

REVISTA DA

ISSN 1415-112X

# ESMAPE



VOLUME 6 N- 13 - JANEIRO/JUNHO - 2001

**AÇÃO REVOCATORIA FALENCIAL E  
A LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS**  
Amador Paes de Almeida

**REPRESENTAÇÃO COMERCIAL:  
GLOBALIZAÇÃO E INTERNET**  
Fábio Ulhoa Coelho

**OS DEPÓSITOS EM INSTITUIÇÕES  
FINANCEIRAS À LUZ DO § 3º DO ARTIGO  
164 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**  
Ives Gandra da Silva Martins

**BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DE  
AUDIÊNCIA PRELIMINAR E DA TENTATIVA DE  
CONCILIAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO  
(ENFOQUE COMPARATIVISTO)**  
Lúcio Grassi de Gouveia

**ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO:  
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA O  
JULGAMENTO DE AÇÃO INDENIZATORIA**  
Sergio Torres Teixeira

A REVISTA DA ESMAPE recebe artigos, pareceres, decisões, sentenças, acordãos e outros trabalhos jurídicos que atendam as seguintes exigências:

1. Serem inéditos.  
2. Digitados em word for windows, fonte 12, espaço duplo e conterem no máximo 20 (vinte) laudas. Os trabalhos devem vir acompanhados de disquete 3 1/2 e sumário.

3. As notas de rodapé não deverão ultrapassar o total de 5 (cinco) por página e as referências bibliográficas, apresentadas no final de cada trabalho, devem obedecer às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT/2000.

4. O nome completo do autor, endereço e telefone, bem como, um resumo curricular de no máximo 10 (dez) linhas, deverão constar no final do trabalho.

Os originais selecionados pela Comissão Editorial serão submetidos à correção ortográfica e gramatical, podendo ser alterados, com a prévia autorização do autor.

Os trabalhos não serão devolvidos e devem ser remetidos à:

Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE – Revista da Esmape – Comissão Editorial, situada na Rua Dom Bosco, 1308 – 1º andar. (Colégio Americano Batista) – Boa Vista – Recife/PE,

CEP 50070 - 070, ou

Via internet no endereço:

[esmape@fisepe.pe.gov.br](mailto:esmape@fisepe.pe.gov.br).



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO  
Rua Dom Bosco, 1308 – Boa Vista – Recife/PE – CEP 50070.070



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA  
DE PERNAMBUCO - ESMAPE**

Cursos oficializados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, conforme Resolução nº 24/87, constante da Ata da 5ª sessão de 23/03/87. Fundação de direito privado, de caráter educacional, cultural e social, sem fins lucrativos, instituída pela Associação dos Magistrados do Estado de Pernambuco - AMEPE e reconhecida de utilidade pública pela Lei Estadual nº 11.943 de 29 de março de 2001.

Rua Dom Bosco, 1308 - Boa Vista - Recife/PE - CEP 50070.070  
Fone/Fax: (081) 3421-1816 / 3421-8457 - 3421-7678

**SEDE RECIFE**

**Diretor-Presidente**

Desembargador Etério Ramos Galvão Filho

**Supervisor**

Juiz Ruy Trezena Patu Júnior

**Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura e Aperfeiçoamento Jurídico**

Juiz Teodomiro Noronha Cardozo

**Coordenador de Pesquisa e Divulgação Científica e Cultural**

Juiz Lúcio Grassi de Gouveia

**Coordenador dos Cursos de Extensão, Pós-Graduação, Preparação e**

**Aperfeiçoamento de Magistrados**

Juiz Paulo Henrique Martins Machado

**Coordenador de Eventos Científicos e Culturais**

Juiz Luiz Mário de Góes Moutinho

**Coordenador da Assessoria Jurídica Virtual**

Juiz Rafael José de Menezes

**Coordenador de Prática Jurídica em Serviço**

Juiz Eudes dos Prazeres França

**Professores-Coordenadores de Prática Jurídica Cível**

Juiz Francisco de Assis Galindo de Oliveira

Juíza Valéria Rúbia Silva Duarte

**Professor-Coordenador de Prática Jurídica Penal**

Juiz Teodomiro Noronha Cardozo

**Diretora de Secretaria**

Josina de Sá Leitão

**Diretora Adjunta de Secretaria**

Maria José Torres Klimsa

**Diretora de Patrimônio e Finanças**

Rosa Maria Aparecida Joseph Lencastre

**Bibliotecária**

Joseane Ramos Duarte Soares

**NÚCLEO REGIONAL DO AGRESTE - CARUARU**

**Diretor Regional**

Juiz Augusto Napoleão Sampaio Angelim

**Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura e Aperfeiçoamento Jurídico**

Juiz Cladisson Ferreira Pinto

**Coordenador dos Cursos de Extensão e Pós-Graduação**

Juiz Brasília Antônio Guerra

**Coordenador de Prática Jurídica em Serviço**

Sérgio Paulo Ribeiro da Silva

**Professores-Coordenadores de Prática Jurídica Cível**

Ana Emília Corrêa de Oliveira e Silva

José Fernando Santos de Souza

**Coordenadora de Pesquisa e Divulgação Científica e Cultural**

Juíza Ana Paula Lira Melo

**Coordenador de Eventos Científicos e Culturais**

Juiz Marupiraja Ramos Ribas

**Secretário Regional**

Bel. Francisco de Assis Ferreira Neto

**ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DE PERNAMBUCO - AMEPE**

**Presidente**

Juiz Mozart Valadares Vieira Pires

**ISSN 1415-112X**

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA  
DE PERNAMBUCO**

**Volume 6 - Número 13  
janeiro/junho - 2001**

**REVISTA DA ESMAPE**

Recife

Semestral

*Revista da Esmape - Recife - V.6 Nº13 - 003-000 - jan/jun 2001 → 3*

**ESMAPE - BIBLIOTECA**

**Tomb.FA 20010006**

**Local P-01**

**Ch. 00000018 E**

© Copyright by ESMape

**COMISSÃO EDITORIAL**

**Presidente:** Dr. Lúcio Grassi de Gouveia

**Membros:** Dr. Ruy Trezena Patu Júnior

Dr. Luiz Mário de Góes Moutinho

Dr. Paulo Henrique Martins de Machado

Dr. Rafael José de Menezes

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

**Revisão:** Prof<sup>a</sup> Euliane Staudinger – Fone: (81) 32512684

**Foto da capa:** Startes Consultoria Fotográfica

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 DE PERNAMBUCO  
E S M A P E

**Tiragem:** 1.200 exemplares

**SOLICITA-SE PERMUTA/EXCHANGE DISUED/ON DEMANDÉ ÉCHANGE**

**esmape@fisepe.pe.gov.br**

**www.esmape.com.br**



**Produção Gráfica:**

**EDIÇÕES BAGAÇO LTDA.**

Rua dos Arcos, 150 – Poço da Panela

Recife/PE – CEP 52061.180

Tels./Fax: (81) 3441.0132/3441.0133/3441.0134

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

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

Josi/ESMAPE

CDD 340.05

## CORPO DOCENTE

### RECIFE

#### **Direito Constitucional I**

André Vicente Pires Rosa

Maria Betânia Silva

Walber de Moura Agra

#### **Direito Administrativo I**

João Armando Costa Menezes

José Marcelon Luiz e Silva

Oscar Vilaça de Melo Filho

#### **Direito Civil I**

Jorge Américo Pereira de Lira

#### **Direito Penal I**

Guilherme da Rocha Ramos

Patrícia de Fátima Oliveira Torres

#### **Direito Processual Civil I**

Lúcio Grassi de Gouveia

Sérgio Torres Teixeira

#### **Direito Processual Penal I**

Silvania Esperia da Silva

João Olympio Valença de Mendonça

#### **Direito Processual Penal I**

Silvania Esperia da Silva

João Olympio Valença de Mendonça

**Direito Tributário I**

Hélio Sílvio Ourem Campos  
Francisco Alves dos Santos Júnior

**Direito Comercial I**

Luiz de Freitas Lima  
Marcos Antônio Nery de Azevedo

**Prática Jurídica Cível I**

Carlos Magno Cysneiros Sampaio  
Eudes dos Prazeres França  
Misael de Albuquerque Montenegro Filho

**Direito Processual Penal II**

Carlos Alberto Berriel Pessanha  
Honório Gomes do Rego Filho

**Direito Processual Civil II**

João Ferreira Braga  
José Antônio Macêdo Malta  
Ricardo de Oliveira Paes Barreto

**Direito Civil II**

Carlos Frederico Gonçalves de Moraes  
Ruy Trezena Patu Júnior

**Direito Penal II**

Humberto Costa Vasconcelos Júnior  
Laiete Jatobá Neto

**Direito Comercial II**

Carlos Humberto Inojosa Galindo  
Vaudrilo Leal Guerra Curado

**Direito Tributário II**

Joaquim Lustosa Filho  
José Viana Ulisses Filho

**Direito Administrativo II**

Marcos Antônio Rios da Nóbrega  
Oscar Vilaça de Melo Filho

**Direito Constitucional II**

André de Albuquerque Garcia  
Jackson Borges de Araújo  
Walber de Moura Agra

**Prática Jurídica Cível II**

Cátia Luciene Laranjeira de Sá Sampaio  
Emanuel Bonfim Carneiro Amaral Filho  
José Roberto de Oliveira

Marcos Antônio Tavares de Albuquerque

**Direito da Criança e do Adolescente**

Bartolomeu Bueno Freitas de Moraes  
Humberto Costa Vasconcelos Júnior  
Luiz Carlos de Barros Figueiredo

**Direito Eleitoral**

Mauro Alencar  
Paulo Henrique Martins Machado

**Direito Penal III**

Antônio Carlos de Vasconcellos Coelho Barreto  
Campello

Giani Maria do Monte Santos

**Direito Processual Civil III**

Francisco de Assis Galindo de Oliveira  
Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho  
Frederico Ricardo de Almeida Neves

**Direito Processual Penal III**

Albérico Gomes Guerra

Patrícia Carneiro Tavares

**Prática Jurídica Penal**

Flávio Augusto Fontes de Lima

Maria da Glória Gonçalves Santos

**Direito Civil III**

Alberto Flávio Barros Patriota

Leopoldo de Arruda Raposo

Valéria Rúbia Silva Duarte

Sílvia Romero Beltrão

**Medicina Legal**

Clóvis César de Mendoza

Gilberto Valter de Moraes Moura

**Direito do Consumidor**

Luiz Mário de Góes Moutinho

Rosana Grimberg

Demócrito Ramos Reinaldo Filho

**CARUARU**

**Direito Administrativo I**

José Carlos Arruda Dantas

**Direito Civil I**

Sérgio Paulo Ribeiro da Silva

**Direito Processual Civil I**

Frederico José Santos de Oliveira

**Direito Penal I**

Guilherme da Rocha Ramos

**Direito Processual Penal I**

Keyller Toscano de Almeida

**Direito Constitucional I**

Oscar Vilaça de Melo Filho

**Direito Comercial I**

Damião Severiano de Souza

**Direito Tributário I**

José Raimundo dos Santos Costa

**Prática Jurídica Cível I**

Ane de Sena Lins

**Direito Processual Penal II**

Keyller Toscano de Almeida

**Direito Processual Civil II**

Frederico José Santos de Oliveira

**Direito Civil II**

Clóvis Silva Mendes

**Direito Penal II**

Saulo Fabianne de Melo Ferreira

**Direito Comercial II**

Marupiraja Ramos Ribas

**Direito Tributário II**

Saulo de Tarso Muniz dos Santos

**Direito Administrativo II**

José Carlos Arruda Dantas

**Direito Constitucional II**

Augusto Napoleão Sampaio Angelim

**Prática Jurídica Cível II**

Ana Paula Lira Melo

*Verões do Recife*

*V*erões do Recife,  
águas do Capibaribe,  
subúrbios e sobrados,  
barco da lembrança  
nesse mar ancorado.

*Recife, plana e pluma,  
cidade e pássaro,  
navega a cor morena,  
cavalga o vento alado,  
no seu verão coroado.*

*Coroa de flor e fruto,  
cidade, varanda e terraço,  
águas morenas, brisa serena,  
mocambo, templo e sobrado,  
beleza e misérias, Nordeste iluminado.*

*Maximiano Campos*

**Direito Comercial II**

Marupiraja Ramos Ribas

**Direito Tributário II**

Saulo de Tarso Muniz dos Santos

**Direito Administrativo II**

José Carlos Arruda Dantas

**Direito Constitucional II**

Augusto Napoleão Sampaio Angelim

**Prática Jurídica Cível II**

Ana Paula Lira Melo

*Verões do Recife*

*V*erões do Recife,  
águas do Capibaribe,  
subúrbios e sobrados,  
barco da lembrança  
nesse mar ancorado.

*Recife, plana e pluma,  
cidade e pássaro,  
navega a cor morena,  
cavalga o vento alado,  
no seu verão coroado.*

*Coroa de flor e fruto,  
cidade, varanda e terraço,  
águas morenas, brisa serena,  
mocambo, templo e sobrado,  
beleza e misérias, Nordeste iluminado.*

*Maximiano Campos*

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO ..... 17

### TEORIA

AÇÃO REVOCATÓRIA FALENCIAL E A LEI DOS REGISTROS  
PÚBLICOS ..... 21  
*Amador Paes de Almeida*

MEDIDAS PROVISÓRIAS: O EXECUTIVO EM AÇÃO,  
A SOCIEDADE EM CHOQUE E A DEMOCRACIA EM XEQUE ..... 41  
*Andréa Silva Marrocos de Oliveira*

A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL (CONCEITO,  
CARACTERÍSTICAS, ESTRUTURA) ..... 73  
*Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti*

BIODIREITO: O NOVO DIREITO FACE À BIOÉTICA ..... 93  
*Djason B. Della Cunha*

O ILÓGICO NECESSÁRIO (CONSIDERAÇÕES ACERCA DA  
CRISE DA CODIFICAÇÃO JURACIONALISTA ..... 111  
*Edil Batista Júnior*

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL : GLOBALIZAÇÃO E  
INTERNET ..... 141  
*Fábio Ulhoa Coelho*

O PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA NA  
DIMINUIÇÃO DAS DIFERENÇAS, NA *TERCEIRA VIA* E NO  
*CONSENSO DE WASHINGTON* ..... 153  
*Francisco Alves dos Santos Júnior*

OS DEPÓSITOS EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS À LUZ DO  
§ 3º DO ARTIGO 164 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ..... 205  
*Ives Gandra da Silva Martins*

A UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE – USOS E ABUSOS ..... 235  
*Katarine Keit Guimarães Fonseca de Faria*

OS MEIOS DE ACESSO DO CIDADÃO À JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL, A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE  
PRECEITO FUNDAMENTAL E A CRISE DE EFETIVIDADE DA  
CONSTITUIÇÃO ..... 257  
*Lenio Luiz Streck*

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 27 DA LEI Nº 9868/99  
QUANTO AO REGULAMENTO PROCESSUAL DOS EFEITOS DO  
PROVIMENTO FINAL EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO ..... 291  
*Luciana de Assunção Macieira*

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR  
DA TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO NO PROCESSO CIVIL  
BRASILEIRO (ENFOQUE COMPARATÍSTICO) ..... 311  
*Lúcio Grassi de Gouveia*

O PAPEL DOS CÔNJUGES SOB UMA PERSPECTIVA  
CONSTITUCIONAL ..... 345  
*Márcia Montenegro Pessoa de Mello*

A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL DO MODELO INGLÊS E  
SUA REPERCUSSÃO NA COLÔNIA AMERICANA ..... 367  
*Palhares Moreira Reis*

AS VIRTUDES DO JUIZ PROFESSOR DE DIREITO ..... 377  
*Rafael de Menezes*

ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO:  
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA O  
JULGAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA. .... 385  
*Sergio Torres Teixeira*

AS NORMAS E OS USOS OU CONVENCIONALISMOS SOCIAIS ... 425  
*Valéria Rúbia Silva Duarte*

A FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE ..... 443  
*Verônica Maria Bezerra Guimarães*

A REGULAMENTAÇÃO DA NACIONALIDADE NO TEXTO  
CONSTITUÍÇÃO DE 1988 ..... 465  
*Walber de Moura Agra*

INTERROGATÓRIO DO RÉU À LUZ DA CONSTITUIÇÃO ..... 495  
*Welliton Sousa Carvalho*

## PRÁTICA

SENTENÇA CRIMINAL. CONDUTA PENAL ..... 517

ÍNDICE ONOMÁSTICO ..... 553

## APRESENTAÇÃO

Nossa Revista e todos que a fazem, enviando artigos, sentenças ou trabalhando na sua elaboração, estão de parabéns. A Revista da ESMape comemora o seu quinto aniversário. Nesses cinco anos, fixamos sólidas raízes em território pernambucano, para que pudéssemos tornar nossa Revista importante no cenário jurídico brasileiro, a ponto de alguns artigos terem servido de fundamento para a elaboração de pesquisas, teses e para a prolatação de sentenças e acórdãos, inclusive dos tribunais superiores.

A Revista da ESMape continua sua reluzente trajetória, cumprindo sua função social: levar à sociedade, especialmente àqueles que estudam o Direito, uma visão atualizada de temas que se destacam pela sua importância. Interessa-nos uma visão eclética do cenário jurídico brasileiro, obtida através de publicações de acadêmicos, magistrados, membros do Ministério Público, advogados, inclusive dos novos talentos, que garantirão a continuidade da Revista. Buscamos, ao mesmo tempo, uma análise crítica do nosso sistema jurídico, com seus aspectos positivos e negativos.

Aproveitamos o ensejo para agradecer a todos os que a fazem e aos que colaboram com a nossa Revista e solicitamos que continuem a enviar-nos trabalhos para as próximas publicações.

Recife, junho de 2001

**Des. Etério Ramos Galvão**

*Diretor-Presidente da ESMAPE*

# TEORIA

# AÇÃO REVOCATÓRIA FALENCIAL E A LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS

**Amador Paes de Almeida**

*Professor titular de Direito Comercial e Chefe do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie – São Paulo. Doutor em Direito. Juiz Togado do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo (aposentado). Membro do Instituto de Direito Comercial Visconde de Cairu (SP); do Instituto Latino Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Tucumã (Argentina); do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Jr (SP). Autor de várias obras jurídicas, destacando-se entre elas o Curso de Falência e Concordata, Ed. Saraiva, 18 ed., 2ª tiragem; Teoria e Prática dos Títulos de Crédito, Ed. Saraiva, 19 ed.; Manual das Sociedades Comerciais, Ed. Saraiva, 13 edição; Execução de Bens dos Sócios, Ed. Saraiva, 3 ed. e outras.*

## SUMÁRIO

1. DA AÇÃO REVOCATÓRIA; 2. DOS EFEITOS DA AÇÃO REVOCATÓRIA (INEFICÁCIA RELATIVA); 3. FUNDAMENTOS DA AÇÃO REVOCATÓRIA; 4. DA IMPRESCINDIBILIDADE DA AÇÃO REVOCATÓRIA PARA A DECRETAÇÃO DA INEFICÁCIA; 5. DO TERMO LEGAL; 6. DÍVIDAS VENCIDAS E DÍVIDAS NÃO VENCIDAS; 7. A AÇÃO REVOCATÓRIA E A LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS.

### 1- DA AÇÃO REVOCATÓRIA

A leitura atenta do art. 52 da Lei Falimentar (Decreto-lei nº 7661/45), que dispõe sobre a ação revocatória, deixa patente sua distinção da ação pauliana do Direito Civil, pondo em relevo sua verdadeira finalidade. É que, ao revés dessa última, na ação revocatória não se busca a nulidade do ato, mas a sua ineficácia com relação à massa.

# ACÇÃO REVOCATÓRIA FALENCIAL E A LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS

**Amador Paes de Almeida**

*Professor titular de Direito Comercial e Chefe do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie – São Paulo. Doutor em Direito. Juiz Togado do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo (aposentado). Membro do Instituto de Direito Comercial Visconde de Cairu (SP); do Instituto Latino Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Tucumã (Argentina); do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Jr (SP). Autor de várias obras jurídicas, destacando-se entre elas o Curso de Falência e Concordata, Ed. Saraiva, 18 ed., 2ª tiragem; Teoria e Prática dos Títulos de Crédito, Ed. Saraiva, 19 ed.; Manual das Sociedades Comerciais, Ed. Saraiva, 13 edição; Execução de Bens dos Sócios, Ed. Saraiva, 3 ed. e outras.*

## SUMÁRIO

1. DA ACÇÃO REVOCATÓRIA; 2. DOS EFEITOS DA ACÇÃO REVOCATÓRIA (INEFICÁCIA RELATIVA); 3. FUNDAMENTOS DA ACÇÃO REVOCATÓRIA; 4. DA IMPRESCINDIBILIDADE DA ACÇÃO REVOCATÓRIA PARA A DECRETAÇÃO DA INEFICÁCIA; 5. DO TERMO LEGAL; 6. DÍVIDAS VENCIDAS E DÍVIDAS NÃO VENCIDAS; 7. A ACÇÃO REVOCATÓRIA E A LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS.

### 1- DA ACÇÃO REVOCATÓRIA

A leitura atenta do art. 52 da Lei Falimentar (Decreto-lei nº 7661/45), que dispõe sobre a acção revocatória, deixa patente sua distinção da acção pauliana do Direito Civil, pondo em relevo sua verdadeira finalidade. É que, ao revés dessa última, na acção revocatória não se busca a nulidade do ato, mas a sua ineficácia com relação à massa.

A ação revocatória, ensina Carvalho de Mendonça<sup>1</sup>, “tem por fim pronunciar, em relação à massa, a ineficácia ou revogação do ato jurídico do devedor, praticado antes da falência, para que entrem na massa os bens indevidamente retirados do seu patrimônio”.

Por isso que não se pode confundir-la com a revocatória do Direito Civil, essa sim, uma ação de nulidade.

A Revocatória de que trata o art. 52 da Lei Falimentar, ao contrário, não implica nulidade, pois mantém válido o negócio entre os contratantes, muito embora ineficaz com relação à massa.

Assim, conquanto ambas visem à proteção de credores injustamente defraudados pelo devedor comum e por outros credores menos escrupulosos (arts. 52 da Lei de Falências e 106 e seguintes do Código Civil), a revocatória falencial destina-se, como preleciona Waldemar Ferreira<sup>2</sup>, “à recomposição do patrimônio desfalcado pelo devedor falido em detrimento da coletividade de seus credores”, sem, contudo, eivar de nulidade o ato jurídico que, como se sabe, permanece válido entre os respectivos contraentes.

Com manifesta propriedade, observa Rubens Requião que:

*A etimologia da palavra ‘revocatória’ não resulta do verbo revogar (chamar para trás, chamar novamente, mandar voltar). A partir dessa distinção torna-se claro que a ação revocatória, na*

1 MENDONÇA, Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro* 6.ed. [s.l.]: Freitas Bastos, 1960. v.VII.

2 FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial* (O Estatuto da Falência e da Concordata). São Paulo: Saraiva, 1966. v.15

*falência, não visa propriamente ao efeito de anular ou desfazer atos praticados pelo devedor em determinada época e em dadas circunstâncias. O que se pretende com essa ação, genuína criação do Direito Falimentar, é tirar o efeito de determinados atos praticados pelo devedor (voltando-os para trás), destituindo-os de eficácia mas tão - somente em relação à massa falida, sem anulá-los totalmente. Esse é o segredo da ação revocatória*<sup>3</sup>.

Assim, enquanto a ação pauliana é uma ação de nulidade, a revocatória falencial não implica nulidade, pois o negócio permanece válido entre os contraentes, só não se revestindo de eficácia para a massa<sup>4</sup>.

Idêntico é o ponto de vista de Plácido e Silva, “a ação revocatória é o remédio jurídico destinado a revogar ou tirar a eficácia de ato jurídico praticado pelo falido em prejuízo da massa ou dos credores”<sup>5</sup>.

“Quando o Juiz pronuncia a sua sentença na revocatória, não anula o ato. Declara-o ineficaz ou inoperante em relação à massa”, obtempera Jayme Leonel<sup>6</sup>.

De que se conclui, de forma irretorquível, não tratar a revocatória falimentar de ato nulo em que a relação jurídica não subsiste, é declarada morta ou inexistente, mas, ao revés, de ato jurídico que, conquanto ineficaz com relação à massa, subsiste inteiramente entre as pessoas que o executaram.

3 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1975. v.1

4 ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e concordata*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

5 SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, [s.l.]: [s.n.], [19??]. 1-51.

6 LEONEL, Jayme. *Da ação revocatória no Direito da Falência*. São Paulo: Saraiva, 1951.

A única semelhança da revocatória civil com a revocatória falencial é o objetivo de ambas – “a finalidade das duas ações é proteger os credores injustamente defraudados pelo devedor comum e pelos outros credores menos escrupulosos”<sup>7</sup>.

No mais, não se confundem, como, aliás, ressalta Jayme Leonel<sup>8</sup>:

*Afastou-se também o nosso diploma sobre falência, nesse ponto, do Código Civil Brasileiro – arts. 106 a 113.*

*Quando o Juiz pronuncia a sua sentença revocatória, não anula o ato. Declara-o apenas ineficaz ou inoperante em relação à massa.*

*E é precisamente aí que se salienta a particularidade do instituto: “só produz efeito em relação à massa e não ao falido”, como quer Otávio Mendes, ou como afirma Mendonça, somente a massa obtém a isenção dos efeitos do ato válido em si nas relações entre as partes.*

Assim considerando, podemos afirmar que a ação revocatória falimentar, ao revés do que ocorre com a “ação pauliana”, não visa à nulidade do ato incriminado, mas tão- só, e exclusivamente, a sua ineficácia com relação à massa, do que se conclui que permanece válido entre os pactuantes originários.

<sup>7</sup> Revista dos Tribunais 399/55.

<sup>8</sup> LEONEL, Jayme, obra citada.

## 2- DOS EFEITOS DA AÇÃO REVOCATÓRIA (INEFICÁCIA RELATIVA)

Como já se observou, na ação revocatória, acolhida que seja a pretensão da massa falida, o ato jurídico, muito embora ineficaz quanto à massa, subsiste e é absolutamente válido entre os contratantes – o falido e o terceiro.

Na lição de Miranda Valverde:

*O conceito de nulidade e anulabilidade dos atos jurídicos foi substituído pelo de ineficácia, que não tem no próprio ato a sua causa, mas em um fato estranho, concernente aos seus efeitos, pelo que não toca no ato jurídico, que permanece válido. Essa ineficácia do ato jurídico em relação à Massa Falida, ou resulta de uma disposição expressa de lei, nos casos taxativamente enumerados, e tem no fato da falência o seu fundamento, ou é a consequência da fraude concertada por ambos os contraentes (arts. 52 e 53). O ato é declarado ou decretado ineficaz tão-somente em relação à massa falida, subsistindo, portanto, como um ato válido em si mesmo, entre as partes que o criaram<sup>9</sup>.*

Ora, se com relação aos contratantes o ato mantém sua eficácia, é evidente que não há falar em “nulidade”, inexistência ou anulabilidade. A nulidade do ato implica reconhecer como nulo o efeito jurídico pre-

<sup>9</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falências, Revista Forense.

tendido. O ato é inexistente, por sua vez, como preleciona Carvalho Santos, “quando lhe falta um elemento essencial à sua formação, de tal sorte que se não pode concebê-lo dada a ausência daquele elemento”<sup>10</sup>. O ato anulável, por seu turno, produz todos os efeitos desejados até sentença que o anule.

Assim, enquanto o ato nulo não produz qualquer efeito, o ato apenas ineficaz, o é tão-somente para determinadas pessoas, permanecendo, todavia, inteiramente válido para outras.

Diferenciam-se, fundamentalmente, pois, um do outro, de modo a não ensejar qualquer dúvida quanto à ineficácia relativa da ação revocatória.

Portanto, desde que o ato produza efeito com relação a terceiros e, por isso subsista inteiramente, malgrado não se cerque de eficácia unicamente para a massa falida, a ineficácia é, inquestionavelmente, relativa e não absoluta.

Por isso que só aproveita à massa, não ficando insubsistente *in totum* – a ineficácia do ato é relativamente à massa (RT 399/155).

Jayme Leonel, na sua consagrada monografia<sup>11</sup>, **expungindo** a revocatória falencial da nulidade e do ato ilícito, conclui que:

*Inegavelmente a corrente vencedora é formada por aqueles que entendem que a revocatória, pelo escopo que tem em vista, não é uma ação de nulidade no sentido comum em que se emprega aquela expressão, nem uma ação com que apenas se busca ressarcir danos dos credores, mas sim uma ação pessoal de restituição, por meio da qual as partes são restituídas ao estado anterior ao ato impugnado.*

10 SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. [s.l.]: Freitas Bastos, 1963. v.3.  
11 LEONEL, Jayme, obra citada.

### 3- FUNDAMENTOS DA AÇÃO REVOCATÓRIA

A rigor, podemos observar a existência, no Direito Falimentar Brasileiro, de duas espécies de ação revocatória:

- a) Revocatória por ineficácia;
- b) Revocatória por fraude.

A primeira é a que vem disciplinada no art. 52, da Lei Falimentar, e decorre da prática, pelo falido, dos atos e fatos enumerados nos incisos I/VII, do dispositivo legal nominado, havendo ou não intenção de prejudicar credores.

A segunda, ao revés, pressupõe, necessariamente, o intuito fraudulento, isto é, a existência da *concilium fraudis*, acompanhada de efetivo prejuízo (*eventi danni*).

Observe-se, por medida de cautela, com Silvio Marcondes<sup>12</sup>, que o intuito fraudulento (*consilium fraudis*), na espécie em exame, significa propósito, deliberação e não união, conluio:

*...convém desmanchar equívoco que freqüentemente embaraça a exata aplicação do conceito de consilium fraudis. Na verdade, anota Pontes de Miranda que “alguns julgados confundem consilium fraudis, propósito de fraude, ou intento de fraudar, com acordo, talvez por confundirem consilium e concilium, união”. Cabe acrescentar que o engano ocorre também na*

12 MARCONDES, Silvio. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

*doutrina. Autores há que não distinguem consilium (com s), de concilium (com c), significativos, o primeiro, de deliberação, resolução, desígnio e, o segundo, de ajuntamento, ligação, união (Saraiva, Novíssimo Dicionário Latino-Português). Confusão que os leva a traduzir consilium fraudis, não por “intuito fraudulento” (de um sujeito), mas por ... “ajuste fraudulento” (de dois sujeitos).*

Na hipótese do art. 52, desnecessária é a intenção, o propósito (o consilium fraudis) – “seja ou não intenção deste fraudar credores”.

Na invocação do art. 53, o consilium fraudis, o intuito de prejudicar os credores é imprescindível. A ausência do intuito de fraudar impede a procedência da ação revocatória fundada no art. 53 da Lei de Falências.

Já o observava, com a propriedade de todos proclamada, o eminente Miranda Valverde:

*A ineficácia dos atos especificados no art. 52 está para a ineficácia, de que cogita o art. 53, como a nulidade em relação à anulabilidade. O fato da falência, por si só, determinar a ineficácia dos atos discriminados no art. 52. A fraude, entretanto, é necessária para conseguir-se a decretação da ineficácia dos atos a que alude o art. 53<sup>13</sup>.*

13 VALVERDE, Trajano de Miranda, obra citada.

#### 4- DA IMPRESCINDIBILIDADE DA AÇÃO REVOCATÓRIA PARA A DECRETAÇÃO DA INEFICÁCIA

A ação revocatória é instrumento fundamental para a decretação da ineficácia do ato jurídico, por isso que específica para a tutela dos interesses dos credores do falido.

A revocatória é proposta pelo síndico, não em seu próprio nome, mas em nome da massa, como põe em relevo Christino Almeida do Valle<sup>14</sup> e, como em verdade, beneficia a todos os credores, a própria legislação falimentar os legitima para a ação nominada, na omissão do primeiro, *ex vi* do disposto no art. 55 do Decreto-lei nº 7661/45.

De outro lado, sendo verdadeira ação de indenização dos prejuízos causados à massa<sup>15</sup>, submete-se tal ação à regra estabelecida no art. 7º, § 2º da Lei de Falências – *a vis attractiva* do Juízo Universal.

Assim considerando, entre ser indispensável a propositura da ação revocatória para a decretação da ineficácia do ato jurídico, só ao Juízo da Falência é dado tal pronunciamento.

É, aliás, o que estabelece o art. 56 da Lei de Falência: “a ação revocatória correrá perante o Juízo da falência e se terá curso ordinário”.

Submetida ao rito ou procedimento ordinário, (art. 282 e seguintes do CPC), ação revocatória, ainda que fundada no art. 52 da Lei de Falências, enseja ao réu ampla defesa, possibilitando-lhe, inclusive, a prova da inoccorrência dos atos e fatos enumerados nos incisos I/VII do art. 52.

14 VALLE, Christino Almeida. Teoria e prática da ação revocatória. [s.l.]: Aide Editora, 1987.

15 MENDONÇA, J.T. Carvalho de, obra citada.

Com efeito, conquanto tais atos e fatos independam da intenção do falido ou do terceiro que com ele contrata (ao revés do que sucede na hipótese do art. 53, em que mister se faz a prova do *consilium fraudis* e do *eventi danni*), ao réu será dado demonstrar que o ato jurídico cuja ineficácia se pretende, por suas características, não se enquadra no rol dos atos e fatos referidos no art. 52 da Lei de Quebra.

Com efeito, malgrado independa do elemento subjetivo, a ineficácia do ato jurídico, prevista no art. 52 da Lei de Falências, só poderá ser proclamada na ocorrência dos fatos ali invocados, a saber:

- I – pagamento de dívidas não vencidas...;
- II – pagamento de dívidas vencidas...;
- III – constituição de direito real...;
- IV – atos a título gratuito...;
- V – renúncia a herança ou legado...;
- VI – restituição antecipada de dote...;
- VII – inscrições de direito real...;
- VIII – venda ou transferência de estabelecimento comercial...;

Assim, proposta que seja, pela massa falida, a ação revocatória, essa, necessariamente, escudar-se-á numa das hipóteses acima enumeradas, já que, como facilmente se percebe, a enumeração do art. 52, da Lei de Falências, é exaustiva e não meramente exemplificativa.

Nessas condições, ao Juiz não é dada sequer a aplicação da analogia, impondo-se, com extremado rigor, apurar-se a tipicidade do ato inquinado como ineficaz.

Se o ato em questão não se enquadrar, de forma inconteste, nas hipóteses enumeradas no art. 52, não há falar em ineficácia.

## 5- DO TERMO LEGAL

Da leitura atenta do art. 52, incisos I e III, da Lei Falimentar, fácil é observar que os fatos ali enumerados só poderão ser considerados ineficazes se levados a efeito **no termo legal da falência**.

Em conformidade com o que dispõe o art. 14, III, o termo legal será fixado pelo juiz, na sentença declaratória da falência. Tal termo, também denominado “período suspeito”, objetiva fixar o espaço de tempo em que os atos praticados pelo falido sejam ineficazes por prejudiciais ao credores<sup>16</sup>.

O termo legal (e não, obviamente, a sentença declaratória), poderá retroagir no máximo sessenta dias, contados do primeiro protesto por falta de pagamento, ou do despacho ao requerimento inicial da falência, ou da distribuição do pedido de concordata preventiva.

Assim, decretada a falência, seja em decorrência da denegação de concordata preventiva, ou do descumprimento da mesma, o termo legal a ser fixado na sentença declaratória da quebra só pode retroagir até a data do despacho inicial nela (a concordata) proferido.

De outro lado, para a fixação do termo legal, e, conseqüentemente, para a acolhida da ação revocatória, é fundamental a caracterização da insolvência do devedor.

16 ALMEIDA, Amador Paes de, obra citada.

*Quando o devedor sente a aproximação do desapossamento de seus bens pela falência, tenta adiá-la, ou evitá-la, esperando de restabelecer a normalidade de seus negócios; e, assim, lança mão de meios ruinosos, os quais lhe agravam a situação. Nessa conjuntura, pressionado pelos credores, reembolsando-os com prejuízo ou sacrifício, concede-lhes garantias especiais, em permuta com dilações etc., sempre em prejuízo aos credores”, lembra Christino Almeida do Valle<sup>17</sup>.*

Ora, se, todavia, não há insolvência (ou porque paga a totalidade dos credores, ou ainda, porque inexistente pedido expresso de concordata preventiva), o termo legal só poderá ser fixado em data retroativa ao primeiro protesto por falta de pagamento, delimitando-se, de forma adequada, o chamado “período suspeito”.

## 6- DÍVIDAS NÃO VENCIDAS E DÍVIDAS VENCIDAS

Ao disciplinar a ineficácia do pagamento de **dívidas não vencidas**, quis o legislador referir-se às formas usuais de extinção das obrigações – pagamento, dação em pagamento ou “qualquer outro meio extintivo do direito de crédito”.

Pagamento, como se sabe, é o modo usual, padrão, de cumprimento das obrigações. Na expressão de Clóvis Beviláqua “é a satisfação do prometido ou devido em qualquer variedade de obrigação”<sup>18</sup>.

Dação em pagamento, ao revés, é o pagamento mediante coisa que não seja dinheiro, em substituição àquela fixada como objeto da prestação convencional.

17 VALLE, Christino Almeida do, obra citada.

18 BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito das Obrigações*. 8. ed. [s.l.]: Livraria Francisco Alves, 1954.

Na lição do consagrado Washington de Barros Monteiro:

*a dação em pagamento é um acordo convencional entre credor e devedor por via do qual aquiesce o primeiro em receber do segundo, para desobrigá-lo de uma dívida, objeto diferente do que constituiu a obrigação<sup>19</sup>.*

O traço fundamental da dação em pagamento, além, obviamente, do consentimento do credor é, ainda na expressão do ínclito jurista nominado, “a diversidade da prestação oferecida em relação à dívida originária”.

Em se tratando de dívidas vencidas, abriu o legislador uma exceção – a forma prevista no contrato.

*É eficaz esse pagamento de dívida vencida e exigível, se este pagamento realizado dentro do termo legal da falência estiver previsto no contrato que disciplinava a solução da obrigação”, ressalta Walter T. Álvares<sup>20</sup>.*

Exclui-se, de forma inequívoca, da previsão legal acima nominada, o distrato, quanto patente o inadimplemento do devedor.

Antes de tudo, porque se trata de hipótese não enumerada no art. 52, incisos I/VII da Lei Falimentar que é, como observamos, exaustiva e não exemplificativa.

Observe-se que, sobretudo na compra e venda, o distrato é decorrência do inadimplemento do devedor, já que, via de regra, o negócio é realizado sob condição resolutiva.

Assim considerando, celebrado que seja o negócio com a adoção do pacto comissório, lícita a rescisão, ainda que levada a efeito dentro do termo legal.

19 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

20 ÁLVARES, Walter T. *Direito falimentar*. 6. ed. [s.l.]: Sugestões Literárias, 1977.

*Quando o devedor sente a aproximação do desapossamento de seus bens pela falência, tenta adiá-la, ou evitá-la, esperando de restabelecer a normalidade de seus negócios; e, assim, lança mão de meios ruinosos, os quais lhe agravam a situação. Nessa conjuntura, pressionado pelos credores, reembolsando-os com prejuízo ou sacrifício, concede-lhes garantias especiais, em permuta com dilações etc., sempre em prejuízo aos credores”, lembra Christino Almeida do Valle<sup>17</sup>.*

Ora, se, todavia, não há insolvência (ou porque paga a totalidade dos credores, ou ainda, porque inexistente pedido expresso de concordata preventiva), o termo legal só poderá ser fixado em data retroativa ao primeiro protesto por falta de pagamento, delimitando-se, de forma adequada, o chamado “período suspeito”.

## 6- DÍVIDAS NÃO VENCIDAS E DÍVIDAS VENCIDAS

Ao disciplinar a ineficácia do pagamento de **dívidas não vencidas**, quis o legislador referir-se às formas usuais de extinção das obrigações – pagamento, dação em pagamento ou “qualquer outro meio extintivo do direito de crédito”.

Pagamento, como se sabe, é o modo usual, padrão, de cumprimento das obrigações. Na expressão de Clóvis Beviláqua “é a satisfação do prometido ou devido em qualquer variedade de obrigação”<sup>18</sup>.

Dação em pagamento, ao revés, é o pagamento mediante coisa que não seja dinheiro, em substituição àquela fixada como objeto da prestação convencionalada.

17 VALLE, Christino Almeida do, obra citada.

18 BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito das Obrigações*. 8. ed. [s.l.]: Livraria Francisco Alves, 1954.

Na lição do consagrado Washington de Barros Monteiro:

*a dação em pagamento é um acordo convencional entre credor e devedor por via do qual aquiesce o primeiro em receber do segundo, para desobrigá-lo de uma dívida, objeto diferente do que constituiu a obrigação<sup>19</sup>.*

O traço fundamental da dação em pagamento, além, obviamente, do consentimento do credor é, ainda na expressão do ínclito jurista nominado, “a diversidade da prestação oferecida em relação à dívida originária”.

Em se tratando de dívidas vencidas, abriu o legislador uma exceção – a forma prevista no contrato.

*É eficaz esse pagamento de dívida vencida e exigível, se este pagamento realizado dentro do termo legal da falência estiver previsto no contrato que disciplinava a solução da obrigação”, ressalta Walter T. Álvares<sup>20</sup>.*

Exclui-se, de forma inequívoca, da previsão legal acima nominada, o distrato, quanto patente o inadimplemento do devedor.

Antes de tudo, porque se trata de hipótese não enumerada no art. 52, incisos I/VII da Lei Falimentar que é, como observamos, exaustiva e não exemplificativa.

Observe-se que, sobretudo na compra e venda, o distrato é decorrência do inadimplemento do devedor, já que, via de regra, o negócio é realizado sob condição resolutiva.

Assim considerando, celebrado que seja o negócio com a adoção do pacto comissório, lícita a rescisão, ainda que levada a efeito dentro do termo legal.

19 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

20 ÁLVARES, Walter T. *Direito falimentar*. 6. ed. [s.l.]: Sugestões Literárias, 1977.

Condicionada a venda, porque adotado o pacto comissório, a rescisão contratual é mera decorrência lógica do inadimplemento do devedor.

Observe-se que a cláusula resolutória expressa opera-se de pleno direito, na forma disposta no art. 119, parágrafo único do Código Civil.

Ressalte-se que verificada a condição resolutiva, o contrato é considerado *ut ex tunc*, ou seja, como inexistente.

Não se trata, portanto, de modo de extinção de direito de crédito.

Na lição de Carvalho Santos;

*A resolução opera-se de pleno, se se trata de uma condição resolutiva expressa, atuando ipso pure por efeito único da lei.*

*E desde logo o direito, que o autor da declaração da vontade havia criado, deixa de existir, de acordo, aliás, com aquela mesma vontade que já havia de antemão previsto esse efeito.*

*Operando-se a revogação da obrigação, o credor fica obrigado a restituir o que recebeu. Sendo o contrato reputado como nunca tendo existido, as prestações recíprocas que tiverem sido feitas são, como consequência, consideradas sem causa.<sup>21</sup>*

Ora, operando-se a resolução, por inadimplemento do devedor, lícita a rescisão do contrato, ainda que levada a efeito no termo legal, época em que o falido

<sup>21</sup> SANTOS, J.M. de Carvalho, obra citada.

ainda não o era, tendo, portanto, a livre administração dos seus bens.

Por isso que inegavelmente correta a decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

*é válido o distrato oneroso feito com o falido, antes da falência, mas dentro do seu termo legal, de referência à compra e venda de bens móveis clausurada com reserva de domínio.<sup>22</sup>*

## 7- A AÇÃO REVOCATÓRIA E A LEI DE REGISTROS PÚBLICOS

Em que pesem opiniões respeitáveis em contrário, entendemos que o art. 215 da Lei nº 6.015/73 (a Lei de Registros Públicos) não revogou o inciso VII, do art. 52, do Decreto-lei nº 7.661/45 (a Lei de Falências).

A circunstância de a primeira ser posterior à segunda, por si só, não é de molde a amparar conclusão favorável à revogabilidade.

Com a autoridade de todos reconhecida, ensina Carlos Maximiliano ser dever do intérprete:

*comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e alcance de cada uma. Só em caso de resistirem as incompatibilidades, vitoriosamente, a todo esforço de aproximação, é que se opina em sentido eliminatório da regra mais antiga, ou de parte*

<sup>22</sup> FRANCESCHINI, José. *Repertório Jurisprudencial*.

Condicionada a venda, porque adotado o pacto comissório, a rescisão contratual é mera decorrência lógica do inadimplemento do devedor.

Observe-se que a cláusula resolutória expressa opera-se de pleno direito, na forma disposta no art. 119, parágrafo único do Código Civil.

Ressalte-se que verificada a condição resolutiva, o contrato é considerado *ut ex tunc*, ou seja, como inexistente.

Não se trata, portanto, de modo de extinção de direito de crédito.

Na lição de Carvalho Santos;

*A resolução opera-se de pleno, se se trata de uma condição resolutiva expressa, atuando ipso pure por efeito único da lei.*

*E desde logo o direito, que o autor da declaração da vontade havia criado, deixa de existir, de acordo, aliás, com aquela mesma vontade que já havia de antemão previsto esse efeito.*

*Operando-se a revogação da obrigação, o credor fica obrigado a restituir o que recebeu. Sendo o contrato reputado como nunca tendo existido, as prestações recíprocas que tiverem sido feitas são, como consequência, consideradas sem causa.<sup>21</sup>*

Ora, operando-se a resolução, por inadimplemento do devedor, lícita a rescisão do contrato, ainda que levada a efeito no termo legal, época em que o falido

<sup>21</sup> SANTOS, J.M. de Carvalho, obra citada.

ainda não o era, tendo, portanto, a livre administração dos seus bens.

Por isso que inegavelmente correta a decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

*é válido o distrato oneroso feito com o falido, antes da falência, mas dentro do seu termo legal, de referência à compra e venda de bens móveis clausurada com reserva de domínio.<sup>22</sup>*

## 7- A AÇÃO REVOCATÓRIA E A LEI DE REGISTROS PÚBLICOS

Em que pesem opiniões respeitáveis em contrário, entendemos que o art. 215 da Lei nº 6.015/73 (a Lei de Registros Públicos) não revogou o inciso VII, do art. 52, do Decreto-lei nº 7.661/45 (a Lei de Falências).

A circunstância de a primeira ser posterior à segunda, por si só, não é de molde a amparar conclusão favorável à revogabilidade.

Com a autoridade de todos reconhecida, ensina Carlos Maximiliano ser dever do intérprete:

*comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e alcance de cada uma. Só em caso de resistirem as incompatibilidades, vitoriosamente, a todo esforço de aproximação, é que se opina em sentido eliminatório da regra mais antiga, ou de parte*

<sup>22</sup> FRANCESCHINI, José. *Repertório Jurisprudencial*.

*da mesma, pois que ainda será possível concluir pela existência de antinomia irreduzível, porém parcial, de modo que afete apenas a perpetuidade de uma fração do dispositivo anterior, contrariada, de frente, pelo posterior.*<sup>23</sup>

Em consonância com os princípios da interpretação teleológica, antes de tudo, é fundamental pôr-se em relevo o espírito da norma jurídica, buscando-lhe o real objetivo. Na sempre presente advertência de Clóvis Beviláqua

– “o intérprete, em nossos dias, não indaga qual seja a vontade do legislador... O que interessa é determinar o fundamento e a finalidade da lei, o porquê e o para quê”<sup>24</sup>.

É indispensável, portanto, atentar-se para a finalidade prática da norma jurídica, considerando-se, inclusive, as condições sociais da época em que é posta em prática.

Ora, a Lei de Falências e a Lei de Registros Públicos, são, inegavelmente, leis distintas, com finalidades e alcances diversos.

Como põe em relevo o § 1º, do art. 2º, do Decreto-lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro):

*a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível, ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.*

Nenhuma das hipóteses, entretanto, vem de ocorrer.

23 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1925.

24 BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. [s.l.]: Livraria Francisco Alves, 1954.

A Lei de Registros Públicos, em nenhum dos seus dispositivos declara expressamente a revogação do inciso VII, do art. 52, da Lei de Falências. Tampouco regula inteiramente a matéria dessa última.

De outro lado, a incompatibilidade é meramente aparente, já que a ação revocatória subsiste, com o resultado dela decorrente, na eventualidade da sua procedência, a ineficácia do ato jurídico com relação à massa.

A rigor, os dispositivos se completam. A nulidade do registro é decorrência da ineficácia do ato jurídico, proclamado em ação revocatória. Se, ao revés, ou porque não proposta a ação revocatória, ou se proposta essa, a sentença conclui pela sua improcedência, o registro subsiste, sem que se possa falar em nulidade.

É, aliás, a única e razoável explicação para que se justifique a inclusão de matéria pertinente à falência na Lei de Registros Públicos.

Na verdade, o que buscou o legislador foi a compatibilização do registro imobiliário, com a Lei Falimentar.

A nulidade do art. 215, da Lei de Registros Públicos, portanto, só pode ser proclamada no Juízo Universal, como, aliás, põe em relevo Walter Ceneviva: “sua aplicação depende de sentença judicial em processo contencioso, oriundo da falência, na qual a contenciosidade preexiste”<sup>25</sup>.

Nessas condições, no Juízo da Falência, em ação revocatória através do procedimento ordinário e, portanto, com ampla defesa, se proclamará a nulidade ou não do

25 CENEVIVA, Walter. *Lei de Registros Públicos Comentada*. São Paulo: Saraiva, 1989.

registro. Nulidade, bem se vê, **casual**, por isso que dependente de decisão proferida em ação revocatória falencial.

A ineficácia do ato jurídico e conseqüente nulidade do registro pressupõem, necessariamente, a interposição da ação revocatória, não encontrando acolhida, data vênua, o argumento que vem sendo sustentando de que, o art. 215 da Lei de Registros Públicos, por ser mais amplo, revogou o art. 52, VII, da Lei de Falências.

Com a propriedade que lhe é de todos reconhecida, em lição que resiste ao tempo, já observava o clássico Carvalho de Mendonça que:

*a ação revocatória tem por fim pronunciar em relação à massa a ineficácia ou a revogação do ato jurídico do devedor praticado antes da falência, para que entrem na massa os bens indevidamente retirados do seu patrimônio; ela é uma ação de reintegração do patrimônio do devedor; é uma ação de restituição*<sup>26</sup>

Ainda que se admita a declaração *ex officio* de ineficácia do ato jurídico, e, por via de conseqüência, da nulidade do registro imobiliário (Processo de Falência e Concordata, José da Silva Pacheco, 6ª ed., Forense, p. 338), impõe-se, de qualquer forma, o decreto judicial do Juízo Falimentar, vez que o juízo da falência “exerce *vis attractiva* sobre todos os processos que lhe sejam pertinentes.”<sup>27</sup>

26 MENDONÇA, Carvalho de, obra citada, vol. VII, p. 559.

27 BATALHA, Wilson S. C. *Falências e Concordatas*. 2. ed. Rio de Janeiro: LTr, [19??]. p. 423.

Ademais disso, a decretação *ex officio* da ineficácia do ato jurídico, e conseqüente nulidade do registro, se admitida, será “incidentemente” em ação ou defesa, e esta não poderá ser outra senão a ação revocatória falencial.

# MEDIDAS PROVISÓRIAS: O EXECUTIVO EM AÇÃO, A SOCIEDADE EM CHOQUE E A DEMOCRACIA EM XEQUE.\*

*Andréa Silva Marrocos de Oliveira*  
Aluna da Escola de Magistratura de Pernambuco (ESMAPE)

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. DIREITO CONSTITUCIONAL E POLÍTICA 3. DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL ; 3.1- Sobre os pressupostos; 3.2- Breves reflexões sobre o controle legislativo; 3.3- O absurdo das reedições; 3.4- A timidez da Corte Constitucional; 4. CONCLUSÃO 5. REFERENCIAS.

### 1. INTRODUÇÃO

Antes de iniciar propriamente as reflexões sobre as medidas provisórias na atualidade brasileira - tema bastante polêmico e que merece todas as atenções - faz-se necessário algum esclarecimento acerca da opção metodológica definida na abordagem da matéria.

O tema em questão tem sido amplamente discutido no cenário jurídico, de forma que são inúmeros livros, monografias e artigos que tratam do instituto da medida provisória e, numa rápida pesquisa, é possível encontrar estudos sérios a respeito.

\* Monografia vencedora do 1º Concurso de Monografias Jurídicas - Prêmio "Barbosa Lima Sobrinho", promovido pela ESMAPE.

# MEDIDAS PROVISÓRIAS: O EXECUTIVO EM AÇÃO, A SOCIEDADE EM CHOQUE E A DEMOCRACIA EM XEQUE.\*

**Andréa Silva Marrocos de Oliveira**  
Aluna da Escola de Magistratura de Pernambuco (ESMAPE)

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. DIREITO CONSTITUCIONAL E POLÍTICA 3. DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL ; 3.1- Sobre os pressupostos; 3.2- Breves reflexões sobre o controle legislativo; 3.3- O absurdo das reedições; 3.4- A timidez da Corte Constitucional; 4. CONCLUSÃO 5. REFERENCIAS.

### 1. INTRODUÇÃO

Antes de iniciar propriamente as reflexões sobre as medidas provisórias na atualidade brasileira - tema bastante polêmico e que merece todas as atenções - faz-se necessário algum esclarecimento acerca da opção metodológica definida na abordagem da matéria.

O tema em questão tem sido amplamente discutido no cenário jurídico, de forma que são inúmeros livros, monografias e artigos que tratam do instituto da medida provisória e, numa rápida pesquisa, é possível encontrar estudos sérios a respeito.

\* Monografia vencedora do 1º Concurso de Monografias Jurídicas - Prêmio "Barbosa Lima Sobrinho", promovido pela ESMAPE.

Por si só, a variedade de autores e de bons autores que revelaram preocupação com esse importante tema torna ainda mais difícil a tarefa de quem se propõe a dizer algo mais, exatamente para não cair na mesmice de reproduzir o que já fora dito.

Diante da árdua missão de trazer novas ponderações sobre o problema da legislação de urgência no Brasil, procurou-se analisar o tema numa perspectiva que tenta ir além do enfoque visualizado pela maioria dos escritos sobre as medidas provisórias. Tal perspectiva procura fugir de uma mera repetição da doutrina, a fim de trazer valores que têm sido colocados em segundo plano, mas que, paradoxalmente, são inafastáveis deste debate.

De forma até mesmo simplista e menos aprofundada do que se desejaria - em função da escassez de tempo e da complexidade que o tema "medidas provisórias" suscita no cenário atual -, procurar-se-á trazer algumas considerações e acrescentar ao debate novos pontos de reflexão ou, pelo menos, tópicos que não têm sido suficientemente valorizados nos estudos conhecidos.

O corte metodológico adotado tem como propósito consagrar a idéia de que o jurídico e o político andam juntos, há pontos de contato entre eles, ainda mais quando se pretende falar em Direito Constitucional. Tratar de medidas provisórias, dessa maneira, é, obviamente, tratar de Direito Constitucional e, por isso, tratar de Política.

Mesmo que se verifique que nos países periféricos<sup>1</sup>, como o Brasil, os apoios da classe governantes aos interesses da minoria economicamente mais forte interferem substancial e prejudicialmente no cenário normativo, é preciso ter atenção para não confundir Política com "jogo sujo de poder", esse último verificado sobretudo em países onde a democracia (consciência democrática) ainda é recente e/ou apenas formal.

A Política está presente em todo e qualquer país e condiciona e é condicionada pelo ordenamento jurídico, ou seja, a intersecção entre Política e Direito não é uma singularidade brasileira, nem questão recente na história das sociedades ocidentais.

Este trabalho tem como objetivo analisar o uso que se tem feito das medidas provisórias numa perspectiva mais zetética e menos dogmática<sup>2</sup>. Isso porque os aspectos essencialmente jurídicos, nesse caso com mais intensidade, são consequência da forma como o poder político (sem esquecer do econômico) tem sido exercido no Brasil.

Não se coloca em dúvida a importância de trazer para a discussão aspectos jurídicos das medidas provisórias, mas se entende que esses são uma parte do problema e quando se volta as atenções apenas para a pers-

1 Expressão utilizada por Marcelo Neves e que, na linha de pensamento adotada por esse autor, define os países que não constituem um centro irradiador de idéias e teorias. Nesse sentido, o sistema jurídico desses países não seria dotado de autonomia suficiente para fazer face às injunções de natureza política, de sorte que, segundo o autor, o sistema jurídico brasileiro sofre influências bloqueantes e destrutivas de particularismos políticos e econômicos.

2 Tércio Sampaio Ferraz ensina que "o enfoque dogmático revela o ato de opinar e ressalva alguma das opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida".

pectiva legalista, acaba-se tirando de cena fatores centrais da crise do “reino provisório”<sup>3</sup>.

A motivação maior desta monografia é destacar a relevância da conscientização e da ampla participação do cidadão no debate sobre as medidas provisórias no Brasil.

Autores de grande significado para o Direito Constitucional moderno, a exemplo de Peter Häberle e Konrad Hesse, nas suas obras célebres, não desprezaram a contribuição do cidadão comum para tornar a Constituição uma força ativa.

Em que pese o brilhantismo destes dois autores, não é preciso recorrer à doutrina internacional nem ir além da cultura jurídica de Pernambuco para entender o que se passa no Brasil em termos jurídicos: viver e perceber que se vive sob uma “constitucionalização simbólica”<sup>4</sup> - valioso estudo realizado pelo professor Marcelo Neves - pode ser o começo de um novo e melhor Brasil.

## 2- DIREITO CONSTITUCIONAL E POLÍTICA

“ Não há autonomia do Direito sem democracia real.” (Habermas)

3 Recentemente a Revista Veja, em artigo sobre o excesso de medidas provisórias, referiu-se ao Brasil como o “reino provisório”. Conferir: REVISTA VEJA. No reino do provisório. Obtida pela internet: [www.uol.com.br/veja](http://www.uol.com.br/veja). Edição 1687, 14 fev 2001.

4 Segundo Marcelo Neves, em rápida síntese, a constitucionalização simbólica ocorre quando, sob a fachada de uma constituição que consagra valores democráticos, a concretização normativo-jurídica do texto constitucional é bloqueada de forma permanente e generalizada por injunções econômicas, políticas, familiares, de boas relações etc. Dessa forma, a Constituição não tem força normativa para filtrar essas destrutivas influências.

A interpenetração entre Política e Direito Constitucional é capaz de responder a muitas indagações sobre a efetividade das normas constitucionais, senão a todas. O compromisso político - de governantes e governados - com a democracia é ingrediente indispensável à concretização da Constituição e, sob essa perspectiva, muito do que se percebe na realidade jurídica pode ser explicado não pelas leis, mas através do contexto histórico-político brasileiro.

A forma como o poder político é exercido tem influência direta na aplicação dos valores consagrados na Magna Carta, também conhecida como Carta Política - termo que não surgiu por acaso. Só esse sinônimo já deveria ser suficiente para despertar a atenção quanto ao substrato ideológico da Lei Fundamental.

A separação entre Direito Constitucional e Política não traz benefícios nem aos juristas, que caminham na ilusão de que o político está fora do jurídico, nem aos cidadãos, que se distanciam cada vez do cenário político e do jurídico, na medida em que não se sentem (ou não são) representados pelos políticos que elegeram e sequer têm consciência dos seus direitos, pois quando lhes é dado algum esclarecimento, esse limita-se aos deveres.

Marcelo Neves, à luz da teoria dos sistemas de Luhmann, diz que “a constituição pode ser definida como vínculo estrutural entre sistemas jurídico e político”<sup>5</sup>.

5 Marcelo Neves apresenta reflexões no sentido de que as sobreposições particularistas do código político e econômico às questões jurídicas impossibilitam a construção da identidade do sistema jurídico. Tais sobreposições bloqueiam o exercício da cidadania, na medida em que essa significa exatamente a integração jurídica igualitária na sociedade, implicando direitos neutralizados das eventuais desigualdades econômicas e políticas.

O tema sob análise – as medidas provisórias no cenário político-jurídico brasileiro – quando observado exclusivamente sob a ótica jurídica, distancia-se do cerne da questão, problema fundamental que se observa na realidade do Brasil: o comprometimento de alguns dos valores inscritos no texto constitucional pelos *fatores reais de poder*<sup>6</sup>.

A grande maioria dos escritos que tratam das medidas provisórias comenta a evolução do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social. Procura-se sempre entender (e justificar) o Brasil através dos olhos alheios, dispensando-se as diferenças contextuais.

Diz-se que em certos Estados modernos também existem institutos semelhantes às medidas provisórias e neles se verifica a atividade legislativa do Executivo. Essa competência excepcional é freqüentemente justificada pela dinâmica das relações sociais, a intensidade das demandas econômicas e a velocidade das mudanças políticas, que reclamariam uma pronta intervenção do Estado<sup>7</sup>.

Não se deve desprezar o fato de que o Estado de Bem-Estar Social nunca chegou a se consolidar no Brasil, o que, no mínimo, gera a seguinte reflexão: se a função legislativa do Executivo é decorrência natural da evolução do Estado, qual a melhor forma de con-

6 Expressão freqüentemente trazida pelos autores de Direito Constitucional, mas que foi utilizada pela primeira vez por Ferdinand Lassalle, em conferência pronunciada em 1863, na antiga Prússia, publicada em português sob o título "A Essência da Constituição". Para Lassalle, a Constituição escrita não passa de mera folha de papel, enquanto a Constituição real corresponde à soma dos fatores reais e efetivos de poder que regem uma nação.

7 CLÉVE, Clemerson Merlin. *Medidas Provisórias*. [s.b.]: Max Limonad, 1999. Conferir a introdução do livro.

cebê-la naqueles países em que, na prática, nem democracia se desenvolveu no seu sentido real?

Afirma Clemerson Clève ser claro que,

*no presente momento da história política, é praticamente impossível proibir o Executivo de desempenhar, com menores ou maiores limites, a função legislativa* [e que o Brasil sentiu os efeitos dessa] *"tendência, hoje, universal.*

Em recente artigo publicado na Folha de São Paulo, intitulado "Elogio da Lentidão", de autoria do professor Milton Santos<sup>8</sup>, pode-se encontrar uma das mais sensatas críticas à "velocidade como uma necessidade" e à "pressa como uma virtude". Escreveu o autor:

*Não se trata de pregar o desconhecimento da modernidade - ou uma forma de regresso ao passado-, mas de encontrar as combinações que, segundo as circunstâncias próprias a cada povo, a cada região, a cada lugar, permitam a construção do bem-estar coletivo. É possível dispor da maior velocidade tecnicamente possível no momento e não utilizá-la. É possível fruir da modernidade nova, atual, sem ser obrigatoriamente o mais veloz.*

O referido artigo não trata de medidas provisórias, mas as reflexões políticas que Milton Santos suscita são importantes para este debate e não podem deixar de ser lidas por aqueles que defendem que velocidade é imprescindível à modernidade.

8 Milton Santos é professor emérito da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, autor, entre outros livros, de "Por uma Outra Globalização" (Record).

É necessário esclarecer que mecanismos que permitam uma rápida e eficaz solução de eventuais circunstâncias imprevistas, relevantes e urgentes não trazem necessariamente uma ameaça à democracia real (que não se confunde com democracia formal). Entretanto, o uso que se faz desses mecanismos, sobretudo em países que não desenvolveram consciência democrática, pode ensejar sérios prejuízos à concretização dos valores consagrados pelo texto constitucional. A questão não é a medida provisória em si, mas o uso que se faz dela.

Ainda que se encontre no direito alienígena a competência excepcional conferida ao chefe do Executivo, não se deve esquecer de que “as aves que aqui gorjeiam, não gorjeiam como lá”. A identidade do Brasil é única, a história do Brasil não se confunde, por exemplo, com a da Itália – onde o constituinte de 1988 buscou inspiração para substituir os decretos-lei pelas medidas provisórias.

As diferenças históricas, culturais, econômicas e políticas devem ser levadas em consideração ao se importar qualquer instituto do direito estrangeiro, sob pena de incorrer na ilusão de que, para ser ultramoderno, basta copiar o que deu certo lá fora. Isso sem falar na ausência de reflexão sobre os benefícios, custos e finalidades da modernidade.

A Itália, tão mencionada nos debates sobre medidas provisórias, sequer tem o mesmo regime de governo que o Brasil: enquanto o regime italiano é parlamentarista, o Brasil optou pelo presidencialista. Em outras palavras, no sistema brasileiro a iniciativa das medidas provisórias compete, exclusiva e isoladamente ao Presidente da República; já na Itália, os *provve-*

*dimenti provvisori* dependem de iniciativa do Governo, isto é, do Conselho de Ministros, órgão colegiado de deliberação<sup>9</sup>.

A respeito do aproveitamento da experiência italiana, diz Clemerson Clève ser

*evidente que a atividade legislativa de urgência do Presidente da República haverá de deparar-se com limites ainda mais estreitos que aqueles encontráveis na experiência constitucional italiana. Por esta razão, concorde-se que a excepcionalidade do exercício da função legislativa pelo Executivo em nosso país deve ser mais marcante que a da Itália.*<sup>10</sup>

A experiência italiana pode e deve ser levada em consideração quando se pretende entender o uso que se faz da legislação de urgência no Brasil, entretanto, nada explica melhor a hemorragia de MPs do que os próprios fatores reais do poder na sociedade brasileira.

O artigo 62 da Constituição de 1988, tal como está disposto, pode elucidar a idéia acima. Convém assinalar que, à luz do seu texto, não há limitações objetivas ao número de medidas provisórias, assim, é possível que o Presidente da República edite 5 medidas provisórias por mês ou 5 por dia. Essa possibilidade demonstra que a motivação para a prudência no exercício do poder não está no texto, mas no ambiente democrático, crítico e consciente onde o poder é exercido.

Lamentavelmente, a tradição histórica brasileira mostra o Executivo hipertrofiado e substancialmente

<sup>9</sup> HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 580-581.

<sup>10</sup> CLÈVE, Ob. cit., p. 43-44.

comprometido com os interesses da classe economicamente mais forte.

Estudos que analisam as medidas provisórias no contexto atual brasileiro, em sua maioria, - registre-se mais uma vez Clemerson Clève<sup>11</sup> - defendem não ser possível deixar de considerar que “no mundo contemporâneo, as sociedades políticas avançadas têm atribuído ao Executivo (...) o exercício da função legislativa.”

É suficiente apenas uma leitura cautelosa da citação acima para perceber, de imediato, um pequeno detalhe: o Brasil não é uma sociedade política avançada.

Se a Constituição Brasileira segue a “tendência universal”, coerente com o processo histórico dos países modernos (ainda que seja na folha de papel), e atribui ao Executivo a competência extraordinária de editar medidas provisórias com força de lei, não se pode esquecer de que o Brasil, mais do que nunca, se encontra envolvido num processo de profunda transformação de política internacional, o que tem comprometido a legitimidade dos atos praticados pelo Executivo.

Por essa razão, é necessário que internamente sejam criadas formas de controle do exercício dessa competência excepcional, tendo em vista que, além de estarem presentes a relevância da matéria e a urgência do provimento, o interesse dos cidadãos brasileiros é o que deve ser consagrado no uso das medidas provisórias.

Acrescente-se, também, que defender a legislação de urgência como um imperativo do Estado Moderno,

11 CLÈVE. Ob. Cit. p.19

no caso brasileiro, constitui uma afirmativa perigosa, na medida em que, se o poder já é exercido de maneira centralizadora desde quando se conhece este país, parece que agora surgiu um belo discurso técnico para legitimar o abuso de poder, afinal, qual cidadão brasileiro não sonha em viver num país “moderno”?

Para elucidar a preocupação com a participação do cidadão nas decisões políticas no Brasil, vem a propósito registrar as palavras do Professor João Maurício Adeodato:

*A extraordinária expansão da órbita do Estado moderno e a crescente complexidade do ordenamento jurídico a ele vinculado têm revelado um terreno propício para o que se pode chamar de ‘alienação política’: os processos de decisão são simplesmente incompreensíveis para a maior parte dos destinatários. Estimula-se a convicção de que o voto é participação suficiente e a massa do povo é transformada em ‘terceiros não-interessados’ na condução desses processos decisórios.*<sup>12</sup>

Será que o simples cidadão brasileiro sabe o que é uma medida provisória? Provavelmente, não. Mas na hora de comprar os remédios de que necessita, talvez o vendedor saiba dizer que o aumento do preço decorreu de uma medida provisória... E assim vai-se levando, não se sabe até quando.

Pior é que o próprio nome “medida provisória” pode ensejar a ilusão, por parte dos que não têm razoá-

12 Em artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito de Caruaru, Ano XXII, 1985, n. 16.

vel conhecimento do atual contexto jurídico-político brasileiro, de que o aumento é temporário, afinal, se a medida que o instituiu é provisória... Não deveria ser uma ilusão, mas a prática mostra que no Brasil tudo tem sido possível, inclusive a permanência do provisório.

Em artigo publicado na Revista da AJUFE<sup>13</sup>, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que, ante a singularidade do momento:

*Mesmo as noções jurídicas mais óbvias, mais primárias, são ignoradas ou simplesmente desaplicadas, dando margem, então, a que o curial pareça como problematizável, o evidente como duvidoso, o elementar como exotérico, o lógico como ilógico, o singelo como complexo e o básico como tema de alta indagação.*

O aumento do preço de remédios é apenas um exemplo entre centenas que poderiam ser usados e que levam à seguinte indagação: se as medidas provisórias já ultrapassaram todos os limites de tolerância, por que a sociedade se submete a elas? Não seria um caso legítimo para a desobediência civil<sup>14</sup>?

Se o próprio Supremo Tribunal Federal afirma que o Executivo pode e deve deixar de cumprir lei alegando que ela é flagrantemente inconstitucional<sup>15</sup>, por que a sociedade deve se subjugar à inflação de medidas provisórias não menos flagrantemente inconstitucio-

13 Conferir o artigo de Celso Antônio Bandeira de Mello, Medidas provisórias na Constituição Brasileira., publicado na *Revista da AJUFE*, A.18, n.62, 150, jul./set. 1999

14 Lições de John Locke,

15 Conferir o livro *MORAIS*, Alexandre de. *Direito Constitucional* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 536-537. e ainda RTJ 96/496 e a RDA 82/358.

nais, antidemocráticas, quando não antiéticas? Será que algum jurista já levantou essa possibilidade? A quem os cidadãos devem respeito: à nação ou ao rei absoluto e arbitrário?

Em países onde a constituição não tem mera função “simbólica”<sup>16</sup>, mas reveste-se de “força normativa”<sup>17</sup>, possivelmente o mesmo polêmico artigo 62 poderia vigorar por 200 anos durante os quais a média de medidas provisórias estaria em 5 por ano.

Inocêncio Mártires Coelho, em artigo publicado no Caderno Virtual do Instituto de Direito Público, no qual comenta a construção teórica de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição, afirma que tal força está intimamente ligada ao sentimento constitucional, ou seja, “ao respeito que os destinatários de votaram à Constituição, especialmente, aqueles que tenham poder de fato para violá-la e destruí-la”<sup>18</sup>.

O abuso das medidas provisórias, com o consequente desrespeito aos valores consagrados na Constituição de 1988, pois, enseja reflexões antes políticas depois jurídicas. Nesse caso, em especial, a formação do saber jurídico deve voltar os olhos para análises interdisciplinares.

### 3- DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL

É preciso que se reafirme o corte metodológico adotado neste trabalho: não se pretende, aqui, dissecar

16 Mais uma vez, mencione-se o estudo realizado pelo professor Marcelo Neves sobre a “constitucionalização simbólica”.

17 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*.

18 COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse e Peter Häberle: De volta aos fatores reais de poder. Disponível em: <<http://www.idp.org.br/rjv-indices.htm>> 29 mar. 2001.

vel conhecimento do atual contexto jurídico-político brasileiro, de que o aumento é temporário, afinal, se a medida que o instituiu é provisória... Não deveria ser uma ilusão, mas a prática mostra que no Brasil tudo tem sido possível, inclusive a permanência do provisório.

Em artigo publicado na Revista da AJUFE<sup>13</sup>, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que, ante a singularidade do momento:

*Mesmo as noções jurídicas mais óbvias, mais primárias, são ignoradas ou simplesmente desaplicadas, dando margem, então, a que o curial pareça como problematizável, o evidente como duvidoso, o elementar como exotérico, o lógico como ilógico, o singelo como complexo e o básico como tema de alta indagação.*

O aumento do preço de remédios é apenas um exemplo entre centenas que poderiam ser usados e que levam à seguinte indagação: se as medidas provisórias já ultrapassaram todos os limites de tolerância, por que a sociedade se submete a elas? Não seria um caso legítimo para a desobediência civil<sup>14</sup>?

Se o próprio Supremo Tribunal Federal afirma que o Executivo pode e deve deixar de cumprir lei alegando que ela é flagrantemente inconstitucional<sup>15</sup>, por que a sociedade deve se subjugar à inflação de medidas provisórias não menos flagrantemente inconstitucio-

13 Conferir o artigo de Celso Antônio Bandeira de Mello, Medidas provisórias na Constituição Brasileira., publicado na *Revista da AJUFE*, A.18, n.62, 150, jul./set. 1999

14 Lições de John Locke,

15 Conferir o livro *MORAIS*, Alexandre de. *Direito Constitucional* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 536-537. e ainda RTJ 96/496 e a RDA 82/358.

nais, antidemocráticas, quando não antiéticas? Será que algum jurista já levantou essa possibilidade? A quem os cidadãos devem respeito: à nação ou ao rei absoluto e arbitrário?

Em países onde a constituição não tem mera função “simbólica”<sup>16</sup>, mas reveste-se de “força normativa”<sup>17</sup>, possivelmente o mesmo polêmico artigo 62 poderia vigorar por 200 anos durante os quais a média de medidas provisórias estaria em 5 por ano.

Inocêncio Mártires Coelho, em artigo publicado no Caderno Virtual do Instituto de Direito Público, no qual comenta a construção teórica de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição, afirma que tal força está intimamente ligada ao sentimento constitucional, ou seja, “ao respeito que os destinatários de votaram à Constituição, especialmente, aqueles que tenham poder de fato para violá-la e destruí-la”<sup>18</sup>.

O abuso das medidas provisórias, com o consequente desrespeito aos valores consagrados na Constituição de 1988, pois, enseja reflexões antes políticas depois jurídicas. Nesse caso, em especial, a formação do saber jurídico deve voltar os olhos para análises interdisciplinares.

### 3- DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL

É preciso que se reafirme o corte metodológico adotado neste trabalho: não se pretende, aqui, dissecar

16 Mais uma vez, mencione-se o estudo realizado pelo professor Marcelo Neves sobre a “constitucionalização simbólica”.

17 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*.

18 COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse e Peter Häberle: De volta aos fatores reais de poder. Disponível em: <<http://www.idp.org.br/riv-indice.htm>> 29 mar. 2001.

o processo legislativo, a natureza, as características e os pressupostos das medidas provisórias. A perspectiva de análise do tema é preponderantemente zetética, entretanto, configuraria omissão gravíssima analisar esse instituto à margem do texto constitucional, desprezando a perspectiva dogmática.

A assimilação de ambas perspectivas é o melhor caminho para a efetivação dos valores constitucionalmente consagrados na Carta Política de 1988. O objetivo tanto daqueles que analisam o tema sob o enfoque teórico zetético, quanto daqueles que voltam suas atenções para o enfoque dogmático, certamente, é o mesmo: tornar a Constituição uma força efetiva.

As medidas provisórias estão previstas no art.62 e seu parágrafo único da Constituição de 1988 e, segundo a doutrina, vieram em substituição ao decreto-lei. De acordo com o artigo citado:

*Art. 62: Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de 5 dias.*

*Parágrafo único: As medidas provisórias perderão eficácia desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 30 dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.*

Comparando com o processo de edição do decreto-lei, que podia ser aprovado por decurso de prazo (art.55, Constituição 67/69), a sistemática para edição

de medida provisória pensada pelo constituinte de 1988 trouxe significativa inversão, ao prever a necessidade de manifestação do Legislativo.

A respeito da inovação, segundo respeitáveis doutrinadores, entre eles, o Professor Ivo Dantas, o conteúdo daquele apenas foi substituído e agora passa a se manifestar por medidas provisórias<sup>19</sup>, guardadas as devidas diferenças.

A expressão “decreto-lei” - bem como a sistemática flexível para sua feitura - foi excluída da Constituição de 1988, mas o papel hoje desempenhado pelas medidas provisórias parece ter o mesmo alcance que tinha aquele decreto.

A mudança do texto não foi, não é e dificilmente chegará a ser suficiente para que os vícios do passado político brasileiro não se repitam. A questão aí não é o texto, mas o contexto no qual lhe é dada interpretação, afinal, se a solução para todos os males fosse uma Constituição que consagrasse valores democráticos, o Brasil estaria a salvo.

Importante ressaltar, para reforçar o caráter histórico e secular do perfil autoritário da política nacional, que os decretos-leis surgiram na Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, e, no Estado Novo, o Executivo exerceu em toda plenitude o Poder Legislativo. Nesse período, cumpre registrar, “para que se faça justiça ao ditador”<sup>20</sup>, foram editadas importantes leis

<sup>19</sup> DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica: 1997, p.58.

<sup>20</sup> Ver artigo de Leomar Barros Amorim, publicado na Revista do Tribunal Regional Federal 1a. Região, 9(1), p.65-94, jan./mar. 1997.

do país, a exemplo do Código Penal, Código de Processo Penal e da Consolidação das Leis do Trabalho, vigentes até estes dias<sup>21</sup>.

### 3.1. Sobre os pressupostos

Na análise do art. 62, a primeira breve observação recairá sobre a natureza jurídica da medida provisória. A doutrina não é pacífica nesse sentido. Há autores que negam caráter legislativo à medida provisória, considerando-a mero ato administrativo<sup>22</sup>, há aqueles que a consideram profundamente diferente das leis<sup>23</sup>, há quem sustente que tem natureza de lei e, defendendo a tese de que a medida provisória é um ato político, não é nem jurisdicional, nem legal, cite-se Sérgio de Andréa Ferreira<sup>24</sup>.

A natureza jurídica da medida provisória, entretanto, é acolhida pela maioria da doutrina<sup>25</sup>. A propósito, mencione-se que são admitidas ações diretas de inconstitucionalidade contra medidas provisórias. Registre-se o ilustre constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes:

*Nenhuma dúvida subsiste sobre a admissibilidade do controle abstrato em relação às medidas provisórias. O Supremo Tribunal Federal tem concedido inúmeras liminares com o pro-*

21 *Idem*, p.69.

22 GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991, p.9-16

23 MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Ob. Cit.*

24 FERREIRA, Medida provisória: natureza jurídica. RTDP 1: 154.

25 Entre os doutrinadores: Eros Roberto Grau, Paulo Lopo Saraiva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Clemerson Clève, Caio Tácito.

*pósito de suspender a eficácia dessas medidas enquanto ato dotado de força normativa, res-salvando, porém, a sua validade enquanto proposição legislativa suscetível de ser convertida ou não em lei.*

Análise mais cuidadosa deve surgir no exame dos pressupostos exigidos pelo art.62 para o exercício dessa competência excepcionalíssima pelo Presidente da República: a relevância da matéria e a urgência da edição da medida provisória, a um só tempo, são indispensáveis para dar ensejo à competência normativa do Presidente da República. A validade da medida provisória depende da existência dos dois pressupostos simultaneamente. As delimitações dos conceitos “relevância e urgência” têm sido constantemente estudadas pela doutrina, na tentativa de lhes conferir maior precisão.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, inobstante tais conceitos sejam um tanto “vagos”, sempre existirá, em relação a quaisquer deles, uma ‘zona de certeza positiva’ (valendo-se de expressões de Saenz Moreno), compreensiva das hipóteses em que é indubitosa sua abrangência pelo conceito, e uma ‘zona de certeza negativa’, em que é indubitosa sua inaplicabilidade<sup>26</sup>. Em outros termos, parece que no exame dos pressupostos das medidas provisórias é necessário recorrer à lógica do razoável<sup>27</sup>.

Para Clemerson Clève, “possui relevância aquilo que é importante, proeminente, essencial, exigível, fun-

26 MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Op. Cit.* p.154

27 Faz-se referência a Récasens Siches.

damental ou indispensável”<sup>28</sup> e não é qualquer tipo de relevância que permite a edição de medidas provisórias, mas aquela que se vincula “unicamente à realização do interesse público” – vale ressaltar. Quanto à urgência, adverte o autor, essa indicaria o perigo do dano, a probabilidade de manifestar-se evento danoso: a relevância é da matéria e da situação e a urgência é do provimento<sup>29</sup>.

Ivo Dantas observa que os pressupostos exigidos para a legítima edição de medida provisória – relevância e urgência – “formam algo em torno do qual não se pode estabelecer conteúdo rígido, e daí indispensável a apreciação, caso a caso, pelo Poder Legislativo, a fim de apurar-se sua caracterização”<sup>30</sup>.

Merece consideração a discussão sobre o conteúdo vago e impreciso dos pressupostos autorizadores da medida provisória e é pertinente o argumento do professor Ivo Dantas no sentido de que a apreciação desses requisitos só pode se realizar caso a caso. A idéia de substituí-los por termos precisos e “inquestionáveis” certamente afetaria a alma da legislação de urgência, que consiste exatamente na possibilidade de remediar situações que não puderam ser previstas pelo legislador.

### 3.2 Breves reflexões sobre o controle legislativo

Questão importantíssima no estudo das medidas provisórias é a sua apreciação pelo Poder Legislativo.

28 CLÉVE, Clemerson Merlin, *op. cit.*, p.68-69.

29 *Ibid.* p.72.

30 DANTAS, *ob. cit.*, p.62.

Não é por acaso que a Constituição confere a esse poder o dever de examiná-las: a submissão da atividade legislativa exercida pelo Chefe do Executivo ao Poder Legislativo é uma exigência para o equilíbrio democrático.

Editada a medida, deve-se sujeitá-la de imediato à apreciação bicameral, realizada pelas duas casas que compõem o Poder Legislativo (Senado Federal e Câmara dos Deputados).

Apenas o texto da Constituição, entretanto, não tem sido capaz de bloquear o que Marcelo Neves chama de “imposição de relações reais do poder”<sup>31</sup>.

O fato é que o Congresso Nacional ainda não assumiu seu papel constitucional de fiscal da conveniência e da própria constitucionalidade das medidas provisórias.

Se o Legislativo exercesse seu dever – ressalte-se que não se trata de mera faculdade – respeitando “os padrões de ética política e os princípios democráticos mais elementares”<sup>32</sup>, possivelmente o risco de o Brasil vir a se transformar no único Estado “legislado” por prestações mensais<sup>33</sup> não seria tão iminente. Mas é ingenuidade atribuir a culpa do desastroso cenário político-jurídico atual exclusivamente ao Legislativo: o

31 Conferir o texto do professor Marcelo Neves publicado na *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a.33, n.132, out./dez. 1996 sob o título “Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder”.

32 Expressões utilizadas pelo então Deputado Fernando Coelho, em discurso intitulado “A ética do Governo”, publicado pela Câmara dos Deputados, numa coletânea de discursos proferidos pelo deputado sob o título “Constituinte e outros temas”. Brasília: 1982.

33 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 149.

problema da democracia formal no Brasil é resultado do seu próprio processo histórico, o qual, com o surgimento de movimentos sociais envolvidos criticamente na luta política, pode evoluir no sentido de criar condições para que a democracia se torne real.

### 3.3. O absurdo das reedições

São muitos os aspectos dogmáticos das medidas provisórias que merecem sérias reflexões hermenêuticas, isso não é novidade alguma. O acesso à literatura produzida sobre o tema revela a pluralidade de problemas sobre os quais estudiosos de Política e Direito Constitucional podem construir suas ponderações.

Diante do contexto atual, entretanto, arrisca-se afirmar que dentre tantos pontos importantes para reflexão, assume o altíssimo grau a questão da reedição de medida provisória.<sup>34</sup>

No debate sobre o limite de reedição de medida provisória resolver o conflito entre os poderes, antes de qualquer comentário, cumpre trazer notícia de um artigo publicado recentemente na Folha de São Paulo pelo respeitado constitucionalista Celso Ribeiro Bastos. Sua opinião foi no sentido de que a limitação da reedição não vai resolver o problema. Não é a opinião que se questiona - deixe-se claro - até mesmo porque Direito é, antes de tudo, argumentação. Questiona-se,

34 Igualmente revelante é o permissivo do art. 246 da CF/1988 que, às avessas, admite medida provisória para regulamentar dispositivos constitucionais anteriores ao ano de 1995. Embora neste trabalho não se pretenda discorrer sobre o assunto, não se pode deixar de registrar tamanho absurdo, ou absurdo sem tamanho.

sim, a sugestão proposta pelo eminente constitucionalista para restaurar a harmonia entre os poderes.

A citação peca pela extensão, mas não há como eliminar mais palavras, sob pena de esvaziar o conteúdo. Vejamos:

*O uso da medida provisória, desse modo, tornou-se praticamente franqueado a toda sorte de interesses, ganhando proporções não imaginadas pelo constituinte de 1988. Pretende-se, agora, corrigir esse erro por meio da edição de uma emenda à Constituição que modifique este estado de coisas. Todavia o projeto de emenda constitucional n° 427/97 não resolve o problema fundamental da medida provisória, qual seja, a questão de sua apreciação pelo Poder Legislativo. (...) Essa (a emenda), por sua vez, só será eficiente se prever alguma sorte de ameaça de dissolução do Congresso Nacional, caso esse se torne um estorvo para a apreciação do mérito da medida provisória.*

Dos escritos estudados sobre o tema, nenhum chamou tanto a atenção quanto esse. Entre tantas soluções imagináveis para resolver ou atenuar abuso das medidas provisórias, como optar pela que submete ainda mais o Poder Legislativo aos ditames do Chefe do Executivo?

Diante da história do Brasil, marcada por autoritarismo, centralização do poder, imposições e ingerências da pequena (mas poderosa) classe economicamente forte à política nacional, interesses especulativos, sugerir ameaça ao Legislativo como solução é, no mínimo, incompreensível.

O problema passa exatamente por outro viés: o da ampla conscientização, jamais o da submissão. A única submissão legítima e defensável num país que tenha as peculiaridades do Brasil e pretenda ser democrático é a dos governantes em relação aos interesses e desejos da Nação.

Pela perspectiva de Celso Ribeiro Bastos, imagine-se a seguinte hipótese: aprovada a emenda que prevê a dissolução do Congresso quando esse se tornar um **estorvo**<sup>35</sup> à apreciação das medidas constitucionais, diante da ameaça, o Congresso resolve trabalhar exaustivamente (e ainda assim não conseguiria acompanhar o ritmo do Chefe do Executivo) na apreciação das medidas. Recebe para apreciação, por exemplo (e não muito distante da realidade), 3 medidas provisórias por dia útil. Resolve aprovar 80% delas, no mínimo, já que sua tradição é marcada pela subserviência ao Executivo.

Questiona-se: está resolvido o problema do desrespeito flagrante à Constituição de 1988 por parte do Presidente da República? Está solucionado o problema do uso de medida provisória para toda sorte de interesses? A simples imposição ao Congresso de votá-las no mesmo dia de sua edição, por exemplo, resolve o barraco jurídico<sup>36</sup> no qual o Brasil se transformou?

Até quando persistirá a ilusão de que a letra da lei é suficiente para evitar atitudes antidemocráticas? Nessa perspectiva, o Brasil vai ser campeão universal isolado na produção de diplomas legais.

Ainda sobre a reiteração de medidas provisórias, entende Celso Antônio Bandeira de Mello que não é

35 Destaque nosso.

36 Expressão também usada em artigo da Revista *Veja*, Ob. Cit.

possível, quando tais institutos versam sobre os mesmos fatos e situações. Defende que reeditar medida expedida corresponderia a uma “afronta ao Poder Legislativo e a um manifesto extravasamento da competência do Presidente”.

Acrescenta o autor<sup>37</sup> que o caráter *anormal* das medidas provisórias, resultantes de seu desenho constitucional, é manifestamente incompatível com a reiteração delas: “é claro, pois, que, se fossem reiteráveis dentro do trintênio e ao cabo dele (...), assumiriam, em contradição com os dizeres constitucionais, o caráter de forma usual, corrente, normal, corriqueira de regência da vida social.”

Diante dessas colocações, alguns tópicos devem ser ventilados. Em primeiro lugar, a Constituição de 1988 precisa ser interpretada com seriedade pelos governantes, pelos políticos, pelos juristas, pelos cidadãos. Antes de se pensar numa emenda, deve-se consagrar a interpretação do texto constitucional, na maioria dos casos, suficiente para eliminar muitos problemas jurídicos e quiçá até políticos.

Nesse aspecto, é importante observar a experiência americana: a Constituição dos Estados Unidos da América é de 1787 e continua ativa porque, além das próprias características históricas, culturais, econômicas, sociais e políticas, privilegia-se a interpretação do texto constitucional e através de novas formas de compreensão do texto procura-se, na medida do possível, acompanhar as mutações sociais.

37 MELLO, op. cit., p. 148.

É óbvio que a história do Brasil é substancialmente distinta do processo histórico norte-americano, mas o exemplo de preservação da Constituição deveria inspirar os brasileiros, sobretudo os que têm poder para violá-la e destruí-la<sup>38</sup>.

Todas as potencialidades interpretativas do Texto Constitucional devem ser esgotadas, conforme sugere Luís Roberto Barroso<sup>39</sup>, acrescentando: “o resgate da imperatividade do Texto Constitucional e sua interpretação à luz da boa dogmática jurídica, por óbvio que possa parecer, é uma instigante novidade neste país acostumado a maltratar suas instituições<sup>40</sup>”.

### 3.4. A timidez da Corte Constitucional

A Constituição, como ordem jurídica fundamental de uma comunidade<sup>41</sup> e “elemento regulativo” do sistema político<sup>42</sup>, deve ser respeitada e preservada pela pluralidade de cidadãos.

Diante da importância máxima que a Lei Fundamental exerce sobre o Estado Democrático de Direito e da sua supremacia jurídica, Kelsen despertou a atenção para a importância de conferir a um Tribunal a função de guardião da Constituição. No Brasil, essa mis-

38 COELHO, Inocêncio Mártires. *ob.cit.*, obtida via internet.

39 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 260.

40 *Ibid.*

41 Para Konrad Hesse, a Constituição vem a ser caracterizada ou entendida como a “ordem jurídica fundamental de uma comunidade” ou o “plano estrutural para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais”.

42 Constituição na concepção de Niklas Luhmann.

são cumpre, precipuamente, ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, CF/1988).

Quanto às possíveis indagações sobre o cabimento de controle jurisdicional das medidas provisórias, o art. 5º XXXV não deixa dúvidas: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O exame das medidas provisórias pelo Judiciário pode ocorrer através dos juízes ou Tribunais em geral, no caso concreto, e através do Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a”).

A banalização das medidas provisórias chegou ao ponto de ferir, inclusive, cláusulas pétreas, que não podem ser ameaçadas sequer por emenda à Constituição<sup>43</sup>, o que sugere uma providência “urgente” por parte do Guardião da Constituição brasileira, já que o exame pelo Legislativo não se revela suficiente.

Lembre-se que o procedimento para aprovação de emenda é especialíssimo, exige 3/5 de votos favoráveis do total dos integrantes da Casa Legislativa, votação em dois turnos, ou seja, no Brasil, chegou-se ao inacreditável: medidas provisórias, editadas por uma única pessoa, ferindo cláusula pétrea (art.60, §4º).

À luz dos arts. 60 e 62 da Constituição de 1988, percebe-se que o desrespeito aos valores constitucionais através do exercício da atividade legislativa pelo

43 A violação das cláusulas pétreas através de medida provisória é assunto importantíssimo e pouco discutido pelos doutrinados. Registre-se que o professor Ivo Dantas faz referência ao desrespeito das medidas provisórias às cláusulas pétreas: Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias, Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1997, p. 60.

Chefe do Executivo freqüentemente ocorre em grau duplamente qualificado: os pressupostos das medidas não são atendidos e a separação dos poderes<sup>44</sup> e os direitos e garantias individuais são afetados.

