.

Fls. 55 – “presente processo tornou-se insuportável. Resta saber a quem atribuir a culpa pelo lamentável evento. Para se chegar a uma conclusão, vários aspectos devem ser observados: Será que a gravação que dá notícia de telefonemas da Demandante para pessoa do sexo oposto, em quem e tratam de meu bem, meu amor ou coisa que o valha; que trata encontro, marcam roteiro e falam até da qualidade de MODESS que se deve levar, não constitui conduta desonrosa para uma mulher casada? Será que a fotografia que se exhibe da Demandante que no seu verso traz a seguinte dedicatória: “*És tudo para mim, por isso amo você*”, obra de pessoa do sexo oposto, pessoa que em pleno lar conjugal da Demandante lhe dirigiu palavras carinhosas e declarações de amor sem que houvesse por conta dela qualquer repulsa, não constitui conduta desonrosa, em se tratando de uma mulher casada? ou conduta desonrosa só se caracteriza quando são flagrados na cama? Será que o personagem dos telefonemas é o mesmo que lhe dedicou a fotografia, ou são pessoas diferentes?”

“Diante do exposto, *data venia*, está claro como a luz do meio dia, ser a Demandante responsável pelo desenlace aqui pleiteado, pelo que deve ser julgada culpa por”.

Mais adiante o agravante continua a transcrever expressões dadas como injuriosas e, por isso riscadas por determinação judicial:

“Que H. M. que se presume ser a mesma H.M.A. L.M.C., juntamente com M.M.M., que se supõe ser a mesma pessoa de M.M.M.T., que fez a dedicatória da fotografia de fls. 65 e aquele que figura na petição de fls. 86, 92, bem como no despacho de fls. 93/94, *in fine*, estiveram juntos, hospedados no SAN PALACE HOTEL Ltda., sito à Rua Timbiras, nº 621, na cidade de São Paulo, ocupando o apartamento nº 808, durante os dias 07 e 10 de Dezembro, provavelmente do ano de 1993”.

Para fundamentar a determinação de riscar essas linhas, diz a Magistrada:

“Determino, ainda, sejam riscadas na contestação do réu (sic) o conteúdo das 34ª a 36ª linhas às fls. 53 e 2ª a 19ª, às fls. 55, de acordo com o que dispõe o art. 15 do C.P.C.”.

Parece-me, Sr. Presidente, que os fatos da causa não podem ser expressos com simbolismos, hermeticamente, e os motivos da contestação e do pedido reconvenicional revelam como devem estar os ânimos das partes, ante acontecimentos graves como os de que dão notícias estes autos.

Assim, não percebo as injúrias, nem os fatos que influíram no subjetivismo da julgadora do 1º grau, tanto assim que S. Exa. não fundamentou sua decisão, segundo demonstrado.

3) Finalmente, quanto à separação de corpos, leio o que a esse respeito disse a Dra. Ângela Lins (fls. 18v e 19) (na realidade, já li, mas, como se trata de matéria que me parece de certa gravidade, estou relendo para que não haja dúvidas a respeito):

“Passa este Juízo a decidir quanto ao pedido de SEPARAÇÃO DE CORPOS formulado, mais uma vez.

Inicialmente considere-se esta uma medida drástica, que só seria admitida em situações excepcionais. Todavia, os ânimos entre as partes se acirraram e hoje o clima é de total hostilidade.

O convívio dos cônjuges sob o mesmo teto se nos afigura, no momento, insustentável, com acusações recíprocas, em especial com a conduta do cônjuge varão, que invadiu a privacidade da autora, gravando, ou melhor, interceptando suas conversas, passando a ofendê-la na presença dos filhos menores. Entendo que, presentemente, evidentes estão os requisitos do “*periculum in mora*” e do “*fumus boni iuris*”, quanto à segurança da autora e no resguardo do equilíbrio psicológico dos menores.

Não é conveniente que permaneçam juntos aqueles que não mais se respeitam com atitudes tais como: agressões verbais à suplicante na presença de menores e subalternos; separação de objetos de uso comum, serviços que obedecem a cada um, em separado.

Considerando o fato de a requerente, com filhos menores (cuja guarda definitiva dar-se-á em final de sentença) presumivelmente tem maiores dificuldades de acomodação do que o requerido, deverá ela permanecer na residência do casal.

Ante o exposto, com fundamento nos arts. 223 do Código Civil e 889, p.u., do CPC, defiro o reque-

rimento, determinando a SEPARAÇÃO DE CORPOS, com o afastamento do marido do lar conjugal, durante o processo de separação. Expeça-se mandado. Int. Vista ao Ministério Público”.

Anteriormente, ou seja, ao despachar a inicial do pedido de separação das partes, a digna Juíza assim se manifestara, para efeito de indeferir o pedido de “separação de corpos”: (fls. 25 e v.)

“Inicialmente, deve este Juízo pronunciar-se quanto à fixação dos alimentos provisórios: 35% (trinta e cinco por cento) sobre os ganhos líquidos do suplicado (10% para cada menor e 5% para a suplicante).