No que diz respeito ao abuso das “medidas permanentes”, o dever de guardar os valores constitucionais não tem sido exercido de forma eficaz pelo STF. O posicionamento deste Tribunal Federal em relação à reedição de medida provisória é o seguinte: quando não rejeitada pelo Congresso Nacional, a reedição dentro do prazo de 30 dias demonstra a necessidade da medida e a sua urgência<sup>45</sup>, sendo inadmissível apenas na hipótese de expressa rejeição.<sup>46</sup>

A Itália, ressalvadas as diferenças do contexto sóciopolítico e do ordenamento constitucional, também enfrentou problemas com a reprodução do *decreto-legge*. A Corte Constitucional Italiana, diferentemente do que ocorre no Supremo Tribunal Federal, atualmente tem desempenhado um relevante papel para coibir os abusos por parte do Executivo.

A possibilidade constitucional de o Executivo reeditar provimento normativo dotado de caráter provisório foi, em votação unânime, repelida pela Corte Constitucional Italiana na *Sentenza 360*, de 17 de outubro de 1996<sup>47</sup>.

44 Melhor falar em harmonia entre os Poderes, pois separação é termo impróprio, na medida em que não permite relativizações, conforme ensina a Professora Maria Betânia Silva: “(...) Leituras mais cuidadosas da doutrina de Montesquieu corrigiram a distorcida interpretação, firmando a idéia de uma permanente interdependência entre essas funções (Executiva, Legislativa e Judiciária).”

45 Medida liminar, ADIN 1.397-1 / DF, voto do relator, Min. Carlos Velloso.

46 CLÉVE Clémerson, *Op. Cit.*, p. 121.

47 Ver esta sentença também em Clémerson Clève, *Medidas Provisórias...: consta em anexo*.

Não se deve descuidar da complexidade do problema: no primeiro momento, cabe ao Legislativo exercer o controle político e jurídico da medida provisória. Se esse controle não é exercido em tempo hábil, e é até razoável que não seja, frente à *hemorragia* de medidas provisórias, o Judiciário pode e deve examinar a constitucionalidade da expedição da medida.

A postura conservadora adotada atualmente pelo Supremo Tribunal Federal, permitindo a reedição de medida provisória se dentro do prazo de trinta dias de vigência da medida antecedente, é de lamentável timidez. Mas nem tudo está perdido. Não se pode ignorar, por exemplo, a postura de Ministros que se mantêm coerentes na posição de repúdio à reedição das MPs.

O voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, na ADIn 1687 – 3, proposta pela Confederação Nacional dos trabalhadores no comércio – CNTC, questionando a Medida Provisória nº 1539 reeditada 37 vezes – 36, merece referência:

*é preciso insistir, antes de mais nada, na advertência que se impõe ao Supremo Tribunal Federal iniciar o processo de reação institucional contra o uso excessivo de medidas provisórias pelo Presidente da República, à semelhança do que já se vem registrando na Itália.*

Deseja-se que votos coerentes e conscientes como esse proferido pelo Ministro Celso de Mello, de minoria passem à maioria, levando o compromisso com a sociedade brasileira aos ares que circulam no Supremo Tribunal Federal.

#### 4- CONCLUSÃO

A situação do Brasil é gravíssima, para dizer o mínimo. Outra coisa não tem feito o Governo senão desprezar flagrantemente a Constituição brasileira: faz uso e abuso da competência para legislar que a Magna Carta lhe confere (exatamente para socorrer o interesse público) e a exerce de forma extrapolada, vergonhosa, sem limites primários, sem o mínimo respeito às instituições democráticas.

O executivo edita medidas provisórias que se tornam mais do que permanentes e, pior, submetido aos interesses internacionais e nacionais de um grupo cada vez mais reduzido que se torna rico com a miséria e alienação da grande maioria dos cidadãos brasileiros, consagra interesses econômicos de toda sorte, em detrimento da soberania popular. Essa, conforme esclarece lucidamente o professor Marcelo Neves, é claramente rejeitada mediante os mecanismos de desestruturação política do processo concretizador da Constituição.

É chocante – não existe outra palavra para definir – o abuso descarado, desmedido, autoritário das medidas provisórias. Não se pode passar ao largo desse cenário.

O número absurdo de reedições torna perplexo o mais pessimista dos mortais que vive neste Estado, regido não pela Constituição que possui, mas por um Governo comprometido com interesses particularistas que desestruturam, mais e mais, o processo de realização dos valores consagrados pela Carta Política.

Ainda que o abuso no exercício da atividade le-

gislativa do Executivo tenha efeitos jurídicos, estudiosos e profissionais do Direito não podem desprezar a gênese do problema: a tímida consciência política da sociedade brasileira, que não amadureceu democraticamente a ponto de compreender e questionar o universo político no qual se insere. É preciso desenvolver a crítica e a autocrítica efetivas a respeito do papel de cidadão e dos rumos que os governantes dão à política nacional.

A análise do tema medidas provisórias, hoje, no Brasil, é indissociável da reflexão sobre que tipo de sociedade civil integra este país, como agem seus cidadãos diante da “constitucionalização simbólica” sobre a qual vivem. A acomodação e a fragilidade dos que integram a Nação apenas contribui para a manutenção do *status quo*. Sem movimentos sociais envolvidos consciente e criticamente na realização da democracia, essa não chegará ao Brasil. Infelizmente, ou felizmente, democracia não se copia de sociedades avançadas: constrói-se com o próprio esforço.

Na luta política pela construção da democracia brasileira, todos têm que desenvolver a autocrítica sobre sua atuação no espaço público: começando pelo Presidente da República, passando por Ministros do Supremo Tribunal Federal, Advogado Geral da União, juízes, promotores, advogados, estudiosos do Direito e da Política etc, terminando naquele que mais tem interesse em transformações radicais nas relações de poder e na estrutura social – o simples cidadão.

#### 4- CONCLUSÃO

A situação do Brasil é gravíssima, para dizer o mínimo. Outra coisa não tem feito o Governo senão desrespeitar flagrantemente a Constituição brasileira: faz uso e abuso da competência para legislar que a Magna Carta lhe confere (exatamente para socorrer o interesse público) e a exerce de forma extrapolada, vergonhosa, sem limites primários, sem o mínimo respeito às instituições democráticas.

O executivo edita medidas provisórias que se tornam mais do que permanentes e, pior, submetido aos interesses internacionais e nacionais de um grupo cada vez mais reduzido que se torna rico com a miséria e alienação da grande maioria dos cidadãos brasileiros, consagra interesses econômicos de toda sorte, em detrimento da soberania popular. Essa, conforme esclarece lucidamente o professor Marcelo Neves, é claramente rejeitada mediante os mecanismos de desestruturação política do processo concretizador da Constituição.

É chocante – não existe outra palavra para definir – o abuso descarado, desmedido, autoritário das medidas provisórias. Não se pode passar ao largo desse cenário.

O número absurdo de reedições torna perplexo o mais pessimista dos mortais que vive neste Estado, revido não pela Constituição que possui, mas por um Governo comprometido com interesses particularistas que desestruturam, mais e mais, o processo de realização dos valores consagrados pela Carta Política.

Ainda que o abuso no exercício da atividade le-

gislativa do Executivo tenha efeitos jurídicos, estudiosos e profissionais do Direito não podem desprezar a gênese do problema: a tímida consciência política da sociedade brasileira, que não amadureceu democraticamente a ponto de compreender e questionar o universo político no qual se insere. É preciso desenvolver a crítica e a autocrítica efetivas a respeito do papel de cidadão e dos rumos que os governantes dão à política nacional.

A análise do tema medidas provisórias, hoje, no Brasil, é indissociável da reflexão sobre que tipo de sociedade civil integra este país, como agem seus cidadãos diante da “constitucionalização simbólica” sobre a qual vivem. A acomodação e a fragilidade dos que integram a Nação apenas contribui para a manutenção do *status quo*. Sem movimentos sociais envolvidos consciente e criticamente na realização da democracia, essa não chegará ao Brasil. Infelizmente, ou felizmente, democracia não se copia de sociedades avançadas: constrói-se com o próprio esforço.

Na luta política pela construção da democracia brasileira, todos têm que desenvolver a autocrítica sobre sua atuação no espaço público: começando pelo Presidente da República, passando por Ministros do Supremo Tribunal Federal, Advogado Geral da União, juízes, promotores, advogados, estudiosos do Direito e da Política etc, terminando naquele que mais tem interesse em transformações radicais nas relações de poder e na estrutura social – o simples cidadão.

## 9- REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso. As eternas medidas provisórias. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 10 fev. 2001, Caderno Opinião, "Tendências/Debates".

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Medidas Provisórias**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

\_\_\_\_\_. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

DANTAS, Ivo. **Aspectos jurídicos das medidas provisórias**. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1997.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1988.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **Medidas Provisórias**: controles legislativo e jurisdicional. Porto Alegre: Síntese, 2000.

NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. **Revista Acadêmica, Faculdade de Direito do Recife**, a. 1992.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: a.3, n.132, out.dez. 1996.

SANTOS, Milton. Elogio da lentidão. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 11 fev. 2001, Caderno Mais!

# A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL (CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, ESTRUTURA)

*Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti*  
Advogado e pós-graduando em Direito  
Processual Civil pela UFPE

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 - BREVE NOÇÃO DE RELAÇÃO JURÍDICA E PROCESSO; 2 - NOÇÃO DE RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL; 3 - CARACTERÍSTICAS DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL; 4 - TEORIAS ACERCA DAS POSIÇÕES DOS SUJEITOS PROCESSUAIS; 5 - CONCLUSÕES; 6 - REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade estudar a relação jurídica processual, fixando seu conceito, suas características e sua estrutura ou elementos, como chama parte da doutrina.

O estudo divide-se em quatro partes, que foram assim intituladas: 1- Breve noção de relação jurídica e processo; 2-Noção de relação jurídica processual; 3- Características da relação jurídica processual e 4- Teorias acerca das posições dos sujeitos processuais.

A primeira parte do trabalho objetiva dar uma noção superficial de direito (diferenciando direito material e direito processual), relação jurídica e processo, sendo propedêutico em relação aos demais, pode-se dizer, uma introdução.

A segunda parte teve por finalidade destacar a obra de Oskar Von Bülow, marco da ciência processual e que demonstrou a autonomia da relação jurídica processual. Nesta segunda parte, tentamos demonstrar a importância da relação jurídica processual e a sua importância nos diversos ramos do direito processual.

Na terceira parte, a que demos o nome de **Características da relação jurídica processual**, elencamos as características apontadas pela doutrina e explicamos os seus sentidos, tentando diferenciá-la das relações jurídicas substanciais.

Na quarta e última parte, enfrentamos a questão das posições dos sujeitos processuais dentro do processo ou os elementos da relação jurídica processual e analisamos as teorias linear, triangular e angular.

Depois de passarmos pelas quatro partes acima mencionadas, extraímos algumas conclusões que nos pareceram de maior importância e que foram listadas no final do trabalho.

## 1- BREVE NOÇÃO DE RELAÇÃO JURÍDICA E PROCESSO

Os homens vivem em sociedade e essa tendência de se juntar tem por finalidade a realização de determinados objetivos que não poderiam ser realizados individualmente. Há, nas sociedades, certos padrões culturais, certos laços que unem os integrantes do grupo, existem “indivíduos autoconscientes e que compartilham objetivos comuns e são, assim, capazes de ação conjugada”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> MICHAELIS Dicionário moderno da língua portuguesa, verbete sociedade. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

Na sociedade, as pessoas mantêm diversos tipos de relacionamento, sendo que,

*algumas dessas relações são objeto de regulamentação pelo Estado, existindo entre os homens relações de natureza diversa – de amizade, de cortesia, de religião, etc. Quando uma dessas relações é regulada pela vontade da lei, qualifica-se de relação jurídica<sup>2</sup>.*

Diz-se que o Direito é um subconjunto do grande sistema social, atuando, principalmente, através de normas jurídicas que têm por finalidade dirigir as condutas e resolver os conflitos ocorridos na sociedade, influenciando preventiva e repressivamente na conduta humana.

O Estado, através da lei, cria para os homens diversos direitos e obrigações, determinando os interesses que devem prevalecer e os que devem ser sacrificados. O legislador prevê na lei situações abstratas que, quando ocorridas no mundo dos fatos, passam a ter importância jurídica. A pessoa que possui um interesse juridicamente protegido pela norma diz-se titular de um direito subjetivo, direito esse que poderá ser exercitado contra um outro sujeito, chamado sujeito passivo, que tem a obrigação de dar ou fazer alguma coisa.

O direito material ou substantivo

*é aquele constituído por um conjunto de normas destinadas a regular os conflitos de interesse, de natureza individual e coletiva, determinando qual deve prevalecer<sup>3</sup>.*

Já o “direito processual tem por finalidade garantir que a norma substancial seja atuada, mesmo que o destinatário não o faça espontaneamente.”<sup>4</sup>

<sup>2</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: Influência do direito material sobre o processo. 2.ed. São Paulo, Malheiros, [19??] passim.

<sup>3</sup> IDEM, p. 10.

<sup>4</sup> PISANI, Andrea Proto apud BEDAQUE, op. cit., p. 10-11

O processo, como afirma o mestre Cândido Dinamarco, *é a síntese do procedimento animado pela relação jurídica e realizado em contraditório: porque os sujeitos têm poderes, deveres, ônus e faculdades (relação jurídica), praticam atos que se sucedem (contraditório) e vão dando vida ao procedimento*<sup>5</sup>.

O provimento jurisdicional é resultado do exercício do direito de ação que é de natureza processual, contudo, o objeto da lide é sempre fundado no direito material; tanto é assim que o juiz pode extinguir o processo sem examinar os pedidos.

## 2- NOÇÃO DE RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

Várias foram as teorias acerca da natureza jurídica do processo durante a evolução do direito. Doutrinadores como Pothier entendiam o processo como um contrato; outros, como Savigny, pensavam que o processo seria um quase-contrato; outros afirmavam ser o processo uma instituição. Hoje, no entanto, prevalece a teoria do processo como relação jurídica.

A teoria do processo como relação jurídica foi sistematizada e difundida por Oskar Von Bülow, em seu livro intitulado, “A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais”, que data de 1868.

*Antes dele, processualistas como Manuel Mendes de Castro, no seu século, pensaram com a noção de relação jurídica processual, porém foi dele que se partiu para a sistemática do direito processual (...)*<sup>6</sup>.

5 DINAMARCO, Execução Civil, p. 113 e ss. Apud in BEDAQUE, op. cit., p. 11 e 12.

6 MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, [19??]. p. XX.

Carnelutti dizia que

*a intuição de que existam junto às relações jurídicas materiais relações jurídicas processuais já é antiga, mas no princípio e durante muito tempo a figura da relação jurídica processual foi mal delineada*<sup>7</sup> (...).

Destaque-se que diversos processualistas afirmam ser a máxima de Búlgaro (jurista do séc. XII - “*iudicium est actum trium personarum: actoris, rei, iudicis*” (o processo é ato de três personagens: do juiz, do autor e do réu) - a fonte de inspiração de Bülow.<sup>8</sup>

Bülow afirmava que no processo existiam duas relações distintas, uma de direito material, que é a causa de pedir da ação, a própria relação discutida em juízo, e uma relação de direito processual:

*que se estabelecia com o próprio processo entre o autor e o juiz e este e o réu, identificando o processo como uma relação jurídica distinta daquela outra, porque tem como objeto a prestação jurisdicional*<sup>9</sup>.

Dizia Bülow que:

*o equívoco da ciência processual foi – em vez de considerar o processo uma relação jurídica de direito público, que se desenvolve, progressivamente, entre o juiz (tribunal) e as partes – ter destacado apenas o aspecto da noção de processo mais evidente, consistente na sua marcha ou avanço gradual (o procedimento)*<sup>10</sup>.

7 CARNELUTTI, Francesco. Instituições de Direito Processual Civil. Campinas: Servanda, [19??]. p.341. v.1

8 James Goldschmidt afirmava ser o processo uma situação jurídica e talvez tenha sido o maior crítico da teoria do processo como relação jurídica, contudo, como afirma Schönke “no es posible substituir la relación jurídico-procesal por el concepto de situación jurídica, pues por situación jurídica entiéndense expectativas, posibilidades y cargas, y por tanto el proceso como situación jurídica solamente podría ser el conjunto de dichas posibilidades, y hoy recaen em el proceso sobre las partes multitud de deberes. No obstante se puede designar como situación jurídica cada uno de los períodos de la relación jurídico-procesal” Schönke, Adolfo. Derecho Procesal Civil. Barcelona: Bosch, 1950.

9 DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Jurisdição, Ação(defesa) e Processo. São Paulo, Dialética, 1997, p.142.

10 Oskar Von Bülow apud in ALVIM, J. E. Carneira. Elementos de Teoria Geral do Processo. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.145.

Conforme afirmam Wambier, Almeida e Talamini, *a noção de relação processual, tal como antes descrita, nasceu na Alemanha, na segunda metade do século passado. Foi de importância vital, tal qual o conceito de lide ou de objeto litigioso, para a concepção do processo como objeto de uma ciência autônoma, ou seja, para a sua independência epistemológica, já que antes disso o processo era visto como mero apêndice ou capítulo do direito material.*<sup>11</sup>

*Para comprender el alcance de esta noción que la doctrina hoy predominante considera fundamental* (...) *“no es necesario permanecer ligados ao concepto tradicional de la relación jurídica, entendido como conflicto intersubjetivo de intereses regulado por el derecho, y, por consiguiente, a la relación que se instaura, en fuerza de la tutela acordada por la ley a uno de los intereses en conflicto con sacrificio del otro, entre el titular de un derecho subjetivo y el titular de la obligación correspondiente. Es necesario, por el contrario, partir de un concepto más amplio y comprensivo, que abrace no solamente la regulación jurídica de los conflictos de intereses entre dos sujetos, sino, además, el de la colaboración de intereses en que pueden encontrarse dos o varias personas cuando cooperan al logro de una finalidad común* <sup>12</sup> (...).

Conforme os ensinamentos do mestre Moacyr Amaral Santos, “o processo é uma relação entre os sujeitos processuais juridicamente regulada.

11 WAMBIER, Luiz Rodrigues e outros. *Curso Avançado de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1998. v.1 p.155.

12 CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-America, [19??]. v.1, p. 335.

É uma relação jurídica. Quer dizer que é um vínculo, entre pessoas, de natureza jurídica. “Relação jurídica é o vínculo entre várias pessoas, mediante a qual uma delas pode pretender alguma coisa a que a outra está obrigada”, diz Buzaid, aproveitando-se da conceitualização de Del Vecchio. Já mostramos que no processo, como série ordenada de atos, tendentes a um fim, que é a provisão jurisdicional, se compreendem direitos, deveres e ônus das partes, além de poderes, direitos e deveres dos órgãos jurisdicionais, prescritos e regulados pela lei processual.

Como os sujeitos da relação são os sujeitos processuais, e ainda porque os direitos e deveres, poderes e ônus, que nela vivem e se realizam, são regulados pela lei processual, trata-se de relação jurídica processual ou relação processual.<sup>13</sup>

É importante transcrever aqui as lições sempre citadas de Cintra, Grinover e Dinamarco quando eles afirmam que:

*a teoria da relação jurídica processual, que surgiu com vistas ao processo civil e na teoria deste foi desenvolvida, discutida e consolidada, tem igual validade para o direito processual penal ou o trabalhista. No campo do processo penal, afirma-se até que o seu reconhecimento atende a razões de conveniência pública, pois a afirmação de que há uma relação jurídica entre Estado-juiz, o órgão da acusação e o acusado (ao qual se atribuem poderes e faculdades de natureza processual) significa a negação da antiga idéia de que este é mero objeto do processo, submetidos às atividades estatais persecutórias.*

13 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, [19??]. p.315.

*As idéias liberais e humanitárias que inspiraram a obra de Beccaria (Dos delitos e das penas, 1554) estão presentes em todas as Constituições e declarações de direito do mundo moderno, a) conferindo ao acusado o direito à ampla defesa e ao julgamento pelo seu juiz natural e mediante processo contraditório (isto é, no qual ambas as partes tenham ciência dos atos praticados e possibilidade de contrariá-los, estabelecendo verdadeiro diálogo com o juiz); b) vedada a prisão que não seja em flagrante delito ou realizada por ordem escrita da autoridade competente; c) estabelecendo a presunção de inocência do acusado e d) garantindo tudo isso através do instituto do habeas-corpus (v. Const., Art. 5º, incs. XXXVII, LV, LXI, LXVIII). No estabelecimento desses direitos e garantias por via constitucional, está a exigência de que o processo-crime configure efetivamente uma relação jurídica processual entre o juiz, o órgão do Ministério Público e o acusado <sup>14</sup>.*

### 3- CARACTERÍSTICAS DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL <sup>15, 16, 17, 18</sup>.

A doutrina é quase que unânime ao apontar as características da relação jurídica processual. São elas:

14 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, [19??]. p. 286 e 287.

15 *Idem*, *passim*.

16 DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, Ação(defesa) e Processo*. São Paulo: Dialética, 1997. *passim*.

17 ALVIM, J. E. Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. *passim*.

18 SANTOS, *op. cit.*, *passim*.

- 1) autonomia;
- 2) natureza pública ou caráter público;
- 3) progressividade, continuidade, dinamicidade;
- 4) complexidade;
- 5) unicidade ou unidade;
- 6) trilateralidade.

AUTONOMIA – diz-se que a relação jurídica processual é autônoma porque é distinta da relação jurídica de direito material. Ambas existem no processo, mas cada qual tem seus pressupostos próprios. São reguladas por normas distintas: as relações jurídicas processuais são reguladas por normas de direito processual enquanto as relações jurídicas substanciais são regidas por normas de direito substantivo.

*Do exposto, já se conclui que a relação jurídica processual independe, para ter validade, da existência da relação de direito substancial controvertida. Instaurado o processo, sua validade vai depender de requisitos próprios, pouco importando que esta exista ou não.*

*E tanto isso é verdade, que existem sentenças que julgam improcedente a ação intentada, sendo indubitavelmente atos processuais válidos, válida manifestação do poder jurisdicional, e sendo aptas a passar em julgado <sup>19</sup>.*

NATUREZA PÚBLICA OU CARÁTER PÚBLICO – A relação jurídica processual é pública porque o processo é instrumento de uma função estatal, a função jurisdicional.

19 CINTRA, *Op. cit.*, p. 294.

Calamandrei é claro ao explicar que:

*la Idea de relación jurídica surge precisamente de considerar la actividad de las partes como limite e condición de esse poder” ou função, e continua afirmando que “la facultad dada así a las partes de provocar com suas actividades el ejercicio de los poderes jurisdiccionales no se puede, em rigor de términos, hacer entrar em el esquema típico del derecho subjetivo, al cual corresponda em el órgano judicial una obligación de prestación respecto de las partes. La jurisdicción, con todos los poderes preparatorios a ella inherentes, es función eminentemente pública”<sup>20</sup>.*

O juiz no processo age em nome do Estado, não está em litígio com as partes, mas exerce autoridade soberana. A relação entre o juiz e as partes é tipicamente de direito público.

*A relação é de direito público ainda que seja privada a relação substancial controvertida: assim, tanto é pública a relação processual penal como a trabalhista ou a civil, ainda que, com referência particular a esta, a pretensão deduzida seja de caráter privado (obrigações, coisas, etc.)<sup>21</sup>.*

Autores mais antigos como, por exemplo, Kolher entendiam ser o processo uma relação de direito privado que se desenvolveria entre as partes sem a participação do juiz. Outros juristas como Ferrara e Mortara, na Itália, e Kremer, na Alemanha, achavam que a rela-

<sup>20</sup> CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 338 e 342.

<sup>21</sup> CINTRA, *op. cit.*, p. 294.

ção jurídica processual continha duas relações, uma entre as partes, de direito privado e outra entre as partes e o juiz, relação essa de direito público. Essas duas correntes encontram-se superadas.

PROGRESSIVIDADE, CONTINUIDADE, DINAMICIDADE – é progressiva porque se desenvolve através de atos que vão se sucedendo até o provimento final, ou seja, a sentença. Os atos têm uma finalidade única, constituem uma relação progressiva, que se desenvolve de grau em grau para o mesmo fim.

COMPLEXIDADE – é complexa a relação jurídica processual porque nela as partes exercem direitos, obrigações, ônus e poderes. Diz Carreira Alvim, que a complexidade é decorrência da progressividade. Não há apenas uma posição, “o processo apresenta uma série de posições ativas e passivas, derivado daí seu caráter complexo”<sup>22</sup>.

UNICIDADE OU UNIDADE – Liga-se ao princípio da imutabilidade. A relação processual permanece e continua a mesma do começo ao fim, as partes têm por objetivo a resolução do conflito.

*A relação jurídica processual é sempre a mesma, em que pese a modificação subjetiva ou objetiva que possa passar no curso do seu desenvolvimento*<sup>23</sup>.

*La serie de actos procesales, próximos pero distintos, en el espacio y en el tiempo, que constituye exteriormente el proceso, puede entenderse como una unidad sólo cuando estos actos se conciban como manifestación visible de una relación jurídica úni-*

<sup>22</sup> *Idem*, p. 293.

<sup>23</sup> ALVIM, *op. cit.*, p. 150.

ca: la relación procesal es lá fórmula mediante la cual se expresa la unidad y la identidad jurídica del proceso<sup>24</sup>.

Caracteriza-se na relação jurídica processual a formalidade do processo; nela, os atos jurídicos entrosam-se, aparecem como algo de homogêneo, de unitário, e não só de unidade, sem que se deixem de ver de per si e em suas funções próprias<sup>25</sup>.

TRILATERALIDADE – a relação jurídica processual é trilateral, não se está aqui afirmando que a mesma é triangular, mas sim destacando o seu caráter tríplice, a presença de três partes, onde autor, réu e Estado aparecem, via de regra, como sujeitos principais.

#### 4-TEORIAS ACERCA DAS POSIÇÕES DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

A relação jurídica processual é indubitavelmente trilateral, no entanto,

*las opiniones divergen cuando se trata de establecer cuál es la posición jurídica en que se encuentra cada um de estos tres sujetos, frente a los otros dos: mientras, según una opinión, derechos y obligaciones recíprocas podrían correr tanto entre las partes como entre cada parte y el órgano judicial, según otras opiniones la relación jurídica procesal tendría lugar solamente entre las partes, o bien solamente entre cada parte y el juez<sup>26</sup>.*

Três são as principais teorias sobre as posições dos sujeitos processuais no processo:

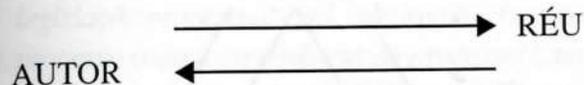
24 CALAMANDREI, op. cit., p. 343.

25 MIRANDA, op. cit., p. XXII.

26 CALAMANDREI, op. cit., p. 337.

Teoria linear de KOLHER – os direitos e deveres do processo se estabeleceriam entre autor e réu, sem a presença do juiz. Seria a relação material tornada litigiosa e é representada da seguinte forma:

(JOSEF KOLHER)

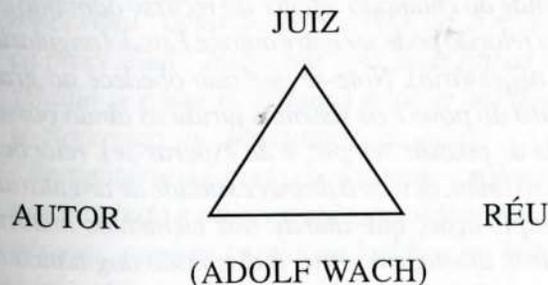


A teoria linear de Kolher teve muitos seguidores; hoje em dia, no entanto, foi abandonada.

A doutrina diverge quanto às teorias triangular e angular para caracterizar a relação jurídica processual. Na sequência explicaremos as duas e tentaremos colocar as diferenças entre elas, para ao final expormos a nossa opinião.

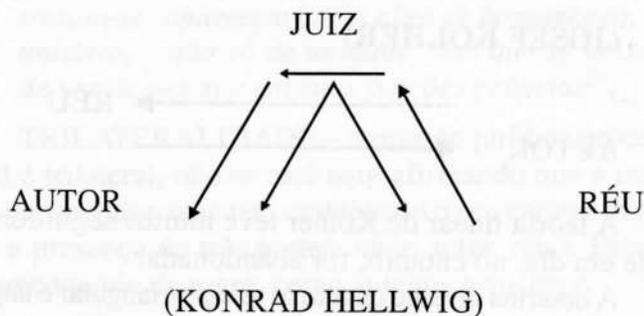
Teoria triangular de Adolf WACH – o processo é uma relação de direito público sendo que “Wach a definiu como uma relação jurídica triangular, contendo direitos e deveres não só entre as partes, mas também entre estas e o juiz”<sup>27</sup>.

A sua representação pode ser feita através do gráfico abaixo:



27 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, [19??]. p. 295

A última teoria que aqui se quer referir é a teoria angular de Konrad HELLWIG, que se representa graficamente da seguinte forma:

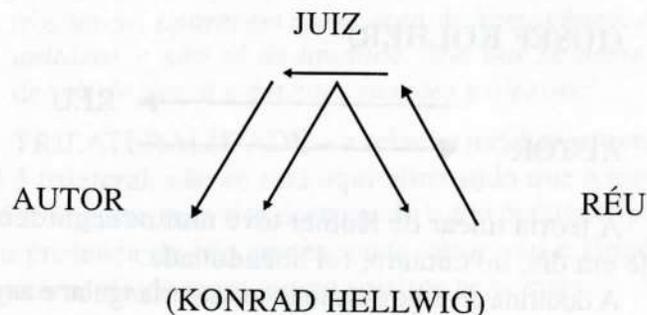


A teoria angular de Hellwig é esclarecida por Pontes de Miranda nos seguintes termos:

*a relação jurídica processual perfaz-se com a citação do réu (angularidade necessária), ou desde o despacho na petição, ou depois de passar em julgado, formalmente, esse despacho. Mostramos neste livro, como em outros, que não há solução a priori. A relação pode surgir desde o despacho ou do seu trânsito em julgado (o que depende do chamado 'efeito' do recurso admitido), porque a relação pode ser entre autor e Estado (angularidade não necessária). Note-se que isso obedece ao grau de cultura do povo e os sistemas jurídicos ainda possuem (e não de possuir sempre, é de esperar-se), relações em uma só linha, devido à desnecessidade de angularidade. Tal explicação, que atende aos elementos histórico e cultural, afasta, em parte, a discussão dogmática entre Konrad Hellwig e Heinrich Degenkolb e Kremer, de um lado, e os que exigem que se tenham satisfeito os pressupostos pré-processuais de outro (no sentido de re-*

*quisitos da tutela jurídica), e processuais, objetivos e subjetivos. No que concerne aos pressupostos objetivos, a existência da relação jurídica processual independe dos que são de direito material, ligados à res in iudicium deducta, salvo se o sistema de direito processual (verificação a posteriori) os tornou essenciais. Na legislação processual civil, admitindo-se a extinção do processo (não a inexistência de processo!), nos casos previstos na lei processual (CPC, art.267), está a prova de que a relação jurídica processual se forma se o juiz não repeliu ab initio, como inepta, a petição. Ser parte processualmente 'ilegítima' não obsta, tampouco, à formação da relação jurídica processual; porém, a incapacidade de ser parte, conceito que não se confunde com o de capacidade processual, obsta. Naturalmente, quando a angularidade é necessária, a relação jurídica processual depende da citação do réu. A relação jurídica processual, exsurge, de ordinário, com a apresentação da demanda; portanto, no momento mesmo em que o juiz toma conhecimento da petição e não a repele, a citação completa a angularidade. O despacho, na petição, estabeleceu a relação jurídica processual "autor->Juiz"; a citação, a relação jurídica processual "Juiz->réu". As duas linhas do ângulo soldam-se como se soldam a relação jurídica "oferente->ofertado ou destinatário da oferta" e a relação "destinatário da oferta ou aceitante ->oferente". Apenas na oferta e na aceitação, a soldagem é entre duas pessoas, resultando relação jurídica em linha reta; ao passo que, na relação jurídica processual, a soldagem é do tipo A->B->C, em ângulo. De tal relação jurídica se irradiam direitos e deveres do autor em frente ao*

A última teoria que aqui se quer referir é a teoria angular de Konrad HELLWIG, que se representa graficamente da seguinte forma:



A teoria angular de Hellwig é esclarecida por Pontes de Miranda nos seguintes termos:

*a relação jurídica processual perfaz-se com a citação do réu (angularidade necessária), ou desde o despacho na petição, ou depois de passar em julgado, formalmente, esse despacho. Mostramos neste livro, como em outros, que não há solução a priori. A relação pode surgir desde o despacho ou do seu trânsito em julgado (o que depende do chamado 'efeito' do recurso admitido), porque a relação pode ser entre autor e Estado (angularidade não necessária). Note-se que isso obedece ao grau de cultura do povo e os sistemas jurídicos ainda possuem (e hão de possuir sempre, é de esperar-se), relações em uma só linha, devido à desnecessidade de angularidade. Tal explicação, que atende aos elementos histórico e cultural, afasta, em parte, a discussão dogmática entre Konrad Hellwig e Heinrich Degenkolb e Kremer, de um lado, e os que exigem que se tenham satisfeito os pressupostos pré-processuais de outro (no sentido de re-*

*quisitos da tutela jurídica), e processuais, objetivos e subjetivos. No que concerne aos pressupostos objetivos, a existência da relação jurídica processual independe dos que são de direito material, ligados à res in iudicium deducta, salvo se o sistema de direito processual (verificação a posteriori) os tornou essenciais. Na legislação processual civil, admitindo-se a extinção do processo (não a inexistência de processo!), nos casos previstos na lei processual (CPC, art.267), está a prova de que a relação jurídica processual se forma se o juiz não repeliu ab initio, como inepta, a petição. Ser parte processualmente 'ilegítima' não obsta, tampouco, à formação da relação jurídica processual; porém, a incapacidade de ser parte, conceito que não se confunde com o de capacidade processual, obsta. Naturalmente, quando a angularidade é necessária, a relação jurídica processual depende da citação do réu. A relação jurídica processual, exsurge, de ordinário, com a apresentação da demanda; portanto, no momento mesmo em que o juiz toma conhecimento da petição e não a repele, a citação completa a angularidade. O despacho, na petição, estabeleceu a relação jurídica processual "autor->Juiz"; a citação, a relação jurídica processual "Juiz->réu". As duas linhas do ângulo soldam-se como se soldam a relação jurídica "oferente->ofertado ou destinatário da oferta" e a relação "destinatário da oferta ou aceitante ->oferente". Apenas na oferta e na aceitação, a soldagem é entre duas pessoas, resultando relação jurídica em linha reta; ao passo que, na relação jurídica processual, a soldagem é do tipo A->B->C, em ângulo. De tal relação jurídica se irradiam direitos e deveres do autor em frente ao*

*Estado e direitos e deveres do réu frente ao Estado (direito a que o Estado prossiga no processo, segundo a lei, a que não quebre o princípio do igual tratamento das partes; dever de cooperação que é o de colimar rápido e justo desenvolvimento do processo; direito à ciência dos prazos e atos processuais; direito à veracidade e dever de veracidade(Princípio do dever de veracidade) <sup>28</sup>.*

Carreira Alvim nos informa que diversos são os argumentos contrários à teoria angular da relação jurídica processual. Os triangularistas afirmam que entre as partes existe o dever de lealdade, estão sujeitas ao pagamento de custas, podem convencionar a suspensão do processo e até mesmo transigir.

Os defensores da teoria angular asseguram não existir nenhuma relação entre autor e réu, pois tudo é feito através do juiz. Francisco Wildo ensina que “quando se lembra que a relação se trava entre cada um deles – individualmente – com o juiz. Tanto que ambos requerem, juntos, na mesma peça, a suspensão ou extinção do processo, nada impedindo que o fizessem separadamente.

A conseqüência prática disso é a constatação de que nenhum acordo entre o autor e o réu produzirá efeito no processo, se não for homologado pelo juiz”<sup>29</sup>. Ou seja, as partes mantêm uma relação com o Estado-juiz, o dever de veracidade, de pagar as custas, etc; é uma obrigação frente ao Poder Público e não para com a outra parte.

<sup>28</sup> Pontes de Miranda apud in NEVES, Celso. *Estrutura Fundamental do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.212 e 213.

<sup>29</sup> DANTAS, op. cit., p. 144.

## 5- CONCLUSÕES

Sem prejuízo das considerações parciais lançadas no curso deste trabalho, alinha o autor algumas conclusões que considerou de maior importância acerca dos temas abordados:

1) Processo e relação jurídica processual não se confundem, esta é apenas uma das facetas daquele, que se compõe da relação jurídica processual e do procedimento, formando um todo incindível;

2) A noção de relação jurídica processual foi sistematizada e defendida por Bülow, em seu livro “A teoria das exceções e os pressupostos processuais” que se constitui em um marco da ciência processual, pois inaugura a sua autonomia;

3) A relação jurídica processual é distinta da relação de direito material discutida em juízo; em minha opinião a relação jurídica processual é angular ou angularizável e se constitui em uma relação entre o autor e o Estado-juiz e uma outra entre o réu e o Estado-juiz;

4) A teoria da relação jurídica processual foi desenvolvida no âmbito do direito processual civil, no entanto, tem plena validade para os outros ramos do processo, sendo considerada hoje um instituto de Teoria geral do processo;

5) A relação jurídica processual tem 6 (seis) características principais que a diferenciam da relação jurídica de direito material, são elas:

- a) autonomia;
- b) natureza pública ou caráter público;
- c) progressividade, continuidade, dinamicidade;

*Estado e direitos e deveres do réu frente ao Estado (direito a que o Estado prossiga no processo, segundo a lei, a que não quebre o princípio do igual tratamento das partes; dever de cooperação que é o de colimar rápido e justo desenvolvimento do processo; direito à ciência dos prazos e atos processuais; direito à veracidade e dever de veracidade(Princípio do dever de veracidade)* <sup>28</sup>.

Carreira Alvim nos informa que diversos são os argumentos contrários à teoria angular da relação jurídica processual. Os triangularistas afirmam que entre as partes existe o dever de lealdade, estão sujeitas ao pagamento de custas, podem convencionar a suspensão do processo e até mesmo transigir.

Os defensores da teoria angular asseguram não existir nenhuma relação entre autor e réu, pois tudo é feito através do juiz. Francisco Wildo ensina que “quando se lembra que a relação se trava entre cada um deles – individualmente – com o juiz. Tanto que ambos requerem, juntos, na mesma peça, a suspensão ou extinção do processo, nada impedindo que o fizessem separadamente.

A consequência prática disso é a constatação de que nenhum acordo entre o autor e o réu produzirá efeito no processo, se não for homologado pelo juiz”<sup>29</sup>. Ou seja, as partes mantêm uma relação com o Estado-juiz, o dever de veracidade, de pagar as custas, etc; é uma obrigação frente ao Poder Público e não para com a outra parte.

<sup>28</sup> Pontes de Miranda apud in NEVES, Celso. *Estrutura Fundamental do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.212 e 213.  
<sup>29</sup> DANTAS, op. cit., p. 144.

## 5- CONCLUSÕES

Sem prejuízo das considerações parciais lançadas no curso deste trabalho, alinha o autor algumas conclusões que considerou de maior importância acerca dos temas abordados:

1) Processo e relação jurídica processual não se confundem, esta é apenas uma das facetas daquele, que se compõe da relação jurídica processual e do procedimento, formando um todo incindível;

2) A noção de relação jurídica processual foi sistematizada e defendida por Bülow, em seu livro “A teoria das exceções e os pressupostos processuais” que se constitui em um marco da ciência processual, pois inaugura a sua autonomia;

3) A relação jurídica processual é distinta da relação de direito material discutida em juízo; em minha opinião a relação jurídica processual é angular ou angularizável e se constitui em uma relação entre o autor e o Estado-juiz e uma outra entre o réu e o Estado-juiz;

4) A teoria da relação jurídica processual foi desenvolvida no âmbito do direito processual civil, no entanto, tem plena validade para os outros ramos do processo, sendo considerada hoje um instituto de Teoria geral do processo;

5) A relação jurídica processual tem 6 (seis) características principais que a diferenciam da relação jurídica de direito material, são elas:

- a) autonomia;
- b) natureza pública ou caráter público;
- c) progressividade, continuidade, dinamicidade;

- d) complexidade;
- e) unicidade ou unidade;
- f) trilateralidade.

6) *O realce dos sujeitos, objeto e pressupostos da relação jurídica processual (elementos que a diferenciam da relação litigiosa, segundo lição clássica de Von Bülow) é bastante útil para a determinação das posições fundamentais de cada um dos participantes do procedimento e serve, parafraseando Jhering, para conhecermos os institutos fundamentais que formam a ossatura do direito processual*<sup>30</sup>.

## 6- REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Elementos de Teoria Geral do Processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo – Influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 2. ed.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-America. v. I.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Servanda, [19??].v. I.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 13. ed.

30 DINAMARCO. Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, [19??]. p.110 e 111.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, Ação(defesa) e Processo**. São Paulo: Dialética, 1997.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, [19??]. p.110 e 111.

THEODORO JÚNIOR Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, [19??].v.I.

MICHAELIS. **Dicionário moderno da língua portuguesa**, verbete sociedade. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, [19??].

NEVES, Celso. **Estrutura Fundamental do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, [19??].

SCHÖNKE, Adolfo. **Derecho Procesal Civil**. Barcelona: Bosch, 1950.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de processo civil**, São Paulo: RT, 1998. v.I.

# BIODIREITO: O NOVO DIREITO FACE À BIOÉTICA

*Djason B. Della Cunha*

*Professor de Sociologia Jurídica da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Mestre em Antropologia Social pela Université Lyon II - França e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.*

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2- A BIOÉTICA E SEUS PRINCÍPIOS; 3- O BIODIREITO E A APLICAÇÃO FÁTICA DA BIOÉTICA; 4- CONSIDERAÇÕES FINAIS; 5- REFERÊNCIAS.

### 1- INTRODUÇÃO

A Civilização Ocidental da segunda metade do século XX, instada historicamente a refletir sobre as conseqüências da manipulação científica e tecnológica no funcionamento e comportamento da vida humana, tem presenciado a demarcação de questões relevantes acerca de atitudes tomadas ante o fenômeno do nascimento, da enfermidade, do sofrimento, do envelhecimento e da morte. É evidente que em tais reflexões de ordem filosófica e científica dimanam princípios éticos e morais, bem como códigos deontológicos, que se referem a essa problemática, a qual remonta a épocas tão distanciadas da nossa.

Sem dúvida, o código de deontologia médica, manifestamente organizado a partir dos ensinamentos hipocráticos, é possivelmente o mais antigo e conhecido regulamento da prática médica. Mas, é bem depois da

# BIODIREITO: O NOVO DIREITO FACE À BIOÉTICA

**Djason B. Della Cunha**

*Professor de Sociologia Jurídica da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Mestre em Antropologia Social pela Université Lyon II - França e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.*

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2- A BIOÉTICA E SEUS PRINCÍPIOS; 3- O BIODIREITO E A APLICAÇÃO FÁTICA DA BIOÉTICA; 4- CONSIDERAÇÕES FINAIS; 5- REFERÊNCIAS.

### 1- INTRODUÇÃO

A Civilização Ocidental da segunda metade do século XX, instada historicamente a refletir sobre as conseqüências da manipulação científica e tecnológica no funcionamento e comportamento da vida humana, tem presenciado a demarcação de questões relevantes acerca de atitudes tomadas ante o fenômeno do nascimento, da enfermidade, do sofrimento, do envelhecimento e da morte. É evidente que em tais reflexões de ordem filosófica e científica dimanam princípios éticos e morais, bem como códigos deontológicos, que se referem a essa problemática, a qual remonta a épocas tão distanciadas da nossa.

Sem dúvida, o código de deontologia médica, manifestamente organizado a partir dos ensinamentos hipocráticos, é possivelmente o mais antigo e conhecido regulamento da prática médica. Mas, é bem depois da

figura de Hipócrates, e paulatinamente em épocas mais recentes, que filósofos, teólogos, humanistas e juristas se têm interrogado sobre questões relativas à vida humana, à dignidade do homem e, sobretudo, às formas ordenadas de regulação normativa que devem ser aplicadas a esse tipo de intervenção técnica e científica.

Se hoje, porém, este tema adquire maior envergadura discursiva é notadamente devido a sua complexidade em razão do esforço acelerado que tem alcançado a investigação tecno-científica, de um lado, e em virtude do pluralismo inerente às sociedades atuais, por outro, que têm colocado novas interrogações derivadas, em particular, dos atuais procedimentos aplicados pelas ciências da vida, entre os quais se destacam as modernas técnicas reprodutivas, as manipulações genéticas em seres humanos, os limites morais e éticos dos transplantes de órgãos e as intervenções sobre os estados intersexuais e transexuais, além do realinhamento moral, ético e jurídico acerca de velhas questões, como o aborto, a esterilização, a contracepção, a eutanásia, a distanásia e a eugenia.

Tudo isso tem suscitado o reenunciamento de novas respostas e o surgimento, a partir da década de 70, de uma nova abordagem de investigação científica concentrada em torno de uma disciplina: a Bioética, vocacionada metodologicamente para a interdisciplinaridade, e capaz de orientar-se por conhecimentos da Biologia, da Genética, da Ecologia, da Medicina, do Direito, da Política, da Sociologia, da Antropologia, da Psicologia e da Filosofia.

## 2- A BIOÉTICA E SEUS PRINCÍPIOS ÉTICOS

Do ponto de vista etimológico, a palavra “Bioética” deriva da formação de dois étimos gregos: *bios* e *ethos*, traduzidos comumente por “vida” e “ética”. Mas, o termo *ethos* pode assumir duas significações distintas: a primeira, que pode ser traduzida por “costume”, não somente orientou a expressão antropológica “*ethos*” como serviu de base para a tradução latina moral, enquanto a segunda, significando propriedade do caráter, serviu de orientação para a atual utilização que damos propriamente à palavra “Ética”.

Em regra, a ética é um procedimento ínsito a toda sociedade humana e pode ser definido como um conjunto de regras, princípios ou maneiras de pensar, sentir ou agir que orientam as ações de um indivíduo ou de um grupo em particular (moralidade), ou o estudo sistematizado dos procedimentos argumentativos que inferem sobre o “dever-agir” (filosofia moral).

A esse respeito, pondera Ernst Tugendhat:

*Realmente os termos ‘ética’ e ‘moral’ não são particularmente apropriados para nos orientarmos. Cabe aqui uma observação sobre sua origem, talvez em primeiro lugar curiosa. Aristóteles tinha designado suas investigações teórico-morais - então denominadas como ‘éticas’ - como investigações ‘sobre o ethos’, sobre as propriedades do caráter’, porque a apresentação das propriedades do caráter, boas e más (das assim denominadas virtudes e vícios) era uma parte integrante essencial destas investigações.*

*A procedência do termo 'ética', portanto, nada tem a ver com aquilo que entendemos por 'ética'. No latim o termo grego éthicos foi então traduzido por moralis. Mores significa: usos e costumes. Isto novamente não corresponde, nem à nossa compreensão de ética, nem de moral. Além disso, ocorre aqui um erro de tradução. Pois na ética aristotélica não apenas ocorre o termo éthos (com e longo), que significa propriedade do caráter, mas também o termo éthos (com e curto) que significa costume, e é para este segundo termo que serve a tradução latina<sup>1</sup>.*

Na realidade, a ética aristotélica tal como aqui se apresenta corresponde a uma idéia daquilo que é positivamente bom, cujo objetivo seria orientar a realização da perfeição do ser humano. Em outros termos, a ética aristotélica pode ser tomada no sentido de uma estética, cujo objetivo seria a realização do belo e do bom na vida das pessoas.

Portanto, a origem da palavra ética não nos autoriza a tirar conclusões para os termos "moral" e "ética" no sentido que lhes emprestamos hoje. De fato, esses termos foram empregados numa acepção meramente técnica, designando na tradição filosófica realidades equivalentes. O que se observa, porém, é que a palavra "moral", tomada por referência ao seu antônimo "imoral", incorporou-se semanticamente ao universo lingüístico das modernas línguas européias, enquanto a palavra "ética" permaneceu imprecisa na linguagem cotidiana, limitando-se ao emprego restrito da filosofia.

<sup>1</sup> TUGENDHAT, Ernst. *Lições Sobre Ética*. Petrópolis: Vozes 1997. p. 35-36.

Mas, no caso de uma exigência contextualizada, a ética pode resultar de uma reflexão filosófica racional, permitindo ao indivíduo ou ao grupo se posicionar em relação a si próprio e aos outros, tomando por referência a sociedade na qual se insere. Assim, sob o ponto de vista da razão, a ética se vincularia aos princípios dos Direitos do Homem, em suas duas vertentes pragmáticas: a noção de liberdade e igualdade que impõe uma praxis de respeito à alteridade e uma atividade de reflexão que interroga sobre os fundamentos e as finalidades da norma.

No que concerne à palavra "Bioética", apesar de tomar por empréstimo as acepções dos étimos gregos bios (vida) e ethos (ética), o seu significado do ponto de vista de uma conceituação moderna transcende aos limites técnicos originais de seus vocábulos. Por isso, sua definição tem recebido distintas interpretações.

O aparecimento do termo Bioética se deu por ocasião da publicação do livro de Van Rensselaer Potter, Doutor em Bioquímica e pesquisador na área de oncologia da Universidade de Wisconsin/EEUU, em 1971, que recebeu o título de "Bioethics; bridge to the future", lançado pela Prentice Hall, Englewood Cliffs, New York. Na verdade, o que Potter chamou de Bioética não tinha muita relação com o seu significado atual. Na época, ele considerava a Bioética uma orientação racional, porém cautelosa no processo de desenvolvimento das ciências biológicas e sua intervenção para melhorar a qualidade de vida do ser humano. Sua especificidade consistia na combinação de conhecimentos biológicos e valores humanos.

Atualmente, a Encyclopedia of Bioethics, na introdução do v. 1, p. XIX, define a bioética como o estudo sistematizado da conduta humana no campo das ciências biológicas e da atenção de saúde sob a ótica de valores e princípios morais, constituindo um conceito que transcende de muito o da ética médica, englobando a vida humana, a fauna e a flora.

Nesse sentido, a Bioética tornou-se um conhecimento dinâmico e interdisciplinar voltado para o redimensionamento de uma ética prática e para uma fecunda e sugestiva reflexão filosófica. No seio da ética, assevera Gilbert Hottois,

*existe a noção da escolha numa situação onde esta não pode se efetuar, nem de maneira mecânica nem lógica por análise de fatos e dedução a partir de regras existentes, porque a situação e as possibilidades deparadas são difíceis de qualificar, circunscrever ou identificar porque o sistema de referência axiológico parece lacunoso ou conflitual<sup>2</sup>.*

Essa visão de indefinição, de incerteza e de imprecisão na escolha de possibilidades de intervenção, bem como na dificuldade de identificar sistemas de referências axiológicos, exigem uma gestão responsável da vida da pessoa humana e permite uma conceptualização da Bioética a partir de três perspectivas diferentes:

<sup>2</sup> Apud LEBEER, Guy. La bioéthique comme production ordinaire: un point de vue sociologique In: *Bioéthique: jusqu'ou peut-on aller?*. Paris: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996, p. 45.

a) como um marco referencial de reflexão e de investigação interdisciplinar sobre os desafios dos progressos científicos e das técnicas biomédicas;

b) como um método de análise que investiga os dilemas éticos associados à pesquisa biológica e seu emprego médico e reflete sobre eles;

c) como uma demanda normativa que se preocupa em assegurar a primazia da pessoa e limitar a ação do conhecimento científico no resguardo de proteção da saúde pública.

Em decorrência disso, a Bioética é forçada a agir dentro de um paradigma de racionalidade ética, a qual serve de referência para o seu discernimento e resposta operativa. Concomitantemente, a sua trajetória se dá dentro de uma ética civil e que funciona como um meio através do qual se busca atingir a sensibilidade moral do ser humano e um avançado grau de reflexão ética. Por isso, os princípios que orientam essa ética civil se concretizam por uma série de valores que, a todo momento, devem ser respeitados e buscados, e que podem ser sintetizados como:

a) a busca pelo “bem-estar vital do sujeito”, que consiste na afirmação da máxima “o dano que não queres que te causem não deves causar a nada nem a ninguém”;

b) a liberdade que deve imbuir a vida de todo homem deve estar voltada para o respeito à dignidade humana;

c) o direito que deve ter todo sujeito a uma distribuição justa dos benefícios e encargos no âmbito do bem-estar vital.

Apesar das tensões enfrentadas pela Bioética em sua tentativa de realizar esse ideário humanista, é indiscutível a validade de seus princípios e a universalidade de sua vigência. Por isso, para se fazer ilustrativo, é por demais importante apresentar os principais paradigmas éticos que estão estreitamente vinculados à aparição dessa nova área de conhecimento:

1) **O jusnaturalismo:** a doutrina jusnaturalista defende a crença de que existe uma lei natural que ordena o cosmos e as condutas humanas conforme um fim predeterminado. Precisamente, a grande parte das restrições morais que refutam o avanço da investigação e aplicação no campo das ciências biológicas (tomemos, por exemplo, o caso das intervenções das atuais técnicas reprodutivas) tomam por referência essa doutrina sobejamente reforçada com a velha interpretação da origem divina desta lei natural;

2) **O utilitarismo:** o discurso que norteia os princípios de ordem utilitarista toma por referência a avaliação dos custos e benefícios implícitos na consecução de um ato, visto que a sua aceitabilidade ética depende de suas conseqüências. A evocação dessa linha de raciocínio se filia ao pensamento de Stuart Mill ao considerar o argumento de que é preciso buscar o maior bem para o maior número de pessoas e no qual não há lugar para as minorias;

3) **O imperativo categórico:** remete à formulação kantiana do princípio de que qualquer tipo de conduta individual deve seguir uma regra a qual se outorga validade universal e caráter a-histórico. A consciência individual é de tal forma regida por essa regra de

conduta que o princípio é elevado à categoria de lei e é conhecido por todos os homens, uma vez que se baseia na racionalidade como critério de eticidade da conduta.

Contudo, essa conceptualização não está isenta de críticas, pois não resolve a dificuldade de se justificar eticamente a racionalidade de determinadas experiências com seres humanos. Em síntese, a pergunta básica que subsiste é a seguinte: "Tudo que se pode fazer tecnicamente se deve fazer eticamente?". Em definitivo, trata-se de uma indagação extemporânea que redundará sempre numa relação de antagonismo entre "técnica" e "ética", entre "ciência" e "consciência", e que renova as interrogações sobre a aplicação fática da biomedicina.

No entanto, é preciso considerar que o respeito a tais princípios, por parte da ética civil, não se deve orientar por uma postura de restrição e intolerância à investigação e experimentos que impulsionem o progresso do ser humano, mas evitando a violação desses princípios. Daí a defesa de um paradigma que propugne por uma ciência refratária a concepções sacralizadas da ordem natural e assuma como critério de ação o respeito pelo ser humano. Pois, somente a partir desse marco, isto é, como instância normativa do processo de humanização, é que se pode efetivamente compreender o caráter ético da atividade biomédica.

### 3- O BIODIREITO E A APLICAÇÃO FÁTICA DA BIOÉTICA

Por outro lado, a Bioética não se limita apenas a uma relação de antagonismo entre a ciência e a ética. Ela também se articula com o Direito na medida em

Apesar das tensões enfrentadas pela Bioética em sua tentativa de realizar esse ideário humanista, é indiscutível a validade de seus princípios e a universalidade de sua vigência. Por isso, para se fazer ilustrativo, é por demais importante apresentar os principais paradigmas éticos que estão estreitamente vinculados à aparição dessa nova área de conhecimento:

1) **O jusnaturalismo:** a doutrina jusnaturalista defende a crença de que existe uma lei natural que ordena o cosmos e as condutas humanas conforme um fim predeterminado. Precisamente, a grande parte das restrições morais que refutam o avanço da investigação e aplicação no campo das ciências biológicas (tomemos, por exemplo, o caso das intervenções das atuais técnicas reprodutivas) tomam por referência essa doutrina sobejamente reforçada com a velha interpretação da origem divina desta lei natural;

2) **O utilitarismo:** o discurso que norteia os princípios de ordem utilitarista toma por referência a avaliação dos custos e benefícios implícitos na consecução de um ato, visto que a sua aceitabilidade ética depende de suas conseqüências. A evocação dessa linha de raciocínio se filia ao pensamento de Stuart Mill ao considerar o argumento de que é preciso buscar o maior bem para o maior número de pessoas e no qual não há lugar para as minorias;

3) **O imperativo categórico:** remete à formulação kantiana do princípio de que qualquer tipo de conduta individual deve seguir uma regra a qual se outorga validade universal e caráter a-histórico. A consciência individual é de tal forma regida por essa regra de

conduta que o princípio é elevado à categoria de lei e é conhecido por todos os homens, uma vez que se baseia na racionalidade como critério de eticidade da conduta.

Contudo, essa conceptualização não está isenta de críticas, pois não resolve a dificuldade de se justificar eticamente a racionalidade de determinadas experiências com seres humanos. Em síntese, a pergunta básica que subsiste é a seguinte: "Tudo que se pode fazer tecnicamente se deve fazer eticamente?". Em definitivo, trata-se de uma indagação extemporânea que redundará sempre numa relação de antagonismo entre "técnica" e "ética", entre "ciência" e "consciência", e que renova as interrogações sobre a aplicação fática da biomedicina.

No entanto, é preciso considerar que o respeito a tais princípios, por parte da ética civil, não se deve orientar por uma postura de restrição e intolerância à investigação e experimentos que impulsionem o progresso do ser humano, mas evitando a violação desses princípios. Daí a defesa de um paradigma que propugne por uma ciência refratária a concepções sacralizadas da ordem natural e assuma como critério de ação o respeito pelo ser humano. Pois, somente a partir desse marco, isto é, como instância normativa do processo de humanização, é que se pode efetivamente compreender o caráter ético da atividade biomédica.

### 3- O BIODIREITO E A APLICAÇÃO FÁTICA DA BIOÉTICA

Por outro lado, a Bioética não se limita apenas a uma relação de antagonismo entre a ciência e a ética. Ela também se articula com o Direito na medida em

Apesar das tensões enfrentadas pela Bioética em sua tentativa de realizar esse ideário humanista, é indiscutível a validade de seus princípios e a universalidade de sua vigência. Por isso, para se fazer ilustrativo, é por demais importante apresentar os principais paradigmas éticos que estão estreitamente vinculados à aparição dessa nova área de conhecimento:

1) **O jusnaturalismo:** a doutrina jusnaturalista defende a crença de que existe uma lei natural que ordena o cosmos e as condutas humanas conforme um fim predeterminado. Precisamente, a grande parte das restrições morais que refutam o avanço da investigação e aplicação no campo das ciências biológicas (tomemos, por exemplo, o caso das intervenções das atuais técnicas reprodutivas) tomam por referência essa doutrina sobejamente reforçada com a velha interpretação da origem divina desta lei natural;

2) **O utilitarismo:** o discurso que norteia os princípios de ordem utilitarista toma por referência a avaliação dos custos e benefícios implícitos na consecução de um ato, visto que a sua aceitabilidade ética depende de suas conseqüências. A evocação dessa linha de raciocínio se filia ao pensamento de Stuart Mill ao considerar o argumento de que é preciso buscar o maior bem para o maior número de pessoas e no qual não há lugar para as minorias;

3) **O imperativo categórico:** remete à formulação kantiana do princípio de que qualquer tipo de conduta individual deve seguir uma regra a qual se outorga validade universal e caráter a-histórico. A consciência individual é de tal forma regida por essa regra de

conduta que o princípio é elevado à categoria de lei e é conhecido por todos os homens, uma vez que se baseia na racionalidade como critério de eticidade da conduta.

Contudo, essa conceptualização não está isenta de críticas, pois não resolve a dificuldade de se justificar eticamente a racionalidade de determinadas experiências com seres humanos. Em síntese, a pergunta básica que subsiste é a seguinte: "Tudo que se pode fazer tecnicamente se deve fazer eticamente?". Em definitivo, trata-se de uma indagação extemporânea que redundará sempre numa relação de antagonismo entre "técnica" e "ética", entre "ciência" e "consciência", e que renova as interrogações sobre a aplicação fática da biomedicina.

No entanto, é preciso considerar que o respeito a tais princípios, por parte da ética civil, não se deve orientar por uma postura de restrição e intolerância à investigação e experimentos que impulsionem o progresso do ser humano, mas evitando a violação desses princípios. Daí a defesa de um paradigma que propugne por uma ciência refratária a concepções sacralizadas da ordem natural e assuma como critério de ação o respeito pelo ser humano. Pois, somente a partir desse marco, isto é, como instância normativa do processo de humanização, é que se pode efetivamente compreender o caráter ético da atividade biomédica.

### 3- O BIODIREITO E A APLICAÇÃO FÁTICA DA BIOÉTICA

Por outro lado, a Bioética não se limita apenas a uma relação de antagonismo entre a ciência e a ética. Ela também se articula com o Direito na medida em

que esse como comando normativo trata de disciplinar a aplicação fática de procedimentos biomédicos. Essa intervenção do Direito no campo da biomedicina deriva de uma exigência de princípios consagrados na própria reflexão da racionalidade da ética civil, frente à aplicação fática da ciência médica enquanto técnica e manipulação das estruturas biológicas.

Do ponto de vista conceitual, o Biodireito desponta como um novo direito de formação muito recente no âmbito da ciência jurídica, cujo objeto de análise são princípios e normas jurídicas que tenham por fim imediato criar, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos decorrentes de relações entre indivíduos, entre indivíduos e grupos, e entre esses com o Estado, quando essas relações estiverem vinculadas ao início da vida, ao seu transcurso ou ao seu término.

Poder-se-ia, então, dizer que o Biodireito, enquanto campo fronteiro de análise de normas e princípios específicos vinculados ao controle de ação do campo biomédico, gravita em torno de valores amplamente reconhecidos que impõem como respeito primário o valor da vida e o valor da morte. Em regra, esses princípios que aparentemente cancelam os procedimentos de intervenção legal do Biodireito se apóiam basicamente sobre os mesmos valores defendidos pela Bioética: o respeito à vida, à dignidade humana, à liberdade individual, à segurança, à proteção da saúde, etc. Mas, é dada a impossibilidade de identificar um código de valores éticos de unânime aceitação, que o Biodireito adquire a legitimidade de opinar e instruir a regulamentação das relações supra mencionadas no seio de uma atividade legislante do Estado. Isso tem sido, por exemplo, o argumento lógico de justificação de defesa do Biodireito.

Essa questão, porém, tem suscitado acirrada controvérsia no seio da comunidade científica internacional e críticas por parte de cientistas e organismos vinculados a pesquisas em biotecnologias avançadas, reacendendo a discussão sobre a legitimidade do Estado em intervir de forma unilateral sobre um campo de atuação - no caso a biomedicina - que foge ao alcance do conhecimento do legislador e do próprio aplicador da lei.

Diante dessa eventualidade, duas alternativas são evocadas: por um lado, a exigência de que o Estado deve assumir por inteiro a responsabilidade de impor e vigiar o acatamento a determinadas normas gerais ou, por outro, conceder aos indivíduos a permissão de aplicar livremente, em cada caso, os princípios éticos que considerem mais apropriados no uso e aplicação manipulativa das tecnologias biomédicas.

É evidente que nenhuma dessas alternativas é aceitável. A complexidade do objeto exige a adoção de um conhecimento necessariamente interdisciplinar que deve ser precisado através de um processo de tomada de decisões por *experts* em ciências da vida, por especialistas no campo da bioética e do Direito e por observadores sociais em geral, a fim de que se possa traçar uma regulamentação apropriada e que seja suscetível à ingerência de uma racionalidade ético-jurídica.

De modo que a presença do legislador fica inevitavelmente patente quando se nos defrontam distintas fontes normativas de caráter internacional que têm implicação direta com o papel de regulação jurídica dos Estados.

Dentro do campo do Direito Internacional, por exemplo, a normativa que afeta diretamente o Biodireito é a que se refere aos direitos humanos e mais con-

cretamente ao direito à vida. Nesse sentido, convém lembrar que a Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, adotou a Declaração dos Direitos Humanos. Declaração essa que, em 1952, originou dois documentos e que, no ano de 1966, transformaram-se em dois pactos internacionais: um para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e outro para os Direitos Civis e Políticos.

Desses documentos, outros de alcance mais limitado foram derivados e circunscritos a vários países: A Convenção Européia de Direitos Humanos e a Convenção Americana, dentro das quais sobreleva-se com destaque o direito à proteção da vida humana, com a afirmação do que diz o artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “todo indivíduo tem direito à vida”; e do que diz o art. 6.1. do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: o “direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito estará protegido por lei”.

Outros organismos internacionais foram criados ao longo dos últimos anos, tais como: a National Commission for Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, criada pelo Congresso norte-americano, em 1974; O Comitê Internacional de Bioética da Unesco, criado em 1991, e que preparou o texto da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos do Homem, publicada em 25 de julho de 1997.

No Brasil, as situações que envolverem a manipulação do patrimônio genético humano serão tratadas à luz de normas e princípios do Direito Constitucional, do Direito Civil e do Direito Penal e de algumas normas extravagantes que tratam de disciplinar eventuais conflitos legais relativos à defesa do consumidor (Lei

8.078/90); a Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção e recuperação da saúde, bem como a organização e funcionamento dos serviços correspondentes; a Lei nº 8.501/92, que dispõe sobre a utilização de cadáver não reclamado, para fins de estudos ou pesquisas científicas; a Lei 8.974/95, que regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal e estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados; a Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, além de Resoluções do Ministério da Saúde, que tratam de matéria congênere.

Contudo, o Direito Internacional não dispõe de uma eficácia plena no âmbito dos ordenamentos jurídicos dos Estados membros, no que diz respeito ao cumprimento de tais obrigações, restando ao legislador nacional tanto para as legislações constitucionais quanto para as infraconstitucionais o papel de criar normas e sistemas efetivos que disciplinem e protejam direitos individuais e grupais derivados do progresso e da aplicação do conhecimento tecnológico e científico à vida humana. Nesses termos, o Biodireito exerce um papel fundamental no debate acerca dos princípios que devem servir de parâmetros referenciais à regulamentação legal específica que se vincula às demandas e apreciação científica e ética nas seguintes áreas de intervenção biomédica: manipulação genética em sentido amplo, transplante de órgãos entre seres vivos e *post mortem*, natureza jurídica do embrião, genoma humano, procriação assistida, recombinação de genes, abor-

to, eutanásia, propriedade do corpo vivo e morto, direito à saúde, criação e patenteamento de seres vivos e eugenia.

O entendimento mais apropriado que se divisa no alicerce desses princípios jurídicos, do ponto de vista de uma hermenêutica normativa mais adequada ao nível de uma racionalidade ético-jurídica, reside no escopo do comando constitucional que impõe a todos os indivíduos, grupos hegemônicos e ao Estado a obrigação de reconhecer e respeitar A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, consagrada no art. 1º, inciso III, da Carta Constitucional, fundamento basilar da República do Brasil e do Estado democrático de Direito. É a partir desse princípio fundamental que devem orientar-se todas as demais normas e princípios da legislação infraconstitucional.

#### 4- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há que se observar, com esta explanação, o sentido e a significação que adquire a reflexão sobre a melhoria e a realização da espécie humana. A finalidade da ciência é, sem dúvida, contribuir para a melhoria das condições de existência do homem, principalmente das que estão cingidas à qualidade da vida e da saúde física e mental. Mas, as intervenções tecnológicas e científicas não podem ocorrer de acordo com os interesses econômicos, morais ou éticos fixados por uma categoria profissional que controla este ou aquele tipo de conhecimento especializado. Por isso, o estudo e a aplicação de tais conhecimentos vão mais além da área médica ou tecnológica, abarcando outros conhecimen-

tos de áreas como a Psicologia, a Sociologia, a Filosofia, o Direito, a Biologia, a Antropologia, a Ecologia, a Teologia, etc., com observância das diversas culturas e valores. Esta pesquisa não tem fronteiras pré-estabelecidas, uma vez que os problemas não conhecem soluções unívocas ou unidimensionais. Daí, a exigência de uma postura desdogmatizada, na tentativa de descobrir os melhores caminhos.

A esse respeito, pondera Pessini e Barchifontaine, ao tratar dos étimos *bios e ethos*. Para esses autores,

*o bios exige que levemos seriamente em conta as disciplinas e as implicações do conhecimento científico, de modo que possamos entender as questões, perceber o que está em jogo e aprender a avaliar possíveis conseqüências das descobertas e suas aplicações ..., enquanto que o ethos, por seu turno, é uma tentativa para se determinar os valores fundamentais pelos quais vivemos. Quando vista num contexto social, é uma tentativa de avaliar as ações pessoais e as ações dos outros de acordo com uma determinada metodologia ou certos valores básicos<sup>3</sup>.*

Nascida dessa preocupação, a Bioética instaura a conjugação de uma exigência e de uma tentativa no sentido de compor fatos e práticas que por sua natureza transcendem os limites da certeza, da garantia e do controle mecanicista sobre os efeitos do uso e da aplicação das tecnociências biomédicas, tornando-se, talvez, o campo mais dinâmico e sugestivo da reflexão filosófica.

<sup>3</sup> PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Loyola. 1994, p. 14.

O Biodireito, por sua vez, surge na encruzilhada dessa reflexão como um mentor equânime encarregado de examinar as diversas questões e agir com conhecimento de causa na elaboração de uma normativa geral que, por um lado, possibilite o progresso e a prática das pesquisas biológicas e biomédicas e, por outro, coíba as experiências julgadas abusivas ou que se revelem como práticas antiéticas.

Mas, isso requer cautela e prudência, pois não se deve considerar a moral como um conjunto de restrições, mas um vetor de referência axiológica capaz de ensinar o exercício de uma liberdade ética e de uma conduta social responsável. Talvez, seja possível concluir com a afirmação de Marc-Vergnes: "*Ce sont surtout les esprits qui doivent évoluer si l'on veut aboutir à des solutions satisfaisantes*"<sup>4</sup>.

4 MARC-VERGNES, Jean Pierre. *De la bioéthique au bio-droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996. p. 167. «São, sobretudo, os espíritos que devem evoluir se quisermos atingir soluções satisfatórias».

## 5- REFERÊNCIAS

LEBEER, Guy. La bioéthique comme production ordinaire: un point de vue sociologique. In **Bioéthique: jusqu'où peut-on aller?**. Paris: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996. p. 45.

MARC-VERGNES, Jean Pierre. **De la bioéthique au bio-droit**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996. p. 167.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Loyola, 1994. p. 14.

TUGENDHAT, Ernst. **Lições Sobre Ética**. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 35-36.

# O ILÓGICO NECESSÁRIO (CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CRISE DA CODIFICAÇÃO JUSRACIONALISTA)

*Edil Batista Junior*

*Procurador Federal, pós-graduado em Direito Administrativo e Constitucional e Mestrando em Direito pela Faculdade do Direito do Recife - UFPE*

## SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - RACIONALISMO VERSUS EMPIRISMO. 3 - JUSRACIONALISMO. 4 - O PROCESSO DA CODIFICAÇÃO. 5 - O PROBLEMA DAS LACUNAS DA LEI. 6 - A CRISE DA CODIFICAÇÃO JUSRACIONALISTA. 7 - A VIRAGEM DA CONCEPÇÃO ECONÔMICA ESTATAL E SEUS REFLEXOS NA CODIFICAÇÃO CIVIL BRASILEIRA. 8 - O ILÓGICO NECESSÁRIO. 9 - REFERÊNCIAS.

### 1- INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido, tanto no meio acadêmico-científico quanto no âmbito do Legislativo, acerca do anteprojeto do novo Código Civil brasileiro. Tal questão serve de motivo para a discussão de questão ainda maior: o próprio processo de codificação das leis.

O presente trabalho tem por objetivo questionar a pertinência da manutenção de um sistema de leis cíveis consolidadas em um único diploma, como ora se pretende, tendo por paradigma o advento da codificação jusracionalista, sua contribuição para o direito moderno e seu ocaso.

Retomam-se as origens do processo de codificação das leis, para a aferição dessa nova empreitada jurídica. Buscar-se-á, sucinta, mas não apenas superficialmente, demonstrar os acertos e os equívocos cometidos quando se pretendeu a construção de um ordenamento jurídico sistematizado tão-somente pela razão, cuja proposta era a de, através desse mesmo ordenamento, responder satisfatoriamente a todos os questionamentos existentes.

Para a compreensão do tema, tão apaixonante quanto abrangente, necessária será sua decomposição. Antes mesmo de se entender o que foi a codificação das leis segundo um pensamento racionalista, deve-se entender o que foi a corrente filosófica que difundiu o racionalismo. Para tal dever-se-á contextualizar o movimento, contrapondo-o a outros movimentos, expor suas idéias características e apontar seus pensadores exponenciais.

Tal missão será afeta ao primeiro capítulo, no qual se discutirá o movimento filosófico racionalista em oposição ao movimento empirista sob o ponto de vista gnoseológico. Analisar-se-ão os fundamentos do racionalismo, não apenas para distingui-lo do empirismo, mas como condição de compreensão de um movimento jurídico com bases puramente racionais, o jusracionalismo, que também será investigado nessa parte do trabalho.

O segundo capítulo tratará especificamente do advento da codificação das leis em diversos ordenamentos jurídicos, como resultado direto de um pensamento de orientação racionalista na criação e na aplicação do direito. Será feita, destarte, uma leitura histórica dos primeiros códigos civis prussiano, austríaco e francês, suas justificativas e suas contribuições para o mundo moderno.

Também nesse capítulo será estudada questão fundamental para o entendimento do tema proposto: as lacunas da lei. Apesar de hodiernamente a discussão estar superada, durante muito tempo ela foi motivo de profundos e intermináveis embates doutrinários. As lacunas na lei representaram não apenas o mito da completude dos códigos jusracionalistas, senão a crença no monopólio estatal da produção do direito. Compreender a matéria é entender os motivos que provocaram a prefalada crise jusracionalista.

O terceiro capítulo abordará essa crise propriamente dita. Nessa parte do trabalho investigar-se-ão quais suas origens e seus principais efeitos. Em uma tentativa de aproximação do tema à realidade brasileira, discutir-se-á o crescente fenômeno de constitucionalização de diversos institutos jurídicos do Código Civil de 1916, de caráter oitocentista e que sobreviveu por quase um século no Brasil.

Como se pode reconhecer, o título do presente estudo, O ilógico necessário, é o mesmo de um dos parágrafos do livro "*Humano, Demasiado Humano*", de Friedrich W. Nietzsche (1844-1900), que tanto contestou a idéia de uma consciência puramente racionalista no homem.

A coincidência dos títulos é proposital. Apesar de não se pretender, nas páginas que se seguem, traçar uma crítica desmedida à razão humana e aos frutos advindos do jusracionalismo, quer-se apontar os riscos assumidos pelo homem a partir da adoção de uma postura puramente racional diante dos mais variados problemas vivenciados pelo direito, inclusive no que concerne à sua criação.

Retomam-se as origens do processo de codificação das leis, para a aferição dessa nova empreitada jurídica. Buscar-se-á, sucinta, mas não apenas superficialmente, demonstrar os acertos e os equívocos cometidos quando se pretendeu a construção de um ordenamento jurídico sistematizado tão-somente pela razão, cuja proposta era a de, através desse mesmo ordenamento, responder satisfatoriamente a todos os questionamentos existentes.

Para a compreensão do tema, tão apaixonante quanto abrangente, necessária será sua decomposição. Antes mesmo de se entender o que foi a codificação das leis segundo um pensamento racionalista, deve-se entender o que foi a corrente filosófica que difundiu o racionalismo. Para tal dever-se-á contextualizar o movimento, contrapondo-o a outros movimentos, expor suas idéias características e apontar seus pensadores exponenciais.

Tal missão será afeta ao primeiro capítulo, no qual se discutirá o movimento filosófico racionalista em oposição ao movimento empirista sob o ponto de vista gnoseológico. Analisar-se-ão os fundamentos do racionalismo, não apenas para distingui-lo do empirismo, mas como condição de compreensão de um movimento jurídico com bases puramente racionais, o jusracionalismo, que também será investigado nessa parte do trabalho.

O segundo capítulo tratará especificamente do advento da codificação das leis em diversos ordenamentos jurídicos, como resultado direto de um pensamento de orientação racionalista na criação e na aplicação do direito. Será feita, destarte, uma leitura histórica dos primeiros códigos civis prussiano, austríaco e francês, suas justificativas e suas contribuições para o mundo moderno.

Também nesse capítulo será estudada questão fundamental para o entendimento do tema proposto: as lacunas da lei. Apesar de hodiernamente a discussão estar superada, durante muito tempo ela foi motivo de profundos e intermináveis embates doutrinários. As lacunas na lei representaram não apenas o mito da completude dos códigos jusracionalistas, senão a crença no monopólio estatal da produção do direito. Compreender a matéria é entender os motivos que provocaram a prefalada crise jusracionalista.

O terceiro capítulo abordará essa crise propriamente dita. Nessa parte do trabalho investigar-se-ão quais suas origens e seus principais efeitos. Em uma tentativa de aproximação do tema à realidade brasileira, discutir-se-á o crescente fenômeno de constitucionalização de diversos institutos jurídicos do Código Civil de 1916, de caráter oitocentista e que sobreviveu por quase um século no Brasil.

Como se pode reconhecer, o título do presente estudo, O ilógico necessário, é o mesmo de um dos parágrafos do livro "*Humano, Demasiado Humano*", de Friedrich W. Nietzsche (1844-1900), que tanto contestou a idéia de uma consciência puramente racionalista no homem.

A coincidência dos títulos é proposital. Apesar de não se pretender, nas páginas que se seguem, traçar uma crítica desmedida à razão humana e aos frutos advindos do jusracionalismo, quer-se apontar os riscos assumidos pelo homem a partir da adoção de uma postura puramente racional diante dos mais variados problemas vivenciados pelo direito, inclusive no que concerne à sua criação.

Alerta-se, desde já, que nem de longe se pretende elaborar uma obra com profundidade filosófica. Antes disso, os limites do presente estudo estão na realização de uma leitura crítica do movimento racionalista, nomeadamente naquilo que hoje se pode verificar como equivocado. Como dito na epígrafe, o principal objetivo deste estudo é tão-somente proporcionar uma introdução à matéria.

De fato não se poderia crer que questões de vulto como as que serão apresentadas nas páginas seguintes, que sobrevivem há séculos e que, ainda hoje, mantêm algum tipo de influência na comunidade acadêmica, pudessem ser esgotadas em 10 ou 15 páginas. A idéia, portanto, é traçar um panorama geral sobre todo o assunto, resumindo o irresumível, preocupando-se o máximo em apresentar o que lhe há de mais essencial.

Finalmente, na parte final do trabalho estão expostas algumas opiniões do autor, as quais, aliadas àquelas inseridas no decorrer dos capítulos, consubstanciarão suas considerações pessoais sobre o tema.

## 2- RACIONALISMO VERSUS EMPIRISMO

Para que didaticamente se possa entender o que foi o movimento filosófico racionalista, nada melhor do que confrontá-lo com seu movimento oposto, o empirismo. Ressalte-se, desde já, que tais movimentos têm origens tão antigas quanto a própria história da filosofia. De fato, foram racionalistas Parmênides, Platão e Plotino, como foram empiristas os cirenaicos e os epicúreos, apesar de não o serem no sentido próprio (moderno) do termo.

Lucrécio, que foi epicurista, afirmava a impossibilidade de atingirmos a essência das coisas (*Nec possunt oculi naturam noscere rerum*) advertindo que o conhecimento da verdade advém dos sentidos que nunca erram (*invenies primis ab sensibus esse creatam notitiam veri, neque sensus posse refelli*)<sup>1</sup>.

Platão, por sua vez, asseverava que a ciência não provém da sensação, mas consiste na intuição das idéias; pela teoria da reminiscência, sustentava que a alma encontrava as idéias<sup>2</sup>.

Como um fluxo, tais idéias retornaram à discussão tempos depois. Após a Renascença (séc. XVI), surgiu no mundo ocidental o segundo grande período do pensamento moderno. Esse período, que abrangerá os séculos XVII e XVIII, terá como preocupação fundamental o problema gnoseológico.

Uma das questões proporcionadas pela gnoseologia diz respeito à origem do conhecimento. Quais suas fontes, seus fundamentos e elementos caracterizadores. As duas correntes, racionalismo e empirismo, tentariam explicá-la.

Apesar de estarem em antítese no que diz respeito às origens do conhecimento, as duas correntes hão de concordar, em essência, em fenomenismo e subjetivismo, posto que o homem, a partir de então, não mais

1 BATALHA. Wilson de Souza. *Introdução ao direito: Filosofia História e Ciência do Direito*. São Paulo: RT, 1968. v.II, p.484.

2 *Idem. ibidem. p.484.*

conhece as coisas, senão o conhecimento das coisas, as impressões (subjetivas) que exercem sobre ele, sobre seu intelecto (racionalismo) e sobre seus sentidos (empirismo).

O novo empirismo (Bacon, Hobbes, Locke, Berkeley, Hume) será essencialmente inglês, em total correspondência ao perfil positivista e prático da mentalidade anglo-saxônica, cuja manifestação anterior se fez presente na escolástica de Guilherme de Occan.

O novo racionalismo, contrariamente, será originalmente francês, porquanto franceses seu maior pensador, Descartes (1596-1649), e um de seus maiores expoentes, Malebranche (1638-1715).

Analisando separadamente as correntes, concluir-se-á que o empirismo se torna puro fenomenismo sensista, para o qual tudo deriva da subjetividade dos sentidos, e o racionalismo se torna fenomenismo intelectualista, segundo o qual tudo deriva a priori da razão do homem, tudo seria deduzido das verdades primeiras atingidas imediatamente pelo intelecto.

Se houvesse duas máximas a identificar e, conseqüentemente, a distinguir ambas as correntes filosóficas, arriscar-se-ia a destacar a de John Locke (1632-1704), inserida na obra *Ensaio Sobre o Entendimento Humano*, que em verdade não lhe é original, senão repetida de autores medievais, segundo a qual “nada existiria no intelecto que não tenha antes passado pelos sentidos” (*Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu*), em contraposição àquela de Leibniz (1646-

1716) inserida nos *Novos Ensaio Sobre o Entendimento Humano*, pela qual “nada existiria no intelecto que não tenha passado pelos sentidos, a não ser a própria inteligência” (*Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu; nisi intellectus ipse*).

O racionalismo fazia surgir, então, aquilo que se denominaria de verdades de razão (*verités de raison*) ao lado das verdades de fato (*verités de fait*) exploradas pelos empiristas. Segundo aqueles pensadores, para a explicação da realidade empírica, princípios racionais como o da identidade e o da razão suficiente eram imprescindíveis. Tais princípios constituir-se-iam em típicas verdades da razão.

As verdades de fatos (empíricas) seriam contingentes e particulares, sendo válidas apenas dentro de determinados limites. Seus resultados seriam, portanto, provisórios, sujeitos verificações sucessivas. As verdades de razão (racionais), por seu turno, seriam inerentes ao próprio pensamento do homem, sendo, portanto, dotadas de universalidade e certeza.

Não se podendo imaginar, a guisa de exemplo, a identidade dos contrários, as verdades de razão não seriam originárias dos fatos, senão constituir-se-iam em condições prévias do próprio pensamento para se conhecer até mesmo o que está nos fatos ou que deles se revela.

As relações das duas correntes com as ciências, a história e com o direito se dará da forma mais distinta possível. É importante recordar que, nos séculos XVII

e XVIII, desenvolveu-se sensivelmente o interesse do pensamento moderno pela experiência. O empirismo se prendeu ao método indutivo e experimental; contrariamente, o racionalismo, atraído pelo pensamento físico-matemático, se prendeu ao dedutivo.

No campo histórico, o empirismo concordaria com a investigação erudita e evidenciava a contribuição positiva da historiografia dos séculos XVII e XVIII. O racionalismo, ao contrário, por suas noções claras e inteligíveis, seria contrário à história e à tradição. Foi dessa forma que,

*em lugar de preconizar uma religião positiva, uma arte intuitiva, um direito concreto, uma moral religiosa, finalizará logicamente uma religião natural (deísmo), na estética racional (Boileau), no direito natural (Grócio), na moral natural (Rousseau)<sup>3</sup>.*

Identificadas as principais características do movimento racionalista, importa destacar o tratamento que aqueles pensadores dispensaram ao campo jurídico, quais as formas de concepção e de justificação do direito. Essa é uma matéria que particularmente interessa ao presente estudo e que, portanto, será o destaque do ponto seguinte.

3 PADOVANI, Umberto; CASTAGNOLA, Luis. *História da Filosofia*. São Paulo: melhoramentos, p. 288, 1974.

### 3- JURACIONALISMO

Como visto, o racionalismo buscou preconizar um direito de cunho ontologicamente natural. Esse direito natural, todavia, não estaria simplesmente em oposição ao direito positivo, senão acima dele, subordinando-o à sua maneira.

Em verdade, a idéia da existência de um direito natural fora já explorada por Aristóteles no *Livro V de Éticas a Nicômaco*, bem assim por diversos outros autores que lhe sucederam. Não se pode dizer, por isso mesmo, que os adeptos do direito natural fossem em sua totalidade racionalistas. Realmente, não se podem olvidar aqueles que o eram segundo um ponto de vista crítico e axiológico.

Na busca de uma conceituação de um direito natural derivado exclusivamente de um direito racional, socorrer-se-á das lições do mestre Miguel Reale, em direta alusão a outro autor, Emil Lask. Segundo Reale,

*o Direito Natural em sentido material é a crença, fundada nos mais gerais pressupostos históricos e filosóficos de caráter racionalista, de que toda a realidade, todo o conteúdo do direito possa ser elaborado, até o último resíduo, por via de mera construção, com idéias de validade universal sobre o direito<sup>4</sup>.*

4 REALE Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1986. p.99.

Os racionalistas, naturalmente, não contestavam a existência de um direito positivo, como se poderia imaginar. Argumentavam, contudo, que tal direito, por ser historicamente revelado, deveria necessariamente estar subordinado a um outro tipo de direito permanente, que é *expressão necessária da própria natureza do homem e condicionante de toda a vida prática*<sup>5</sup>.

Na doutrina de Hugo Grocio, um dos maiores defensores do direito natural, surgira o problema do direito enlaçado com a matemática. Os racionalistas tinham tamanha confiança na razão, assim como confiança em um direito natural, que chegaram a argumentar que a ciência do direito não pertenceria às disciplinas que dependessem de experiências, mas de definições. Não de fatos, mas de demonstrações lógicas.

Há que se ressaltar, por oportuno, que o jusracionalismo não encontrava a razão de ser de um direito puramente natural no divino, como fora em épocas passadas. Baseava-se, portanto, em uma nova antropologia. O homem não seria mais visto como sendo desenhado à semelhança de Deus, mas como um ser natural. A humanidade seria, então, participante de um mundo apreensível através de leis naturais.

O passo seguinte à preconização de um direito natural com bases exclusivas na razão, com validade universal e dotado de um caráter permanente, seria o de sistematizá-lo e materializá-lo, a fim de que pudes-

5 *Idem*, p.99.

se ser adotado pela ciência jurídica positiva. Esses viariam a ser os trabalhos de outros pensadores racionalistas: Pufendorf e de Cristian Wolff.

Questão também fundamental para o jusracionalismo foi o acesso que seus defensores adquiriram junto às cortes e aos governantes. Tais pensadores passaram a ser conselheiros das coroas e da gente das cortes, tornando-se verdadeiros educadores morais dos príncipes. Foi assim que o jusracionalismo e o discurso de um direito natural racional contribuíram diretamente para, no princípio do séc.XVIII, pôr fim às fogueiras, às torturas de réus martirizados, desaparecendo, aos poucos, as antigas penas corporais e de honra.

A maior contribuição do jusracionalismo para o direito europeu, contudo, seria, de fato, sua sistematização. Sobre o particular, leciona Wieacker que

*a jurisprudência européia fora, até aqui, uma ciência da exegese e do comentário de textos isolados, tendo permanecido assim depois do fracasso do projeto sistemático do humanismo. Para o jusracionalismo, desde Hobbes e Pufendorf, a demonstração lógica de um sistema fechado tornou-se, em contrapartida, na pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos. Quando, no século XVIII, ele começou também a ordenar as exposições do direito positivo, facultou-lhes o sistema: aquele sistema que ainda hoje domina os códigos e os manuais*<sup>6</sup>.

6 WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p.309-310.

Os racionalistas, naturalmente, não contestavam a existência de um direito positivo, como se poderia imaginar. Argumentavam, contudo, que tal direito, por ser historicamente revelado, deveria necessariamente estar subordinado a um outro tipo de direito permanente, que é *expressão necessária da própria natureza do homem e condicionante de toda a vida prática*<sup>5</sup>.

Na doutrina de Hugo Grocio, um dos maiores defensores do direito natural, surgira o problema do direito enlaçado com a matemática. Os racionalistas tinham tamanha confiança na razão, assim como confiança em um direito natural, que chegaram a argumentar que a ciência do direito não pertenceria às disciplinas que dependessem de experiências, mas de definições. Não de fatos, mas de demonstrações lógicas.

Há que se ressaltar, por oportuno, que o jusracionismo não encontrava a razão de ser de um direito puramente natural no divino, como fora em épocas passadas. Baseava-se, portanto, em uma nova antropologia. O homem não seria mais visto como sendo desenhado à semelhança de Deus, mas como um ser natural. A humanidade seria, então, participante de um mundo apreensível através de leis naturais.

O passo seguinte à preconização de um direito natural com bases exclusivas na razão, com validade universal e dotado de um caráter permanente, seria o de sistematizá-lo e materializá-lo, a fim de que pudes-

5 *Idem*, p.99.

se ser adotado pela ciência jurídica positiva. Esses viriam a ser os trabalhos de outros pensadores racionalistas: Pufendorf e de Cristian Wolff.

Questão também fundamental para o jusracionismo foi o acesso que seus defensores adquiriram junto às cortes e aos governantes. Tais pensadores passaram a ser conselheiros das coroas e da gente das cortes, tornando-se verdadeiros educadores morais dos príncipes. Foi assim que o jusracionismo e o discurso de um direito natural racional contribuíram diretamente para, no princípio do séc.XVIII, pôr fim às fogueiras, às torturas de réus martirizados, desaparecendo, aos poucos, as antigas penas corporais e de honra.

A maior contribuição do jusracionismo para o direito europeu, contudo, seria, de fato, sua sistematização. Sobre o particular, leciona Wieacker que

*a jurisprudência européia fora, até aqui, uma ciência da exegese e do comentário de textos isolados, tendo permanecido assim depois do fracasso do projeto sistemático do humanismo. Para o jusracionismo, desde Hobbes e Pufendorf, a demonstração lógica de um sistema fechado tornou-se, em contrapartida, na pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos. Quando, no século XVIII, ele começou também a ordenar as exposições do direito positivo, facultou-lhes o sistema: aquele sistema que ainda hoje domina os códigos e os manuais*<sup>6</sup>.

6 WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p.309-310.

A questão da codificação das leis e os efeitos daí decorrentes serão melhor investigados no próximo capítulo.

#### 4- O PROCESSO DA CODIFICAÇÃO

A codificação da leis surgiu como consectário da constatação da existência de um direito natural ordenador do direito positivo. Seu objetivo era, inicialmente, a unificação do direito territorial e a decisão acerca de questões comuns.

As primeiras ondas modernas de codificação se deram na Europa Ocidental, principalmente após o processo de revolução que se desenvolveu na França. Essa onda iria se diferenciar das demais pelo fato de que não seriam visadas as fixações, ordenações ou melhoramentos dos direitos preexistentes, senão a reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica.

Seu pressuposto seria a convicção de que a ação racional dos governantes ou da comunidade em geral poderia criar por si só uma sociedade melhor. A codificação, surgia, assim como uma promessa de um futuro promissor para todos.

Os primeiros códigos a serem elaborados com essa concepção racionalista foram o Código Prussiano (*Preußisches Allgemeines Landrecht – ALR - 1792*), seguidos pelos Código Civil Austríaco (*Asterreichisches Allgemeines Bürgerliche Gesetzbuch – ABGB-1811*) e Código Civil Francês (*Code Civil - 1804*).

Na Prússia, a busca da codificação de um direito justo, com fulcro na moral e na razão, despertou interesse na opinião pública. Concursos de academias e sociedades e mesmo consultas de opiniões de cidadãos comuns eram consideradas como contribuição na elaboração dos códigos. Tinha-se sempre em mente a confiança na crença da razão livre que haveria de trazer a verdade à luz do dia. Esse traço liberal da legislação prussiana foi até mesmo louvada por Kant.

Segundo aponta Wieacker, o ALR, tornado possível pela antropologia jusracionalista, era

*quer do ponto de vista de conteúdo, quer do ponto de vista estilístico, a expressão de uma cultura evoluída e isto não apenas segundo o padrão dos critérios da época. Nesse ponto, quase único na história da legislação européia, ele apresenta um plano global de construção do Estado a partir de fundamentos de base da sociedade humana<sup>7</sup>.*

O Código Austríaco estaria vinculado ao jusracionalismo pela teoria das fontes do direito, sobretudo pela exclusão da doutrina, e pelo direito consuetudinário. Segundo os historiadores, em seu rigor conceitual e em sua coerência sistemática viria mesmo a superar o ALR prussiano. Pecaria, entretanto, pela eliminação de diversos institutos tratados a contento por aqueloutro.

A influência externa do ABGB foi ultrapassada pelo sucesso mundial do *Code Civil*, em face de seu impacto formal e de conteúdo. A criação desse último, em 1804, também nasce da crença jusracionalista na *lei*.

7 item, p.378.

Recorde-se que todos esses códigos nascem fruto de uma transformação revolucionária. Dessa forma, não foram projetados apenas por professores de direito e pelos magistrados, senão por pessoas de confiança dos soberanos, com formação política e filosófica. Tais códigos protestavam de forma expressa contra costumes e preconceitos que se lhes opunham.

Assim também o foi o Código Civil Francês. Superior a qualquer dos anteriores, utilizar-se-ia de uma estrutura rigorosa, transparente e de linguagem clara. Reconhece-se que a inspiração jurracionalista pretendia a formulação de normas imutáveis como as deduções matemáticas, absolutamente claras, de modo a não suscitar quaisquer dúvidas quanto à sua interpretação. Tais normas seriam, ainda, segundo seus criadores, completas, de modo a não permitir a existência de lacunas, para limitar ainda mais a atuação exegética do aplicador do direito.

Acerca das lacunas, que durante muito tempo seria questão fundamental para os defensores de um direito supostamente perfeito e acabado, veja-se o próximo ponto. Tal matéria provavelmente seria a mais forte demonstração de uma crença cega na completude dos códigos e na imutabilidade das leis.

## 5- O PROBLEMA DAS LACUNAS DA LEI

Pretendeu-se com a racionalização das leis em códigos a sistematização de todos os problemas jurídicos. Ter-se-ia, assim, uma regra para cada caso. O código seria um receituário para o operador do direito, que dele não se afastaria. O mundo jurídico passaria a vivenciar um processo de fetichização de leis, a partir das grandes codificações, a francesa em 1804 e alemã em 1900.

O efeito dessa crença de que a ordenação de leis em códigos bastar-se-ia por si foi o surgimento de uma *escola da exegese*, com peculiar admiração pela codificação. Segundo essa escola, a racionalização das leis não permitia a ocorrência de lacunas em seu interior.

Foram criadas diversas teorias acerca da inexistência de lacunas. Destacar-se-á apenas a do *Espaço Vazio Jurídico* (Karl Bergbohn e Santi Romano) que, consoante recorda Bobbio<sup>8</sup>, afirmava que toda norma jurídica representaria uma limitação à livre atividade humana. Fora dessa esfera regulada pelo direito, o homem seria livre para a prática de qualquer ato. Existiriam dois compartimentos para os atos: aquele regulado por normas jurídicas, o espaço jurídico pleno; e outro onde haveria liberdade absoluta, o espaço jurídico vazio.

Se a atividade estivesse regulada, estar-se-ia diante de situação juridicamente relevante. Se não, seria juridicamente irrelevante. Onde houvesse atividade

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Polis, 1991.

juridicamente relevante não poderiam existir lacunas. Surgindo tais, seria pelo fato de que a atividade seria indiferente ao direito. A lacuna seria o limite natural do ordenamento.

Posteriormente, entendeu-se por lacuna a falta não de uma solução, qualquer que fosse ela, mas de uma solução satisfatória, a falta de uma norma justa, isto é, uma norma que se desejaria, mas que não existisse. Tais lacunas seriam derivadas não das considerações do ordenamento jurídico como ele é, mas do que deveria ser. Seriam as lacunas ideológicas, que se distinguiriam das existentes no ordenamento jurídico como ele é, as lacunas reais.

As lacunas ideológicas seriam lacunas de *iure condendo* (de direito a ser estabelecido), as lacunas reais, de *iure condito* (de direito já estabelecido). Por sua natureza, somente o ordenamento jurídico natural não teria lacunas ideológicas.

Quem bem cuidou desse tema foi Brunetti. Segundo o Autor, para se falar de completitude ou incompletitude de algo seria necessário não considerar a coisa em si, mas compará-la com outra. Logo, os dois casos típicos em que se poderia falar de completitude, ou não, seriam: 1) quando se compara algo com o seu tipo ideal ou com o que deveria ser; 2) quando se compara a representação de uma coisa com a coisa representada.

Para ter sentido a questão das lacunas da lei, dever-se-ia comparar o ordenamento jurídico real com um ordenamento jurídico ideal, ou considerar o ordenamento legislativo como representação da vontade do Estado, tomando a segunda hipótese, perguntando-se

se a lei contém, ou não, tudo aquilo que deve conter para poder ser considerada a manifestação tecnicamente perfeita da vontade do Estado,

*quando a completitude e incompletitude se referir ao ordenamento legislativo parte do ordenamento jurídico, e não ao ordenamento jurídico como um todo, eis que considerado em si mesmo, não se pode predicar, como o azul, a alma<sup>9</sup>.*

Resumindo, o problema das lacunas teria três vertentes: a) o problema do ordenamento jurídico considerado em si próprio, que não teria sentido; b) o problema de ser comparado a um sistema ideal (que faz aflorar apenas as lacunas ideológicas); c) o problema de ser completo ou incompleto o ordenamento legislativo, considerado como parte de um todo e confrontado com o todo, isto é, com o ordenamento jurídico. Segundo o Autor, esse o único caso em que o problema teria sentido e que se poderia falar de lacunas no sentido próprio da palavra.

De toda sorte, seria também essa hipótese de lacuna ideológica, eis que na oposição entre aquilo que a lei diz e aquilo que deveria dizer para ser perfeitamente adequada ao espírito de todo o sistema. Concluiu-se, dessa forma, que a questão das lacunas e da completitude não teriam grandes significados, e, onde tivessem sentido, as lacunas que se podem provar a existência são as ideológicas.

“E é um sentido tão óbvio que se a isso se reduz o problema, não se justificariam todos os rios de tinta gastos com ele”<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 141 - 142.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 143.

Em verdade, o dogma da completitude tornou-se parte integrante da concepção estatal do direito, ou seja, daquela concepção que faz da produção jurídica um monopólio do Estado. Esse talvez um dos mais graves pecados do jusracionalismo, e o que proporcionaria o seu ocaso consoante será visto a seguir.

## 6- A CRISE DA CODIFICAÇÃO JURACIONALISTA

Os códigos jusracionalistas tiveram o seu apogeu e representaram a vitória de uma cultura jurídica com orientação de uma moral prática. Por outro lado, seus idealizadores cometeram o erro de buscar restringir o desenvolvimento do direito.

Note-se que, considerando que os códigos consubstanciavam o que de mais perfeito poderia existir em matéria jurídica, os legisladores sequer permitiam que suas interpretações fossem realizadas pelo aplicador do direito isoladamente. Nesse sentido, foram constituídas verdadeiras comissões ministeriais (Prússia) e comissões legislativas (França).

Dessa forma, o direito perdia o que tinha de mais vivo e impulsionante, tornando-se um direito frio e decadente. Esse fato foi ainda agravado quando a renovação cultural proporcionada pela Escola Histórica do Direito iniciava seus primeiros passos na Europa.

Perceba-se que a codificação jusracionalista promoveu verdadeiro óbice à construção de uma justiça viva quando cristalizou uma legislação que se pretendia de uma vez por todas certa para um Estado concreto.

Nada obstante o fato de o jusracionalismo teórico admitir, em tese, a retificação do direito a partir de novas experiências e de perspectivas mais apuradas, na prática, impôs uma razão autoritária aos povos, tornando a autocorreção impensável, transformando a razão em contra-senso.

O que ocorreu foi que o jusracionalismo havia traído seu núcleo mais característico. Se, em determinado momento, foi fundamental para promover reformas em diversos institutos jurídicos, como o direito penal e processual penal, abolindo penas corpóreas e infamantes, proporcionando um resgate da humanidade, em outro momento ele viria a bloquear a consciência jurídica vinculada à tradição viva dos povos, impedindo o pleno desenvolvimento do próprio pensamento racionalista em face da idéia de um monopólio estatal do direito.

Um dos autores que se insurgiram contra uma ditadura da razão foi F.Geny, afirmando que:

*o direito é uma coisa muito complexa e móvel, para que um indivíduo ou uma assembleia, ainda que investidos de autoridade soberana, possa pretender fixar de uma só vez os preceitos de modo a satisfazer todas as exigências da vida jurídica. (Método de interpretação e princípios do direito positivo - 1899)<sup>11</sup>.*

Não se pode deixar de reconhecer também que fator preponderante para o ocaso do jusracionalismo e seu mito de um direito como monopólio do Estado atra-

<sup>11</sup> BOBBIO, apud. op. cit., p. 126.

vés da codificação foi o advento de uma corrente filosófica denominada de criticismo que, visando a superar o antagonismo entre racionalismo e empirismo, teve em Kant seu mais importante pensador.

De fato foi Kant quem se opôs de forma intransigente ao antigo direito natural acrítico. Com auxílio de diversos seguidores (Hugo, Feuerbach e Savigny), a questão da justiça passou a fundar-se na ética Kantiana da autonomia da moral da pessoa e da sua vontade. Ressalte-se que Kant não descartaria os contributos metodológicos do jusracionalismo, tanto que um de seus seguidores, Feuerbach é considerado legislador adepto dessa corrente.

Assim, pode-se dizer que o fator preponderante para a crise da codificação racionalista tenha sido a formação de uma elite cultural européia, notadamente alemã, dotada de uma sensibilidade política autônoma que fez brotar uma consciência política nacional, com imediata idéia de relação entre os cidadãos e o Estado, opondo-se, destarte, à autocracia paternalista iluminista.

## **7- A VIRAGEM DA CONCEPÇÃO ECONÔMICA ESTATAL E SEUS REFLEXOS NA CODIFICAÇÃO CIVIL BRASILEIRA**

No intuito de demonstrar a função imobilizadora que os códigos impuseram ao direito que se pretende dinâmico, tomar-se-á como paradigma a questão da crescente constitucionalização e conseqüente descodificação do direito civil brasileiro. Hodiernamente,

pode-se notar como fator primordial para o absoluto ocaso da codificação das leis a modificação da concepção do Estado Liberal para o Estado Social, com a necessária intervenção do Estado no direito privado, nomeadamente no Código Civil.

Foi o Código de Napoleão (1804) quem originalmente dicotomizou as leis civis das leis públicas, em face da sistematização operada naquele texto, o que viria a influenciar todas as codificações do séc. XIX, e mesmo a do séc. XX, como no caso brasileiro<sup>12</sup>.

Assim, enquanto permaneceram as condições de manutenção do Estado Liberal, os códigos civis tiveram função primordial como núcleo de um direito positivo. O advento do Estado Social, tomado no plano jurídico como sendo aquele que inclui em sua Constituição a regulação da ordem econômica e social pelo Estado interventor, superou, definitivamente, a crença de um direito civil codificado em sintonia com a modernidade.

Apenas para exemplificar, enquanto a sociedade e o próprio Estado evoluíram, em face do surgimento de uma ideologia voltada à esfera social, que dominou o cenário constitucional do séc. XX, os códigos civis mantiveram sua âncora no Estado Liberal, não acompanhando nem de perto as profundas e significativas modificações constitucionais operadas no Brasil desde a Constituição de 34.

12 TEPELINO, Maria Celina B. M. *A Caminho de um de um direito civil constitucional. Revista Estado, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, v.1, 1991.

Sabe-se que o constitucionalismo é, na verdade, a afirmação do individualismo jurídico, limitando os poderes do Estado. A codificação, por seu turno, nomeadamente a civil, teve o papel de assegurar o mais amplo espaço de autonomia dos indivíduos, principalmente no campo econômico.

A constitucionalização do Código Civil se apresenta, destarte, como uma contradição ontológica de seus próprios alicerces. Isso se tomada a concepção do Estado Liberal. Considerada a preocupação de uma justiça social ou justiça distributiva, inexistente qualquer contradição.

A codificação liberal teve a propriedade como valor necessário à total realização da pessoa. Kelsen demonstra essa visão citando a filosofia de Hegel, para quem a esfera exterior da liberdade humana é a propriedade. "Só na propriedade a pessoa é como razão"<sup>13</sup>. O Estado Social, por seu turno, faria submergir a pessoa humana, na sua potencialidade moral e ética.

E se a pessoa humana passa a ser o ponto central do direito, aquele antigo direito civil codificado, de índole puramente patrimonialista não terá mais vez no seio de uma sociedade ávida por mudanças sociais não apenas conceituais, senão reais, que serão proporcionadas por meio de uma lenta e gradual, porém profunda, intervenção do Estado na ordem econômica.

13 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

Sobre o tema, Paulo Lôbo comenta que:

*As funções do Código (civil) esmaeceram-se, tornando-o obstáculo à compreensão do direito civil atual e de seu real destinatário; sai de cena o indivíduo proprietário para revelar, em todas suas vicissitudes, a pessoa humana. Despontam a afetividade, como valor essencial da família; a função social, como conteúdo e não apenas limite, da propriedade, nas dimensões variadas; o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais fraco, no contrato*<sup>14</sup>.

Assim é que as diversas constituições brasileiras passaram a modificar conceitos seculares determinados tão-somente pelo Código Civil, como nas hipóteses dos direitos da mulher, do direito de família, das sucessões, da propriedade e da atividade negocial.

No particular a atividade negocial, o advento do Código do Consumidor (que somente por homenagem à tradição se denomina código) é o exemplo vivo do total ocaso do mito da codificação. A tendência do que há de mais atual no campo da legislação é a criação de "minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil"<sup>15</sup>.

O "Código" do Consumidor não apenas subtraiu do Código Civil a administração da quase totalidade dos contratos, como também disciplina questões afetas ao direito comercial, ao direito administrativo, ao direito penal, e ao direito processual penal.

14 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Corestitucionalização do direito civil*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 141, p. 12, 1999.

15 *idem*, p.s.

Dessa forma, particularmente no direito brasileiro, o advento da concepção do Estado Social contribuiu de forma inequívoca para a derrocada da égide da codificação, quando o processo de constitucionalização do direito civil, aproximando-o do ideal dos indivíduos, tornando-o dinâmico por meio de leis complementares multidisciplinares, esvaziou por completo o conteúdo do Código.

A necessária ação intervencionista do legislador promoveu a subtração de matérias inteiras que se encontravam engessadas no Código Civil, dando a elas tratamentos autônomos, como no caso do direito do trabalho, do direito agrário, direito das águas, direito da habitação, direito de locação de imóveis urbanos, estatuto da criança e do adolescente, direitos autorais e direito do consumidor.

Não há dúvida de que a manutenção de todos esses institutos na sistemática anterior do Código Civil seria perpetuar um óbice intransponível às suas atualizações. Como no caso de suas fontes inspiradoras, o Código Civil brasileiro se viu ultrapassado no seu tempo por uma história viva e pulsante da sociedade. A pretensão de um direito codificado eterno e imutável se destrói com a evolução dos tempos.

## 8- O ILÓGICO NECESSÁRIO

A análise desapassionada da questão que ora foi investigada permite concluir que não se pode negar que o jusracionalismo teve papel preponderante para a sistematização do direito como nunca ocorrera em épocas passadas. Mesmo nos dias atuais essa sistematização tem grande valia.

A crença em um sistema legal perfeito e imutável, consubstanciado no dogma da completude dos códigos, todavia, é hoje mais um mito do que uma orientação científica. De fato, a crítica fundamental que se faz dessa crença é a desconsideração pelos seus idealizadores do envelhecimento dos códigos e as transformações sociais.

Como se demonstrou nos diversos equívocos do jusracionalismo, não se pode, nos dias atuais, se crer em um direito que não seja vivo e dinâmico, apto a adequar-se à uma sociedade cada vez mais ávida por avanços científicos, sociais e econômicos.

Particularmente no direito brasileiro, as mudanças de conceitos cristalizados pelo Código Civil, como nos institutos da propriedade e da família, anteriormente vistos, são lentas, porém, graduais e significativas.

E, uma vez que o direito vem sempre a reboque das transformações sociais, toda uma legislação antiga aparentemente sobrevive em profunda antinomia com o advento de princípios constitucionais até então inimagi-

náveis (Quem, de bom credo, poderia afirmar no século passado, no Brasil rural e patriarcal, que homens e mulheres seriam iguais em direitos e deveres?).

Diz-se aparentemente porquanto somente o mero amor ao debate jurídico e o academicismo, aliados ao ranço saudosista que há em alguns setores da Política e da Justiça, possibilitam a discussão acerca da auto-aplicabilidade ou não de normas e princípios constitucionais derogadores da legislação centenária codificada.

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social contribuiu sobremaneira para essa superação, quando se buscou romper com diversos conceitos, e por que não dizer, dogmas seculares do direito civil. Tal fenômeno ocorre em virtude da profunda intervenção do Estado na atividade econômica dos particulares, em suas mais diversas formas de manifestações, até então imune a ataques do jaez, abrigada que estava pelo manto da legislação civil, um dia chamada de “constituição do homem comum”.

Tinha-se a seguinte situação: a codificação civil regulava as relações privadas, nas quais, em princípio, o Estado não deveria intervir cogentemente por lhe faltar interesse. O direito constitucional, por seu turno, existia para limitar a atuação desse mesmo Estado em relação aos homens. Em oposição ao Estado Absolutista, vivia-se o Liberal, com o mínimo de Estado e o máximo de liberdade individual, ou, em outros termos, o imperialismo econômico falaciosamente chamado de liberalidade, posto que a única liberdade dos homens era a de vender a preço vil sua força de trabalho.

O Estado Social, em oposição, buscou, não como supõem alguns, socializar a economia, ou extinguir a propriedade privada, limitando as atividades dos particulares, senão retomar a esquecida idéia da supremacia do homem em relação à propriedade. Nesse sentido, a função social dos bens, a repersonalização da família.

Regulando a atividade econômica, ora diretamente, por meio de entidades que cria para tal fim, ora indiretamente, por meio de incentivos e vedações, o Welfare State está longe de ser o Estado marxista, uma vez que fulcrado na livre iniciativa, mas apresenta um avanço social insofismável em relação ao modelo econômico anterior, uma vez que constitucionaliza temas juridicamente relevantes como o direito do trabalho, das relações de consumo, de habitação, das águas, de uso do solo, etc. todos originários da codificação civil.

Dessa forma, fator fundamental para a superação da hegemonia da codificação civil foi a idéia de que a personalidade é mais do que um direito, senão um valor fundamental do ordenamento, cuja valorização pressupôs o quase sepultamento de concepções existentes no atual Código Civil Brasileiro, que remonta a tradição oitocentista.

Em determinados aspectos, a codificação parece estar não apenas em descompasso com os avanços da humanidade, mas na contramão deles. Tome-se como exemplo o direito de família. O que há de mais moderno no direito de família diz respeito ao princípio constitucional implícito da afetividade que, aliado aos da

dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, buscam demonstrar que o conceito de família na Constituição Brasileira de 1988, antes de constituir *numeros clausus*, tem por objetivo romper com o patrimonialismo do conceito até então vigente.

Destarte, institutos como o da união estável, da família monoparental, assim como a vedação de discriminação dos filhos e a elevação da família para a base da sociedade, e não do Estado, são demonstrações inequívocas de que, nesse como em outros ramos do direito civil, se trilha inversamente os caminhos os quais percorreu a Codificação do passado.

E havendo dissonância entre o que diz a sociedade, por meio de uma nova concepção de direito constitucional, e grande parte do que diz a codificação, não há que negar estar ultrapassado o mito da codificação, que representou o dogma da completude do direito estatal, dando-se espaço paulatinamente a uma nova forma de manifestação legislativa, mais leve e versátil, que é a criação de leis multidisciplinares, infinitamente mais adequadas a uma realidade social mutante.

Provavelmente essa postura da sociedade, que não mais se conforma com conceitos cristalizados em uma codificação que representa o monopólio estatal do direito, ou que destrói mitos como a impossibilidade de uma igualdade formal, diante da lei, entre homens e mulheres, seja uma postura necessariamente ilógica daquilo que se convencionou como lógico, nos termos preconizados por Nietzsche no texto que inspira e empresta o nome a esse trabalho.

Se fosse esperada do homem apenas uma postura lógica na concepção do direito, não teria a humanidade evoluído em seus conceitos morais, éticos e, por que não dizer, afetivos, que proporcionam um estágio atual da ciência jurídica totalmente diversa, para melhor, daquele das épocas das primeiras codificações.

Se não se pode dizer, por questões óbvias, que a crise da codificação é a vitória do irracionalismo sobre uma postura jusracionalista, também não se pode negar que a evolução da sociedade e de seus conceitos, de uma forma não necessariamente lógica para os padrões de pensamento iluminista é questão fundamental para a compreensão da superação do mito dos códigos enquanto porta-vozes do ideário elitista e falacioso de um direito puramente estatal.

Nesse sentido, a idéia de uma nova consolidação civil nos moldes do Código anterior se apresenta como uma idéia "prétuma", que nasce datada e que pouco pode vir a oferecer ao desenvolvimento dos nossos institutos cíveis.

## 9- REFERÊNCIAS

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao Direito: Filosofia, História e Ciência do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. v.II.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Polis, 1991. v.II

KELSEN, Hans: **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, 1999.

PADOVANI, Umberto; CASTAGNOLA, Luís. **História da Filosofia**. São Paulo: Melhoramentos, 1974.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1986.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.1, 1991.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

## REPRESENTAÇÃO COMERCIAL: GLOBALIZAÇÃO E INTERNET

Fábio Ulhoa Coelho

Professor Titular de Direito Comercial da PUC-SP

### SUMÁRIO

1- CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL COMO COLABORAÇÃO EMPRESARIAL. 2- FORMAÇÃO DE MERCADO. 3- DEVERES E DIREITOS DOS REPRESENTANTES. 4- EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO NOS CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL. 5- IMPLANTAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO (INTERNET) E DIREITO DOS REPRESENTANTES.

### 1- CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL COMO COLABORAÇÃO EMPRESARIAL

A representação comercial é definida, na lei brasileira, como uma atividade autônoma, a de “mediação na realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados” (Lei nº 4.886/65, art. 1º).

Entre representante e representado, forma-se vínculo de natureza empresarial, regido pelo direito comercial. Somente se utilizada a representação comercial como *forma jurídica* destinada a ocultar a subordinação pessoal de empregados (e furtar-se o contratante ao cumprimento das obrigações sociais e fiscais pertinentes), afasta-se a incidência do

\* Este texto se encontra disponível no endereço eletrônico do autor: [www.ulhoa-coelho.adv.br](http://www.ulhoa-coelho.adv.br).

direito comercial e submete-se o vínculo entre as partes ao regime do direito do trabalho <sup>(1)</sup>.

Como contrato regido pelo direito comercial, a representação comercial insere-se na categoria dos de “colaboração empresarial”.

Em alguns direitos, como o argentino, por exemplo, a “colaboração empresarial” é expressão utilizada para designar contratos em que dois ou mais empresários conjugam esforços na exploração de uma atividade, sem constituírem necessariamente nova sociedade. O consórcio e a “*joint venture*” são espécies típicas dessas modalidades contratuais <sup>(2)</sup>.

Em outros, como o espanhol, a expressão designa contratos em que dois empresários conjugam esforços centrados na comercialização de determinado produto, mantendo cada um sua própria identidade jurídica. A distribuição e a franquia são exemplos de “colaboração empresarial” nesse contexto conceitual <sup>(3)</sup>.

1 Para: aprofundamento da matéria, indico ao leitor o meu **Curso de Direito Comercial**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. Algumas obras específicas sobre a representação comercial também devem ser consultadas: REQUIÃO, Rubens. **Do Representante Comercial**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. E mais CALABRIA, Aretorio Rocha. **A representação comercial autônoma e o empresário**. Campinas: Alinea, 2000

2 Ver LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los Contratos**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzori, 2000. v. III, p. 231-240.

3 SÁNCHEZ, Guilherme. **Lecciones de derecho mercantil**. 3. ed. madri: Tecnos, 1995. p. 351 a 363.

No Brasil, tende-se a prestigiar esse último sentido. Contratos de colaboração empresarial são aqueles em que um dos contratantes (o colaborador) se obriga à *criar* ou *consolidar* mercado para o produto fabricado ou comercializado pelo outro (o fornecedor).

A colaboração empresarial classifica-se em duas categorias: a colaboração por *intermediação* e por *aproximação*. Na colaboração por *intermediação*, o colaborador ocupa um elo próprio na cadeia de circulação de mercadorias. Ele compra o produto do fornecedor para revendê-lo. Já na colaboração por *aproximação*, o colaborador não ocupa um elo próprio na cadeia de circulação de mercadorias. Ele não compra o produto do fornecedor, mas encontra interessados em realizar esse negócio.

Nas duas hipóteses de colaboração – é importante ressaltar –, o colaborador assume a obrigação contratual de *criar* ou *consolidar* o mercado para o produto do fornecedor. Os investimentos feitos e as despesas incorridas no cumprimento dessa obrigação – viagens, material informativo, amostras gratuitas, equipagem do estabelecimento etc. – são despesas do empresário colaborador que, salvo expressa previsão contratual, não serão ressarcidas ou compensadas pelo fornecedor.

A diferença entre uma e outra modalidade de colaboração não está, portanto, na principal obrigação que o colaborador assume, e nos investimentos e custos que lhe cabem em decorrência, mas na natureza da receita que seu negócio gera.

Na colaboração por intermediação, o colaborador não presta serviços ao fornecedor, e não é por esse remunerado. Sua *receita* provém da revenda do produto, em que deve praticar preço que lhe assegure o retorno dos investimentos e custos que é obrigado a realizar na criação ou consolidação do mercado para aquele produto.

Na colaboração por aproximação, ao revés, o colaborador presta serviços ao fornecedor, e é por esse remunerado. Sua *receita* traduz, geralmente, um percentual dos negócios que ajuda a viabilizar (a chamada “comissão”).

A representação comercial é espécie de colaboração empresarial por aproximação. O representante não adquire o produto do representado para o revender. Pelo contrário, ele procura e identifica interessados em apresentar *pedidos de compra* dos produtos fabricados ou comercializados pelo representado.

## 2- FORMAÇÃO DE MERCADO

O *Dicionário Jurídico* de Maria Helena Diniz <sup>(4)</sup> registra o verbete “mercado” como segue:

**MERCADO.** 1. *Direito Comercial.* a) *Local onde se vendem mercadorias;* b) *centro de comércio; prédio onde se compram gêneros ou víveres;* c) *praça de comércio;* d) *conjunto de operações sobre determinada mercadoria;* e) *núcleo de população, local ou regional, onde há potencial de passagem*

4 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v.3

*ros capaz de gerar demanda suficiente para a exploração econômica de uma linha de transporte rodoviário.* 2. *Economia política.* a) *Relação estabelecida entre a oferta e a procura de bens, serviços e capitais;* b) *conjunto de atividades mercantis de certa região ou de determinada localidade;* c) *esfera das relações econômicas de compra e venda, das quais resulta o preço, havendo ajuste.*

Em termos semelhantes, encontra-se o verbete no *Black's Law Dictionary* <sup>(5)</sup>:

**Market.** *Place of commercial activity in which goods, commodities, securities, services, etc, are bought and sold. (...) The region in which any commodity or product can be sold; the geographical or economic extent of commercial demand. A public time and appointed place of buying and selling; also purchase and sale. (...) In a limited sense, 'market' is the range of bid and asked prices reported by brokers making the market in over-the counter securities. (...) By the term 'market' is also understood the demand there is for any particular article.*

Como se pode notar, a noção de mercado envolve dois elementos: um espaço e contratos de compra e venda de determinado produto (ou de prestação de certo serviço).

Proponho, para os fins da presente reflexão – a discussão sobre o conceito de mercado é muito mais

5 West Pub., St. Paul, Mn., 1990.

complexa, mas não tem lugar aqui –, que se considere o primeiro elemento (espaço) como uma referência do segundo (contratos), e esse a essência da noção. Em outras palavras: proponho que se considere mercado um conjunto de operações mercantis, representadas pela conclusão de contratos de compra e venda de uma ou mais mercadorias certas (abstraindo-se a questão dos serviços, por ora).

Quando o colaborador (inclusive o representante) assume a obrigação contratual de criar ou consolidar mercado para produtos do fornecedor (no caso, o representado), ele está, a rigor, se obrigando a ampliar – agindo por *intermediação* ou por *aproximação* – o volume de operações mercantis relacionadas a esses produtos.

A forma mais usual de identificar o mercado que se pretende criar ou consolidar é através de uma referência espacial, como MERCOSUL, Brasil, São Paulo, etc. Outras fórmulas poderiam ser utilizadas, tais a referência à extensão ou natureza das operações (mercado varejista ou atacadista), ou aos potenciais contratantes (mercado-*shopping center*). Essas outras fórmulas, contudo, não apresentam a mesma objetividade que a referência espacial e, por isso, podem originar controvérsias entre os contratantes, razão pela qual são raramente empregadas na identificação da “área de atuação” do colaborador.

Com o desenvolvimento do comércio eletrônico, e o incremento de operações num espaço virtual (*o cyberspace*), a referência ao mercado pela fórmula “espacial” revela as suas limitações.

### 3- DEVERES E DIREITOS DOS REPRESENTANTES

O principal dever do representante, enquanto inserida a representação comercial na colaboração empresarial, é a *criação* ou *ampliação* do mercado do produto fabricado ou comercializado pelo representado.

Em decorrência, também é da exclusiva responsabilidade do representante arcar com os investimentos e as despesas necessárias ao cumprimento dessa principal obrigação.

Note-se que, em geral, os investimentos e custos do representante comercial são *inferiores* aos de outros colaboradores, como o de um distribuidor exclusivo de insumos importados, por exemplo.

Não está, normalmente, o representante obrigado a investir em publicidade, amostras grátis, contratação de técnicos especializados, como ocorre com distribuidores e concessionários. Isso, contudo, não significa que ele esteja dispensado desse dever. Por reduzidos que sejam, custos e investimentos devem ser e geralmente são realizados pelos representantes (sem direito a reembolsos ou compensações pelo representado). Exemplos comuns desses gastos encontram-se na aquisição do “mostruário”, no custeio dos deslocamentos até os potenciais interessados (viagens, combustível, automóvel próprio), contas telefônicas, remuneração de contador, etc.

complexa, mas não tem lugar aqui –, que se considere o primeiro elemento (espaço) como uma referência do segundo (contratos), e esse a essência da noção. Em outras palavras: proponho que se considere mercado um conjunto de operações mercantis, representadas pela conclusão de contratos de compra e venda de uma ou mais mercadorias certas (abstraindo-se a questão dos serviços, por ora).

Quando o colaborador (inclusive o representante) assume a obrigação contratual de criar ou consolidar mercado para produtos do fornecedor (no caso, o representado), ele está, a rigor, se obrigando a ampliar – agindo por *intermediação* ou por *aproximação* – o volume de operações mercantis relacionadas a esses produtos.

A forma mais usual de identificar o mercado que se pretende criar ou consolidar é através de uma referência espacial, como MERCOSUL, Brasil, São Paulo, etc. Outras fórmulas poderiam ser utilizadas, tais a referência à extensão ou natureza das operações (mercado varejista ou atacadista), ou aos potenciais contratantes (mercado-*shopping center*). Essas outras fórmulas, contudo, não apresentam a mesma objetividade que a referência espacial e, por isso, podem originar controvérsias entre os contratantes, razão pela qual são raramente empregadas na identificação da “área de atuação” do colaborador.

Com o desenvolvimento do comércio eletrônico, e o incremento de operações num espaço virtual (*o cyberspace*), a referência ao mercado pela fórmula “espacial” revela as suas limitações.

### 3- DEVERES E DIREITOS DOS REPRESENTANTES

O principal dever do representante, enquanto inserida a representação comercial na colaboração empresarial, é a *criação* ou *ampliação* do mercado do produto fabricado ou comercializado pelo representado.

Em decorrência, também é da exclusiva responsabilidade do representante arcar com os investimentos e as despesas necessárias ao cumprimento dessa principal obrigação.

Note-se que, em geral, os investimentos e custos do representante comercial são *inferiores* aos de outros colaboradores, como o de um distribuidor exclusivo de insumos importados, por exemplo.

Não está, normalmente, o representante obrigado a investir em publicidade, amostras grátis, contratação de técnicos especializados, como ocorre com distribuidores e concessionários. Isso, contudo, não significa que ele esteja dispensado desse dever. Por reduzidos que sejam, custos e investimentos devem ser e geralmente são realizados pelos representantes (sem direito a reembolsos ou compensações pelo representado). Exemplos comuns desses gastos encontram-se na aquisição do “mostruário”, no custeio dos deslocamentos até os potenciais interessados (viagens, combustível, automóvel próprio), contas telefônicas, remuneração de contador, etc.

Entre os direitos do representante, vale a pena destacar, para os fins da presente reflexão, o de ser indenizado – ao término do contrato de representação – pela perda da oportunidade de explorar o mercado que ajudou a criar ou consolidar. De fato, quando não eram objeto de proteção jurídica específica os direitos dos representantes, muitas vezes ocorria de os representados se locupletarem, ao término do vínculo contratual, continuando a exploração do mercado criado ou consolidado pelos primeiros.

O direito brasileiro, desde 1965, atento à necessidade de se evitar essa injustiça, assegura a indenização, na hipótese de desconstituição do vínculo contratual sem culpa do representante. Essa é de, no mínimo, um doze avos de todas as comissões recebidas ao longo do contrato (com correção monetária, naturalmente).

O objeto da indenização, atente-se, **não** é o tempo de serviço (*isto é, o tempo em que o representante prestou serviços de aproximação ao representado*), mas a perda da oportunidade de continuar explorando o mercado que ele ajudou a criar ou fortalecer.

#### 4- EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO NOS CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL

A globalização é o processo de superação das fronteiras nacionais no comércio. No futuro, se continuar a globalização seu percurso, não haverá mais comércio internacional (*entre nações*), nem importações ou exportações, mas simplesmente *comércio*.

Até o momento, a globalização tem se traduzido pela formação de blocos econômicos regionais. O Brasil pertence ao MERCOSUL e está negociando a ALCA.

São as seguintes as etapas da formação do bloco econômico regional, com características próprias no plano jurídico: zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum e comunidade econômica.

Na etapa de mercado comum, o aspecto jurídico mais relevante diz respeito à *harmonização* do direito dos países envolvidos na integração. Nem todo o direito precisa ser harmonizado. Mas, para que se forme o mercado comum, é indispensável que se harmonizem as normas jurídicas que repercutem na formação dos preços dos produtos ou serviços (direito-custo)<sup>(6)</sup>. A disciplina do contrato de representação comercial é direito-custo.

A indenização pelo término do vínculo sem culpa do representante, no Brasil, tem sido considerada devida também quando o representado não tem culpa nenhuma. Por exemplo, quando apenas deseja mudar o sistema de escoamento de seus produtos, deixando de operar com representação e passando a trabalhar com distribuição. Ora, isso faz com que o representado, no Brasil, deva necessariamente embutir, em seus preços, uma determinada margem para o pagamento, no futuro, dessa indenização, que assume, assim, uma *objetividade* inexistente em outros direitos.

<sup>6</sup> Ver meu *Curso de Direito Comercial*, op. cit., v.1, p.28-60.

A diferença nos tratamentos jurídicos dos deveres e direitos dos representantes comerciais deve ser eliminada, no processo de formação do mercado comum, para que não se criem vantagens ou desvantagens competitivas entre empresários situados em países diferentes do bloco econômico regional.

Nos direitos harmonizados europeus, como o português, espanhol, alemão e austríaco <sup>(7)</sup>, a vinculação entre a indenização do representante e a perda da oportunidade de continuar explorando a clientela conquistada pelo esforço comum é positivada de modo claro. Nesses países, a lei prevê o direito à indenização de clientela quando o representante comercial (agente) angariou novos clientes para o representado, ou, pelo menos, aumentou substancialmente o volume de negócios com a clientela já existente, e desde que o representante continue, mesmo após a cessação do contrato, a vender para a clientela criada ou ampliada pelo representante. Se o representante, uma vez terminado o vínculo, continua, por qualquer razão, a se beneficiar da fatia de mercado angariada pelo mesmo produto, ele não tem direito de ser indenizado, exatamente porque nada perdeu.

As ordens jurídicas que submetem a indenização do representante comercial, ao término do contrato por culpa do representado, à perda da clientela, estão apenas explicitando o que já é assente na teoria geral da responsabilidade civil contratual. Trata-se de mera

7 HOLZHAMMER, Richard. *Allgemeines Handelsrecht und Wertpapierrech.* 6. ed. viena: Springer, 1995. p. 89 e 90.

decorrência lógica dos princípios da responsabilidade contratual estabelecer que o contratante não será indenizado por aquilo que não perdeu.

## 5. IMPLANTAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO (INTERNET) E DIREITO DOS REPRESENTANTES

Como visto, para se desincumbir satisfatoriamente da obrigação de criar ou consolidar mercado para o produto do representado, o representante deve incorrer em desembolsos com investimentos e custeio.

Entre os investimentos e custeio necessários ao bom desempenho das funções de aproximação que lhe são reservadas pelo contrato de representação comercial destacam-se os relacionados à *comunicação*. Ao usar seu telefone, para falar com interessados potenciais ou com o representado, o representante está gastando para dar conta de sua obrigação principal.

Pois bem, na medida em que se sofisticam os meios de comunicação e a internet começa a ser mais utilizada, pode-se antever que os representantes comerciais devem incluir, no futuro próximo, entre os seus investimentos e custos, os necessários à utilização do correio eletrônico e, também, a manutenção de um *website*.

Não é desarrazoado imaginar que, em breve, o representante comercial que não dispuser desses instrumentos estará fora de determinados segmentos de sua atuação profissional. Não poderá, por exemplo, representar grandes fornecedores que resolverem concentrar numa plataforma B2B na internet as comunicações com a rede de representação.

Mas a principal questão jurídica que o desenvolvimento do comércio eletrônico está fazendo surgir diz respeito aos direitos do representante, ao término do contrato, quando o representado passa a operar através de *websites* próprios, com os quais consegue manter contato direto com os potenciais interessados.

De fato, se o representado passa a operar no comércio eletrônico, a necessidade de um profissional para viabilizar a aproximação com os potenciais interessados na aquisição dos produtos (isto é, a necessidade do representante comercial autônomo) pode se reduzir ou até mesmo desaparecer. Muitos prognosticam que a intermediação com exclusividade pode deixar de existir, com o desenvolvimento do comércio eletrônico.

Nesse ponto, tem importância o conceito de mercado. Se a essência desse conceito é o conjunto de operações, e não necessariamente a referência espacial dessas, o surgimento de um novo espaço para um mesmo conjunto de operações – a internet – não altera o *mercado*. Desse modo, se o contrato de representação comercial não excluir, expressamente, da “área de atuação” do representante, os adquirentes que, mesmo nela estabelecidos, fazem negócio com o representado diretamente através da internet, poderá esse último vir a ser responsabilizado pelas comissões correspondentes, que integrariam a indenização prevista em lei caso rescindido, no futuro, o contrato.

## O PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA NA DIMINUIÇÃO DAS DIFERENÇAS, NA TERCEIRA VIA E NO CONSENSO DE WASHINGTON \*

Francisco Alves dos Santos Júnior

Ex-Professor da Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP, Juiz Federal, 2ª Vara-PE, mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco-ESMAPE, Sócio do IBDT/SP. Autor de inúmeros trabalhos publicados.

### SUMÁRIO

1. - INTRODUÇÃO. 2. O PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE. 2.1 - Origens. 2.2 - Em que consiste a progressividade tributária. 2.3. - Críticas a esse princípio. 3. - O PRINCÍPIO DA DIFERENÇA. 4. - INTEGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA NO PRINCÍPIO DA DIFERENÇA. 5. - A SOCIAL DEMOCRACIA, A TERCEIRA VIA E A PROGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA. 5.1 - Social Democracia. 5.2 - Terceira Via. 6. - O “CONSENSO DE WASHINGTON” E A FALSA PROPOSTA DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA. 7. - CONCLUSÃO. 8. - REFERÊNCIAS.

### 1- INTRODUÇÃO

Não há dúvida de que o problema da desigualdade tem sido uma das maiores preocupações da humanidade, porque se choca com o ideal de justiça, havendo necessidade de redução das diferenças.

\* Ao Prof. Eduardo R. Rabenhorst, cujos ensinamentos inspiraram-me este trabalho.

Séculos antes de Cristo, o grego Trasímaco, em debate com Sócrates, já denunciava:

*O governo de cada cidade é o que nela detém a força”, estabelecendo Leis “tendo em vista os seus respectivos interesses”, mostrando, àqueles que estão no poder, “que é justo para os governados o que a eles[os que estão no poder] convém, ...”<sup>1</sup> e <sup>2</sup>.*

Quanta atualidade nas palavras de Trasímaco!

E essa situação acentuou-se com o advento do capitalismo<sup>3</sup>, sobretudo quando amparado por políticas de cunho liberal.

A mesma situação, denunciada pelo grego Trasímaco, também se manteve na experiência do denominado socialismo real soviético, que se iniciou em 1917 e teve um fim melancólico no final da década de oitenta, onde aqueles que dominaram a burocracia “socialista” estatal gozavam de todos os privilégios em prejuízo da grande massa da população.

1 PLATÃO. *Diálogos* III. A República. Tradução de Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Ediouro. [s.d] p. 16.

2 AGNES HELLER e FERENC FEHÉR comentam esses argumentos de Trasímaco, e o enquadram entre os pensamentos nominalistas ou relativistas e dizem que, se as afirmações de justiça fossem assim tratadas, todas as discussões a ela relativas seriam irrelevantes, porque a justiça não passaria de um ato de força. O direito seria força. E sustentam o ponto de vista que, após o fim da crença na lei divina e o desacreditamento da chamada lei natural, também nominalistas ou relativistas, surgiram com o mundo moderno dois valores que fundamentam a justiça, que são a liberdade e a vida, sendo o primeiro valor uma reivindicação de justiça política e o segundo um valor de justiça social. **A Condição Política Pós-Moderna**. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p. 179-181. Título original The Post-Modern Political Condition.

3 Nesse sentido, WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. ed. 2. São Paulo: Alfa Ômega, 1997. p. 25-26.

Deflui-se da obra de Platão, acima referida, que Sócrates e os outros que participavam do debate no banquete ali descrito deram a entender que os que estão no poder só legislam a favor dos governados quando erram.<sup>4</sup>

Os teóricos que, ao longo da história do homem, buscam saídas para uma atenuação desse estado de coisas, têm feito inúmeras propostas, que não se limitam a enganos dos que detêm o poder, mas no sentido de que esses o façam de bom grado, visando a diminuir as diferenças entre os inúmeros grupos que compõem as sociedades, não só como uma questão de justiça ou de humanismo, mas até mesmo de sobrevivência do sistema, e é uma dessas propostas que vamos examinar, **o princípio da progressividade no campo dos tributos, bem como o seu enquadramento no princípio da diferença, estudado por JOHN RAWLS<sup>5</sup>, na denominada terceira via da atual(ou nova) social-democracia, e ainda na não sincera proposta do consenso de Washington.**

## 2- O PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE

### 2.1 Origens

Certamente, não se cogitaria da aplicação deste princípio na República do grego Antístenes (cujos escritos não chegaram aos nossos dias, tendo suas idéias chegado a nós por intermédio dos seus discípulos, os cínicos), na qual os gozos materiais e as riquezas eram desprezados.<sup>6</sup>

4 PLATÃO, *ob. cit.*, p. 17.

5 RAWLS John, **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, p. 79-84.

6 PETITFLS Jean-Cristin. **Os Socialismos Utópicos**. Tradução de Waltensir Dutra. São Paulo: Circulo do Livro, 1977. p. 13-14.

Séculos antes de Cristo, o grego Trasímaco, em debate com Sócrates, já denunciava:

*O governo de cada cidade é o que nela detém a força”, estabelecendo Leis “tendo em vista os seus respectivos interesses”, mostrando, àqueles que estão no poder, “que é justo para os governados o que a eles[os que estão no poder] convém, ...”<sup>1</sup> e <sup>2</sup>.*

Quanta atualidade nas palavras de Trasímaco!

E essa situação acentuou-se com o advento do capitalismo<sup>3</sup>, sobretudo quando amparado por políticas de cunho liberal.

A mesma situação, denunciada pelo grego Trasímaco, também se manteve na experiência do denominado socialismo real soviético, que se iniciou em 1917 e teve um fim melancólico no final da década de oitenta, onde aqueles que dominaram a burocracia “socialista” estatal gozavam de todos os privilégios em prejuízo da grande massa da população.

1 PLATÃO. *Diálogos* III. A República. Tradução de Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Ediouro. [s.d] p. 16.

2 AGNES HELLER e FERENC FEHÉR comentam esses argumentos de Trasímaco, e o enquadram entre os pensamentos nominalistas ou relativistas e dizem que, se as afirmações de justiça fossem assim tratadas, todas as discussões a ela relativas seriam irrelevantes, porque a justiça não passaria de um ato de força. O direito seria força. E sustentam o ponto de vista que, após o fim da crença na lei divina e o desacreditamento da chamada lei natural, também nominalistas ou relativistas, surgiram com o mundo moderno dois valores que fundamentam a justiça, que são a liberdade e a vida, sendo o primeiro valor uma reivindicação de justiça política e o segundo um valor de justiça social. *A Condição Política Pós-Moderna*. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p. 179-181. Título original The Post-Modern Political Condition.

3 Nesse sentido, WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. ed. 2. São Paulo: Alfa Ômega, 1997. p. 25-26.

Deflui-se da obra de Platão, acima referida, que Sócrates e os outros que participavam do debate no banquete ali descrito deram a entender que os que estão no poder só legislam a favor dos governados quando erram.<sup>4</sup>

Os teóricos que, ao longo da história do homem, buscam saídas para uma atenuação desse estado de coisas, têm feito inúmeras propostas, que não se limitam a enganar os que detêm o poder, mas no sentido de que esses o façam de bom grado, visando a diminuir as diferenças entre os inúmeros grupos que compõem as sociedades, não só como uma questão de justiça ou de humanismo, mas até mesmo de sobrevivência do sistema, e é uma dessas propostas que vamos examinar, **o princípio da progressividade no campo dos tributos, bem como o seu enquadramento no princípio da diferença, estudado por JOHN RAWLS<sup>5</sup>, na denominada terceira via da atual(ou nova) social-democracia, e ainda na não sincera proposta do consenso de Washington.**

## 2- O PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE

### 2.1 Origens

Certamente, não se cogitaria da aplicação deste princípio na República do grego Antístenes (cujos escritos não chegaram aos nossos dias, tendo suas idéias chegado a nós por intermédio dos seus discípulos, os cínicos), na qual os gozos materiais e as riquezas eram desprezados.<sup>6</sup>

4 PLATÃO, *ob. cit.*, p. 17.

5 RAWLS John, *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, p. 79-84.

6 PETITFLS Jean-Cristin. *Os Socialismos Utopicos*. Tradução de Waltensir Dutra. São Paulo: Circulo do Livro, 1977. p. 13-14.

Também na Utopia do urbanista grego Hipódamo de Mileto, o princípio em estudo não poderia ser aplicado, por ausência de tributos e porque nela haveria uma grande preocupação com a igualdade entre os homens, não obstante fossem separados em três classes hierarquizadas: os sacerdotes, os soldados e os trabalhadores, permitindo-se, todavia, a ascensão de uma classe para outra por meio de eleições.<sup>7</sup>

Outrossim, nas cinquenta e quatro espaçosas cidades da Ilha da Utopia, de Thomas Morus, não se haveria de falar da aplicação do princípio da progressividade, porque ali os cidadãos não pagariam tributos e todos receberiam tratamento igualitário, pois

*No centro de cada quarteirão, encontra-se o mercado das coisas necessárias à vida. São depositados aí os diferentes produtos do trabalho de todas as famílias. Esses produtos, depositados primeiramente nos entrepostos, são em seguida classificados nas lojas de acordo com sua espécie.*

*Cada Pai de família vai procurar no mercado aquilo de que tem necessidade para si e os seus. Tira o que precisa sem que seja exigido dele nem dinheiro nem troca(...). A abundância sendo extrema, em todas as coisas, não se teme que alguém tire além de sua necessidade.<sup>8</sup>*

7 Ibidem, p. 14.

8 MORUS Thomas, **A Utopia**. Tradução de Luis de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.], p. 77 e 90-91.

Na República aristocrática de Platão, de cunho comunitário, esse princípio também não seria aplicável, pois ali não haveria cobrança de tributos e tudo seria custeado pela República, com diferenciações fixadas pelo legislador, o qual escolheria os casais que teriam vida conjugal “e, como morarão e tomarão suas refeições em comum, sem que ninguém possua nada como coisa própria, ...” e os cidadãos menos nobres, como os guardiães, não passariam “apuros e dificuldades que costumam causar a educação dos filhos e a necessidade de conseguir dinheiro para o sustento da família”.

O mesmo aconteceria nas Sociedades utópicas de Zenão de Cício e dos estóicos, que retomaram as idéias de Antístenes, de forma que nessas Sociedades haveria fraternidade, sem dinheiro, sem exército e sem justiça, onde os homens viveriam como irmãos, e ainda no “País dos Merope”, de Teopompo, e na Cidade do Sol, de Jambulos, onde o ideal da igualdade e do comunismo também foram pregados.<sup>9</sup>

Registro que o projeto da *Cidade do Sol* foi retomado um século depois (em 1602) da obra de Thomas Morus, pelo monge domiciano calabrês Tommaso Campanella.<sup>10</sup>

Ora, então qual a origem do Princípio da Progressividade dos tributos?

ALIOMAR DE ANDRADE BALEEIRO ensina que certamente foram cobrados impostos progressivos na

9 PETITFLS, Jean-Cristian. *ob. cit.*, p. 16.

10 Ibidem, *ob. cit.*, 20-21

República Florentina dos séculos XV e XVI, e que Montesquieu defendeu a implantação desse tipo de imposto<sup>11</sup>.

BALEEIRO destaca ainda que esse tipo de imposto também foi cobrado na Basiléia, no ano de 1429.

EZIO VANONI lembra que PROUDHON, no ano de 1848, apresentou projeto de lei na Assembléia Nacional francesa, visando a implantar esse princípio na sua legislação, mas mencionado projeto foi rejeitado por grande maioria (apenas três votos a favor), tendo restado consignado na ordem do dia dos anais da Assembléia Nacional da França que "o imposto progressivo era imoral e subversivo da ordem divina e humana".<sup>12</sup>

O tributarista HUGO DE BRITO MACHADO, em um pequeno artigo no qual criticou políticos de esquerda<sup>13</sup> de Fortaleza-CE<sup>14</sup>, que estariam fazendo campanha contra Lei desse município, pela qual pensavam que se estava introduzindo a progressividade no IPTU-Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana, demonstrou a incoerência ou ignorância daqueles políticos, verbis:

11 BALEEIRO, Aliomar de Andrade. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 217

12 Ezio VANONI. *Natureza e Interpretação das Leis Tributárias*. Tradução de Rubens Gomes de Souza. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, [s.d], p. 80.

13 O contraste esquerda x direita, respectivamente, socialista x capitalista, segundo pesquisas recentes, efetuadas na Inglaterra e nos EUA, já não se encontram presentes no seio dos eleitores, "tendo muito menor relevo (...) que o contraste entre libertário e autoritário, 'moderno' e 'tradicionalista'...". Cfr. ANTHONY GIDDENS. *A Terceira Via - reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. [Tradução de Maria Luíza X. de A. Borges]. Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Record, 2000. p. 32-33. E nas p. 47-56 dessa mesma obra, faz um histórico da utilização dessas expressões e da variação do sentido das mesmas ao longo da história.

14 Jornal "O Opinião", Fortaleza: 08 de fevereiro de 1998. [s.p.].

*Curioso, porém, é observar que em Fortaleza são os políticos da esquerda que se voltam contra o IPTU pelo fato de o considerarem progressivo, quando a progressividade tem sido arma de socialistas e comunistas, preconizada inclusive no manifesto de Marx (quanto à autoria desse manifesto, v. nota 16), contra a concentração da riqueza.*

No mesmo sentido, o financista português A. L. SOUZA FRANCO que, falando sobre a progressividade tributária, assim se manifestou:

*..., apesar de se encontrar hoje em dia perfeitamente enquadrada em sistemas econômicos capitalistas, convirá recordar a ênfase que lhe é dada no "Manifesto do Partido Comunista" de Karl Marx e Friedrich Engels.<sup>15</sup>*

Na verdade, consta nesse histórico documento dos comunistas que o primeiro passo para se chegar à revolução proletária, ali pregada, deveria ser a conquista da democracia e no decorrer dessa, nos países mais adiantados, poderiam ser postas em prática várias medidas, tais como

- 1- Expropriação da propriedade latifundiária e emprego da renda da terra em proveito do Estado.
- 2- Imposto fortemente progressivo.
- 3-...<sup>16</sup>, etc.

15 FINANÇAS PÚBLICAS E DIREITO FINANCEIRO. Lisboa: Edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980. p. 196.

Obs.: Foi mantida a ortografia original.

16 MARX, Karl; ENGELS, F. *Manifesto Comunista*. Tradução e revisão de Maria Arsenio da Silva. 2 ed. São Paulo: Ched Editorial, 1980. p. 37. (Coleção Polêmicas Operárias: Série Documentos).

Ou seja, para os comunistas de então, a progressividade tributária seria aplicável nas sociedades capitalistas adiantadas, mas que inexistiria na sociedade comunista, porque nessa não haveria diferença de classes e o capital seria de todos, concentrado na figura do Estado coletivo<sup>17</sup>, de forma que numa sociedade tal não teria sentido a aplicação desse princípio.

No Brasil, as nossas forças conservadoras só permitiram que mencionado princípio fosse integrado no texto da Constituição recentemente, ou seja, na Cons-

É interessante notar que esses dois teóricos primeiros do marxismo informam, no prefácio que escreveram em 1872 para referido Manifesto, transcrito neste livro, que tal documento não foi por eles escrito, mas sim pelos operários da Liga Comunista que participaram do Congresso que se realizou em novembro de 1847, na cidade de Londres, Inglaterra, e que teria sido publicado pela primeira vez nesse mesma cidade, no ano de 1850, no *Rede Republican*.

17 Quando existia a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, o problema da tributação era tratado no final do art. 14 e no item 6º do art. 73 da sua Constituição. Constava no referido art. 14 que as rendas sofreriam tributação e, no mencionado item 6º do art. 73, que os impostos seriam fixados no ato da instituição do Orçamento Único da URSS, cuja aprovação cabia aos "órgãos superiores do poder e da administração do Estado". Cf. *Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Soçréticas*. In: MIRANDA, Jorge (org. e tradutor). *Constituições de Diversos Países* Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1979.

Registre-se que não era proibido o trabalho privado na antiga URSS e também eram autorizadas as cooperativas rurais, colcozes, em terrenos cedidos pelo Estado, mas com exploração privada (para fruticultura e horticultura, art. 13), de forma que quer me parecer que essas rendas privadas é que seriam tributadas por imposto específico, mas nada consta naquela Constituição quanto à possível progressividade desse imposto.

Consta em uma publicação com aparência de documento oficial daquela época: "La proporción de los Impuestos que abona la población en la URSS (el I. sobre la renta, el I. de solteros, de ciudadanos solos y de poca familia, el I. agrícola, I. y cargos locales) va en constante descenso. En el Presupuesto estatal de la URSS para 1980, los I. que abona la población sumaban menos de 8, 1%." V.N. Kudriáv'tsev, A I. Lukiánov y G.J. Shajnazárov e et al. *Constitución del País de Los Soviets*. Dicionario. Moscú, Editorial Progreso, 1982. p. 159. (Negritei). Na Constituição da República Popular da China, de 05.03.1978, não consta nenhum dispositivo tratando de tributos. Cf. *Constituições de Diversos Países*. Ob. cit., v.1, p. 199-218.

tuição em vigor, que é de outubro de 1988, já com inúmeras alterações, e assim mesmo porque na correção de forças políticas então existentes foram vencidas pela aliança dos grupos de esquerda com os denominados sociais-democratas, de forma que referido princípio passou a ser expressamente previsto, com aplicação obrigatória para o Imposto sobre Rendas e Proventos de Qualquer Natureza (art. 153, § 2º), e facultativa para o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (art. 156, § 2º e art. 184, § 4º-II), ou seja, para impostos que incidem sobre a renda e sobre a propriedade imobiliária.<sup>18</sup>

Antes, embora não constasse do texto das Constituições então em vigor, era palidamente aplicado apenas no campo do Imposto sobre Renda e Proventos de Qualquer Natureza.

18 Eis o texto dos dispositivos acima mencionados da Constituição em vigor:

"Art. 153 – Compete à União instituir impostos sobre:

III – renda e proventos de qualquer natureza.

§ 2º - O imposto previsto no inciso III:

I - será informado pelo critério da generalidade, da universalidade e da **progressividade**, na forma da lei." (Negritei).

"Art. 156 – Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

§ 1º - Sem prejuízo da **progressividade no tempo** a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto "previsto" no inciso I poderá:

I - ser **progressivo** em razão do valor do imóvel;"

OBS.: Este parágrafo 1º já está com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 13.09.2000.

"Art. 182 - ...

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana **progressivo no tempo**;" (Negritei).

Aliás, conforme veremos no tópico próprio, continua sendo aplicado timidamente e apenas para rendas menores, embora agasalhado no texto da nossa Carta Maior.

## 2.2 Em que Consiste a Progressividade Tributária

Os impostos progressivos, juntamente com os impostos regressivos, são enquadrados como impostos graduados. Os primeiros sofrem gradação crescente. Os segundos, decrescente.<sup>19</sup>

19 Veja um exemplo de ALIOMAR BALEEIRO (ob. cit., p. 216), mostrando a diferença entre progressividade e regressividade:

Matéria Tributável	Escala Progressiva	Escala Regressiva
Até Cr\$ 1.000,00.....	2%	10%
De Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 20.000,00.....	4%	8%
De Cr\$ 20.000,00 a Cr\$ 30.000,00.....	6%	6%
De Cr\$ 30.000,00 a Cr\$ 40.000,00.....	8%	4%
De mais de Cr\$ 40.000,00.....	10%	2%

Quanto à regressividade, quer me parecer que o § 4º do art. 153 da atual Constituição do Brasil a adotou para o Imposto Territorial Rural-ITR, que é federal. E segundo o art. 11 da Lei Ordinária Federal nº 9.393, de 19.12.1996, que trata desse Imposto, quer me parecer que a regressividade veio na forma graduada, levando-se em consideração o grau de utilização da terra, pois conforme o Anexo dessa Lei tem-se o seguinte quadro:

Área total do imóvel (Em Hectares)	Grau de Utilização-GU(Em %)				
	Maior que 80	Maior que 65 até 80	Maior que 50 até 65	Maior que 30 até 50	até 30
Até 50.....	0,03	0,20	0,40	0,70	1,0
Maior que 50 até 200.....	0,07	0,40	0,80	1,40	2,0

E assim por diante...

Note-se, quanto maior o valor da produtividade, menor será a carga tributária. Busca-se tributar mais severamente a terra menos utilizada. Quanto maior for o grau de utilização e, portanto, o valor da produtividade, menor será o percentual de incidência do imposto. Se essa Lei fosse realmente aplicada, talvez diminuisse o latifúndio no Brasil e facilitasse a sofrida reforma agrária; todavia, sabe-se que, por falta de vontade política, referida Lei tomou-se letra morta, praticamente não sendo aplicada. Basta dar uma olhada nos balanços das contas da União e dos Municípios para se constatar que é inexpressiva a arrecadação desse imposto no território nacional.  
OBS.: Metade da receita do ITR é destinada aos Municípios(art. 158-II da Constituição).

Os financistas e os tributaristas são unânimes em informar que o princípio da progressividade consiste em aumentar a carga tributária, via majoração da alíquota (percentual),<sup>20</sup> na medida em que haja aumento da base tributável (base de cálculo), de forma que aquele que tenha maior renda ou patrimônio de maior valor arcará com uma carga tributária superior. Aplicável principalmente a impostos diretos<sup>21</sup>.

Não se confunde com o princípio da proporcionalidade, pelo qual as alíquotas (percentuais) dos tributos não variam, são fixas, havendo aumento do montante a pagar do tributo apenas se houver aumento do valor tributável (base de cálculo).

Note-se, pois, a diferença: na progressividade a alíquota é majorada com o aumento da base de cálculo; na regressividade, a alíquota diminui conforme haja aumento do valor tributável; na proporcionalidade a alíquota não se altera, ainda que haja alteração da base de cálculo.

Também, não se confunde com o princípio da seletividade, em função da essencialidade, o qual se aplica, no Brasil, apenas a alguns tributos indiretos<sup>22</sup>: IPI(obrigatoriamente, art. 153, § 3º-I, C.), eventual

20 No que também difere do princípio da regressividade, que favorece as camadas mais privilegiadas da sociedade, uma vez que pela regressividade a alíquota diminui "à medida que aumenta o rendimento colectável", nele se utilizando "como argumento de base a teoria do benefício, para a qual os mais favorecidos receberiam menos do Estado e pagariam conseqüentemente menos". A. L. SOUZA FRANCO, ob. cit., p. 195.

A teoria do benefício é também conhecida por teoria do escambo(v. abaixo, neste tópico, ENIO ZANONI, na parte em que é referido na nota 38).

21 Tributo direto é aquele cujo ônus financeiro é suportado pelo próprio contribuinte de direito (o que pratica o fato gerador). Ex.: Imposto sobre a Renda.

22 Tributo indireto é aquele cujo ônus financeiro é transferido para um terceiro, chamado de contribuinte de fato. Por exemplo, o ICMS e o IPI, cujo respectivo montante é embutido no preço da mercadoria, cabendo, respectivamente, ao Comerciante e Industrial(contribuintes de direito, que praticam o fato gerador) apenas recolher esse montante para o Fisco, mas o valor é suportado pelo comprador da mercadoria(contribuinte de fato).

Imposto Residual (obrigatório, art. 154-I da C) e ICMS (facultativamente, art. 155, § 2º -III, C.), princípio esse que orienta o legislador ordinário a tributar de forma mais forte os produtos não essenciais, supérfluos, e mais suavemente os produtos essenciais, necessários à população.<sup>23</sup>

O jurista brasileiro RUBENS GOMES DE SOUZA<sup>24</sup>, autor do anteprojeto que deu origem ao ainda em vigor Código Tributário Nacional – CTN do Brasil, ensina que há duas técnicas de aplicação da progressão tributária, a saber: simples e graduada, e indica dois exemplos que, graças à clareza, transcrevo:

*Progressão simples<sup>25</sup> é aquela em que cada alíquota maior se aplica por inteiro a toda a matéria tributável: p. ex., valor até Cr\$ 100.000,00, imposto de 5%, valor até Cr\$ 150.000,00, imposto de 6%, valor até Cr\$ 200.000,00, imposto de 7% e assim por diante;(...).*

*Progressão graduada é aquela em que cada alíquota maior calcula-se apenas sobre a parcela de valor compreendida entre um limite inferior e outro superior, de modo que é preciso aplicar tantas alíquotas quantas sejam as parcelas de valor e depois somar todos esses resultados parciais para obter o imposto total a pagar. Exemplo (para um valor a tributar de Cr\$ 220.000,00):*

23 Na reforma tributária em andamento, que na verdade não passa de um arranjo do Governo Federal para centralizar na União o poder de tributar, os dois impostos referidos na nota anterior mais o ISS-Imposto sobre Serviços serão fundidos em um só, o Imposto sobre Valor Acrescido-IVA. Não se sabe ainda se o princípio da seletividade, em razão da essencialidade do produto, será mantido.

24 SOUZA, Rubens Gomes. *Compêndio de Legislação Tributária*. Coordenação do IBET-Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Ed. Póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1981. p. 171.

25 Na Itália, esta modalidade é denominada de "progressività per classi", ou seja, progressividade por classes. Cfr. A. D. GIANNINI. *Istituzioni di Diritto Tributario*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974. p. 162.

Até 50.000,00.....	5% Cr\$ 2.500,00
Entre Cr\$ 50.000,00 a Cr\$ 100.000,00.....	6% Cr\$ 3.000,00
Entre 100.000,00 a 150.000,00.....	7% Cr\$ 3.500,00
Entre 150.000,00 a 200.000,00.....	8% Cr\$ 4.000,00
Acima de Cr\$ 200.000,00.....	9% Cr\$ 1.800,00

A. D. GIANNINI, italiano, registra ainda a existência da "progressività per detrazione", na qual a alíquota é constante, mas tem um valor fixo que é deduzido do valor tributável, dando o seguinte exemplo:

Alíquota fixa de 20%	Valor fixo a deduzir 100,00
1º Exemplo: Renda de 100	Renda 100
	- 100
	= 00

20% de 00 = 00 Neste caso não haveria imposto a pagar.

2º Exemplo: Renda de 200,00	Renda 200,00
	- 100,00
	= 100,00

20% de 100,00 = 10,00. Nesse caso, o imposto a pagar seria 10,00

E assim por diante.

O Imposto de Renda no Brasil aplica uma tabela, para pessoa física, que consiste numa mistura da Progressividade Simples e da Progressividade por Dedução dos italianos, conforme segue:

Base de Cálculo	Alíquota	Parcela a deduzir
Até 900	-	-
Acima de 900 até 1.800	15%	135,00
Acima de 1.800	27,5%	360,00 <sup>26</sup>

Note-se que, segundo a tabela por último referida, a partir do maior valor o princípio da progressividade passa a **não ser** observado, pois quem ganha, por exemplo, R\$ 50.000,00 vai pagar na mesma alíquota de quem ganha R\$ 1.800,00 com a mesma parcela a deduzir.

Portanto, de R\$ 1.800,00 reais para cima o Imposto de Renda para Pessoa Física do Brasil é proporcional, restando desrespeitado o dispositivo constitucional que determina seja progressivo.

Também na tabela da Progressão Graduada do exemplo dado por RUBENS GOMES DE SOUZA, para rendas superiores a Cr\$ 200.000,00, ocorrerá o mesmo problema, ou seja, deixará de ser progressivo, e, a partir desse valor, tornar-se-á proporcional.

No Brasil, isso também ocorre com o IR das Pessoas Jurídicas, para as quais a sistemática legal admite inúmeras deduções na base de cálculo e no valor do imposto que venha a ser apurado; incide, regra geral, uma alíquota de 15% e, a partir de determinado valor tributável (atualmente, a partir de

R\$ 20.000,00 mensais)<sup>27</sup>, há um adicional de 10%. Daí para frente, o tratamento é igual para todas as Pessoas Jurídicas, transformando o IR em um imposto proporcional, ou seja, não se respeita o princípio da progressividade, embora claramente fixado na Constituição.

Frise-se que, como o assunto das deduções fica a critério do legislador, diga-se do Sr. Presidente da República, que pode tratar do assunto por Medida Provisória (art. 62 e art. 84-XXVI, com as exceções do art. 246, todos da Constituição) e, a nosso sentir, tem exclusiva competência para apresentar projetos de lei a respeito da matéria (art. 61, § 1º, "b", c/c § 6º do art. 165, todos da Constituição<sup>28</sup>), atualmente as Instituições Financeiras praticamente não pagam Imposto sobre a Renda, porque a legislação vigente permite que façam tantas deduções que findam por desonerá-las do pagamento desse Imposto.

27 Lei nº 9.430, de 1996, art. 2º, § 2º, regulamentada no Parágrafo Único do art. 228 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26.03.1999, DOU de 29.03.1999.

28 ROQUE ANTONIO CARRAZA sustenta que Leis que concedam benefícios fiscais, por força do § 6º do art. 165 da Constituição da República, são de iniciativa exclusiva do Sr. Chefe do Executivo, pois só ele "reúne condições objetivas para aquilatar os efeitos que, leis deste tipo, produzirão nas finanças públicas sob sua guarda e superior responsabilidade. Curso de Direito Constitucional Tributário. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1999. p. 213.

Quer me parecer que, por força do § 2º do mesmo artigo da Constituição, qualquer Lei que implique alteração da legislação tributária finalisticamente necessitará da iniciativa do Chefe do Executivo, pois esse tipo de Lei necessitará estar prevista na Lei de Diretrizes Orçamentárias e essa, sem dúvida nenhuma, é da sua exclusiva iniciativa (art. 84, XXIII da Constituição).

Adverta-se, todavia, que o C. STF já decidiu que "o ordenamento constitucional vigente não contém disposição que contemple a iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo para o processo legislativo em matéria tributária". (AgRg 14.496-SP, 1ª Turma, Unânime, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 01.02.1995, apud Internet.

26 Tabela Progressiva aprovada pela Lei 9.532/97, art. 21, parágrafo único, constante do art. 111 do atual Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26.03.1999, DOU de 29.03.99.

Só será assegurada real tributação progressiva, se a variação de alíquotas for mais amíuêde à vista de *degraus* menores dos valores tributáveis, ou então, como na progressividade por dedução dos italianos, se a parcela a deduzir, em tal método, não tiver grandes majorações.<sup>29</sup>

Obviamente, a progressividade deverá ter um limite, para que a tributação não venha a ser confiscatória.

No Brasil, o denominado princípio do não confisco foi colocado na Constituição pelos Constituintes de 1987/1988, de forma que esse princípio encontra-se hoje no art. 150-IV da vigente Constituição brasileira. Não se sabe, porém, qual o percentual razoável, para que a tributação não seja confiscatória. A Lei Complementar, que deveria fixar esse percentual, por força do inciso II do art. 146 da mesma Constituição, ainda não veio a lume.

Na Argentina, ensina GIULIANI FONROUGE, a sua Suprema Corte firmou jurisprudência, estabelecendo que a carga tributária imposta a cada contribuinte não poderá ser superior a 1/3 dos seus ganhos.<sup>30</sup>

O Supremo Tribunal Federal – STF do Brasil, quando apreciou recentemente a legislação que aumentou os percentuais da Contribuição dos Servidores Ati-

29 Este último fenômeno está ocorrendo atualmente no Brasil, onde há cinco anos os valores a deduzir, do IR das Pessoas Físicas, não sofre nenhum reajuste. Mas, tendo em vista a pouca variação das alíquotas, finda-se por penalizar mais agudamente os ganhos pequenos e médios.

30 FONROUGE, Carlos M. Giuliani. La Corte Suprema hasta este momento, mantiene el tope de 33% como límite de validez constitucional de los tributos. In: DERECHO FINANCIERO. 5. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993. v.1, p. 342.

vos da União, suspendendo, liminarmente, sua aplicação, deu a entender que vai enfrentar esse problema quando da análise do mérito, pois considerou relevante a tese de ofensa ao princípio que veda a utilização de qualquer tributo com efeito de confisco (CR, art. 150-IV), salientando que o exame da questão do efeito confiscatório deve ser feito em função da totalidade do sistema tributário e não de cada tributo isoladamente.<sup>31</sup> Oxalá o faça, para maior segurança de todos nós, contribuintes.

Relativamente à aplicação da progressividade ao IPTU-Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana, depois que o Pleno Supremo Tribunal Federal-STF considerou inconstitucional Leis da época em que a Sra. ERUNDINA foi prefeita em São Paulo, pelo Partido dos Trabalhadores-PT, e o Sr. PATRUS ANANIAS, em Belo Horizonte, pelo mesmo Partido, pelas quais esse princípio foi implantado, levando-se em consideração o valor do imóvel<sup>32</sup>, quando, segundo o entendimento da nossa Suprema Corte, o texto constitucional, anterior à acima referida Emenda Constitucional 29, de 2000<sup>33</sup>, exigiria, simultaneamente, o cumprimento da função social do imóvel e o seu grau de utilização ou de subutilização no tempo.

Mas esse entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF não encontra mais respaldo no texto da Constituição, depois da noticiada Emenda Constituci-

31 Informativo STF nº 164, set/out de 1999, p. 1 e 2.

32 Nesse sentido, AGRAVO REGIMENTAL EM RE nº 187.976-9 de São Paulo: Município de São Paulo x José Giorgi Júnior. Relator Min. Maurício Corrêa. Acórdão de 26 de agosto de 1997, Diário da Justiça da União nº 211, de 31 de outubro de 1997, seção 1, p. 55553. 2ª Turma do STF.

33 Eis o texto da Constituição antes da Emenda Constitucional nº 29, de 2000.

onal nº 29, de 2000 (v. notas de rodapé 18 e 33 deste trabalho), da qual se excluiu a expressão “cumprimento da função social da propriedade”, que era de difícil delimitação.

É verdade que, posteriormente, uma das Turmas do mesmo Supremo Tribunal Federal-STF decidiu que eram constitucionais Leis do Município de São José do Rio Preto-SP, que fixaram alíquotas distintas para terrenos vazios (subutilizados) e para terrenos edificados. Todavia, nessa Decisão firmou-se o entendimento de que isso não seria aplicação do princípio da progressividade.<sup>34</sup>

“Art. 156 – Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I – propriedade predial e territorial urbana;

§ 1º - O imposto previsto no inciso I **poderá ser progressivo**, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade.”

OBS.: V. acima a nota de rodapé 18, onde está transcrito esse dispositivo já com redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000, facilitando a efetiva implantação da progressividade pelo legislador ordinário, vinculando-a apenas ao valor do imóvel juntamente com a progressividade no tempo do § 4º do art. 182, ali também transcrito. Ou seja, não se exige mais o pouco claro “cumprimento da função social da propriedade”.

34 RE 229.233-SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, 26.3.99”. In: Informativo STF Nº 143, DE 07.04.1999, p. 3.

O entendimento adotado nesse reencontra-se hoje no texto da Constituição, em decorrência de sua alteração pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000, verbis:

“Art. 156 - ...

§ 1º - Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá

I - ...

II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel”.

Quer me parecer a adoção do princípio da seletividade, em função da essencialidade na tributação dos imóveis urbanos, pois combinando-se esse dispositivo com o inciso II do § 4º do art. 184 da mesma Constituição conclui-se que, quanto maior o tempo de subutilização do imóvel, maior poderá ser a alíquota desse imposto. Ou seja, seleciona-se o imóvel que não tem utilização, supérfluo, portanto, e tributa-se mais rigorosamente. E os que tenham utilização, úteis, portanto, terão uma tributação menor. E se pode mesclar esse princípio com o da progressividade.

A aplicação do princípio da progressividade deve, também, ser efetuada em conjunto com o princípio da capacidade contributiva, é tanto que na Constituição da Itália são tratados no mesmo dispositivo, art. 53,<sup>35</sup> porque ambos subjetivizam o tributo, e a progressão deve observar aquela capacidade.<sup>36</sup>

Também não se deve desprezar o entrelaçamento com o princípio da isonomia, que tem um caráter objetivo-subjetivo, uma vez que leva em consideração a renda e o patrimônio (objetividade), sem desprezar a situação econômico-financeira, sobretudo os respectivos encargos<sup>37</sup> do sujeito passivo da relação tributária (subjetividade).

35 A. D. GIANNINI, ob. cit., p. 57, verbis: “Non contraddice a questo concetto l'art. 53 della Costituzione, il quale, (...), dopo aver dichiarato che tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva”, aggiunge nel capoverso che “il sistema tributario è informato a criteri di progressività”, ...”.

36 No Brasil, o princípio da capacidade contributiva era previsto, expressamente, no art. 202 da Constituição de 1946. A Constituição de 1967 e respectiva Emenda 1/69 silenciaram a seu respeito. A Constituição de 1988, no meu entender, também não o prevê, mas sim o princípio da capacidade econômica (§ 1º do art. 145), que com ele não se confunde; pelo contrário, o elimina, porque autoriza a medição da extensão do patrimônio econômico do Contribuinte, sem levar em consideração sua capacidade de contribuir. Nem sempre aquele que tem uma grande capacidade econômica tem capacidade contributiva. Mas, pelo que está escrito na atual Constituição, o legislador, ao instituir os tributos, pode considerar apenas aquela. Na Alemanha, na época da Constituição de Váimar do Reich (1919), também se adotou o critério econômico para tributação e o texto da referida Constituição era bem semelhante ao que se encontra atualmente no texto do referido § 1º do art. 145 da Constituição do Brasil.

Eis o texto do art. 134 da referida Constituição alemã:

“Todos os cidadãos, sem distinção, na proporção dos seus haveres, contribuirão para todos os encargos públicos, conforme dispuserem as leis”.

Apud BEISSE Hénrich. O Critério Econômico na Interpretação das Leis Tributárias Segundo a Mais Recente Jurisprudência Alemã. Tradução de Brandão Machado. In: MACHADO, Brandão (coord) **Direito Tributário: estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 12.

37 Aqui no Brasil, a meu sentir, esse princípio incorpora, na sua parte subjetiva, o princípio da capacidade contributiva, pois, ao contrário deste, é em tal sentido expresso no texto da atual Constituição (art. 150-II).

EZIO VANONI registra que já se tentou aplicar o princípio da progressividade, levando-se em consideração a utilização dos serviços públicos: aquele que mais utilizasse esses serviços, pagaria mais imposto (teoria do escambo ou do benefício), tese essa que argumentou o jurista italiano, a meu ver com razão - desvirtuava a finalidade originária do princípio, que é a distribuição das riquezas, e implantava no serviço público a lei do egoísmo e da negação do princípio da solidariedade social, uma vez que quem precisa do serviço público normalmente é o mais pobre, de forma que esse iria pagar mais impostos que o mais rico, por isso não vingou.<sup>38</sup>

Portanto, na aplicação do princípio da progressividade, desde que bem dosada, haverá possibilidade de uma maior distribuição da riqueza, tirando-se daqueles que tenham menos encargos, que ganham mais ou que tenham patrimônio mais valorizado e/ou pouco utilizado, devendo os recursos serem aplicados em políticas compensatórias, visando a diminuir as diferenças entre os diversos grupos sociais.

### 2.3 Críticas a Esse Princípio

Aqueles que pregam a chamada “liberdade de mercado” são contra a aplicação do princípio da progressividade, porque seria ele um desestímulo aos investimentos, tanto no campo do desenvolvimento tecnológico, como um empecilho ao barateamento da pro-

38 Nesse sentido, VANONI, Ezio ob. cit., p. 80.

dução, podendo, inclusive, continuam, se aplicado de forma muito forte, tornar desinteressante, para o Contribuinte, o exercício da própria atividade.<sup>39</sup>

Apóiam-se tais críticos nos ensinamentos do liberalismo da Escola Clássica (Smith, Ricardo, Mill), que considerava a atividade do Estado como **improdutiva**, porque subtrairia dos particulares renda que poderia ser utilizada na produção de novos bens, sendo, por isso, contra qualquer tipo de tributação que onerasse o capital ou o patrimônio.<sup>40</sup>

Em sentido oposto a esse entendimento da Escola Clássica, posicionaram-se Adolpho Wagner, para quem a atividade financeira do Estado era produtora direta de riquezas, porque por meio dela seriam colocadas inúmeras utilidades à disposição dos Administrados, e Von Stein, sustentando que não seria apenas **produtora**, mas também **reprodutora** de riquezas, pois além das utilidades colocadas à disposição dos Administrados, o Estado, por meio da sua atividade financeira, consistente na arrecadação de receitas, também aumentaria o seu patrimônio, quando da aquisição de bens permanentes, patrimônio esse que é público, logo, de todos os Administrados.<sup>41</sup>

Já vimos acima como a Assembléia Nacional francesa rejeitou o projeto de PROUDHON, em 1848, pelo qual propôs ele a instituição de um imposto progressivo, adjetivando-o de imoral e subversivo da ordem divina e humana.

39 FRANCO A.L. souza, ob. cit., p. 197.

40 FONROUGE, Ob. Cit., p. 5.

41 Ibidem, mesma p.

BALEEIRO informa que a Suprema Corte dos EUA, no fim do século XIX, considerou um imposto que tinha alíquotas que variavam de 1% a 5% como inovação comunista, mas registra que, graças ao uso moderado dessa forma de tributação, hoje, no mundo todo, são raros os financistas que guardam algumas reservas contra ela.<sup>42</sup>

No Brasil, considerado país periférico, em desenvolvimento, sua classe social dominante é apenas representante, na sua grande maioria, de grupos econômico-financeiros estrangeiros<sup>43</sup>, e por exigência desses grupos impede a real aplicação do princípio da progressividade tributária<sup>44</sup>, o qual, embora previsto na

42 Ob. cit., p. 218.

43 Atualmente, após o crescimento do fenômeno globalização, quase todos os grupos econômicos nacionais foram absorvidos ou então fundiram-se com grupos estrangeiros, contando-se nos dedos das mãos aqueles que ainda subsistem autonomamente. Esse fenômeno, de a classe dominante nacional não passar de testa-de-ferro de grupos estrangeiros, infelizmente, vem desde o nascimento do Brasil, conforme demonstra o saudoso DARCY RIBEIRO, em uma das suas últimas obras, *O Povo Brasileiro*, 2. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 441: "O Brasil foi região primeiro como uma feitoria escavista, exoticamente tropical, habitada por índios nativos e negros importados. Depois, como um consulado, em que um povo sublusitano, mestiçado de sangue afros e índios, vivia o destino de um proletariado externo dentro de uma possessão estrangeira."

44 O jornal *O Estado de São Paulo*, principal representante brasileiro, no seio da imprensa, da corrente liberal, publica constantemente trabalhos contrários à intervenção estatal, por qualquer meio, no setor privado. Merece destaques trechos de um artigo, publicado por esse jornal no dia 07.11.1999 (Domingo), Caderno 2, cujo autor, estrangeiro, não foi identificado, traduzido por José dos Santos, sob o título de "Evidentemente não podemos permitir que os direitos de propriedade sirvam...", no qual esse tipo de pensamento encontra-se exposto com toda virulência. Nesse artigo, o articulista não identificado posiciona-se contra a intervenção governamental na propriedade, quer seja para garantir a preservação do ambiente, quer seja para garantir direitos sociais dos que não têm renda ou não têm emprego, "pois ninguém tem direito a nada à custa de outros", argumenta. E acrescenta: "apesar disso, em nome de tais direitos espúrios, exige-se que grande número de cidadãos nas democracias industriais sejam obrigados a trabalhar para o sustento de outros". (...) Na Suécia, o estado mais retrógrado nesse sentido, para cada cidadão que ganha o próprio sustento, 1,8 outros cidadãos são plena ou parcialmente mantidos por impostos que aquele cidadão é obrigado a pagar. Na Alemanha e na Grã-Bretanha, a proporção é de 1,1 e nos EUA, de 1,076".

Constituição, conforme acima demonstrado, finda por não ser implementado pela legislação infraconstitucional, de forma que, praticamente, apenas a classe média, pequenos e micro-empresários pagam, por exemplo, o Imposto de Renda.

Ainda no Brasil, há até quem, como ROBERTO CAMPOS, proponha a progressividade para impostos indiretos, afastando-a do Imposto de Renda, sob o argumento de que dessa forma todos contribuiriam para o custeio das despesas do Estado e para a poupança, *verbis*:

*Quando o imposto é progressivo, o absurdo é duplo: além do trabalho forçado, aplica-se uma multa aos mais eficientes. Do ponto de vista dos países pobres, o IR é antidesenvolvimentista, pois incide sobre a renda produzida, desencorajando o esforço, quando deveria incidir apenas sobre a renda consumida, de forma a premiar a poupança. (Negritei).<sup>45</sup>*

E no mesmo trabalho acrescenta que nos EUA o Congresso Nacional estaria discutindo proposta de alíquota única de 17% para o IR, e que na Inglaterra busca-se dar fim a esse Imposto e restabelecer os Impostos Indiretos: "Os impostos indiretos sobre o consumo seriam preferíveis aos impostos diretos sobre a renda, porque o cidadão poderia optar por maior poupança".

45 A Temporada da Anti-Razão. *Jornal do Commercio de Pernambuco*, 25.jun.1995, p. 24.

Não explica o Sr. ROBERTO CAMPOS, para os seus inúmeros leitores, o motivo pelo qual esse tipo de tributação iria “premiar a poupança”: é que em face da progressividade dos tributos que incidem sobre o consumo (ICMS, IPI, ISS, por exemplo) os preços finais ficariam tão altos, que o povo não poderia adquirir mercadorias e serviços e seria obrigado a poupar, para que os banqueiros pudessem utilizar o dinheiro dessa poupança explorando mais ainda o próprio povo, com juros escorchantes, mediante aplicação dos recursos dessa poupança na produção e comercialização desses produtos e serviços, em uma “roda viva” sádica que levará à superexploração desse povo e ao aumento da sua fome.

### 3- O PRINCÍPIO DA DIFERENÇA

JOHN RAWLS disserta sobre o **princípio da diferença**, ensinando que por ele julgam-se as desigualdades econômicas e sociais da estrutura básica e, desde que observadas igual liberdade e eqüitativa igualdade de oportunidades, serão justas as expectativas daqueles que estiverem em melhor situação, desde que haja um esquema que melhore as expectativas dos menos afortunados.<sup>46</sup>

Eis um resumo das teses de RAWLS sobre esse princípio, teses essas que se encontram nas páginas 78-84 da sua conhecida *Uma Teoria da Justiça*, acima referida:

46 Ob. cit., na nota 4 supra, p. 78.

Explica RAWLS que, se a curva da indiferença registrar distribuição considerada igualmente eqüitativa, resultará o princípio da diferença em concepção fortemente igualitária. Tomando-se apenas duas pessoas como exemplo, por esse princípio, o ideal será que a distribuição seja igual. E se uma melhorar, do ponto de vista desse princípio, só haveria lucro se a outra também se beneficiasse. O aumento da expectativa de melhoria de uma implicará o da outra.

Quando as linhas de indiferença forem representadas por curvas pouco pronunciadas e convexas em relação à sua origem, conforme gráfico que apresenta às fls. 80, assim serão as curvas da indiferença para as funções de bem-estar social, expressando o fato que, “na medida em que uma das pessoas levar vantagem em relação à outra, seus benefícios posteriores vão se tornando cada vez menos valiosos sob um ponto de vista social” (final da p. 79).

Se as duas pessoas referidas forem tipos representativos de outras pessoas, a valorização de suas vantagens tem que levar em consideração, de forma proporcional, o número de pessoas por elas representadas, não se podendo adotar o utilitarismo clássico, porque esse seria indiferente à forma de distribuição quando essa tiver de ser feita para mais de duas pessoas, gerando desigualdade.

Uma forma de diminuir as desigualdades de expectativas entre o filho de um operário e o filho de um empresário, segundo RAWLS, pela aplicação do princípio da diferença, o empresário será estimulado a prati-

car atos que aumentarão as expectativas da classe trabalhadora, porque as melhores perspectivas desta atuarão como incentivo que tornarão mais eficaz o processo econômico, mais rápida a introdução de inovações, etc.

A aplicação desse princípio, continua RAWLS, poderá consistir em aumentar as expectativas dos menos favorecidos, ou simplesmente suprimir mudanças nas expectativas dos que se encontram em situação melhor, porque isso poderia implicar a melhoria da situação daqueles. Aqui seria um ajuste equitativo.

Também aumentando-se as expectativas dos melhor situados poderia implicar melhoria dos menos favorecidos. Nessa situação, não haveria o ajuste mais equitativo de todos.

A sociedade deve evitar contribuições marginais negativas dos melhor colocados, porque é mais grave do que não alcançar “o melhor esquema, quando estas contribuições forem positivas.”

**Quanto maior for a diferença entre as classes sociais, maior será a violação dos princípios da vantagem mútua e da igualdade democrática.**

Numa concepção democrática, não devem prevalecer, para RAWLS, o sistema da liberdade natural e a concepção liberal, segundo os quais tudo se resolve pela pura justiça processual, porque mais produtiva a prévia resolução dos problemas.

O princípio da diferença é compatível com a equidade e com a eficiência, devendo a equidade ter primazia sobre essa, e o esquema só funcionará quando for perfeitamente equitativo e eficiente.

No regular funcionamento da aplicação do princípio da diferença, os lucros são irrelevantes e até mesmo quase impossíveis de determinar.

Se as desigualdades são “conexas”, o benefício que aumentar as expectativas das camadas mais baixas findará por, também, aumentar a expectativa da camada média e assim por diante, havendo dessa forma uma reação em cadeia, conforme demonstra nos gráficos de fls. 83 da sua obra. Mas não ocorrerá essa reação, se a camada mais baixa sofrer diminuição nas expectativas de melhora, porque nessa situação nada acontecerá na camada média.

Também não haverá reação em cadeia, relativamente à camada menos favorecida, se a expectativa da camada média subir ou descer.

Embora o princípio da diferença não dependa da concretização da relação causal e do enlace restrito, “parece plausível que se os menos favorecidos se beneficiarem, também o farão os que estiverem em posições intermediárias” (p. 83), desde que sejam satisfeitos os outros princípios de equidade (liberdade igual e equitativa igualdade).

No entanto, à vista do princípio da diferença, a mudança na expectativa positiva dos melhor situados em nada modificará a expectativa dos que estão em pior situação.

Pelo princípio da diferença lexicográfica, mais geral que o princípio da diferença simples, tendo em vista a falta de enlace restrito na situação por último descrita, deve-se em primeiro lugar maximizar-se as expectativas dos que estão em pior situação; em segundo lugar, os que se seguem e assim sucessivamente até chegar aos tipos representativos melhor colocados, que só terão o bem-estar maximizado após a maximização do bem-estar dos inferiores.

*As desigualdades sociais e econômicas terão de dispor-se de tal modo que possam tanto (a) proporcionar a maior expectativa de benefício aos menos favorecidos, quanto (b) estar ligadas a cargos e posições acessíveis a todos, sob condições de uma equitativa igualdade de oportunidades (p. 84).*

#### 4-INTEGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA NO PRINCÍPIO DA DIFERENÇA

Como se nota claramente, o bem arquitetado princípio da diferença de RAWLS, sendo um “princípio de maximização”, tem por meta a melhoria do equilíbrio social, via diminuição das diferenças entre os diversos grupos sociais, sem quebra do sistema democrático, devendo, para tanto, haver rígida observação do princípio da liberdade

igual (considerado, para ele, o principal dos princípios que discute na sua obra<sup>47</sup>) e da equitativa igualdade.

Quanto à primazia pela liberdade, fazendo expressa referência a RAWLS também pronunciam-se AGNES HELLER e FERENC FEHÉR, sustentando que quando se consegue o valor liberdade (justiça política), fatalmente, se consegue o valor vida (justiça social), binômio que para eles fundamentam a justiça.<sup>48</sup>

Quanto à utilização da tributação progressiva, RAWLS, no seu Livro acima referido, a ela se reporta diretamente no tópico denominado *Os Fundamentos Institucionais da Justiça Distributiva*, em que tratou mais diretamente dos recursos necessários para que o Estado faça frente ao princípio da diferença, *verbis*:

*Finalmente, há um ramo da distribuição. Sua tarefa consiste em preservar uma justiça aproximada, em parcelas distributivas, através da tributação e dos necessários ajustes nos direitos de propriedade. (...). (...), o princípio progressivo pode ser aplicado em favor do beneficiário. (...). São tais instituições ameaçadas quando as desigualdades de riqueza excedem um certo limite; e a liberdade política, tende, do mesmo modo, a perder seu valor e o governo representativo se torna apenas aparente. Os tributos e dispositivos do ramo da distribuição têm de prevenir que tal limite seja excedido.<sup>49</sup>*

47 Quanto à liberdade, eis o que disse RAWLS: “Estes princípios, em ordem numérica, são, como indicarei vez por outra, de tal forma que a concepção geral enfim assume importância quando as condições sociais melhoram. Esta questão se liga com a da prioridade da liberdade, ...”. Ob.cit., p. 84, final do penúltimo parágrafo.