As medidas cautelares, de que trata a nossa legislação processual civil tem como requisitos específicos os “*periculum in mora*” e o “*fumus boni iuris*”. O primeiro diz respeito a um dano em potencial, em face da demora natural do processo que poderia torná-lo ineficaz.

Segundo ATHOS DE GUSMÃO CARNEIRO (RJTJRS 66/187) “a separação de corpos nem sempre obriga ao plus à medida de maior gravidade prevista no art. 888, VI do CPC, o afastamento temporário de um do cônjuges da morada do casal, mormente em se cuidando de decisão proferida “*inaudita altera parte*”. Para ser concedido tal afastamento, devem, necessariamente, estar previstos, digo presentes os requisitos genéricos exigidos nas cautelares, quais sejam: o “*periculum in mora*” e o “*fumus boni iuris*”, não bastam os singelos requisitos do art. 223 do Código Civil. Cumpre à promovente alegá-los com veemência e ao magistrado analisá-lo com prudência, posto que graves conseqüências podem advir da decisão proferida.

O que se deve considerar é que a retirada forçada de um dos cônjuges do lar comum é medida excepcional e violenta, que deve ser aplicada com muita prudência, a fim de evitar qualquer conseqüência supérflua ou desnecessária” (Humberto Theodoro Jr. in “Processo Cautelar, Ed. Universitária de Direito).

A suplicante requer o afastamento do cônjuge alegando a “necessidade de obtenção de segurança, em virtude de ameaças sofridas” (fls. 04). Todavia, tais alegações não restaram demonstradas de forma convincente quando da peça inicial. Não diz a que tipo de constrangimento vem sendo vitimada referindo-se vagamente a “ameaças”.

Não vislumbro em tais argumentos a exigência do “*fumus boni iuris*” e do “*periculum in mora*”. Entendo, ainda que a concessão da medida neste momento acarretará um mal maior aos menores; que tal medida se nos afigura contrária ao fundamento básico da cautelar em questão, que é o de preservar a integridade física e moral dos cônjuges e filhos menores, os quais, presentemente, necessitam de uma estabilidade relativa.

Deve-se ressaltar que se no curso da ação surgirem elementos convincentes, provas que ensejem a decretação da medida, a mesma será, de pronto, deferida, em virtude de sua própria natureza cautelar (até mesmo a decretação de ofício).

Isto posto, indefiro o requerimento liminar de separação de corpos”.

Sem qualquer prova a respeito da dificuldade de convivência do casal, sob o mesmo teto, a não ser a afirmada

“em especial com a conduta do cônjuge varão, que invadiu a privacidade da autora, gravando, ou melhor, interceptando suas conversas, passando a ofendê-la na presença dos filhos” (v. fls. 18v.)

Referente à invasão de privacidade, já vimos da transcrição do acórdão citado que tal não se caracteriza. Respeitante ofensa à agravada na presença dos filhos, não disse a magistrada de onde tirou esse fato para afirmá-lo.

O único fato grave que, a esse respeito, veio com a reconvenção, foi a fotografia de fls. 65, com a afirmativa já revelada, assinada por pessoa cuja firma foi reconhecida.

Ora, ante essa prova, a separação de corpos há de ser com a saída do agravante do lar conjugal?

Portanto, não vejo razão que explique a separação de corpos, na forma como determinada pela ilustre magistrada.

Ante estas todas considerações, meu voto é dando provimento ao recurso para reformar a decisão agravada, assim:

- a) fazer retornar aos autos as fitas gravadas, para a possível perícia, ficando nos autos, apenas, das conversas telefônicas, o que for necessário, relevante, para o julgamento da causa;
- b) desconsiderar o que foi riscado da contestação, com fundamento no art. 15, do CPC, valendo, para tanto, o que foi copiado pelo agravante, às fls. 04 e 05 destes autos;
- c) decretar a separação de corpos, mas por culpa evidente da agravada, tendo em vista o que foi mencionado pelo autor e estaria constando das fitas gravadas e da fotografia cuja cópia também consta às fls. 65 destes autos, que é da própria agravada, com a dedicatória, copiada no verso e

com a firma reconhecida, por um terceiro que não o marido.

Este é o meu voto.

DESEMBARGADOR ITAMAR PEREIRA

O voto de S. Exa., o Des. Relator é dando integral provimento ao recurso de agravo.

Está em discussão.

DESEMBARGADOR JOSÉ FERNANDES

Sr. Relator.

Um esclarecimento.

Na hipótese, o provimento de V. Exa. é para dar procedência, à cautelar de separação de corpos.

DESEMBARGADOR NAPOLEÃO TAVARES

Sim, porque, veja V. Exa., só para ficar bem explícito:

A separação de corpos foi pedida pela própria agravada, quando propôs a ação de separação judicial.

A juíza negou, alegando que não havia prova convincente, na oportunidade.

Quando foi oferecida a reconvenção, o ora agravante reiterou o pedido, mas por culpa da agravada, com sua saída do lar conjugal, porque é ela a culpada; e juntou, como justificativa desse pedido, além da referência que fez à matéria que constaria das fitas gravadas, a fotografia mencionada.