48 Ob. cit., p. 183-184.

49 Ob. cit., p. 216.

E, cauteloso, na mesma página adverte que o patamar desse limite, por depender de um juízo político, deve ser fixado à luz do bom-senso<sup>50</sup>, e suposição feita dentro de uma grande margem. Esse bom-senso, no campo tributário, tem o limite fixado em outro princípio, o princípio do não confisco, ao qual já nos referimos acima, que no Brasil tem atualmente expressa previsão constitucional (art. 150-IV da Constituição) e, também conforme já demonstramos acima, foi fixado no percentual de 33% pela Corte Suprema da vizinha Argentina (v. nota de rodapé 30, supra).

Também na fundamentação de RAWLS, para o princípio da diferença são detectados indícios do seu entendimento quanto à utilização dos tributos para diminuição das diferenças, conforme as seguintes passagens:

a) Logo após tratar do problema das classes sociais, sobre o que fazer para equilibrar a situação entre o filho de um empresário e o filho de um operário, explica RAWLS que, se houver um ajuste eqüitativo:

*a supressão das mudanças nas expectativas dos melhor situados pode melhorar a situação dos pior situados. (...). Um esquema não é eqüitativo quando uma ou mais das maiores expectativas são excessivas. Se estas expectativas diminuísem, melhoraria a situação dos menos favorecidos (p. 81).*

50 HELLER e FEHÉR desenvolvem raciocínio semelhante, quando tratam dos valores liberdade e vida, como fundamentadores da justiça, em que demonstram a necessidade de afastar-se o argumento da força, devendo as regras ser fixadas por consenso decorrente da negociação e do discurso humano, mesmo porque liberdade não comunga com força. Ob.cit., p. 181.

b) Quando trata da reação em cadeia dos benefícios 'conexos', fala sobre os limites dos lucros dos mais favorecidos:

*Mais ainda, existe um máximo de lucro permitido ao mais favorecido, supondo-se que, se o princípio da diferença o permitir, teria efeitos inequitativos sobre o sistema político ou outros semelhantes, excluídos pela primazia da liberdade (final da p. 82).*

Nessas partes da fundamentação do princípio da diferença, também, encontro argumentos para nele enquadrar o princípio da progressividade tributária como um dos seus instrumentos, uma vez que por esse princípio do campo tributário suprime-se parte da receita dos que estão melhor situados, visando a diminuir a diferença entre esses e os que estão em pior situação, melhorando as expectativas desses.

E, na aplicação da progressividade tributária, a maximização pregada por RAWLS, para o seu princípio da diferença, não será contrariada, porque se maximiza a situação do que estava pior situado e também o equilíbrio social e, como consequência dessa última maximização, maximizada fica a posição do melhor situado, porque dentro de uma sociedade socialmente equilibrada o melhor situado terá uma vida mais saudável, tranqüila e justa.

Não se deve, todavia, olvidar a advertência de RAWLS: como o princípio da diferença é um princípio de maximização, a sociedade deve,

*tratar de evitar situações nas quais as contribuições marginais dos melhor colocados sejam negativas, já que, ceteris paribus, isto parece uma falta mais grave que não alcançar o melhor esquema, quando estas contribuições forem positivas (p. 81).*

Obviamente, o ideal de RAWLS e a finalidade do princípio da progressividade tributária só serão atingidos, em decorrência da aplicação desse, se os dirigentes<sup>51</sup> do País realmente destinarem a parte da receita tributária, suprimida dos ganhos e patrimônio dos melhor situados, na melhoria das expectativas dos pior situados, **não de uma forma paternalista, mas dentro dos novos parâmetros político-sociais aprovados pela denominada Terceira Via da Social Democracia, e que veremos no tópico seguinte deste trabalho.**

## 5- A SOCIAL DEMOCRACIA, A TERCEIRA VIA E A PROGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA

### 5.1 Social Democracia

A velha social democracia, como se sabe, sempre figurou como um meio termo entre o liberalismo e o socialismo (aqui também no sentido de comunismo), pregando a manutenção das relações de produção capitalista (capital x trabalho), mas com intervenção do Estado em

51 AGNES HELLER e FERENC FEHÉR, tendo em vista a crise do Estado europeu assistencialista, propõem a busca de novas alternativas consensuais, fora do Estado, porque entendem que assim aumentarão as oportunidades de as pessoas viverem, uma vez que a estabilidade estará no seu caráter dinâmico e, portanto, mutável. E o dinamismo só pode existir, continuam, com novos imaginários e utopias, representados por seus atores sociais, sem a ambição de se chegar a uma sociedade plenamente justa, porque, além de impossível, seria indesejável, uma vez que geraria imutabilidade, falta de dinamismo, ou seja, uma sociedade estática e essa seria uma utopia mais negativa que positiva. Ob. cit., p. 188-189.

setores considerados estratégicos para as principais atividades públicas, bem como para manutenção do bem-estar social, com políticas compensatórias para amparo dos mais necessitados, buscando o igualitarismo, contra o individualismo e sem muita preocupação ecológica.

E um dos instrumentos necessários para concretização dessas políticas, segundo as propostas dessa velha social-democracia, via *welfare state*, era tirar dos ricos para amparar os pobres via tributação progressiva.<sup>52</sup>

A utilização da tributação como arma redutora das desigualdades sociais também foi detectada por PIERRE BELTRAME, em estudo dos sistemas fiscais de vários países, no qual concluiu que a estrutura fiscal dos países desenvolvidos, caso goze de certa flexibilidade, permitirá que os governantes a utilizem na prevenção de conflitos sociais, mediante redistribuição, ainda que provisória, dos encargos e dos ativos sociais, sendo que esse papel da tributação prevaleceu no século XIX para toda modalidade de tributo, fixando-se, a partir do início deste século XX, nos impostos sobre os rendimentos e sobre o capital, o qual apareceu “como meio de igualização das condições sociais”, conclusão essa que também teria sido apontada por outros autores:

*os autores pensam da mesma forma na tributação do capital para reduzir as desigualdades crescentes de rendimentos, mantendo a economia de mercado e a sociedade capitalista,*

citando, aqui, o trabalho *L'impôt sur le capital, Droit Social*, de M. ALLAIS.<sup>53</sup>

52 Nesse sentido, GIDDENS, Ob. cit., p. 20.

53 BELTRAME, Pierre. *Os Sistemas Fiscais*. Tradução de J.L. da Cruz Vilaça. Coimbra: Livraria Almedina, 1976. p. 176. Título original *Les Systèmes Fiscaux*.

Ou seja, para que a economia de mercado e a sociedade capitalista sobrevivam, há a necessidade dessa modalidade de distribuição de riqueza.

A partir de meados da década de oitenta, com o acentuar da globalização da economia e o ressurgimento do liberalismo, sob a denominação de neoliberalismo, com políticas sociais consideradas avançadas, apoiando inclusive a liberdade sexual e discriminação das drogas<sup>54</sup>, a social-democracia foi obrigada a renovar-se, recebendo inclusive reforço dos novos partidos de esquerda, que nasceram em substituição aos antigos partidos comunistas, extintos em decorrência do colapso do comunismo no leste europeu, no final de 1989. Então começaram, os social-democratas, a preocuparem-se com a questão da produtividade econômica, com políticas de participação, desenvolvimento comunitário, política ecológica, equilíbrio entre privado e público, oportunidade educacional, habitação, democracia econômica e “a defesa de interesses individuais deixou de ser considerado palavrão...”,<sup>55</sup> porque “individualidade e solidariedade não deveriam ser vistos como opostos”.<sup>56</sup>

E essa nova social-democracia, sozinha ou fazendo coalizações de centro-esquerda, em meados de 1998 chegou ao poder na Grã-Bretanha, França, Itália, Áustria, Grécia e em países escandinavos<sup>57</sup>.

54 GIDDENS, ob. cit., p. 16.

55 Ibidem, p. 27-28.

56 Ibidem, p. 30.

57 Ibidem, p. 34.

No Brasil, embora tenha feito coalização com a centro-direita, podemos enquadrá-lo no rol dos países em que a social-democracia chegou ao poder, com a eleição do Sr. Fernando Henrique Cardoso, no ano de 1995 e sua reeleição no ano de 1999, cujo partido empalma uma das vertentes da social-democracia tupiniquim.

## 5.2 Terceira Via

Ensina ANTHONY GIDDENS que a expressão Terceira Via parece ter surgido na virada do século XIX para o século XX, tendo sido muito popular, na década de vinte, no seio da direita (v. nota de rodapé 13 supra); todavia, os social-democratas e os socialistas também dela se utilizaram. E a Internacional Socialista, por ocasião da sua refundação, no ano de 1951, a utilizou expressamente, no sentido de que haveria uma outra via entre a proposta socialista soviética e a proposta capitalista norte-americana, a proposta social-democrata, a **Terceira Via**. O economista tcheco, Ota Sid, a utilizou como sinônimo de socialismo de mercado, a social-democracia sueca como renovação programática.

Finalmente, continua GIDDENS, Tony Blair e Bill Clinton, fizeram renascer a expressão Terceira Via, na social-democracia, com um novo *welfare state*, o *welfare positivo*<sup>58</sup>.

58 O que vem a ser *welfare positivo*, v. parágrafo seguinte e nota de rodapé 62, infra.

As propostas desses dois líderes da contemporânea social-democracia, acrescenta GIDDENS, não foram bem acolhidas pelos social-democratas do continente europeu, tampouco pela velha esquerda (quanto ao uso desse termo, v. nota de rodapé 13 supra) em seus respectivos países, porque muito semelhantes, respectivamente, às propostas de Margaret Thatcher (conservadora da Inglaterra) e dos neoliberais norte-americanos.<sup>59</sup>

Mas, cientificamente, ANTHONY GIDDENS indica como programa da Terceira Via:

a) um novo Estado democrático (ob. cit., p. 87): descentralizado, com dupla democratização, renovação da esfera pública pela transparência, eficiência administrativa, mecanismos de democracia direta e Governo como administrador de riscos; b) sociedade civil ativa (em parceria com o governo<sup>60</sup>) (ob. cit., p. 89): renovação comunitária através do aproveitamento da iniciativa local, envolvimento do terceiro setor (associações e voluntários), proteção da esfera pública local, prevenção do crime baseada na comunidade; c) família democrática (ob. cit., p. 105): consistindo na igualdade emocional e sexual, direitos e responsabilidades mútuos nos relacionamentos, co-paternidade, contratos vitalícios de paternidade, autoridade negociada sobre os filhos, obrigações dos filhos para com os pais, a família socialmente integrada; d) o Estado do investi-

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>60</sup> Aqui muito parecido com AGNES HELLER e FERENC FEHÉR, cfr. nota 51 supra, segundo os quais o Estado não deve ser o único administrador, devendo-se buscar novas alternativas fora do Estado.

mento social (ob. cit., p. 109-139): com uma nova economia mista, integrativa do setor público e privado, mediante utilização do dinamismo do mercado, mas tendo em vista o bem público. Quanto à igualdade, não seguir a meritocracia (igualdade de oportunidades), modelo neoliberal, porque faz crescer as diferenças sociais, mas sim lutando pela inclusão do maior número possível de menos favorecidos no mercado de trabalho<sup>61</sup>, bem como contra a exclusão e isolamento dos grupos mais privilegiados em *bunkers de felicidades* (exclusão no topo) e ainda contra a exclusão dos menos privilegiados dos benefícios sociais e do mercado de trabalho (exclusão na base), mediante política de equilíbrio nos ganhos individuais, diminuindo as diferenças entre os grandes e os pequenos salários; maior investimento na educação, sobretudo no campo profissional, para possibilitar a 'redistribuição de oportunidades'; *welfare* positivo (uma nova versão do *welfare state*<sup>62</sup>), substituindo a ajuda econômico-financeira estatal direta pelo aconselhamento, consultoria, investimento em capital humano, redirecionando o investimento social do Estado de forma que se integre nos programas para o desenvolvimento ativo da sociedade civil, e fomentando parceria entre capital público e pri-

<sup>61</sup> *Inclusive evitando aposentadorias precoces, que causam problemas às finanças da seguridade social e afastam a experiência do mais idoso, que pode funcionar como exemplo (modelo) para o mais jovem. Também evitar o surgimento de 'guetos de aposentados', porque negativamente excludores* (ob. cit., p. 131).

<sup>62</sup> *Welfare State que Bismack adotou na Alemanha do seu tempo, como combate ao socialismo, consistente em investimento público na saúde, educação, previdência social, habitação pública, etc., diretamente ou via associações criadas com finalidades específicas, e que ao longo do tempo gerou problemas, em face do crescimento em mais de 100% das despesas com a seguridade social, principalmente na Inglaterra, crescimento esse decorrente de vários fatores, como acomodação dos beneficiários, fraudes, etc., prejudicando a defesa do desemprego que visava a combater* (Ob. cit., p. 121-127).

vado, observando-se a prevalência do interesse público, inclusive no importante campo do meio ambiente; finalmente, substituição da possível ociosidade do velho *welfare state*, pela iniciativa e pela feição dinâmica do *welfare* positivo.

Quanto à tributação, na terceira via, não parece ser grande preocupação para ANTHONY GIDDENS, pois, segundo ele, quanto maior a carga tributária, maior a cobrança por parte da população de benefícios estatais em época de grande desemprego, como, ainda segundo ele, ocorreu na Finlândia, onde há aceitação, maior que em outros países do ocidente, de uma tributação mais elevada<sup>63</sup>. Por outro lado, ainda segundo GIDDENS, a rigidez do Estado, sem envolvimento cívico do cidadão, pode gerar informalidade, totalmente à margem da tributação<sup>64</sup>, dando a entender que deve haver um bom senso para que o cidadão se convença da sua indispensável parceria com o Estado, para um *welfare* positivo.

No entanto, como as desigualdades sociais existem e a concentração de renda vem se exacerbando com a globalização da economia e das finanças privadas, não vejo e GIDDENS não explica, tampouco A. HELLER e F. FEHÉR, como, respectivamente, a decantada parceria dos particulares com o Estado ou outras alternativas fora do Estado iriam reverter essa situação.

63 *Ibidem*, p. 124

64 *Ibidem*, p. 138.

Creio que a proposta do velho Manifesto Comunista e da velha Social-Democracia, encampadas por RAWLS, no sentido de que a tributação progressiva é um eficiente meio de distribuição de riqueza, ainda, se faz necessária.

É interessante notar que a globalização do capital também foi prevista no referido Manifesto Comunista, com a linguagem própria dos operários de então, *verbis*:

*Impelida pela necessidade de mercados sempre novos, a burguesia invade todo o globo. Necessita estabelecer-se em toda parte, explorar em toda parte, criar vínculos em toda parte.*<sup>65</sup>

E a gigantesca concentração de capital nas mãos de poucos foi prevista, em 1916, por WLADIMIR ILLICH ULIÁNOV, LENIN<sup>66</sup>, considerado continuador da obra de F. Engels e K. Marx e um dos líderes da revolução bolchevique de 1917 na então Rússia. Escreveu LENIN que o capital financeiro empalmaria os capitais industrial e comercial e seria concentrado nas mãos de uns poucos, estabelecendo-se o imperialismo financeiro, fenômeno no qual o dono do capital domina e impõe as regras àqueles que necessitam de capital, e que essa concentração chegaria a tal ponto que a grande massa de dominados explodiria em um movimento revolucionário-socialista.

65 *Ob. cit.* na nota 17, p. 12.

66 ULIÁNOV, Wladimir Illich. *Imperialismo, fase superior do capitalismo*. Tradução do coletivo das Edições Avante. Moscovo, Lisboa: Avante, 1975. p. 10-11. Escrito em 1916.

Quanto à última previsão de LENIN, explosão de um gigantesco movimento revolucionário-socialista, totalmente afastada pelos atuais teóricos das ciências sociais, não me parece que possa ser de todo descartada, pois a meu ver a violência nos grandes centros urbanos, os movimentos violentos, de grupos de esquerda, nos países denominados periféricos pela divisão da riqueza e pela reforma agrária, são sinais do possível início dessa grande revolta dos que se enquadram na denominada "classe dominada". Acredito que LENIN também tenha acertado em cheio quanto à concentração do capital, da riqueza, nas mãos de poucos.

**Por isso, repito, os fundamentos do princípio da diferença de JOHN RAWLS, nele se integrando o princípio da progressividade tributária e a tributação direta das grandes fortunas, continuam mais vivos que nunca e indispensáveis a uma melhor distribuição da riqueza, sob pena de marcharmos para uma fim nada agradável, pois os que se encontram na situação de desemprego, fome e outros males sociais têm um limite, como tudo que é humano.**

Mas reconheço que a efetiva aplicação desses princípios, em face da observância do princípio da legalidade<sup>67</sup>, que se transformou em verdadeiro dogma do

67 Previsto na vigente Constituição do Brasil, de forma genérica, para todo tipo de obrigação, no inciso II do art. 5º, como uma garantia e um direito individual. No campo tributário, no inciso I do art. 150, estabelecendo que todo tributo só poderá ser instituído ou aumentado por intermédio de Lei (o STF do Brasil firmou o entendimento de que, neste particular, a Medida Provisória, prevista no art. 62 da mesma Carta, da exclusiva competência do Sr. Presidente da República, como tem força de Lei, pode ser utilizada para essa finalidade. Advirta-se, todavia, que com as limitações do referido art. 62 e também do art. 246 da mesma Carta).

chamado mundo civilizado, principalmente a partir da revolução francesa de 1789<sup>68</sup>, necessita de maioria, no Poder Legislativo, de parlamentares vinculados à social-democracia, a partidos socialistas, comunistas, bem como outros partidos que se preocupem com os princípios da justiça social, para que os integrem nas leis de cunho social e tributário.

## 6- O "CONSENSO DE WASHINGTON" E A FALSA PROPOSTA DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA

Mas, não sei se por cinismo, ou como estratégia de negociação com os grupos mais à esquerda, foi consignado no documento que passou à história com o nome de "Consenso de Washington" um tópico sobre necessidade de uma reforma tributária de **cunho progressivo**.<sup>69</sup> Digo cinismo porque, como se sabe, o conjunto das propostas desse "consenso" atende aos interesses dos grandes grupos econômico-financeiros que hoje detêm o capital no mundo, e visa, finalisticamente, ao desmantelamento do Estado e entrega do patrimônio desse para o setor privado (certamente para referidos grupos econômico-financeiros, porque os nacionais da América Latina não detêm capital).

68 FÁBIO KONDER COMPARATO registra a força do poder econômico na Revolução Francesa de 1789, esclarecendo que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão atendeu "duas preocupações máximas da burguesia(...): a garantia da propriedade privada contra expropriações abusivas (art. 17) e a estrita legalidade na criação e cobrança de tributos (art. 13 e 14)". **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 133.

69 A não ser que seja a progressividade pregada por ROBERTO CAMPOS, aplicável aos impostos que incidem sobre os bens de consumo.

GUSTAVO H. B. FRANCO, um dos gurus do atual grupo político-econômico-financeiro que ocupa o poder no Brasil, já tendo ocupado o importante posto de Presidente do Banco Central, escreveu um entusiasmado artigo a respeito desse assunto.

Referido articulista, que também é Professor Universitário, em trabalho publicado no jornal O Estado de São Paulo, de 07.11.1999, Caderno Economia, narra que após a queda do muro de Berlim, em 1989, o Prof. John Williamson, então pesquisador Sênior de um prestigioso Instituto de Estudos de Washington, promoveu um Seminário sobre a reforma econômica na América Latina. As conclusões dos palestrantes foram parecidas e referido Prof. Williamson as sintetizou em dez tópicos, chamados de dez mandamentos do consenso de Washington, a saber: 1. Disciplina fiscal, ou seja, contas equilibradas; 2. Prioridade no ajuste fiscal, favorecendo redução de despesas, preservando as áreas sociais e investimentos em infra-estrutura; 3. **Reforma tributária de cunho progressivo e simplificador**; 4. Desrepressão financeira, ou seja, abolição de compulsórios, direcionamentos e controles sobre taxas de juros; 5. Taxas de câmbio realistas, mas admitindo o seu uso como “âncora” para terminar com hiperinflações. 6. Abertura comercial; 7. Eliminação de restrições ao investimento direto estrangeiro; 8. Privatização. 9. Desregulamentação; e 10. Respeito aos direitos de propriedade, à letra do contrato e à lei.

Como se sabe, pelo menos no Brasil, a progressividade tributária (item 3 do referido “consenso”) não vem sendo aplicada, conforme procurei demonstrar no subtópico “**EM QUE CONSISTE O PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE**” acima, mas todos os demais itens vêm sendo impostos de forma até mesmo radical ao povo brasileiro e, com certeza, no resto da América latina.<sup>70</sup>

## 7- CONCLUSÕES

1. A progressividade tributária, nos impostos sobre a renda, capital e patrimônio, aparece ainda como uma exigência indispensável para diminuição das diferenças entre os mais favorecidos e os que se encontram pior situados em termos sociais, sobretudo na atualidade, em que se nota uma exacerbação da concentração da renda e do capital nas mãos de poucos.

2. A efetivação da regra do inciso VII, do art. 153 da atual Constituição da República Federativa do Brasil, efetivação essa hoje obrigatória por força do art. 11 da Lei Complementar 101/2000 (Lei da Responsabilidade Fiscal), e que consistirá na instituição do imposto sobre grandes fortunas, também servirá para diminuir tais diferenças.

70 Bem antes do “Consenso de Washington”, a sangria da América Latina por parte dos EUA já era visível: “No período 1950-67, as novas inversões norte-americanas na América Latina totalizaram, sem incluir os lucros reinvestidos, US\$ 3.921 milhões. No mesmo período, os lucros e dividendos remetidos ao exterior pelas empresas somaram US\$ 12.819 milhões. Os ganhos drenados superaram em mais de três vezes o total dos novos capitais incorporados à região. Desde então, segundo a CEPAL, novamente cresceu a sangria dos lucros, que nos últimos anos excedem em cinco vezes as inversões novas. Argentina, Brasil e México sofreram os maiores aumentos da evasão.” GALEANO Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**. Tradução de Galeno de Freitas. 16 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983. p. 243-244.

3. O princípio da progressividade enquadra-se perfeitamente no princípio da diferença, arquitetado por JOHN RAWLS, porque pode ser utilizado como fator de diminuição das diferenças entre ricos e pobres, possibilitando distribuição da riqueza (via investimentos na educação, saúde, previdência, etc.), desde que equitativamente aplicado, evitando o excesso de tributação, que poderá provocar o surgimento de tributos marginais.

4. Mencionado princípio tributário dificilmente será efetivamente adotado em países que sejam controlados por políticos liberais, enquadráveis na denominada centro-direita, fenômeno esse que ocorre atualmente no Brasil, onde o Imposto sobre Rendias e Proventos de Qualquer Natureza, em face das leis em vigor, praticamente não vem sendo a esse princípio submetido em face da inexpressiva variação de alíquotas e da permissão abusiva de deduções aos grandes grupos econômico-financeiros, deduções essas que findam por desonerá-los integralmente do pagamento desse Imposto, de forma que estão sendo descumpridas as regras da Constituição da República que prevêm a aplicação da progressividade e da instituição do imposto sobre grandes fortunas, com criminosa omissão do Ministério Público Federal, que não toma nenhuma providência.

5. O sistema econômico-financeiro vigente nos países capitalistas necessitam desse tipo de distribuição de riqueza (sem paternalismo) até mesmo para auto-sobrevivência, conforme sustentam PIERRE BELTRAME e M. ALLAIS, porque uma supercentralização da riqueza nas mãos de poucos poderá implicar a quebra desse sistema, quer seja pelas distorções internas que fatalmente gerará, quer seja. Possível revolta dos piores situados, como previsto pelo marxista Vladimir Illich Ulianov, Lenin.

6. As atuais teses do movimento social-democrata, denominado terceira via, têm muitos pontos de contato com os fundamentos arrolados por JOHN RAWLS no seu princípio da diferença, e, embora os teóricos desse fenômeno (terceira via), como ANTHONY GIDDENS, AGNES HELLER e FERENC FEHÉR, não mencionem a progressividade tributária como nele (fenômeno da terceira via) enquadrável, tais teses podem também incorporar, perfeitamente, essa progressividade, como o fazia a velha social-democracia e o velho manifesto comunista, princípio esse a ser aplicado nos tributos sobre os rendimentos, sobre o capital e sobre a propriedade.

7. Acredito inviável a proposta liberal, defendida no Brasil por ROBERTO CAMPOS, no sentido de que o Estado deveria ser custeado com aumento dos tributos indiretos, que incidem sobre bens de consumo, mediante aplicação da progressividade nesses tributos, porque implicaria o aumento do fosso existente entre ricos e pobres, uma vez que estes findariam por pagar na mesma proporção daqueles pela utilização dos serviços públicos, gerando a ocorrência de uma distribuição de riqueza às avessas, dos pobres para os ricos, e aumentaria as necessidades básicas dos pobres, que ficariam impedidos de adquirir bens de consumo, uma vez que o preço desses chegariam às alturas.

8. Não é sincera a proposta do denominado “Consenso de Washington”, no sentido de implantar uma reforma tributária com impostos progressivos na América Latina, porque totalmente à margem das demais propostas liberais desse “Consenso”, que consistem em um desmantelamento do Estado e transferência do patrimônio desse para o setor privado, a custo quase zero.

## 8. REFERÊNCIAS

1. BALEEIRO, Aliomar de Andrade. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
2. GIDDENS, Anthony **A Terceira Via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro-São Paulo: Record, 2000. Título original: *The Third Way*.
3. CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
4. COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 133.
5. BELTRAME, Pierre. **Os Sistemas Fiscais**. Tradução de J.L. da Cruz Vilaça. Coimbra: Livraria Almedina, 1976. Título original *Les Systèmes Fiscaux*.
6. BEISSE, Henrich. O Critério Econômico na Interpretação das Leis Tributárias Segundo a Mais Recente Jurisprudência Alemã. Tradução de Brandão Machado. In: MACHADO, **Brandão (coord)**: São Paulo: Saraiva, 1984. p. 12.

7. VANONI Ezio. **Natureza e Interpretação das Leis Tributárias**. Tradução de Rubens Gomes de Souza. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, [s.d]. Título original *Natura ed Interpretazione delle Leggi Tributarie*.
8. FONROUGE, Carlos M. Giuliani. **Derecho Financiero**. 5. ed. Buenos Aires, Argentina: Depalma. v.1.
9. FRANCO, A. L. Souza. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. Lisboa: Edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980.
10. GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**. Tradução de Galeno de Freitas. 16 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983. Título original *Las Venas Abiertas de América Latina*.
11. GIANNINI, A. Donato. **Istituzioni di Diritto Tributario**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.
12. HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. **A Condição Política Pós-Moderna**. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. Título original *The Post-Modern Political Condition*.
13. PETITFLS, Jean-Cristian. **Os Socialismos Utópicos**. Tradução de Waltensir Dutra. São Paulo: Círculo do Livro, 1977. Título original *Les Socialismes Utopiques*.
14. RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, [19??].

15. V.N. Kudriávstev, A. I. Lukiánov; g.j., SHAJNAZÁROV, G.J.; et al. **Constitución del País de Los Soviets**. Diccio- nario. Moscú; Editorial Progreso, 1982.

16. MARX, Karl; ENGELS, F.. **Manifesto Comunista**. Tradução e revisão de Maria Arsênio da Silva. 2. ed. São Paulo: Ched Editorial, 1980. (Cole- ção Polêmicas Operárias: Série Documentos).

17. MIRANDA, Jorge (Org., Introd. e Tradução). **Constituições de Diversos Países**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1979. Vol. I e II.

18. OLIVEIRA, Juarez de (Org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

19. PLATÃO. **Diálogos III**. A República. Tradução de Leonel Vallandro. Rio de Janeiro. Ediouro. [19??].

20. RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**. 2. Reimpres- são. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

21. SOUZA, Rubens Gomes de. **Compêndio de Le- gislação Tributária**. Coordenação do IBET-Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Ed. Póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1981.

22. MORUS Thomas. **A Utopia**. Tradução de Luis de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, [19??].

23. ULIÁNOV(LENIN), Vladimir Ilich. Imperialismo, Fase Superior do Capitalismo. Tradução do Coletivo das Edições Avante, Moscovo, Lisboa: Avante, 1975. p. 10-11. Escrito em 1916.

24. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. 2 ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1997.

### Jornais

EVIDENTEMENTE NÃO PODEMOS PERMITIR QUE OS DIREITOS DE PROPRIEDADE SIRVAM.... Tradução de José dos Santos. **O Estado de São Paulo**, 07.11.1999 Caderno 2,

CAMPOS, Roberto. A Temporada da Anti-Razão. **Jor- nal do Commercio**, 25.jun. 1995. p. 24.

FRANCO, Gustavo H. B. O Consenso e o Bom Sen- so. **O Estado de São Paulo**, 07.11.1999, Caderno Eco- nomia, Internet.

MACHADO, Hugo de Brito. **O Opinião**, Fortaleza: 08 fev. 1998.

### Legislação

OLIVEIRA, Juarez de. OLIVEIRA, Ana Cláudia Fer- reira de. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 6. ed. atual. até a Emenda 31 de 2000. São Pau- lo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Decreto nº. 3.000 de 26 de março de 1999. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. **Diário Oficial [da] República Fe- derativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 mar. 1999.

15. V.N. Kudriáv'tsev, A. I. Lukiánov; g.j., SHAJNAZÁROV, G.J.; et al. **Constitución del País de Los Soviets**. Dicionario. Moscú; Editorial Progreso, 1982.

16. MARX, Karl; ENGELS, F.. **Manifesto Comunista**. Tradução e revisão de Maria Arsênio da Silva. 2. ed. São Paulo: Ched Editorial, 1980. (Coleção Polêmicas Operárias: Série Documentos).

17. MIRANDA, Jorge (Org., Introd. e Tradução). **Constituições de Diversos Países**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1979. Vol. I e II.

18. OLIVEIRA, Juarez de (Org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

19. PLATÃO. **Diálogos III**. A República. Tradução de Leonel Vallandro. Rio de Janeiro. Ediouro. [19??].

20. RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**. 2. Reimpresão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

21. SOUZA, Rubens Gomes de. **Compêndio de Legislação Tributária**. Coordenação do IBET-Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Ed. Póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1981.

22. MORUS Thomas. **A Utopia**. Tradução de Luis de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, [19??].

23. ULIÁNOV(LENIN), Vladimir Ilich. **Imperialismo, Fase Superior do Capitalismo**. Tradução do Coletivo das Edições Avante, Moscovo, Lisboa: Avante, 1975. p. 10-11. Escrito em 1916.

24. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. 2 ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1997.

### Jornais

EVIDENTEMENTE NÃO PODEMOS PERMITIR QUE OS DIREITOS DE PROPRIEDADE SIRVAM.... Tradução de José dos Santos. **O Estado de São Paulo**, 07.11.1999 Caderno 2,

CAMPOS, Roberto. A Temporada da Anti-Razão. **Jornal do Commercio**, 25.jun. 1995. p. 24.

FRANCO, Gustavo H. B. O Consenso e o Bom Senso. **O Estado de São Paulo**, 07.11.1999, Caderno Economia, Internet.

MACHADO, Hugo de Brito. **O Opinião**, Fortaleza: 08 fev. 1998.

### Legislação

OLIVEIRA, Juarez de. OLIVEIRA, Ana Cláudia Ferreira de. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 6. ed. atual. até a Emenda 31 de 2000. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Decreto nº. 3.000 de 26 de março de 1999. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 mar. 1999.

BRASIL. Lei nº. 9.393 de 19 de dez. de 1996. Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR, sobre pagamento da dívida representada por Títulos da Dívida Agrária e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil DF**, 20 de dez. 1996.

UNIÃO DAS REPÚBLICAS SOCIALISTAS SOVIÉTICAS Constituição da. In: MIRANDA, Jorge (org. e tradutor). **Constituições de diversos países**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1979. p. 329-374.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA CONSTITUIÇÃO In: MIRANDA, Jorge (org. e tradutor). **Constituições de Diversos Países**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1979.

ALEMANHA. Constituição de Váimar do Reich (1919). Apud BEISSE, Henrich. Critério Econômico na Interpretação das Leis Tributárias Segundo a Mais Recente Jurisprudência Alemã. Tradução de Brandão Machado. In: MACHADO, Brandão (coord.) **Direito Tributário: estudos em homenagem Ruy Barbosa Nogueira**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 12.

### Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Tributário. IPTU Progressivo. Matéria Dirimida pelo Plenário desta Corte. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a progressividade do IPTU, que é imposto de natureza real em que não se

pode levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte, só é admissível, em face da Constituição, para o fim extra-fiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade. 2. Agravo regimental não provido. AGRAVO REGIMENTAL EM RE nº 187.976-9 de São Paulo. Município de São Paulo x José Giorgi Júnior. Relator Min. Maurício Corrêa. Acórdão de 26 de agosto de 1997, **Diário da Justiça da União** Brasília, DF, n. 211, de 31 de outubro de 1997, seção 1, p. 55553. 2ª Turma do STF.

\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. A Turma confirmou acórdão do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que reconheceu a legitimidade da exigência do IPTU, com base nas Leis 5.447/93 e 5.722/94, ambas do Município de São José do Rio Preto, que prevêm alíquotas distintas para terrenos vazios e terrenos edificados. Considerou-se que a duplicidade de alíquotas nesses casos não se confunde com a progressividade do tributo, que os STF entendeu ser inconstitucional quando não está destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana. (CF, art6. 156, § 1.). Re 229.233 de São Paulo. Relator Min. Ilmar Galvão. Acórdão de 26 de março de 1999. In: Informativo STF, n. 143 de 07.04.1999, p. 3.

\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pleno, por maioria (dois votos contra, do Min, Nelson Jobim e Moreira Alves). Supreendeu Lei que majorava para até 25% alíquotas da Constituição Previdenciária dos Servidores Ativos da União, por entender ser relevante a aruição de inconstitucionalidade pela descaracterização da fundação constitucional da contribuição de seguridade social, já que foi

instituída em alíquotas progressivas com finalidade do cobrir deficit público passado e não benéfico a ser pago ao contribuinte, e também considerou relavante a tese de ofensa ao princípio que veda a utilização de qualquer tributo com efeito de confisco (CR, art. 150-IV), salientando que o exameda questão do efeito confiscatório deve ser feito em função da totalidade do sistema tributário e não de cada tributo isoladamente. ADDInMC 2.020-DF. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão de 29.9.1999. In: informativos SFT n. 164, Set/Out de 1999, p. 1 e 2.

ARGENTINA. Corte Suprema. Cfr. CARLOS M. GULIANI FONROGUE. "La Corte Suprema, hasta este momento, mantiene el tope de 33% como limite de validez constitucional de los tributos" Derecho financiero, Volumen, I 5. ed. Dapalma, Buenos Aires, 1993. p. 342.

## OS DEPÓSITOS EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS À LUZ DO § 3º DO ARTIGO 164 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS**

Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional.

O artigo 164 da Constituição Federal está assim redigido:

*A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central.*

*§ 1º É vedado ao Banco Central conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira.*

*§ 2º O Banco Central poderá comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros.*

§ 3º As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.

Este estudo versa sobre o § 3º, cuja dicção parece ofertar o entendimento de que as disponibilidades de caixa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios só podem ser depositadas em instituições oficiais, abrindo-se ressalva às hipóteses que a lei determinar<sup>1</sup>.

Examinei o referido artigo das páginas 155 a 175 do volume VI, tomo II, dos "Comentários à Constituição do Brasil", que Celso Bastos e eu elaboramos, editados pela Saraiva em 15 volumes.

De minha exegese aos dispositivos da lei suprema, realço o trecho que se segue:

*Para mim o princípio é nitidamente programático, senão vejamos.*

1. Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que a norma deverá ser interpretada restritivamente ao dizer: "Disponibilidades de caixa. Vem neste ponto uma norma geral. Pode essa regra, todavia, em casos definidos em lei, sofrer exceções. Na verdade, esta mesma norma geral tem caráter de exceção em relação ao princípio de igualdade entre entidades públicas ou privadas que explorem atividade econômica (v., infra, art. 173, § 1º). E de que porte a exceção! Deve ela, pois, ser interpretada restritivamente". (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, São Paulo: Saraiva, 1994. v.3, p. 140).

*Determina que as disponibilidades da União sejam depositadas no Banco Central, e aquelas dos Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, nos Banco Oficiais, de livre escolha, em não havendo Banco do próprio ente federativo, ou de preferência nos próprios, se existirem.*

Fez, todavia, o constituinte menção às ressalvas previstas em lei.

*Como o princípio é de restrição de direitos e concessão de privilégios, à evidência, não é auto-aplicável, dependendo de que lei determine quais os casos prováveis de monopólio restrito e aquelas que não o seriam.*

*Acresce-se que tal lei ordinária federal fica submetida a uma lei complementar sobre o sistema financeiro, a ser estabelecida nos termos do art. 192, e a outra lei sobre a atuação dos entes públicos, a ser promulgada nos termos do art. 163.*

*Em outras palavras, apenas em havendo lei complementar, nos termos do art. 163 e 192, e ordinária, nos termos do § 3º do art. 164, disciplinando a matéria, é que tal princípio programático transformar-se-á em princípio auto-aplicável, com o que o comando duvidoso é, a meu ver, mais uma ameaça futura que um perigo presente, esperando que o bom-senso dos legisladores complementar e ordinário corrija a reticência constitucional<sup>2</sup>.*

2. Páginas 173 a 174 da obra citada.

§ 3º As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.

Este estudo versa sobre o § 3º, cuja dicção parece ofertar o entendimento de que as disponibilidades de caixa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios só podem ser depositadas em instituições oficiais, abrindo-se ressalva às hipóteses que a lei determinar<sup>1</sup>.

Examinei o referido artigo das páginas 155 a 175 do volume VI, tomo II, dos "Comentários à Constituição do Brasil", que Celso Bastos e eu elaboramos, editados pela Saraiva em 15 volumes.

De minha exegese aos dispositivos da lei suprema, realço o trecho que se segue:

*Para mim o princípio é nitidamente programático, senão vejamos.*

1 Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que a norma deverá ser interpretada restritivamente ao dizer: "Disponibilidades de caixa. Vem neste ponto uma norma geral. Pode essa regra, todavia, em casos definidos em lei, sofrer exceções. Na verdade, esta mesma norma geral tem caráter de exceção em relação ao princípio de igualdade entre entidades públicas ou privadas que explorem atividade econômica (v., infra, art. 173, § 1º). E de que porte a exceção! Deve ela, pois, ser interpretada restritivamente". (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, São Paulo: Saraiva, 1994. v.3, p. 140).

*Determina que as disponibilidades da União sejam depositadas no Banco Central, e aquelas dos Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, nos Banco Oficiais, de livre escolha, em não havendo Banco do próprio ente federativo, ou de preferência nos próprios, se existirem.*

Fez, todavia, o constituinte menção às ressalvas previstas em lei.

*Como o princípio é de restrição de direitos e concessão de privilégios, à evidência, não é auto-aplicável, dependendo de que lei determine quais os casos prováveis de monopólio restrito e aqueles que não o seriam.*

*Acresce-se que tal lei ordinária federal fica submetida a uma lei complementar sobre o sistema financeiro, a ser estabelecida nos termos do art. 192, e a outra lei sobre a atuação dos entes públicos, a ser promulgada nos termos do art. 163.*

*Em outras palavras, apenas em havendo lei complementar, nos termos do art. 163 e 192, e ordinária, nos termos do § 3º do art. 164, disciplinando a matéria, é que tal princípio programático transformar-se-á em princípio auto-aplicável, com o que o comando duvidoso é, a meu ver, mais uma ameaça futura que um perigo presente, esperando que o bom-senso dos legisladores complementar e ordinário corrija a reticência constitucional<sup>2</sup>.*

2 Páginas 173 a 174 da obra citada.

A minha convicção sobre ser essa a melhor inteligência do dispositivo continua a mesma, apesar de os comentários mencionados datarem do ano de 1991.

A Lei Complementar a que se refere o artigo 192 ainda não foi promulgada, havendo diversos projetos em andamento no Congresso, sem que, após 12 anos do alvorecer da atual Constituição, tenha havido a edição do diploma esperado.

Essa é a razão pela qual o sistema financeiro continua a ser regido pela Lei 4595/64, que possui eficácia de complementar, à luz da lei suprema de 1988, pois nessa condição foi recepcionada.

O *caput* do artigo 192 veiculado está nos termos seguintes:

*O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a **promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade**, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: ..... [grifos meus]<sup>3</sup>.*

<sup>3</sup> Celso Bastos ensina: "O presente artigo estipula que o sistema financeiro nacional será regulado em lei complementar. Na verdade já existe o referido sistema disciplinado pela Lei n. 4595, de 31 de dezembro de 1964, que passa a vigorar com força de lei complementar. Não é que a referida lei se converta em norma dessa categoria. O que acontece é que, não podendo a matéria atinente ao sistema financeiro ser disciplinada senão por lei complementar, a normatividade anterior, nada obstante não constar de norma dessa natureza, só pode ser modificada por preceito dessa categoria legislativa.

Dá a sua eficácia ser de lei complementar e poder falar-se, em consequência, que a lei n. 4595/64 tem força de lei complementar. São duas as matérias que lhe cabem: estruturar o sistema financeiro com vistas aos objetivos descritos no artigo sob comento e tratar de forma específica dos incisos constantes do artigo, assim como dos seus parágrafos, sobretudo o terceiro, que exige uma legislação integradora" *Comentários à Constituição do Brasil*, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000 v.7,p.348

Como se percebe, com nitidez, o constituinte submeteu a estrutura do sistema financeiro nacional à regulação por uma lei complementar capaz, de um lado, de *estruturá-lo* e, de outro lado, de *promover o desenvolvimento equilibrado do país*, assim como *servir aos interesses da coletividade*.

Sendo tão amplos os objetivos do constituinte, à evidência, impôs a regulação de todo o sistema por uma única lei complementar, não tendo feito referência a **diversas** leis complementares, mas exclusivamente a **uma lei** de caráter regulatório.

Dessa forma, todo o sistema financeiro está à espera de uma norma definitiva, em um único diploma capaz de, harmonicamente, ofertar o perfil final de que deverá se revestir, à luz do texto maior de 1988.

É de se ressaltar que, entre os pontos que, necessariamente, serão contemplados pelo futuro diploma, o inciso I do artigo 192 insere a regulação das instituições financeiras particulares e oficiais, recebendo, o dispositivo, a seguinte roupagem constitucional:

*I. a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participa-*

ção em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso<sup>4</sup>.

O referido inciso, meridianamente, assegura o mesmo regime de financiamento às entidades oficiais e privadas, proibindo-as de atuar em atividades não previstas na sua autorização.

Em outras palavras, o legislador supremo faz observar o princípio da igualdade absoluta de atuação entre instituições bancárias oficiais e as privadas, regime que se insere na conformação do artigo 173 da lei suprema, e não do artigo 175, ambos com os seguintes discursos:

*Art. 173 Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*

....

*Art. 175 Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a*

<sup>4</sup> Pinto Ferreira, de forma didática, esclarece a identidade entre o tratamento aos estabelecimentos oficiais e privados: "Lei complementar especificará autorização para o funcionamento das instituições financeiras. As instituições financeiras são operações relacionadas com a criação e circulação da moeda e distribuição do crédito. É assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas o acesso aos instrumentos do mercado financeiro bancário, proibindo-se-lhes a participação em atividades não previstas na autorização" (**Comentários à Constituição Brasileira**, 6<sup>o</sup> vol., Ed. Saraiva, 1994, p. 563). E confirma que tal tratamento depende de lei complementar.

*prestação dos serviços públicos.*

...<sup>5</sup>.

A dualidade da iniciativa econômica ocorre, em face dos dois regimes admitidos constitucionalmente para a exploração de atividades de conteúdo econômico, ou seja, o de direito privado e o de direito público.

Alguns autores criticam, pelo enfoque dos princípios de direito administrativo, que se possa falar em "exploração de atividades econômicas" na prestação de serviços públicos, mesmo que realizada pelo segmento privado.

À luz do direito econômico, entendo que toda a atividade que implique possibilidade de lucro — e se lucro não houvesse, as concessionárias, permissionárias

<sup>5</sup> Escrevi para esclarecer o conteúdo do artigo 173: "Na intervenção concorrencial, como o próprio nome indica, a empresa estatal concorre com a empresa privada em igualdade de condições. Não se lhe é lícito ofertar benefícios e mesmo sua presença, sem oferecer vantagens, privilégios, a fim de que a opção também de política constitucional pela livre iniciativa, não seja afetada. Em outras palavras, a preferência constitucional é pela livre iniciativa, admitindo, subsidiariamente, a presença estatal concorrencial, sem condições especiais ou privilegiadas.

Na intervenção monopolística, não. Não há porque falar em regime próprio da iniciativa privada se a iniciativa privada é afastada, por questões de superior interesse nacional, deixando, pois, de haver parâmetro jurídico.

Em outras palavras, tanto o artigo 170 da E.C. n. 1/69, quanto o art. 173 da nova ordem, apenas são destinados à intervenção concorrencial, objetivando não criar concorrência desleal, mas não são aplicáveis à intervenção monopolística, visto que, para tal tipo de intervenção, a iniciativa privada é afastada e, quando admitida, cabe-lhe apenas um papel supletivo.

Os regimes jurídicos, portanto, são distintos. Na intervenção concorrencial cabe à empresa estatal seguir o regime próprio da iniciativa privada.

Na intervenção monopolística tem a empresa estatal regime próprio, que não se assemelha ao das empresas privadas, não se lhe aplicando o art. 173 da nova ordem ou o pretendido 170 da pretérita, por ser sua disciplina jurídica constitucional diversa, à falta de modelo comparativo. E quando a União, que detém o monopólio, autoriza empresas privadas a colaborarem na atividade econômica, por força de superior interesse nacional, são estas empresas que devem se adaptar ao regime jurídico pertinente à empresa monopolista e não, como na intervenção concorrencial, as empresas estatais que devem adaptar-se ao regime das empresas privadas" (*A Constituição aplicada n. 3*, Edições CEJUP, 1991, p. 146/147).

BIBLIOTECA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA - PE

ção em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso<sup>4</sup>.

O referido inciso, meridianamente, assegura o mesmo regime de financiamento às entidades oficiais e privadas, proibindo-as de atuar em atividades não previstas na sua autorização.

Em outras palavras, o legislador supremo faz observar o princípio da igualdade absoluta de atuação entre instituições bancárias oficiais e as privadas, regime que se insere na conformação do artigo 173 da lei suprema, e não do artigo 175, ambos com os seguintes discursos:

*Art. 173 Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*

...;

*Art. 175 Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a*

<sup>4</sup> Pinto Ferreira, de forma didática, esclarece a identidade entre o tratamento aos estabelecimentos oficiais e privados: "Lei complementar especificará autorização para o funcionamento das instituições financeiras. As instituições financeiras são operações relacionadas com a criação e circulação da moeda e distribuição do crédito. É assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas o acesso aos instrumentos do mercado financeiro bancário, proibindo-se-lhes a participação em atividades não previstas na autorização" (*Comentários à Constituição Brasileira*, 6<sup>o</sup> vol., Ed. Saraiva, 1994, p. 563). E confirma que tal tratamento depende de lei complementar.

prestação dos serviços públicos.

...<sup>5</sup>.

A dualidade da iniciativa econômica ocorre, em face dos dois regimes admitidos constitucionalmente para a exploração de atividades de conteúdo econômico, ou seja, o de direito privado e o de direito público.

Alguns autores criticam, pelo enfoque dos princípios de direito administrativo, que se possa falar em "exploração de atividades econômicas" na prestação de serviços públicos, mesmo que realizada pelo segmento privado.

À luz do direito econômico, entendo que toda a atividade que implique possibilidade de lucro — e se lucro não houvesse, as concessionárias, permissionárias

<sup>5</sup> Escrevi para esclarecer o conteúdo do artigo 173: "Na intervenção concorrencial, como o próprio nome indica, a empresa estatal concorre com a empresa privada em igualdade de condições. Não se lhe é lícito ofertar benefícios e mesmo sua presença, sem oferecer vantagens, privilégios, a fim de que a opção também de política constitucional pela livre iniciativa, não seja afetada. Em outras palavras, a preferência constitucional é pela livre iniciativa, admitindo, subsidiariamente, a presença estatal concorrencial, sem condições especiais ou privilegiadas.

Na intervenção monopolística, não. Não há porque falar em regime próprio da iniciativa privada se a iniciativa privada é afastada, por questões de superior interesse nacional, deixando, pois, de haver parâmetro jurídico.

Em outras palavras, tanto o artigo 170 da E.C. n. 1/69, quanto o art. 173 da nova ordem, apenas são destinados à intervenção concorrencial, objetivando não criar concorrência desleal, mas não são aplicáveis à intervenção monopolística, visto que, para tal tipo de intervenção, a iniciativa privada é afastada e, quando admitida, cabe-lhe apenas um papel supletivo.

Os regimes jurídicos, portanto, são distintos. Na intervenção concorrencial cabe à empresa estatal seguir o regime próprio da iniciativa privada.

Na intervenção monopolística tem a empresa estatal regime próprio, que não se assemelha ao das empresas privadas, não se lhe aplicando o art. 173 da nova ordem ou o pretendido 170 da pretérita, por ser sua disciplina jurídica constitucional diversa, à falta de modelo comparativo. E quando a União, que detém o monopólio, autoriza empresas privadas a colaborarem na atividade econômica, por força de superior interesse nacional, são estas empresas que devem se adaptar ao regime jurídico pertinente à empresa monopolista e não, como na intervenção concorrencial, as empresas estatais que devem adaptar-se ao regime das empresas privadas" (*A Constituição aplicada* n. 3, Edições CEJUP, 1991, p. 146/147).

ção em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso<sup>4</sup>.

O referido inciso, meridianamente, assegura o mesmo regime de financiamento às entidades oficiais e privadas, proibindo-as de atuar em atividades não previstas na sua autorização.

Em outras palavras, o legislador supremo faz observar o princípio da igualdade absoluta de atuação entre instituições bancárias oficiais e as privadas, regime que se insere na conformação do artigo 173 da lei suprema, e não do artigo 175, ambos com os seguintes discursos:

*Art. 173 Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*

...;

*Art. 175 Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a*

<sup>4</sup> Pinto Ferreira, de forma didática, esclarece a identidade entre o tratamento aos estabelecimentos oficiais e privados: "Lei complementar especificará autorização para o funcionamento das instituições financeiras. As instituições financeiras são operações relacionadas com a criação e circulação da moeda e distribuição do crédito. É assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas o acesso aos instrumentos do mercado financeiro bancário, proibindo-se-lhes a participação em atividades não previstas na autorização" (*Comentários à Constituição Brasileira*, 6<sup>o</sup> vol., Ed. Saraiva, 1994, p. 563). E confirma que tal tratamento depende de lei complementar.

prestação dos serviços públicos.

...<sup>5</sup>.

A dualidade da iniciativa econômica ocorre, em face dos dois regimes admitidos constitucionalmente para a exploração de atividades de conteúdo econômico, ou seja, o de direito privado e o de direito público.

Alguns autores criticam, pelo enfoque dos princípios de direito administrativo, que se possa falar em "exploração de atividades econômicas" na prestação de serviços públicos, mesmo que realizada pelo segmento privado.

À luz do direito econômico, entendo que toda a atividade que implique possibilidade de lucro — e se lucro não houvesse, as concessionárias, permissionárias

<sup>5</sup> Escrevi para esclarecer o conteúdo do artigo 173: "Na intervenção concorrencial, como o próprio nome indica, a empresa estatal concorre com a empresa privada em igualdade de condições. Não se lhe é lícito ofertar benefícios e mesmo sua presença, sem oferecer vantagens, privilégios, a fim de que a opção também de política constitucional pela livre iniciativa, não seja afetada. Em outras palavras, a preferência constitucional é pela livre iniciativa, admitindo, subsidiariamente, a presença estatal concorrencial, sem condições especiais ou privilegiadas.

Na intervenção monopolística, não. Não há porque falar em regime próprio da iniciativa privada se a iniciativa privada é afastada, por questões de superior interesse nacional, deixando, pois, de haver parâmetro jurídico.

Em outras palavras, tanto o artigo 170 da E.C. n. 1/69, quanto o art. 173 da nova ordem, apenas são destinados à intervenção concorrencial, objetivando não criar concorrência desleal, mas não são aplicáveis à intervenção monopolística, visto que, para tal tipo de intervenção, a iniciativa privada é afastada e, quando admitida, cabe-lhe apenas um papel supletivo.

Os regimes jurídicos, portanto, são distintos. Na intervenção concorrencial cabe à empresa estatal seguir o regime próprio da iniciativa privada.

Na intervenção monopolística tem a empresa estatal regime próprio, que não se assemelha ao das empresas privadas, não se lhe aplicando o art. 173 da nova ordem ou o pretendido 170 da pretérita, por ser sua disciplina jurídica constitucional diversa, à falta de modelo comparativo. E quando a União, que detém o monopólio, autoriza empresas privadas a colaborarem na atividade econômica, por força de superior interesse nacional, são estas empresas que devem se adaptar ao regime jurídico pertinente à empresa monopolista e não, como na intervenção concorrencial, as empresas estatais que devem adaptar-se ao regime das empresas privadas" (*A Constituição aplicada* n. 3, Edições CEJUP, 1991, p. 146/147).

rias e autorizadas de serviços públicos não se interessariam em explorá-la – sujeita-se a regime jurídico da ordem econômica, dependendo apenas, diante da dualidade referida, de saber qual a disciplina a que se submeterá, ou seja, se ao direito privado (artigo 173) ou se ao direito público (artigo 175).

É que o direito econômico insere-se, como bem sinaliza Geraldo Vidigal, num terceiro gênero, em que as relações não são nem de coordenação, nem de subordinação, mas de dominação, podendo hospedar regras de direito público e privado, pelo prisma de uma regulação macroeconômica capaz de harmonizar as normas aplicáveis aos dois regimes, ambos exploráveis pela iniciativa privada ou pela presença estatal, nisso residindo a dualidade de iniciativa <sup>6</sup>.

Em sintética definição que ensinava a meus alunos, nos tempos em que, na Universidade Mackenzie, regia, em pós-graduação, a cadeira de Direito Econômico (1980-1982), “Direito Econômico é a disciplina jurídica da macroeconomia”.

<sup>6</sup> Teoria Geral de Direito Econômico, Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

Ora, pelo regime jurídico do artigo 173, as regras são predominantemente de direito privado, enquanto pelo regime jurídico do artigo 175, são elas de direito público, em ambos podendo haver a dualidade de iniciativa econômica (pública e privada) <sup>7</sup>.

Parece-me – e sempre defendi esse entendimento na cátedra, em livros e artigos — que o sistema financeiro insere-se, por inteiro, na disciplina jurídica do artigo 173 (predominância de regras de direito privado) e não naquelas do artigo 175 (predominância de regras do direito público).

E a prova do que afirmo está no § 1º do artigo 192, cujo discurso transcrevo:

*A autorização a que se referem os incisos I e II será inegociável e intransferível, permitida a*

7 Miguel Reale adota idêntica postura: “Devemos, pois, concluir que, segundo a Carta de 1988, não é o Estado que, mesmo por lei, determina o que os agentes econômicos privados devem normalmente fazer, porquanto somente lhe cabe, sempre mediante prévia autorização legislativa: a) explorar diretamente a atividade econômica, tão-somente “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (art. 173, caput); b) reprimir “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º); c) estabelecer a responsabilidade das empresas e de seus dirigentes nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5º); d) atuar como “agente normativo e regulador da atividade econômica”, exercendo, “na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (art. 174); e) estabelecer “as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento (sic) equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento” (art. 174, § 1º).

À vista de tais imperativos, não vejo como se possa asseverar que o Estado ainda continua com a função ampla e normal de dirigir a economia nacional, e, ainda mais, com o poder ilimitado de congelar e fixar preços, como se ainda vivêssemos sob o domínio da Carta de 1969” (Aplicações da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 16).

*transmissão do controle da pessoa jurídica titular, e concedida sem ônus, na forma da lei do sistema financeiro nacional, a pessoa jurídica cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada, e que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento.*

Como se percebe, o dispositivo eliminou a onerosidade das denominadas “cartas-patentes”, já que não só permitiu a transferência de controle acionário das instituições, como – o que é relevantíssimo — **sua concessão sem ônus** <sup>8</sup>.

Os únicos requisitos, expostos no texto supremo, para que a concessão se faça sem ônus são três, a saber:

- 1) capacidade técnica dos diretores;
- 2) reputação ilibada dos mesmos;

<sup>8</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho lembra que: “Autorização sem ônus. O princípio aqui claramente posto é o de que, obedecidas as exigências legais (postas pela lei complementar prevista no caput deste artigo), a autorização para o funcionamento de instituições financeiras em geral deverá ser conferida, sem ônus, a toda pessoa jurídica que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento, cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada.

**Inegociabilidade e intransferibilidade.**

A autorização para o funcionamento de instituição financeira, como é conferida, também, em razão da pessoa dos seus dirigentes, não pode ser transferida a quem quer que seja, a título oneroso (negociada) ou não.

Isto não faz, todavia, inalienável o controle da pessoa jurídica. Entretanto, para que esta continue a funcionar, é necessário que os seus dirigentes sejam aprovados no critério que cabe ao Banco Central” op. cit., p.44.

3) capacidade econômica compatível com o empreendimento da pessoa jurídica e/ou de seus diretores<sup>9</sup>.

Em outras palavras, o regime jurídico, decididamente não é o do artigo 175, sujeito às licitações por respeito aos princípios próprios do direito administrativo, mas o do artigo 173, em que a liberdade de iniciativa está assegurada.

Ora, os §§ 1º, inciso II e 2º do artigo 173 exigem que:

*Art. 173 ...*

*§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:*

<sup>9</sup> Cretella Jr., Washington Albino de Souza, José Afonso da Silva apesar de criticarem a constitucionalização do regime já vigente, reconhecem ser esta a exegese correta: “O sistema financeiro nacional será regulado em lei complementar, que disporá sobre a negociabilidade e a intransferibilidade das operações constantes dos incisos I e II do art. 192 (“autorização para o funcionamento das instituições financeiras e dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e ressegurador”), permitida, porém, a transmissão do controle da pessoa jurídica titular, e concedida, sem ônus, na forma da lei do sistema financeiro nacional, à pessoa jurídica cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada, e que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento. Washington Albino de Souza (cf. A experiência brasileira de constituição econômica, na Revista de Informação Legislativa, 1989, 102:45) e José Afonso da Silva (cf. Curso de direito constitucional positivo, 5. ed. São Paulo: RT, p. 692) criticam com veemência esse § 1º do art. 192, mostrando, o primeiro, que “o salutar princípio da negociabilidade e da intransferibilidade das autorizações para funcionamento das instituições financeiras dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, tornados negócios de alta especulação e que acabaram por levar à concentração do sistema financeiro nacional nas mãos de pequeno número de controladores, antes nacionais, fica comprometido porque já pode também passar para o capital estrangeiro”, assinalando, o segundo, “que nos parece inteiramente inútil este capítulo da Constituição, no geral, até porque tudo isso que ela manda que a lei complementar faça já está, por esta regra, feito na lei em vigor, sendo, assim, absolutamente sem propósito, estar a constitucionalizar normas que já constam de lei ordinária e não estão exigindo nada de especial quanto à sua estabilidade” (Comentários à Constituição 1988, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, v. VIII p. 4290-4291).

II. a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

...

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Como se percebe, os dois comandos supremos não permitem privilégios, devendo as instituições subordinadas ao regime jurídico do artigo 173 terem tratamento legal isonômico. Em termos diversos, não podem ser as entidades oficiais privilegiadas no momento em que se submetam ao regime jurídico próprio de segmento privado<sup>10</sup>.

Ora, tal aspecto é essencial para compreender o sentido deste estudo.

O artigo 164, § 3º, declara que as ressalvas deverão ser apresentadas em lei. Não poucas vezes, embora o legislador supremo refira-se à "lei", essa não é, necessariamente, a lei ordinária, podendo ser a complementar.

10 Celso Bastos assim o comenta: "Na verdade, com o propósito de impedir que o Estado, exercendo atividade econômica, valha-se de um regime jurídico privilegiado, que torne a sua competição com a empresa privada desastrosa para esta. Em outras palavras, o Estado quer abstrair-se da sua condição de Poder Público para atuar no meio dos particulares, com eles competindo em condições isonômicas. Aliás, essa preocupação é reforçada pelo § 2º do mesmo art. 173, que impede a outorga de privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado. Tudo se passa como se o Poder Público pudesse criar um desmembramento seu, sem romper por completo as amarras com ele mesmo, uma vez que o capital das empresas estatais, ao menos parcialmente, é de origem pública, e, ao mesmo tempo, como se fosse viável a outorga de uma autonomia e de um regime jurídico que permitisse esquecer essas suas origens e atuar no mercado à moda de um particular. Essa sujeição das empresas governamentais ao direito comum responde também a um outro propósito, qual seja, o de desvencilhar o Estado dos freios do sistema administrativo. Quer dizer, quando o Poder Público passou a controlar empresas, assumindo alguma já existente ou criando uma nova, logo compenetraram-se das deficiências do seu método burocrático administrativo para gerir essas novas entidades, demandantes de uma flexibilidade operacional e de um dinamismo de atuação pouco encontráveis na Administração centralizada" (Comentários à Constituição brasileira 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v.7, p. 67-68).

A questão está, novamente, sendo examinada pela Suprema Corte, na ADIN das filantrópicas (n. 2028-8/2000), em que o relator, Ministro Moreira Alves, ao declarar que as entidades beneficentes são imunes, à luz do § 7º do artigo 195 da Constituição Federal, em processo cautelar, reservou para a decisão de mérito uma opinião definitiva sobre o tema —se apenas a lei complementar poderia regular os requisitos da imunidade ou também a lei ordinária— visto que embora o referido dispositivo constitucional fale apenas em **lei**, como se lê: "São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei"<sup>11</sup>, o artigo 146 II da Constituição Federal exige lei complementar para disciplinar limitações constitucionais ao poder de tributar, categoria em que se inclui a imunidade.

11 Escrevi: "Tais entidades devem atender as exigências estabelecidas em lei.

O problema que se colocou, no passado, se esta lei deveria ser ordinária ou complementar, tendo o extinto Tribunal Federal de Recursos, no julgamento que considerou imunes as entidades fechadas de previdência social, por serem entidades de assistência social, entendido que a lei a que se referia o constituinte pretérito e atual era a lei complementar. Tal decisão vale para o sistema atual, onde existe a mesma remissão às "exigências estabelecidas em lei", continuando: "A interpretação coerente daquela Corte tem sua razão de ser. Se o constituinte admitisse que o legislador ordinário estabelecesse as condições para o gozo da imunidade, sem dizer quais seriam, poderia o legislador ordinário, sob o controle do Poder Público, criar tal nível de exigências que a imunidade seria de impossível gozo. Ora, sendo a interpretação das imunidades, o mais das vezes extensiva, seria um contrassenso permitir que a extensão "pro societate" que a exegese imunitória comporta, fosse atalhada por um direito de "modificar" a imunidade, com condições absurdas.

Por esta razão é que as condições são apenas aquelas dos artigos 9 e 14, veiculadas por lei com eficácia de complementar, já que a lei complementar é uma lei nacional, sempre que cuida de normas gerais, e explicitadora da Constituição Federal. Onde se lê: "lei", leia-se "lei complementar" (Comentários à Constituição do Brasil, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, vol. 8, p.115, 118).

O Tribunal Federal de Recursos, hoje Superior Tribunal de Justiça, nos moldes da nova Constituição, todavia, já entendera, no passado, que quando o constituinte fala em lei, tanto pode ser lei ordinária como complementar, dependendo da matéria a que se refira, isto é, se sujeita a veiculação complementar ou ordinária<sup>12</sup>.

O certo é que a redação do § 3º do artigo 164 refere-se simplesmente à “lei”, mas à lei mencionada somente pode ser lei complementar, visto que o regime jurídico das instituições financeiras apenas por lei complementar pode ser conformado<sup>13</sup>.

12 Sustentei oralmente perante o pleno do Tribunal Federal de Recursos a questão patrocinada pelos eminentes advogados Agnaldo Mendes Bezerra e Roberto Rosas, que resultou no acórdão do Tribunal Pleno abaixo transcrito, albergando a tese exposta neste livro: “Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação Cível nº 101.394-PR - Registro nº 7174675.

Rel. Sr. Min. Ilmar Galvão - Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara - Apelante: União Federal - Apelada: Fundação C. de Previdência e Assistência Social - Suscitante do Incidente: Egrégia 4ª Turma do TRF - Advs: Dr. Agnaldo Mendes Bezerra e Outro. Ementa: Tributário. Entidades privadas de previdência social fechada. Instituições complementares do sistema oficial de previdência e assistência social (art. 35 da Lei nº 6.435/77).

Inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º, do art. 6º, do DL 2.065/83, que consideraram sujeitos ao imposto de renda os rendimentos de capital auferidos pelos entes da espécie. A assistência social, hodiernamente, não se resume à caridade pública, podendo também realizar-se por meio de previdência, que corresponde à assistência preventiva, destinada aos impossibilitados de continuarem trabalhando e à família dos que sucumbem.

As entidades em tela, por isso, são beneficiárias da imunidade prevista no art. 19, III, “c”, da CF, regulamentado pelo art. 9º, IV, “c”, c/c o art. 14, do CTN, que não condiciona o benefício à gratuidade dos serviços prestados, nem exige que sejam acessíveis a todas as pessoas indistintamente (RE 70.834-RS, RE 89.012-SP, RE 108.796-SP e RE 115.970-RS).

Arguição procedente.

Acórdão: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide o TRF, em Seção Plena, por maioria, declarar a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 6º, do DL 2.065/83, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei. Brasília, DF, 30/6/88 (data do julgamento) (DJ, 31/out/1988)” (Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo: Saraiva, 1990. v.6, t.1.p.1.834).

13 Na ADIN das entidades beneficentes, a matéria referida está assim emendada: “No caso, o artigo 195, § 7º, da Carta Magna, com relação a matéria específica (as exigências a que devem atender as entidades beneficentes de assistência social para

Ora, a ressalva a que faz referência o § 3º ainda depende de regulação, visto que o artigo 192 não foi conformado por lei complementar e as ressalvas devem ser compatíveis com o disposto no artigo 173; isto é, há necessidade de compatibilizar a exceção dependente de lei complementar dos artigos 164, § 3º e 192,

gozarem da imunidade aí prevista), determina apenas que essas exigências sejam estabelecidas em lei. Portanto, em face da referida jurisprudência desta Corte, em lei ordinária.

**É certo, porém, que há forte corrente doutrinária que entende que, sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, embora o § 7º do artigo 195 só se refira a “lei” sem qualificá-la como complementar — e o mesmo ocorre quanto ao artigo 150, VI, “c”, da Magna Carta —, essa expressão, ao invés de ser entendida como exceção ao princípio geral que se encontra no artigo 146, II (“Cabe à lei complementar: ... II, regular as limitações constitucionais ao poder de tributar”), deve ser interpretada em conjugação com esse princípio para se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa.**

**A essa fundação jurídica, em si mesma, não se pode negar relevância, embora, no caso, se acolhida, e, em consequência, suspensa provisoriamente a eficácia dos dispositivos impugnados, voltará a vigorar a redação originária do artigo 55 da Lei 8212/91, que, também por ser lei ordinária, não poderia regular essa limitação constitucional ao poder de tributar, e que, apesar disso, não foi atacada, subsidiariamente, como inconstitucional nesta ação direta, o que levaria ao não-conhecimento desta para se possibilitar que outra pudesse ser proposta sem essa deficiência. Em se tratando, porém, de pedido de liminar, e sendo igualmente relevante a tese contrária — a de que, no que diz respeito a requisitos a ser observados por entidades para que possam gozar da imunidade, os dispositivos específicos, ao exigirem apenas lei, constituem exceção ao princípio geral —, não me parece que a primeira, no tocante à relevância, se sobreponha à segunda de tal modo que permita a concessão da liminar que não poderia dar-se por não ter sido atacado também o artigo 55 da Lei 8212/91 que voltaria a vigorar integralmente em sua redação originária, deficiência essa da inicial que levaria, de pronto, ao não-conhecimento da presente ação direta. Entendo que, em casos como o presente, em que há, pelo menos num primeiro exame, equivalência de relevâncias, e em que não se alega contra os dispositivos impugnados apenas inconstitucionalidade formal, mas também inconstitucionalidade material, se deva, nessa fase da tramitação da ação, trancá-la com o seu não-conhecimento, **questão cujo exame será remetido para o momento do julgamento final do feito.****

Embora relevante a tese de que, não obstante o § 7º do artigo 195 só se refira a “lei”, sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, e de se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa, no caso, porém, dada a relevância das duas teses opostas, e sendo certo que, se concedida a liminar, revigorar-se-ia legislação ordinária anterior que não foi atacada, não deve ser concedida a liminar pleiteada” (grifei) (ADIN 2028-5-DF (Medida Liminar), Tribunal Pleno, 11/11/99, D.J. 16/6/2000, Ementário 1995-1).

com a isonomia, imposta pelo artigo 173, para a exploração das atividades econômicas pelo setor público ou privado.

Por esta razão, as próprias leis orgânicas municipais, que não podem cuidar do sistema financeiro — só a União pode fazê-lo —, ao tratarem de regulamentar o § 3º do artigo 164 são inconstitucionais.

E, à evidência, essa regulação não é aquela a que se refere o artigo 43 da lei de responsabilidade fiscal, que, a meu ver, serve apenas como indicador, semelhante ao do artigo 164 § 3º, mas que não oferta as ressalvas necessárias, apenas de possível indicação por lei complementar, que regule, por inteiro, o sistema financeiro<sup>14</sup>.

Com efeito, o artigo 43 objetiva apenas sinalizar, que, quando houver lei complementar, o artigo 164 deverá ser cumprido. Até porque, se o artigo 164 faz menção a ressalvas a serem definidas por lei e o artigo 43 não as faz, nitidamente nada regula.

14 Está o artigo 43 da L.C. 101/2000 assim redigido: "As disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelecido no § 3º do artigo 164 da Constituição.

§ 1º As disponibilidades de caixa dos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos, ainda que vinculadas a fundos específicos a que se referem os arts. 249 e 250 da Constituição, ficarão depositados em conta separada das demais disponibilidades de cada ente e aplicadas nas condições de mercado, com observância dos limites e condições de proteção e prudência financeira.

§ 2º É vedada a aplicação das disponibilidades de que trata o § 1º em: I. títulos da dívida pública estadual e municipal, bem como em ações e outros papéis relativos às empresas controladas pelo respectivo ente da Federação;

II. empréstimos de qualquer natureza, aos segurados e ao Poder Público, inclusive a suas empresas controladas".

O dispositivo continua, pois, dependente de regulamentação.

Imagine-se a situação de um administrador público que optasse por colocar recursos em bancos oficiais, com menor rentabilidade, tendo a possibilidade de colocá-los em bancos privados com garantia idêntica e maior rentabilidade, podendo gerar maiores ganhos para seu governo<sup>15</sup>. Nitidamente, se preferisse as instituições oficiais, estaria violentando três princípios constitucionais, qual seja, o do artigo 192, que impõe a regulação do sistema financeiro "no interesse da coletividade" e os do artigo 37, que exige "a moralidade administrativa" e "eficiência" na gestão dos dinheiros públicos<sup>16</sup>.

15 Nem sempre os bancos oficiais oferecem boa garantia, como na década de 90 foi demonstrado pelas inúmeras liquidações extrajudiciais de bancos estatais.

16 O artigo 37 caput da Constituição Federal tem a seguinte dilação: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ..." (grifos meus), tendo Hely Lopes Meirelles o comentado como segue: "A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, caput). Não se trata — diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito — da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração". Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: "non omne quod licet honestum est". A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum" (Direito Administrativo Brasileiro 21 ed., São Paulo: Malheiros 1990, p. 83).

Ora, se o sistema privado ofertar melhor rentabilidade e idêntica garantia, o artigo 43 da L.C. n. 101/2000 não poderá impedir que seja utilizado, à luz de uma disposição constitucional sujeita à regulação maior do artigo 192, e que não permite que se imponha prejuízo “ao interesse da coletividade”.

Ora, apenas o artigo 192 é que ofertará a regulação do § 3º do artigo 164, à luz, evidentemente, dos princípios já atrás ressaltados de que o sistema “promova o desenvolvimento equilibrado” e “sirva os interesses da coletividade”.

Em outras palavras, o artigo 43 da Lei Complementar n. 101 vale, exclusivamente, para efeitos da administração pública, como uma sinalização, não podendo sobrepor-se aos interesses da coletividade, a ponto de obrigar as administrações públicas a “desperdiçarem” recursos, sempre que as instituições oficiais ofereçam menos condições de gestão financeira que as privadas.

Mais do que isso, as expressas ressalvas a que faz menção o artigo 164, § 3º, para aplicação de recursos em instituições privadas, não constam do artigo 43, sendo, sob esse aspecto, insuficiente esse dispositivo na regulação do § 3º mencionado e de aplicação apenas programática, isto é, se as condições do segmento financeiro privado não forem melhores que as do segmento público<sup>17</sup>.

17 A equipe da Price Waterhouse assim comenta o caput do artigo 192: “Inova a Constituição de 1988 ao incluir, dentre seu elenco de normas, Capítulo referente ao sistema Financeiro Nacional, anteriormente matéria de caráter exclusivamente infraconstitucional.

Não vejo em que ponto tal artigo possa impor regime às aplicações, cujas limitações necessariamente, buscando a conciliação entre os princípios da isonomia (art. 173), desenvolvimento econômico (art. 192), interesse da coletividade (art. 192), moralidade pública e eficiência (art. 37), só poderão ser estabelecidas quando da promulgação de lei complementar regulando o artigo 192, por inteiro.

Como lei complementar inexistente, nos termos explicitados até o presente neste estudo, as limitações a que se refere o artigo 164, § 3º, ainda não são aplicáveis, prevalecendo o sistema de “livre escolha” no “interesse da coletividade” (melhores condições para a entidade federativa), a que se refere o artigo 192. A lei a ser editada cuidará, inclusive, das exceções, que estão perfiladas no artigo 164, § 3º.

E tal entendimento meu, já teve consagração, em caso idêntico, de falta de regulação de disposição do sistema financeiro, pela Suprema Corte do país<sup>18</sup>.

De fato, foi a Lei 4595/64 o diploma legal que deu estrutura ao Sistema Financeiro Nacional. A inclusão da matéria no texto constitucional traz como consequência mais rigidez a uma atividade que tem — como algumas de suas principais características — o dinamismo e a flexibilidade de adaptação à velocidade de mudanças do mercado. Dispõe a Carta Magna que o Sistema Financeiro Nacional será regulado por lei complementar, tendo por objetivo a promoção do desenvolvimento equilibrado do país e o atendimento dos interesses da coletividade” (A Constituição do Brasil 1988, ed. Price Waterhouse, 1989, p. 762).

18 Escrevi: “Muito embora o brocardo latino ensine que: “in claris cessat interpretatio”, nem sempre é este o melhor caminho exegético, embora para a hipótese questionada, nenhuma dúvida séria possa ser suscitada de que o sistema financeiro, por inteiro, dependa de regulação por lei complementar, em face do escorreito discurso legislativo. Por essa rota de inteligência normativa, há de se entender a pertinência da opinião do eminente jurista Saulo Ramos, que, em lúcido e cultivado parecer, esclareceu, com riqueza de citações, que todo o sistema financeiro depende de lei complementar, porque assim determina a Constituição, e que os juros tabelados, não por força de resolução do Banco Central, mas por original comando supremo, para conformação de seu perfil, necessitam, por estarem mencionados no capítulo do sistema financeiro, de lei complementar” (A Constituição aplicada n. 1, Ed. CEJUP, 1989, p. 12).

Ora, se o sistema privado ofertar melhor rentabilidade e idêntica garantia, o artigo 43 da L.C. n. 101/2000 não poderá impedir que seja utilizado, à luz de uma disposição constitucional sujeita à regulação maior do artigo 192, e que não permite que se imponha prejuízo “ao interesse da coletividade”.

Ora, apenas o artigo 192 é que ofertará a regulação do § 3º do artigo 164, à luz, evidentemente, dos princípios já atrás ressaltados de que o sistema “promova o desenvolvimento equilibrado” e “sirva os interesses da coletividade”.

Em outras palavras, o artigo 43 da Lei Complementar n. 101 vale, exclusivamente, para efeitos da administração pública, como uma sinalização, não podendo sobrepor-se aos interesses da coletividade, a ponto de obrigar as administrações públicas a “desperdiçarem” recursos, sempre que as instituições oficiais ofereçam menos condições de gestão financeira que as privadas.

Mais do que isso, as expressas ressalvas a que faz menção o artigo 164, § 3º, para aplicação de recursos em instituições privadas, não constam do artigo 43, sendo, sob esse aspecto, insuficiente esse dispositivo na regulação do § 3º mencionado e de aplicação apenas programática, isto é, se as condições do segmento financeiro privado não forem melhores que as do segmento público<sup>17</sup>.

17 A equipe da Price Waterhouse assim comenta o *caput* do artigo 192: “Inova a Constituição de 1988 ao incluir, dentre seu elenco de normas, Capítulo referente ao sistema Financeiro Nacional, anteriormente matéria de caráter exclusivamente infraconstitucional.

Não vejo em que ponto tal artigo possa impor regime às aplicações, cujas limitações necessariamente, buscando a conciliação entre os princípios da isonomia (art. 173), desenvolvimento econômico (art. 192), interesse da coletividade (art. 192), moralidade pública e eficiência (art. 37), só poderão ser estabelecidas quando da promulgação de lei complementar regulando o artigo 192, por inteiro.

Como lei complementar inexistente, nos termos explicitados até o presente neste estudo, as limitações a que se refere o artigo 164, § 3º, ainda não são aplicáveis, prevalecendo o sistema de “livre escolha” no “interesse da coletividade” (melhores condições para a entidade federativa), a que se refere o artigo 192. A lei a ser editada cuidará, inclusive, das exceções, que estão perfiladas no artigo 164, § 3º.

E tal entendimento meu, já teve consagração, em caso idêntico, de falta de regulação de disposição do sistema financeiro, pela Suprema Corte do país<sup>18</sup>.

De fato, foi a Lei 4595/64 o diploma legal que deu estrutura ao Sistema Financeiro Nacional. A inclusão da matéria no texto constitucional traz como consequência mais rigidez a uma atividade que tem — como algumas de suas principais características — o dinamismo e a flexibilidade de adaptação à velocidade de mudanças do mercado. Dispõe a Carta Magna que o Sistema Financeiro Nacional será regulado por lei complementar, tendo por objetivo a promoção do desenvolvimento equilibrado do país e o atendimento dos interesses da coletividade” (A Constituição do Brasil 1988, ed. Price Waterhouse, 1989, p. 762).

18 Escrevi: “Muito embora o brocardo latino ensine que: “in claris cessat interpretatio”, nem sempre é este o melhor caminho exegético, embora para a hipótese questionada, nenhuma dúvida séria possa ser suscitada de que o sistema financeiro, por inteiro, dependa de regulação por lei complementar, em face do escorreito discurso legislativo. Por essa rota de inteligência normativa, há de se entender a pertinência da opinião do eminente juriconsulto Saulo Ramos, que, em lúcido e cultivado parecer, esclareceu, com riqueza de citações, que todo o sistema financeiro depende de lei complementar, porque assim determina a Constituição, e que os juros tabelados, não por força de resolução do Banco Central, mas por original comando supremo, para conformação de seu perfil, necessitam, por estarem mencionados no capítulo do sistema financeiro, de lei complementar” (A Constituição aplicada n. 1, Ed. CEJUP, 1989, p. 12).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4-1988, em que se discutiu a auto-aplicabilidade do artigo 192, § 3º, no concernente aos juros, mereceu ementa das mais longas já constantes de um Acórdão da Suprema Corte, cujos incisos 6, 7 e 8, que interessam particularmente ao deslinde da presente questão, estão assim redigidos, na pena de seu relator, Ministro Sydney Sanches:

*Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192), estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no “caput”, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu § 3º, sobre taxa de juros reais (12% ao ano), até porque estes não foram conceituados. **Só o tratamento global do sistema financeiro nacional, na futura lei complementar, com a observância de todas as normas do “caput”, dos incisos e parágrafos do art. 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma.***

*Em conseqüência, não são inconstitucionais os atos normativos em questão (parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pela Presidência da República e circular do Banco Central), o primeiro considerando não auto-aplicável a norma do § 3º sobre juros reais de 12% ao ano, e o segundo determinando a observância da legislação anterior à Constituição de 1988, até o advento da lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional.*

*Ação declaratória de inconstitucionalidade julgada improcedente, por maioria de votos (grifos meus) <sup>19</sup>.*

Cabe realçar dois aspectos, na referida ementa.

O primeiro diz respeito a que apenas uma lei complementar **poderá ofertar tratamento global do sistema financeiro nacional.**

O regime jurídico de todo o sistema dependerá de uma única lei complementar, que será veiculada com

**“a observância de todas as normas do “caput”, dos incisos e dos parágrafos do artigo 192”.**

Em outras palavras, **uma única lei** cuidará de todos os aspectos do sistema financeiro, inclusive de seu inciso I, para a atuação das instituições financeiras privadas e públicas, com o que o § 3º do artigo 164 — que depende de regulação em lei para conciliar os princípios do artigo 5º, 37, 173, § 1º, inciso I e § 2º com o inciso I do artigo 192 — só poderá ser regulamentado por uma única e exclusiva lei complementar, capaz de harmonicamente dispor sobre todo o sistema.

19 CADERNOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANÇAS PÚBLICAS. São Paulo: RT, 1995. p. 243-244.

A decisão da Suprema Corte está, pois, não só nos exatos termos da interpretação que ofertei ao § 3º do artigo 164 nos “Comentários à Constituição do Brasil”, assim como em parecer meu, anexado aos autos, merecendo a honra de ser citado e quase inteiramente transcrito pelo eminente relator, Ministro Sydney San-ches, alguns trechos dele sendo reproduzidos abaixo<sup>20</sup>:

*Segundo a técnica legislativa, o comando normativo encontra-se na regra-mãe e só pode ser excepcionado, se expressa a exceção. Vale dizer, sempre que os incisos e parágrafos de uma regra matriz não se opuserem ao determinado no comando primeiro, a norma base prevalece hospedando todos os comandos contidos no artigo.*

*Tem-se argumentado que a técnica dos parágrafos é forma de excepcionar, no que concordo, mas essa técnica só pode ser utilizada sempre que a exceção expressamente for mencionada, com o que a nova regra mandamental é ofertada para a hipótese contemplada. Como lembrava Carlos Maximiliano: “não se presume a existência de Expressões supérfluas” (Hermenêutica e aplicação do direito, Martins Fontes, 1941, p. 300/1). À evidência, quando os parágrafos não utilizados de forma canhestra, e, ao invés de disciplinarem exceções já previstas no caput e nos incisos do artigo, veiculam comandos adicionais ali não-con-*

20 A interpretação que apresentei nos Comentários à Constituição é posterior a esse parecer.

*templados, não se podem tomar pretendidas exceções como implícitas no comando da norma fundamental, principalmente se não defluem de nenhuma formulação lógica ou sistemática.*

*No caso em concreto, há de se considerar que nada pode justificar interpretação diversa, a partir do texto plasmado na lei suprema<sup>21</sup>.*

...

*Mais adiante, Ives Gandra acentua (p. 184): Fosse intenção do legislador subordinar apenas os incisos à lei complementar e o discurso constitucional estaria assim versado: “será regulado em lei complementar que disporá exclusivamente sobre: ....*

*Ao dizer, todavia, o legislador constitucional, que a lei disporá inclusive sobre a matéria dos incisos, à evidência, declarou que, além dos incisos, outros aspectos deveriam ser regulados por lei complementar.*

*Ora, se a relação dos incisos não é taxativa, claramente há de se interpretar que outras matérias não pertinentes aos incisos seriam objeto de regulamentação.*

*Quais seriam as outras matérias que deveriam integrar a lei complementar?*

*A resposta encontra-se no início do comando supremo que se exterioriza da seguinte forma: O sistema financeiro nacional, estruturado de for-*

21 CADERNOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANÇAS PÚBLICAS, cit. p. 295.

ma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e servir aos interesses da coletividade (...).

Ora, duas são as vertentes que esculpem o sistema. De um lado, deve ser o Sistema Financeiro um instrumento que promova o desenvolvimento equilibrado do país e, por essa razão, deve ser assim estruturado. De outro lado, tal desenvolvimento deve ser direcionado a servir aos interesses da coletividade, no caso, a coletividade entendida como o povo, constituído de cidadãos, residentes e não-residentes.

Com tal abrangência de atuação, compreende-se: a) que o capítulo IV do Título VII da CF, seja dedicado ao sistema financeiro nacional; b) que o sistema financeiro nacional foi, em nível de princípios, hospedado por um único artigo; c) que este único artigo depende todo de lei complementar, porque o sistema financeiro nacional, sem qualquer exceção expressa, enquanto norma comportamental, será regulado por lei complementar.

Por essa linha de raciocínio, há de se compreender também que os 3 parágrafos do artigo dependem de lei complementar, porque, sobre não se esgotarem suas forças no elenco não-taxativo dos 8 incisos, o "caput" do dispositivo constitucional exige que tal lei complementar seja veiculada à luz do desenvolvimento econômico

e do interesse da coletividade, devendo hospedar a norma intermediária de hierarquia superior à legislação ordinária, todos os aspectos de explicitação ordinária, todos os aspectos de explicitação necessária ao desiderato supremo.

Sendo, pois, o § 3º parte do artigo, que cuida do sistema financeiro e do capítulo de idêntico nome, e só podendo ser, o Sistema Financeiro regulado por lei complementar, à evidência do § 3º do art. 192 apenas ganhará eficácia constitucional após a promulgação de lei complementar, permanecendo antes, como mero princípio programático<sup>22</sup>.

No longo trecho do parecer transcrito por S.Exa., cuidou da dificuldade de se considerar auto-aplicável o § 3º do artigo 192, à luz da indefinição do que sejam juros reais, tendo escrito:

*Não há conceito jurídico de juros reais. A matéria deve ser investigada na Economia, que doutrinariamente também não oferta contexto definitivo sobre a matéria.*

*Em 1982, fui relator nacional pelo Brasil, no XXXVI Congresso da IFA International Fiscal Association, em Montreal, no Canadá, tendo o meu trabalho, redigido com a colaboração de Henry Tilbery, sido apresentado ao lado daqueles dos demais relatores nacionais, a saber: Peter Laube (Alemanha), Carlos A. Prada (Argenti-*

22 Idem, p. 296

na), Ian Langford-Brow/David F. Libling (Austrália), Kurt Neuner (Áustria), Paul Sibille (Bélgica), Brian A. Felesky/Marc Noel (Canadá), Carlos A. Ramirez Guerrero (Colômbia), Jaime Basanta de la Peña (Espanha), Jay M. Gonzáles/Gary Clyde Hufbauer/Jerome B. Libin (Estados Unidos), Edward Anderson (Finlândia), N. Mouillan-Hogberg (França), Panos Mantzouranis/Costas Mingas (Grécia), Patrick B. Paul (Hong-Kong), Josef Pick/Bem-Ami Zuckermann (Israel), Massino Alderighi (Itália), Susumu Hijikata (Japão), André Elvinger/Jean Kaufmann (Luxemburgo), Arnold Rorholt (Noruega), A. Valabh (Nova Zelândia), C.A.M. Rosenberg (Holanda), Eric J. Henbrey (Reino Unido), Hans-Georg Fomback/Lars Jaktling (Suécia) e Alfons R. Schmid (Suíça). O tema único para todos os autores poderia ser traduzido por "O tratamento fiscal dos juros nas relações econômicas internacionais". Foi relator-geral o Prof. E. Hohn, que pediu a todos os autores que conceituassem, de início, os juros, para que se discutisse a seguir seu tratamento legal (IFA 1938-1988 – International Fiscal Association, Resolutions Book, Ed. International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1988).

O interessante a notar é que se dívida inexistia a respeito de ser o juro rendimento de capital, cada relator apresentou variantes sobre a conformação final do seu conceito, inclusive, à falta de indicador absoluto para medir a inflação. Os trabalhos foram publicados em 4 línguas

(francês, inglês, alemão e espanhol), nos Cahiers de Droit Fiscal International, vol. LXVII, editados simultaneamente em Boston, Antuérpia, Londres e Frankfurt, com 661 páginas.

As conclusões finais do debate terminaram por espelhar a falta de um perfil definitivo sobre os juros, tendo em alguns dos tópicos tal aspecto sido realçado. A primeira proposta, inclusive, menciona o perfil conjuntural dos mesmos ao dizer: *Les intérêts conformes aux conditions du marche* que sont versés à des créanciers non résidents devraient, em vertu du principe de non discrimination, être déductibles auprès du débiteur de la même façon que les intérêts versés à des créanciers résidents" (IFA 1938/1988, International Fiscal Association, Resolutions Book, cit. p. 303) (grifos meus)<sup>23</sup>,

e mais adiante:

O certo é que não há conceito definitivo e absoluto na doutrina sobre juros, visto que o nominalismo da moeda, cujo empréstimo é remunerado por juros, pode ser atingido por variados fatores, ao ponto de se discutir ainda no Brasil se haveria apenas duas formas de pactuação, capazes de gerar as denominadas dívidas de dinheiro e as dívidas de valor, ou se a matéria não comportaria a existência de uma terceira, que

23 Idem, p. 296-297.

na), Ian Langford-Brow/David F. Libling (Austrália), Kurt Neuner (Áustria), Paul Sibille (Bélgica), Brian A. Felesky/Marc Noel (Canadá), Carlos A. Ramirez Guerrero (Colômbia), Jaime Basanta de la Peña (Espanha), Jay M. Gonzáles/Gary Clyde Hufbauer/Jerome B. Libin (Estados Unidos), Edward Anderson (Finlândia), N. Mouillan-Hogberg (França), Panos Mantzouranis/Costas Mingas (Grécia), Patrick B. Paul (Hong-Kong), Josef Pick/Bem-Ami Zuckermann (Israel), Massino Alderighi (Itália), Susumu Hijikata (Japão), André Elvinger/Jean Kaufmann (Luxemburgo), Arnold Rorholt (Noruega), A. Valabh (Nova Zelândia), C.A.M. Rosenberg (Holanda), Eric J. Henbrey (Reino Unido), Hans-Georg Fomback/Lars Jaktling (Suécia) e Alfons R. Schmid (Suíça). O tema único para todos os autores poderia ser traduzido por "O tratamento fiscal dos juros nas relações econômicas internacionais". Foi relator-geral o Prof. E. Hohn, que pediu a todos os autores que conceituassem, de início, os juros, para que se discutisse a seguir seu tratamento legal (IFA 1938-1988 – International Fiscal Association, Resolutions Book, Ed. International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1988).

O interessante a notar é que se dúvida inexistia a respeito de ser o juro rendimento de capital, cada relator apresentou variantes sobre a conformação final do seu conceito, inclusive, à falta de indicador absoluto para medir a inflação. Os trabalhos foram publicados em 4 línguas

(francês, inglês, alemão e espanhol), nos Cahiers de Droit Fiscal International, vol. LXVII, editados simultaneamente em Boston, Antuérpia, Londres e Frankfurt, com 661 páginas.