Sem nenhuma outra prova, a não ser esta, a ilustre magistrada decretou a separação do casal, nos autos da ação principal com a prova trazida pelo próprio agravante.

DESEMBARGADOR JOSÉ FERNANDES

Decretou a separação ou o afastamento?

DESEMBARGADOR NAPOLEÃO TAVARES

A separação de corpos, permanecendo ela no lar conjugal!

Reverto a situação porque me parece, pelas circunstâncias todas e não só por indício, mas, à vista de documento, uma fotografia com assinatura de terceiro nominado, e com firma reconhecida, junta aos autos pelo agravante, réu na ação de separação e reconvinte, que a culpa é da agravada.

Reverto, por essas circunstâncias.

DESEMBARGADOR ITAMAR PEREIRA

V. Exa. está satisfeito?

Então, o voto do Des. Relator é no sentido de dar integral provimento para fazer retornar aos autos as fitas gravadas, afim de ser apurado o que for necessário; desconsiderar as expressões riscadas, tendo como autênticas as transcritas pelo recorrente na petição de agravo, e manter a separação de corpos que já está decretada, apenas para que o agravante retorne ao lar conjugal e dele saia a agravada.

Então, colho o voto do Des. José Fernandes.

DESEMBARGADOR JOSÉ FERNANDES

O legislador atual da Lei de Divórcio, abandonou os critérios antes adotados pelo CC, em que se elencavam “*numerus clausus*” às hipóteses em que se poderia dar a ruptura da sociedade conjugal.

E o fez, agora, deixando ao juiz uma ampla margem de avaliação por permitir que essa sociedade mesmo, agora, seja dissolvida, considerando-se a existência de conduta desonrosa e ainda que, dessa conduta desonrosa decorra a insuportabilidade da vida em comum.

Na busca desse conceito, do que seja conduta desonrosa, entendo que deve o julgador, atentando sempre para o princípio da busca da verdade real, socorrer-se ou admitir todas aquelas provas que não tenham sido colhidas por meios violentos, por meios coercitivos, portanto, tenho como possível a prova que o agravante pretende produzir para o deslinde da questão.

No mais, subscrevo, com a *devida vênia*, todo o entendimento esposado pelo eminente Des. Napoleão Tavares, para acompanhar integralmente o seu voto.

DESEMBARGADOR ITAMAR PEREIRA

Meu voto, também, é no mesmo sentido.

O Des. Napoleão Tavares esgotou a matéria, mas, de qualquer forma, vou abordar ponto a ponto.

Fitas gravadas. Sempre entendi e acho que a conversa telefônica é fonte legítima de prova, assim aquela obtida por telefone, a meu ver, não é imoral, nem ilegal.

Em caso como o dos autos haveria até a possibilidade de um sacrifício primeiro de um convencimento de enorme valor para a solução da causa, o adultério como conduta desonrosa.

Não me repugnando, portanto, a prova gravada, entendo justificável o proceder do marido e, por isso mesmo, reformo a posição adotada pela juíza.

Quanto às expressões tidas como desonrosas, na verdade, não enxerguei, apenas, vi um relato do que realmente se passava, de ofensa, capaz de justificar que fosse riscado dos autos.

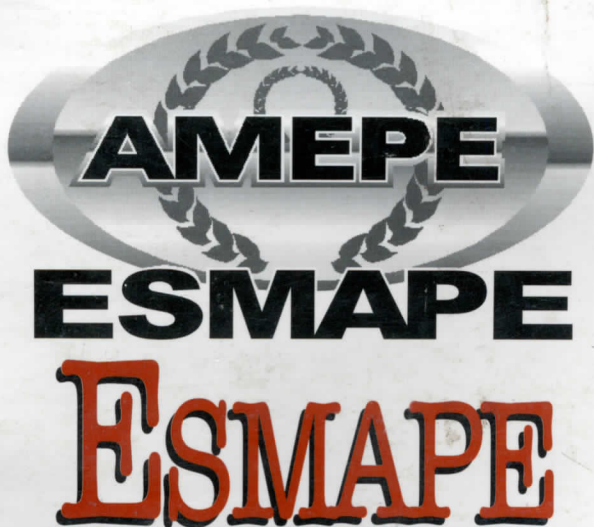
E, por fim, a separação dos corpos. À evidência, a separação está se dando, tendo como causa a posição da agravada, logicamente, se alguém há de se afastar do lar, não será o cônjuge varão, e sim, o cônjuge varoa.

Diante desse posicionamento, também, integro-me perfeitamente no pensamento do Relator e do Des. José Fernandes e subscreveu aquele voto.

DECISÃO:

“À UNANIMIDADE DE VOTOS, DEU-SE PROVIMENTO AO RECURSO”.

Des. Napoleão Tavares
Relator



Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco

Av. Martins de Barros, 593 - Stº Antônio - Recife - PE

Fone/Fax: (081) 424.1193