As conclusões finais do debate terminaram por espelhar a falta de um perfil definitivo sobre os juros, tendo em alguns dos tópicos tal aspecto sido realçado. A primeira proposta, inclusive, menciona o perfil conjuntural dos mesmos ao dizer: *Les intérêts conformes aux conditions du marche que sont versés à des créanciers non résidents devraient, em vertu du principe de non discrimination, être déductibles auprès du débiteur de la même façon que les intérêts versés à des créanciers résidents*" (IFA 1938/1988, International Fiscal Association, Resolutions Book, cit. p. 303) (grifos meus)<sup>23</sup>,

e mais adiante:

*O certo é que não há conceito definitivo e absoluto na doutrina sobre juros, visto que o nominalismo da moeda, cujo empréstimo é remunerado por juros, pode ser atingido por variados fatores, ao ponto de se discutir ainda no Brasil se haveria apenas duas formas de pactuação, capazes de gerar as denominadas dívidas de dinheiro e as dívidas de valor, ou se a matéria não comportaria a existência de uma terceira, que*

23 Idem, p. 296-297.

na), Ian Langford-Brow/David F. Libling (Austrália), Kurt Neuner (Áustria), Paul Sibille (Bélgica), Brian A. Felesky/Marc Noel (Canadá), Carlos A. Ramirez Guerrero (Colômbia), Jaime Basanta de la Peña (Espanha), Jay M. Gonzáles/Gary Clyde Hufbauer/Jerome B. Libin (Estados Unidos), Edward Anderson (Finlândia), N. Mouillan-Hogberg (França), Panos Mantzouranis/Costas Mingas (Grécia), Patrick B. Paul (Hong Kong), Josef Pick/Bem-Ami Zuckermann (Israel), Massino Alderighi (Itália), Susumu Hijikata (Japão), André Elvinger/Jean Kaufmann (Luxemburgo), Arnold Rorholt (Noruega), A. Valabh (Nova Zelândia), C.A.M. Rosenberg (Holanda), Eric J. Henbrey (Reino Unido), Hans-Georg Fomback/Lars Jaktling (Suécia) e Alfons R. Schmid (Suíça). O tema único para todos os autores poderia ser traduzido por "O tratamento fiscal dos juros nas relações econômicas internacionais". Foi relator-geral o Prof. E. Hohn, que pediu a todos os autores que conceituassem, de início, os juros, para que se discutisse a seguir seu tratamento legal (IFA 1938-1988 – International Fiscal Association, Resolutions Book, Ed. International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1988).

O interessante a notar é que se dívida inexistia a respeito de ser o juro rendimento de capital, cada relator apresentou variantes sobre a conformação final do seu conceito, inclusive, à falta de indicador absoluto para medir a inflação. Os trabalhos foram publicados em 4 línguas

(francês, inglês, alemão e espanhol), nos Cahiers de Droit Fiscal International, vol. LXVII, editados simultaneamente em Boston, Antuérpia, Londres e Frankfurt, com 661 páginas.

As conclusões finais do debate terminaram por espelhar a falta de um perfil definitivo sobre os juros, tendo em alguns dos tópicos tal aspecto sido realçado. A primeira proposta, inclusive, menciona o perfil conjuntural dos mesmos ao dizer: *Les intérêts conformes aux conditions du marche que sont versés à des créanciers non résidents devraient, em vertu du principe de non discrimination, être déductibles auprès du débiteur de la même façon que les intérêts versés à des créanciers résidents*" (IFA 1938/1988, International Fiscal Association, Resolutions Book, cit. p. 303) (grifos meus)<sup>23</sup>,

e mais adiante:

*O certo é que não há conceito definitivo e absoluto na doutrina sobre juros, visto que o nominalismo da moeda, cujo empréstimo é remunerado por juros, pode ser atingido por variados fatores, ao ponto de se discutir ainda no Brasil se haveria apenas duas formas de pactuação, capazes de gerar as denominadas dívidas de dinheiro e as dívidas de valor, ou se a matéria não comportaria a existência de uma terceira, que*

23 Idem, p. 296-297.

*seriam as dívidas indexadas. É, aliás, o que defende Mauro Brandão Lopes (A atualização de obrigações pecuniárias não indexadas, in “A correção monetária no Direito Brasileiro”, co-ordenação de Gilberto de Ulhôa Canto e minha, Ed. Saraiva, 1983) <sup>24</sup>.*

Ora, a indefinição do que sejam juros reais é idêntica àquela que se verifica quanto aos casos a serem ressaltados do § 3º do artigo 164, lembrando-se aqui as palavras do eminente Ministro Moreira Alves, de que a lei complementar ou a lei ordinária não podem alterar a Constituição, mas apenas explicitá-la, razão pela qual não é o legislador ordinário nem o complementar que definem o conteúdo das normas constitucionais, criando hipóteses não comportadas pelo texto supremo, mas é a Constituição que os condiciona a produzir hipóteses implicitamente constantes da Carta Máxima.

Diz S. Exa. que:

*E, a meu ver, está absolutamente correto. Porque não é possível se admitir que uma lei complementar, ainda que a Constituição diga que ela pode regular limitações à competência tributária, possa aumentar restrições a essa competência. Ela pode é regulamentar. – Se é que há o que regulamentar em matéria de imunidade, no sentido de ampliá-la ou reduzi-la. Porque isso decorre estritamente da Constituição.*

24 CADERNOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANÇAS PÚBLICAS, cit. p. 297.

*Quando se diz, por exemplo, “para atender às suas finalidades essenciais” não é a lei que vai dizer quais são as finalidades essenciais. Quem vai dizer quais são as finalidades essenciais é a interpretação da própria Constituição. Porque Constituição não se interpreta por lei infraconstitucional, mas a lei infraconstitucional é que se interpreta pela Constituição. De modo que, obviamente, tanto fazia ser lei complementar, como ser lei ordinária, como ser decreto-lei, enfim, qualquer tipo de norma infraconstitucional. O Ministro Soares Muñoz não estava dizendo: Não. Não pode, porque não é lei complementar. Mas dizia: Esse decreto-lei impõe uma restrição que não está no texto constitucional<sup>25</sup>.*

Dessa forma, não caberia ao legislador ordinário ou complementar –e, no caso, seria necessariamente o legislador complementar— criar hipóteses incapazes de conciliarem os princípios que atrás enunciei, mas apenas explicitar o conjunto harmônico de princípios expostos em variados dispositivos, para compatibilizá-los na exteriorização dos comandos supremos.

O segundo aspecto a realçar na ementa da referida ADIN é que a legislação anterior deve ser respeitada até “o advento da lei complementar reguladora do sistema financeiro nacional”.

25 Processo Administrativo Tributário, Pesquisas Tributárias – Nova Série 5, Centro de Extensão Universitária/Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 29/30.

*seriam as dívidas indexadas. É, aliás, o que defende Mauro Brandão Lopes (A atualização de obrigações pecuniárias não indexadas, in “A correção monetária no Direito Brasileiro”, coordenação de Gilberto de Ullhôa Canto e minha, Ed. Saraiva, 1983) <sup>24</sup>.*

Ora, a indefinição do que sejam juros reais é idêntica àquela que se verifica quanto aos casos a serem ressaltados do § 3º do artigo 164, lembrando-se aqui as palavras do eminente Ministro Moreira Alves, de que a lei complementar ou a lei ordinária não podem alterar a Constituição, mas apenas explicitá-la, razão pela qual não é o legislador ordinário nem o complementar que definem o conteúdo das normas constitucionais, criando hipóteses não comportadas pelo texto supremo, mas é a Constituição que os condiciona a produzir hipóteses implicitamente constantes da Carta Máxima.

Diz S. Exa. que:

*E, a meu ver, está absolutamente correto. Porque não é possível se admitir que uma lei complementar, ainda que a Constituição diga que ela pode regular limitações à competência tributária, possa aumentar restrições a essa competência. Ela pode é regulamentar. – Se é que há o que regulamentar em matéria de imunidade, no sentido de ampliá-la ou reduzi-la. Porque isso decorre estritamente da Constituição.*

24 CADERNOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANÇAS PÚBLICAS, cit. p. 297.

*Quando se diz, por exemplo, “para atender às suas finalidades essenciais” não é a lei que vai dizer quais são as finalidades essenciais. Quem vai dizer quais são as finalidades essenciais é a interpretação da própria Constituição. Porque Constituição não se interpreta por lei infraconstitucional, mas a lei infraconstitucional é que se interpreta pela Constituição. De modo que, obviamente, tanto fazia ser lei complementar, como ser lei ordinária, como ser decreto-lei, enfim, qualquer tipo de norma infraconstitucional. O Ministro Soares Muñoz não estava dizendo: Não. Não pode, porque não é lei complementar. Mas dizia: Esse decreto-lei impõe uma restrição que não está no texto constitucional<sup>25</sup>.*

Dessa forma, não caberia ao legislador ordinário ou complementar – e, no caso, seria necessariamente o legislador complementar – criar hipóteses incapazes de conciliarem os princípios que atrás enunciei, mas apenas explicitar o conjunto harmônico de princípios expostos em variados dispositivos, para compatibilizá-los na exteriorização dos comandos supremos.

O segundo aspecto a realçar na ementa da referida ADIN é que a legislação anterior deve ser respeitada até “o advento da lei complementar reguladora do sistema financeiro nacional”.

25 Processo Administrativo Tributário, Pesquisas Tributárias – Nova Série 5, Centro de Extensão Universitária/Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 29/30.

Nada me parece mais claro, no sentido de que o § 3º do artigo 164 —nitidamente comportando linha de atuação do sistema financeiro quanto aos recursos públicos— depende de regulação pela lei complementar ainda não produzida.

E tal lei complementar necessariamente deverá explicitar as ressalvas a que se refere o § 3º do artigo 164, para enquadrá-las na atuação das instituições bancárias públicas e privadas, a que se refere o inciso I do artigo 192, sem ferir as regras maiores do artigo 5º (isonomia jurídica) e principalmente do artigo 173, que exige tratamento equivalente das empresas estatais e privadas, sempre que explorarem atividades não sujeitas a regime licitatório (art. 175) <sup>26</sup>.

É, clara, pois, a indicação da Suprema Corte no que concerne a **uma única lei complementar para regular todo o sistema financeiro nacional**. Os governos podem, pois, **no interesse da coletividade, e em respeito ao princípio da moralidade administrativa e da eficiência**, aplicar seus recursos nas instituições que, ofertando garantia e segurança, lhes possibilitem, também, melhor rentabilidade para administração do dinheiro público.

26 Na mesma linha, o parecer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, na referida ADIN, é transcrito pelo Ministro Sydney Sanches, dele constando: "12.3. A leitura deste art. 192 aponta inequivocamente ser ele uma norma de estruturação. O "caput", com efeito, prevê uma lei complementar que seja o sistema financeiro nacional como um todo, orientando-o no sentido de "promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade".

Nos seus itens e parágrafos já enuncia bases e parâmetros que deverão guiar o legislador quando este estabelecer a prometida lei complementar.

12.4. Como "norma de estruturação", o art. 192 se inclui tecnicamente entre as "normas incompletas", condicionada que está a plena eficácia e conseqüentemente a imediata aplicabilidade de seu mandamento a uma normação, de nível inferior, subsequente.

O art. 192 é, destarte, uma norma não-exequível, na terminologia de Jorge Miranda, que adoto. Ou, se se preferir, "non-self-executing", para Cooley, "não-auto-executável", para Ruy Barbosa, "não bastante em si", para Pontes de Miranda, "de eficácia limitada", para José Afonso da Silva.

12.5. Sublinhe-se que a eficácia plena do art. 192 está condicionada a uma lei complementar" (CADERNOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANÇAS PÚBLICAS, cit. p. 292).

## A UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – USOS E ABUSOS

*Katarine Keit Guimarães Fonseca de Faria*  
Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Aluna da Especialização em Processo Civil na Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Advogada.

### SUMÁRIO

1-INTRODUÇÃO. 2- A UTILIZAÇÃO ABUSIVA DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. 3 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 3.1- Breves noções sobre o controle repressivo realizado pelo Poder Judiciário no sistema constitucional brasileiro. 3.2- Ação civil pública e o controle de concentrado de constitucionalidade. 3.3- Ação civil pública e o controle difuso de constitucionalidade - Possibilidade. 4- CONCLUSÃO. 5- REFERÊNCIAS

### 1- INTRODUÇÃO

Apesar da discussão acerca da possibilidade do controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública já não ser tão recente, ela ainda provoca inúmeras controvérsias doutrinárias, não se encontrando, inclusive, pacificada em nenhum tribunal do país. Foi diante dessas circunstâncias e devido à ausência de trabalhos que tratassem o tema de maneira minuciosa e levando em consideração não só os aspectos constitucionais, mas também os aspectos processuais que envolvem a matéria, que foi inspirado o presente estudo.

Este trabalho tem como objetivo geral a realização de um estudo pormenorizado a respeito dos aspectos do controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública, apontando, através de uma análise crítica, os usos e abusos cometidos pelos operadores do direito, bem com as controvérsias existentes na doutrina a respeito do assunto, e, como objetivo específico, a sistematização de todos os dados apurados no trabalho, com o propósito de se chegar a um posicionamento jurídico coerente, simultaneamente com os fundamentos do direito constitucional e do direito processual civil.

## 2- UTILIZAÇÃO ABUSIVA DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

A ação civil pública tem um campo de atuação muito amplo e, às vezes, pode ensejar aos menos aviados uma utilização errônea e abusiva desse instrumento tão importante para a defesa dos interesses e direitos transindividuais, transformando-o, nas palavras de Kazuo Watanabe, “numa autêntica panacéia geral para toda e qualquer situação”.<sup>1</sup>

Conforme afirma Hely Lopes Meirelles<sup>2</sup>, o uso generalizado e indiscriminado das ações civis públicas, como acontece atualmente com o remédio constitucional do mandado de segurança, pode constituir séria ameaça à ordem jurídica, ensejando um clima de litigiosidade, insegurança e contestação generalizada,

<sup>1</sup> Apud TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público. AJURIS, Porto Alegre, n. 56, p. 35-36, 1992.

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular e ação civil pública, mandado de injunção, "HABES-data"*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

bem como pode causar até mesmo a minimização da importância que tal instrumento processual tem na defesa dos direitos metaindividuais, o que deixaria aos poucos de atender à sua verdadeira finalidade.

O que se verifica com muita freqüência na jurisprudência atual é o uso da ação civil pública com pedido típico de ação popular, o que na verdade não poderia mais acontecer, uma vez que a lei da ação popular existe desde 1965 e já deveria haver um certo conhecimento a respeito do seu regime por parte dos operadores do direito. Apesar da possibilidade de um mesmo fato ensejar o ajuizamento simultâneo de ação civil pública e ação popular, as finalidades de ambas não se confundem, o que não será objeto de estudo nesse trabalho.

No entanto, a patologia mais habitual da ação civil pública (e que faz parte do objeto de estudo do presente trabalho) é o uso deste instrumento processual como verdadeiro substituto da ação direta de inconstitucionalidade. Muito se tem discutido acerca desse assunto na atualidade. Entretanto, pôde-se perceber, com a pesquisa realizada nesse trabalho, que nem a doutrina e nem a jurisprudência chegou a um consenso a respeito do tema.

Nota-se que há uma grave confusão a respeito do uso da ação civil pública no controle de constitucionalidade e, em consequência dessa falta de clareza sobre o tema, tem se proliferado o uso inadequado dessa ação como instrumento de controle de constitucionalidade.

Este trabalho tem como objetivo geral a realização de um estudo pormenorizado a respeito dos aspectos do controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública, apontando, através de uma análise crítica, os usos e abusos cometidos pelos operadores do direito, bem com as controvérsias existentes na doutrina a respeito do assunto, e, como objetivo específico, a sistematização de todos os dados apurados no trabalho, com o propósito de se chegar a um posicionamento jurídico coerente, simultaneamente com os fundamentos do direito constitucional e do direito processual civil.

## 2- UTILIZAÇÃO ABUSIVA DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

A ação civil pública tem um campo de atuação muito amplo e, às vezes, pode ensejar aos menos avisados uma utilização errônea e abusiva desse instrumento tão importante para a defesa dos interesses e direitos transindividuais, transformando-o, nas palavras de Kazuo Watanabe, “numa autêntica panacéia geral para toda e qualquer situação”.<sup>1</sup>

Conforme afirma Hely Lopes Meirelles<sup>2</sup>, o uso generalizado e indiscriminado das ações civis públicas, como acontece atualmente com o remédio constitucional do mandado de segurança, pode constituir séria ameaça à ordem jurídica, ensejando um clima de litigiosidade, insegurança e contestação generalizada,

<sup>1</sup> Apud TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público. AJURIS, Porto Alegre, n. 56, p. 35-36, 1992.

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular e ação civil pública, mandado de injunção, "HABES-data"*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

bem como pode causar até mesmo a minimização da importância que tal instrumento processual tem na defesa dos direitos metaindividuais, o que deixaria aos poucos de atender à sua verdadeira finalidade.

O que se verifica com muita frequência na jurisprudência atual é o uso da ação civil pública com pedido típico de ação popular, o que na verdade não poderia mais acontecer, uma vez que a lei da ação popular existe desde 1965 e já deveria haver um certo conhecimento a respeito do seu regime por parte dos operadores do direito. Apesar da possibilidade de um mesmo fato ensejar o ajuizamento simultâneo de ação civil pública e ação popular, as finalidades de ambas não se confundem, o que não será objeto de estudo nesse trabalho.

No entanto, a patologia mais habitual da ação civil pública (e que faz parte do objeto de estudo do presente trabalho) é o uso deste instrumento processual como verdadeiro substituto da ação direta de inconstitucionalidade. Muito se tem discutido acerca desse assunto na atualidade. Entretanto, pôde-se perceber, com a pesquisa realizada nesse trabalho, que nem a doutrina e nem a jurisprudência chegou a um consenso a respeito do tema.

Nota-se que há uma grave confusão a respeito do uso da ação civil pública no controle de constitucionalidade e, em consequência dessa falta de clareza sobre o tema, tem se proliferado o uso inadequado dessa ação como instrumento de controle de constitucionalidade.

### 3- CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Para que se possa chegar a um posicionamento sobre a idoneidade ou não da ação civil pública como meio de fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos, será necessário desdobrar este estudo em duas vertentes, levando em consideração as duas formas possíveis desse controle: a do controle direto de constitucionalidade e a do incidental.

Entretanto, antes de examinar esses dois aspectos do controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública, faz-se necessário realizar uma exposição sucinta e genérica sobre as características do controle de constitucionalidade repressivo realizado pelo Poder Judiciário e adotado pelo sistema constitucional brasileiro.

#### 3.1 Breves noções sobre o controle repressivo realizado pelo Poder Judiciário no sistema constitucional brasileiro

O controle repressivo de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário, que é a regra adotada pelo sistema brasileiro, caracteriza-se por ser aquele em que o Poder Judiciário, através dos juízes monocráticos e dos Tribunais, verifica a compatibilidade das leis ou de atos normativos já editados, com a Constituição Federal, no intuito de retirá-los do ordenamento jurídico, caso não se ajustem com os preceitos constitucionais.

Os processos jurisdicionais de declaração de inconstitucionalidade se realizam através de duas formas básicas no sistema adotado pelo direito pátrio: o controle por via de defesa e o controle por via da ação, também chamado de principal, concentrado ou abstrato.

Dentre as principais características que o controle incidental pátrio apresenta estão: a) é exercitável no curso de um processo comum tendo em vista o litígio concreto posto em juízo; b) é possível a sua realização em qualquer processo e em qualquer juízo, inclusive o juízo monocrático; c) a questão da constitucionalidade não é o objetivo principal, ou seja, o pedido principal da lide, mas sim questão incidental e prejudicial, que deverá ser resolvida para que se dê a solução da questão principal; d) tem efeito apenas entre as partes do caso concreto.

O tipo de controle por via de ação, por outro lado, se caracteriza por ser um controle que visa à declaração de validade da lei ou ato normativo em tese, face à Constituição, independentemente da existência de um caso concreto.

No controle direito ou abstrato de constitucionalidade, que no nosso sistema constitucional é de competência do Supremo Tribunal Federal (órgão de cúpula do Poder Judiciário), visa-se a expurgar do ordenamento constitucional o ato normativo que o contrarie, independentemente de interesses pessoais ou materiais concretos<sup>3</sup>. O objeto principal da ação é a declaração de inconstitucionalidade da lei, invalidando-a.

3 TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 44.

### 3.2 Ação civil pública e o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade

O objeto extremamente amplo da ação civil pública tem provocado a sua utilização como instrumento de controle direto ou abstrato de constitucionalidade, o que enseja a seguinte pergunta: é legítima a utilização desse instrumento processual para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese?

A resposta é óbvia e incontestável: é totalmente inadmissível a utilização da ação civil pública que tenha por fim, apenas, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sem qualquer ligação com uma hipótese concreta, o que a caracterizaria num substituto da ação direta de inconstitucionalidade.

Essa afirmação se fundamenta no fato de que em tal hipótese haveria uma outorga à jurisdição ordinária de primeiro grau de poderes originária e exclusivamente conferidos ao Supremo Tribunal Federal, configurando uma óbvia e ilegítima usurpação da competência desse Tribunal para o controle concentrado.

A propósito, João Batista de Almeida<sup>4</sup> salienta, com muita pertinência, que nenhum co-legitimado, em sua consciência, ajuizaria em primeiro grau uma ação civil pública, tendo como pedido único ou principal a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mas, se o fizesse, com certeza tal ajuizamento

4 ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 243.

estaria fadado ao insucesso, tendo em vista a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para o controle direto.

Esse entendimento é unânime na doutrina pátria, seguido também pelo Supremo Tribunal Federal e pela maioria dos tribunais do país, e vale não somente para o caso da ação civil pública, mas também para outros remédios constitucionais, como o mandado de segurança, por exemplo, que já mereceu até súmula do STF<sup>5</sup>.

Entretanto, o que vem acontecendo em muitos tribunais e que se reflete na jurisprudência é que muitas vezes ocorrem ajuizamentos de ações civis públicas totalmente desligadas de uma relação jurídica concreta, objetivando só a declaração de inconstitucionalidade, nominada falsamente de *incidenter tantum*.

Sobre esse fenômeno discorreu muito apropriadamente Arruda Alvim ao afirmar que:

*O que se percebe, claramente, é que, não incomumente, propõe-se ações civis públicas, de forma desconectada de um verdadeiro litígio, com insurgência, exclusivamente, contra um ou mais de um texto legal, e o que se pretende 'na ordem prática ou pragmática' é que, declarada a inconstitucionalidade de determinadas normas, não possam mais elas vir a ser aplicadas, no âmbito da jurisdição do magistrado ou do Tribunal a esse sobrepostos. Ou, se, linguisticamente, não se diz isso, é o que, na ordem prática resulta de uma tal decisão*<sup>6</sup>.

5 Súmula n.º 266 do STF: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

6 A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de proteção e defesa do consumidor, Revista de Processo, vol. 81, p. 130.

### 3.2 Ação civil pública e o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade

O objeto extremamente amplo da ação civil pública tem provocado a sua utilização como instrumento de controle direto ou abstrato de constitucionalidade, o que enseja a seguinte pergunta: é legítima a utilização desse instrumento processual para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese?

A resposta é óbvia e incontestável: é totalmente inadmissível a utilização da ação civil pública que tenha por fim, apenas, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sem qualquer ligação com uma hipótese concreta, o que a caracterizaria num substituto da ação direta de inconstitucionalidade.

Essa afirmação se fundamenta no fato de que em tal hipótese haveria uma outorga à jurisdição ordinária de primeiro grau de poderes originária e exclusivamente conferidos ao Supremo Tribunal Federal, configurando uma óbvia e ilegítima usurpação da competência desse Tribunal para o controle concentrado.

A propósito, João Batista de Almeida<sup>4</sup> salienta, com muita pertinência, que nenhum co-legitimado, em sua consciência, ajuizaria em primeiro grau uma ação civil pública, tendo como pedido único ou principal a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mas, se o fizesse, com certeza tal ajuizamento

<sup>4</sup> ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 243.

estaria fadado ao insucesso, tendo em vista a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para o controle direto.

Esse entendimento é unânime na doutrina pátria, seguido também pelo Supremo Tribunal Federal e pela maioria dos tribunais do país, e vale não somente para o caso da ação civil pública, mas também para outros remédios constitucionais, como o mandado de segurança, por exemplo, que já mereceu até súmula do STF<sup>5</sup>.

Entretanto, o que vem acontecendo em muitos tribunais e que se reflete na jurisprudência é que muitas vezes ocorrem ajuizamentos de ações civis públicas totalmente desligadas de uma relação jurídica concreta, objetivando só a declaração de inconstitucionalidade, nominada falsamente de *incidenter tantum*.

Sobre esse fenômeno discorreu muito apropriadamente Arruda Alvim ao afirmar que:

*O que se percebe, claramente, é que, não incomumente, propõe-se ações civis públicas, de forma desconectada de um verdadeiro litígio, com insurgência, exclusivamente, contra um ou mais de um texto legal, e o que se pretende 'na ordem prática ou pragmática' é que, declarada a inconstitucionalidade de determinadas normas, não possam mais elas vir a ser aplicadas, no âmbito da jurisdição do magistrado ou do Tribunal a esse sobrepostos. Ou, se, linguisticamente, não se diz isso, é o que, na ordem prática resulta de uma tal decisão*<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Súmula n.º 266 do STF: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

<sup>6</sup> A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de proteção e defesa do consumidor, Revista de Processo, vol. 81, p. 130.

Nessas mencionadas ações civis públicas não há, efetivamente, fatos concretos que ensejariam a declaração incidental de inconstitucionalidade, e sim, uma questão que visa, em último exame, à declaração abstrata de inconstitucionalidade, configurando-se em objeto principal da ação civil pública, o que não é permitido<sup>7</sup>.

Tais abusos são mais comuns do que se imagina, conforme demonstra a ementa do acórdão a seguir:

RECLAMAÇÃO. CONTROLE CONCENTRADO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AS AÇÕES EM CURSO NA 2ª E 3ª VARAS DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO – OBJETO DA PRESENTE RECLAMAÇÃO – NÃO VISAM AO JULGAMENTO DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA CONCRETA, MAS AO DA VALIDADE DE LEI EM TESE, DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO SUPREMO TRIBUNAL (ARTIGO 102-I-A DA CF). CONFIGURADA A USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO PARA O CONTROLE CONCENTRADO, DECLARA-SE A NULIDADE AB INITIO DAS REFERIDAS AÇÕES, DETERMINANDO SEU ARQUIVAMENTO, POR NÃO POSSUÍREM AS AUTORAS LEGITIMIDADE ATIVA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (RCL N.º 434/SP, Relator Ministro Francisco Rezek, DJ Data 09-12-94, pp-34081 Ement vol-01770-01 pp-00080)<sup>8</sup>.

7 STF – Reclamação nº 601, relator ministro Carlos Velloso, Revista de Direito Administrativo n.º 206, p.269.

8 Ementa retirada do site do Supremo Tribunal Federal: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

Apesar da constante utilização inadequada da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, não há grandes controvérsias doutrinárias a respeito dessa matéria, uma vez que é incontestável e evidente a usurpação da competência do STF para a realização do controle abstrato das leis.

No que tange a essa abusiva utilização da ação civil pública, cabe somente fazer uma crítica aos operadores do direito que, após quase 16 anos de existência da Lei nº 7347/85, ainda não conseguiram visualizar a finalidade ímpar que foi conferida à ação civil pública: a defesa dos interesses e direitos metaindividuais, apenas.

### 3.3 Ação civil pública e o controle difuso ou incidental de constitucionalidade - possibilidade

Se com relação à utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade há uma opinião unânime, tanto da doutrina como da jurisprudência, de que ela é inadequada e incompatível com o modelo de controle de constitucionalidade instituído no país, o mesmo não se pode dizer com relação ao controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública.

Em face das características peculiares que contornam a ação civil pública, muito se tem discutido, ainda hoje, acerca da adequação dessa ação para o controle de constitucionalidade das leis, na modalidade de controle incidental ou concreto.

Há uma verdadeira confusão por parte da doutrina a respeito do assunto, considerando-se o fato de que uma grande parte dos juristas atuais se posicionaram

sobre a matéria, sem ao menos levar em conta a integração que deve existir entre os aspectos processuais e constitucionais do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública, aspectos esses absolutamente indispensáveis para se chegar à solução mais coerente juridicamente.

Estava certo Lúcio Bittencourt quando dizia, em 1968, que “desde que existe, ou possa existir, um litígio e para sua decisão seja mister o exame da eficácia da lei, pouco importa a forma processual adotada”<sup>9</sup>. Entretanto, quando disse isso, ainda não tinha sido instituída a Lei da Ação Civil Pública, que deu tratamento totalmente diferenciado no que se refere ao regime da coisa julgada do processo tradicional.

Desde então, muitos autores acreditam que não é possível o controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública, tendo em vista a eficácia *erga omnes* ou *ultra parte*: da coisa julgada dessa ação, o que transformaria esse julgado numa decisão com eficácia geral e irrestrita a respeito da incompatibilidade de uma determinada lei em face da Constituição, isto é, com eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade.

Um dos ferrenhos defensores da teoria que não admite o controle difuso de constitucionalidade de leis

9 O controle jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, p.101, apud ALVIM, Arruda. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de proteção e defesa do consumidor. Revista de Processo. São Paulo, n. 81, p.130, jan/mar. 1996.

no âmbito da ação civil pública é o ilustre doutor Gilmar Ferreira Mendes<sup>10</sup>, podendo-se atestar essa posição nos argumentos a seguir:

*(...) em face das próprias especificidades processuais que caracterizam a ação civil pública, poder-se-ia ainda cogitar de um controle meramente incidental ou concreto de constitucionalidade cuja eficácia restaria limitada às partes envolvidas na controvérsia? Ou, de fato, estamos diante de um processo especialíssimo, de característica notoriamente objetiva, isto é, sem partes, no qual o requerente atua na defesa genérica do interesse público? (...). A parte ativa nesse processo não atua na defesa de interesse próprio, mas procura defender um interesse público devidamente caracterizado. Assim sendo, afigura-se difícil senão impossível sustentar-se que a decisão que, eventualmente, afastasse a incidência de uma lei considerada inconstitucional, em ação civil pública, teria efeito limitado às partes processualmente legitimadas. (...)*

*Nessas condições, para que se não chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela aca-*

10 Gilmar Ferreira Mendes já publicou diversos artigos sobre esse assunto, excelentes para um melhor aprofundamento na matéria, tais como: “O controle de constitucionalidade e a ação civil pública”, Revista IOB/DCAP, n. 4, p.37, abr.1997; **Ação civil pública e controle de constitucionalidade**, publicado no Livro do II Fórum de Direito Econômico, Foz do Iguaçu, IBCB, p.123-236); e sua obra **Direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**, p.378-385.

*baria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais<sup>11</sup>.*

Outro ilustre constitucionalista que também sustenta o posicionamento do doutor Gilmar Ferreira Mendes é Alexandre de Moraes, que revela tal conduta ao afirmar que deve ser vedada a obtenção de efeitos *erga omnes* nas declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de ação civil pública, não importando se tal declaração consta como pedido principal ou como pedido *incidenter tantum*, pois mesmo nesse a declaração de inconstitucionalidade poderia não se restringir somente às partes daquele processo, em virtude da previsão dos efeitos nas decisões em sede de ação civil pública dada pela Lei n° 7347/85<sup>12</sup>.

Tal entendimento não é adotado apenas por uma parte da doutrina, mas é também o posicionamento adotado por alguns tribunais pátrios e juízes monocráticos, cujas ementas das decisões vêm, *data venia*, transcritas a seguir:

**STF - Embargos de declaração no Recurso especial n.º 134.979 – GO (1997/0039028-4). Rel. Ministro Garcia Vieira, DJU 3, 01/03/2001, p.39.**  
**EMENTA:** AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. Não há no acórdão embargado nenhuma obscuridade, contradição ou omissão. Não pode a ação civil pública ser utilizada como meio de

*se declarar inconstitucionalidade de lei municipal, nem mesmo para declaração incidental. Embargos rejeitados.*

**APC 51808/99, rel. Des. LECIR MANOEL DA LUZ, DJ 14.6.2000, p.41. EMENTA:** CONSTITUCIONAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEI DISTRITAL AUTORIZANDO A OCUPAÇÃO DE ÁREAS PÚBLICAS – EFEITO ERGA OMNES – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – DECLARAÇÃO INCIDENTER TANTUM – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – IMPROCEDÊNCIA DO RECURSO – UNÂNIME:

*(...). Sob pena de subversão de todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle de direto e abstrato no plano de jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter necessariamente eficácia transcendente das partes formais. Assim, eventual pronúncia de inconstitucionalidade da lei levada a efeito pelo Juízo Monocrático terá força idêntica à da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle direto de inconstitucionalidade de lei, mesmo que a interprete como incidenter tantum face aos efeitos erga omnes da decisão.*

Alguns juristas, entretanto, adotam uma posição intermediária acerca do assunto, afirmando ser possível ação civil pública pleiteando controle difuso de constitucionalidade, desde que os efeitos *erga omnes*

<sup>11</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 379-381.  
<sup>12</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos constitucional*. 5. ed. rev. amp. São Paulo: atlas, 1999. p. 536.

sejam apenas para uma categoria limitada de protegidos e não para toda a sociedade, isto é, somente caberia ação civil pública quando essa tiver como objeto interesse metaindividual coletivo e individual homogêneo (vedando-a, portanto, quando seu objeto for interesse metaindividual difuso)<sup>13</sup>.

No entanto, nos parece possível afirmar que nenhum dos dois posicionamentos demonstrados acima estejam corretos. Há ausência, no embasamento teórico daqueles doutrinadores, da distinção básica existente entre o pedido principal e a causa de pedir da ação civil pública e da ação direta de inconstitucionalidade.

Na verdade, analisando-se pelo aspecto processual, não há, na verdade, identidade de objetos entre essas duas ações. Na ação civil pública, o pedido principal, objeto da ação, é a tutela de um direito subjetivo de um grupo ou de um número indeterminado de pessoas que está sendo violado, tendo por causa de pedir a possível inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, que se configura em questão prejudicial a ser decidida na motivação da sentença.

Já na ação direta de inconstitucionalidade, não há nenhum direito subjetivo violado, nenhum caso concreto a ser resolvido, uma vez que o pedido principal desse tipo de ação é apenas a declaração da lei em tese. Como ensina Oswaldo Luiz Palu<sup>14</sup>, na ação direta de

13 CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes LUIZ de Pádua. *Os limites entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) e a Ação civil pública: Carência de ação quando a Ação Civil Pública for usada como forma paralela de declaração do efeito erga omnes*. Os políticos nítul na Internet [http://www.mppr.com.br/teses/teses/tema 202% 20% tese% 2041. ltrm](http://www.mppr.com.br/teses/teses/tema%2020%20tese%2041.htm). Acesso em 12 mar. 2001.

14 PAULO, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: *Revista dos Tribunais* 1999.

inconstitucionalidade há apenas a tutela de um direito objetivo, com provimento declaratório normativo, sem execução.

Ora, sabe-se que os limites objetivos da coisa julgada, no âmbito da defesa dos interesses metaindividuais, serão aqueles mesmos limites já definidos pela lei e pela doutrina para o processo tradicional, ou seja, a sentença faz coisa julgada somente sobre o pedido principal, não atingindo, portanto, os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença, bem como a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Dessa forma, a ação civil pública, ao tutelar a proteção de um determinado interesse metaindividual, no caso concreto, pode ter como causa de pedir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, fundamento esse que não sofrerá os efeitos da coisa julgada material. O limite objetivo da coisa julgada é restrito ao conteúdo do de *cisum*, e não a eventuais questões prejudiciais ou outras questões apreciadas na motivação da sentença.

A lição de Hugo Nigro Mazzilli demonstra, com eficiência, a procedência do argumento de possibilidade de controle difuso no âmbito de ação civil pública:

*A jurisprudência tem recusado o uso de ação civil pública destinada a atacar leis em tese, junto aos juízos de primeiro grau, o que tornaria*

sejam apenas para uma categoria limitada de protegidos e não para toda a sociedade, isto é, somente caberia ação civil pública quando essa tiver como objeto interesse metaindividual coletivo e individual homogêneo (vedando-a, portanto, quando seu objeto for interesse metaindividual difuso)<sup>13</sup>.

No entanto, nos parece possível afirmar que nenhum dos dois posicionamentos demonstrados acima estejam corretos. Há ausência, no embasamento teórico daqueles doutrinadores, da distinção básica existente entre o pedido principal e a causa de pedir da ação civil pública e da ação direta de inconstitucionalidade.

Na verdade, analisando-se pelo aspecto processual, não há, na verdade, identidade de objetos entre essas duas ações. Na ação civil pública, o pedido principal, objeto da ação, é a tutela de um direito subjetivo de um grupo ou de um número indeterminado de pessoas que está sendo violado, tendo por causa de pedir a possível inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, que se configura em questão prejudicial a ser decidida na motivação da sentença.

Já na ação direta de inconstitucionalidade, não há nenhum direito subjetivo violado, nenhum caso concreto a ser resolvido, uma vez que o pedido principal desse tipo de ação é apenas a declaração da lei em tese. Como ensina Oswaldo Luiz Palu<sup>14</sup>, na ação direta de

13 CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes LUIZ de Pádua. *Os limites entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) e a Ação civil pública: Carência de ação quando a Ação Civil Pública for usada como forma paralela de declaração do efeito erga omnes*. Os políticos nítul na Internet [http://www.mppr.com.br/teses/teses/tema 202% 20% tese% 2041. ltm](http://www.mppr.com.br/teses/teses/tema%202%20%20tese%2041.htm). Acesso em 12 mar. 2001.

14 PAULO, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: *Revista dos Tribunais* 1999.

inconstitucionalidade há apenas a tutela de um direito objetivo, com provimento declaratório normativo, sem execução.

Ora, sabe-se que os limites objetivos da coisa julgada, no âmbito da defesa dos interesses metaindividuais, serão aqueles mesmos limites já definidos pela lei e pela doutrina para o processo tradicional, ou seja, a sentença faz coisa julgada somente sobre o pedido principal, não atingindo, portanto, os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença, bem como a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

Dessa forma, a ação civil pública, ao tutelar a proteção de um determinado interesse metaindividual, no caso concreto, pode ter como causa de pedir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, fundamento esse que não sofrerá os efeitos da coisa julgada material. O limite objetivo da coisa julgada é restrito ao conteúdo do de *cisum*, e não a eventuais questões prejudiciais ou outras questões apreciadas na motivação da sentença.

A lição de Hugo Nigro Mazzilli demonstra, com eficiência, a procedência do argumento de possibilidade de controle difuso no âmbito de ação civil pública:

*A jurisprudência tem recusado o uso de ação civil pública destinada a atacar leis em tese, junto aos juízos de primeiro grau, o que tornaria*

*indevido sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade ou mesmo da ação interventiva. Entretanto, assim como ocorre nas ações populares e mandado de segurança, a inconstitucionalidade de um ato normativo pode ser causa de pedir (não o próprio pedido) de uma ação civil pública ou coletiva. Exemplificando, pode ser ajuizada ação civil pública para impedir lançamento ou cobrança de tributos baseados em lei inconstitucional*<sup>15</sup>.

Vale ressaltar, ainda, que a questão da declaração incidental de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública não faz coisa julgada material nem entre as partes desse processo, quanto mais *erga omnes*. O que acontece, na verdade, é uma confusão, por parte de uma parcela da doutrina, acerca da distinção existente entre a eficácia da sentença e a coisa julgada. Por exemplo, no caso da ação civil pública, cujo fundamento seja a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a decisão dessa ação tem, de fato, eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, dependendo, no caso, do interesse envolvido; no entanto, a autoridade da coisa julgada material não atingirá o pedido incidental de declaração de inconstitucionalidade, com já foi explicitado, podendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal, posteriormente, em sede da ação direta de inconstitucionalidade, decidir de forma contrária, isto é, declarando a lei constitucional.

Todos esses aspectos acima manifestados são corroborados por João Batista de Almeida ao ensinar que:

15 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 10. ed. rev. ample. e atual. São Paulo: Saraiva, p.43 1998.

*(...) o controle difuso, incidental, no caso concreto, é admitido em toda e qualquer ação, como tal definida no CPC, inclusive a ação civil pública. A diferença é que o magistrado de primeiro grau não declara nenhuma inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, apenas afasta a sua aplicação e decide a causa segundo o seu convencimento. Além disso, a ação civil pública, diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade, tem partes definidas, que buscam bem jurídico concreto, em geral de ordem patrimonial, o que só pode ser conseguido na via ordinária normal, jamais mediante controle direto. Por fim, a questão dos efeitos erga omnes da sentença nenhuma influência terá na competência privativa do STF, a ponto de invadi-la, porque de competência não se trata. A questão é meramente de limites subjetivos da coisa julgada*<sup>16</sup>.

No mesmo sentido é o entendimento da desembargadora Ana Maria Amarante, da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, proferido no voto do julgamento do Acórdão nº 134285, DJU 01/03/2001, que, data venia, vem-se transcrever:

*Senhor Presidente, com a devida vênua dos nobres Pares, continuo entendendo que a solução de questão prejudicial incidenter tantum não faz coisa julgada material entre as partes, muito menos erga omnes, a teor do art. 469, inciso III do Código de Processo Civil.*

16 ALMEIDA, op. cit., p. 243-244

*Confesso, assim, que nunca vislumbrei este óbice: a admissibilidade do controle da constitucionalidade das leis incidenter tantum quando se constitui apenas em causa de pedir, em supedâneo jurídico para outro provimento, esse sim, de natureza condenatória – a abstenção de atos ou a prática de fatos.*

*Realmente, o que difere o controle da constitucionalidade das leis pelo critério difuso, realizável por qualquer órgão jurisdicional nos limites da sua competência e nas causas que lhes são submetidas, vem a ser o fato de não se erigir em pedido principal. O pedido é sempre outro. É um pedido sempre de defesa de um direito, daí ser chamado via de exceção, no bojo de um caso concreto, ou controle concreto. Assim sendo, não consigo vislumbrar onde estaria a invasão da competência do controle concentrado, realizado em relação à Constituição Federal pelo excelso Pretório, para fazer valer a Lei Orgânica do Distrito Federal pelo Órgão Especial desta colenda Corte.*

*No controle concentrado, o pedido único é o de declaração da inconstitucionalidade de uma lei sem qualquer confronto com o caso concreto, sem qualquer pedido outro de providência condenatória constitutiva, ou mesmo declaratória, envolvendo matéria diversa. Assim, se essa declaração não é objeto do pedido principal e se faz incidenter tantum, apreciada nos fundamentos de uma decisão, não há qualquer subtração da competência das colendas Cortes já mencionadas do controle em abstrato.*

*O que vejo nessas demandas, em que a nobre instituição do Ministério Público do Distrito Federal vem propondo em uma luta titânica contra a desordenada ocupação do solo de Brasília, é que temos que continuar a amparar essa pretensão pelo motivo de que, por exigir providências concretas, não comportaria matéria apreciável em sede de controle abstrato. O que o Ministério Público do Distrito Federal demanda é providência concreta, imediata bastante para coibir a proliferação dessas medidas que, mais e mais, comprometem a ocupação do solo urbano de Brasília, como é o caso. Essas providências só podem ser obtidas na sede que elegeru, em sede de ação civil pública, na tutela de interesses difusos coletivos na espécie. Nem poderia o Judiciário, com facilidade, se desinvestir de um dos mais poderosos meios para fazer valer o ordenamento jurídico diante de casos concretos.*

*Desde 1803, no caso Marbury X Madison, ficou assentado que o controle da constitucionalidade das leis é ínsito à função jurisdicional: ao aplicar a lei ao caso concreto, incumbe ao juiz verificar a validade dessa lei - seu supedâneo em sede de Lei Maior. Por isso, continuo pugnando pela realização do controle também em ação civil pública, sempre que não seja o controle da constitucionalidade o único pedido em abstrato deduzido, pois, aí sim, e somente aí, haveria a invasão da competência dos órgãos – o Supremo Tribunal Federal e esta Corte, em seu Conselho Especial, nas hipóteses já vistas. No caso concreto, não diviso irreversibilidade em se tratando das medidas obstativas de providências (...)<sup>17</sup>.*

17 Inteiro teor do acórdão capturado do site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal: [www.tjdf.gov.br](http://www.tjdf.gov.br)

#### 4- CONCLUSÃO

De acordo com o que foi acima explorado, chegue-se finalmente à conclusão de que não há nenhuma incompatibilidade entre a ação civil pública e o controle difuso de constitucionalidade, devendo-se, portanto, considerar legítima a utilização desse tão moderno instrumento processual como instrumento de controle difuso de constitucionalidade, assim como é possível com o mandado de segurança e outras ações processuais.

Vale ainda, e por fim, ressaltar que há uma decisão recente do egrégio Supremo Tribunal Federal, em sede da ação de Reclamação nº 1.733-SP (medida liminar), decisão publicada no DJU de 1º. 12.2000, em que foi relator o Ministro Celso de Mello, que confirma o entendimento acima exposto no sentido de admitir a declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública.

#### 5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção Jurídica do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVIM, Arruda. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e defesa do consumidor. **Revista de Processo**. São Paulo, n.81, p.127-134, Jan/Mar 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 10.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular e ação civil, pública, mandado de injunção, “habeas data”**. 19.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5.ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 1999.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Os limites entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) e a Ação Civil Pública: Carência de ação quando a Ação Civil Pública for usada como forma paralela de declaração de inconstitucionalidade, após análise da extensão do efeito erga omnes**. Disponível na Internet <http://www.mppr.com.br/teses/Teses/Tema%202%20-%20Tese%2041.htm>. Acesso em 12 mar. 2001.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TEMER, Michel. **Elementos do direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. A ação civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público. *AJURIS*. Porto Alegre, n. 56, p.35-55, nov/1992.

## OS MEIOS DE ACESSO DO CIDADÃO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E A CRISE DE EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

**Lenio Luiz Streck**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS-RS - Mestre e doutor. Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

### SUMÁRIO

1- A CONSTITUIÇÃO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. 2- O ACESSO À JUSTIÇA E À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: AS PECULIARIDADES DO SISTEMA BRASILEIRO. 3- A AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E O RECURSO CONSTITUCIONAL ALEMÃO: SIMILITUDES E DIFERENÇAS. 4- OS AVANÇOS E OS RECUOS DA LEI 9.882-99 5- À GUIA DE CONCLUSÃO.

### 1- A CONSTITUIÇÃO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1. Passados doze anos desde a promulgação da Constituição, boa parte das regras e princípios nela previstos continuam *inefcazes*. Essa inefetividade põe em xeque, já de início, o próprio artigo 1º da Constituição, que prevê *a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República brasileira*, que, segundo o mesmo dispositivo, constitui-se em um Estado Democrático de Direito. Daí a necessária pergunta: qual é o papel (e a responsabilidade) do jurista nesse complexo jogo de forças, no interior do qual Konder

Comparato<sup>1</sup> denuncia a “morte espiritual da Constituição”? Quais as condições de acesso à justiça do cidadão, visando ao cumprimento (judicial) dos direitos previstos na Constituição?

2. É mais do que evidente que a Constituição de 1988 é uma Constituição classificável como social, incluindo-se no moderno Constitucionalismo, lado a lado com as Constituições européias do pós-guerra. Mais do que isso, **é uma Constituição dirigente, contendo no seu ideário a expectativa de realização dos direitos humanos e sociais até hoje (só) negados à sociedade brasileira.** Mas não basta a vigência do texto; o que é preciso é efetivá-lo. Um olhar retrospectivo já se torna suficiente para diagnosticar a necessidade urgente de uma mudança na postura dos juristas/operadores do Direito. Dito de outro modo, há que se redimensionar o papel do jurista e do Poder Judiciário nesse complexo jogo de forças (sociais e políticas), na exata medida em que se coloca o seguinte paradoxo: **Uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só) nega a aplicação de tais direitos.**

3. Sendo a Constituição brasileira uma Constituição social, é absolutamente lógico afirmar que o seu conteúdo está voltado/dirigido para o resgate das promessas da modernidade. O Direito, enquanto legado da modernidade - até porque temos (formalmente) uma

<sup>1</sup> O jurista Fábio Konder Comparato publicou veemente artigo no jornal Folha de São Paulo (10.5.98, p.1-3), fazendo críticas às reformas constitucionais. Na abertura do texto, Comparato diz: “Não sejamos ridículos. A Constituição de 1988 não está mais em vigor. (...) A Constituição é hoje o que a Presidência (da República) quer que ela seja, sabendo-se que todas as vontades do Planalto são confirmadas pelo Judiciário”.

Constituição democrática - deve ser visto, hoje, **como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas.** Em nosso país, não há dúvida de que, sob a ótica do Estado Democrático de Direito - **em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social** -, ocorre uma desfuncionalidade do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei. O Direito brasileiro e a dogmática jurídica<sup>2</sup> que o instrumentaliza estão assentados em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa desfuncionalidade que, paradoxalmente, vem a ser a sua própria funcionalidade! Ou seja, não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem - em face da emergência de um novo modelo de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito - desse (velho/defasado) Direito, produto de um modelo liberal-individualista-normativista de direito.

4. Não surpreende, pois, que importantes institutos jurídicos previstos na nova Constituição continuem ineficazes. O problema eficaz das normas passa, fundamentalmente, por um redimensionamento do papel dos operadores do Direito, do Poder Judiciário e do Ministério Público, defensor da ordem jurídica e do regime democrático. Para tanto, **deve ficar claro que a função do Direito - no modelo instituído pelo Estado Democrático de Direito - não é mais aquela do Estado Liberal-Absenteísta. O Estado Democrático de Direito representa um plus normativo em relação ao Estado Social.** Dito de outro modo, o Estado

<sup>2</sup> As críticas deste texto são dirigidas, à evidência, à dogmática jurídica não-garantista, que não questiona as vicissitudes do sistema jurídico, reproduzindo esta injusta e desigual ordem social. Ou seja, as críticas aqui feitas ressalvam e reconhecem os importantes contributos críticos - e não são poucos - construídos/elaborados ao longo de décadas em nosso país.

Democrático de Direito põe à disposição dos juristas os mecanismos para a implantação das políticas do *welfare state*, compatíveis com o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.

## 2-O ACESSO À JUSTIÇA E À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: AS PECULIARIDADES DO SISTEMA BRASILEIRO

5. Antes de tudo, é necessário registrar que, em termos de controle de constitucionalidade, acesso à justiça e à jurisdição constitucional, muito pouco temos a comemorar em nosso país. Com efeito, formou-se no imaginário dos operadores do Direito uma espécie de “baixa constitucionalidade”. Explicando: tornado independente de Portugal, a primeira Constituição brasileira não estabeleceu controle de constitucionalidade *stricto sensu*. Inspirados (*sic*) no modelo revolucionário francês – veja-se o paradoxo disso, uma vez que a Constituição de 1824 foi outorgada pelo déspota Imperador – foi confiada ao Poder Legislativo a tarefa de controlar a legalidade/constitucionalidade das leis. Com isto que, em todo o período colonial-imperial, que durou mais de 70 anos, somente em duas oportunidades foi feito o citado “controle”.

6. Como se isso não bastasse, com o advento da República, importamos o sistema de controle difuso jurisdicional vigente nos Estados Unidos. Lamentavelmente, não se deram conta os republicanos brasileiros de que os Estados Unidos dispunham de uma fórmula apta a conceder efeito *erga omnes* advinda da tradição inglesa – o *stare decisis* – próprio do sistema jurídico da *common law* – às decisões da Suprema Corte decididas em grau de recurso. Por incrível que possa parecer, em plena República, durante 43 anos, ficamos sob os auspícios de um sistema de controle jurisdicional difuso que somente funcionava *inter partes*.

7. O “avanço” representado pela Constituição de 1934 tão-somente teve o condão de fazer com que as decisões do STF em sede de controle difuso fossem remetidas ao Senado (como ocorre hoje com o art. 52, X), cuja conseqüência era de, uma vez suspensa a execução da lei, conceder eficácia *erga omnes* à decisão.

8. Tirante o período da ditadura Vargas, quando houve retrocesso no campo do controle de constitucionalidade – podendo o Poder Legislativo, por voto de dois terços, revogar o decisão de inconstitucionalidade tomada pelo Supremo Tribunal Federal -, a Constituição de 1946 não trouxe novidades no que diz respeito ao controle da constitucionalidade. Com efeito, tivemos que esperar até o ano de 1965 para que passássemos a ter um modo de conceder efeito *erga omnes* às decisões em ações (representações) de inconstitucionalidade (EC 16/95).<sup>3</sup>

9. Em face de tudo isso, fazendo um breve inventário, não é temerário reafirmar que pouco temos a comemorar em termos de jurisdição constitucional no Brasil. Afinal de contas, excluindo o período colonial, quando sequer se falou em controle de constitucionalidade, os primeiros 50 anos da República pouco significaram para aquilo que se denomina, hodiernamente, de jurisdição constitucional. A isso se deve agregar que mesmo a inovação consistente na remessa da decisão do Supremo Tribunal Federal para o Senado não representou grandes avanços, mormente se compararmos os modelos brasileiros com os sistemas de controle de constitucionalidade que vigoram no resto do mundo.

<sup>3</sup> Ressalvo, por óbvio, a assim denominada ação “direta de inconstitucionalidade” destinada a proceder à intervenção nos Estados (ação direta interventiva), que, como se sabe, tinha limites e contornos bem definidos, não servindo, nem de longe, para solucionar o problema em debate.

10. Com isso se explica parte da crise constitucional brasileira, representada, entre outros fatores, pela pouca importância que se tem dado ao direito constitucional e ao próprio texto constitucional, questão que assume foros de dramaticidade se levarmos em conta o novo modelo de Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição de 1988, caudatária da tradição das Constituições dirigentes do pós-guerra. É nesse contexto, pois, que se torna importante discutir *as formas de acesso do cidadão à jurisdição constitucional*, isso porque a realização dos direitos previstos na Constituição - quer sob a forma de preceitos, quer sob a forma de princípios - não pode depender apenas de mecanismos cuja titularidade afaste o cidadão. Nesse sentido, é rico o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro estabelecido a partir da nova ordem constitucional, *porque assume uma duplicidade de possibilidades, abrangendo o controle concentrado<sup>4</sup>, na forma comissiva e omissiva, e o controle difuso*. Para

4 De registrar que o **controle concentrado (abstrato)** de constitucionalidade é feito pelo Supremo Tribunal Federal mediante os seguintes mecanismos: **a) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn)**, que compreende duas modalidades: **I. a genérica**, destinada à decretação in abstrato, de lei ou ato normativo federal ou estadual; esse mesmo controle direto e concentrado é delegado aos Estados-membros, cujos Tribunais são competentes para o julgamento de ADIn's decorrentes de inconstitucionalidades de leis estaduais e municipais em relação às Constituições Estaduais; o efeito das ADIn's, tanto propostas no âmbito federal como no âmbito estadual, é erga omnes e ex tunc, podendo ser propostas pelas autoridades e entidades elencadas no art. 103 da CF e, nos Estados, conforme previsão nas respectivas Cartas Estaduais; **II. a interventiva**, que pode ser federal, cuja iniciativa é do Procurador-Geral da República e de competência do STF (arts. 36, III, 102, I, "a" e 129, IV), e estadual, por provocação do Procurador-Geral de Justiça; destina-se a promover a intervenção da União nos Estados e dos Estados nos municípios, respectivamente; **b) A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)**, introduzida na Constituição Federal através da Emenda n.3, cujo efeito é vinculativo e erga omnes; a titularidade é restrita ao Procurador-Geral da República, ao Presidente da República e às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado; não há previsão de competência dos Tribunais Estaduais para a apreciação e julgamento de ADC's; **c) A Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIPO)**, inovação da Constituição de 1988, pela qual "declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias"; os legitimados são os mesmos da ADIn; os Estados-membros podem prever em suas Constituições esse tipo de ação; **d) acrescimento, por último, como forma de controle de constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**, previsto no art. 102, par. 1º, da CF. Isso porque, conforme previsto na nova lei 9.882 que regulamentou a ADPF, as decisões em sede de arguição de descumprimento têm eficácia contra todos e efeito vinculante.

os objetivos dessas reflexões, torna-se relevante dizer que o controle difuso de constitucionalidade, vigente no Brasil desde a implantação da República, permite que, no curso de qualquer ação, seja argüida/suscitada a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, podendo tanto ser municipal, estadual ou federal.<sup>5</sup> Nesse caso, o juiz singular pode deixar de aplicar a lei.

11. Desse modo, ao contrário do que ocorre na maioria dos países da Europa - que estabeleceram Tribunais Constitucionais, não pertencentes ao Poder Judiciário - no Brasil qualquer juiz de direito de primeira instância pode deixar de aplicar uma lei, se entendê-la inconstitucional. Nos Tribunais de Segunda Instância (Tribunais de Justiça dos Estados-membros, no âmbito da Justiça Comum; Tribunais Regionais Federais, no âmbito da Justiça Federal)<sup>6</sup> o controle difuso se estabelece com *a instalação do incidente de inconstitucionalidade*, ocasião em que o processo fica suspenso e a questão constitucional é remetida ao Órgão Especial do Tribunal. O quorum exigido para a declaração da inconstitucionalidade é o de maioria absoluta (art. 97 da CF).<sup>7</sup>

5 Qualquer das partes pode levantar a questão da (in)constitucionalidade, assim como também o Ministério Público e, de ofício, pelo juiz da causa.

6 A regra que exige a suscitação do incidente de inconstitucionalidade também se aplica ao Superior Tribunal de Justiça, conforme dispõem os arts. 199 e 200 do Regimento Interno. Outra hipótese de declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STJ pode ocorrer por ocasião do julgamento, perante o Órgão Pleno, de causa ou recurso de sua competência. No Supremo Tribunal Federal não é exigida a formação do incidente (arts. 176, 177 e 178 do RISTF). Com efeito, feita a argüição em processo de competência da Turma, e considerada relevante, será ele submetido ao Plenário, independentemente de acórdão, depois da manifestação do Ministério Público. Assim, diferentemente do que ocorre nos demais Tribunais, o Plenário do STF julga a prejudicial de inconstitucionalidade e as demais questões (mérito da causa).

7 Importante registrar recente alteração ocorrida no Código de Processo Civil (art. 480, parágrafo único) pelo qual "Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal."

12. Em sede de controle difuso, o meio processual para levar uma questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal é o Recurso Extraordinário (art. 102, III, "a", "b" e "c" da CF). Para ensejar o Recurso Extraordinário, a decisão recorrida deve *contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou ato normativo de governo local contestado em face da Constituição*.<sup>8</sup> O efeito da

8 O acesso ao Supremo Tribunal Federal via recurso extraordinário (o mesmo se podendo dizer com relação ao Superior Tribunal de Justiça, via recurso especial) ficou seriamente comprometido em face da regra contida no art. 38 da Lei 8.038/90, pelo qual "o relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal". Mais recentemente, a Lei Federal 9.756, de 17 de dezembro de 1998, ao modificar o art. 557 do Código de Processo Civil, acrescentou como fator impeditivo de exame de recurso especial ou extraordinário a contrariedade à jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores. O ponto nevrálgico reside, assim, na circunstância de que o sistema jurídico brasileiro não permite, nem por despacho monocrático e nem por decisão de Turma, que uma Súmula (ou a jurisprudência dominante) passe a ter força de lei (portanto, caráter vinculante). Dito de outro modo: se o comando do art. 38 e da nova Lei 9.756 fosse no sentido de que a Turma (órgão fracionário) do STF ou do STJ (e não na monocracia do relator) pudesse, de plano, mandar arquivar recurso especial ou extraordinário que contrariasse Súmula ou a jurisprudência dominante, a inconstitucionalidade permaneceria pelas mesmas razões. Na verdade, a contradição principal do problema reside no seguinte aspecto: o art. 105, III, a, da Constituição Federal, diz que cabe recurso especial quando a decisão recorrida contrariar lei federal. E o art. 102, III, estabelece o cabimento de recurso extraordinário quando existir violação da Constituição e não de Súmula ou jurisprudência dominante do STF. Nos termos do art. 38 e da Lei 9.756, o relator (ou a Turma, depois do agravo) negará, de plano, seguimento a recurso de decisão que for contrária a uma Súmula ou jurisprudência. Ora, como jurisprudência não é lei, o art. 38, parte final, e o art. 557 do CPC estão em desacordo com a Constituição Federal. O mesmo vale para a letra c do art. 105, III, da CF, pois, se, em tese, deve ser admitido até mesmo recurso especial com pedido flagrantemente contra legem, bastando que haja um acórdão paradigma em sentido contrário à decisão recorrida, não é possível admitir que a ofensa à Súmula (ou jurisprudência dominante) do Tribunal possa impedir o conhecimento do mérito do recurso. Lamentavelmente, o Supremo Tribunal Federal, ao ser questionado a respeito por ocasião do mandado de injunção 375 (AgRg), não enfrentou o problema, ficando, tão-somente, na contradição secundária. Conseqüentemente, com a manutenção da parte final do art. 38, e agora com a nova redação dada ao art. 557 do CPC, tem-se que todos recursos contrários à Súmula e à jurisprudência estão, de plano, condenados ao arquivamento, o que provoca o congelamento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, em especial, do próprio STF, destinatário do recurso extraordinário-constitucional. Nesse sentido, consultar Streck, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro. Eficácia, Poder e Função. A ilegitimidade do efeito vinculante*. 2a; edição. Porto Alegre, 1998; tb. Pinto, Nelson Luis. *Recurso Especial para O STJ*. São Paulo, Malheiros, 1992, pp. 168 e segs.

decisão em recurso extraordinário é *inter partes*. Na hipótese de o Supremo Tribunal declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em sede de recurso extraordinário, o Tribunal remeterá a matéria ao Senado da República, para que esse suspenda a execução da referida lei (art. 52, X, da CF). Com isso, o efeito da decisão em sede de controle difuso passará a ser *erga omnes e ex nunc*.<sup>9</sup>

13. Vê-se, assim, que, no plano do controle da constitucionalidade, a via de acesso através do controle difuso compreende a possibilidade de o cidadão, como questão incidental/prejudicial em uma ação judicial,<sup>10</sup> provocar, *individual e isoladamente*, a discussão da (in)constitucionalidade da lei e do ato normativo. Ao lado do controle de constitucionalidade difuso, outro instrumento relevante para a busca da realização dos direitos previstos na Constituição é o mandado de injunção, previsto no inciso LXXI, pelo qual,

*conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*

9 Registre-se que o Senado, ao receber a decisão do STF proferida no Recurso Extraordinário n. 150.764-1-PE, negou-se a dar eficácia erga omnes à referida decisão, deixando, assim, de suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. Isso demonstra que a matéria não é pacífica naquilo que se refere à obrigatoriedade ou não de o Senado suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais pelo STF em sede de controle difuso. Nesse sentido, ver Clève, Clemerson M. A. *Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade*. São Paulo, RT, 1995, p. 185.

10 Não se deve olvidar as hipóteses de *competência originária* do Supremo Tribunal Federal para julgar habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, reclamação e demais ações delimitadas no art. 102, inciso I e suas alíneas. Assim, no curso de tais ações, como questão prejudicial, também se torna possível o estabelecimento do controle difuso de constitucionalidade. Isso também se aplica ao recurso ordinário advindo de habeas corpus, mandado de segurança, habeas data e mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (art. 102, II).

O instituto do mandado de injunção<sup>11</sup> tem como comparativo no direito alienígena o *writ of injunction* do direito anglo-americano. O conteúdo de sua decisão deve(ria), em nosso sistema jurídico, consistir na outorga direta do direito pleiteado pelo cidadão. Ou seja, na falta de regulamentação de um dispositivo constitucional que contenha a gama de direitos alcançados pelo mandado de injunção, deveria o Poder Judiciário, como se legislador fosse, conceder o direito para aquele caso concreto. Lamentavelmente, esse importante instituto foi tornado ineficaz. Nesse sentido, **não é temerário afirmar que se está diante de um paradoxo, representado pelo fato de o instrumento jurídico forjado pelo constituinte para dar eficácia às normas constitucionais ter sido tornado ineficaz<sup>12</sup> pelo Poder Judiciário.** Em outras palavras, o mandado de injunção, instituto que representa bem a tese do deslocamento da esfera de tensão dos poderes executivo e legislativo para o judiciário - típica do Estado Democrático de Direito -, acaba sendo transformado em mais uma das (tantas) normas sem eficácia do texto constitucional.

11 Introduzido nos Estados Unidos em 1870, o writ of injunction manteve seu caráter de juízo de equidade. O fundamento para a sua concessão é a ameaça de violação de direitos garantidos pela décima quarta emenda da Constituição, cuja primeira seção acentua: "Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitos à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção da lei". Para exemplificar: o campo de aplicação do writ of injunction nos EUA é tão amplo que, no Texas, um "tal de Warfield conseguiu uma injunction para proibir um rival de cortejar a sua mulher...". Consultar Streck, Lenio Luiz. O mandado de injunção no Direito Brasileiro. Análise Crítica. Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas, 1991. Também Silva, José Afonso. O mandado de injunção e o habeas data. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989; Tornaghi, Helio. O mandado de injunção no Brasil. In: Seminário sobre os novos direitos fundamentais na Constituição Brasileira. Rio de Janeiro, 1988. Anais do seminário sobre os novos direitos fundamentais. Rio de Janeiro, Edições CEPAD, dez. 1988.

12 Algumas decisões demonstram a posição dos Tribunais acerca do Mandado de Injunção. Assim, no julgamento do MI n. 107, em 23.11.89 que "Não há como dar trâmite a pedido que, sob a roupagem da injunção, deduz pretensão de caráter patrimonial,

### 3- A AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E O RECURSO CONSTITUCIONAL ALEMÃO: SIMILITUDES E DIFERENÇAS

14. A pouca importância dada ao mandado de injunção pelo Poder Judiciário somente é comparada com o desprezo que, tanto a doutrina constitucional, o Poder Legislativo e o próprio Poder Judiciário deram ao dispositivo constitucional que estabeleceu "a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição", a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei (art. 102, parágrafo 1º). Com efeito, passados 11 anos desde a pro-

al, incompatível com a natureza mandamental do writ." No MI n. 168, Min. Sepúlveda Pertence, "o mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado". Ainda, no MI 238-0, M. Celso Mello "O novo writ não se destina, pois, a constituir direito novo, nem a ensinar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão do Poder". Cfe. Poletti, Ronaldo. O Controle da Constitucionalidade das Leis. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998, p.225. Acerca de outras decisões sobre o instituto, ver nota n.227, idem, ibidem. Mais ainda: "Não cabe mandado de injunção quando a falta de norma regulamentadora não impede o exercício ou a fruição do direito porque a norma constitucional que o define é auto-aplicável (MI n. 24-7, julgado em 26.10.88, Rel. M. Célio Borja; MI n. 16-6, julgado em 20.10.88, Rel. M. Djaci Falcão; MI n. 74-3, julgado em 15.03.89, Rel. M. Carlos Madeira). Não serve o mandado de injunção para declarar vacância de cargo, nem para compelir o Presidente da República a praticar ato administrativo, concreto e determinado, consistente em indicar nome ao Senado para ser investido no cargo de Procurador-Geral da República (MI n. 14-0, julgado em 26.10.88, Rel. M. Sydney Sanches). V. referência a esses julgados no op.cit., de Célio Borja. Depois do MI 107-3, o Supremo considerou a imprestabilidade desse writ para efeito de equiparação de vencimento no âmbito da Administração Pública (Min. 81-6, AgrReg, Plenário, 20.04.90) (cf. MI 193-6, M. Célio Borja, DJ 28.05.90). "Reparação de dano pela mora (Código Civil, art. 159). O mandado de injunção não é sucedâneo da ação de indenização. Seus limites foram riscados no MI 107-3 (MI 175-8 AgrReg, M. Paulo Brossard, 22.03.90, Ementário 1576-1). Idem, ibidem, nota n.229, p.226.

mulgação da Constituição, somente através da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, foi regulamentado esse dispositivo. E **é essa falta de lei regulamentadora**<sup>13</sup> que foi usada como argumento para o não conhecimento, e portanto, rejeição de todas as arguições de descumprimento intentadas junto ao Supremo Tribunal, antes do advento da Lei 9.882.<sup>14</sup>

15. Para uma melhor compreensão do problema, faz-se necessário uma incursão no direito comparado, uma vez que o dispositivo em tela é inovador em nossa Constituição, sem precedentes nas nossas Constituições anteriores. De pronto, a pergunta que se impõe é: estariam as raízes do dispositivo brasileiro na Lei Fundamental da Alemanha, mais especialmente no art. 93, alínea 1, n.4, introduzido pela Décima Nona Lei Modificadora, de 29 de janeiro de 1.969, que estabelece o recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) individual? Desde logo, surge aí uma controvérsia. José Afonso da Silva entende que sim, acrescentando que a lei de que fala o dispositivo brasileiro poderia vir a ter a importância da Lei de 17.4.51 da República Federal

13 Sobre o assunto, com mais especificidade, ver Streck, Lenio Luiz. *Medios de acceso del ciudadano a la jurisdicción constitucional: las paradojas de la inefectividad del sistema jurídico brasileño*. In: **La protección constitucional del ciudadano**. Buenos Aires, Fundação Konrad Adenauer – CIEDLA, 1999.

14 O julgamento mais importante decorreu de ação interposta pelo ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello, ainda antes da Lei 9.882. Nesse caso, o ex-Presidente invocou o descumprimento de preceito fundamental, em face da perda de seus direitos políticos pelo período de oito anos decorrentes do processo de impeachment a que foi submetido pelo Congresso Nacional. O então Presidente da República renunciou ao cargo antes do término do processo. Mesmo assim, o processo continuou. Inconformado com a retirada de seus direitos políticos, ingressou com mandado de segurança junto ao Supremo Tribunal Federal, não obtendo sucesso. Na ação interposta, alegou que houve descumprimento de preceitos fundamentais. O STF não conheceu do pedido, sob a alegação de falta de norma regulamentadora.

da Alemanha que instituiu o *Verfassungsbeschwerde*.<sup>15</sup> Na mesma linha, Pinto Ferreira<sup>16</sup> e Celso Bastos.<sup>17</sup> O próprio Supremo Tribunal Federal, na apreciação do AGRMS n. 22.427-5, deu a entender que a arguição de descumprimento de preceito fundamental guarda semelhança com o *Verfassungsbeschwerde* alemão. Tais opiniões, entretanto, não são compartilhadas por autores como Celso Agrícola Barbi, que entendeu *não existir no direito comparado instituto do mesmo tipo*,<sup>18</sup> e Gilmar Ferreira Mendes, o qual, comparando o modelo constitucional alemão com o nosso, acentua que “a existência de processos diversos ressalta uma *importante diferença* entre as duas Cortes de uma perspectiva processual. **A ordem constitucional brasileira não conhece processos como o conflito entre órgãos (*Organstreitigkeit*) nem instrumento com múltiplas funções como o recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)**”.<sup>19</sup>

16. Muito embora a aludida controvérsia, o entendimento acerca do funcionamento do instituto do *Verfassungsbeschwerde* pode trazer importantes contributos para a discussão em tela. Antes da Décima Nona Lei Modificadora, a competência do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) para decidir acerca do citado recurso era proveniente do art. 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Fe-

15 Cfe. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.530 e segs.

16 Cfe. FERREIRA, Pinto. *Os remédios constitucionais na Lei Magna Brasileira de 1988*. In: **Direito Constitucional**. Brasília: Consulex, 1998.

17 Cfe. BASTOS, Celso R; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1997. v.IV, p.234

18 Cfe. BARBI, Celso Agrícola. *Supremo Tribunal Federal. Funções na Constituição Federal de 1988*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 656, jun. 1990. p. 18 e segs.

19 Cfe. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998. p.304.

deral, apoiado no art. 93, alínea 2, da Lei Fundamental.<sup>20</sup> **Funciona esse recurso como um instrumento constitucional extraordinário, apto a afastar ofensas aos direitos fundamentais perpetrados pelo Poder Público.**

17. Os pressupostos do *Verfassungsbeschwerde* estão elencados no art. 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, constando no inciso I que

*qualquer pessoa pode propor o recurso constitucional no Tribunal Constitucional Federal com a alegação de estar sendo violada pelo Poder Público, em alguns dos seus direitos fundamentais ou em alguns dos seus direitos contidos no art. 20, alínea 4, art. 33, 38, 101, 103 e 104, da Lei Fundamental.*

18. Assim, no direito alemão, o recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) é o pedido de uma pessoa, natural ou jurídica, relativo a uma violação, sustentada, de um direito constitucional do promovente por meio de um titular do poder público, a um tribunal constitucional para ser decidido. Trata-se, pois, de um recurso extraordinário, apto a levar ao Tribunal Constitucional a violação de direitos fundamentais.<sup>21</sup>

19. Como se vê, qualquer pessoa tem legitimidade para promover um recurso constitucional. A violação de um direito, passível de recurso, pode advir de ação ou de omissão. A grande maioria dos recursos constitucionais é proposta contra decisões judiciais. De

<sup>20</sup> Nesse sentido, ver HECK, Luis Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995 p. 139 e segs; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 14 e segs.

<sup>21</sup> HECK, Luis Afonso. *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 1994, a. 31, n. 124 out./dez. p.116 e segs.

frisar, por relevante, que o *Bundesverfassungsgericht* não é instância de revisão. A formação do processo, a fixação e apreciação do fato típico, a interpretação do direito ordinário e a sua aplicação ao caso concreto são questões dos tribunais para isso competentes. O Tribunal Constitucional também não verifica se essas decisões são corretas do ponto de vista do direito ordinário. A fundamentação da sentença, por exemplo, não se presta ao exame por meio do *Verfassungsbeschwerde*, ou seja, o controle feito pelo Tribunal Constitucional limita-se a não-observância dos direitos fundamentais, é dizer, à verificação sobre se os tribunais violaram, na interpretação e aplicação do assim chamado direito ordinário, o Direito Constitucional e, especialmente, se desprezaram a proibição de arbitrariedade (art. 3º, I, da Lei Fundamental).<sup>22</sup>

20. Importante notar, ainda, que, em conformidade com o § 90, alínea 2, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional, e com o art. 94, alínea 2, frase 2, da Lei Fundamental, o **esgotamento prévio das vias judiciais** é um dos mais importantes pressupostos processuais do recurso constitucional. Entretanto, o § 90, alínea 2, frase 2, **admite também que o Tribunal Constitucional pode considerar essa exigência quando o recurso constitucional é de significado geral ou suceder ao promovente um prejuízo grave e irreparável, caso ele for remetido primeiro à via judicial.**<sup>23</sup>

<sup>22</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>23</sup> *Idem*, *ibidem*.

21. Assim, muito embora o recurso constitucional alemão possa estar mais próximo de nosso recurso extraordinário, existem alguns elementos comuns entre esse recurso e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Com efeito, observa-se que, assim como ocorre no Direito Alemão, o recurso extraordinário brasileiro somente admite o exame de questões de direito constitucional. Uma diferença (relevante) entre o recurso extraordinário e o *Verfassungsbeschwerde* decorre do fato de que este admite, por exceção, **que se desconsidere a exigência do esgotamento das vias judiciais**, enquanto que, aquele exige que a causa tenha sido decidida, definitivamente, em única ou última instância.

22. Nesse sentido, mesmo que a arguição de descumprimento de preceito fundamental brasileiro não guarde essa similitude *stricto sensu* com o recurso constitucional do direito alemão, é importante que se retirem lições do instituto europeu. Com efeito, assim como o direito alemão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista em nossa Constituição é instrumento relevante de proteção dos direitos fundamentais.

#### 4- OS AVANÇOS E OS RECUOS DA LEI 9.882/99

23. Algumas questões da nova Lei merecem ser destacadas, como a da não permissão de o cidadão ingressar diretamente com a arguição junto ao Supremo Tribunal, **dependendo de representação** ao Procurador-Geral da República, a quem caberá decidir sobre o cabimento do ingresso em juízo do remédio constitucional. Essa vedação de acesso direto do cidadão decorre

do veto do Presidente da República ao inciso II do parágrafo 2 da Lei. À evidência, trata-se de **uma clara restrição ao direito fundamental** de buscar junto ao Tribunal Maior o resgate de direitos violados, o que se configura em violação à Constituição Federal.

24. Outro ponto restritivo consta no parágrafo primeiro do art. 4º, **que exige o esgotamento de todos os meios para o saneamento do ato lesivo**. Com efeito, em face da redação do dispositivo, poder-se-á dizer que a exigência do esgotamento das vias judiciais pode tornar a ADPF desnecessária, uma vez que existe o recurso extraordinário como meio de levar as discussões acerca da violação da Constituição até a instância máxima que é o STF. Aqui, a lição do Direito Alemão poderia – e ainda pode – ser aproveitada, mormente naquilo que diz o § 90. alínea 2, frase 2, da Lei sobre o *Bundesverfassungsgericht*, **onde se permite desconsiderar a exigência do esgotamento das vias judiciais**. Na Alemanha a exceção surge quando o recurso constitucional é de significado geral ou suceder ao impetrante um prejuízo grave e irreparável, caso ele seja remetido, inicialmente, à via judicial. Por isso, buscando inspiração no direito alemão e no espanhol, torna-se imperativo que o Supremo Tribunal faça uma **interpretação conforme a Constituição, permitindo que, em determinadas circunstâncias, não se torne exigível o esgotamento das vias judiciais**. Pensar o contrário é esvaziar esse importante instituto, além de estabelecer uma leitura metafísica do mesmo, obstaculizando o aparecer da singularidade. Afinal, hermenêutica é (sempre) aplicação, é (sempre) concretização.

25. Assim, em face desse processo hermenêutico, torna-se razoável afirmar que a ação de descumprimento de preceito fundamental passa a ser remédio supletivo para os casos em que não caiba ação direta de inconstitucionalidade. Nesse sentido, poderão agora ser questionados atos normativos (regulamentos, resoluções, por exemplo) que anteriormente não eram passíveis de enquadramento na via da ação direta de inconstitucionalidade. Observem-se alguns exemplos de matérias em que não cabe ação direta de inconstitucionalidade, sacramentados pelo Supremo Tribunal Federal, e que, agora, poderiam ser questionados através de ação de descumprimento de preceito fundamental: ADIn 1640-7, na qual ficou estabelecido que a lei orçamentária, por ser um ato político, não comporta ação direta de inconstitucionalidade; ADIn n. 2057, pela qual ficou assentado que emenda parlamentar de reajuste de percentuais de LDO que implique transferência de recursos entre Poderes do Estado tipifica ato de efeito concreto; ADIn n. 1292, que tratou de incompatibilidade de lei complementar com o art. 169, da CF, ficando estabelecida a impossibilidade do confronto de norma orçamentária com o *caput* do art. 169, sem apreciação de matéria de fato. Circunstância bastante para inviabilizar ADIn. Nesses casos a ADPF se configura como o remédio cabível. O mesmo raciocínio vale para as resoluções ou regulamentações expedidas pelas Agências Reguladoras. Ou seja, como assevera Gilmar Mendes, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, isto é, não se verificando meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla,

geral e imediata, **há de se entender possível a utilização da ADPF**. É o que ocorre, aliás, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ADIn, não há como deixar de reconhecer-se a admissibilidade da ADPF. Acrescenta, ainda, Mendes que também será possível a ADPF em pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha sua legitimidade questionada em instâncias inferiores. Tendo em vista o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), não há como cogitar, aqui, de meio eficaz para solver de forma ampla, geral e imediata eventual controvérsia instaurada.

26. Observe-se que pelo disposto no art. 5º, o Supremo Tribunal pode conceder medida cautelar em sede de ADPF. Logo adiante, no parágrafo terceiro desse dispositivo **parece estar embutida uma advocatória disfarçada**. Com efeito, consta ali que a liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição. Está-se, assim, diante de norma de discutível constitucionalidade, porque violadora do devido processo legal e do acesso à justiça.

27. Ainda com relação à Lei 9.882, cabe registrar a possibilidade de o Supremo Tribunal atribuir efeito *ex-nunc* à decisão em ação de arguição de preceito fundamental, por maioria de dois terços, na hipótese de

existirem razões de segurança jurídica e excepcional interesse social. Difere, nesse sentido, das decisões em recurso constitucional dirigido contra uma lei pelo Tribunal Constitucional Alemão. Lá, quando a decisão é dirigida contra uma lei, o Tribunal declara essa lei nula, tendo, pois, caráter declaratório, com efeito *ex tunc*.<sup>24</sup>

28. Muito embora os problemas que a nova Lei apresente, importa ressaltar que a argüição de descumprimento de preceito fundamental se coloca - enquanto direito de acesso à jurisdição constitucional - ao lado e como complemento do mandado de injunção, da ação de inconstitucionalidade por omissão e dos próprios mecanismos de controle de constitucionalidade. Isso porque, enquanto o mandado de injunção é remédio contra a ineficácia de normas não regulamentadas, podendo/devendo o Poder Judiciário suprir, no caso concreto, o direito não realizado, **a argüição de descumprimento objetiva compeler o Poder Público a se abster de realizar um ato abusivo e violador do Estado.**

29. No que pertine ao controle de constitucionalidade *stricto sensu*, releva notar que a argüição de descumprimento de preceito fundamental **abrange a am-**

24 Consoante informa Heck, o Bundesverfassungsgericht, a par disso, tem elaborado outras fórmulas decisórias, como a nulidade parcial quantitativa, quando a declaração de nulidade recai sobre um parágrafo, frase, parte da frase, palavra ou parte da palavra; nulidade parcial qualitativa, quando o âmbito de aplicação da lei inferior é restringido ou ampliado, sem haver redução do texto normativo. Ela incide sobre constelações de casos, ou seja, parte da lei é nula em relação a determinados casos de aplicação; declaração de incompatibilidade, na hipótese de o Tribunal Constitucional entender que uma lei ou parte da lei viola a Lei Fundamental, declarando-a, nesse caso, incompatível com a Lei Maior, sem, entretanto, afirmar a sua nulidade; a lei "ainda constitucional" e o assim denominado "apelo ao legislador", que ocorre quando o Tribunal Constitucional, no exame de uma lei, constata defeitos jurídico-constitucionais relevantes. Nesse caso, ainda não declara a lei incompatível, restringindo-se a notificar o legislador para que remova o aludido defeito; interpretação conforme a Constituição, pela qual uma lei não deve ser declarada nula se é possível interpretá-la de acordo com a Constituição. Cfe. HECK, Luis Afonso. O Recurso Constitucional, op.cit., p. 129 e segs.

**bivalência própria do sistema misto de controle** de constitucionalidade vigente no Brasil, isto é, ao mesmo tempo em que é uma **ação autônoma** (art. 1º *caput* da Lei 9882), é também mecanismo apto a provocar **incidentalmente** a constitucionalidade de leis ou atos normativos difusamente (art. 1º, parágrafo único, inciso I). Mais do que isso e nesse mesmo diapasão, a nova ação veio preencher lacuna existente em nosso ordenamento, naquilo que pertine ao que se denomina de **inconstitucionalidade superveniente**. Como se sabe, a partir do julgamento das Adin's n.s 2 e 438, o STF passou a firmar posição no sentido de **não aceitar ações de inconstitucionalidade de leis anteriores à Constituição**. Agora, pelo disposto no inciso I do parágrafo único do art. 1º da nova Lei, também os atos normativos anteriores à Constituição são passíveis de declaração de inconstitucionalidade.

30. Especial dificuldade pode advir da conceituação do que seja o significado da expressão "direitos fundamentais decorrentes desta Constituição". José Afonso da Silva diz que "preceitos fundamentais" não é expressão sinônima de "princípios fundamentais". É mais ampla, abrangendo esses e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais.<sup>25</sup> Levando em conta os objetivos do Estado Democrático de Direito, já discutidos anteriormente, **a atribuição de sentido que se pode fazer à expressão preceitos**

25 Cfe. SILVA, op.cit., p. 530.

fundamentais caminha na direção de que tais direitos são aqueles reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado.<sup>26</sup> Ou, como diz Canotilho,<sup>27</sup> designam-se por normas de direitos fundamentais todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais.

31. Diante dessa dificuldade de cunho hermenêutico, tenho que melhor seria que o constituinte, ao invés de ter escrito “argüição de descumprimento de preceitos fundamentais decorrentes desta Constituição”, tivesse promulgado o texto com a seguinte redação: “**A argüição decorrente de descumprimento de preceito fundamental...**”. Com isso, teríamos evitado a confusão acerca do que seja “preceito fundamental ‘decorrente’ desta Constituição”. De qualquer sorte, não é desarrazoado afirmar que a argüição de descumprimento de preceito fundamental se apresenta como um plus em relação ao modelo de controle de constitucionalidade (concentrado misto com difuso) vigente em nosso sistema jurídico. Com efeito, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade têm a finalidade de expungir do sistema jurídico qualquer inconstitucionalidade decorrente de lei ou ato normativo que confronte **qualquer dispositivo da Constituição**, e o recurso extraordinário (RE) se apresenta como o remédio para levar ao

26 Nesse sentido, ver SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998. p. 31 e segs.

27 Cfe. CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra Almeida, 1996. p. 177. CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital (orgs). *Constituição da República Portuguesa*, Lei do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

Supremo Tribunal **toda e qualquer violação da Constituição** em sede de controle difuso e sempre no curso de uma ação, a argüição de descumprimento representa a possibilidade de submeter ao Supremo Tribunal - de forma direta (como ação autônoma, cuja legitimação para propositura é a mesma da ADIn) e incidentalmente, no curso de uma ação -, as violações dos preceitos fundamentais previstos na Constituição.

32. Dito de outro modo, não teria sentido um dispositivo constitucional que tivesse o mesmo objetivo dos demais existentes. Registre-se, por relevante, que o dispositivo que regula a argüição de descumprimento é específico ao falar de violação (descumprimento) de **preceitos fundamentais**, ao passo que a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade se referem às violações **genéricas do sistema**. Do mesmo modo, o recurso extraordinário igualmente se refere às violações de **quaisquer** normas constitucionais. Dessa maneira, ao contrário do *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão e do próprio recurso de amparo do direito espanhol,<sup>28</sup> que, em regra, decorrem de uma ação judicial, por se tratarem de recursos, **a argüição de descumprimento do direito brasileiro vai mais além**, ao proporcionar o direito de o cidadão buscar, por intermédio de representação feita ao Procurador-Geral da República, diretamente no Supremo Tribunal, o remédio contra as violações/descumprimentos dos preceitos fundamentais.

33. Lamentavelmente, o instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental perdeu parcela significativa de seu potencial de efetividade jurídica, **em face do veto – insisto, de duvidosa constitucionalidade, – aposto ao inciso II do art. 2º da Lei 9882, que estabelecia o direito de o cidadão intentar a ADPF junto ao**

28 O art. 44, “a”, da Constituição da Espanha, exige, como requisito para o Recurso de Amparo, “que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial”.

**Supremo Tribunal Federal, diretamente e sem intermediários.** Não se pode olvidar que a ADPF, fruto do constituinte originário, teve o escopo de ser, desde o início, contrariamente à ação direta de inconstitucionalidade - que tem legitimidade restringida conforme o art. 103 e efeito *erga omnes* -, uma ação de cidadania, de caráter individual, concedendo ao cidadão o direito de pleitear diretamente à Suprema Corte o seu direito, quando esse estiver sendo colocado em xeque por violação de algum preceito fundamental. Se o constituinte originário não restringiu a legitimidade, qual o fundamento para estabelecer, agora, essa restrição?<sup>29</sup> Não se olvide que o legislador ordinário aprovou a legitimidade de o cidadão pleitear diretamente a ADPF; a restrição em questão adveio de veto, o qual ainda pode ser derrubado pelo Congresso Nacional...

29 O correto seria aplicar aqui o instituto da interpretação conforme a Constituição (Verfassungskonforme Auslegung). Com efeito, a simples declaração da inconstitucionalidade do dispositivo, com a redação que lhe restou em face do veto, acarretaria em prejuízo à comunidade jurídica, eis que o citado dispositivo seria expungido do texto. Ou seja, muito embora o texto que restou se contraponha à própria noção de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, não se mostra conveniente ficar sem o texto. É para essas circunstâncias que existem os (novos) mecanismos de controle de constitucionalidade, como a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto, agora institucionalizadas em nosso sistema jurídico pela Lei 9.868/99. Desse modo, devemos dar ao texto um sentido que o compatibilize com a Constituição e sua materialidade principiológica. Não parece haver dúvida de que a ADPF se insere no sistema como um instituto de proteção aos direitos fundamentais do cidadão, na esteira do Verfassungsbeschwerde alemão (o art. 90, inciso I, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, autoriza que "qualquer pessoa pode propor o recurso constitucional no Tribunal Constitucional Federal com a alegação de estar sendo violada pelo Poder Público, em alguns dos seus direitos fundamentais ou em alguns dos seus direitos contidos no art. 20, alínea 4, art. 33, 38, 101, 103 e 104, da Lei Fundamental.") Ou seja, em além-mar como aqui, tais institutos se constituem (também) como remédios individuais de acesso à jurisdição constitucional. Portanto, o veto presidencial, retirando do cidadão a possibilidade de acessar ao STF quando da ocorrência de violação de preceito fundamental, bate de frente com a Constituição. A solução que se apresenta é proceder uma leitura do texto do art. 2º, inciso II, da Lei 9.882, em conformidade com a Constituição, permitindo-se também ao cidadão recorrer diretamente ao Supremo Tribunal Federal, na hipótese de descumprimento de preceito fundamental por parte dos poderes públicos. Aliás, foi nesse sentido o texto original aprovado pelo Congresso Nacional.

## 5- À GUIA DE CONCLUSÃO

I. O texto constitucional de 1988 colocou à disposição do cidadão vários mecanismos de acesso à justiça e, em especial, à jurisdição constitucional. Pelo controle difuso de constitucionalidade - vigente no Brasil desde a Constituição Republicana de 1891 - qualquer cidadão pode suscitar, **como questão prejudicial ou como fundamento jurídico no curso de qualquer ação judicial**, a discussão acerca da (in)constitucionalidade de uma lei (federal, estadual ou municipal), podendo, além disso, via recurso extraordinário, levar a questão ao Supremo Tribunal Federal.<sup>30</sup> Ao lado desse importante mecanismo de acesso à jurisdição constitucional, o constituinte de 1988 introduziu o mandado de injunção, que é (ou deveria ser) um dos mais importantes instrumentos para viabilizar o cumprimento dos direitos sonegados pelo Estado, questão que deflui da própria redação do dispositivo constante no inciso LXXI do art. 5º. Trata(va)-se de uma espécie de garantia contra a inércia do Poder Legislativo e do Poder Executivo. **Lamentavelmente - e não é desarrazoado afirmar isto -, o mandado de injunção foi tornado ineficaz pelo Poder Judiciário.** Nenhum outro mecanismo previsto na Constituição tinha - formalmente - a força do *mandamus* injuntivo,<sup>31</sup> pela singela razão de que autorizava o Poder Judiciário, no caso concreto, a elaborar a norma cuja falta obstaculizava o direito fundamental sonegado.

30 Ver observação constante na nota n. 10, retro.

31 Os demais institutos, como o mandado de segurança individual e coletivo, o "habeas corpus", a ação popular e o "habeas data" têm objetivos e funções diferentes e não fazem parte do propósito destas reflexões. Importa referir - como já especificado retro -, que, no curso de tais ações, como fundamento e/ou questão prejudicial, pode ser levantada/suscitada a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo legal, seguindo-se o trâmite normal próprio do controle difuso.

II. Outro instituto de relevância, inserido na Constituição para viabilizar o acesso do cidadão ao Supremo Tribunal, **é a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)** (art. 102, par. 1º). Como já se viu, a falta de regulamentação do citado dispositivo foi o fundamento do indeferimento de todas as argüições intentadas antes do advento da Lei regulamentadora. O longo período de ineficácia desse dispositivo pode ser inserida no mesmo paradoxo do mandado de injunção, isto é, instrumentos criados para dar eficácia às normas e efetividade ao sistema, típicas do Estado Democrático de Direito - entendido como *plus* normativo em relação ao próprio Estado Social de Direito - acabam sendo transformados em mais uns dos tantos dispositivos inaplicados do texto constitucional. Observe-se que a argüição de descumprimento tem tido (tão) pouca atenção da comunidade jurídica, a ponto de ser considerado por alguns juristas como "misterioso e esotérico."<sup>32</sup>

III. A argüição de descumprimento de preceito fundamental não encontra similitude *stricto sensu* no direito comparado. Muito embora isso, é possível dizer que a argüição de descumprimento de preceito fundamental se apresenta como um *plus* em relação ao **modelo tradicional de controle de constitucionalidade adotado no Brasil** (controle misto). A argüição de descumprimento representa a possibilidade de submeter ao Supremo Tribunal, de forma incidental ou direta, as violações de preceitos fundamentais previstos na

<sup>32</sup> Ver, para tanto, POLETTI, *op.cit.*, p.214.

Constituição. Evidentemente, o veto à possibilidade de o cidadão **recorrer diretamente ao Supremo Tribunal Federal representa uma restrição ao próprio instituto originalmente previsto pelo constituinte originário**. Deve causar preocupação, por outro lado, a previsão constante no art. 5º, parágrafo terceiro, da lei 9882, que, sub-repticiamente, **reinsere em nosso ordenamento o instituto da advocatária**.

IV. Considerando que a Constituição não é somente o documento para organizar o Estado, mas, sim, a própria explicitação do contrato social e o espaço de mediação ético política da sociedade (regulação social), ou, como diz Bonavides, é a expressão do consenso social sobre os valores básicos, tornando-se o alfa e ômega da ordem jurídica, fazendo de seus princípios, estampados naqueles valores, o critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos do sistema, **é necessário ter claro que o cumprimento do texto constitucional é condição de possibilidade para a implantação das promessas da modernidade**, em um país em que a modernidade é (ainda) tardia e arcaica. Assim, para que se cumpra a Constituição e se viabilize a dignidade da pessoa humana **e só para isso tem sentido um Estado organizado e uma Constituição** -, necessitamos, primeiro, superar esse paradigma normativista, próprio de um modelo de Direito liberal-individualista, hegemônico no plano das práticas judiciárias, em que os próprios mecanismos para viabilizar os direitos sociais e fundamentais, passados tantos anos da promulgação da Constituição, têm permanecido ineficazes.

V. Como *topos* hermenêutico,<sup>33</sup> o texto constitucional deve ser visto em sua substancialidade, com toda a principiologia que assegura o Estado Social e o *plus* normativo que é o Estado Democrático de Direito que aparece já no art. 1º do seu texto.<sup>34</sup> Nesse sentido, as lições de Paulo Bonavides, para quem princípios valem, regras vigem, e Celso Antonio Bandeira Melo, que sustenta ser mais grave violar um princípio do que uma norma.<sup>35</sup> Reforça, ainda, a lição de Souto Maior Borges, para quem **a violação de um princípio constitucional importa em ruptura da própria Constituição**, representando por isso mesmo uma inconstitucionalidade de conseqüências muito mais graves do que a violação de uma simples norma, mesmo constitucional.

33 Desnecessário, nesse ponto, dizer (e alertar) que a Constituição não é aqui entendida como topos conformador de uma atividade subsuntiva, em que o seu texto seria a última ratio do sistema, atuando como um repertório-de-conceitos-abstratos - espécies de significantes primordiais-fundantes - à espera de uma "acoplagem" proveniente da infra-constitucionalidade... Ora, pensar assim seria resvalar em direção à metafísica, ocultando a diferença ontológica. Dizendo de um modo mais simples: é preciso ter claro que o sentido do ser de um ente não pode ser constitutivo do ser de outros entes. Para uma análise mais aprofundada, ver Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 2. Edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, em especial o posfácio.

34 Nesse sentido, ver Streck, *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*, op.cit.

35 "Sólo para el <normativismo> resulta incómoda la referencia a principios, por entenderlos como material pre-normativo, inmaduro o embrionario, más propio de declaraciones que de proposiciones vinculantes. Es lógico que el normativismo se pregunte con zozobra si reconociendo a los valores superiores contenido normativo, estamos ascendiendo a los principios a una dimensión normativa o estamos rebajando los preceptos a la débil condición de principios." Cfe. TASSARA, Andres Ollero. *Derechos humanos y metodología jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p.231.

VI. De forma crítica, é preciso entender que - sustentando esse modelo liberal-individualista de Direito - existe um **campo jurídico**,<sup>36</sup> instituído ao mesmo tempo em que instituinte, no interior do qual se trabalha ainda com a perspectiva de que, embora o Estado tenha mudado de feição, o Direito perfaz um caminho *a latere*,<sup>37</sup> à revelia das transformações advindas de um Estado intervencionista, regulador, previsto, em sua plenitude, no corpo da Constituição.

VII. É preciso, pois, dizer o óbvio, ou seja, que precisamos constitucionalizar o direito infraconstitucional. Como bem lembra Comparato,<sup>38</sup> **"no regime democrático**

36 Esse campo jurídico se constitui em um conjunto de todos os personagens que fazem, interpretam e aplicam a lei, transmitem conhecimentos jurídicos e socializam jogadores que se encontram no jogo do campo, no interior do qual os conflitos dão-lhe dinamismo, mas também o mantêm, como um campo: os jogadores em competição é que disputam entre si, mas não o campo em si mesmo; portanto, a disputa reafirma e ainda fortalece o campo. Todos os jogadores num campo jurídico têm determinado conjunto de disposições que orientam suas ações. Tais disposições são traçadas através de disputas do campo com outros campos sociais e de conflitos internos, o que constitui o habitus desse campo. Consultar Bourdieu, Pierre. *The force of the Law: toward a Sociology of the juridical field*. Também Delazai, Yves e Trubek, David M. *A reestruturação global e o Direito*. In *Direito e Globalização econômica*. José Eduardo Faia (org). São Paulo, Malheiros, 1996, p.34 e segs. Bourdieu, em *Questões de Sociologia*, acrescenta que o campo é um sistema competitivo de relações sociais que funciona de acordo com sua lógica interna, composta de instituições ou indivíduos que competem pelos mesmos interesses. Em geral, o que está em jogo nesses campos é a obtenção da máxima predominância dentro deles - uma predominância que permite, aos que a obtêm, conferir legitimidade aos outros participantes. Conquistar essa predominância implica acumular o máximo do tipo particular de "capital simbólico" apropriado ao campo; e, para que esse poder se torne "legítimo", ele tem que deixar de ser reconhecido pelo que é. Um poder endossado de maneira tácita, e não explícita, é um poder que logrou legitimar-se. Ver, para tanto, Zizek, Slavoj. *Como Marx inventou o sintoma?* Zizek, Slavoj (org). In: *Um Mapa da Ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p.224.

37 O Juiz de Direito Dyrceu Cintra fere bem a questão, dizendo: "Há o fator cultural. A tradição discursiva dos bacharéis, sua linguagem arrevesada e a falta de objetividade dificultam o trabalho de todos. Gasta-se muito tempo com questões periféricas formais. **Juízes e operadores do Direito não têm formação voltada para aplicar o saber jurídico de modo a atender à demanda da sociedade contemporânea. A magistratura guarda ranços do positivismo normativista, que mantém distante a preocupação com a Justiça real e cultiva demasiada reverência às cúpulas dos tribunais, dando pouco espaço à criatividade. O processo tradicional despolitiza o conflito, que muitas vezes é afastado sem ser resolvido**". In: *Por uma reforma radical e abrangente*. Folha de São Paulo, *Tendências e Debates*, 25.05.99, p.1-3. (grifei)

38 Cfe. COMPARATO, Fabio Konder. *Réquiem para uma Constituição*. In: *O desmonte da nação*. Petrópolis: Vozes, 1.999. p16.

**co, o atributo maior da soberania popular consiste em constitucionalizar a nação**". Afinal, não parece óbvio que a Constituição é uma norma superior às demais e que ela - a Constituição - é o fundamento de validade das normas infraconstitucionais? Não parece redundante dizer que uma norma infraconstitucional somente tem validade jurídica se estiver em conformidade com outra norma, superior a ela, que é a Constituição da República? Entretanto, não é isso que está ocorrendo, é dizer, nem os princípios constitucionais são aplicados e nem as normas infraconstitucionais passa(ram) pelo necessário processo de filtragem constitucional. Ou seja, é necessário pregar o óbvio. Afinal, como dizia Darci Ribeiro, em seu Tratado de Obviedades, Deus é muito treteiro. Faz as coisas de forma tão recôndita e disfarçada que precisamos ir tirando os véus, **a fim de revelar a obviedade do óbvio!**

VIII. Essa tarefa, entretanto, não se faz sem ralhuras. Não se deve olvidar que o direito constitucional tem sido relegado a um plano secundário em nosso país. Estamos muito mais afeitos a trabalhar com o direito infraconstitucional, dando-se mais ênfase, por exemplo, ao Código Civil do que ao texto da Constituição e sua principiologia.<sup>39</sup> Longe estamos, ainda,

39 Basta ver, por exemplo, que o STF não conhece recurso extraordinário fundado na violação de princípios que estejam colocados em lei ordinária, como é o caso do direito adquirido. Na espécie, em havendo invocação no RE do aludido princípio, o Supremo Tribunal não conhece do mesmo, sob o argumento de que se trata de uma "inconstitucionalidade reflexa", uma vez que violado, de fato, teria sido a Lei de Introdução ao Código Civil... Nesse sentido vem bem a propósito o dizer de Dalmo Dallari, segundo o qual, muito embora tenhamos calcado nosso constitucionalismo no modelo norte-americano, mormente no que tange ao controle jurisdicional da constitucionalidade, na prática seguimos (cada vez mais) a vertente do constitucionalismo resultante da revolução burguesa de 1789, segundo a qual a Constituição era considerada uma revelação de intenções, um código das relações públicas (e o que era público era ruim!), dando-se maior valor ao Código Civil, instrumento que regulava as relações privadas...

de (re)ler o Código de Processo Penal à luz da Constituição, embora essa já esteja em vigor há 12 anos. Temos (enormes) dificuldades em aplicar o princípio da proporcionalidade no direito penal. Isso ocorre porque a nossa cultura jurídica positivista, permeada e calcada no paradigma liberal-individualista-normativista, concebe a Constituição apenas como um marco, entendendo que a dimensão dos direitos fundamentais se resume a um leque de direitos subjetivos de liberdades voltados para a defesa contra a (indevida) ingerência do Estado (G.Cittadino). Enfim, trabalha-se ainda com a concepção de que o Direito é ordenador, o que, à evidência, caminha na direção oposta de um direito promovedor-transformador do Estado Social e Democrático de Direito.

IX. Nesse contexto, as normas jurídicas, grande parcela delas de origem anterior à atual Constituição, estão espalhadas no sistema jurídico feito andarilhos medievais, a vagar no interior de uma fragmentação dogmática, permeada por uma sentido comum teórico (Warat) ainda preso ao (superado) paradigma epistemológico da filosofia da consciência, em que a tarefa interpretativa é fetichizante/fetichizada, "apta" a colocar à disposição do "mercado jurídico" um "discurso-produto" sem origens (sociais), descontextualizado e sem vinculações histórico-ideológicas. Esse produto - uma espécie de "pacote signficante (E. Veron) - colocado à disposição dos operadores jurídicos, contém em seu bojo um discurso-tipo, cuja condição de verdadevalidade é justamente a aparência de que os sentidos estão contidos nas palavras e que essas são constituí-

das de “essências significativas”, como se fosse possível alcançar um **significante primordial/fundante, e o Direito permitisse verdades apofânticas**, sendo a tarefa (fundamental-fundante) dos intérpretes apenas a de “trazer” esse “sentido-essencial” a lume... Graças a esse modo-de-fazer-Direito, passa-se a “acreditar” em “corretas e/ou definitivas” interpretações, com o que ganham/mantêm terreno, em pleno século XX - **em detrimento da moderna perspectiva semiótico-hermenêutica e do pragmático linguistic turn** - as posturas de cunho hermenêutico-reprodutivas, próprias de uma tradição metafísico-essencialista, que tornam “possível” a (pré)fixação - aistórica e atemporal - dos sentidos jurídicos no interior do campo jurídico.

X. Enfim, para vivificar o texto constitucional, necessitamos superar o paradigma liberal-individualista de Direito. Para tanto, torna-se indispensável uma nova postura hermenêutica, que envolve um “dar-se conta” do (novo) papel do Direito no Estado Democrático de Direito. O processo hermenêutico deve ser um devir constante. Interpretar é dar sentido a cada momento. No processo interpretativo o jurista produz sentido e não reproduz um sentido primordial/fundante da norma. Passa-se, assim, da hermenêutica de matriz bettiana (E. Betti) para a hermenêutica gadameriana (H.G. Gadamer).<sup>40</sup> E, como bem assinala Fernandez-Largo,<sup>41</sup> “ningún intérprete puede pretender estar frente al tex-

40 Para tanto, ver STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

41 Cfe. FERNANDEZ-LARGO, Antonio O. *La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid, Espanha: Universidad de Valladolid, 1993. p.89.

to normativo libre de precomprensiones, pues ello equivaldría a estar fuera de la historia y a hacer enmudecer a la norma”, sendo que **“la norma es muda mientras no sea interrogada, reclamada y traída a un presente espacio-temporal, donde ha de mostrar sus virtualidades**. Es entonces cuando será comprendida en ‘su’ sentido”.

XI. Numa palavra, a partir da superação da crise paradigmática do Direito (crise de modelos de Direito e de Estado) é que poderemos dar um sentido eficaz<sup>42</sup> à Constituição, inserida no novo modelo de cunho transformador que é o Estado Democrático de Direito. Ao lado disso, é imprescindível uma nova hermenêuti-

42 No mínimo, necessitamos trazer para o campo da operacionalidade do Direito brasileiro a perspectiva garantista proposta por Luigi Ferrajoli, entendendo o garantismo - e é necessário que se coloque aqui esta advertência - no contexto deste texto (crise de paradigma do Direito, inefetividade da Constituição, etc) como uma maneira de fazer democracia dentro do Direito e a partir do Direito. **Como “tipo ideal”, o garantismo reforça a responsabilidade ética do operador do Direito**. É evidente que o garantismo não se constitui em uma panacéia para a cura dos “males” decorrentes de um Estado Social que não houve no Brasil, cujos reflexos arrasadores deve(r)iam indignar os líderes do Direito. **O que ocorre é que, em face da aguda crise do positivismo jurídico-normativista, não se pode desprezar um contributo para a operacionalidade do Direito do porte do garantismo, que prega, entre outras coisas, que a Constituição (em sua totalidade) deve ser o paradigma hermenêutico de definição do que seja uma norma válida ou inválida (e isso, embora seja óbvio, não tem, ainda, a necessária repercussão no imaginário dos juristas brasileiros), propiciando toda uma filtragem das normas infraconstitucionais que, embora vigentes, perdem sua validade em face da Lei Maior**. Dito de outro modo, o garantismo não significa um retorno a um “Estado bom” que já houve. Nos países avançados da Europa, beneficiários do welfare state, isso até seria possível. No Brasil, ao contrário, onde o Estado Social foi um simulacro, o garantismo pode servir de importante mecanismo de construção das condições de possibilidades para o resgate das promessas da modernidade. *Sobre garantismo, consultar: Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Madrid: Trota, 1995, p.851-903 e O Direito como sistema de garantias. In: O novo em Direito. José Alcebiades de Oliveira Jr (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p.89-109; Cademartori, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista. Florianópolis: UFSC, 1997, Tese de Doutorado; Streck, Lenio Luiz. O trabalho dos juristas na perspectiva do Estado democrático de Direito: da utilidade de uma crítica garantista. In: TUBENSCHLACK, James (org). *Doutrina*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1998. P. 41-48.*

ca jurídica, que possibilite ao operador do Direito a compreensão da problemática jurídico-social, inserida no contexto de uma sociedade excludente como a brasileira, onde a dignidade da pessoa humana tem sido solapada desse o seu des-cobrimto. Dito de outro modo, os juristas brasileiros não podem (continuar a) se comportar como o sujeito que está à beira do Vesúvio prestes a entrar em erupção. As lavas (da crise social) cobrirão a tudo e a todos, e, ao invés de construir barreiras para evitar que as lavas cubram suas casas e a cidade, nossos juristas ficam tranqüilos, tratando de arrumar o quadro de Van Gogh na parede...Ou, nas belas palavras do contista mexicano Eráclio Zepe-da - e nada melhor do que a poesia para nos falar das coisas do mundo -, *“quando as águas da enchente derubam as casas, e o rio transborda arrasando tudo, quer dizer que há muitos dias começou a chover na serra, ainda que não nos déssemos conta”!*

## A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 27 DA LEI Nº9868/99 QUANTO AO REGULAMENTO PROCESSUAL DOS EFEITOS DO PROVIMENTO FINAL EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO

LUCIANA DE ASSUNÇÃO MACIEIRA

Advogada, Pós-graduanda (lato sensu) em Processo Civil pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

### SUMÁRIO

INTRODUÇÃO – 1. DA INCONSTITUCIONALIDADE. – 2. O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE DISCIPLINADO NA C.F. /88. – 3. A INOVAÇÃO TRAZIDA PELO ART. 27 da Lei nº9868/99: A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE. – 4. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 27 QUANTO AO ESTABELECIMENTO DOS EFEITOS RESTRITIVOS NA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO: 4.1. O quorum constitucional exigido para a decisão final no controle concentrado de constitucionalidade; 4.2. Competência do S.T.F. ou discricionariedade?; 4.3. A instituição da “constitucionalidade interrompida”. 4.4. A adequação dos efeitos retroativos da declaração da Nulidade da lei inconstitucional no caso concreto. – 5. CONCLUSÃO – 6. REFERÊNCIAS.

### INTRODUÇÃO

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, importante instrumento de defesa da supremacia constitucional e da manutenção do Estado Democrático de Direito, sofreu grandes alterações com o

advento da Lei nº9868/99 que regulamenta o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade.

Uma das maiores modificações foi introduzida pelo art. 27 daquela lei, que quebrou o dogma da nulidade dos atos inconstitucionais, base do controle de constitucionalidade garantido por nossa Carta Magna.

Por conseguinte, o objetivo inovador da presente pesquisa consiste na análise desse dispositivo legal, bem como o instituto da “declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade” por ele introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, à luz dos princípios e normas constitucionais, e frente ao modelo de controle jurisdicional abstrato de constitucionalidade disciplinado pela C.F. /88.

## 1 – DA INCONSTITUCIONALIDADE

O princípio da supremacia constitucional decorrente do próprio caráter rígido da Magna Carta impede qualquer mutação ou revogação de seu texto por leis ordinárias, fazendo surgir a idéia de inconstitucionalidade diferenciada daquela de mera ilegalidade<sup>1</sup>.

Definiu-se por inconstitucional a lei “incompatível ou inconciliável”, total ou parcialmente, com a Constituição Federal<sup>2</sup>. Acrescentando Lúcio Bittencourt<sup>3</sup> que também seria inconstitucional o ato que ferisse o “espírito” da Cons-

1 SANTOS, Ernani Fidélis dos. O controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. *Revista dos Tribunais*, a. 79, v.661, nov. 1990. p. 28.

2 BITTENCOURT, Lúcio C. A. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p.53. (Série: Arquivos do Ministério da Justiça).

3 Idem. *Ibidem*, p. 54-55.

tuição, desde que positivado numa de suas normas.

No Brasil, adotou-se em parte o sistema difuso norte - americano (com exceção do *stare decisis*) pela Constituição pátria de 1890, considerando-se inconstitucionalidade como sinônimo de nulidade. A lei ou ato inconstitucional seria inválido, e, portanto, teria seus efeitos cancelados, tornando-se também ineficaz<sup>4</sup>.

Mas, foi o insigne jurista Rui Barbosa que introduziu interpretação inovadora desse conceito no ordenamento jurídico pátrio, definindo atos inconstitucionais como nulos em sua essência e sem eficácia legal<sup>5</sup>.

Complementa essa visão a posição de Orlando Bitar<sup>6</sup> que coloca a nulidade como sanção em potencial, que qualifica o ato como inconstitucional e dele faz parte.

Dito entendimento foi consagrado pela doutrina e jurisprudência pátrias, unanimemente, até a adoção do sistema misto de controle de constitucionalidade. Sob a influência dos sistemas austríaco e alemão, essa visão foi sofrendo alterações para se adequar aos casos concretos analisados pelo Supremo Tribunal Federal.

A doutrina da nulidade *ex tunc* foi sendo atenuada pelas decisões jurisprudenciais. Como exemplo, destaca-se a criação do “funcionário de fato”, no RE

4 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1984. p.115-116.

5 Rui Barbosa. Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo. In: *OBRAS SELETAS DE RUI BARBOSA, TRABALHOS JURÍDICOS*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p.26. v. 11

6 BITAR, Orlando. A lei e a constituição. In: *OBRAS COMPLETAS*. Brasília: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1978. v.2, p. 39.

78.594, relatado pelo Ministro Bilac Pinto, reconhecendo a validade da designação de oficial de justiça com base em lei estadual declarada inconstitucional<sup>7</sup>.

Aberto o precedente, seguiram-se reiteradas decisões da Corte Suprema no mesmo sentido, dando ensejo ao crescimento de uma nova concepção pátria de “inconstitucionalidade”, excepcionada com base na teoria da anulabilidade, enunciada por Kelsen como regra<sup>8</sup>.

Desse modo, o conceito de inconstitucionalidade apresentar-se-ia dissociado do de nulidade, constituindo esse último, juntamente com a anulabilidade, efeitos da declaração judicial de inconstitucionalidade. Nesse caso, a única sanção inerente à inconstitucionalidade consistiria na sua mera retirada do ordenamento jurídico<sup>9</sup>.

No Brasil, o conceito de inconstitucionalidade passou a ser considerado como a ação ou omissão do Poder Público (Executivo, Legislativo ou Judiciário), através de atos normativos<sup>10</sup> ou da ausência deles, infringindo preceitos constitucionais, gerando efeitos de nulidade ou anulabilidade por declaração judicial.

A fiscalização dessas espécies de inconstitucionalidade compete aos próprios Órgãos do Poder Público, que, de maneira preventiva ou repressiva, exercem controle recíproco e inibem qualquer arbitrariedade ou

abuso de poder, no exercício da soberania estatal.

Neste trabalho, dentro de uma visão genérica do controle jurisdicional de constitucionalidade, será dada ênfase tão-somente à declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato exercido pelo Poder Judiciário, nos moldes da Constituição Brasileira de 1988.

## 2- O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE DISCIPLINADO NA C.F/88

O controle jurisdicional de constitucionalidade faz parte do sistema de controles recíprocos da divisão tripártide dos poderes estatais, estabelecida no Brasil para favorecer a harmonia e independência entre eles e, conseqüentemente, manter o Estado Democrático de Direito.

O sistema jurisdicional de constitucionalidade disciplinado na Carta Magna de 1988 é modalidade de controle repressivo, que faz cessar o “estado de inconstitucionalidade”.

Dito sistema de fiscalização apresenta-se, no Brasil, sob dois aspectos: difuso ou concreto, e abstrato ou concentrado.

Através do controle difuso de constitucionalidade (sistema americano), permite-se que todo e qualquer cidadão brasileiro recorra ao Judiciário em busca de uma solução para seu conflito individual, e incidentalmente, requeira a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo que cerceie o livre exercício de seus direitos constitucionalmente garantidos, como pressuposto para solucionar sua lide.

O controle de constitucionalidade pela via direta remonta o sistema austríaco e refere-se ao controle de

7 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p.279-280.

8 Para Hans Kelsen, a lei inconstitucional é válida e anulável e nunca nula, tendo em vista a impossibilidade de existir nulidade dentro da ordem jurídica. Assim, a declaração de inconstitucionalidade de lei teria caráter constitutivo e consistiria na revogação daquela. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura de direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 306-307).

9 Christina Aires Correa Lima. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Cadernos de direito constitucional e ciência política*, v.7, n.27, p. 188-189. abr/jun. 1999.

10 Quanto ao Judiciário, considera-se, aqui, a sentença ou acórdão como lei entre as partes.

constitucionalidade da lei em tese, abstratamente considerada, para fazer cessar inconstitucionalidade de ação ou omissão de ato normativo, retirando-o do ordenamento jurídico.

Trata-se de função normativa e não jurisdicional, uma vez que seu objeto de apreciação é o ato normativo considerado em si mesmo, sem estar vinculado a fatos que tenham ocorrido sob sua incidência.

São três as modalidades de ações de controle abstrato: argüição de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

A C.F./88, ao disciplinar o procedimento das ADIN e ADC, silenciou quanto aos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade, prevalecendo, quase sempre, a aplicação do princípio da nulidade dos atos inconstitucionais.

Considerando a impugnação, em sede de ADIN, da constitucionalidade do art. 27 da lei nº9868/99, que permitiu ao S.T.F. decidir quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, torna-se imprescindível interpretar seu conteúdo normativo à luz de nosso ordenamento jurídico para, ao final, chegar-se a uma conclusão sobre sua validade, o que se verá nos capítulos subseqüentes.

### 3- A INOVAÇÃO TRAZIDA PELO ART. 27 DA LEI Nº9868/99: A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE

O surpreendente texto contido no art.27 revolucionou o controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, quebrando o dogma do princípio da nulidade dos atos inconstitucionais.

Além do legislador pátrio não esclarecer exatamente o alcance dos termos “segurança jurídica” e “excepcional interesse social” citados naquele artigo, admitiu, com base neles, a determinação do efeito *ex nunc* e do efeito *pro futuro* na declaração de inconstitucionalidade, com a permanência retroativa ou superveniente da eficácia de um ato normativo considerado inconstitucional pela própria Corte Suprema.

Trata-se de uma tentativa de adequação das decisões judiciais à realidade fática do caso concreto.

Os principais argumentos justificadores dessa alteração legislativa, no Brasil, foram a inadequabilidade da declaração de nulidade para afastar inconstitucionalidade por omissão legislativa parcial<sup>11</sup>, e a alegação de inexistência de um instituto que permitisse o estabelecimento de limites aos efeitos daquela declaração.

Como possível solução para essa carência normativa, o art. 27 da Lei nº9868/99 trouxe do Direito alemão o instituto da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, desenvolvido pela jurisprudência da Corte constitucional alemã.

11 Exposição de motivos nº189, de 7 de abril de 1997, publicada no Diário do Senado de 24 de fevereiro de 1999, p.3.160.

Na verdade, as disposições legais da Suprema corte alemã não esclarecem exatamente quando o Tribunal deverá abster-se de pronunciar a nulidade de ato normativo inconstitucional, nem quais seriam os efeitos decorrentes dessa decisão, o que, de certa forma, causa insegurança na doutrina e controvérsias quanto a sua aplicabilidade<sup>12</sup>.

Contudo, é certo e incontroverso que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade recomenda e obriga o legislador a providenciar todas as medidas necessárias, inclusive editar novas leis, para a cessação do “estado de inconstitucionalidade”, não permitindo que a discricionariedade legislativa legitime a conservação de uma norma inconstitucional. Essa força impositiva decorre da Constituição alemã, que preceitua a vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais (art. 1º, III) e aos princípios nela estabelecidos para a garantia do Estado de Direito (art. 20)<sup>13</sup>.

Assim, nota-se que a inaplicabilidade do princípio da nulidade, nos casos de omissão, por si só, não é eficaz, porque a inconstitucionalidade permaneceria, se a sua declaração não significasse também uma ordem ao legislador para agir prontamente no restabelecimento da constitucionalidade, por “colmatação de eventual lacuna” ou supressão do termo de exclusão<sup>14</sup>.

12 MENDES, Gilmar, FERREIRA. *A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – Unvereinbarkeitserklärung – na jurisprudência da corte constitucional alemã. Revista de Informação Legislativa*, n. 118, p.61-84 abr/jun de 1993.

13 Idem. *Ibidem*, p. 64.

14 MENDES, Gilmar, FERREIRA. *A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. Arquivos do Ministério da Justiça*, a. 47, n.183, p.59-60. jan/jun, 1994.

No Brasil, a C.F. /88<sup>15</sup> expressamente proíbe a sobreposição dos Poderes estatais numa relação de obediência, determinando que o único efeito da declaração judicial de inconstitucionalidade por omissão seria informar ao órgão infrator a decisão.

Tendo em vista que a ordem constitucional brasileira só pode ser revogada por emenda, a efetividade perquirida pela Lei nº9868/99, com a aplicação do controle alemão de constitucionalidade no sistema pátrio, restou prejudicada devido à impossibilidade de aplicação do dever imediato de legislar.

Na verdade, o legislador brasileiro “importou” um sistema estrangeiro de controle de constitucionalidade mutilado e o aplicou para toda e qualquer declaração abstrata de inconstitucionalidade, criando uma aberração jurídica.

Diante dos argumentos explanados neste capítulo, torna-se imprescindível a análise da inconstitucionalidade do art.27 da Lei nº9868/99, reservada para o capítulo subsequente.

#### 4- A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 27 QUANTO AO ESTABELECIMENTO DE EFEITOS RESTRITIVOS NA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO

As irregularidades contidas no art. 27 da Lei nº9868/99, percorridas no capítulo III, desrespeitam os preceitos constitucionais em vários aspectos, senão vejamos:

15 Preceitua o art. 103, §2º da C.F./88: “... será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias...”.

Na verdade, as disposições legais da Suprema corte alemã não esclarecem exatamente quando o Tribunal deverá abster-se de pronunciar a nulidade de ato normativo inconstitucional, nem quais seriam os efeitos decorrentes dessa decisão, o que, de certa forma, causa insegurança na doutrina e controvérsias quanto a sua aplicabilidade<sup>12</sup>.

Contudo, é certo e incontroverso que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade recomenda e obriga o legislador a providenciar todas as medidas necessárias, inclusive editar novas leis, para a cessação do “estado de inconstitucionalidade”, não permitindo que a discricionariedade legislativa legitime a conservação de uma norma inconstitucional. Essa força impositiva decorre da Constituição alemã, que preceitua a vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais (art.1º, III) e aos princípios nela estabelecidos para a garantia do Estado de Direito (art. 20)<sup>13</sup>.

Assim, nota-se que a inaplicabilidade do princípio da nulidade, nos casos de omissão, por si só, não é eficaz, porque a inconstitucionalidade permaneceria, se a sua declaração não significasse também uma ordem ao legislador para agir prontamente no restabelecimento da constitucionalidade, por “colmatação de eventual lacuna” ou supressão do termo de exclusão<sup>14</sup>.

12 MENDES, Gilmar, FERREIRA. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – Unvereinbarkeitserklärung – na jurisprudência da corte constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*, n. 118, p.61-84 abr/jun de 1993.

13 Idem. *Ibidem*, p. 64.

14 MENDES, Gilmar, FERREIRA. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Arquivos do Ministério da Justiça*, a. 47, n.183, p.59-60. jan/jun, 1994.

No Brasil, a C.F. /88<sup>15</sup> expressamente proíbe a sobreposição dos Poderes estatais numa relação de obediência, determinando que o único efeito da declaração judicial de inconstitucionalidade por omissão seria informar ao órgão infrator a decisão.

Tendo em vista que a ordem constitucional brasileira só pode ser revogada por emenda, a efetividade perquirida pela Lei nº9868/99, com a aplicação do controle alemão de constitucionalidade no sistema pátrio, restou prejudicada devido à impossibilidade de aplicação do dever imediato de legislar.

Na verdade, o legislador brasileiro “importou” um sistema estrangeiro de controle de constitucionalidade mutilado e o aplicou para toda e qualquer declaração abstrata de inconstitucionalidade, criando uma aberração jurídica.

Diante dos argumentos explanados neste capítulo, torna-se imprescindível a análise da inconstitucionalidade do art.27 da Lei nº9868/99, reservada para o capítulo subsequente.

#### 4- A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 27 QUANTO AO ESTABELECIMENTO DE EFEITOS RESTRITIVOS NA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO

As irregularidades contidas no art. 27 da Lei nº9868/99, discorridas no capítulo III, desrespeitam os preceitos constitucionais em vários aspectos, senão vejamos:

15 Preceitua o art. 103, §2º da C.F./88: “... será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias...”.

#### 4.1 O *quorum* constitucional exigido para a decisão final no controle concentrado de constitucionalidade

A Constituição Federal de 1988 determina, expressamente, em seu artigo 97 que o poder dos tribunais em declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo editado pelo Poder Público “**somente**” será exercido pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial<sup>16</sup>.

Ocorre que, a redação do art. 27 da Lei nº9868/99 prevê que os efeitos dessa decisão da maioria absoluta sejam determinados pela maioria qualificada de dois terços dos ministros da Suprema Corte.

Sendo provável que a intenção do art. 27 tenha sido estabelecer novo *quorum* para a declaração de inconstitucionalidade além da definição de seus efeitos, percebe-se verdadeira afronta à Carta Magna e ao princípio da supremacia constitucional. Não se admite que um dispositivo ordinário possa modificar regra estabelecida expressamente pela C.F. /88.

#### 4.2 Competência do S.T.F. ou discricionariedade?

A competência de “julgar” dada ao Poder Judiciário pela C.F. /88 em seu art. 102 é parcela da soberania estatal decorrente do sistema tripártide de divisão dos poderes por ela adotado. Mais especificamente, a competência da Suprema Corte para processar e julgar ações abstratas de inconstitucionalidade decorre do controle

<sup>16</sup> Preceitua o art. 97 da C.F./88: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

recíproco (“*checks and balances*”) estabelecido entre os poderes estatais, para manter a harmonia entre eles e evitar abusos de poder e arbitrariedades em detrimento dos direitos fundamentais.

O julgamento nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN) e nas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) restringem-se ao posicionamento declaratório final do Tribunal a respeito da constitucionalidade ou não do ato normativo questionado em juízo. É a interpretação deduzida da redação do art.97 juntamente com os parágrafos 2º e 3º do art.103 da C.F. /88, que usam o termo “declaração” relativamente ao julgamento daquelas ações<sup>17</sup>.

Acresce-se, ainda, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade encontram-se no bojo da C.F. /88, ao estabelecer a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas pelo S.T.F. nas ações declaratórias de constitucionalidade (§2º do art.102), bem como o efeito meramente informativo da declaração de inconstitucionalidade por omissão (§2º do art.103).

Desse modo, se fosse da vontade do Poder constituinte que a competência do S.T.F. para julgar ações de constitucionalidade se estendesse à definição dos efeitos dessa decisão, o teria feito expressamente e não tomado para si o encargo.

<sup>17</sup> Uma vez que a redação do art. 97 encontra-se na nota de rodapé nº40, transcrevo a seguir respectivamente os parágrafos 2º e 3º do art. 103: “**Declarada a inconstitucionalidade por omissão** de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”; “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.” (grifo nosso).

Analisando o art. 27 à luz desses esclarecimentos, observa-se que, *in casu*, a lei infraconstitucional, da qual faz parte, disciplinou matéria de competência constitucional, concedendo poderes ao Supremo Tribunal Federal não previstos na **Carta Magna**, ampliando sua competência de julgamento.

De acordo com o sistema jurídico pátrio vigente, para que uma lei inconstitucional tenha sua validade e eficácia reconhecidas por determinado período, possibilitando até a aplicação superveniente de lei inconstitucional, é preciso que o princípio constitucional da nulidade dos atos inconstitucionais seja derogado por outro princípio ou norma de igual hierarquia.

Portanto, a faculdade prevista pelo art. 27, para que o S.T.F. imponha restrições aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, caracteriza-se como tendenciosa “discricionariedade de sanção”, reconhecida pelo próprio Gilmar Mendes ao comentar o idêntico sistema alemão<sup>18</sup>.

#### 4.3 A instituição da “constitucionalidade interrompida”

A superioridade da Magna Carta é pedra angular na manutenção do Estado Democrático de Direito. Conceder à cúpula do Poder judiciário a faculdade de afastar tal princípio, mesmo que por curto lapso temporal, ensejaria uma insegurança jurídica generalizada, fragilizando a maior vitória já alcançada pela democracia brasileira.

Permitir que o STF, reconhecendo uma norma como inconstitucional, possa prostrar os seus efeitos

18 FERREIRA, Gilmar Mendes. Ob. Cit., (nota 12), p.80.

de nulidade para o futuro, fazendo com que haja a constitucionalização temporária do que é inconstitucional, afasta a sua função de guardião da Constituição.

Sustenta o promotor de justiça do Maranhão, José Ribamar Sanches Prazeres, que manter a validade e a eficácia de atos normativos inconstitucionais por período incerto é “como se tivesse dado à Suprema Corte o poder de transformar a essência das coisas, ou melhor, dos institutos jurídicos, modificando-os ao mero sabor das conveniências políticas...”.<sup>19</sup>

Considerando que a “razão de ser” do controle jurisdicional de constitucionalidade encontra-se na supremacia constitucional, constituindo-se em seu importante instrumento de defesa, segundo defende Mauro Cappelletti<sup>20</sup>, seria contraditório admitir que esse mesmo controle pudesse afastar a força normativa da Constituição Federal Brasileira.

#### 4.4 Adequação dos efeitos retroativos da declaração da nulidade da lei inconstitucional no caso concreto (ação própria, não cabimento em controle abstrato)

O art. 27 da Lei nº9868/99 fundamenta a faculdade do S.T.F. em decidir quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato, na necessidade de adequação do julgamento à realidade fática envolvida, a ponto de manter os efeitos desse ato normativo

19 Ver PRAZERES, J.R.S. Lei n. 9868/99: a inconstitucionalidade interrompida. **Revista Virtual Jus Navigandi**. abril, 2000. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina/ainconstitucionalidadeinterrompida.htm>. Acesso em 22 de fev. 2001.

20 CAPPELLETTI, Mauro. ob. cit, p. 129.

antes, ou até mesmo depois dessa decisão, segundo se denota do contexto do relatório final do anteprojeto<sup>21</sup>.

Considerando a função normativa da declaração de constitucionalidade em ação de controle concentrado, Clemerson Merlin Clève<sup>22</sup> sustenta que os efeitos produzidos pela decisão no controle abstrato de constitucionalidade situam-se no plano normativo e não concreto. Assim, os atos de boa-fé e as relações jurídicas constituídas sob a lei declarada posteriormente inconstitucional têm sua validade intacta até que haja decisão desconstitutiva ou invalidatória em ação concreta, própria e individualizada.

A decisão proferida pelo S.T.F. em ação abstrata de controle de constitucionalidade é, portanto, juízo de valor sobre determinado ato normativo inconstitucional, sem o caráter constitutivo-negativo sobre as relações jurídicas constituídas sob seu fundamento<sup>23</sup>.

A finalidade do controle concentrado é a proteção da ordem jurídica objetiva, aproximando-se a função jurisdicional nele exercido à função legislativa-negativa. Contrapõe-se à atividade jurisdicional, que pressupõe um conflito de interesses ou obstáculo à realização de um direito, elementos abstraídos na análise da inconstitucionalidade de lei em tese<sup>24</sup>.

Portanto, o controle abstrato de constitucionalidade, por sua própria natureza, não se presta à análise fática concreta de cada caso, até porque os julgadores não teriam conhecimento de todos os negócios jurídicos que fo-

21 BRASIL. Exposição de motivos, n. 189 de 7 de abril de 1997. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 24 fev. 1999.

22 CLÈVE, Clemerson Merlin. Declaração de Inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. *Revista dos Tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política*, n. 19, p.306 v. 5, abr/jun de 1997.

23 Idem. *Ibidem*, p.293.

24 Ver MACHADO, Hugo de Brito Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, a. 18, v.123, p. 12, abr. 1994.

ram realizados com base na lei por eles declarada inconstitucional, para saber se deveriam manter sua validade.

Por todo o exposto neste capítulo, argumentado sob a interpretação realizada no capítulo antecedente, conclui-se que o art. 27 da Lei nº9868/99 é manifestamente inconstitucional por ferir o princípio da supremacia constitucional, tratando de matéria de competência exclusiva da C.F./88, inclusive alterando a natureza jurídica dos institutos.

## 5- CONCLUSÃO

Com base na análise dos institutos da inconstitucionalidade e dos seus meios de controle, disciplinados pelo ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de proteção à Constituição Federal e ao Estado Democrático de Direito, foi possível, nesse trabalho, realizar uma interpretação das inovações introduzidas no sistema processual-constitucional pelo art. 27 da Lei nº 9868/99.

A acepção brasileira tradicional da inconstitucionalidade decorrente do princípio da nulidade ensejava a invalidação da norma jurídica que infringisse preceitos constitucionais, negando-lhe qualquer eficácia real. Posteriormente, com a emersão de novas necessidades jurídicas de tutela, a idéia de inconstitucionalidade atrelada à nulidade não mais correspondia às expectativas de eficácia da declaração de inconstitucionalidade em sede abstrata.

Nesse contexto, surgiu a Lei nº9868/99, que expressou em seu art.27 a tentativa de solucionar a pro-

blemática de ineficácia do controle de constitucionalidade vigente, com a implantação, de forma mutilada, do instituto da “declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade”, originária da Alemanha.

Por disposição ordinária, foi dada competência aos ministros do Supremo Tribunal Federal de limitar os efeitos de sua declaração abstrata de inconstitucionalidade através da concessão de efeitos *ex nunc e pro futuro*, e manter por tempo *futuro* a validade do ato normativo declarado inconstitucional.

Diante da fragilidade da inovação, ressalta-se que a alteração legislativa só poderia ocorrer, no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de emenda constitucional, que ampliasse a competência do Supremo Tribunal Federal para declarar os efeitos de suas decisões finais de inconstitucionalidade, alterando os dispositivos nos quais a própria **Carta Magna** dispõe sobre o assunto, e modificasse a natureza jurídica das ações que compõem o controle abstrato de constitucionalidade de normas, para que essas pudessem se adequar aos casos concretos atingidos pela declaração de inconstitucionalidade de lei.

Desse modo, por não cumprir os moldes do processo legislativo corretamente e afrontar diretamente a C.F. /88, o art. 27 da Lei nº9868/99 é manifestamente inconstitucional.

## 6- REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo. In: OBRAS SELETAS DE RUI

BARBOSA: TRABALHOS JURÍDICOS. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p.26. v. 11.

BITAR, Orlando. A lei e a constituição. In: OBRAS COMPLETAS. Brasília: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1978. v.2, p. 39.

BITTENCOURT, C. A. L. . *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. atualizada por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. (Série: Arquivos do Ministério da Justiça).

BRASIL. Lei ordinária nº9868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Exposição de Motivos, n.189 de 7 de abril de 1997. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, 24 fev. 1999.

CANOTILHO, J.J. G. . **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, M. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

CLÈVE, C. M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os

atos singulares praticados sob sua égide. **Revista dos Tribunais**: cadernos de direito constitucional e ciência política, n. 19, v. 5, p.279-307, abr/jun de 1997.

FERRARI, R. M. N. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

HESSE, K. **A força normativa da constituição**. 1. ed. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, H. . **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, C. A. C. . Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, v. 7. n. 27, p.183-208, abr/jun, 1999.

MACHADO, H. de B. . Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, a.18, v.123, p.09-15, abr. 1994.

MENDES, G. F. . A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – Unvereinbarkeitserklärung – na jurisprudência da corte constitucional alemã. **Revista de Informação Legislativa**, n. 118, p.61-84, abr/jun 1993.

\_\_\_\_\_. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. **Arquivos do Ministério da Justiça**, a. 47, n. 183, p.40-73, jan/jun 1994.

\_\_\_\_\_. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte constitucional alemã. **Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, a. I, n. 4 p.7-29, jul/set 1993.

PRAZERES, J. R. S. . *Lei nº 9868/99*: a inconstitucionalidade interrompida. **Revista Virtual Jus Navigandi**, abril, 2000. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina/ainconstitucionalidadeinterrompida.htm>. Acesso em 22 fev. 2001.

SANTOS, E. F. . O controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. **Revista dos Tribunais**, a. 79, v. 661, p. 25-36, nov. 1990.

# BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR E DA TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (ENFOQUE COMPARATÍSTICO)

*Lúcio Grassi de Gouveia*

*Juiz de Direito da Capital, Doutorando em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa, Mestre em Direito pela UFPE, Professor de Direito Processual Civil da Esmape e da Universidade Católica de Pernambuco. Coordenador de Divulgação Científica e Cultural da Esmape.*

## SUMÁRIO

1. AUDIÊNCIA PRELIMINAR, TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO E DIREITOS DISPONÍVEIS. 2. O MOMENTO DA TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO. 3. PODERES E DEVERES DO JUIZ NA TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO. 4. CONCLUSÕES. 5. REFERÊNCIAS.

### 1- AUDIÊNCIA PRELIMINAR, TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO E DIREITOS DISPONÍVEIS

Da análise da evolução da audiência preliminar em diversos sistemas jurídicos, resulta clara a influência do direito austríaco, estando presente com especial evidência no Código-tipo para a América Latina, no qual se harmonizam os princípios do dispositivo e do inquisitório, dando-se especial relevância ao princípio de colaboração entre as partes e o juiz, no que diz res-

peito à fixação do objeto do processo, consistindo a audiência preliminar no eixo central e aglutinador dos principais atos processuais.

A audiência preliminar austríaca, uma das interessantes criações de Klein, inspirada no processo penal moderno do século XIX, foi copiada em todo o mundo com maior ou menor êxito e é também um meio de concentrar uma audiência principal sobre o fundo do litígio, no que se verifica uma estreita ligação com o também princípio da concentração.

O art. 301 do Código de Processo Civil Tipo Para a América Latina fornece os contornos da audiência que se alvitra para os países filiados. Eis os objetivos declarados da audiência preliminar : 1) a ratificação dos escritos constitutivos com os esclarecimentos pertinentes e eventual aditamento de fatos novos; 2) a contestação das exceções prévias a que alude o art. 123; 3) a tentativa de conciliação; 4) a recepção da prova das exceções, se essas não forem de puro direito; 5) o saneamento do processo, mediante resolução das exceções processuais e nulidades, bem como de todas as questões remanescentes que obstem à decisão de mérito, incluindo a inadmissibilidade da demanda e a ilegitimidade *ad causam*, desde que seja essa suscetível de definição no começo do litígio; 6) a fixação definitiva do objeto do processo e da prova <sup>1</sup>.

1 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, 3. ed. rev. e amp.. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 117.

O Código General del Proceso de 1988, do Uruguai, vigente a partir de 20.11.89, segue também o lineamento do Código Modelo em matéria de facultades probatórias do juiz civil, mas vai mais além, em especial quando regula a matéria dos processos sociais. Dito Código regula todos os processos não-penais (nem aduaneiros), pelo qual foram derogadas expressamente todas as leis processuais, inclusive o Código de Procedimiento Civil de 1877. No que diz respeito à audiência preliminar, o tribunal tentará conciliar as partes, sanear o processo, fixar o objeto da prova, em colaboração das partes, com o qual deverá rechaçar as provas desnecessárias e inconducentes, deixando as impertinentes para sentença. Se não houver conciliação total, ao menos se chega a um acordo sobre certos fatos que fazem desnecessárias provas solicitadas nos escritos introdutórios <sup>2</sup>.

Constate-se que o Código-Modelo vem produzindo efeitos favoráveis nos projetos de reformas que em nossa área ibero-americana tendem a modificar os antigos procedimentos e aparece refletido, em muitas de suas soluções, em vários novos ordenamentos positivos. Segundo Fairen Guillén,

*o processo que se intenta construir para os países ibero-americanos é mais de colorido autoritário (não confundir essa acepção processual da expressão com a política, tão difundida). Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, Liberalismo, etc., cit. pág. 257 y*

2 VESCOVI, Enrique. *Los Poderes Probatorios del Juez Civil en Los Nuevos Sistemas Procesales*. *Studi in onore di Vittorio Denti*, v.II, p. 557-558. Cedam, 1994.

ss.) que liberal, já que, apesar de conservar o princípio de sua disponibilidade para as partes, em seu interior se observa um notável desenvolvimento de diversas potestades judiciais. Pode-se chegar a um ponto ou momento de junção sincrética entre o movimento chamado “de civilização do processo” (devido, segundo Alcalá-Zamora Castiello à influência do “sistema misto ou anglofrancês”) e de “penalização do processo civil” (“fruto de uma corrente autoritária - no bom sentido, conforme observação supra -, que entronca... com o sesgo imposto ao mesmo por Klein...”), assim como à contemplação do processo como “um serviço público” tendo em conta porém que tais movimentos não são excludentes, mas mistos<sup>3</sup>.

Enfocados conjuntamente, os princípios da cooperação, oralidade-imediação, com expressão escrita no processo e livre convicção do juiz orientam essa audiência. E com esse contato entre os atores processuais, poderá o juiz observar não só o que alegam as partes, mas também como o fazem. É a grande vantagem da oralidade.

*A forma escrita, bem como salientou Sócrates, segundo Platão, é morta, e só nos fala por um lado, ou seja, por meio daquelas idéias que com*

3 GUILLÉN, Víctor Fairén. *Textos propuestos para la regulación de la audiencia preliminar en el proyectado Código Procesal Civil- Tipo para Iberoamérica. XII JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1990. v.II p.827-828.

os sinais despertam o nosso espírito; não satisfaz plenamente a nossa curiosidade, não responde às nossas dúvidas, não nos apresenta os infinitos possíveis aspectos das coisas em si mesmas; - “na viva voz falam também conjuntamente a fisionomia, os olhos, a cor, o movimento, e tantas outras diversas pequenas circunstâncias, que modificam e desenvolvem o sentido geral das palavras, e subministram outros tantos indícios a favor ou contra o afirmado pelas próprias palavras”; - “a linguagem muda, a eloquência do corpo, segundo Tullio, é mais verídica que as palavras e pode menos esconder a verdade”; - “todos os indicados elementos se perdem na nudez da forma escrita, faltando ao juiz os mais claros e certos argumentos” [para chegar a uma boa decisão]<sup>4</sup>.

Quanto à oralidade, discute-se sua origem. Segundo Chiovenda, devemos prescindir da idéia pré-concebida de que o processo escrito responde melhor ao espírito e à tradição latina e que o processo oral é um produto de índole germânica. O processo romano foi estritamente oral, imediato e concentrado e se deformou, transformando-se em escrito. O movimento de retorno à oralidade significa um retorno à idéia romana<sup>5</sup>.

Miguel Teixeira de Sousa ressalta a importância da oralidade, introduzida pelas codificações oitocentistas, na seqüência do élan reformista da Revolução

4 VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito Processual Civil - do antigo ao novo código*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 157.

5 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Trad. E. Gomes Orbaneja. 1. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940. v.III p. 165.

Francesa e, em especial, dos movimentos revolucionários de 1848 e 1850, que teriam admitido a discussão oral dos aspectos relevantes para a decisão da causa, proporcionado a imediação entre os meios de prova e o juiz, favorecido a livre apreciação da prova e, na sequência da valorização do julgamento de primeira instância, eliminado ou restringido a faculdade da invocação de nova na instância de recurso. Lembra o autor que as potencialidades da oralidade cedo começaram a ser exploradas, mencionando os §§ 230, 231 e 239 da *Zivilprozeßordnung* austríaca de 1895 (ÖZPO), que vieram a estabelecer uma audiência (*Tagsatzung*) destinada à discussão oral da causa e cuja realização ocorre imediatamente a seguir à propositura da causa, dando-se assim continuidade ao papel interventor do juiz, herdado de algumas das tradições iluministas do processo civil austríaco e da posição tutelar que caracterizava a intervenção da administração pública no então multiétnico Império Austro-Húngaro. Ressalta que, bastante depois, a chamada “*Vereinfachungsnovelle*”, de 3/12/1976, introduziu várias alterações na *Zivilprozeßordnung* alemã: de acordo com a nova redação fornecida ao § 272 ZPO, o litígio deve ser resolvido, em regra, numa audiência final, a qual, por seu turno, pode ser preparada, segundo a escolha do juiz, através de uma audiência preliminar ( § 275 ZPO ) ou de um procedimento escrito ( § 276 ZPO ) . Enfatiza ser essa audiência preliminar de inspiração austríaca e germânica que o art. 508º - A vem introduzir, finalmente, no processo civil português. Mas aponta como antecedente direto o regime estabelecido no art. 301 do Anteprojeto do Código de Processo Civil Modelo

para a América Latina. Indica as seguintes atividades como inerentes a essa audiência: retificação da petição inicial e da contestação, podendo-se alegar fatos novos sempre que não modifiquem a pretensão ou a defesa, assim como aclarar os seus termos; - contestação pelo autor das exceções opostas pelo demandado e por esse das que o autor tenha oposto à reconvenção; - tentativa de conciliação; - produção da prova sobre as exceções; - pronúncia da decisão interlocutória para saneamento do processo; - fixação definitiva do objeto do processo e da prova, pronúncia sobre a admissibilidade dos meios de prova solicitados pelas partes e produção dos que seja possível efetuar na audiência <sup>6</sup>.

Para o mestre português, difere a solução portuguesa em relação às soluções austríaca e alemã, segundo a qual essa audiência é convocada logo a seguir à apresentação da petição do autor, sendo nela apresentada a (eventual) contestação escrita do réu ( § 239 (2) e 243 (1) ÖZPO; § 275 (1) ZPO). Salienta a proximidade do regime português com o italiano (cfr. arts. 163, nº 7, 167 (após reforma art. 167, nº 1 - observação nossa) e 183 (atualmente art. 183, nºs 1 a 5 - observação nossa) CPC, todos com redação dada pela Lei nº 353, de 26/11/1990), embora o art. 183 CPC (atualmente 183, nº 4 - observação nossa) admita a invocação pelas partes, durante a audiência preliminar, de algumas exceções, bem como aquele que resulta dos arts. 298.3 e 301.2 do Anteprojeto do Código de Processo Civil Modelo para a América Latina <sup>7</sup>.

<sup>6</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apreciação de Alguns Aspectos da Revisão do Processo Civil - projecto*. [s.l.]: ROA, 1995. v.II, p.395-396.

<sup>7</sup> *idem*, p. 397.

Acrescente-se o fato de que a oralidade garante que os julgadores, ao proferirem suas sentenças, tiveram conhecimento direto, real e efetivo dos elementos relevantes do processo, posto que podem até terem sido lidos de forma pouco cuidadosa mas não puderam deixar de ouvir o que lhes foi transmitido de viva voz pelas partes e demais intervenientes. Nessa linha, a jurisprudência alemã alinha casos de processos que teriam sido anulados por violação do princípio da oralidade e da colegialidade: um deles porque um juiz passou pelo sono cabeceando durante a audição de testemunhas e outro quando, nas mesmas circunstâncias, o juiz estava alheio ao interrogatório das testemunhas e a despachar processos de seu tribunal <sup>8</sup>.

O Código de Processo Civil português reformado, no que diz respeito à audiência preliminar, dispõe que o despacho que a convoca deve indicar seu objeto e finalidade ( qualquer das previstas no art. 508-A, n° 1), mas não exclui a possibilidade de o tribunal conhecer do mérito da causa no despacho saneador ( art. 508°, n° 3; cfr. art. 510°, n° 1, al. b). Admite que seja dispensada quando, destinando-se à fixação da base instrutória, a simplicidade da causa não justifique a sua convocação ( art. 508°-B, n° 1, al. a ), o que levou Miguel Teixeira de Sousa a entender com acerto que a simplicidade é da seleção da base instrutória e não da causa <sup>9</sup>. Se o conhecimento do mérito da causa se revestir de manifesta facilidade, é igualmente dispensável a au-

diência destinada à discussão de fato e de direito antes dessa apreciação ( art. 508° -B, n° 1, al. b cfr. art. 508° -A, n° 1, al. b ).

No direito português, a realização da audiência preliminar é regra em processo ordinário, ou seja, só poderá ser dispensada quando apenas se destinar a organizar a base instrutória, em ações cuja tarefa se revista de simplicidade (art. 508.º, n° 1, al. a), a conhecer do objeto do processo (exceções peremptórias ou do pedido), revelando-se simples a decisão (art. 508.º-B, n°1, al. b , 2ª parte), a discutir exceções dilatórias já suscitadas pelas partes e de fácil decisão (art.º 508°- B, n° 1, al. b , 1ª parte) e a discutir exceções dilatórias de conhecimento oficioso, ainda que não tenham sido objeto de discussão no processo, desde que a discussão seja manifestamente desnecessária, tal a sua evidência e acessibilidade para as partes, de acordo com o dever de diligência normal (art.º 3º, n° 3) . Em processo sumário, apenas se realizará nos casos previstos no art. 787º, ou seja, quando tenha sido deduzida uma exceção no último articulado admissível (resposta ao pedido reconvenicional) relativamente à qual o reconvinte não tenha podido responder, quando o juiz pretenda conhecer de exceção dilatória não suscitada no processo, fora dos casos do art. 3º, n° 3, quando o processo se revista de suficiente complexidade no que concerne ao conhecimento de exceções dilatórias ou peremptórias ou do pedido, ou quando deva ser elaborada base instrutória e tal tarefa assumida complexidade que o justifique ou aconselhe. No sumariíssimo, não se realizará (art. 795º) <sup>10</sup>.

<sup>8</sup> VAZ, Alexandre Mário Pessoa, *op. cit.*, p. 164.

<sup>9</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*. 2. ed.. Lisboa: Lex, 1997. p. 306.

<sup>10</sup> GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da Reforma do Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. v.II, p. 95-101.

Defendemos que no direito português, quanto às finalidades essenciais da audiência preliminar, encontram justificação no princípio da cooperação recíproca entre tribunal e partes: a) tentativa de conciliação (art. 508-A, nº 1, al. a) ; b) discussão e produção de alegações pelas partes, se o juiz tiver de apreciar exceções dilatórias que as partes não hajam suscitado e discutido nos articulados ou tencionar conhecer, no todo ou em parte, do mérito da causa no despacho saneador (art. 508º-A, nº 1, al. b); c) discussão das posições das partes, com vista à delimitação do litígio e suprimento das insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de fato que ainda subsistam ou se tornem patentes na seqüência do debate (art. 508º-A, nº 1, al. c); d) proferimento do despacho saneador (art. 508º-A nº 1, al. d); e) e finalmente, se a ação tiver sido contestada, seleção, após debate, da matéria de fato relevante para a apreciação da causa e decisão sobre as reclamações deduzidas pelas partes contra ela (art. 508º-A, nº 1, al. e). Em síntese, persegue múltiplas funções: de conciliação das partes (art. 508º - A, nº 1, al. a), de audição prévia das partes (art. 508º - A, nº 1, al. b), de saneamento do processo (art. 508º - A, nº 1, al. d) , de concretização do objeto do litígio (art. 508º - A, nº 1, al. c) e de seleção da matéria de fato (art. 508º- A, nº 1, al. e).<sup>11</sup>

11 Mas não são as únicas funções. Poderão ainda ser preenchidas, nesta audiência preliminar, algumas funções complementares, tais como: a) suprimento de insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de fato, que se tornam manifestas na seqüência do debate; b) indicação dos meios de prova e decisão sobre a respectiva admissibilidade e preparação; c) nela deve ser designada a data para a realização da audiência final; d) nela deverá ser requerida a gravação da audiência final; e) asseguramento do direito do contraditório, quando a parte não pôde responder às exceções deduzidas pela parte contrária no último articulado admitido, concedendo-se direito de resposta; f) dedução de articulado superveniente, nos termos do art. 506/3a; g) colheita de depoimento de parte ( art. 556/3 ) ; h) e obtenção de acordo das partes quanto à remessa do processo para o tribunal competente, verificando-se uma incompetência absoluta do tribunal ( Art. 105/2 ). Geraldo Abrantes inclui, ainda, a apresentação de requerimento para intervenção do tribunal coletivo nos casos em que tal intervenção não seja obrigatória. A audiência preliminar apresenta efeitos preclusivos quanto à prática de determinados atos, tais como a apresentação de reclamação quanto à seleção da matéria de fato, indicação dos meios de prova, apresentação do

Pretendeu o legislador, com a audiência preliminar, propiciar um contato decisivo entre as partes e dessas com o tribunal, para que seja expurgado o processo de tudo quanto não interessa e tornando-se clara a matéria discutida. Consiste assim no ápice, no ponto decisivo de aplicação do princípio da cooperação intersubjetiva.

Quanto a sua finalidade essencial, reside em eliminar da lide, concentradamente - em oposição ao sistema tradicional difuso, em cuja atividade se dispersa - em uma etapa inicial, todos os obstáculos que impeçam, suspendam ou interrompam o debate sobre a fundamentação do que se pretende. Essa genuína função de "purgar" precocemente o processo, livrando-o dos impedimentos processuais, para propiciar a rápida e ordenada passagem para a etapa do exame do mérito, constitui uma finalidade patente suscetível de ser alcançada por diversos caminhos. Precisamente a dificuldade aflora na sua articulação prática, pela persecução do imprescindível equilíbrio e dosimetria entre o conteúdo da atividade que tem lugar na audiência preliminar, versus a necessidade de não criar um desmedido instrumento que, por fim, bloqueie e dificulte um mais rápido alcance da etapa decisória. Esse é o árduo desafio que deve afrontar o legislador<sup>12</sup>.

requerimento para a gravação da audiência ou para a intervenção do coletivo, nos casos em que esse não deva, em princípio, intervir no julgamento. É que "a concentração de atos prevista na lei visou, sem dúvida alguma, acelerar a marcha processual, objetivo que sairia gorado se, a partir de interpretações diversas, se abrisse mão de tal princípio e se concluisse pela transposição, para fora da audiência preliminar, de determinados atos que naquela se inserem e que justificaram a criação de tal "pólo aglutinador de todas as medidas organizativas do processo", como se refere no Preambulo do Dec. Lei nº 329-A/95, de 12 de Dezembro.

12 BERIZONCE, Roberto O. *L'udienza Preliminare nel Codice Processuale Civile Modello per l'ibero-americana*. *Studi in onore di Vittorio Denti*, v.II, p. 31. Cedam, 1994.

Não podemos deixar de dizer que o Código de Processo Civil brasileiro seguiu tal orientação, ao dispor, no que diz respeito ao procedimento ordinário, que

*se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes ( leia-se extinção do processo ou julgamento antecipado da lide ) e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores habilitados a transigir”( caput do art. 331 ) e que “se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá sobre as questões processuais pendentes e determinará provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento se necessário ( § 2º ).*

Foi assim implantado no direito brasileiro o modelo da audiência preliminar do Código-tipo, preordenada ao trinômio conciliação-saneamento-organização ( das atividades instrutórias ).

Na atualidade, a tentativa de conciliação tem sido apontada pela doutrina, dentro de diversos sistemas processuais, como uma valiosa forma de oportunização de resolução de conflitos existentes entre as partes.

Precisamos, porém, fazer uma triste constatação : para os processualistas antenados com as conquistas de seu tempo, se foi grande a expectativa causada pela criação, no direito brasileiro, de uma audiência preliminar ( inadequadamente denominada de audiência de conciliação ), foi também enorme a frustração causada pelo fato de o legislador ter condicionado sua realiza-

ção e conseqüentemente a aplicação dos princípios da imediatidade, oralidade e concentração à disponibilidade dos direitos questionados.

Tudo se passa como se a necessidade de contato direto do juiz com as partes no momento da fixação de pontos controvertidos e da especificação de provas a serem produzidas só existisse em questões referentes a direitos patrimoniais.

Observe-se que, nos chamados direitos indisponíveis, esse contato direto do juiz e do Ministério Público com as partes na audiência preliminar poderia trazer para o processo benefícios, em virtude da aplicação dos princípios supramencionados.

Como vimos, os critérios de dispensa da referida audiência no direito português foram outros, mais consentâneos com sua vasta finalidade e importância, pois levaram em consideração as demais finalidades da referida audiência.

Voltando ao sistema jurídico brasileiro, partamos, porém, do princípio de que o legislador somente admitiu que se inserisse outra audiência no decorrer do procedimento ordinário no caso de possibilidade de conciliação, ou seja, no seu entendimento só valeria a pena a designação de outra audiência para o contato direto com as partes se possível a celebração de um acordo entre elas.

Trata-se de opção de política legislativa, equivocada conforme vimos, o que tem levado parte da doutri-

na a defender que a realização da audiência preliminar ocorreria independentemente da disponibilidade ou indisponibilidade dos direitos discutidos (segundo Nelson Nery é sempre obrigatória, pois não é só a conciliação que é objeto da audiência preliminar e a lei teria dito menos do que queria<sup>13</sup>).

Apesar de tentador o posicionamento de Nelson Nery, especialmente para nós que defendemos que em tese a realização da audiência não deve ficar na dependência de disponibilidade dos direitos discutidos, não vislumbramos qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na redação do referido dispositivo legal ( art. 331 do CPC brasileiro ): como dissemos, trata-se de opção de política legislativa, que outros países também fizeram quando da elaboração dos seus códigos.

Nesse sentido, Barbosa Moreira, para quem

pode-se discordar, não há dúvida, da orientação seguida pela reforma no particular, mas de *lege lata* não há como aderir – sem embargo da autoridade que a ampara – à proposta hermenêutica segundo a qual o juiz deve sempre convocar a audiência, ainda quando não concorrentes os pressupostos indicados na lei (v. g. disponibilidade do direito), o que implicaria a adoção em qualquer caso, da forma oral de saneamento.<sup>14</sup>

13 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil e extravagante em vigor*. 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 829;

14 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 6. série. São Paulo: Saraiva. 1997. p.105.

Isso não nos impede, porém, de defender a realização da audiência no caso de possibilidade de transação parcial ( alguns falam de direitos que têm caráter patrimonial subsidiário ), ou seja, no caso de existência de parcela do direito aparentemente indisponível que admite transação e ainda naqueles casos em que as partes envolvidas, apesar de impossibilitadas em tese de transigir ( União, Estados, Municípios, etc. ), estejam autorizadas por lei a fazê-lo. Dessa forma, não estaremos indo de encontro ao texto legal que é claro e realmente condicionou a realização da audiência erradamente denominada de conciliação à disponibilidade dos direitos.

Vale salientar que a reforma processual em andamento consolida o entendimento da possibilidade legal de o legislador dispensar a audiência preliminar em certos casos. Observe-se que deverá ser modificado o CPC que passará a ter a seguinte redação:

*Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas Seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 ( trinta ) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.*

(...)

§ 3º. Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do parágrafo anterior.

Dessa forma, o legislador reformista não só deixa claro que de audiência preliminar se trata, mas também demonstra sua clara intenção de só admiti-la quando for possível a transação.

Observe-se, ainda, que o mesmo amplia os casos em que a mesma poderá deixar de ser realizada, ou seja, passa a abranger aquelas situações em que seja improvável a transação. Sabemos que tal conceito indeterminado revela-se dotado de grande carga de subjetividade, dando ampla margem ao juiz para decidir se irá realizá-la ou não.

Quanto ao conceito complexo de “direitos disponíveis”, deverá ser substituído pela expressão “direitos que admitam transação”, aqui inseridos não somente os chamados direitos disponíveis, mas também aqueles chamados indisponíveis, por sua natureza híbrida ( caráter patrimonial subsidiário ) ou por circunstâncias exógenas.

## 2- O MOMENTO DA TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO

Quanto ao melhor momento para a realização da tentativa de conciliação, a matéria é discutida em vários países. O direito português admite-a em qualquer estado do processo, desde que as partes conjuntamente a requeiram ou o juiz a considere oportuna, mas as partes não podem ser convocadas exclusivamente para esse fim mais de uma vez ( art. 509º, nº 1 do CPC português ). Assim, nada impede que o juiz o faça logo no início da audiência preliminar pois, caso tenha êxito, ganhará tempo para poder trabalhar em outros processos. Poderá repeti-la no decorrer ou no final da mesma audiência, na qual já tenha havido discussão entre juiz e partes e sido selecionada a matéria de fato relevante que constitui a base instrutória da causa. No direito português, nada impede que seja tentada a conciliação mais de uma vez na própria audiência preliminar. Segundo Fasching,

*também ocorre que, em muitos casos, as partes mostram maior preparação para conciliar-se em uma etapa mais tardia do procedimento, quando o probatório, parcialmente celebrado, permite seus resultados um juízo seguro das chances de êxito . E isto é o que permite o art. 75 da LPL espanhola: “também poderá aprovar-se a conciliação em qualquer momento antes de ditar-se a sentença”<sup>15</sup>. Evidentemente que uma previsão legal de tentativa de conciliação somente em fase final do processo iria de encontro aos princípios de celeridade e economia processual.*

15 GUILLÉN, Victor Fairen, op. cit., p. 871.

Admite-se que

*a regulação da atividade conciliadora dos juízes, dentro de cada processo (que a admita, naturalmente, pela sua natureza), deve ter limites procedimentais amplos a fim de que cada juiz possa escolher, em cada processo, dentro de limites procedimentais genéricos, o “momento adequado, psicológico, sempre que observem “ânimo de não litigar mais das partes”, e ainda de reiterar o intento”<sup>16</sup>.*

Tal tese foi adotada no direito brasileiro, em que o CPC, no art. 125, inc. IV, dispõe que compete ao juiz tentar, **a qualquer tempo**, conciliar as partes, criando ainda um momento próprio no decorrer da audiência preliminar, o que evidentemente não impede que seja renovada a proposta na audiência de instrução e julgamento. Temos, ainda, uma valiosa opção, nos Juizados Especiais Cíveis, de tentativa de conciliação logo no início do processo e perante um conciliador e a possibilidade de sua renovação na audiência de instrução e julgamento perante o juiz togado. Vários autores já advertiram que nesse primeiro momento, pela ausência de apresentação de defesa, os ânimos das partes encontrar-se-ão menos acirrados, sendo portanto propício à obtenção de acordos.

.....  
16 *Idem*, p. 865.

### 3- PODERES E DEVERES DO JUIZ NA TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO

Não tão pacífica e muito ampla é a discussão a respeito dos poderes e deveres do juiz na tentativa de conciliação. Questiona-se se teria o mesmo poderes de controle substancial sobre o conteúdo da conciliação ( teoria jurisdicionalística ) ou seu poder de controle seria meramente formal, sobre os requisitos objetivos e subjetivos de validade dos atos processuais ( teoria contratualista ) ? Tal discussão tem estreita ligação com o princípio da cooperação intersubjetiva, tendo em vista que a delimitação dos poderes do juiz irá influenciar diretamente na sua forma de atuação nessa etapa da audiência preliminar. No direito português, dispõe o Código de Processo Civil que:

*a tentativa de conciliação é presidida pelo juiz e terá em vista a solução de equidade mais adequada aos termos do litígio (art. 509º, nº 3) ; que “a instância extingue-se com a transação” (art. 287º, al. d) ; que “a transação modifica o pedido ou faz cessar a causa nos precisos termos em que se efetuar” (art. 294º) ; e que quando resultar de conciliação obtida pelo juiz, deverá ser reduzida por escrito em ata, limitando-se este a homologá-la, condenando nos respectivos termos (art. 300º, nº 4).*

A princípio, poder-se-ia pensar estarmos diante de uma antinomia entre os arts. 509º, nº 3 e 300º, nº 4, aquele de índole publicística e este de orientação privatista. A questão não é simples.

Antes de a enfrentarmos diretamente, saliente-se a grande expansão da conciliação judicial no direito processual comparado, de índole publicística e inquisitória - Áustria, Alemanha, França (Dec. de 30 de outubro de 1930 e Código de 1976), Itália (Projeto de Chiovenda - art. 63º) e sua repercussão na legislação portuguesa (art. 28º, n.º 4 do Dec. 12353 de 22/09/1926) <sup>17</sup>.

Algumas aflorações doutrinárias da concepção jurisdicionalista da conciliação na Alemanha (*Kretschmar*), reconduzem a origem histórica desse instituto ao direito medieval alemão (processo *mit Mienen*) e sublinham a tendência para a sua jurisdicionalização pela integração orgânica dos seus fins nos próprios fins (de verdade e justiça) do processo civil <sup>18</sup>. Conforme trascrevemos acima, o CPC português dispõe que:

*a tentativa de conciliação é presidida pelo juiz e terá em vista a solução de equidade mais adequada aos termos do litígio (art. 509º, nº 3), permitindo, assim, que o juiz possa atuar ativamente na busca de uma solução de equidade.*

No que diz respeito à realização do direito e no processo que a doutrina tradicional costuma denominar integração jurídica, concebemos a equidade como uma dessas modalidades de integração, aplicável nos casos de lacuna. No dispositivo legal aqui estudado, a equidade não é colocada nesse sentido, mas como forma de “dar a cada um o que é seu”, num sentido de

<sup>17</sup> VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *op., cit.*, p. 244.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 244.

juízo dotado da mais pura “justiça”. O juiz, ao dirigir a tentativa de acordo, deverá buscar o que for melhor para ambas as partes. Deverá esforçar-se para que o resultado da conciliação seja bom para elas. O mesmo se aplica ao direito brasileiro.

Será assim uma tentativa de conciliação persuasiva, clarificadora, procurando o juiz levar as partes a aceitarem a solução de equidade que esse lhes sugere, buscando um sentimento de compreensão humana e pacificação social. Para a realização de tal tarefa não basta um juiz passivo, espectador, devendo atuar de forma vigilante, buscando o diálogo com e entre as partes. Deverá estar plenamente informado do conteúdo do processo, pois só assim terá condições de persuadir as partes para que ponham fim ao litígio através da conciliação, que poderá ser homologada.

Defendemos, assim, a possibilidade de o juiz ou tribunal realizar uma previsão aproximada dos possíveis resultados do processo, advertindo as partes das deficiências até então apresentadas, prevenindo-as de que a manutenção de deficiências em termos de prova poderá levá-las a um resultado adverso, com condenação ao pagamento de custas processuais, honorários de advogado e de perito, sem prejuízo de condenação em litigância de má-fé, se for o caso.

Discute-se, atualmente, o alcance do controle do juiz sobre o conteúdo da conciliação celebrada entre as partes. Há autores que acentuam o pendor jurisdicionalístico dessa atividade, fazendo alusão à necessi-

dade de o juiz emitir na apreciação da transação e da conciliação juízos de “relevância lógica” e de “relevância jurídica” (Betti, Chiovenda) e de distinguir entre transações justas e razoáveis e injustas ou danosas (Carnelluti e Allorio) e ao importante papel desempenhado por Bentham na evolução daquela primeira doutrina: na qual, para evitar a “denegação de justiça” que Bentham vigorosamente combatia, se operou uma autêntica “viragem” com a inversão do velho brocardo “mais vale uma má composição que uma boa demanda”, passando apenas a fazer-se a apologia das transações e conciliações boas ou justas (ou de equidade), em situações de dúvida séria, ou de grande desproporção entre o valor da causa e o custo do processo <sup>19</sup>.

No direito italiano, já se considerou em “pressuposto de validade” da conciliação e da transação a existência de uma “autêntica controvérsia” ou “contestação” (real ou pelo menos potencial, e não meramente fictícia) entre os litigantes: o que implica a exigência do requisito da incerteza, pelo menos subjetiva, como base essencial daquelas figuras jurídicas, chegando-se a proibir que o conciliador exerça um controle puramente formal, documentador ou notarial sobre a conciliação e a transação realizadas pelas partes, tributando-se esse tipo de controle de “violação” da lei, “abuso” ou “desnaturação” da “nobre instituição” do conciliador como tal (circulares emanadas do Ministério da Justiça da Procuradoria do Rei de Turim de 19.06.1879 e de 9.12.1889).

19 *Idem*, p. 247.

Nessa linha de entendimento, as conciliações sobre direitos certos e incontestáveis seriam conciliações simuladas, que por virtude desse vício estrutural de vontade os conciliadores se “devem recusar” a homologar <sup>20</sup>.

No plano técnico-sistemático, há quem conduza o problema da natureza contratualista ou jurisdicionalística da conciliação ao conhecido binômio sobre a estrutura dos negócios processuais e figuras afins, como declarações de vontade (*Willenserklärungen*) ou declarações de ciência (*Wissenserklärungen*).

Considere-se a teoria alemã do negócio certificativo ou de fixação (*Feststellungsgeschäft*) como negócio de natureza declarativa de efeito eventualmente constitutivo. Caberia, assim, o controle substancial do juiz sobre a justiça e equidade da solução conciliatória, funcionando tal teoria como possível solução técnico-sistemática a que se pode reconduzir a natureza jurisdicionalística da conciliação judicial.

Tais negócios teriam natureza declarativa e informativa específica das declarações de ciência, em oposição à natureza constitutiva e dispositiva peculiar das declarações de vontade, que lhes era tradicionalmente atribuída no domínio da concepção privatística e dispositiva que estava na base no processo liberal. Nessa linha, o direito moderno consideraria, por exemplo, a confissão judicial como simples meio de prova, não plena, sujeita à livre apreciação do julgador, não vinculando o juiz à confissão de fatos falsos, impossíveis ou notoriamente inexistentes <sup>21</sup>.

20 *Idem*, p. 247-248.

21 *Idem*, p. 249-251.

Mas a atividade do juiz só produzirá efeitos se houver pleno assentimento das partes e a conciliação disser respeito a direitos disponíveis. Só haverá conciliação se as partes manifestarem-se no sentido de realizá-la e o juiz ou tribunal decidir homologá-la. Esse não deverá fazê-lo em certos casos específicos, tais como em casos de lides temerárias ou sobre pretensões ilícitas, ou manifestamente infundadas, com fundamento na existência ou falta de causa ou naqueles em que ficar evidente a intenção das partes de atuarem com simulação processual. Em tais casos, a homologação de tais conciliações consistiria em desvio dos fins específicos da função jurisdicional<sup>22</sup>.

Pode ainda o juiz recusar-se a homologar transação nos casos em que se a vontade das partes não puder conseguir um determinado efeito jurídico fora do processo, não deve ser lícito à pura vontade das partes consegui-lo através de atuações processuais (arts. 299º e 485º, al. c e art. 354º, al. b do CC português e arts. 1.026 e 1.027 do Código Civil brasileiro), pois nesse caso teremos também direitos indisponíveis.

Segundo Castro Mendes, *se a vontade das partes não puder conseguir um determinado efeito jurídico fora do processo, não deve ser lícito à pura vontade das partes consegui-lo através de atuações processuais*<sup>23</sup>.

22 Idem, p. 251..

23 GERALDES, Antônio Santos Abrantes. *Temas da Reforma do Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 61.

E surge um caso-limite: deverá o tribunal recusar-se a homologar uma transação injusta ou iníqua, que no entendimento do juiz é capaz de enriquecer extraordinariamente uma parte em prejuízo de outra (digo enriquecer extraordinariamente porque considero normal na atividade conciliatória que uma das partes aceite “perder um pouco” para, naquele momento e sem mais discussões, ver-se livre do processo e assegurar de logo um resultado, mesmo que não tão favorável quanto o que pretendia)?.

Nesse caso específico o juiz, utilizando-se do que no direito português é considerado um poder-dever assistencial, deverá advertir a parte das péssimas consequências que poderão resultar de seu ato. Se mesmo assim persistir em seu intuito, não restará ao juiz outra possibilidade que não a homologação da transação, posto que caso não o fizesse estaria indo de encontro ao princípio da disponibilidade, que inclui a possibilidade de as partes transacionarem sobre o objeto do processo.

Observe-se que A. M. Pessoa Vaz manifesta-se em sentido contrário em sua brilhante obra *Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial* (p. 209), apesar de reconhecer que:

*devendo a este propósito começar por se salientar que, embora a já indicada e mais significativa e relevante das consequências lógico-dogmáticas da orientação jurisdicionalística (traduzida na possibilidade da recusa de homologação de uma transação injusta ou irrazoável por parte dos juízes conciliadores), só muito rara e vagamente*

*apareça afirmada de modo expresso e categórico pela doutrina em geral*<sup>24</sup>

passando em seguida a defender seu posicionamento, nesse ponto exagerado, com fundamento na teoria de Mortara e de outros autores, que afirmam não ter o conciliador atividade meramente notarial ou documentadora.

Esquece-se, porém, o valioso autor, da existência do princípio dispositivo em processo civil e de que a tolerância de tal atitude por parte dos tribunais pode transformar-se em arbitrariedade, numa verdadeira “ditadura do Judiciário”.

Dessa forma, são exagerados os posicionamentos que admitem que o juiz possa recusar-se a homologar uma transação simplesmente e pelo único motivo de achá-la injusta ou iníqua, posto que, se por um lado deve o juiz buscar uma solução de equidade, por outro tem de respeitar o princípio dispositivo, observando o dever de homologar transações realizadas pelas partes, com as exceções já indicadas.

Observe-se que nosso Código Civil em seu art. 1.025 dispõe ser lícito aos interessados prevenirem, ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas, admitindo ainda o art. 1.028 do mesmo Código que:

*se a transação recair sobre direitos contestados em juízo, far-se-á : I – Por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz; II – Por escritura pública, nas obrigações*

.....  
24 VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976 v.II, tomo I p. 561.

*em que a lei o exige, ou particular, nas em que ela o admite. Admite ainda o art. 1.030 do mesmo Código que a transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada, e só se rescinde por dolo, violência, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa.*

O Código de Processo Civil dispõe que o processo se extingue com julgamento de mérito quando as partes transigirem; e ainda indica entre os títulos executivos extrajudiciais o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores ( assim, não precisariam sequer obter a homologação do Judiciário para a obtenção do título executivo ). Evidentemente que toda essa liberdade existe no que diz respeito aos direitos disponíveis.

E na tentativa de conciliação, quais os limites da boa atuação do juiz? Nesse caso, na tentativa de conciliação por ele presidida, deve procurar atingir solução de equidade. Defendemos, ainda, que diante do princípio da cooperação poderá advertir as partes (que podem estar representadas por procurador(es) com poderes especiais para transigir(em) ) sobre as dificuldades que poderão surgir de acordo com o ônus da prova de cada um, os encargos futuros oriundos da manutenção de uma lide temerária (custas, honorários de advogado e periciais, valor da condenação, etc.), participando ativamente do debate da causa, sem ser parcial e sem antecipar provável decisão da mesma. Há muito que a idéia

de neutralidade no processo foi substituída pela de igualdade de armas, estando claro que a atitude fria e equidistante do juiz muitas vezes a impede.

Poderá, ainda, a atuação da parte na fase conciliatória constituir infração ao dever de cooperação. Considere-se por exemplo o caso da esposa-alimentanda que, em sede de conciliação, age no intuito de demonstrar que o marido-réu e alimentante tem padrão de vida altíssimo, quando resta provado posteriormente que a mesma tinha conhecimento de que era homem de poucas posses e baixa remuneração. Estará infringindo dever de cooperação, alterando a verdade dos fatos, podendo ser condenada como litigante de má-fé, após ficarem consignados em ata os fundamentos que, no entendimento das partes, justificam a persistência do litígio. Deverá, assim, nessa fase, estar presente não só a cooperação do tribunal com as partes, mas dessas entre si e em relação ao tribunal.

A tentativa de conciliação, além de possibilitar a efetivação de um acordo, pode trazer para os autos elementos novos que surjam em consequência dos diálogos celebrados entre as partes e delas com o juiz ou por ele presenciados e dos motivos pelos quais o acordo não se efetivou.

É bem comum, frustrada uma tentativa de conciliação, o juiz conseguir, por exemplo, no caso de ação de alimentos movida pela filha estudante contra o pai, comerciante autônomo, saber qual o lucro comercial do réu por mês, sua retirada e a que valor correspon-

dem as necessidades da autora, que precisa comer, vestir, estudar, cuidar da saúde, dentre outras necessidades básicas.

É evidente que num caso como esse, no momento de proferir a sentença, serão levadas em consideração todas as informações obtidas pelo juiz em audiência, inclusive as decorrentes da tentativa de conciliação frustrada.

No direito português, determina o Código de Processo Civil que:

*frustrando-se, total ou parcialmente a conciliação, fiquem consignados em ata os fundamentos que, no entendimento das partes, justificam a persistência do litígio” ( art. 509º, nº 4 ). Há, porém, quem critique essa determinação legal, alegando que tal fato consistirá motivo inibidor de uma discussão franca entre as partes e seus mandatários, e acabará por conduzir, muitas vezes, à frustração total ou parcial da conciliação, para não se perderem “trunfos” indispensáveis em sede de julgamento<sup>25</sup>.*

Entendemos, no entanto, que a presente assertiva teria sentido em um processo duelístico, no qual as partes atuam sem qualquer preocupação com o princípio cooperativo. Na realidade do processo civil portu-

<sup>25</sup> NETO, Abílio. *Código de Processo Civil Anotado*. 14. ed. atual. Lisboa: Ediforum, 1997. p. 567.

de neutralidade no processo foi substituída pela de igualdade de armas, estando claro que a atitude fria e equidistante do juiz muitas vezes a impede.

Poderá, ainda, a atuação da parte na fase conciliatória constituir infração ao dever de cooperação. Considere-se por exemplo o caso da esposa-alimentanda que, em sede de conciliação, age no intuito de demonstrar que o marido-réu e alimentante tem padrão de vida altíssimo, quando resta provado posteriormente que a mesma tinha conhecimento de que era homem de poucas posses e baixa remuneração. Estará infringindo dever de cooperação, alterando a verdade dos fatos, podendo ser condenada como litigante de má-fé, após ficarem consignados em ata os fundamentos que, no entendimento das partes, justificam a persistência do litígio. Deverá, assim, nessa fase, estar presente não só a cooperação do tribunal com as partes, mas dessas entre si e em relação ao tribunal.

A tentativa de conciliação, além de possibilitar a efetivação de um acordo, pode trazer para os autos elementos novos que surjam em consequência dos diálogos celebrados entre as partes e delas com o juiz ou por ele presenciados e dos motivos pelos quais o acordo não se efetivou.

É bem comum, frustrada uma tentativa de conciliação, o juiz conseguir, por exemplo, no caso de ação de alimentos movida pela filha estudante contra o pai, comerciante autônomo, saber qual o lucro comercial do réu por mês, sua retirada e a que valor correspon-

dem as necessidades da autora, que precisa comer, vestir, estudar, cuidar da saúde, dentre outras necessidades básicas.

É evidente que num caso como esse, no momento de proferir a sentença, serão levadas em consideração todas as informações obtidas pelo juiz em audiência, inclusive as decorrentes da tentativa de conciliação frustrada.

No direito português, determina o Código de Processo Civil que:

*frustrando-se, total ou parcialmente a conciliação, fiquem consignados em ata os fundamentos que, no entendimento das partes, justificam a persistência do litígio” ( art. 509º, nº 4 ). Há, porém, quem critique essa determinação legal, alegando que tal fato consistirá motivo inibidor de uma discussão franca entre as partes e seus mandatários, e acabará por conduzir, muitas vezes, à frustração total ou parcial da conciliação, para não se perderem “trunfos” indispensáveis em sede de julgamento<sup>25</sup>.*

Entendemos, no entanto, que a presente assertiva teria sentido em um processo duélfístico, no qual as partes atuam sem qualquer preocupação com o princípio cooperativo. Na realidade do processo civil portu-

<sup>25</sup> NETO, Abílio. *Código de Processo Civil Anotado*. 14. ed. atual. Lisboa: Ediforum, 1997. p. 567.

guês atual, faz sentido tal dispositivo legal que possibilitará ao juiz não só captar subsídios para uma decisão final futura, como também servirá para evitar que as partes deixem de celebrar conciliações por motivos de menor importância, forçando uma atuação em consonância com o dever de cooperação.

Evidentemente, defendemos a mesma postura em relação ao direito brasileiro. Nada impede que fiquem consignados em ata os fundamentos justificadores da persistência do litígio, podendo os mesmos orientarem o juiz no momento da prolação da sentença de mérito.

#### 4- CONCLUSÕES

1. Não vislumbramos ilegalidade ou inconstitucionalidade na equivocada opção do legislador brasileiro de condicionar a realização da audiência preliminar à disponibilidade do direito litigioso;

2. No que diz respeito ao momento da tentativa de conciliação, o direito brasileiro a admite em qualquer fase do procedimento, estando o juiz, no procedimento ordinário, obrigado a realizá-la na audiência preliminar, caso ocorra, ou no início da audiência de instrução e julgamento, caso não ocorra aquela, o que não impede que realizada a tentativa sem êxito naquela seja reiterada nesta. No sumário, se realizará na audiência preliminar, ficando porém a realização dessa audiência desvinculada do fator disponibilidade do direito, até porque no sumário a fase postulatória ainda se exerce

na referida audiência. Poderá nova proposta ser reiterada na audiência de instrução e julgamento, caso ocorra. Nos Juizados Especiais Cíveis dar-se-á perante o conciliador numa fase inicial do processo e poderá ser reiterada pelo juiz na audiência de instrução e julgamento.

3. O juiz ou tribunal não deverá homologar a transação somente em certos casos específicos, tais como em casos de lides temerárias ou sobre pretensões ilícitas, ou manifestamente infundadas, com fundamento na existência ou falta de causa ou naqueles em que ficar evidente a intenção das partes de atuarem com simulação processual. Em tais casos, a homologação de tais conciliações consistiria em desvio dos fins específicos da função jurisdicional. Pode, ainda, o juiz recusar-se a homologar transação nos casos em que a vontade das partes não puder conseguir o mesmo efeito jurídico fora do processo e, ainda, poderá, nos casos em que entender ser a mesma injusta, utilizando-se do seu poder-dever assistencial, advertir a parte das péssimas conseqüências que poderão resultar de seu ato; se mesmo assim persistir em seu intuito, não restará ao juiz outra possibilidade que não a homologação da transação, posto que caso não o fizesse estaria indo de encontro ao princípio da disponibilidade, que inclui a possibilidade de as partes transacionarem sobre o objeto do processo.

4. Na tentativa de conciliação o juiz deve ter um papel ativo, podendo atuar assistencialmente, quando

guês atual, faz sentido tal dispositivo legal que possibilitará ao juiz não só captar subsídios para uma decisão final futura, como também servirá para evitar que as partes deixem de celebrar conciliações por motivos de menor importância, forçando uma atuação em consonância com o dever de cooperação.

Evidentemente, defendemos a mesma postura em relação ao direito brasileiro. Nada impede que fiquem consignados em ata os fundamentos justificadores da persistência do litígio, podendo os mesmos orientarem o juiz no momento da prolação da sentença de mérito.

#### 4- CONCLUSÕES

1. Não vislumbramos ilegalidade ou inconstitucionalidade na equivocada opção do legislador brasileiro de condicionar a realização da audiência preliminar à disponibilidade do direito litigioso;

2. No que diz respeito ao momento da tentativa de conciliação, o direito brasileiro admite em qualquer fase do procedimento, estando o juiz, no procedimento ordinário, obrigado a realizá-la na audiência preliminar, caso ocorra, ou no início da audiência de instrução e julgamento, caso não ocorra aquela, o que não impede que realizada a tentativa sem êxito naquela seja reiterada nesta. No sumário, se realizará na audiência preliminar, ficando porém a realização dessa audiência desvinculada do fator disponibilidade do direito, até porque no sumário a fase postulatória ainda se exerce

na referida audiência. Poderá nova proposta ser reiterada na audiência de instrução e julgamento, caso ocorra. Nos Juizados Especiais Cíveis dar-se-á perante o conciliador numa fase inicial do processo e poderá ser reiterada pelo juiz na audiência de instrução e julgamento.

3. O juiz ou tribunal não deverá homologar a transação somente em certos casos específicos, tais como em casos de lides temerárias ou sobre pretensões ilícitas, ou manifestamente infundadas, com fundamento na existência ou falta de causa ou naqueles em que ficar evidente a intenção das partes de atuarem com simulação processual. Em tais casos, a homologação de tais conciliações consistiria em desvio dos fins específicos da função jurisdicional. Pode, ainda, o juiz recusar-se a homologar transação nos casos em que a vontade das partes não puder conseguir o mesmo efeito jurídico fora do processo e, ainda, poderá, nos casos em que entender ser a mesma injusta, utilizando-se do seu poder-dever assistencial, advertir a parte das péssimas conseqüências que poderão resultar de seu ato; se mesmo assim persistir em seu intuito, não restará ao juiz outra possibilidade que não a homologação da transação, posto que caso não o fizesse estaria indo de encontro ao princípio da disponibilidade, que inclui a possibilidade de as partes transacionarem sobre o objeto do processo.

4. Na tentativa de conciliação o juiz deve ter um papel ativo, podendo atuar assistencialmente, quando

necessário para garantir a igualdade de armas no processo. Caso não haja resultado positivo, nada impede que fiquem consignados em ata os fundamentos justificadores da persistência do litígio, podendo os mesmos orientarem o juiz no momento da prolação da sentença de mérito.

## 5- REFERÊNCIAS

BERIZONCE, Roberto O. **L'udienza Preliminare nel Codice Processuale Civile Modello per l'Ibero-America**. Studi in onore di Vittorio Denti, vol II, Cedam, 1994.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Trad. por E. Gomes Orbaneja, 1 ed.. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940, v. III.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil** 3 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1996.

GERALDES, Antônio Santos Abrantes. **Temas da Reforma do Processo Civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação Criativa e realização do Direito**. Recife: Bagaço, 2000.

GUILLÉN, Victor Fairen. Textos propuestos para la regulación de la audiencia preliminar en el proyectado Código Procesal Civil-Tipo para Iberoamérica.

**XII JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL**, Madrid: Ministerio de Justicia, 1990. v.II.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro e o procedimento por audiências. **Temas de Direito Processual**, 6. Série. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil e extravagante em vigor**, 4. ed., Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999.

NETO, Abílio. **Código de Processo Civil Anotado**. 14. ed. atual. Lisboa: Ediforum, 1997.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Apreciação de Alguns Aspectos da Revisão do Processo Civil - Projecto**, In: ROA, 1995. v. II.

\_\_\_\_\_. **Estudos Sobre o Novo Processo Civil**, 2 ed. Lisboa: Lex, 1997.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. **Direito Processual Civil - do antigo ao novo código**. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. **Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial**. Coimbra: Coimbra Editora, 1976. v. I, Tomo I.

VESCOVI, Enrique. Los Poderes Probatorios del Juez Civil en Los Nuevos Sistemas Procesales. **Studi in onore di Vittorio Denti**, v. II, Cedam, 1994.

# O PAPEL DOS CÔNJUGES SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Marília Montenegro Pessoa de Mello

Mestranda em direito público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Professora substituta de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife – UFPE e da Universidade Católica de Pernambuco.

## SUMÁRIO

1 - O DIREITO CIVIL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 2 - AS ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA. 3 - A EXCESSIVA PATRIMONIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA. 4 - OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NAS RELAÇÕES ENTRE OS CÔNJUGES. 5 - O ART. 226 § 5º E AS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. 6 - OS DEVERES RECÍPROCOS DOS CÔNJUGES E DOS CONVIVENTES: UMA MUDANÇA DE VALORES. 7 - À GUIZA DE UMA CONCLUSÃO. 8 - REFERÊNCIAS.

## 1- O DIREITO CIVIL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 apresentou profundas modificações no Ordenamento Jurídico brasileiro. A nova ordem constitucional apresentou uma ruptura com certos valores privatísticos que eram imutáveis, tidos como verdadeiros dogmas desde a época do direito romano-germânico, atingindo diretamente o direito civil.

A nossa Carta, embora sancionada a 05 de outubro de 1988, ainda não foi totalmente assimilada pelos nossos tribunais e nem pelos nossos juristas mais tradicionais, que falam ainda de forma tímida a respeito das inúmeras inovações apresentadas por esse diploma legal, principalmente quando dizem respeito ao direito civil. Esse sempre foi o ramo do direito mais afastado do direito constitucional e até bem pouco tempo,

o Código Civil era visto como uma verdadeira “constituição dos interesses privados”, sem que se pudesse imaginar, afora do corpo codificado, qualquer regra que lhe fosse hierarquicamente superior em matéria de relações patrimoniais<sup>1</sup>.

Isso ocorreu porque se acreditou na codificação do direito civil como um sistema legal perfeito, completo, acabado, que devia permanecer indefinidamente, através do tempo. Os grandes códigos estavam a serviço de uma concepção político-social bem determinada: a liberal-individualista<sup>2</sup>. O temor e a resistência a mudanças no Código Civil parecem estar arraigados nos civilistas mais tradicionais. Esses estão sempre receosos com as mudanças que possam atingir a estrutura codificada do direito civil, por isso, muitas das alterações constitucionais passam despercebidas aos juristas.

O alcance da Carta constitucional é imenso e trata de vários assuntos da esfera cível, passando pelos direitos de personalidade, contratos, responsabilidade civil, propriedade e família, trazendo uma nova gama de princípios fundamentais de direito civil que a doutrina mais moderna chama de constitucionalização do direito civil<sup>3</sup>. Esse fenômeno não se confunde com a denominada publicização do direito civil. Segundo Paulo Luiz de Netto Lôbo, a publicização deve ser entendida como um processo de intervenção legislativa

1 Sobre o tema, Cf. *TEPEDINO, Gustavo. Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para um reforma legislativa. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, n. 6/7, p. 13-25, 1998/1999.*

2 Cf. *MONREAL, Eduardo Novoa, O direito como obstáculo à transformação social. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 131-133.*

3 Sobre o assunto Cf. *LÔBO, Paulo Luiz de Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.*

infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil<sup>4</sup>.

O direito civil passa a ter então outros paradigmas com a nova ordem constitucional. A mudança de atitude do jurista deve ser substancial, já que o direito civil deve ser visto à luz da Constituição e não a Constituição à luz do Código Civil, como ocorria, e infelizmente ainda ocorre, no nosso direito.

## 2- AS ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA

No direito de família inúmeras foram as transformações com a Carta de 1988. Pode-se dizer que o direito de família sofreu uma mudança de 180° com as transformações introduzidas pelo texto constitucional<sup>5</sup>. Entre essas mudanças pode-se elencar:

- 1 - a família passa a ser base da sociedade e sob a proteção do Estado (art. 226, *caput*);
- 2 - o direito passa a reconhecer as entidades familiares não fundadas no casamento (art. 226, § 3°);
- 3 - o reconhecimento das famílias monoparentais (art. 226, § 4°);

4 *Idem*, p. 100-101.

5 Sobre o tema Cf. *BITTAR, Carlos Alberto. O direito civil na Constituição de 1988. 2 ed. São Paulo: RT, 1991.*

- 4 - a dissolubilidade do vínculo matrimonial pelo divórcio passa a ocorrer independentemente de culpa (art. 226, §6º);
- 5 - o tratamento igualitário dos direitos e deveres entre os cônjuges (art. 226, § 5º);
- 6 - o planejamento familiar é voltado para os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º);
- 7 - a paridade dos filhos havidos ou não da relação do casamento (art. 227, § 6º);
- 8 - a previsão ostensiva estatal no núcleo familiar no sentido de proteger seus integrantes e coibir a violência doméstica.

Com essas mudanças, o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares, e em particular, para os membros dessa relação. A família já não é mais a constituída de pais e filhos unidos a partir de um casamento regulado e regulamentado pelo Estado<sup>6</sup>, mas de um grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida.

O conceito de unidade familiar foi alterado pela Constituição, não tendo mais sua origem vinculada ao casamento, mas sim, voltada para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros. A família passou a ser um gênero que comporta várias espécies, que são: a família tradicional (art. 226, § 1º), constituída pelo casamento civil; a união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º) sem

6 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A família – estruturação jurídica e psíquica*. In: DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 15.

o casamento; e a monoparental, (art. 226, § 4º) formada por um ascendente, homem ou mulher, e seus descendentes. Dessa forma, a comunidade familiar, por sua vez, não é protegida como instituição valorada em si mesma, mas sim como um instrumento de realização da pessoa humana.<sup>7</sup>

Uma colocação interessante seria se as espécies de famílias acima mencionadas, previstas na Carta Constitucional, seriam ou não em *numerus clausus*. Poderia nosso Ordenamento admitir outras entidades familiares (como por exemplo, avós que criam netos, uniões homossexuais...) além das previstas no art. 226, da Constituição? Admitindo-se que a Carta foi taxativa, ficariam essas pessoas sem a proteção legal? Talvez a exclusão dessas pessoas da proteção constitucional não fosse a interpretação mais correta e coerente com os princípios constitucionais.

De fato, a família exclusivamente matrimonializada deixou de existir, e foi aberto espaço para um modelo plural. O casamento não é mais fonte exclusiva da família, embora se reconheça que a Constituição o tratou de modo privilegiado em relação às demais espécies. Limitar as entidades familiares às citadas na Carta de 1988 seria negar a proteção constitucional a outras formas de união, que embora não previstas expressamente, merecem a tutela constitucional.

7 TEPEDINO, Gustavo A *disciplina Civil-constitucional das relações familiares*. In: TEMAS DE DIREITO CIVIL. [s.l.] Renovar, 1999. p. 356.

### 3- A EXCESSIVA PATRIMONIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

O direito de família sempre foi conhecido como o mais pessoal do direito civil, porém o seu conteúdo patrimonializante é tão aguçado que em um trabalho de Paulo Luiz de Netto Lôbo intitulado: "A repersonalização das relações de família", o autor fez um levantamento dos artigos do Código Civil que tratam do direito de família, e constatou que dos 290 artigos pesquisados, 151 tratam de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais. Diante desse levantamento, percebe-se o caráter patrimonial do próprio direito de família, tendo nosso Código, mesmo nas relações de família, atribuído mais importância ao "ter" do que ao "ser".

Como exemplo dessa patrimonialização, o autor acima mencionado apresenta o direito assistencial da tutela, da curatela e da ausência. Nesses institutos, a preocupação com a administração de bens é tão grande que o seu verdadeiro destinatário parece ser menos importante que seu próprio patrimônio. O ápice ocorre na curatela na qual a prodigalidade negada e a avareza são premiadas. Os impedimentos matrimoniais apresentados pelo Código, na sua maior parte, não têm o ser humano, mas seus patrimônios como valor adotado<sup>8</sup>.

A dificuldade maior para o civilista parece ser a recolocação da pessoa no centro das relações de direito civil, tutelando menos o contrato e o patrimônio e dando mais atenção à vida dos receptores da norma civil<sup>9</sup>.

8 LÔBO, Paulo Luiz de Netto. *A repersonalização das relações de família*. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 64-65.

9 FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 206.

Os civilistas ainda relutam em ir de encontro a toda tradição e história do direito civil, e essa resistência ocorre até mesmo no direito de família, em que parece claro e óbvio o papel secundário e muitas vezes até desnecessário do patrimônio. Por isso, é necessário repensar o direito civil sob uma perspectiva constitucional, trazendo o indivíduo ao centro dos interesses, "repersonalizando" o direito.

### 4- OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NAS RELAÇÕES ENTRE CÔNJUGES

Os princípios constitucionais tiveram uma grande importância nas alterações do direito de família. Os três pilares dessa mudança nas relações familiares são os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, inciso III e no art. 226, § 7º, impede a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes<sup>10</sup>. Assim, na família, não pode existir mais uma posição de destaque do "chefe da família" em relação à mulher e aos filhos, como acontecia na família patriarcal. O princípio da dignidade em relação à família, portanto, alcança todos os seus membros.

Já o princípio da liberdade atinge a família, que é livre para adquirir bens, para realizar o planejamento familiar, para educar os filhos. Dessa forma, desde que se respeite a dignidade da pessoa humana, não se admite interferência externa de parentes, da sociedade ou mesmo do legislador em assuntos estritamente familiares.<sup>11</sup>

10 Cf. TEPEDINO, Gustavo *op.cit.*, p. 349.

11 Cf. LÔBO, Paulo Luiz de Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 102.

Outro princípio de suma importância é o da igualdade, entendendo-se essa, não apenas entre os cônjuges, mas também entre os filhos, não havendo mais qualquer discriminação quanto à origem da prole. Note-se que tal princípio não se refere à igualdade entre pais e filhos, mas entre os cônjuges e entre os filhos. Pensar de outra maneira seria igualar os desiguais.

Essa igualdade não significa apenas a aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos<sup>12</sup>. É a igualdade perante a lei e a igualdade na própria lei, não cabendo mais normas discriminatórias no ordenamento jurídico. As inegáveis diferenciações existentes entre homens e mulheres já foram apresentadas na própria Carta de 1988, mas como pessoas humanas não podem ser tratadas de modo discriminatório.

A legislação brasileira evolui lentamente na trajetória da igualdade conjugal. Desde as Ordenações Filipinas até a Constituição de 1988<sup>13</sup>, só a partir dessa é que a mulher casada, definitivamente, conseguiu a sua tão esperada carta de alforria, para a decepção daqueles que lastimam a evolução dos tempos. Mas o novo sempre vem, por mais que não seja tão novo e demore muito a chegar.

O princípio da igualdade apresentado na Carta de 1988 extinguiu de forma definitiva toda discriminação feita pelo Código Civil entre os homens e as mulheres, seja no casamento ou fora dele (art. 5º, inciso I e art. 226 § 5º). De forma tímida sob a perspectiva atual, mas um grande avanço para época, o legislador do Esta-

12 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 3 ed. Coimbra: Almedina. 1998, p. 389-389

13 LÔBO, Paulo Luiz de Netto. *Igualdade Conjugal – Direitos e Deveres*. In: **DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO**. Belo Horizonte: Del Rey. 1997. p. 225-226.

tuto da Mulher Casada em 1962 começou a trazer algumas mudanças no nosso Código Civil que ainda retratava uma realidade do século XIX. De fato, a partir desse diploma legal, a mulher casada deixou de ser considerada relativamente capaz para ser plenamente capaz. Nesse aspecto, existia uma situação interessante no direito pátrio: a mulher era plenamente capaz e poderia integrar o mercado de trabalho desde que não se casasse; casando-se, perdia sua capacidade plena, para se subordinar totalmente ao “chefe da família”. Esse sacrifício individual da mulher justificava-se em prol da paz doméstica e da coesão formal da entidade familiar. A partir de 1962, a mulher brasileira passou de mera ajudante para colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral dessa (art. 240 CC).

O referido Estatuto trouxe algumas modificações importantes que atendiam aos reclamos sociais de uma sociedade que passava por um intenso período de transformação, mas apesar de importantes, as mudanças para uma compensação da desigualdade entre os cônjuges não eram suficientes por si sós.

Em 1977, surgiu a tão temida Lei 6.515 que instituiu e passou a regular o divórcio no direito brasileiro. Essa lei sofreu uma resistência enorme de uma parcela da sociedade, principalmente os religiosos e os militares, que se insurgiram contra essa lei, com se ela fosse o início do fim da família. A lei propiciou aos cônjuges, de modo igualitário, a oportunidade de finalizarem o casamento e de constituir livremente uma nova família. A lei promoveu algumas alterações na legislação civil, mas manteve ainda o homem na chefia conjugal<sup>14</sup>.

14 Cf. LÔBO, Paulo Luiz de Netto. *Igualdade Conjugal – Direitos e Deveres*, p. 225-226.

Somente em 1988, podemos falar da tão esperada igualdade entre homens e mulheres, retratada em relação à família, principalmente, no art. 226 § 5º da Constituição de 1988. Aboliu-se, assim, definitivamente, a chefia da sociedade conjugal. Com a Constituição foi implantada a co-gestão, instituindo o igual exercício de direito e deveres referentes à sociedade conjugal pelo homem e pela mulher. A mulher deixa de ser uma simples colaboradora, passando a exercer a “chefia da sociedade conjugal” juntamente com o seu marido, não existindo mais um único titular como ainda defende parte da doutrina tradicional<sup>15</sup>.

#### 5- O ART. 226, § 5º E AS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS

Grande parte dos “manuais” de direito civil continuam tratando de certos assuntos do direito de família como se a Constituição não existisse, ou existindo, não atingisse tais matérias eminentemente privadas. Prosseguem tais “manuais” comentando assuntos que geram a desigualdade entre filhos e principalmente entre cônjuges, como por exemplo: os direitos e deveres, a fixação marital do domicílio conjugal, o defloramento prévio da mulher como erro essencial quanto à pessoa, os bens dotais, entre muitos outros. Apesar de a maioria deles comentarem o avanço constitucional, citando inclusive o art. 226, § 5º, não percebem que as normas infraconstitucionais anteriores que sejam incompatíveis com o princípio da igualdade entre os cônjuges estão

15 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 5, p. 123.

revogadas em face de essas normas constitucionais serem auto-executáveis e bastantes em si, conforme já está consagrado na doutrina e no próprio Supremo Tribunal Federal.

Muitos dos artigos do nosso Código Civil já não têm mais nenhum significado e foram revogados pela Constituição de 1988. O art. 219, IV do Código Civil que considera erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge o defloramento da mulher, ignorado pelo marido, também não faz mais sentido no nosso Ordenamento depois da Carta de 1988. O *error virginitatis*, que pode gerar a anulabilidade do casamento, não pode continuar a existir por ser discriminatório. Sendo iguais os direitos e os deveres não se pode exigir a virgindade feminina, quando a masculina é dispensada<sup>16</sup>.

Um assunto que gera polêmica na doutrina é em relação à existência ou não dos bens reservados em face de tudo que já foi exposto. Os bens reservados estão regulados no art. 246 do Código Civil, que sofreu alterações com o advento do Estatuto da Mulher Casada.

*Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido, terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com ele adquiridos constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente, com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos n. II e III, do art. 242.*

16 CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. Nulidade, anulabilidade e inexistência do ato de casamento. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 259-260.

*Parágrafo único. Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere este artigo, pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família.*

Então, o bem reservado é o bem próprio, exclusivo, bem que não entra na comunhão, bem autônomo, bem privativo da mulher. Esse instituto visa a assegurar à mulher casada, em qualquer regime matrimonial de bens, a formação de um patrimônio autônomo; apesar de a mulher ter a livre disposição desses bens, os imóveis não poderão ser alienados sem a autorização do marido (CC, art. 242, II, III)<sup>17</sup>.

Para Caio Mario, o instituto dos bens reservados deverá subsistir, mesmo depois da Carta de 1988, tendo em vista o conteúdo social da instituição<sup>18</sup>. Já Maria Helena Diniz trata do assunto sem nem mencionar a Constituição, ou questionar a validade do instituto<sup>19</sup>.

Apesar dos ilustres doutrinadores, não se pode querer sustentar os bens reservados depois do art. 226, § 5º da Constituição de 1988. O bem reservado foi criado para compensar a mulher casada de todas as restrições que essa sofria quando entrou em vigor a Lei 4.121/62. Essa lei tinha como objetivo dar um novo regime jurídico à mulher casada, superando preconceitos e discriminações, representando uma mudança na estrutura patriarcal até então vigente. Hoje, com a igualdade entre os cônjuges, a existência do bem reservado gera uma incompatibilidade com o princípio da igualdade. Por isso, estariam os arts. 246, 263, XII, revoga-

17 DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 167.

18 PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p. 116.

19 DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 167-169.

dos, já que revelam um desequilíbrio no sistema, por gerar um privilégio à mulher que não faz mais sentido diante do princípio da isonomia entre os cônjuges<sup>20</sup>.

Seguindo esse raciocínio, estão revogados, sem nenhuma dúvida, todos os preceitos da legislação ordinária pré-constitucional, que conferiam amplos poderes ao marido, restrições à mulher casada e até mesmo as normas de compensação (privilégios para as mulheres), como é o caso dos bens reservados.

A partir de 1988, passamos a conviver com a bilateralização dos direitos e dos deveres na sociedade conjugal<sup>21</sup>. Sendo assim, podemos falar da revogação quase total do Título II do Livro de Direito de Família que trata dos efeitos jurídicos do casamento. Nos capítulos II e III, quando o Código enumera separadamente os direitos e deveres do marido e os direitos e deveres da mulher, entre esses só devem permanecer em vigor os que tratam da mesma forma os cônjuges. Por isso, permanece vigente o art. 235 combinado com o art. 242, inciso I, pois esses artigos apresentam limitações para ambos os cônjuges, no que diz respeito ao consentimento tanto da mulher quanto do homem para a realização de certos atos jurídicos.

## 6- OS DEVERES RECÍPROCOS DOS CÔNJUGES E DOS CONVIVENTES: UMA MUDANÇA DE VALORES

O art. 231 do Código Civil trata dos deveres recíprocos dos cônjuges, e em sendo esses recíprocos, foram recepcionados pela Constituição de 1988, diferentemente dos outros direitos e deveres supramencionados.

20 Cf. VELOSO, Zeno. *Regimes Matrimoniais de Bens In: DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 147-150.*

21 Cf. VELOSO, Zeno. *op. cit.*, p. 151-157.

A Lei 9.278 de 1996, que trata da união estável, apresenta deveres para ambos os cônjuges que divergem dos elencados no Código.

O art. 231 do Código Civil prevê como deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca
  - II - vida em comum no domicílio conjugal (233, IV e 234)
  - III - mútua assistência
  - IV - sustento, guarda e educação dos filhos
- Já o art 2º da Lei 9.278/96, que regula a união estável, assim reza:
- I - respeito e considerações mútuos
  - II - assistência moral e material recíproca
  - III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Fazendo uma análise dos dois institutos, o segundo está mais condizente com a realidade pós-constituição. Afigura-se muito mais abrangente falar de respeito e considerações mútuas, ao invés de falar simplesmente de fidelidade. Essa é insuficiente num relacionamento afetivo, numa comunhão de almas. A fidelidade sempre foi uma espécie de repressão à mulher, já que só ela era discriminada com a prática do adultério.

A própria doutrina sempre tratou do assunto adultério feminino com mais rigor, argumentando a maior gravidade das relações sexuais extramatrimoniais da esposa, pois essa iria introduzir prole alheia no seio da família. No adultério do marido, seria diferente, pois os filhos ficariam sob os cuidados da amante e não da esposa<sup>22</sup>. Percebe-se, aqui, a insensibilidade da dou-

22 Cf. DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 119.

trina em relação à responsabilidade paterna. A prole era relegada a segundo plano, pois era menos gravoso, não devendo ser tão censurado ter filhos fora da relação familiar, filhos esses que não poderiam ter pai, já que antes da Constituição de 1988 não se poderia reconhecer a prole adulterina. Tudo realmente valia para preservar a paz e o patrimônio familiar.

A doutrina justifica ainda o adultério masculino como um desejo momentâneo ou mero capricho, sem afetar o amor que sente o marido pela sua esposa<sup>23</sup>, caprichos e desejos esses incabíveis à mulher casada, mas permissíveis apenas ao homem. Isso não mais se justifica numa sociedade conjugal igualitária entre homem e mulher, pois ambos são passíveis de desejos e vontades, só que no decorrer da história a mulher sempre foi reprimida em relação aos seus desejos e vontades, enquanto no homem, esses sempre foram vistos com maior permissividade.

Esses argumentos ainda são sustentados por uma parte da doutrina, inobstante não se justifiquem mais na realidade dos relacionamentos afetivos. Os relacionamentos hoje são ligados principalmente pela afetividade<sup>24</sup>, e a própria Constituição de 1988 a isso não se eximiu. A Lei 9.278/96 não trata do assunto da fidelidade; ao invés dessa, apresenta respeito e considerações mútuas, parecendo serem esses conceitos mais abrangentes e coerentes com a realidade social.

O mesmo pode-se dizer em relação à exigência do Código Civil de vida em comum no mesmo domicílio conjugal e ainda do que a doutrina chama de débito

23 *Idem*, p. 119.

24 LÔBO, Paulo Luiz de Netto. *A repersonalização das relações de família*, *op. cit.*, p. 74-75.

conjugal, pois o dever de coabitação teria dois aspectos fundamentais: a necessidade de viverem juntos sob o mesmo teto e o direito-dever do marido e da mulher realizarem o ato sexual entre si<sup>25</sup>. Em relação ao segundo, a doutrina é mais maleável, admitindo que esse não constitui essência do casamento, pois a própria legislação permite o casamento *in extremis* e o de pessoas idosas<sup>26</sup>.

O fim da chefia da sociedade conjugal e do poder do marido para fixar o domicílio contribuíram para relativizar esse dever dos cônjuges de viverem juntos no mesmo domicílio<sup>27</sup>. Hoje existem casais que vivem separados até por uma questão profissional. A mulher, integrada no mercado de trabalho, nem sempre pode acompanhar ou ser acompanhada pelo marido. Existem muitos casais que não podem compartilhar o mesmo domicílio por necessidades financeiras ou oportunidades profissionais, mas isso não significa que a afetividade não persista no relacionamento. Há casais que têm por opção viver separados e atualmente na família sociológica plural podemos visualizar o *living apart together*, o *long distance marriage* e a concepção eudomonista da família.<sup>28</sup>

Nesse raciocínio, a família deixou de ter uma concepção transpessoal e passa a uma concepção eudomonista. Naquela, a família por si só é vista como um sujeito de direito, sendo considerada superior em rela-

25 DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 120.

26 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.*, p. 106.

27 LÓBO, Paulo Luiz de Netto. *Igualdade Conjugal – Direitos e Deveres*, *op. cit.*, p. 232.

28 FACHIN, Luiz Edson: *Da Função Pública ao espaço privado: aspectos da "privatização" da família no Projeto do Estado Mínimo*. In: **DIREITO E NEOLIBERALISMO: ELEMENTOS PARA UMA LEITURA INTERDISCIPLINAR**. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 32-33.

ção aos seus membros individualmente considerados. Essa concepção justificava, por exemplo, o não reconhecimento do filho tido numa relação extramatrimonial, pois o interesse de garantir a instituição matrimonial era maior do que o de reconhecer a prole adulterina. Já numa concepção eudomonista de família o que predomina são os interesses dos membros, não sendo mais os indivíduos que existem para a família, mas a família que existe para esses<sup>29</sup>.

A Lei 9.278/96 não trata apenas da mútua assistência como faz o Código Civil, mas sim da assistência material e da moral. A preocupação aqui vai claramente além do patrimônio, do conforto material que sempre coube ao “chefe da sociedade conjugal” fornecer à família. A assistência material, cada vez mais, a mulher pode conseguir sozinha, mas a assistência moral só se pode ter com a troca existente entre marido e mulher no convívio diário, mantido por laços afetivos e de amizade no seu grau mais elevado.

A preocupação com a guarda, o sustento e com a educação dos filhos continua a mesma no Código Civil e na Lei 9.278/96. Nota-se, porém, que a preocupação do legislador de 1996, diferentemente do que ocorria em 1916, é muito maior com a afetividade, o respeito entre os cônjuges e entre esses e os seus filhos, até porque a guarda não é só um dever, mas é também, e cada vez mais, um direito dos cônjuges.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não deixa nenhuma margem de dúvida em seu art. 22, que aos pais incube o dever de sustento, guarda e educação dos

29 Cf. FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 192-193

filhos. O Estatuto também é incisivo em relação ao pátrio poder, que continua a existir, mas será exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe (art. 21).

## 7- À GUIZA DE UMA CONCLUSÃO

O direito está em constante transformação tendo que se adaptar às novas realidades sociais, econômicas, financeiras, históricas, religiosas e científicas, não podendo ser diferente no direito de família. O direito não pode ser um entrave à evolução social e continuar a regular condutas que fazem parte do passado, consagrando princípios do século anterior como se esses fossem imutáveis diante das mudanças sociais.

As alterações sofridas nos últimos tempos no direito de família têm uma multiplicidade de causas. A sociedade atual não comporta mais uma família originada exclusivamente no casamento. A noção de família se ampliou diante da extrema mutabilidade dos homens, das mulheres e da necessidade de preservação e proteção da prole, mesmo que essa não seja fruto de uma família “legítima”. Aliás, hoje não cabe mais o conceito de família legítima. Com efeito, depois da Constituição, não há de se falar mais exclusivamente da família oriunda do casamento, como foi ressaltado durante o presente trabalho.

A Constituição de 1988 teve um papel de grande importância na evolução do direito pátrio, tendo a igualdade dos cônjuges na sociedade conjugal um papel fundamental na repersonalização do direito de família. A mulher e o homem são vistos, numa perspectiva constitucional, como co-gestores da sociedade conjugal.

A mulher deixa de ser mera colaboradora do marido, expurgando-se de uma vez por todas dessa relação a submissão de um cônjuge a outro, que sustentava materialmente a relação. Agora não existe mais a figura do marido mantenedor do casamento, havendo uma relação de paridade. Os cônjuges passam a estar juntos por laços afetivos e não por laços financeiros, como acontecia quando um cônjuge dependia economicamente do outro.

A igualdade dos pais, por sua vez, dá uma maior segurança aos próprios filhos que sabem que os seus pais estão juntos por uma opção e não por uma obrigação. Essa igualdade também teve reflexo na paternidade responsável, já que o homem tem toda a obrigação de manter o seu filho, seja ele advindo ou não do casamento. A mulher, portanto, não terá mais que sozinha manter, educar uma criança que não é apenas dela, por pura irresponsabilidade do pai, que já tem a sua “própria família” para cuidar.

Hoje, o direito não pode deixar sem proteção as pessoas que não se enquadram no conceito de família tradicional. A família eudomonística não pode ignorar as pessoas que vivem sozinhas; pessoas que vivem juntas sem formalidades legais; casais sem filhos; crianças educadas por um só dos pais; avós que criam netos ou tios que criam sobrinhos; irmãos que vivem sem os pais; uniões homossexuais; grupo de pessoas idosas juntando-se para compartilhar despesas; pai e mãe que trabalham em cidades diferentes; pessoas que criam crianças alheias (os chamados “filhos de criação”, tão comum no Nordeste) entre outras profundas modificações sociais que vêm acontecendo.

A Constituição já deu um grande passo ampliando o conceito de família e trazendo a igualdade entre cônjuges. Cabe, também, aos estudiosos do assunto apresentarem idéias e conceitos novos que acompanhem a evolução dos tempos, desvencilhando-se da intangibilidade dos textos legais tradicionais que são simplesmente repetidos sem nenhuma reflexão.

## 8- REFERÊNCIAS

A DISCIPLINA CIVIL-CONSTITUCIONAL DAS RELAÇÕES FAMILIARES. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: RT, 1991.

A REPERSONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. Nulidade, anulabilidade e inexistência do ato de casamento. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 5.

FACHIN, Luiz Edson. DA FUNÇÃO PÚBLICA AO ESPAÇO PRIVADO: aspectos da "privatização" da família no Projeto do Estado Mínimo. In: **Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**. Curitiba: EDIBEL, 1996.

\_\_\_\_\_. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. O código da indiferença. **Folha de São Paulo**, 16 de maio 1998.

LÔBO, Paulo Luiz de Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

\_\_\_\_\_. IGUALDADE CONJUGAL – direitos e deveres. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). A família – estruturação jurídica e psíquica. In: **DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PERLINGIERERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para um reforma legislativa. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 6/7, p. 13-25, 1998/1999.

VELOSO, Zeno. Regimes Matrimoniais de Bens In: **Direito de Família contemporânea** Belo Horizonte: Del Rei, 1997. p. 147-150.

## A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL DO MODELO INGLÊS E SUA REPERCUSSÃO NA COLÔNIA AMERICANA<sup>1</sup>

**Palhares Moreira Reis**

Advogado. Doutor em Direito. Professor de Direito Eleitoral, de Direito da Cidadania e Direito dos Partidos Políticos nos cursos de Pós – Graduação – Mestrado e Doutorado – na Faculdade de Direito do Recife, da Universidade Federal de Pernambuco. Professor Visitante da Universidade Moderna de Portugal. Membro fundador da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas e da Academia Pernambucana de Ciências Morais e Políticas.

Não se pode dizer que a idéia de supremacia constitucional seja fruto do direito estadunidense, como o é a do controle da constitucionalidade das leis.

“A teoria do Direito Natural foi a primeira a investigar o problema das leis fundamentais e isto ocorreu na Inglaterra. Hobbes aceita a expressão lei *fundamental* e a define como aquela lei que, se suprimida, destruiria o corpo do Estado e o faria cair na anarquia. A lei fundamental se identifica com o contrato social, que é assentado por unanimidade e por isso inalterável, enquanto o Estado subsistir. No contrato social está implícita a cláusula de submissão ao príncipe designado pela maioria. Locke repete a idéia para considerar como vontade própria a vontade da maioria. Como corolário

.....  
<sup>1</sup> Capítulo de um livro em preparo.

disso, na Inglaterra se reconhece, em consonância com as exigências da época, o princípio da maioria para todas as espécies de leis e não se admite a distinção prática entre leis constitucionais e leis ordinárias”<sup>2</sup>.

Daí se deduz que, não havendo no Direito inglês um texto constitucional escrito, não há direitos fundamentais num sentido formal, posto que todos os direitos e deveres dos cidadãos podem ser alterados por uma lei votada pelo Parlamento.

No direito inglês sempre se adotou a idéia de um *Direito Mais Alto*, ou Direito Fundamental, isto é, já nos primórdios do sistema, reconhecia-se a existência de um Direito Natural superior ao Direito Positivo e que era inderrogável. Idéia essa que se trasladou para o Direito norte-americano, ainda antes mesmo da independência dos Estados Unidos.

O poder do Parlamento inglês sempre foi muito grande e, para estabelecer limites a essa amplitude decisória encontrou-se, como dito, o Direito Natural e, mais ainda, o costume, que é “a própria essência do direito inglês”.

“O sistema inglês, de flexibilidade total em matéria de constituição, não se compatibiliza com aquele do controle da constitucionalidade das leis pois, não havendo hierarquia entre elas, a lei ordinária e a constitucional se equivalem; malgrado isto, ele enseja algo até mais interessante e completo. De fato, não se tratando de saber se uma lei é, ou não, constitucional,

2 POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.5.

verifica-se se é lei ou não, isto é, se é justa, conforme ao Direito, pois do contrário não merece aplicação. Não será lei, se não se conformar com o costume ou com o direito natural. Já na Magna Carta se garantia a todo o indivíduo o direito de ser julgado per legem terrae. Mas a lei pode não ser da terra, pode não ser lei”<sup>3</sup>.

A *common law* é o direito comum a toda a Inglaterra e, portanto, situa-se em oposição aos costumes meramente locais. Esse direito comum, a *commune lay*, não resultava dos entendimentos das cortes locais, pois essas aplicavam apenas o direito costumeiro, de cunho local, mas dos trabalhos dos Tribunais Reais de Justiça. Esse desenvolvimento ocorreu até o Século XIV, quando o direito comum é substituído pela equidade. De acordo com a lição de David, o rei inglês designa o Lorde Chanceler para o seu braço judicial. “As suas decisões vão se basear não mais nas regras antigas e sempre aplicadas do *common law*, no qual *remedies precede rights*, mas na “equidade do caso particular”. Surge o processo de *equity* cada vez mais utilizado e que se resume em fazer adjunções e corretivos aos princípios jurídicos da “lei comum da terra, aplicados pelos tribunais reais de Westminster”<sup>4</sup>.

3 POLETTI, Ronaldo, *op. cit.*, p. 6.

4 DAVID, René, *Os Grandes Sistemas de Direito Comparado*, S. Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 296, cit. por COELHO, Sacha C. N., *op. cit.*, 42.

O grande defensor do controle judicial dos atos do Parlamento foi o juiz Sir Edward Coke, considerado uma das maiores personalidades relativamente ao desenvolvimento do Direito Inglês, em especial quando apresentou no julgamento do *Bonham's Case* as bases da tese da supremacia judicial. Foi quando admitiu expressamente – e isso em 1610 – que a *common law* aplicada pelos juízes poderia declarar nula a lei estabelecida pelo Parlamento (*statute law*), quando essa for contrária ao *common law and reason*<sup>5</sup>. Ainda, quando usurpasse prerrogativas reais. Ou seja, entendeu-se que “o direito costumeiro (*common law*) não só limitava os atos do Parlamento como também os privava de validade se contrários à razão”. Na verdade, Coke não aceitava a autoridade ilimitada do Parlamento, e por isso, entendia que as suas decisões, contrárias à *common law*, eram nulas<sup>5</sup>.

Lorde Hobart, outro Chief-Justice, acompanhado mais tarde por Lorde Holt, também sustentava que são nulos os atos do Parlamento quando contrários à equidade, pois **jura nturæ sunt immutabilia, sunt leges legum**<sup>6</sup>.

Nos tempos de Cromwell e da revolução puritana, foi elaborado para organizar o governo inglês o *Instrument of Government*, o único documento constitucional escrito daquele País. Na verdade, era um texto muito avançado para a sua época. Nele, “a autoridade

5 MELLO, José Luiz de Anhaia, *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*, S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 45.

6 PINTO FERREIRA, Luís. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, 6. ed. São Paulo: Saraiva. 1983. v. I, p. 96.

suprema devia caber a um Lorde Protetor, a um Conselho e a um Parlamento, pouco depois completado por uma Câmara dos Lordes. Qualquer disposição votada pelo Parlamento tornava-se legal, até mesmo depois do veto do Protetor, contanto que não fosse contrária às leis fundamentais da República”<sup>7</sup>. Textualmente, o art. 38 estatua: “Todas as leis, estatutos, ordenações e cláusulas, em contrário à liberdade de consciência, serão considerados nulos e írritos”<sup>8</sup>.

No *Act of Settlement*, de 1701, foi fixado expressamente: “E considerando que as leis da Inglaterra são os direitos naturais (*birth-right*) do seu povo, e que todos os reis e rainhas que subam ao trono devem governar conforme ditas leis, e que seus funcionários e ministros devem servi-los segundo as mesmas leis”. Ou seja, entendia-se expressamente e em texto escrito que as liberdades fundamentais dos cidadãos britânicos são direitos naturais do povo<sup>9</sup>.

Ademais, não se pode deixar à margem a tradição inglesa de realizar um controle da conformidade da legislação colonial às leis e estatutos do Reino. Esta *judicial review of legislation* era feita pelo Privy Council de Londres, de 1619 a 1776. Àquela época, entendia-se que não só a legislação local como os atos do Parlamento que não estivessem conformes à equidade eram nulos<sup>10</sup>.

7 MAUROIS, André: *História da Inglaterra*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1959. p. 283.

8 BUZAID, Alfredo.: *Op. cit.*, p. 18.

9 SEGADO, Francisco Fernández. *El Regimen político británico*. In: BADIA, juam Fernando (org.) *Regimenes políticos Actuales*. 3. ed. corr. aum. Barcelona: Tecnos, 1995. p. 172.

10 TURPIN, Dominique. loco cit.

A posição do direito inglês, oriunda dos fenômenos políticos e jurídicos que deram origem à Magna Carta, nesse particular, era de tal modo arraigada que Lorde Camden declarou, no Parlamento, em 1765: *imposto e representação estão inseparavelmente unidos. Deus os uniu e nenhum Parlamento britânico pode separá-los.*

Grande desenvolvimento da idéia deve-se a John Locke, quando, em primeiro lugar, substituiu a noção abstrata de Direito Natural por concretos direitos do homem. Pois os direitos naturais do homem não desaparecem com a criação da sociedade, mas subsistem para limitar o Poder social e fundar a liberdade. O Poder que é dado em confiança pelo povo aos governantes pode ser retirado toda vez que tais governantes, o Parlamento ou o Executivo fazem mau uso dessas prerrogativas. Não só defende a tese de que o Parlamento não pode fazer leis contrárias a esses princípios, como vai mais longe, ao defender o direito de insurreição contra leis injustas.

Daí trazer a proposição de que é possível ao *common law* controlar as leis do Parlamento, de que o juiz pode controlar o Parlamento, e desde que suas leis estejam contrárias ao direito natural, pode declará-las nulas.

Ao revés, William Blackstone erige a tese da supremacia do Parlamento, segundo a qual ele tem a autoridade soberana e incontrolável de fazer e desfazer qualquer lei, e tudo o que o Parlamento faz nenhuma outra autoridade pode desfazer.

Essa orientação, a da supremacia do Parlamento, é a que passa a prevalecer a partir de 1689, o que aconteceu com a anuência dos juízes da *common law*.

E nesse sentido, a posição exposta por Herman Finer, quando diz: “Foi previamente sugerido que na Constituição Inglesa, nenhum corpo tem autoridade legal para declarar um ato do Parlamento ou do executivo inconstitucional. Na Inglaterra isto é, com efeito, a Soberania do Parlamento”<sup>11</sup>.

Essa Soberania do Parlamento tem um dos seus pilares na “inexistência de autoridade judiciária ou qualquer outra com o poder de anular um ato do Parlamento ou considerá-lo nulo e inconstitucional”, ao que se ajunta, na lição de Dicey, “o poder do legislativo de modificar livremente qualquer lei, fundamental ou não” e bem assim “a ausência de distinção legal entre leis constitucionais e ordinárias”.

“O Parlamento inglês, que abrangentemente designa o Soberano, a Câmara dos Comuns e a Câmara dos Lordes, tem o direito de fazer ou deixar de fazer qualquer lei. Todo ato dele emanado, esclarece Dicey, impõe-se aos tribunais, não se reconhecendo a qualquer corpo ou instituição, o direito de desprezar as leis que promanam daquela fonte. Para Dicey, não há poder que rivalize com o do Parlamento, cuja supremacia é a verdadeira *clef de voûte de la loi de la Constitution*”.

No entanto, continua referindo Horta, “a apregoada supremacia do Parlamento inglês, por falta de *legal authority* que a contenha e limite, deve ser entendida em termos”.

“Na verdade, ela conhece restrições internas, que dimanam das práticas parlamentares e restrições externas que provêm das instituições inglesas em geral.

11 HORTA, Raul Machado, *op. cit.*, p. 145.

Há, portanto, limites poderosos que a respeitabilidade e o acatamento consensuais podem dotar de uma irresistibilidade coercitiva tão eficaz como a que resulta do mandamento legal”.

E citando Marriot, “reconhece que não há garantia legal em face da onipotência do Parlamento, mas existem influências poderosas para limitá-la, como a tradição, as convenções constitucionais e os costumes, condicionando o funcionamento da instituição política, submetida igualmente à ação da opinião pública e às necessidades *orgânicas* do regime.

A supremacia do Parlamento só não admite, para contrastá-la legalmente, o controle da constitucionalidade das leis, que é a forma de contenção inexequível na Inglaterra, que não conhece o dado essencial ao sistema: a universal separação entre lei constitucional e lei ordinária”<sup>12</sup>.

Ainda hoje, no Reino-Unido, a supremacia do Parlamento é cada vez mais respeitada, tendo ele a possibilidade de estabelecer qualquer lei, inclusive modificando o sistema orgânico de Governo, como ocorreu com a passagem do Poder efetivo do Monarca para o Gabinete, a restrição das prerrogativas da Câmara dos Lordes, e a presença cada vez mais marcante dos Comuns.

No entanto, com todo esse poder, com as atribuições ilimitadas que, na prática, tem o Parlamento britânico, esse se comporta dentro dos limites da Boa Razão, seguindo os preceitos maiores do Direito Natural, que servem de base para a *Common Law*, que é o direito comum a toda a Inglaterra, e o *Enacted Law*, que resulta de suas atividades legisferantes.

12 HORTA, Raul Machado, *op. cit.*, p. 146-147.

Do outro lado do Atlântico, no início da colonização, e mesmo antes da independência e da Constituição, os colonos britânicos na América entendiam serem as medidas fiscais que os atingiam contrárias aos princípios fundamentais da lei (*the fundamental principles of law*) e, como conseqüência, que toda lei elaborada contra a Constituição é nula (*an Act against Constitution is void*), como argumentava James Otis<sup>13</sup>.

Utilizou-se, igualmente, a *Magna Charta* como fundamento dos direitos dos coloniais. A seu lado, os grandes documentos de proteção de direitos fundamentais que surgiram no direito inglês, a *Petition of Rights*, o *Habeas Corpus Amendment Act*, e finalmente, o *Bill of Rights*.<sup>14</sup> Destarte, como o primeiro e mais essencial dos direitos da Constituição inglesa era o julgamento de um indivíduo pelos seus pares, entendia-se portanto, que julgar na Inglaterra americanos ou irlandeses era contrário à *fundamental law*. A lei que autorizava tal julgamento era um *unconstitutional Act of Parliament*. Foi nessa passagem de Sharp que se encontrou, talvez, pela primeira vez, essa noção básica do sistema.

Não só no entendimento dos norte-americanos, como também dos próprios ingleses, as regras assentes na *Magna Charta* e nos demais documentos originários e fundadores do sistema político (como o julgamento pelo júri e a criação de novos impostos através dos representantes eleitos) são princípios imutáveis e superiores à legislação, pois tinham sua origem nas

13 Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3. ed. reimpressão. Madrid: Civitas, 1994. p. 50 e sgs.

14 REIS, Palhares Moreira. Os direitos humanos e sua internacionalização. *Estudos de Direito Constitucional e de Direito Administrativo*, v. II, entregue para publicação.

*fundamental laws of this constitution, a constitution grounded on the eternal and immutable law of nature:* nos preceitos fundamentais da Constituição, de uma Constituição baseada no eterno e imutável Direito Natural.

Essas noções básicas da hierarquia das normas vão, mais tarde, servir de fundamento à orientação criada pela Suprema Corte dos Estados Unidos para o mecanismo do controle da constitucionalidade das leis.

## AS VIRTUDES DO JUIZ PROFESSOR DE DIREITO

**Rafael José de Menezes**

Juiz de Direito da 2ª Vara Cível do Cabo/PE; Professor de Direito Civil da Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP; Coordenador da ESMape; Pós-Graduando pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.

### SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO; 2- EDUCAÇÃO; 3- DIDÁTICA; 4- VIRTUDES DO PROFESSOR;  
5- CONCLUSÃO; 6- REFERÊNCIAS.

#### 1- INTRODUÇÃO

Excelente a iniciativa da AMEPE – Associação dos Magistrados de Pernambuco, e da ESMape – Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, para, através da FADE UFPE – Fundação de Apoio ao Desenvolvimento da UFPE – Universidade Federal de Pernambuco oferecerem em 2000 um Curso de Pós-Graduação “*lato sensu*” em Direito Público e Privado aos magistrados pernambucanos, ainda mais que muitos desses magistrados já exercem há anos o magistério nas Universidades do Estado e estavam precisando de uma especialização.

E o magistério é a única atividade profissional a que pode se dedicar o magistrado na ativa, por expressa determinação do art. 95, p.u., I, da Lei Maior.

Trata-se de uma garantia do magistrado, tanto da sua independência como da sua imparcialidade:

*As garantias, que a Constituição estabelece em favor dos juízes, para que possam manter sua independência e exercer a função jurisdicional com dignidade, desassombro e imparcialidade, podem ser agrupadas em duas categorias: (a) garantias de independência dos órgãos judiciários; (b) garantias de imparcialidade dos órgãos judiciários... As garantias de imparcialidade dos órgãos judiciários aparecem, na Constituição, sob a forma de vedações aos juízes, denotando restrições formais a eles. Mas, em verdade, cuida-se aí, ainda, de proteger a sua independência e, conseqüentemente, do próprio Poder Judiciário. Assim é que a Constituição, no art. 95, parágrafo único, veda-lhes: exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério. (Silva, 1997:547)*

Assim, se além de magistrado o juiz só pode ser professor, que o seja desenvolvendo toda sua capacidade de ensinar, afinal muitas sentenças servem de exemplo em sala de aula, e muitas aulas preparadas servem de base para um julgamento.

O saudoso jornalista alagoano Costa Rego, já dizia:

*O professor de Direito e o magistrado se completam: o magistrado ao lavrar uma decisão professa o Direito; o professor, ministrando uma aula, constrói sentenças, amparadas nas doutrinas que expõe ou nos comentários que faz. Nossos melhores professores foram magistrados; nossos melhores magistrados, professores de Direito. (apud Menezes, 1996:81)*

O magistrado que se dedica ao magistério não precisa chegar a ser um filósofo, mas com certeza “um estudioso que se atualiza, como um intelectual e, pelo domínio de línguas, habilite-se à leitura e à consulta de textos que ampliem seu saber” (Menezes, 1996:14)

O professor que é magistrado sem dúvida exerce uma liderança na comunidade e representa um bom exemplo a seus alunos.

## 2- EDUCAÇÃO

O conhecimento do homem não se transmite por hereditariedade, por isso é fundamental a educação.

A princípio, os educadores eram sempre os mais velhos e estavam preocupados em transmitir sua experiência do passado, porém a educação moderna deve se voltar para resolver os problemas do futuro.

Através da educação, o homem deve ser formado para viver em sociedade, ou seja, se investe no indivíduo através da educação para que ele sirva à comunidade.

É importante respeitar a vocação do indivíduo, mas procurando aproveitá-la nos setores profissionais mais carentes da sociedade.

Pode-se identificar três níveis de educação, segundo Imídeo Nérici:

- fundamental: visa a alfabetizar o indivíduo, ensinando-o pelo menos a ler e escrever;
- média: prepara o indivíduo para o trabalho e para a cidadania, a fim de que possa exercer seus direitos e deveres dentro do Estado democrático;
- superior: forma os líderes políticos e profissionais, que terão mais responsabilidade para o desenvolvimento da sociedade.

Percebe-se, assim, que o ensino superior é muito importante para o progresso de uma nação, sob pena de subdesenvolvimento. Todos devem ter acesso ao ensino superior, a depender de sua capacidade e não de sua condição financeira.

O indivíduo não deve se formar por vaidade, apenas porque seja mais rico, mas, sim, porque seja mais inteligente para contribuir com o desenvolvimento do país.

O aumento da população, a necessidade de qualificação profissional, a mobilidade social, a independência da mulher, tudo isso está aumentando a procura pelo ensino superior, mas a educação superior não precisa se estender a todos, mas apenas aos mais capazes (Nérici, 1973).

### 3- DIDÁTICA

Para ser um bom educador, o profissional deve ter didática, ou seja, deve conhecer a arte e a ciência do ensino a fim de que a transmissão de seu conhecimento leve ao aprendizado do aluno.

Se o aluno não aprendeu, o ensino não teve sucesso, mas a culpa do fracasso pode ter sido do próprio aluno. Se o professor tem didática, se ele soube transmitir seu conhecimento, ele pode afastar de si a culpa por esse fracasso.

Didática seria assim a técnica para dirigir a aprendizagem do aluno, a fim de que esse adquira maturidade para trabalhar com eficiência e responsabilidade (Nérici, 1973).

A didática vai exigir:

- planejamento: o professor deve pensar no que vai fazer, avaliando aquilo que deseja que seus alunos aprendam, levando em consideração as condições e os interesses dos alunos;
- execução: através de aulas teóricas, aulas práticas e indicação de leituras;
- verificação da aprendizagem: quando se avalia o sucesso do ensino e a capacidade do professor, verificando através de exercícios se o conhecimento transmitido foi absorvido pelo aluno.

### 4 – VIRTUDES DO PROFESSOR

a) – **Conhecimento:** o professor precisa conhecer a fundo sua disciplina, dominar o vernáculo, mas também precisa ter cultura geral:

*A especialização pode transformar-se numa perigosa fraqueza. Um animal que só desenvolvesse e especializasse os olhos se tornaria um gênio no mundo das cores e das formas, mas se tornaria incapaz de perceber o mundo dos sons e dos odores. E isto pode ser fatal para a sobrevivência (Alves, 1994:12)*

Ainda:

*É indispensável que os docentes se esforcem por adquirir uma visão multidisciplinária e uma formação metodológica hábil ao tratamento e ensino de qualquer ramo do Direito (Warat e Cunha, 1977:64)*

b) – **Estudo:** o professor precisa ensinar com solidez e para isso precisa se atualizar, pesquisar fazer pós-graduação, discutir suas aulas com os colegas. Para desempenhar suas atividades universitárias com profundidade, não basta ser “juiz incontestado, advogado militante, procurador dedicado, promotor ímpoluto ou coisa semelhante” (Adeodato, 1997:77). Prossegue Adeodato “não é possível docência de qualidade, não é possível um bom professor sem pesquisa”.

Neste mesmo sentido, quanto ao Juiz Professor:

*Aos pleitos atuais da magistratura: estabilidade, salários condignos, moradia, acrescenta-se o aperfeiçoamento intelectual que os cursos, os encontros patrocinam (Menezes, 1996:16)*

c) – **Tempo:** o professor precisa dispor de tempo para seus alunos, frequentando mais a universidade, pois o encontro exclusivo em sala de aula e as saudações nos corredores são insuficientes. Inclusive a Portaria 1.886, de 30.12.94, do Ministério da Educação, que “fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico” já determinou o aumento do ensino fora da sala de aula.

d) – **Personalidade:** o professor deve ter um temperamento de líder, deve fazer o que diz, afinal o exemplo ensina; deve ter humildade para permitir que os alunos discordem de seu ponto de vista; deve, ainda, desempenhar um papel importante na comunidade, sendo um exemplo para o aluno; deve, finalmente, ter bom-humor, simpatia pela juventude e prazer (vocação) pelo que faz.

Com tais qualidades o professor tem tudo para ser um sucesso, fazendo o aluno aprender mais. E, além de transmitir conhecimento, conseguirá “ensinar o aluno a pensar” (Nérici, 1973:47).

Essa é a mais importante função do educador, a função reflexiva, capaz de estimular no aluno a criação e a pesquisa para servir profissionalmente à sociedade.

## 5- CONCLUSÃO

Percebe-se nos últimos anos uma enorme preocupação com a melhora do ensino universitário em nosso país, seja através do Governo Federal, seja através das universidades, seja através dos professores e seja através dos próprios discentes, que começam a desvalorizar as escolas ruins.

As Faculdades de Direito não podem mais continuar

*como redutos de uma transmissão arcaica do saber jurídico, empreendida quase sempre por profissionais bem sucedidos e indiferentes às modernas exigências pedagógicas e metodológicas” (Warat e Cunha, 1977:53)*

Não basta fazer o acadêmico memorizar as leis, é preciso formar sua personalidade, desenvolver sua potencialidade, fazendo-o refletir diante das exigências da sociedade.

Até porque o advogado exerce função essencial à Justiça, e se o advogado não é competente, prestará um desserviço a seu cliente que no final culpará o Judiciário pela demora ou pela sucumbência.

O Juiz Professor é responsável pela formação de advogados que amanhã estarão militando nas Varas, e quanto mais virtuoso for o professor, mais conhecimento poderá transferir aos futuros advogados, em benefício de uma célere prestação jurisdicional.

## 6- REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ensino jurídico e capacitação docente. Anuário dos Cursos de pos Graduação em Direito, Recife, n.8, 1997, p. 75-87.*

ALVES, Rubem. **Filosofia da Ciência**. 20. ed. São Paulo: Ed. Braziliense, 1994.

DAMIS, Olga Teixeira. Didática e Sociedade: o conteúdo implícito do ato de ensinar. In: VEIGA, Ilame Passos Alencasos. **Didática: o ensino e suas relações**. Campinas, SP: Papirus, 1996. p. 09-31.

MENEZES, Jose Rafael de. **A personalidade Intelectual do Magistrado**. Recife: Nossa Livraria, 1996.

NÉRICI, Imedeo. **Metodologia do Ensino Superior**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1973.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros 1997.

WARAT, Luiz Alberto Cunha; CARDOSO, Rosaria. **Ensino e Saber Jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado, 1977.

# ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA O JULGAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA

SERGIO TORRES TEIXEIRA

Sergio Torres Teixeira é Juiz do Trabalho, Titular da 2ª Vara do Trabalho de Jaboatão dos Guararapes, Professor a Nível de Graduação e Pós-Graduação em Direito, Mestre e Doutorando em Direito pela UFPE.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2 - DEVERES CONTRATUAIS DO EMPREGADOR. 3 - ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: CARACTERIZAÇÃO E MODALIDADES. 4 - RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE ASSÉDIO SEXUAL 5 - COMPETÊNCIA PARA CONHECER DE AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS DECORRENTES DE ASSÉDIO SEXUAL. 6 - CONCLUSÕES.

## 1- INTRODUÇÃO

Mutação permanente. De forma e de conteúdo.

É notória a grande transformação pela qual passa o contrato individual de trabalho, núcleo do Direito do Trabalho, saindo das suas linhas tradicionais para assumir formas distintas dos modelos clássicos, mais adaptáveis à dura realidade da atividade econômica globalizada da atual era.

Muitos estudiosos afirmam que as mudanças mais profundas atingem o próprio conteúdo do contrato de emprego, que estaria em permanente mutação, seja por modificações compulsórias decorrentes do instável ordenamento jurídico trabalhista, seja por alterações impostas pelo empregador sob o escudo do chamado *ius variandi*<sup>1</sup>, inerente ao poder diretivo patronal.

As mudanças, assim, seriam imprescindíveis à continuidade da própria relação de emprego.

Em que pese existir, de fato, um processo de transformação constante em tais linhas, não é somente a forma e o teor do tradicional contrato que estão sofrendo alterações.

Nessa nova linha, a visão dos operadores do Direito do Trabalho, aqueles cuja missão é a de aplicar e efetivar as normas trabalhistas, igualmente tem passado por profundas modificações. Algumas, por seu turno, capazes de ampliar sensivelmente o alcance do próprio contrato, reconhecendo deveres e obrigações antes desconsiderados ou simplesmente ignorados, por serem originários de outros campos do Direito.

O presente trabalho almeja expor para reflexão um novo tema, tão complexo quanto controvertido, que surge no cenário juslaboral como decorrência natural da ampliação da perspectiva de tais operadores: a ação indenizatória por danos decorrentes de assédio sexual

1 MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho*. 11ed. [s.l.]: [s.n.], 1991. p.500

sofrido por empregado no ambiente de trabalho, quando apontada a responsabilidade do empregador, e o órgão jurisdicional competente para julgar a respectiva causa.<sup>2</sup>

O tema envolve quatro questões principais.

Primeiro, os deveres patronais de respeitar a dignidade humana do seu empregado e de manter um ambiente de trabalho seguro e saudável para a regular execução da função laborativa do seu obreiro. Segundo, o significado do fenômeno denominado de assédio sexual, instituto ainda não devidamente tipificado na legislação pátria. Terceira, a responsabilidade subjetiva do empregador, decorrente de deveres contratuais, capaz de ensejar em favor do empregado um ressarcimento quando danos materiais e/ou morais são provocados pelo assédio sexual sofrido no ambiente de trabalho. E, finalmente, o ponto principal: a competência para conhecer de uma ação indenizatória com tal objeto.

Nas próximas linhas, serão examinadas tais questões, com uma exposição concisa das principais conclusões ao final.

Abordar um tema tão polêmico envolve uma série de obstáculos difíceis de superar, mas a importância da matéria justifica o desafio.

Avante.

2 Merece ser destacado que um dos primeiros juristas a abordar o respectivo tema, ainda em meados da década de 70, foi o saudoso professor e magistrado Francisco Solano de Godoy Magalhães, cuja tese de doutorado tratava diretamente da matéria.

## 2- DEVERES CONTRATUAIS DO EMPREGADOR

A leitura da literatura juslaboral clássica revela que apenas as obrigações contratuais básicas se revelam merecedoras de maior destaque. As principais obras do gênero se restringem a ressaltar as duas obrigações decorrentes do contrato sinalagmático e comutativo que é o contrato individual de trabalho. Sobre o empregado, recai a obrigação de prestar serviços sob a direção do empregador. Sobre esse, se impõe a obrigação de remunerar os serviços prestados.

Adotando tal linha, o legislador pátrio, na sua singela definição de empregado (artigo 3º da CLT<sup>3</sup>), salientou apenas as obrigações básicas de trabalhar (do empregado) e de pagar a respectiva contraprestação (do empregador).

De modo cada vez mais acentuado, entretanto, a doutrina e em seguida a jurisprudência vem identificando uma série de deveres<sup>4</sup> derivados do contrato individual de trabalho, que impõe a ambos os sujeitos um grau de responsabilidade antes não vislumbrada pela maior parte dos operadores do Direito do Trabalho.

3 Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

4 Neste momento, revela-se oportuno expor o motivo da escolha da expressão "dever", e não o termo "obrigação", para denominar tais elementos. Costumeiramente utilizados como sinônimos, os respectivos institutos não se confundem por inteiro. No *Vocabulário Jurídico* de Plácido e Silva (vol. II, 10. ed., 1987, p. 68), "dever", do latim *debere*, é definido como o "o fato de se encontrar uma pessoa sujeita ao cumprimento de uma obrigação, em virtude da qual terá que dar ou restituir alguma coisa, fazer ou não fazer alguma coisa", acrescentando ao final que "... o dever difere da obrigação. Esta resulta da própria natureza das coisas e se funda na ação que tem o sujeito ativo sobre aquele que a deve cumprir e sobre as coisas que são de seu objeto. O dever é fundado nas relações que subsistem entre o sujeito ativo, que exige o adimplemento da obrigação, e aquele que a deve cumprir". O "dever", assim, não decorre apenas do contrato oriundo do consentimento recíproco das partes contratantes, mas igualmente deriva de outros princípios que regem a relação entre credor e devedor. Nesse sentido, a expressão "dever" se revela mais adequada ao instituto em exame.

Vagarosamente, tais deveres estão sendo reconhecidos como inerentes a qualquer contrato de trabalho, sendo consubstanciados em cláusulas "institucionais", decorrentes de imposições legais, via de regra não estipuladas expressamente pelos contratantes.

Em que pese ser legalmente enquadrado como um negócio jurídico convencional, o contrato individual de trabalho revela forte feição institucionalista em virtude do caráter tuitivo da legislação trabalhista. O legislador pátrio, ao disciplinar tal instituto, filiou-se à corrente do *institucionalismo moderado*<sup>5</sup>, adotando a fórmula de um contrato mas reservando uma essência "estatutária", marcadamente protecionista.

O seu conteúdo objetivo, portanto, é formado majoritariamente por cláusulas extraídas das normas imperativas que formam o sistema dogmático trabalhista. Verdadeiramente "voluntárias", apenas algumas cláusulas básicas do contrato, como as relativas à função a ser exercida e ao local de trabalho. No mais, prevalece o complexo normativo tipificado pelo legislador.

De tais diretrizes legais que definem a estrutura contratual, por sua vez, derivam os deveres dos sujeitos do contrato individual de trabalho, e, em particular, os deveres contratuais do empregador, ora em análise.<sup>6</sup>

5 Vide José Martins Catharino (*Compêndio de Direito do Trabalho*, vol. I, 3. ed., 1982, p. 197) e Sergio Torres Teixeira (*Proteção à Relação e Emprego*, 1998, p. 38).

6 Imediatamente, os deveres são de origem contratual, por serem derivados diretamente do contrato celebrado pelo empregado e pelo empregador. Mediamente, contudo, revelam um fundo legal, pois são decorrentes indiretamente das normas imperativas e de ordem pública que definem o teor mínimo do pacto laboral. Em face da sua fonte próxima, entretanto, deve prevalecer a denominação "deveres contratuais".

Um desses “novos” deveres patronais, antes ignorado ou ao menos relegado a uma posição de reduzida significância, é o que se refere ao dever de respeitar a dignidade do trabalhador.

Como dever inerente ao contrato individual de trabalho que os une, o empregador tem que respeitar a dignidade do seu empregado, resguardando a sua imagem profissional e preservando a sua intimidade<sup>7,8</sup>.

No tocante à respectiva temática, para expor o progresso dos operadores do Direito do Trabalho suficiente é o exame da matéria pertinente ao dano moral no âmbito da relação de emprego.

No Brasil, há pouco mais de dez anos atrás, praticamente não se falava em um direito a ser indenizado por dano moral no âmbito da relação de emprego<sup>9</sup>. Um dano à honra do empregado, em decor-

rência de ato praticado pelo empregador ou preposto desse, apenas autorizaria a dissolução contratual (e conseqüente indenização compensatória típica correspondente a 40% do montante fundiário) por meio da chamada “despedida indireta”, nos termos do artigo 843, alínea “e”, da CLT<sup>10</sup>.

Hodiernamente, freqüente é a propositura de ações trabalhistas em cujo bojo se encontra, ao lado do pleito acerca da indenização compensatória decorrente da dispensa sem justa causa, o pedido de ressarcimento pelos prejuízos provocados por um ato danoso à imagem do empregado, praticado pelo seu empregador ou preposto.

O aparecimento de demandas com tal objeto, por sua vez, decorreu naturalmente do entendimento, apenas recentemente firmado<sup>11</sup>, segundo o qual integra o complexo de deveres patronais derivados do contrato individual de trabalho o de respeitar a dignidade do

7 Vide Alice Monteiro de Barros (*Proteção à Intimidade do Empregado*, 1997).

8 Naturalmente, idêntico dever se impõe ao empregado em relação ao seu empregador. O obreiro deverá respeitar a imagem empresarial da sua entidade patronal, bem como a intimidade desta, notadamente quanto a elementos ou dados que devem ser mantidos sob sigilo profissional.

9 Délio Maranhão (*Instituições ...*, p. 249), ao tratar do princípio da execução de boa fé, chegou a defender que “acima de tudo, tem o empregador a obrigação de respeitar a personalidade moral do empregado na sua dignidade absoluta de pessoa humana”. A respectiva referência, entretanto, foi apenas superficial, (lamentavelmente) sem considerações mais profundas do grande jurista.

10 Estabelece o citado dispositivo que O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: ... e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra ou da boa fama. Em sentido análogo, o ato praticado pelo empregado lesivo à honra ou à boa fama do empregador, do superior hierárquico ou de qualquer pessoa (nesse caso apenas quando em serviço), salvo na hipótese de legítima defesa própria ou de outrem, corresponde a uma justa causa para a dispensa do obreiro, tipificada pelo legislador nas alíneas “j” e “k” do artigo 482 consolidado. Para um estudo mais minucioso acerca de tais atos faltosos, vide Wagner Giglio (*Justa Causa*, 2.001).

11 Tal entendimento, contudo, ainda é refutado por alguns juristas. Ainda assim, portanto, existem controvérsias. Vide Valdir Florindo (*Dano Moral e o Direito do Trabalho*, 3. ed., Editora LTR, 1999).

seu empregado<sup>12</sup>. E a violação de tal dever não enseja, apenas, a caracterização da dissolução oblíqua do contrato e o direito de postular a indenização compensatória correspondente a 40% dos depósitos do FGTS, mas igualmente um direito de ser ressarcido pelos danos provocados à dignidade e honra do empregado.

Se a Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, inciso III, eleva a “dignidade da pessoa humana” ao status de fundamento do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito e, no seu artigo 5º, inciso X, assegura como direitos invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, é evidente que tais preceitos se inserem no âmbito do contrato individual de trabalho e, como consequência, impõem aos seus sujeitos a obediência recíproca aos respectivos ditames enquanto na posição de empregador e de empregado.

A prática, pelo empregador, de ato atentório à dignidade do seu empregado, por conseguinte, corresponde a uma conduta que viola não apenas os citados dispositivos constitucionais, mas igualmente a cláusula contratual que consagra o respectivo dever patronal, ensejando o direito a um ressarcimento pelos prejuízos decorrentes do respectivo dano.<sup>13</sup>

12 Da mesma forma, merece ser repetido, existe o dever do empregado de respeitar a dignidade do seu empregador. A violação a tal dever pelo obreiro, por seu turno, igualmente pode ensejar a propositura de uma ação trabalhista, do empregador (como autor/reclamante) em face do empregado que praticou o ato danoso à sua moral. Inclusive quando se trata de empregador pessoa jurídica, pois a entidade abstrata igualmente revela uma imagem a ser preservada. Em tal sentido, a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

13 Vide Valdir Florindo, obra citada.

Mas o dever de respeitar a dignidade do empregado não é único “novo” dever do empregador reconhecido pela atual geração de juslaboralistas. Com a gradual ampliação da perspectiva do operador do Direito do Trabalho, estão passando a ser detectados diversos outros deveres decorrentes do contrato individual de trabalho.

Outro desses “novos” deveres que, vagarosamente, está alcançando o merecido reconhecimento no âmbito do Direito do Trabalho, é o relativo ao dever do empregador de oferecer, no local de trabalho, um ambiente seguro e saudável, no sentido de assegurar ao empregado as condições para desempenhar as atribuições funcionais, sem pôr em risco a sua integridade física e mental.

Decorre do princípio da execução de boa fé, que integra a base jurídica da sistemática normativa acerca dos contratos de uma forma geral. Segundo tal postulado, todo contrato deve ser cumprido lealmente, ou seja, executado de boa fé. E, para tanto, existe necessariamente um dever geral de colaboração recíproca entre os contratantes, segundo o qual cada um dos sujeitos deve “levar ao seu co-contratante toda a ajuda necessária para assegurar a execução de boa fé do contrato ... ambos se devem, mútua e lealmente, fornecer todo o apoio necessário para conduzir o contrato a bom termo”.<sup>14</sup>

De tal quadro, portanto, surge o dever do empregador de prevenir “danos que o empregado possa sofrer tanto física como moralmente pela execução do trabalho”<sup>15</sup>.

14 De Page, in *Traité élémentaire de droit civile belge*, apud Délio Maranhão (*Instituições de Direito do Trabalho*, vol. I, 11. ed., 1991, p. 247).

15 Délio Maranhão (op. cit., p. 249).

É imprescindível, nesse sentido, assegurar ao trabalhador as condições seguras e adequadas para o correto desempenho da sua atividade laborativa.

No âmbito do Direito Previdenciário, tal quadro há muito é merecedor do reconhecimento dos seus aplicadores. Revela, inclusive, grande suporte jurídico, como pode ser vislumbrado pela leitura da legislação disciplinadora do acidente de trabalho e as conseqüências pertinentes à seguridade social<sup>16</sup>.

Apenas mais recentemente, entretanto, o dever de manter um ambiente de trabalho seguro e saudável ultrapassou as fronteiras da seguridade social, passando a ser igualmente visto como um dever derivado diretamente do contrato individual do trabalho, e, assim, como uma responsabilidade do empregador perante o seu empregado.

É a responsabilidade decorrente de tais deveres patronais, por sua vez, que, se não respeitada, poderá ensejar uma ação indenizatória em face dos prejuízos provocados pela respectiva conduta do empregador. Notadamente, quando os prejuízos sofridos pelo empregado decorrem de uma conduta reconhecida genericamente por "assédio sexual".

Antes de abordar as peculiaridades de uma ação indenizatória em tais moldes, assim, torna-se necessário examinar o respectivo fenômeno de comportamento.

<sup>16</sup> Principalmente, a Lei 8.213 de 1991.

### 3- ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: CARACTERIZAÇÃO E MODALIDADES

Apesar de representar um dos desvios de conduta mais antigos da vida social, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não dedicou um dispositivo legal para a tipificação do ato costumeiramente chamada de "assédio sexual".

Normalmente reconhecido, de forma genérica, como um comportamento inadequado caracterizado pelo uso de alguma forma de poder (físico, moral, hierárquico, econômico, etc.) para importunar ou tentar constranger, de forma agressiva ou não, uma pessoa a praticar, contra a sua vontade, um ato de natureza sexual, inexistente na legislação penal, civil ou trabalhista do Brasil qualquer preceito disciplinando de forma explícita o respectivo fenômeno<sup>17</sup>. Tanto que, na hipótese de caracterização de uma conduta em tais moldes,

<sup>17</sup> A falta de disciplina legal dificulta a uniformidade de conceituação do respectivo ato. Em linhas gerais, a doutrina jurídica entende que o assédio sexual corresponde à conduta através da qual o agente, almejando obter favores de natureza sexual, provoca sobre a vítima uma série de constrangimentos, abusando de alguma forma de poder exercido sobre esta última. Pode ocorrer quando o ato de molestar decorre do uso da força física, como também quando o agente agride a vítima mediante uma insistência inoportuna materializada através de promessas de recompensas caso os atos libidinosos objetivados sejam de fato concretizados. Paulo Viana de Albuquerque Jucá, no excelente artigo **O Assédio Sexual Como Justa Causa Típica** (Revista LTR 81-02/176), citando Luís de Pinho Pedreira, apresenta a seguinte definição, proposta pelo Conselho de Ministros das Comunidades Europeias, em Resolução acerca da proteção à dignidade da mulher e do homem no ambiente de trabalho: conduta não desejada, de natureza sexual, ou de outra conduta baseada no sexo, que afete a dignidade da mulher ou do homem no ambiente de trabalho. Outra definição, igualmente apresentada no citado artigo, desta vez atribuída a Maurice Drapeau (**Le Harcèlement Sexual au Travail**), se revela ainda mais incisiva: toda conduta de conotação sexual não desejada, tanto verbal como física, geralmente repetida, de natureza a causar um efeito desfavorável no ambiente de trabalho da vítima, a acarretar conseqüências prejudiciais em matéria de emprego ou a trazer atentado à integridade física ou psicológica da pessoa ou à sua dignidade.

os aplicadores do Direito Penal se revelam obrigados a tentar enquadrar o respectivo caso nas hipóteses do artigo 213 (estupro), 214 (atentado violento ao pudor) e 233 (ultraje público ao pudor) do Código Penal.

Tarefa, via de regra, árdua.

Há, contudo, sinais de evolução.

Em 1997, o Senado Federal aprovou um Projeto de Lei disciplinado a matéria, mas desde então não houve evolução na respectiva tramitação legislativa.<sup>18</sup> Recentemente, entretanto, no mês de março de 2.001, em meio às celebrações acerca do Dia Internacional da Mulher, a Câmara de Deputados aprovou um Projeto de Lei de autoria da Deputada Iara Bernardi que *dispõe sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências*.

De acordo com o projeto, que ainda precisa receber aprovação do Senado para ser transformado em Lei, será acrescentado ao Código Penal, no Capítulo I (Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual) do Título VI (Dos Crimes Contra os Costumes), um artigo com a seguinte redação:

*Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes a exercício de emprego, cargo ou função.*

.....  
<sup>18</sup>De acordo com o artigo 2º do citado projeto, constitui assédio sexual, para os efeitos desta lei, constranger alguém, com sinais, palavras ou gestos, objetivando ou sugerindo a prática de ato libidinoso ou conjugação carnal, se a conduta não constituir crime mais grave.

*Pena: Detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos.*

*Parágrafo único: incorre na mesma pena quem cometer o crime:*

*I – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;*

*II – com abuso ou violação de dever inerentes a ofício ou ministério.*

De acordo com o projeto, assim, o assédio sexual estaria configurado quando o agente, utilizando os poderes derivados de seu status de superior hierárquico ou decorrentes de uma natural ascendência em face da posição ocupada no âmbito funcional, praticasse ato com a intenção de forçar a vítima a prestar-lhe favores sexuais.

Em que pese as críticas dirigidas ao projeto, a sua aprovação no âmbito da Câmara Federal representa um marco importante. Caso a aprovação do Senado se concretize, os operadores do Direito terão em mãos um novo instrumento para combater a condenável prática.

Enquanto não vier o dispositivo legal específico, a doutrina nacional e estrangeira vem oferecendo subsídios para proceder à classificação do assédio sexual quando registrado no âmbito das relações de trabalho.

A divisão em espécies pode utilizar como base o modo de proceder do agente, a forma de materialização da agressão ou o próprio agente agressor.

Nessa última seara, podem ser vislumbradas as seguintes hipóteses de assédio sexual sofrido pelo empregado: a) assédio desenvolvido pelo próprio empregador pes-

soa física ou o proprietário/diretor/sócio majoritário da empresa; b) assédio manifestado por colega de trabalho, que, por sua vez, pode ser de igual, inferior ou superior hierarquia no quadro funcional da empresa; e c) assédio praticado por terceiro (um cliente da empresa, por exemplo) durante a execução do contrato de trabalho.

Quanto à forma de materialização, o assédio pode ser de natureza física ou verbal, ou seja, ocorre tanto quando o agente chega ao ponto de contato físico com a vítima, como quando o agressor se limita a fazer comentários sexistas.

No tocante à classificação pelo modo de proceder, Alice Monteiro de Barros, em magnífico artigo<sup>19</sup> científico, expõe as experiências de diversos países no tratamento da matéria, apontando a existência de duas modalidades de assédio sexual no ambiente de trabalho, de acordo com a índole dos respectivos atos.

Primeiro, o chamado *assédio sexual por intimidação*. Segundo, o *assédio sexual por chantagem*.

Na primeira espécie, ocorrem

*“incitações sexuais importunas, de uma solicitação sexual ou de outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação laboral de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva hostil, de intimidação ou abuso no trabalho”<sup>20</sup>.*

19 O Assédio Sexual no Direito do Trabalho Comparado, Revista LTR 62-11/1564.  
20 Monteiro de Barros, Op. cit., p. 1.466.

Nessa modalidade, não se revela importante o poder hierárquico oriundo da subordinação jurídica do empregado ao seu empregador<sup>21</sup>. Não é necessariamente uma posição de superioridade no quadro funcional da empresa que serve de apoio à ação do agente, mas sim, a sua atuação agressiva perante a vítima.

Tanto que o assédio por intimação no ambiente de trabalho pode envolver um agente que não integra a entidade patronal, como um prestador de serviços ou um eventual visitante.

Envolvendo colegas de trabalho ou mesmo o próprio empregador enquanto pessoa física, diretor ou proprietário da empresa, o poder hierárquico não se revelou decisivo, podendo ser, até, dispensável. A vítima, inclusive, pode ser de grau hierárquico acima do sujeito ativo.

Importante, assim, é a conduta hostil do agressor, importunando a vítima contra a sua vontade, não a posição daquele dentro do complexo empresarial.

No *assédio sexual por intimidação*, portanto, o poder de comando do empregador (exercido diretamente pelo mesmo ou através de um preposto, como o gerente) não é decisivo. Relevante é a forma de concretização da conduta, sempre marcada por uma hostilidade ofensiva e capaz de desequilibrar o sujeito passivo. Pode ser caracterizado, assim, independentemente da posição funcional de agressor e vítima.

21 Para um estudo mais profundo acerca do poder no âmbito da relação de emprego, vide Maurício Godinho Delgado (O Poder Empregatício, 1996).

Pode também ocorrer, destarte, quando um empregado de hierarquia inferior procede a investidas violentas de caráter sexual em face de sua gerente, utilizando a sua maior força física para intimidar a frágil vítima. Ou, então, quando um empregado passa a hostilizar outro colega do mesmo nível hierárquico, com o intuito de constranger aquele à prática de ato libidinoso.

O *assédio sexual por chantagem* (também conhecido por assédio *quid pro quo*, isto é, “isto por aquilo”), por outro lado, corresponde à conduta materializada através de

*exigência formulada por superior hierárquico a um subordinado, para que se preste à atividade sexual, sob pena de perder o emprego ou benefícios advindos da relação de trabalho*<sup>22</sup>.

Essa última modalidade de assédio sexual no ambiente de trabalho pressupõe, necessariamente, abuso de poder por parte do empregador ou de preposto seu. É indispensável, pois, uma ascendência do agente sobre a vítima, decorrente de poderes derivados do contrato de trabalho. Envolve, assim, o uso ilegítimo do poder diretivo/hierárquico, colocando a vítima em situação de grande constrangimento, uma vez que normalmente terá dificuldades em reagir em legítima defesa, em virtude do perigo de consequências negativas, inclusive a perda do próprio emprego.

Ocorre, por exemplo, quando o “chefe” passa a realizar investidas de caráter sexual sobre a sua secretária, prometendo-lhe um aumento caso concorde em manter um relacionamento amoroso com ele. Ou quando

<sup>22</sup> Monteiro de Barros, *Op. cit.*, p. 1.468.

a própria empregadora, pessoa física, ameaça o seu empregado com a despedida, caso este não passe a iniciar um “caso” com ela. O modelo adotado pelo Projeto de Lei de autoria da Deputada Iara Bernardi, assim, se enquadra como uma hipótese de assédio por chantagem.

Em ambas as espécies, os danos decorrentes do respectivo ato são imensuráveis. Seja pela agressão praticada contra a imagem profissional da vítima, seja por eventual violação à integridade física e mental desta. Seja pelos prejuízos materiais decorrentes da transgressão, seja pelos danos morais provocados por, entre outras coisas, a “rotulação” pela qual a vítima passa. Danos que, naturalmente, decorrem de uma conduta ilícita do agressor. E, como consequência, geradores de uma responsabilidade a ser assumida. Como será a seguir examinado.

#### 4- RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE ASSÉDIO SEXUAL

Não existe dever sem sanção<sup>23</sup>, e, assim, é evidente que a inobservância dolosa ou culposa de um dever, ao gerar prejuízo para alguém, naturalmente ensejará a responsabilidade patrimonial daquele que o descumpriu, em face dos danos provocados.

<sup>23</sup> Segundo Ísis de Almeida (*Manual de Direito Processual do Trabalho*, 2º vol., 3. ed., 1991, p. 125), “Ao dever jurídico se vincula uma sanção externa, positiva, pois existe uma cominação ou ameaça legal de uma pena”.

A responsabilidade civil<sup>24</sup> surge em virtude do descumprimento de uma obrigação ou de um dever jurídico. Corresponde à

*aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro, em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva)<sup>25</sup>.*

Decorre, por conseguinte, de ofensa que cause dano a outrem, representando a obrigação de ressarcir os prejuízos provocados pela ação ou omissão injusta do agente.

Na ordem jurídica brasileira, assim, existe

*um dever legal amplo de não lesar a que corresponde a obrigação de indenizar, configurável sempre que, de um comportamento contrário àquele dever de idenidade, surta algum prejuízo injusto para outrem<sup>26</sup>.*

.....  
24A denominação "responsabilidade civil", por sua vez, decorre da sua origem civilista, em contrapartida à responsabilidade penal, sendo ambas derivadas da tradicional dicotomia civil-penal. De forma alguma limita a sua incidência a outras espécies de relações jurídicas. A responsabilidade de um empregador pelos atos que provocam danos aos seus empregados, assim, estaria enquadrada dentro do campo da sua responsabilidade civil em sentido amplo.

25DINIZ, Maria Helena. (Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. VII, 1984, p. 32).

26THEODORO Júnior, Humberto. (Dano Moral, 3. ed., 2.000, p. 01).

Praticado um ato ilícito que atinge a órbita jurídica de uma pessoa, ensejando danos materiais ou morais, essa última passa a ter o direito a uma indenização pelos prejuízos gerados.

Estabelecida no artigo 159 do Código Civil Brasileiro, a regra geral acerca da responsabilidade por danos provocados ao patrimônio alheio estabelece que: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano", impondo uma obrigação de ressarcir os prejuízos provocados pela violação de um dever por conduta dolosa ou culposa do respectivo agente.

Em idêntico sentido, mais ampliando expressamente o alcance da regra para abranger tanto o âmbito material como o patrimônio moral da respectiva vítima, o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 assegura a todo cidadão que:

*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*

Tais regras gerais, por sua vez, se encontram em perfeita harmonia com os deveres contratuais do empregador de respeitar a dignidade humana do seu empregado e de proporcionar um ambiente de trabalho seguro e saudável.

E, dentro de tal ótica, é inquestionável a responsabilidade do empregador por danos materiais e/ou morais decorrentes de assédio sexual sofrido por seu empregado, quando o respectivo incidente foi materializado em virtude do descumprimento de tais deveres básicos.

A responsabilidade patronal, por sua vez, será objetiva ou subjetiva, dependendo da modalidade do assédio sexual e do respectivo agente agressor.<sup>27</sup>

No assédio sexual por intimidação sofrido por empregado no ambiente de trabalho, a responsabilidade do empregador, enquanto tal, será ou não materializada levando em consideração a pessoa do agressor.

Sendo o agressor o próprio empregador (como pessoa física, proprietário ou diretor), a responsabilidade patronal é de fácil percepção, sendo dispensável abordar outros elementos.

Se o agente for outro empregado da empresa, independentemente da posição hierárquica do mesmo, o empregador será igualmente responsável pelo respectivo ato.

Nesse sentido, o artigo 1.521 do Código Civil Brasileiro estabelece a responsabilidade *do patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, por ocasião dele*, firmando ainda a Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal que *é presumida a culpa do patrão ou comitente por ato culposo do empregado ou preposto*.

27 A responsabilidade subjetiva difere da responsabilidade objetiva primordialmente pela exigência, na primeira, da existência de dolo ou culpa para a incidência da sanção jurídica pertinente. Na responsabilidade objetiva, inspirada na teoria do risco, suficiente é a ocorrência do dano, sendo de menor relevância a participação do agente responsável, desde que exista um liame de causalidade entre o prejuízo provocado e o ato do agente. Independentemente de ter o sujeito agido dolosa ou culposamente, surgirá a obrigação de indenizar. Na responsabilidade subjetiva, por outro lado, prevalece a idéia de culpa, e, assim, a obrigação de ressarcir a pessoa prejudicada dependerá do comportamento do sujeito que praticou o ato danoso, sendo exigida a presença de dolo ou culpa. Para um estudo mais minucioso acerca da matéria, vide Silvio Rodrigues (*Direito Civil – Responsabilidade Civil*, vol. VI, 11. ed., 1987).

A responsabilidade patronal, na hipótese, é objetiva. Independe de conduta culposa ou dolosa do empregador, sendo fundamentada na teoria do risco<sup>28</sup>.

Praticado o assédio sexual por intimidação por um empregado sobre outro, portanto, surge a responsabilidade objetiva do empregador pelos danos causados à vítima.

Se o agressor for terceiro, por outro lado, estará configurada a responsabilidade do empregador, enquanto tal, *desde que* evidenciada a sua contribuição para a materialização do incidente, mediante conduta dolosa ou culposa resultante no descumprimento dos deveres de respeitar a dignidade do empregado e de oferecer um ambiente de trabalho seguro e saudável.

No caso de assédio sexual por intimidação praticado por terceiro (cliente, prestador de serviços, visitante, etc.) sobre o empregado no ambiente de trabalho, por conseguinte, a responsabilidade patronal é subjetiva, não objetiva como nas hipóteses anteriores.<sup>29</sup>

28 Leciona Sílvio Rodrigues que "Entender que o empregado é mandatário do patrão, para responsabilizá-lo por ato daquele, é asserção ilógica, pois é óbvio que o patrão ou o pai não constituíram seus empregados e filhos mandatários com poderes para praticar atos ilícitos. Se o tivessem feito, a sua responsabilidade não seria por fato de terceiro, mas por fato próprio. A idéia do risco é a que mais se aproxima da realidade. Se o pai põe filhos no mundo, se o patrão se utiliza de empregado, ambos correm o risco de que da atividade daqueles surja dano para terceiro. É razoável que, se o dano advier, por ele respondam, solidariamente com os seus causadores diretos, aqueles sob cuja dependência estes se achavam."

29 Na realidade, tradicionalmente são apresentados cinco pressupostos da responsabilidade subjetiva: a) ação ou omissão do agente; b) dolo ou culpa do agente; c) dano sofrido pela vítima; d) relação de causalidade entre a conduta e o dano; e e) ausência de causa excludente de responsabilidade. Os cinco representam elementos perfeitamente constatáveis. A conduta omissiva ou comissiva do sujeito, descumprindo um dever contratual e/ou legal. A imperícia do agente ou sua atuação imprudente, negligente ou intencional e consciente. Os prejuízos no plano material ou na esfera moral, provocados por agressões injustas. O nexo de ligação entre a causa (o ato ilícito) e o efeito (os danos decorrentes). E, por fim, a inexistência de motivos capazes de eximir o agente da responsabilidade, como a culpa da própria vítima, um motivo de força maior ou o estado de necessidade. É apenas com a presença concomitante de tais elementos, portanto, que será caracterizada a responsabilidade.

Por não envolver o poder hierárquico inerente à relação de emprego (mas sim uma conduta agressiva do agente), portanto, o assédio por intimidação praticado por terceiro estranho ao quadro funcional da empresa somente enseja a responsabilidade do empregador, como elemento decorrente do contrato de trabalho, quando os respectivos prejuízos foram provocados pela violação de tais deveres.

Torna-se imprescindível, pois, demonstrar a efetiva contribuição do empregador para a ocorrência do incidente através de uma conduta culposa ou dolosa, violadora dos seus deveres de respeitar a dignidade e honra do empregado e de lhe proporcionar um ambiente laboral seguro e saudável, caracterizada tanto quando não adotadas as medidas necessárias à prevenção do incidente, como quando demonstrada a tolerância ou estímulo patronal após a ciência de sua ocorrência.

Não restando caracterizada a conduta culposa ou dolosa do empregador, não será esse responsabilizado pelo ato do terceiro. E, assim, o próprio agressor é quem responderá pelas conseqüências do seu ato.

Na seara do assédio sexual por intimidação no ambiente de trabalho, destarte, a questão pode ser assim resumida: 1) sendo o assédio praticado pelo próprio empregador, a sua responsabilidade deriva não apenas da sua qualidade de empregador, mas da própria conduta ilícita, objetivamente considerada; 2) ocorrendo o assédio por obra de outro empregado, a responsabilidade do empregador será objetiva, independentemente

da posição hierárquica do agressor; e 3) se o assédio for praticado no ambiente de trabalho por terceiro, será subjetiva a responsabilidade patronal pelos danos causados ao empregado/vítima, como liame derivado do contrato de trabalho, estando vinculada a uma conduta culposa ou dolosa através da qual ocorre o descumprimento dos deveres de respeitar a dignidade do obreiro e de proporcionar um ambiente laboral seguro e saudável.

No assédio sexual por chantagem no ambiente de trabalho, por outro lado, a responsabilidade patronal é sempre objetiva. Como tal modalidade exige a presença do elemento poder hierárquico, a responsabilidade objetiva do empregador é materializada pelo simples fato de que o agente, sempre, age de forma a se aproveitar do poder diretivo derivado da relação de emprego.

Quando o agente é o próprio empregador (pessoa física, proprietário, etc.), evidente é a utilização do seu poder de comando, mediante promessas de vantagens ou ameaças de retaliações. Quando o agressor é um preposto (gerente, superior hierárquico) que se conduz na mesma linha, novamente resta em clarividência o uso do poder hierárquico concedido pelo empregador ao mesmo. E, por fim, quando quem expõe as chantagens for um terceiro (como um cliente influente ou um parente do dono da empresa), presume-se que o terceiro estranho ao quadro funcional necessariamente age com a conivência do empregador, pois o exercício de fato de tal espécie de poder exige a outorga ou colaboração de quem a detém de direito.

De uma forma ou de outra, assim, o assédio sexual por chantagem no ambiente laboral enseja a responsabilidade objetiva do empregador.<sup>30</sup>

Em resumo, ocorrendo um incidente em tais moldes e, ainda, restando caracterizada a responsabilidade da entidade patronal, configurada estará a obrigação dessa pelo pagamento de um ressarcimento devido em face dos prejuízos provocados, tanto no âmbito material como no plano moral.<sup>31</sup>

Caso não haja o pagamento espontâneo do ressarcimento e outra forma extra-estatal de composição não se revelar viável, incumbirá ao empregado ingressar com uma ação indenizatória na defesa de seus interesses.

Resta definir agora, apenas, o órgão jurisdicional competente para conhecer de uma ação em tais moldes.

30 Tal quadro, entretanto, não impede o empregador de buscar responsabilizar, mediante ação regressiva, o terceiro agente que praticou o assédio sexual por chantagem sem o seu conhecimento e colaboração. O empregador apenas terá que responder pelo ato perante o seu empregado, em virtude do incidente ter sido derivado de um poder que lhe é peculiar. O mesmo raciocínio é utilizado na responsabilidade civil do Estado por danos provocados por ato de servidor público.

31 A forma de liquidação do montante devido a título de indenização por danos, especialmente quando de ordem moral, representa uma das maiores polêmicas pertinentes à matéria.

## 5- COMPETÊNCIA PARA CONHECER DE AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS DECORRENTES DE ASSÉDIO SEXUAL

Genericamente, competência “significa a idéia de legitimidade do exercício de determinado poder, num determinado momento e sob determinadas circunstâncias”<sup>32</sup>.

No âmbito do Direito Processual, é reconhecida tradicionalmente como a medida ou o limite da jurisdição, sendo “justamente o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição”<sup>33</sup>. Representa, assim, o meio de dividir o exercício da função jurisdicional entre os órgãos que integram o Poder Judiciário, como exigência prática da atividade estatal<sup>34</sup>.

A distribuição da competência interna entre os órgãos jurisdicionais que formam o Poder Judiciário obedece a critérios rígidos previstos na legislação constitucional e infraconstitucional. A estrutura básica se encontra consagrada na própria Carta Política, que define o âmbito de atribuições dos Tribunais Superiores, da Justiça Federal e das Justiças Especiais (do Trabalho, Militar e Eleitoral), remanescendo as Justiças Estaduais com uma competência residual.

32 Eduardo Arruda Alvim (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 1998, p. 90)

33 Humberto Theodoro Jr. (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 17 ed., 1995, p. 153).

34 Vide ainda José Frederico Marques (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 1. ed., atualizada, 2.000).

Tradicionalmente, cinco são os critérios consagrados pelo legislador para servirem de elementos definidores do âmbito de atuação jurisdicional de cada órgão do Poder Judiciário. O critério material (*ex ratione materiae*) leva em consideração elementos pertinentes à natureza da lide, dos interesses materiais em conflito e/ou do objeto litigioso. O critério **peçoal** (*ex ratione personae*), aspectos acerca da qualidade das próprias partes processuais. O critério **funcional** (hierárquico), por seu turno, se fundamenta nas atribuições dos diversos órgãos jurisdicionais durante a tramitação da demanda, subdividindo-se em vertical (entre órgãos de graus distintos) e horizontal (entre órgãos dentro de um mesmo grau de jurisdição). O critério **territorial** (*ex ratione loci*), por sua vez, leva em consideração dados relativos ao lugar onde aconteceu o fato ou se encontra a coisa litigiosa, no qual residem as partes, onde a obrigação tiver que ser cumprida. E, por fim, o critério envolvendo o **valor da causa**, que se funda no montante pecuniário atribuído à demanda.

No presente estudo, assume relevância a análise da competência material e peçoal da Justiça do Trabalho, cujas diretrizes são encontradas no *caput* artigo 114 da Constituição Federal de 1988:

*Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na*

*forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas sentenças, inclusive coletivas.*

Arrematando o §3º (acrescido pela Emenda Constitucional 20/98) que:

*Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no artigo 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.*

Um exame cuidadoso do respectivo texto constitucional revela que o âmbito de atuação jurisdicional da Justiça do Trabalho, no tocante aos critérios relativos à matéria e à pessoa, se divide em quatro vertentes.

Primeiro, os conflitos entre empregados e empregadores decorrentes da relação de emprego, não importando quem seja o empregador.

Ao estabelecer que se encontra dentro da competência do Judiciário Trabalhista o julgamento de conflitos:

*entre trabalhadores<sup>35</sup> e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União,*

<sup>35</sup> A expressão "trabalhador" foi utilizada de forma equivocada pelo legislador constituinte. É certo que, presume-se, houve uma tentativa de preservar uma fidelidade terminológica com a expressão igualmente utilizada no artigo 7º da CF/88. Ocorre que a impropriedade é manifesta, pois é elementar que, no âmbito do Direito do Trabalho, trabalhador é gênero do qual o empregado é apenas uma espécie, ao lado do trabalhador autônomo, do avulso, do eventual e do servidor público estatutário. E o legislador constituinte, ao usar a expressão "empregador", logicamente a utilizou para descrever a qualidade de um dos sujeitos da respectiva relação. E, se de um lado se encontra um empregador agindo em tal qualidade, do outro lado da relação certamente estará um empregado. Tal falha, contudo, poderá ser facilmente suprida pela ação adequada do intérprete.

o legislador incluiu os conflitos envolvendo empregadores públicos, organismos internacionais e países estrangeiros, desde que, merece ser ressaltado, a lide seja decorrente da relação de emprego mantida pelos dois sujeitos.

Como regra geral, assim, sendo um conflito derivado da relação de emprego entre sujeitos agindo na qualidade de empregado e de empregador, é da Justiça do Trabalho a competência para julgar a respectiva causa.<sup>36</sup>

Como segunda área de atuação, surgem aquelas questões envolvendo outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, desde que previstas em lei. O legislador constituinte, assim, ofereceu ao legislador infraconstitucional uma “porta” para ampliar a competência material e pessoal da Justiça do Trabalho, autorizando a sua extensão para abranger conflitos oriundos das demais espécies de liames do gênero relação de trabalho.

Em tal sentido, o artigo 643 da CLT, que estipula a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de conflitos entre *trabalhadores avulsos e seus tomadores de serviço, em atividades reguladas na legislação social. De igual forma, o artigo 652, alínea “a”, inci-*

36 Duas observações devem ser destacadas. Primeiro, nalguns casos, as partes processuais não coincidem com os sujeitos originários da relação jurídica de direito material. Ocorre tanto no caso da legitimidade extraordinária de um substituto processual (como a do sindicato profissional, por exemplo), como na legitimidade ordinária derivada ou superveniente (hipóteses do sucessor de empregado falecido ou de empresa sucessora de entidade sucedida, ou, ainda, de empresa do mesmo grupo empresarial do empregador). Segundo, as questões pertinentes à aplicação do Direito Penal, mesmo quando o fato punível foi praticado por empregado atuando em tal qualidade, escapa ao âmbito de competência da Justiça do Trabalho. Isso porque a incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento de crimes decorre do fato de que, na demanda criminal, o litígio não é entre a vítima do crime e o réu na ação penal, mas sim entre este e o estado, enquanto titular do ius puniendi. Mesmo na ação penal privada, a vítima atua apenas como legitimado extraordinariamente, numa espécie de substituição processual penal, que não modifica a competência material para o julgamento da causa.

dos III e V (esse por força de Medida Provisória ainda não convertida em lei), que incluiu dentro do âmbito de competência dos órgãos de primeira instância

*os dissídios resultantes de contratos de empreitada em que o empreiteiro seja operário ou artífice e as ações entre trabalhadores portuários e os operadores portuários ou o órgão Gestor de Mão-de-Obra – OGM decorrente da relação de trabalho.*

A Lei 8.984/95, por seu turno, estendeu a competência do Judiciário Trabalhista para abranger conflitos entre sindicatos e entre sindicatos profissionais e empresas envolvendo cláusulas de acordo coletivo ou de convenção coletiva.

Desde que haja previsão legal, assim, conflitos envolvendo outras formas do gênero relação de trabalho podem ser incluídas dentro de tal quadro.

Como terceiro âmbito, estabeleceu o legislador constituinte que compete à Justiça do Trabalho julgar *os litígios que tenham origem no cumprimento de suas sentenças, inclusive coletivas*. Oportuna providência, pois sem tal diretriz, surgiram enormes dificuldades práticas no julgamento de ações derivadas como os embargos de terceiro e a ação anulatória de arrematação judicial.

E, por fim, como terceiro campo de atuação, a vertente adicionada pela Emenda Constitucional 20/98, tratando da competência do Judiciário laboral para promover a execução *ex officio das contribuições sociais previstas no artigo 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir*. Recente-

mente, a Lei 10.035/00 acrescentou ao texto da CLT diversos dispositivos disciplinando o procedimento respectivo.

E a ação indenizatória na qual se postula o ressarcimento decorrente de dano provocado por assédio sexual? Será que uma demanda em tais moldes se enquadra em qualquer uma dessas categorias internas da competência material e pessoal da Justiça do Trabalho?

Inicialmente, deve ser ressaltado que a ação indenizatória em exame não é aquela proposta por um empregado em face do seu agressor.

É evidente que, em tais circunstâncias, a matéria extrapola os limites da relação de emprego e deverá ser dirimida no âmbito da Justiça Comum.<sup>37</sup>

A questão é dirigida à ação proposta por empregado, vítima de danos materiais e/ou morais decorrentes de assédio sexual, em face de seu empregador, postulando uma indenização em virtude dos prejuízos decorrentes do(s) ato(s).

37 O artigo 1.521 do Código Civil Brasileiro, salienta-se, estipula a responsabilidade do patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele, acrescentando o artigo seguinte que a mesma responsabilidade cabe às empresas que exercerem exploração industrial. Vide Alvaro Villaça Azevedo (*Proposta de Classificação da Responsabilidade Objetiva: Pura e Impura – Alguns Casos de Indenização no Direito do Trabalho*, in *Manual de Direito do Trabalho – Estudos em Homenagem ao Professor Cássio Mesquita Barros*, coordenação de Bento Herculano Duarte Neto, 1998, p. 642).

Compete à Justiça do Trabalho dirimir tal espécie de conflito?

A resposta é positiva. E, ao contrário do pensamento de muitos, o fundamento legal não é o pertinente à segunda parte do *caput* do artigo 114, que trata de *outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho*.

Tal hipótese somente estaria concretizada se existisse lei infraconstitucional prevendo a ampliação da competência da Justiça do Trabalho em tal sentido. Quadro que não se materializou até o momento, em que pesem os esforços desenvolvidos pelos juízes do trabalho nessa direção.<sup>38</sup>

No caso hipotético, o empregado/reclamante, ao ingressar com uma ação trabalhista com tal objeto em face do seu empregador, almeja ser ressarcido dos prejuízos patrimoniais e subjetivos provocados pelo assédio sexual sofrido no ambiente de trabalho, durante o exercício da sua função laborativa.

A demanda, assim, envolve a postulação de uma reparação pecuniária decorrente da alegada responsabilidade do empregador pelos danos decorrentes do incidente. Trata-se, isso sim, de um pleito indenizatório, um pedido de ressarcimento em virtude das conseqüências danosas do acidente, supostamente provocado por causa de atos e/ou omissões da entidade patronal.

38 É notória a atuação da ANAMATRA, a Associação Nacional dos Juizes do Trabalho, para incluir dentro da competência da Justiça do Trabalho, dentre outras questões, toda a matéria pertinente aos acidentes de trabalho.

Para considerável parte dos operadores do processo trabalhista, uma ação com tal objeto se apresenta, à primeira vista, como algo estranho ao âmbito de competência da Justiça do Trabalho.

Tal posição contrária, contudo, somente pode ser fruto de uma visão distorcida decorrente de preconceitos ultraconservadores.

O direito a um ressarcimento em face de prejuízos provocados pelo assédio sexual decorre da responsabilidade do empregador, conforme examinado no item anterior, tendo fundamento nos artigos 159 do Código Civil e 5º, inciso 10 da CF/88.

Alguns operadores do Direito argumentam que tais normas são originárias do Direito Civil, e, assim, não podem ser aplicados pelo Juiz do Trabalho, cuja função seria apenas a de aplicar as normas trabalhistas.

É evidente, *data vênia*, o equívoco de tal interpretação.

O que seria, então, um direito “trabalhista”? A natureza seria definida pela origem ou, então, pelo âmbito de aplicação da norma, independentemente da sua fonte?

Tal discussão não se revela a mais relevante neste momento. Para a definição da competência do Judiciário Trabalhista, não importa o enquadramento do direito como “trabalhista”. Indispensável é a origem do

conflito a ser resolvido, pois deve necessariamente ser uma lide entre empregado e empregador decorrente da relação de emprego.

O ramo do Direito do qual se origina a norma a ser aplicada na solução de um conflito trabalhista não é o elemento que define a competência ou incompetência da Justiça do Trabalho. Mesmo na hipótese de se reconhecer o direito à citada indenização como um direito de índole civil, ainda assim será da competência do Judiciário Trabalhista a resolução da questão, desde que o conflito de interesses seja entre empregado e empregador, atuando como tais.

Para melhor ilustrar tal afirmação, merece ser transcrita a valiosa lição de João Oreste Dalazen<sup>39</sup>:

*Talvez cause perplexidade o fato de o pedido de indenização **eventualmente** amparar-se no Direito Civil.*

...

*Porém, o que releva realçar aqui é isto: não é a fonte formal do Direito a aplicar quem determina a competência da Justiça do Trabalho, de tal sorte supor-se que esta cogita exclusivamente das fontes formais do Direito do Trabalho.*

*Claro está que a Justiça do Trabalho, preponderantemente, promove a subsunção dos fatos litigiosos ao Direito do Trabalho. Mas não exclusivamente a este. Tanto isso é exato que o preceito contido no art. 8º, parágrafo único, da CLT, expressamente permite aos órgãos da Justi-*

<sup>39</sup> Competência Material Trabalhista, editora LTR, 1994, p.115.

*ça do Trabalho socorrer-se do 'direito comum' como fonte subsidiária do Direito do Trabalho'.*

*Se assim é, salta à vista que a competência da Justiça do Trabalho não se cifra a dirimir dissídios envolvendo unicamente a aplicação do Direito do Trabalho, mas todos aqueles, não criminais, em que a disputa se der entre um empregado e um empregador, nesta qualidade jurídica.*

O Juiz do Trabalho, destarte, não é um magistrado cuja competência se restringe à aplicação da legislação trabalhista em sentido estrito, mas sim um julgador cuja função se resume à de solucionar conflitos trabalhistas, aplicando à lide todas as normas jurídicas incidentes, mesmo quando oriundas de outros campos do Direito, excetuando-se a de natureza criminal.

Em tal sentido, inclusive, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em decisão do Pleno publicada no DJU de 22 de fevereiro de 1991. O Ministro Sepúlveda Pertence, relator do Processo relativo ao Conflito de Competência 6959-6-DF, envolvendo a 1ª Vara Cível de Brasília e o Tribunal Superior do Trabalho, expôs expressamente (no julgado que reconheceu a competência do Judiciário Trabalhista) o entendimento segundo o qual, na definição da competência material do Judiciário Trabalhista, se revela irrelevante que a solução do litígio imponha a aplicação de normas de Direito Civil, sendo importante apenas que o pleito tenha sido formulado em razão de uma relação de emprego, inserindo-se a questão no âmbito do contrato individual de trabalho.<sup>40</sup>

40 Vide Alexandre Nery de Oliveira (Dano Material, Dano Moral e Acidente de Trabalho na Justiça do Trabalho, <http://www.infojus.com.br>) e Jorge Pinheiro Castelo (Dano Moral Trabalhista – Configuração Própria e Autônoma, Competência da Justiça do Trabalho, Ações Individuais para Tutela de Direitos Morais Laborais Tradicionais, Novas e Ações Cíveis Públicas Trabalhistas, in Revista LTR 63-02/193).

É infinita a quantidade de exemplos de aplicabilidade de tal raciocínio lógico.

No final do ano de 1998, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência do Judiciário Trabalhista para julgar ação de indenização por danos morais ajuizada por empregado em face de seu empregador, em nova decisão cujo relator voltou a ser o Ministro Sepúlveda Pertence. A respectiva ementa:

*Ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil. (STF RE 238.737-4 ac. 1a T. 17.11.98).*

O próprio Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, já sedimentou a jurisprudência acerca da questão de sua competência para conhecer de ação almejando indenização pelos danos sofridos pelo empregado em virtude da omissão do empregador quanto ao seu cadastramento no PIS<sup>41</sup>, um instituto de natureza previdenciária, mas envolvendo um dever patronal (o de cadastrar) decorrente do contrato individual de trabalho.

Tanto as letras da primeira parte do *caput* do artigo 114 da CF/88 (*Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos en-*

41 Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar ações de empregados contra empregadores, relativos ao cadastramento no Plano de Integração Social – PIS (Enunciado 300).

tre trabalhadores e empregadores ...) como as do artigo 652, inciso IV, da CLT (*Compete às Varas do Trabalho ... conciliar e julgar ... os demais dissídios concernentes ao contrato individual de trabalho*) são cristalinas em autorizar tal interpretação.

Para a definição da competência material e pessoal da Justiça do Trabalho, destarte, o fundamental é que a relação jurídica apontada como base da postulação seja de natureza empregatícia, mesmo que a solução do conflito venha a exigir a aplicação de normas do direito comum. A origem da norma a ser aplicada não estabelece a competência ou incompetência do Judiciário Trabalhista, como leciona o professor João Oreste Dalazen<sup>42</sup>, mas sim a qualidade ostentada pelos agentes do conflito intersubjetivo de interesses.

Sendo um conflito decorrente da relação de emprego entre empregado e empregador, agindo em tais qualidades, é da Justiça do Trabalho a competência para dirimir a lide.

No presente caso hipotético, o conflito de interesses surgiu em face de um incidente (o assédio sexual sofrido pelo empregado) ocorrido durante a execução do contrato individual de trabalho existente entre as partes.

Na ação trabalhista em exame, um empregado ingressa com uma ação almejando obter do seu empregador um ressarcimento em virtude dos prejuízos decorrentes do alegado descumprimento de um dever patronal que, se observado, supostamente teria evitado o acidente do qual foi vítima o autor.

42 *Op. cit.*

A solução da lide, portanto, exige a análise de questões atinentes à responsabilidade (objetiva ou subjetiva, dependendo da modalidade de assédio e da pessoa do agressor) do empregador em face de seus deveres enquanto entidade patronal.

Logo, é evidente, que a definição acerca da respectiva temática exige um pronunciamento da Justiça do Trabalho.

Trata-se de um litígio com origem na relação de emprego, sendo travado pelos sujeitos do contrato individual de trabalho, na qual um (o empregado) sustenta que o outro (o empregador) deve responder pelos danos morais e/ou materiais que ensejam um devido ressarcimento.

A solução a ser dada ao caso, por conseguinte, exige uma avaliação da conduta dos dois agentes, empregado e empregador, enquanto tais, para definir se de fato restaram configurados os pressupostos da responsabilidade da entidade patronal pela obrigação de ressarcir o obreiro pelos prejuízos provocados.

É evidente, portanto, que a definição da responsabilidade do empregador, por exigir uma apreciação dos sujeitos da lide em função das suas qualidades jurídicas e à luz dos deveres decorrentes do contrato individual de trabalho, envolve uma discussão que decorre diretamente da relação de emprego, somente podendo ser dirimida pela Justiça do Trabalho.

Incumbirá ao Juiz do Trabalho, por conseguinte, conhecer da ação em tais moldes e, através de um exame de cunho meritório, decidir se os pressupostos da responsabilidade subjetiva do empregador estavam configurados, para, em caso positivo, acolher a pretensão do reclamante para condenar a entidade patronal a ressarcir o empregado pelos danos materiais e/ou morais decorrentes do assédio sexual sofrido pelo empregado no ambiente de trabalho.

Para reconhecer tal realidade, suficiente é uma reflexão isenta acerca do alcance dos dispositivos anteriormente destacados.

Com tal visão moderna, o intérprete estará ultrapassando os obstáculos gerados por anos de um esforço preconceituoso contrário à correta atuação do Judiciário Trabalhista e seus membros, pois estará vendo o que de fato é o âmbito de atuação da Justiça do Trabalho.

À semelhança de um deficiente visual que, após uma cirurgia, consegue ver até onde vai a extensão dos seus braços.

## 6- CONCLUSÕES

Com base nos argumentos acima abordados, podem ser apresentadas as seguintes conclusões:

1) É dever do empregador, decorrente do contrato individual de trabalho que o une ao empregado, respeitar a dignidade do seu empregado e lhe proporcionar um ambiente de trabalho seguro e saudável para permitir a regular execução do respectivo contrato.

2) O descumprimento do respectivo dever, por atuação comissiva ou omissiva, caracteriza uma conduta ilícita, sancionada pelo ordenamento jurídico pátrio nos termos dos artigos 5º, inciso X, e 7º, XXVIII, da CF/88 e 159 do Código Civil Brasileiro.

3) O assédio sexual corresponde a um comportamento inadequado caracterizado pelo uso de alguma forma de poder (físico, moral, hierárquico, econômico, etc.) para importunar ou tentar constranger, de forma agressiva ou não, uma pessoa a praticar, contra a sua vontade, um ato de natureza sexual.

4) No ambiente de trabalho, o assédio sexual pode assumir duas formas quanto ao modo de sua materialização: a) o assédio por intimidação, no qual ocorre uma conduta agressiva do agente, buscando molestar a vítima mediante uma postura hostil; e b) o assédio por chantagem, na qual o agente busca constranger a vítima mediante promessas de vantagens ou ameaças de prejuízos para compelir esta a ceder as suas investidas.

5) Enquanto o assédio sexual por intimidação não exige como elemento o uso do poder diretivo inerente à relação de emprego, o assédio sexual por chantagem pressupõe necessariamente o exercício do poder hierárquico pelo empregador ou seu preposto.

6) Caracterizado o assédio sexual sofrido por empregado no ambiente de trabalho, a responsabilidade do empregador pelos danos morais e/ou materiais provocados pelo ato será objetiva quando se tratar de assédio por chantagem, independentemente de quem foi o agente agressor, e, na hipótese de assédio por intimidação, a responsabilidade será objetiva quando o assédio for praticado por terceiro estranho ao quadro funcional, mas será objetiva quando o agressor for o próprio empregador ou outro empregado de hierarquia superior à da vítima.

7) Será da Justiça do Trabalho a competência material e pessoal para processar e julgar uma ação indenizatória em tais moldes, proposta por um empregado (ou eventual sucessor) em face do seu empregador, almejando a condenação desse na obrigação de pagar o ressarcimento devido em virtude dos danos decorrentes do assédio do qual foi vítima o obreiro.

São essas as principais constatações extraídas da “nova” visão do moderno operador do Direito do Trabalho.

## AS NORMAS E OS USOS OU CONVENCIONALISMOS SOCIAIS

Valéria Rúbia Silva Duarte.

Juíza de Direito da 3ª Entrância da Comarca de Recife,  
Coordenadora de Prática Jurídica em Serviço da ESMape,  
Professora de Direito de Família da ESMape e da  
Faculdade de Direito de Olinda.

### SUMÁRIO

1- O HOMEM COMO SER VIVO E SUA RELAÇÃO COM A SOCIEDADE; 2- A RESPEITO DAS NORMAS; 3- NORMAS: ESPÉCIES E CARACTERÍSTICAS; 3.1- Normas Técnicas; 3.2 Normas Éticas; 3.2.1 Características das Normas Éticas segundo Samuel Pufendorf e Christian Thomasius, conjuntamente; 3.2.2 Classificação das normas Éticas; 4. OS USOS OU CONVENCIONALISMOS SOCIAIS; 4.1 CARACTERES DOS USOS OU CONVENCIONALISMOS SOCIAIS 5- CONCLUSÃO; 6- REFERÊNCIAS.

### 1- O HOMEM COMO SER VIVO E SUA RELAÇÃO COM A SOCIEDADE

“O ponto de origem de toda vida social é a interação de pessoa com pessoa”.<sup>1</sup>

O conceito de Sociedade possui denotações diferentes. Entendem alguns que se constitui no grupo de indivíduos socializados, ou seja, uma população com uma cultura e sua história. Outros, que se refere apenas ao fato básico da associação humana. E embora alguns autores empreguem a palavra “sociedade” para referir-se a qualquer espécie de grupo, o termo denota habitualmente um gênero dentro de uma unidade social, como sendo um grupo dentro do qual os indivíduos vivem, não aparentemente uns com os outros, mas interligados e justapostos.

1 SIMMEL, George. *Philosophie des Geldes* 5. ed. Munique, [s.n.], 1930.

Do nascimento à morte, o homem vive a sua vida como membro de uma sociedade, sob constante e penetrante influência social. A característica central de uma sociedade é ser uma coletividade organizada de pessoas que interagem, e por isso interligados e justapostos, cujas atividades se centralizam em volta de um conjunto de objetivos comuns. A coordenação e o controle dessas atividades exercidas pelo homem na sociedade em que vive são obtidos através de sistemas de posições e papéis exercidos por ele no grupo social. Todo indivíduo, pelo menos nas sociedades contemporâneas, é um membro de muitos e diferentes grupos sociais, tais como, grupos de família, de amizade, de políticos, de trabalho, de educação, de religiosos, de vizinhança e de recreação. Cada indivíduo ocupa, necessariamente, uma posição em cada um desses grupos. E para cada posição reconhecidamente ocupada pelo indivíduo, existe uma expectativa quanto ao comportamento que “**deve ser**” por ele apresentado. Aquilo que se espera que um ocupante típico de uma posição faça constitui o *papel* associado a cada *posição*. Pode-se dizer que o papel abrange, dentre outras coisas, os deveres ou obrigações e os direitos da posição. A interação entre os indivíduos embasada na cooperação, na oposição, na competição e no conflito tende a criar uma *ideologia* do grupo, consistente em valores comuns e normas. Quanto aos valores, referem-se às ações e objetos, sejam bons, maus ou indesejáveis, aceitos ou não pelos membros do grupo. O outro elemento da ideologia de um grupo consiste em normas que especificam as ações que, em circunstâncias específicas, são adequadas ou inadequadas. As normas dos grupos formais podem ser codificadas sob a forma de normas escritas; as normas de grupos informais quase nunca são codificadas.

## 2- A RESPEITO DAS NORMAS

Hans Kelsen, em sua obra “Teoria Pura do Direito”, declara que os comportamentos humanos só são conhecidos mediamente pelo cientista do direito, enquanto regulados pela norma<sup>2</sup>. Mas, afinal, o que é a “norma”? No sentido literal da palavra, é tomado como regra, modelo, paradigma, forma ou tudo que se estabeleça em lei ou regulamento para servir de pauta ou padrão na maneira de agir do homem. E várias são as normas existentes, sejam para reger ou dirigir o comportamento do indivíduo na forma como é ditado pela lei e cobrado pela sociedade, sejam para direcionar o próprio comportamento do homem independente do que espera a sociedade ou dita a lei, mas atendendo a um clamor intrínseco, lastreado pela sua formação moral, religiosa e ética.

É tida como uma regra de conduta social que tem como finalidade precípua regular as atividades dos homens em suas relações sociais, nos grupos onde desenvolvem seus papéis. Ocorre que, como um “**dever ser**”, as normas são admitidas como técnicas, enquanto meio/fim, e normas éticas, enquanto sanção, as quais podem ser classificadas como religiosa, moral e jurídica. E são esses tipos de normas éticas, atentamente as jurídicas, que o presente trabalho pretende abordar, apresentando dados sobre as também normas éticas de etiqueta ou de uso social, conhecidos como usos ou convencionalismos sociais, distinguindo-os das mencionadas normas. Há de se dizer que essa separação e classificação nem sempre existiu. É fruto da modernidade do direito que teve seu grande salto por ocasião da Revolução Francesa, fazendo surgir a idéia de lei que ainda hoje se vislumbra.

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado 4. ed. Coimbra: Armênio Amado editor, 1979.

### 3- NORMAS: ESPÉCIES E CARACTERÍSTICAS

#### 3.1 Normas Técnicas

As normas técnicas, estabelecendo uma relação direta de meios-fins, permitem ao indivíduo dispor da melhor norma técnica para alcançar o fim que pretende.

É de se ressaltar que o descumprimento de uma norma técnica ou o não atingimento do fim proposto revela o desconhecimento pelo indivíduo da própria norma técnica, não provocando nenhuma consequência de ordem social, mas tão-somente, se ocorrer, prejuízo econômico. "A sua utilidade está no fato de que a realidade foi descrita para ser repetida pelo ser humano como meio para se atingir o objetivo. Além de ser representada pela fórmula tradicional das normas descritivas, pode ser ilustrada da seguinte forma: Se A é, B tem de ser isso porque, após escolhermos um determinado fim "A", temos que seguir o caminho "B", sob pena de não conseguirmos atingir o nosso objetivo."<sup>3</sup> As normas técnicas, no dizer de Korkounov, são regras que indicam a maneira de agir para atingir determinado fim ou, analogamente, como quer Ferrara, instruções sobre meios idôneos para obter certo resultado."<sup>4</sup>

#### 3.2 Normas Éticas

Contrariamente ao que dispõem as normas técnicas, as normas éticas não se subordinam a meio-fim. O des-

cumprimento da norma ética acarreta uma sanção como consequência de sua inobservância, haja vista que prescreve uma conduta a ser observada pelo homem no grupo e na sociedade em que vive.

#### 3.2.1 Características das Normas Éticas Segundo Samuel Pufendorf e Christian Thomasius, Conjuntamente

- a) Interioridade/Identidade: ocorre quando a norma incide sobre o indivíduo, buscando o seu aperfeiçoamento, e não sobre a coletividade, a exemplo das normas religiosas e morais.
- b) Exterioridade/Alteridade: a incidência da norma é sobre a sociedade e visa ao aperfeiçoamento da convivência social, destacando-se o uso social. Nestes critérios, não houve a preocupação de se separar o direito do uso social.

O desuso desses critérios fez surgir a corrente da:

- a) Autonomia: segundo a qual a sanção somente surte efeito se o indivíduo permitir e se nela acreditar. É a chamada sanção moral.
- b) Heteronomia: a norma deve surtir efeitos, independentemente da vontade do indivíduo.

#### 3.2.2 Classificação das Normas Éticas

- a) Norma Religiosa

São as normas tidas como aquelas que regem a organização e funcionamento de qualquer entidade religiosa. Se-

<sup>3</sup> MARQUES, Eduardo Lorenzetti. *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo LTr, 1999.

<sup>4</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*, 16. ed. Rio de Janeiro Forense, 1993.

gundo autores considerados tomistas e neotomistas, as normas religiosas constituem um sistema normativo distinto do direito e da moral. Para outros, a exemplo de Carlos Cóssio e Del Vecchio, as normas religiosas podem ser classificadas como jurídicas ou morais, sendo esse entendimento considerado como o mais razoável, haja vista que, se o preceito religioso é uma norma, e se ela rege a conduta humana subjetivamente, é moral. E se rege de forma intersubjetiva, é direito. E dessa forma, constituem um sistema regulador da conduta humana, envolvendo um direito e uma moral inter-relacionados de modo a acarretar sanções. Considera-se que a norma religiosa não apresenta “alteridade”, haja vista que não sente a necessidade de outro contexto social para funcionar, mas apresenta certos dados para sua caracterização.

#### *Caracteres da Norma Religiosa*

**Autonomia:** reconhecimento voluntário da validade da norma pelo indivíduo, sem necessidade de outra força externa para provocar o seu cumprimento. Daí a ausência da alteridade.

**Unilateralidade:** relação entre a conduta e outras condutas possíveis do mesmo sujeito, atribuindo deveres, mas não direitos correspondentes.

**Incoercibilidade:** ocorre quando a inobservância da norma depende do livre arbítrio do indivíduo, não podendo o cumprimento ser imposto pela força. Não significa, entretanto, que não possua sanção. Há uma sanção pré-fixada e razoável a ser aplicada pela autoridade que desempenha o seu papel dentro do grupo religioso a que pertence o homem que infringiu a norma.

**De foro interno:** diz respeito ao campo da consciência individual.

#### b) Norma Moral

Considerando a mutação da sociedade e, em consequência os costumes, a norma moral implica a aplicação de uma sanção por parte do Estado em nome da sociedade cobra e exige um comportamento adequado à moral social. Kant entendia que não bastava a prática do ato para se afirmar o cumprimento da norma moral. Era preciso que fosse identificado o sentimento de quem praticou o ato, para que se pudesse afirmar se a prática foi moral ou não. No mesmo entendimento, Comte apresentou exemplo de norma moral, quando destaca que socorrer uma vítima sem ser identificado ou aplaudido, mesmo correndo o risco de vir a ser acusado pela prática do ato que vitimou o enfermo, é norma moral, porque houve pureza de sentimento. Diferentemente, prestar socorro à vítima com sentimento de reconhecimento, de orgulho, não se constitui em norma moral. Duas esferas distintas de moral existem: a **moral autônoma**, de caráter interno, e a **moral social**, de caráter externo. Na primeira esfera, o “indivíduo atua como legislador da norma e o juiz da sua própria conduta. Já na moral social, a sociedade é a legisladora da norma e a juíza da conduta do indivíduo”.<sup>5</sup>

#### *Caracteres da Norma Moral*

##### a) Norma Moral Autônoma

**Unilateralidade:** pode atingir mais de uma pessoa, mas nem por isso se torna bilateral. Nela, não existe a exigência, mas a solicitação.

.....  
5 MARQUES, *Op. cit.*

gundo autores considerados tomistas e neotomistas, as normas religiosas constituem um sistema normativo distinto do direito e da moral. Para outros, a exemplo de Carlos Cóssio e Del Vecchio, as normas religiosas podem ser classificadas como jurídicas ou morais, sendo esse entendimento considerado como o mais razoável, haja vista que, se o preceito religioso é uma norma, e se ela rege a conduta humana subjetivamente, é moral. E se rege de forma intersubjetiva, é direito. E dessa forma, constituem um sistema regulador da conduta humana, envolvendo um direito e uma moral inter-relacionados de modo a acarretar sanções. Considera-se que a norma religiosa não apresenta “alteridade”, haja vista que não sente a necessidade de outro contexto social para funcionar, mas apresenta certos dados para sua caracterização.

#### *Caracteres da Norma Religiosa*

**Autonomia:** reconhecimento voluntário da validade da norma pelo indivíduo, sem necessidade de outra força externa para provocar o seu cumprimento. Daí a ausência da alteridade.

**Unilateralidade:** relação entre a conduta e outras condutas possíveis do mesmo sujeito, atribuindo deveres, mas não direitos correspondentes.

**Incoercibilidade:** ocorre quando a inobservância da norma depende do livre arbítrio do indivíduo, não podendo o cumprimento ser imposto pela força. Não significa, entretanto, que não possua sanção. Há uma sanção pré-fixada e razoável a ser aplicada pela autoridade que desempenha o seu papel dentro do grupo religioso a que pertence o homem que infringiu a norma.

**De foro interno:** diz respeito ao campo da consciência individual.

#### b) Norma Moral

Considerando a mutação da sociedade e, em consequência os costumes, a norma moral implica a aplicação de uma sanção por parte do Estado em nome da sociedade cobra e exige um comportamento adequado à moral social. Kant entendia que não bastava a prática do ato para se afirmar o cumprimento da norma moral. Era preciso que fosse identificado o sentimento de quem praticou o ato, para que se pudesse afirmar se a prática foi moral ou não. No mesmo entendimento, Comte apresentou exemplo de norma moral, quando destaca que socorrer uma vítima sem ser identificado ou aplaudido, mesmo correndo o risco de vir a ser acusado pela prática do ato que vitimou o enfermo, é norma moral, porque houve pureza de sentimento. Diferentemente, prestar socorro à vítima com sentimento de reconhecimento, de orgulho, não se constitui em norma moral. Duas esferas distintas de moral existem: a **moral autônoma**, de caráter interno, e a **moral social**, de caráter externo. Na primeira esfera, o “indivíduo atua como legislador da norma e o juiz da sua própria conduta. Já na moral social, a sociedade é a legisladora da norma e a juíza da conduta do indivíduo”.<sup>5</sup>

#### *Caracteres da Norma Moral*

##### a) Norma Moral Autônoma

**Unilateralidade:** pode atingir mais de uma pessoa, mas nem por isso se torna bilateral. Nela, não existe a exigência, mas a solicitação.

.....  
5 MARQUES, *Op. cit.*

Autonomia: permite opção, liberdade, auto determinação, não cabendo sanção e vale por si. A “sanção” é imposta pela consciência do próprio homem.

Incoercibilidade: no entendimento de que o indivíduo que não cumpre uma norma moral não incorre no perigo que emana do Estado com sua força disciplinadora.

De Foro interno: atende à própria consciência, se preocupa com o plano das idéias, não incorrendo em sanção.

#### b) Norma Moral Social

Alteridade: somente produz efeito a norma moral social, em face de ser a sociedade a “juíza” da conduta do homem, se estiver, efetivamente, inserida em um contexto social.

Heteronomia: é objetivamente válida, independente da aceitação do indivíduo.

Exterior: a norma apreciada se preocupa com a exteriorização dos atos praticados pelo indivíduo.

Bilateralidade: em face do julgamento dos atos do indivíduo pela sociedade em que vive, há a correspondência entre os direitos e os deveres, sem que, no entanto, sofra sanção codificada, mas, exclusão e desconsideração do grupo.

#### c) Norma Jurídica

A natureza jurídica da denominada Norma Jurídica é o “dever-ser”. Vale dizer, um comando, uma ordem, uma prescrição. Tais indicadores são dirigidos ao homem, esse ser social que, sozinho, não sobrevive. A própria permanência do homem no contexto social, nos diversos grupos onde desempenha papéis e exerce funções, exige a organização e estruturação, e o faz através das normas, criadas como reguladoras dos atos de seus componentes e capazes de atribuir sanções pelo não cumprimento de suas determinações normativas. Argumenta Maria Helena Diniz, em seu *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, que Ihering teria observado que a norma jurídica é o instrumento elaborado pelos homens para lograr aquele fim consistente na produção da conduta desejada. Diz mais, a mesma autora, que a “norma jurídica é a coluna vertebral” do “corpo social”, enfocando R. Siches no seu *Tratado General de Filosofia del Derecho*. Prudente é o entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior a respeito. Diz ele que a norma jurídica

*é o seu critério fundamental de análise, manifestando-se para ele o fenômeno jurídico como um dever-ser da conduta, um conjunto de proibições, obrigações, permissões, por meio das quais os homens criam entre si relações de subordinação, coordenação, organizam seu comportamento coletivamente, interpretam suas próprias prescrições, delimitam o exercício do poder, etc.<sup>6</sup>*

<sup>6</sup> FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação* São Paulo: Atlas, 1991.

*Caracteres da Norma Jurídica*

**Bilateralidade:** a norma jurídica pressupõe uma relação intersubjetiva vinculando indivíduos. A bilateralidade da norma jurídica caracteriza o disciplinamento das relações sociais entre dois indivíduos, na medida em que um deles se acha “autorizado a pretender do outro, e aquilo que o outro se acha obrigado a fazer para satisfazer a esta pretensão”.

**Heteronomia:** equivale à obrigatoriedade, em face de ser irrecusável, indeclinável e compulsória, sem permitir omissão.

**Coercibilidade:** na medida em que deixa de ser observada a norma jurídica, há a permissão da possibilidade de aplicação da coerção, enquanto força disciplinada pelo Estado. Pode ser Coercibilidade do tipo “direta e subjetiva”, quando a incidência da coerção é diretamente contra o indivíduo infrator, e do tipo “indireta e objetiva”, quando não incide diretamente sobre o indivíduo infrator, mas sobre o ato que foi praticado com a inobservância da norma imposta.

**Exterioridade:** é assim caracterizada, em razão de não emanar da consciência individual, mas do Estado, enquanto uma sociedade politicamente organizada, além de ter como foco as “ações exteriorizadas pelos indivíduos”.<sup>7</sup>

**Imperatividade:** na medida em que impõe uma conduta, uma ação e uma organização social.

**Alteridade:** porque condiciona o comportamento do homem se esse estiver adaptado a um contexto social.

7 MARQUES, *Op. cit.*

*CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS*

O estudo da doutrina referente à matéria apresenta variedades de classificação das normas jurídicas. Em face da pesquisa realizada, este trabalho pretende apresentar a classificação das normas jurídicas quanto à fonte, quanto à qualidade, quanto ao sistema ao qual estão inseridas e quanto à sua validade, neste sentido abrangendo aspectos material, pessoal, temporal e espacial.

## a) Quanto à fonte:

**Consuetudinárias:** normas jurídicas não codificadas, mas acolhidas pela sociedade como verdadeiras normas, face o uso costumeiro e repetido.

**Legislativas:** normas jurídicas escritas provenientes do Poder Legislativo, a exemplo das leis, dos decretos, das medidas provisórias.

**Jurisprudenciais:** normas jurídicas provenientes dos Tribunais, em razão de julgados consolidados.

## b) Quanto à qualidade:

**Positiva:** normas jurídicas que permitem aos indivíduos determinados comportamentos sem a causação de sanção.

**Negativa:** normas jurídicas que proíbem aos indivíduos determinados comportamentos sob pena de sanção.

## c) Quanto ao sistema ao qual estão inseridas:

**Nacionais:** normas jurídicas obrigatórias, exigíveis e praticadas dentro de um determinado Estado.

Estrangeiras: normas jurídicas que têm validade em Estado diverso daquele em que se encontra o cidadão.

d) Quanto à validade:

Tipo de classificação abraçada por Hans Kelsen, apresenta quatro âmbitos ou domínios:

Material: a norma jurídica pode ser de Direito Público, na medida em que houver relação Estado-Homem, e de Direito Privado, quando a relação ocorrer entre Homem-Homem.

Pessoal: a norma jurídica pode ser individual, quando se destina a uma certa situação ou condição individualizada, e geral, quando se destina a um grupo ou a todas as pessoas que se acham em certa situação. Considera, portanto, a situação individual ou grupal sobre as quais as normas incidem.

Temporal: qualidade da norma atinente ao tempo de sua atuação, podendo vigir por um período previamente determinado, ou indeterminadamente.

Espacial: diz respeito ao espaço em que deve ser aplicada a norma jurídica. Pode ser local, quando restrita a um espaço do Estado, ou geral, quando de aplicação estendida a todo o Estado.

#### 4- OS USOS OU CONVENCIONALISMOS SOCIAIS

Autores que tratam do assunto, até hoje, não chegaram a um consenso quanto à sua denominação. Divergem atribuindo ao assunto denominações diversas, a

exemplo de Ihering, que trata como “Usos Sociais”; Reçaséns Siches, que trata como sendo “Regras do Trato Social”; Hartmann, que trata como sendo “Regras do Uso Social”; Groppali, que trata como sendo “Costumes Sociais”, entre outros.

Neste trabalho, a preferência é no sentido de denominá-lo “Usos ou Convencionalismos Sociais.”

O indivíduo nasce numa “empresa social”, vale dizer, numa sociedade, que é e tem uma atividade contínua, com diferentes posições e papéis, para alguns dos quais precisa ser treinado e aos quais se ajustará durante sua vida. O desafino do indivíduo enquanto ser social na sociedade em que vive, com desatenções ao que essa mesma sociedade prega em termos de normas, de caráter social, cultural, educacional, causar-lhe-á, indiscutivelmente, sanções. Tais normas podem especificar a recompensa para um comportamento adequado e a punição para um comportamento impróprio ao que preconiza a sociedade. A interação entre as pessoas do grupo, como já referido, cria uma “ideologia de grupo”, vale dizer, uniformizam as normas de comportamento desse grupo, que decorre de seus valores. Valores formadores de sua personalidade. As normas de um grupo especificam o comportamento de seus membros; podem ser formais, quando codificadas e informais, quando não codificadas, sendo essas em sua maioria. As normas de um grupo não apenas determinam que os membros apresentem padrões comuns de comportamento, como membros do grupo, mas também prescrevem padrões de comportamento de papel para as pessoas que têm diferentes posições no grupo. Assim, o indivíduo que não se adequar às normas social e cultural costumeiramente aceitas pela sociedade, tende a ser

dela excluído, seja nas suas relações familiares, de trabalho, de grupo desportivo, de grupo religioso. Isso porque os costumes são normas que especificam comportamento de importância vital para a sociedade e que englobam seus valores morais básicos. São ativamente impostos pelos membros da sociedade, seja através de ação legal ou se sanção social.

Os que desafiam as normas sociais estão sujeitos a vários tipos de sanções. Cada grupo possui suas próprias sanções, impostas aos membros pela violação de normas de grupo, chamadas, também, de norma social, de uso social, de convenção social. A zombaria, a desaprovação, o anonimato, a exclusão, a censura, a rejeição, dentre outros, são exemplos de sanções eficazes. As sanções controlam diretamente o comportamento, desestimulando o mau procedimento e indiretamente aplicando as regras estabelecidas. Conquanto a maioria dos indivíduos se veja talvez coibida de violar leis ou convenções, pelo menos em parte, pelas possíveis conseqüências da violação, existem os que sempre se arriscam à punição a fim de alcançar metas pessoais.

Os Usos e Convencionalismos sociais podem ser entendidos como sendo as normas criadas e provenientes da própria sociedade, que tem a função precípua de comandar e favorecer o relacionamento e o convívio social. Como diz Eduardo Marques,

*O bem que essas normas procuram promover é uma vida social mais agradável, favorecendo os processos de interação social, evitando conflitos e aprimorando o nível das relações sociais.*<sup>8</sup>

.....  
8 MARQUES, Op. cit.

#### 4.1 Caracteres dos Usos ou Convencionalismos sociais

##### Comparações com as Normas Éticas

A pretensão é estabelecer um comparativo entre as características das Normas Éticas (religiosas, morais e jurídicas), com os Usos e Convencionalismos Sociais.

##### São os seguintes os caracteres:

Alteridade: tanto a Norma Moral, de caráter social, como a Norma Jurídica e os Usos e Convencionalismos Sociais são portadores de alteridade, em face de que estão inseridos no contexto social, no qual igualmente está o próprio homem. Diferentemente, ausentes de alteridade a Norma Moral, de caráter autônomo, e a Norma Religiosa, em razão de sua autonomia.

Heteronomia: conforme Maynez, os usos e Convencionalismos Sociais coincidem com as Normas Jurídicas quanto à heteronomia, haja vista a sua obrigatoriedade, não coincidindo, entretanto, com a Norma Moral e nem com a Norma Religiosa, pois as mesmas são autônomas.

Exterioridade: inerente aos Usos e Convencionalismos Sociais, à Norma Jurídica e Norma Moral Social, a exterioridade inexistente na Norma Moral Autônoma e na Norma Religiosa, haja vista seu caráter de foro interno.

**Bilateralidade:** alguns autores entendem que os Usos e Convencionalismos Sociais são Unilaterais, a exemplo de Garcia Maynez, em razão de que só impõem deveres, não dando a outras pessoas a faculdade de exigí-los. O entendimento majoritário, entretanto, é o de que esses usos são de caráter bilateral. Isso porque impõem preceitos escudados em certas pressões sociais, acarretando sanções para seu infrator. As atitudes praticadas pelo indivíduo, no meio social, que não estejam adequadas ao que preceitua a conduta social, costumeiramente acolhida pela sociedade, receberão como resposta as sanções sociais com repulsa, embaraço, desconsideração, má fama, exclusão. Ou seja, atitudes sociais exigidas pela sociedade não observadas podem vir a gerar um “direito” correspondente. É como se diz: “O seu direito começa quando termina o meu”. Daí a semelhança dos Usos e Convencionalismos Sociais com a Norma Moral de caráter social, pois que, o julgamento dos atos praticados pelo indivíduo é feito pela própria sociedade em que vive, com uma correspondência entre os direitos e deveres, sem que a sanção a ele atribuída seja codificada, mas sanção de cunho social, que pode, a depender da intensidade e gravidade do ato praticado, provocar a sua exclusão e/ou desconsideração do seu grupo.

**Incoercibilidade:** característica dos Usos e Convencionalismos Sociais, da Norma Moral e Religiosa. São destituídos do emprego da coação, da força estatal, enquanto que a Norma jurídica não prescinde do emprego eventual da força, pelo fato de ser dotada de coercibilidade.

## 5- CONCLUSÃO

À evidência, o homem é o ser por excelência. A sua socialização tem início, desde a sua fecundação, quando está ligado à sua mãe, ser social, no útero materno. É uma interação silenciosa, direta, constante. Mas é uma interação preparatória para o despertar no mundo. Ao nascer, o homem, ao se interrelacionar com os demais membros do ambiente em que vive, recebe e transmite ensinamentos que formam sua personalidade e fortalecem sua cultura e seu *modus vivendi*.

O homem não pode viver da forma que mais lhe aprouver. Mesmo vivendo em uma sociedade que se diz democrática, o indivíduo tem deveres a cumprir, tem respeito a perseguir. Tem normas a seguir. São normas de caráter moral, religioso, jurídico. São normas que o coagem e lhe impõem sanções quando descumpridas. Essas normas podem ser codificadas ou não codificadas. São normas com ou sem alteridade, bilaterais ou unilaterais, autônomas ou heterônimas, coercitivas ou incoercitivas, que, de uma forma ou de outra, “normativamente” ou psicologicamente, regulam a vida do homem na sociedade.

Essa própria sociedade em que vive o homem é formadora de normas. São normas usualmente convenionadas para serem cumpridas. A inobservância desses usos convenionados repercute negativamente contra o indivíduo, fazendo com que ocorra o seu distanciamento e sua aceitação pelo grupo em que vive. É o homem sancionado pelo seu próprio grupo social.

## 6- REFERÊNCIAS

ABEL, Theodore. **Os Fundamentos da Teoria Sociológica** [s.l.]: Zahar Editores, 1972.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação** São Paulo: 2. ed. Atlas, 1994.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MARQUES, Eduardo Lorenzetti. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: LTr Ed., 1999.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHER, Guy. **Sociologia Geral 2**. Lisboa: Editorial Presença, 1971.

## A FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE

*Verônica Maria Bezerra Guimarães*

*Advogada; Ex-aluna da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMape; Mestranda em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco. (UFPE).*

### SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. DO ABSOLUTO AO RELATIVO: O TRANSITAR DO DIREITO DE PROPRIEDADE; 3. O DIREITO DE PROPRIEDADE ATRAVÉS DA ÓTICA CONSTITUCIONAL; 4. A PERSPECTIVA ECOLÓGICA E O DIREITO DE PROPRIEDADE; 5. NATUREZA JURÍDICA DO BEM AMBIENTAL; 6. FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE; 7. A PROBLEMÁTICA DA DESAPROPRIAÇÃO FACE A CONFLITOS AMBIENTAIS DA PROPRIEDADE; 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 9. REFERÊNCIAS.

### 1- INTRODUÇÃO

O direito civil contemporâneo vem passando por uma série de transformações, principalmente, no que concerne aos seus três pilares básicos: família, contratos e titularidades. A mudança tem se operado a partir de um outro paradigma, diferentemente do individualista, que tanto influenciou (e em alguns casos tanto influencia) o modo de pensar o direito civil.

O ponto de mutação tem ocorrido, paulatinamente, com as concepções do Estado atual e, com a ampla inserção de dispositivos constitucionais sobre o direito civil. Nesse sentido, a interpretação das normas civis deve ter como ponto de partida a Constituição e não o código civil ou qualquer outra lei infraconstitucional. Essa regra, que no campo da validade e vigência das leis parece óbvia, principalmente, depois de mais de dez anos da Constituição ter sido promulgada, não encontrou respaldo imediato pelos operadores jurídicos.

Comina com essa discussão o papel da codificação nos idos atuais que, embora tenha, historicamente, servido para consolidar princípios, institutos e conceitos, reunindo num só corpo legislativo toda a matéria referente a um ramo do saber, facilitando, assim, o seu entendimento e a sua aplicação, não condiz mais com a realidade jurídica e não atende as demandas sociais contemporâneas.

O sistema da codificação cristalizou situações no tempo e no espaço, levando ao enrijecimento de situações que pugnavam pela flexibilidade, devido à alta complexidade que certos problemas jurídicos envolvem. O repensar sobre o direito civil culmina com outras formas legais, como os microssistemas, que são mais ágeis, por comportar várias disciplinas jurídicas num mesmo corpo legal, velando pela interdisciplinaridade dos saberes, como o Código do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Observa-se, também, uma preocupação maior em analisar-se o direito civil frente à realidade social.

O lapso temporal e espacial que separam o código e a Constituição de 1988 é abissal. No primeiro, é marcante a influência da propriedade sobre a pessoa; nesse, vigoram princípios de conotação existencial, como a dignidade da pessoa humana. Nesse percurso, torna-se necessária uma releitura dos pilares básicos, a fim de transportá-los para a realidade de uma sociedade do terceiro milênio. Esses aspectos, que alguns têm, precipitadamente, chamado de 'novos direitos', contudo, para não cair nos erros do passado é mais prudente nomeá-los de 'direitos renovados'.

Sendo assim, a proposta desse breve estudo consiste em analisar um dos pilares básicos do direito civil: o direito de propriedade, tomado desde a sua concepção tradicional, passando pelo enfoque constitucional, até a sua análise frente a questões ecológicas, discutindo seus fundamentos, seu conteúdo e o atual debate sobre a função ambiental.

## 2- DO ABSOLUTO AO RELATIVO: O TRANSITAR DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Quando se remete ao direito de propriedade nos dias atuais, é preciso situar qual o tipo de propriedade a que se está referindo, pois, são inúmeras as modalidades, relacionadas com os diversos tipos de bens e de titulares, revelando a pluralidade do instituto. Sendo a Constituição uma fonte profícua das "propriedades", fala-se, ainda, no direito à propriedade, entendida como direito de acesso à moradia, à habitação. O objeto, porém, dessa análise é a propriedade imobiliária.

A tríplice composição do direito de propriedade - *ius utendi, fruendi et abutendi* - assim como, as características de perpetuidade, plenitude, exclusividade, direito de seqüela e a oponibilidade *erga omnes*, já não são as mesmas desde a sua concepção tradicional. Esse direito, como tal concebido, vem se relativizando no decorrer do tempo.

*Um dos aspectos mais interessantes dessa desnaturação é o seu enfraquecimento interno, em razão da política de intervenção do Estado, que, dia-a-dia, se consolida e expande.<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 120.

Comina com essa discussão o papel da codificação nos idos atuais que, embora tenha, historicamente, servido para consolidar princípios, institutos e conceitos, reunindo num só corpo legislativo toda a matéria referente a um ramo do saber, facilitando, assim, o seu entendimento e a sua aplicação, não condiz mais com a realidade jurídica e não atende as demandas sociais contemporâneas.

O sistema da codificação cristalizou situações no tempo e no espaço, levando ao enrijecimento de situações que pugnavam pela flexibilidade, devido à alta complexidade que certos problemas jurídicos envolvem. O repensar sobre o direito civil culmina com outras formas legais, como os microssistemas, que são mais ágeis, por comportar várias disciplinas jurídicas num mesmo corpo legal, velando pela interdisciplinaridade dos saberes, como o Código do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Observa-se, também, uma preocupação maior em analisar-se o direito civil frente à realidade social.

O lapso temporal e espacial que separam o código e a Constituição de 1988 é abissal. No primeiro, é marcante a influência da propriedade sobre a pessoa; nesse, vigoram princípios de conotação existencial, como a dignidade da pessoa humana. Nesse percurso, torna-se necessária uma releitura dos pilares básicos, a fim de transportá-los para a realidade de uma sociedade do terceiro milênio. Esses aspectos, que alguns têm, precipitadamente, chamado de 'novos direitos', contudo, para não cair nos erros do passado é mais prudente nomeá-los de 'direitos renovados'.

Sendo assim, a proposta desse breve estudo consiste em analisar um dos pilares básicos do direito civil: o direito de propriedade, tomado desde a sua concepção tradicional, passando pelo enfoque constitucional, até a sua análise frente a questões ecológicas, discutindo seus fundamentos, seu conteúdo e o atual debate sobre a função ambiental.

## 2- DO ABSOLUTO AO RELATIVO: O TRANSITAR DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Quando se remete ao direito de propriedade nos dias atuais, é preciso situar qual o tipo de propriedade a que se está referindo, pois, são inúmeras as modalidades, relacionadas com os diversos tipos de bens e de titulares, revelando a pluralidade do instituto. Sendo a Constituição uma fonte profícua das "propriedades", fala-se, ainda, no direito à propriedade, entendida como direito de acesso à moradia, à habitação. O objeto, porém, dessa análise é a propriedade imobiliária.

A tríplice composição do direito de propriedade - *jus utendi, fruendi et abutendi* - assim como, as características de perpetuidade, plenitude, exclusividade, direito de seqüela e a oponibilidade *erga omnes*, já não são as mesmas desde a sua concepção tradicional. Esse direito, como tal concebido, vem se relativizando no decorrer do tempo.

*Um dos aspectos mais interessantes dessa desnaturação é o seu enfraquecimento interno, em razão da política de intervenção do Estado, que, dia-a-dia, se consolida e expande.<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 120.

De limitações civilísticas, como o direito de vizinhança, às limitações de direito público, à guisa das constitucionais, administrativas e urbanísticas, o direito de propriedade tem sofrido várias modificações na sua história. O caráter absoluto do complexo direito de propriedade tem passado por uma série de transformações,

*desde a aplicação da teoria do abuso do direito, do sistema de limitações negativas e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se à concepção da propriedade como função social.*<sup>2</sup>

Condiz com esse ideário o disposto no artigo 5º, XXIII da Constituição Federal, ao dispor que a propriedade atenderá a sua função social e, mais ainda, ao inseri-la como princípio geral da atividade econômica, ao lado da propriedade privada e da defesa do meio ambiente (art. 170, II, III e VI), ao qual foi dada a mesma dignidade constitucional. O atendimento da função social urbana é concretizado quando são cumpridas as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor do Município, que se constitui como o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (art. 182, § 1º e 2º). Já a função social da propriedade rural é atingida quando, simultaneamente, ocorre o aproveitamento racional e adequado; a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; a observância das disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 186).

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1997. p.62.

*A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade.*<sup>3</sup>

Tais interesses constituem a funcionalidade da propriedade, que são destinados a fins coletivos e, portanto, podem colidir com interesses individualistas do proprietário. Não se trata de limitação, seja qual for a ordem, aos poderes que constituem a propriedade; a mudança é substancial, pois atinge o próprio conteúdo do direito de propriedade, contornado esse, pelos princípios constitucionais. Essa é uma questão controvertida, pois limitação dá a idéia de sacrifício, remetendo a um aspecto negativo, a um ônus, quando na realidade é uma das condições do seu exercício, visto por essa ótica mais moderna.<sup>4</sup>

Observa-se que a propriedade, em geral, foi intrinsecamente permeada por uma funcionalidade, como nunca vista anteriormente. A análise da função ambiental da propriedade parte do conteúdo constitucional de função social da propriedade, mas com essa não se confunde.

<sup>3</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 280.

<sup>4</sup> Em sentido contrário, FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 18: "A doutrina da função social da propriedade corresponde a uma alteração conceitual do regime tradicional; não é todavia, questão de essência, mas sim pertinente a uma parcela da propriedade que é a sua utilização".

### 3- O DIREITO DE PROPRIEDADE ATRAVÉS DA ÓTICA CONSTITUCIONAL

Em relação às demais matérias do direito civil, a propriedade figura como objeto da maior destinação de dispositivos feitos pela Constituição Federal de 1988. As referências permeiam desde o título dos direitos e garantias fundamentais ao da ordem econômica e social, passando pelos diversos bens pertencentes às unidades da federação e sistema de competências.

Sobre esses aspectos,

*pode afirmar-se que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.<sup>5</sup>*

Trata-se de uma configuração recente, que exige um grande esforço de interpretação, de modo a propiciar uma perfeita adequação entre a Constituição e os demais subsistemas jurídicos; não se confunde com a publicização, fenômeno que é reflexo da política de intervenção do Estado no Direito, marco do Estado Social no Século XX. Nele, há uma redução da autonomia privada, resultando numa superação de campos privados pelo público. Há uma suplantação do privado pelo público, na medida em que o primeiro perde espaço legislativa e jurisdicionalmente.

A propriedade privada figura como princípio geral da atividade econômica na Constituição Federal de 1988, ao lado da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente (art. 170, II, III e VI), fato

<sup>5</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil. Revista de informação legislativa*. Brasília, a. 36, n. 141, p. 100-09, jan/mar, 1999. p.101.

inédito em diploma de tal ordem, que tem provocado vários debates em torno da interpretação mais adequada.

Tal embate desafia a hermenêutica constitucional, vindo à tona questões, como: o que fazer quando houver conflito entre princípios? Tal conflito é aparente ou real? Considerando-se que há uma hierarquia entre princípios constitucionais, tal qual a existente entre a Constituição e as demais normas infraconstitucionais, aplica-se o denominado sistema interno de princípios, que se dividem em estruturantes, gerais e especiais, tendo cada qual um peso próprio, superando, assim, a aparente antinomia.<sup>6</sup> Nessa solução, elege-se um princípio, geralmente por critérios subjetivos, em que pese torná-los mais objetivos, prevalecem as posições político-ideológicas do julgador, como na “interpretação mais amiga do meio ambiente” que, embora pareça simpática à causa ambientalista, está embebida de arbitrariedade, pois elege-se um princípio: aquele que protege o meio ambiente.

Por outro lado, a hermenêutica mais atual orienta que princípios constitucionais não estão dispostos de forma hierárquica, por isso, quando houver confronto, deve-se fazer uma ponderação no caso concreto, visando à superação do conflito, que nesse caso é real.

Dessa forma,

*o esquema metódico assente na dicotomia direitos superiores/direitos inferiores está hoje decididamente em crise, sobretudo quando aplicado em termos abstratos e apriorísticos. A doutrina e a jurisprudência preferem métodos concretos de balanceamento de direitos e interesses (ad hoc balancing, na doutrina e jurisprudên-*

<sup>6</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993. p.180-192.

cia norte-americanas). Como efeito, a priori e em abstracto, é juridicamente incorreto dizer que o direito ao ambiente 'pesa', 'vale mais' ou é 'mais forte' do que o direito de propriedade ou o direito de iniciativa econômica privada.<sup>7</sup>

A harmonização pretende equilibrar princípios que têm igual dignidade constitucional. Portanto, a relação entre o direito de propriedade e o meio ambiente deve resultar num reconhecimento de uma função ambiental da propriedade.

#### 4- A PERSPECTIVA ECOLÓGICA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito ambiental insere-se nos chamados direitos fundamentais de terceira geração, que rompem tanto a esfera de proteção individual, quanto a coletiva, atingindo sujeitos indeterminados, de modo difuso, tendo como características principais o caráter preventivo e interdisciplinar. Teve iniciada sua construção jurídica no Brasil a partir da década de 70, como uma resposta a pressões internacionais, culminando com a lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente).

Sendo assim,

*o Direito Ambiental surge como um elemento integrador dos direitos liberais e sociais, pois a realização dos direitos de terceira geração, como o direito do meio ambiente, implica a realização daquelas duas categorias de direitos e a*

7 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Proteção do meio ambiente e direito de propriedade*. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 90.

*ampliação do conteúdo e do rol dos direitos fundamentais preexistentes a essa terceira categoria.*<sup>8</sup>

Contudo, não basta, tão-só, reconhecê-los como alerta Norberto Bobbio, pois

*não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.*<sup>9</sup>

A propriedade segundo uma perspectiva ecológica passa a estar vinculada a interesses que podem não corresponder exatamente aos interesses imediatos do proprietário, devido ao direito-dever de proteção ao meio ambiente. Consoante o disposto no *caput* do art. 225 da Constituição Federal,

*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

Observa-se que a Constituição é um marco para essa nova construção que, pela primeira vez, dedica um capítulo inteiro ao meio ambiente, além de inúmeros dispositivos espalhados no corpo constitucional. A conhecida função social da propriedade cede espaço para a construção de uma funcionalização ambiental,

8 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo: LTr, 1999. p. 28.

9 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

que apesar de ligada àquela, com ela não se confunde, pois surge como um novo perfil na concepção preservacionista. A propriedade tanto pública quanto privada, hodiernamente, deve harmonizar-se com os dispositivos constitucionais, principalmente os referentes ao meio ambiente.

## 5- NATUREZA JURÍDICA DO BEM AMBIENTAL

Até pouco tempo atrás, os bens ambientais eram tidos como *res nullius*, visão essa teoricamente superada, tendo evoluído para a *res communes omnium*, ou melhor, bens na visão macro e microambiental. Essa divisão é bastante relevante, possuindo vários reflexos práticos, principalmente, no que se refere a apropriação de bens, desapropriação e direito à indenização.

Macrobem é o bem ambiental considerado no todo e, portanto, pertencente à coletividade, bens públicos no sentido objetivo. A macrorealidade é abstrata. Como consequência da natureza jurídica pública do bem ambiental, tem-se a sua indisponibilidade, inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade, revelando profundas alterações no direito civil e processo civil. Já os microbens são apropriáveis, pois são considerados individualmente, podendo ser públicos ou privados de acordo com a aceção civilista.<sup>10</sup>

10 Em outro sentido, vislumbra FIORILLO, Celso Antônio Pacheco, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 100, ao perceber a "existência de três distintas categorias de bens: público, privado e difuso", sendo este último dividido em público, privado e difuso propriamente dito. No entanto, não se observam maiores consequências práticas nessa divisão.

Nesse sentido,

*se diz que o bem ambiental é público, não porque pertença ao Estado (critério subjetivo), mas porque não é passível de apropriação com exclusividade (critério objetivo), sendo, por isso mesmo, verdadeiro bem público de uso comum do povo. É bem público (em oposição a bem privado) exatamente porque é objeto de tutela que não se dá em proveito de um único indivíduo.<sup>11</sup>*

Por isso, é possível, em caso de dano ao meio ambiente, atingir uma responsabilização pelo bem difuso e outra, pelo bem individual, pois o bem ambiental é suscetível de uma avaliação econômica, por ser patrimonial embora seja muito problemática a sua avaliação. Fato curioso dá-se quanto à titularidade do bem ambiental, quando há diversidade entre o titular do domínio público, o legitimado para defendê-lo e a população.

Segundo Ricardo Lorenzetti,

*el bien ambiental es susceptible entonces de una definicion formal y relacional. En el primer sentido porque se lo puede aprehender como la alteracion del principio organizativo de la naturaleza. En el segundo porque adquiere significacin en cuanto afecta outro bien juridico protegido, cual es la vida en todas sus formas. Por este camino talvez se puedan establecer nociones que permitan resolver problemas ambientales conservando un espacio para el desarrollo de la actividad productiva.<sup>12</sup>*

Além dos bens naturais, há outras noções que am-

11 BENJAMIN, Antônio Herman V. Função ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994. p. 71.

12 LORENZETTI, Ricardo. Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente. In: ANAIS DO 2º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, São Paulo: Instituto O Direito Por Um Planeta Verde, 1997. p. 134.

pliam o conceito, ao incluir como bens ambientais aqueles pertencentes à cultura, como o patrimônio histórico, até o meio ambiente do trabalho e o urbano, que abarca desde construções urbanísticas a questões como a pobreza, a moradia e outros problemas que afetam a qualidade de vida em geral.

## 6- FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE

A funcionalização da propriedade é uma das expressões mais relevantes que se opera na mudança de paradigmas, coaduna-se com o princípio da solidariedade e rompe com valores individualistas. A noção de função é algo pertencente à teoria geral do direito e a função ambiental é espécie do gênero função, fenômeno de manifestação recente, tendo como elementos principais: o titular, o beneficiário e o objeto.

*Função seria a atividade finalisticamente dirigida à tutela de interesse de outrem, caracterizando-se pela relevância global, homogeneidade de regime e manifestação através de um dever-poder.<sup>13</sup>*

Diferentemente de Antônio Herman Benjamim, que trata do assunto sob uma ótica eminentemente administrativa, como um desdobramento da própria função administrativa, tendo a função ambiental como um dever-poder do Estado, que age como administrador e não como proprietário, discorda-se quanto a não incidência do Estado como promotor da função ambiental.

13 BENJAMIN, Antônio Herman V., *Op. Cit.*, p. 28.

*A função ambiental da propriedade não se configura como meras incursões do Poder Público na propriedade privada, seja em forma de restrições administrativas ou limitações ao exercício desse direito. A função ambiental da propriedade é a própria definição do direito de propriedade. Não sendo algo que lhe é exterior, mas como seu próprio conteúdo.<sup>14</sup>*

Conseqüentemente, a função ambiental consiste numa atividade exercida, fundamentalmente, no interesse da sociedade, voltando-se para a manutenção do equilíbrio ecológico enquanto interesse de todos e, não apenas daquele que a exerce. A preservação do meio ambiente deve operar-se não só em relação ao respeito à dignidade humana, mas também pela natureza em si mesma considerada.

A propriedade atende ao seu conteúdo ambiental quando seu uso é racional, ecologicamente equilibrado, sendo seus recursos utilizados de modo a promover o desenvolvimento sustentável, coadunando-se com a idéia de uma propriedade dinâmica. Ao mesmo tempo que a propriedade individualmente considerada é protegida, é também o meio ambiente como macrobem, revelando uma dupla função protetora.

A função ambiental tem base legal, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de um amplo corpo de leis ambientais, mas seu fundamento mais importante é principiológico, extraído relevantemente da Constituição Federal.

14 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, *Op. Cit.*, p. 109.

Apesar de já haver instrumentos legais suficientes para aplicar a função ambiental à propriedade, o Projeto de Lei nº 634-b/75, que visa a alterar o Código Civil, aponta uma atenção especial ao assunto ao dispor no §1º do art. 1.229, que:

*O direito de propriedade deve ser exercitado em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.*

## 7- A PROBLEMÁTICA DA DESAPROPRIAÇÃO FACE A CONFLITOS AMBIENTAIS DA PROPRIEDADE

Neste tópico, tomadas as noções sobre a natureza jurídica do bem ambiental e sobre a função ambiental da propriedade, enfrentar-se-ão questões referentes aos espaços territoriais especialmente protegidos, desapropriação indireta e o direito de indenização.

Há determinados espaços territoriais que são especialmente protegidos para melhor preservar o meio ambiente, que não comportam o regime de propriedade privada; são os parques nacionais, estaduais e municipais; as reservas biológicas; as estações ecológicas; as florestas nacionais, estaduais e municipais; as reservas extrativistas; os hortos florestais; os jardins botânicos e zoológicos. Tais espaços, quando privados, ensejam a desapropriação, pois o poder dominial fica totalmente obstaculizado.

Situação peculiar desempenha o espaço tido como Patrimônio Nacional, composto pela Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira (art.225, § 4º da Constituição Federal), cuja utilização pode ser feita desde que respeitadas as condições de preservação do meio ambiente, constituindo-se numa área de manejo sustentável.

Já as áreas de preservação ambiental (APAs), áreas de preservação permanente (APPs) e reservas legais, via de regra, não levam à desapropriação direta, podendo ser tomadas como instrumentos para a realização da função ambiental da propriedade privada, uma vez que não levam ao despojamento dos poderes dominiais.

A proteção especial dessas áreas dá-se através de leis infraconstitucionais, para tal o inciso III do art. 225 da Constituição Federal se refere que incumbe ao Poder Público,

*definir em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem a sua proteção.*

*No que pese ser bastante numerosa a legislação ambiental a esse respeito não é cabível, neste espaço, uma análise mais prolongada sobre a mesma, ficando apenas a sua referência.*

Tanto nos espaços públicos, quanto nos privados, deve ser respeitada a função ambiental, contudo, naqueles em que é cabível a propriedade privada, como já referido, surgem duas problemáticas principais: primeira, conciliar o regime privado, a preservação do

meio ambiente e o uso econômico da propriedade; segunda, quando ocorre a chamada desapropriação indireta, gerada pela redução excessiva do poder público aos poderes que são inerentes à propriedade.

No tocante ao primeiro problema levantado, foi visto que em âmbito constitucional a tendência interpretativa mais avançada pugna pela harmonização dos princípios da propriedade privada, do meio ambiente e da ordem econômica na solução de conflitos. Esses três aspectos constituem a pedra de toque de muitos casos difíceis (*hard cases*) que têm sido levados ao poder judiciário; na maioria das vezes, tem prevalecido um aspecto ao(s) outro(s) ou não são, nem sequer, apreciados substantivamente, pois a discussão fica perdida frente a um emaranhado de questões processuais.

A ponderação, na prática, é uma tarefa duplamente árdua, pois, além de dificuldades jurídicas, questões de ordem política, não raro, envolvem os três campos em tela, exigindo do julgador uma independência transparente ao apreciar tais conflitos.

Já socialmente, observa-se a tendência de uma grande valorização dos bens da natureza, podendo levar a usos ecologicamente corretos da propriedade e diversificação da atividade econômica, de modo a promover o desenvolvimento sustentável, tais como, o turismo ecológico, que vem conquistando novos adeptos paulatinamente, ao aproximar o homem à natureza; a prática de esportes ligados ao meio ambiental; a alimentação sem agrotóxicos, etc. Práticas que elevam a qualidade de vida dos presentes e asseguram o direito às futuras gerações de terem um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em relação ao segundo problema,

*a desapropriação indireta costuma ocorrer quando se institui, em propriedades particulares, espaços territoriais especialmente protegidos que não permitem exploração econômica por parte do proprietário, pelo que se considera seu regime incompatível com a propriedade privada. Aí as restrições deixam de ser parciais para atingir totalmente a propriedade, gerando direito de indenização.*<sup>15</sup>

O direito à indenização ocorre quando a limitação administrativa provoca um esvaziamento do conteúdo do direito de propriedade pela Administração Pública ao limitá-la de tal forma que torne impossível ou muito difícil o seu aproveitamento econômico, sem que com isso obedeça às formalidades legais do processo expropriatório, constituindo, assim, um abuso por parte do poder público.

O *quantum* a ser indenizado nesse tipo de desapropriação tem gerado muitas controvérsias, e na realidade dos tribunais, têm ocorrido verdadeiros absurdos, levando o erário público a pagar indenizações de bens superavaliados, quer por defeito do método de avaliação, quer pela atribuição do valor ao bem ambiental. Essa situação tem provocado especulação imobiliária até por terceiros que não possuem título que comprove a titularidade do bem, como por posseiros. Isso leva ao comprometimento da própria preservação do meio ambiente, já que o poder público paga montantes altíssimos para preservar um bem que, segundo os preceitos constitucionais, é dever não só do Estado como de todos, seja individual ou coletivamente.

<sup>15</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, *Op. Cit.*, p. 168.

Mas qual o valor de uma floresta, ou de qualquer espécie que nela habita? A pergunta, a título meramente ilustrativo, demonstra a seara nebulosa na qual se encontra a valoração, em termos monetários, da natureza. Longe de ser respondida, constitui o objeto de estudo de uma ciência que se propõe a analisá-la: a Economia Ambiental.

Por ser esse um custo muito alto para o Estado, da forma como tem sido efetuada, sem contudo, subtrair o direito à justa indenização ao proprietário que sofreu uma profunda interferência no direito de propriedade, é mister pensar em outras formas de compensação de modo a viabilizar o projeto de preservação com uso econômico.

Em alguns segmentos da sociedade tem-se uma visão muito equivocada da preservação ambiental, como se ela fosse um mito intocado, insusceptível de uso econômico. Sobre esse aspecto,

*o Direito Ambiental - e com ele todos os instrumentos destinados a viabilizar o desenvolvimento sustentável - não enseja, de maneira alguma, o enfraquecimento ou a destruição do direito de propriedade. Ao revés, a nova disciplina é manifestação necessária e legítima de um direito supra-individual (o meio ambiente ecologicamente equilibrado) que, no plano constitucional, participa da própria gênese do direito de propriedade e o condiciona.<sup>16</sup>*

A finalidade da principiologia constitucional ambiental, especificamente, no que se refere ao desenvolvimento sustentável, é o uso racional e equilibrado do meio ambiente em prol do homem e da própria natureza como valor em si mesmo, superando, inclusive, a ótica antropocentrista.

16 BENJAMIN, Antônio Herman V. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade - na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. *Revista ESMape*, Recife, v. 2, n. 5, p. 33-67, jul/set., 1997.

O proprietário que na sua propriedade faz respeitar a função ambiental está cumprindo com o dever de preservação, não devendo gerar direito à indenização pelo uso ambientalmente correto da propriedade; contudo, a expropriação gera tal direito, mas não da forma como tem sido feita, sem atender as peculiaridades de cada bem a ser avaliado ou através de superavaliações.

## 8- CONSIDERAÇÕES FINAIS

A visão atômica do direito civil não condiz mais nem com a realidade social, nem com os chamados direitos de terceira geração, dentre eles o meio ambiente. O direito de propriedade tem passado por alterações substanciais, o que resulta numa inserção em seu conteúdo do sentido de preservação ecológica, configurando uma verdadeira propriedade-função.

O suporte constitucional dita as regras, dispondo sobre princípios, que em outros tempos eram considerados tão distantes e que, agora, encontram-se sob um mesmo teto, como a propriedade privada, a sua função social e a defesa do meio ambiente. O intérprete deve proceder com vistas a obter o equilíbrio principiológico e a conseqüente harmonização do sistema jurídico.

Indubitavelmente, observa-se no universo jurídico uma mudança de paradigmas. Contudo, essa nem sempre corresponde a uma prática jurídica concatenada com os novos valores, como se observa no tratamento das indenizações sobre desapropriações indiretas, cujo titular do direito de propriedade é conjuntamente responsável com o Estado pela preservação do meio ambiente.

A interpretação da disciplina civilística pelos operadores do direito está, na maioria dos casos, atrelada a uma concepção individualista e estanque, sem se aperceber das mudanças provocadas pelo texto constitucional e pela realidade social.

Como em todo processo de transição, há avanços e recuos, contudo, não é mais admissível o atuar jurídico do presente que rejeita as concepções renovadas do direito civil. O saber baseado, apenas, em códigos, definições exatas e pretensamente verdadeiras está fadado ao descrédito público e ao descompasso no tempo e no espaço.

## 9- REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V. Função ambiental. \_\_\_\_\_. In: **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade - na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. **Revista ESMAPE**, Recife, v. 2, n. 5, p. 33-67, jul/set. 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função ambiental da propriedade rural**. São Paulo: LTr, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. **Proteção do meio ambiente e direito de propriedade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 100-09, jan/mar. 1999.

LORENZETTI, Ricardo. Reglas de solucion de conflictos entre propiedad y medio ambiente. In: ANAIS DO 2º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, São Paulo: Instituto O Direito Por Um Planeta Verde, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

# A REGULAMENTAÇÃO DA NACIONALIDADE NO TEXTO CONSTITUICÃO DE 1988

Walber de Moura Agra

Procurador do Estado; Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMape

## SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2. A CONSTITUIÇÃO. 3. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO. 4. NACIONALIDADE. 4.1 - Exceções ao Jus Solis. 5. FORMAS DE NATURALIZAÇÃO. 6. PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE. 7. EXCEÇÕES PARA A IGUALDADE ENTRE OS BRASILEIROS NATOS E NATURALIZADOS. 8. PERDA DA NACIONALIDADE DO BRASILEIRO. 9. CASOS DE DUPLA NACIONALIDADE PERMITIDA PELO BRASIL. 10. REQUISICÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA. 11 - CONDIÇÃO JURÍDICA DO ESTRANGEIRO RESIDENTE NO BRASIL. 12. LIMITES TERRITORIAIS DO BRASIL PARA A CONFIGURAÇÃO DO JUS SOLIS. 13. REFERÊNCIAS

## 1- INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de abordar o tema nacionalidade; diante da dificuldade de carrear livros específicos acerca da matéria e da vastidão de seu conteúdo, optamos por tentar realizar uma monografia que descursasse os aspectos gerais a respeito do tema.

Não definimos nenhuma problematização e sua subsequente hipótese de incidência, dada a generalidade das abordagens. O objetivo precípua desta monografia é descursar como a nacionalidade está disciplinada no Texto Constitucional de 1988. Portanto, a conclusão do presente trabalho são as linhas gerais que regulamentam o tema.

A importância do objeto focado não fica obnubilada diante do processo de globalização, muito pelo contrário, assume maior relevância pela premência de defesa dos interesses nacionais e dos seus cidadãos.

O primeiro assunto focado foi a Constituição, contendo mananciais que servirão para entender a importância de a nacionalidade ser regulamentada na *Lex Mater*. Depois, abordaremos a supremacia constitucional, característica básica de um texto rígido como o nosso. A partir daí, começamos com o objeto principal, conceituando-o, depois falaremos: das exceções ao *jus solis*; formas de naturalização; princípio da reciprocidade; exceções para a igualdade entre brasileiros natos e naturalizados; perda da nacionalidade; casos de dupla nacionalidade; re aquisição da nacionalidade; condição jurídica do estrangeiro residente no Brasil e limites territoriais do Brasil para a configuração do *jus solis*.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica.

## 2- A CONSTITUIÇÃO

A Constituição, com a conceituação que concebemos atualmente, provém do racionalismo do século XVIII. Com uma conotação liberal, conforme transparece no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Carta Magna que não dividisse o poder nem outorgasse direitos não poderia ser concebida como tal.

Historicamente, ela funcionou como a ferramenta para sepultar o absolutismo reinante na Idade Média.

Entretanto, o vocábulo Constituição (do latim *constituere, constitutio*), em seu significado de ordenamento político do Estado, existiu desde os primórdios. Aristóteles, no seu livro *Athenaton Politéia*, a Constituição de Atenas, distinguiu as leis ordinárias do Estado – *nomoi* – daquelas que estabeleciam os seus alicerces e fundamentos – *politéia*.<sup>1</sup> Passando por Cícero e Maquiavel que a concebiam no mesmo sentido.

Para Marcel Prélôt, foi o Abade Sièyes o formulador da moderna conceituação de Constituição que conhecemos.<sup>2</sup> Para Rudolf Smend, ela seria um objeto unitário, conectando sua parte formal e material através da integração pessoal, funcional e material. Doutrina Smend:

*Para la doctrina dominante la constitucion es, ante todo, una ordenación de la formación de la voluntad de un grupo social y de la situación jurídica se sus miembros.*<sup>3</sup>

O jurista pernambucano, Pinto Ferreira, prefere enfocá-la como um edifício de quatro andares, no qual cada um é ocupado, respectivamente, pela economia, sociologia, filosofia e direito, mostrando como se configura complexo o universo constitucional.

1 ARISTÓTELES. *A Constituição de Atenas*. Trad. Francisco Murari Pires. São Paulo: Hucitec, 1995.

2 "Sièyes s'est donné pour l'inventeur de l'idée de constitution, dans son discours de l'una III sur le projet de constitution et sur la jurie constitutionnaire." In: PRÉLOT, Marcel; LESCUYER, Georges. *Histoires des Idées politiques*. 12. ed. Paris: Dalloz, 1990. p. 522.

3 SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 129.

Por qual motivo um vocábulo se reveste de tão variada pluralidade de significados, quando, para a construção de uma ciência, a precisão semântica se reveste de forma premente, além de um objeto e metodologia própria? A resposta nos é dada por García-Pelayo:

*por referirse a la sustancia de la existencia política de un pueblo, está particularmente abocado a convertirse en uno de esos conceptos simbólicos y combativos que hallan su ratio no en la voluntad de conocimiento, in o en su adecuación instrumental para la controversia con el adversario. Sin duda que el conocimiento, sino en su adecuación instrumental para la controversia con el adversario.<sup>4</sup>*

Dentro dos diversos prismas de análise da Constituição, vamos focar os principais.

O normativismo Kelseniano, no seu intento de afirmar a pureza metodológica da ciência do direito, expurga a interferência das demais ciências sociais, estudando-o de forma pura, com objeto e método próprios. Para isso, recorre a um corte epistemológico, reduzindo o objeto do fenômeno jurídico às normas e a um corte axiológico, evitando valorações e garantindo-lhe neutralidade.<sup>5</sup> Para

4 GARCIA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 3. ed. Madrid: Alianza Universidad, 1991. p. 33.

5 "Quando a si própria se designa como pura teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos." KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. Trad. Dr. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1976. p. 109.

assegurar esse desiderato, ele parte da intransponibilidade do 'ser' ao 'dever ser', ou seja, não existiria interferência dos fatos na concretização das normas.

A Constituição seria o substrato de validade das demais normas jurídicas, formando uma estrutura vertical, em que a norma inferior seria validada pela superior. A Lei Excelsa seria respaldada pela norma hipotética fundamental, um imperatismo categórico de formato kantiano que tem a função de dar uma lógica formal inquebrantável ao pensamento kelseniano. As normas, para terem condição de existência, deveriam ter validade e eficácia.

O estudo da Lei Maior poderia se dar pelo prisma lógico-jurídico e pelo jurídico-positivo. Consonante o primeiro, seria dado relevo à compatibilidade das normas inferiores com as leis superiores, formando o escalonamento vertical kelseniano. No segundo, seria privilegiado o aspecto de produção das normas seguindo os procedimentos expressos na Constituição.

Carl Schmitt vislumbra o Direito como uma decorrência de uma decisão política, o denominado decisionismo político. Expõe Schmitt:

*El último fundamento de toda la existencia del derecho y de todo valor jurídico se puede encontrar en un acto de voluntad, en una decisión que, como tal, crea derecho, y cuya fuerza jurídica de unas reglas de decisión; puesto que también una decisión que no se corresponde con una regla crea derecho. Esta fuerza jurídica de las decisiones no conformes a una norma es propia de todo orden jurídico.<sup>6</sup>*

6 SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Trad. Montserrat Herrero. Madrid: Tecnos, 1996. p. 27.

Ele busca eliminar o normativismo kelseniano e a axiologia jusnaturalista. A Constituição seria moldada de acordo com a decisão política realizada e, no seu conteúdo, haveria a divisão entre constituição e leis constitucionais. Constituição seriam as normas dentro do Texto Maior que estruturassem o poder firmado na decisão política, e leis constitucionais, as demais normas que não versassem sobre esse assunto, deveriam se diferenciar das demais por terem imutabilidade relativa.

Schmitt vislumbra a Carta Magna de forma absoluta, relativa, ideal e positiva.

A forma absoluta é dividida em quatro espécies. Em uma primeira espécie, a Constituição representa a existência política de um Estado, o modo como o ente político posiciona a estrutura de poder, bem ao estilo de Constituição no sentido das *polis* gregas. Na segunda espécie, seu significado seria o de estruturar a forma de governo de um Estado, delineando a atuação do poder político na sociedade. Na terceira acepção, ela é vista como o elemento dinâmico que regulamenta o processo político, abrindo caminho para que o ordenamento seja modificado por novas decisões políticas. Na última variação, ela é individualizada como norma suprema do ordenamento, a lei das leis, a normatização imperiosa de toda a vida estatal.

A relativa analisa a *Lex Mater* sob uma ótica formal, como Constituição escrita, na qual aquelas normas que estão inseridas no seu texto se diferenciam das demais por necessitarem de um procedimento mais difícil para sua modificação. Não havendo, entre as nor-

mas contidas na Lei Maior, distinção objetiva ou de conteúdo, são características formais, que são externas e acessórias<sup>7</sup>.

Pelo conceito ideal de Schmitt, a análise da Constituição é feita sob o prisma da sua sincronia com o desenvolvimento dos fatos sociais. A normalidade e a normatividade atuam de forma integralizada, tendo como finalidade básica evitar contradições da norma com a realidade.

E, finalizando, a forma positiva. Ela parte da distinção entre Constituição e leis constitucionais. Aquela são as normas pertinentes ao modo da unidade política; as demais seriam leis constitucionais. Nesse sentido, a Constituição significa o ato constituinte sobre a forma e o modo da unidade política. Ela é uma decisão sobre a unidade política adotada para organizar a repartição das competências estatais, residindo sua substância no mundo do 'ser'.

Há um liame muito grande entre o pensamento de Kelsen e o de Schmitt; um prima pelo normativismo jurídico e o outro, por um normativismo sociológico.

Ferdinand Lassalle tem uma visão sociológica da Constituição. Como ela é a norma suprema, estruturando o ordenamento, seria palco de embate dos mais variados interesses existentes na sociedade para a formulação de normas que atendessem aos seus propósitos. Como Schmitt, ele concebe o direito sem autonomia, dependente de fatores sociológicos ou de uma decisão política.

7 Conceitua Schmitt: "Constitución, en sentido relativo, significa, pues, la ley constitucional en particular. Toda distinción objetiva y de contenido se pierde a consecuencia de la solución de la Constitución única en una pluralidad de leyes constitucionales distintas, formalmente iguales. Para este concepto formal es indiferente que la ley constitucional regule la organización de la voluntad estatal o tenga cualquier otro contenido." SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Madrid: Alianza, 1985. p. 37.

As normas constitucionais, para ter eficácia, deveriam obedecer aos fatores reais de poder, às forças dominantes em determinado período histórico, caso contrário, seriam relegadas a não possuir força normativa, a serem 'folhas de papel', figura decorativa. Ensina Lassalle:

*Se cogen esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la lei y es castigado.*<sup>8</sup>

A crítica que se faz à teoria lassalliana é descurar da força normativa da Constituição, da sua capacidade de produzir efeitos, da sua coercibilidade. Ela não é apêndice das influências das classes dominantes, porque elas não atuam de forma monolítica; há fissuras no seu interior que podem ser aproveitadas pelas forças populares. As normas, ao mesmo tempo que são moldadas pelos fatos sociais, também interferem neles, modificando-os no sentido das suas estipulações.

Karl Loewenstein classifica a Lei Maior, segundo critério de sua realização constitucional, como normativa, nominal e semântica. O vetor eficácia foi escolhido porque as normas constitucionais não são dotadas de auto-funcionamento, tendo sido criadas pelo povo, ele atua de acordo com a vontade de seus criadores.<sup>9</sup>

8 LASSALLE, Ferdinand. *Qué es una Constitución*. Buenos Aires: Siglo veinte uno, 1969. p. 10.

9 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Ballega Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970. p. 217.

Normativas são aquelas efetivamente obedecidas pelos detentores das diretrizes políticas e por todas as parcelas da população. Elas oferecem a normatização para a estruturação dos órgãos políticos, regula a disputa partidária e outorga os direitos fundamentais que são entraves ao absolutismo estatal. O pressuposto para a sua existência é a sincronia com os fatos sociais.

O segundo tipo são as nominais, que não logram confirmação pela realidade. Essas representam aquelas que, no procedimento de sua formulação, desrespeitaram a realidade fática ou que, pela dinâmica dos fatos sociais, tornaram o seu texto escrito ultrapassado. Por isso, carecem de força normativa, não tendo condições de impor condutas.

E, por fim, a Constituição semântica que, na realidade, se configura em um monumento retórico. Ela legitima os detentores do poder político, mantendo o *status quo*. Seu escopo não é limitar a concentração de poder, regulando a disputa pela hegemonia social dentre todas as classes sociais, mas, sim dispor de métodos para que a classe detentora do poder possa se perpetuar sem o risco de ter que vir a compartilhar, ou perder, sua hegemonia. Pinto Ferreira denomina-a de 'álibi normativo'. Para ele, as Constituições semânticas foram os textos de 1937 e o de 1967/69.

### 3- SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição é, basicamente, dotada de três características: a supremacia, a suprallegalidade e a imutabilidade relativa. Dessas características, relevante posição ocupa a supremacia, tornando-a 'Lei Fundamental', sendo as demais oriundas dela.<sup>10</sup> O interesse pela supremacia é porque se configura na essência para o entendimento do papel ocupado pela Constituição. Outrosim, as outras características advêm dessa prerrogativa.

A Constituição se torna a norma suprema do ordenamento jurídico porque é, teoricamente, a primeira lei, constituindo-se na própria soberania do Estado, por ser criada pelo Poder Constituinte Originário. Ela funciona como 'norma-origem', a primeira cronologicamente instituída.<sup>11</sup> Hauriou a considera suprema, porque goza da soberania estatal.<sup>12</sup>

Ela se coloca, segundo a Escola de Viena, na sua concepção de ordenamento jurídico unitário, composto de um conjunto hierarquizado de leis, cujo ápice da pirâmide normativa, a norma de auto-referência, desempenha o papel de fundar o sistema jurídico e legitimar as demais normas. Constitui-se na norma primária por excelência, referenciando as normas secundárias. Schmitt a denomina de 'último princípio sistematizador da unidade política e do conjunto do ordenamento'.<sup>13</sup>

10 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 369.

11 Cronologicamente não foi a Constituição a norma primeira, antes existiam normas morais, religiosas e até jurídicas. Este pressuposto tem a finalidade de fornecer uma estrutura lógica concatenada para a estruturação normativa.

12 HAURIOU, Maurice. *Principes de Droit Public*. 12. ed. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1916. p. 678.

13 SCHMITT, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Madrid: Alianza, 1992. p. 63.

A referência consiste no fato de que a norma, situada em uma escala hierárquica, será determinada por outra, de grau superior; classificando-as em primárias e secundárias. Primárias seriam aquelas que ocupariam os maiores degraus do sistema jurídico e secundárias aquelas ocupantes dos níveis inferiores. Por isso, o processo constituinte se encontra em posição superior em relação ao processo legislativo.<sup>14</sup>

Sob outro prisma, de natureza sociológica, a Constituição pode ser vista como a fonte legitimante das demais normas do ordenamento jurídico. É a norma que goza de maior referência no imaginário popular; suas disposições atuam como invariáveis axiológicas, alçadas ao patamar de dogmas e validando as restantes por uma filtragem ideológica.<sup>15</sup>

O Texto Constitucional condiciona, na sua função de norma primeira, a produção das estruturas normativas restantes, constituindo-se na *norma normarum*, preceituando a forma para a feitura das normas secundárias. Nesta sua tarefa, a Constituição, devido à supremacia, goza de autogarantia, que na realidade é uma suprallegalidade material. Declarada a inconstitucionalidade das normas que infringirem o preceituado por ela, deve-se expurgá-las do ordenamento.<sup>16</sup>

14 Heras definia sua forma a diferenciação: "Esta teoría gradual de Derecho ofrece la base para distinguir las normas primarias o fundamentales de las secundarias o derivadas. Las primeras son las que, en la pirámide que constituye cada sistema jurídico ocupan el lugar más alto; secundarias, las que ocupan los puestos inferiores y derivan de las primeras su validez y su contenido." HERAS, Jorge Xifra. *Curso de Derecho Constitucional*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1957. p. 58.

15 SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional*. Construindo uma Nova Dogmática Jurídica. Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 104.

16 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Jurídicos LÊ, 1991. p. 53.

A soberania atribui à Constituição a distribuição de poder entre os órgãos estatais, já que unicamente um órgão superior pode dimensioná-los e estabelecer a sua repartição de competências.<sup>17</sup>

Para Récasens Siches, o Poder Constituinte Originário pode distribuir a competência entre os poderes instituídos porque é um poder superior e originário da soberania, prévio aos atos normativos ordinários, delegando para eles competência.

Supralegalidade é a característica da *Norma Normarum* que faz com que as normas infraconstitucionais que colidam com as normas da Constituição sejam expulsas do ordenamento jurídico. A supralegalidade material representa o controle de constitucionalidade. A supralegalidade formal representa o processo legislativo, a normogênese das normas infraconstitucionais.

Imutabilidade relativa é a característica que possui a Constituição que exige para a sua reformulação um procedimento normativo mais severo que o utilizado para a modificação das normas infraconstitucionais. Enquanto que o *quorum* utilizado para se modificar uma norma é de maioria simples ou absoluta, para se modificar a Constituição o *quorum* exigido é o de 3/5 de votos, em duas sessões, em cada uma das casas. Essa maior dificuldade para se modificar a *Lex Excelsa* tem a finalidade de evitar a banalização constitucional, com a conseqüente perda da sua concretude normativa.

17 No texto constitucional brasileiro de 1988, a repartição de competência se encontra nos arts. 21 usque 24.

#### 4- NACIONALIDADE

Nacionalidade é o vínculo que une as pessoas a um determinado país, traduzindo-se em uma relação de direitos e obrigações, configurando-se como um direito fundamental individual.<sup>18</sup>

Quando o estrangeiro estiver fora dos limites territoriais do Brasil, inexistente qualquer tipo de obrigação ou direito que o vincule ao país. Com relação aos nacionais, mesmo fora do país, permanecem vínculos jurídicos que os acompanham, independente do local onde estiverem.

O conceito de nacionalidade se liga aos conceitos de nação, povo, população e cidadania.

Define Bobbio o critério de nação:

*Normalmente nação é concebida como um grupo de pessoas unidas por laços naturais e portanto eternos – ou pelo menos existentes ab immemorabili – e que, por causa destes laços, se torna a base necessária para a organização do poder sob a forma do Estado nacional.*<sup>19</sup>

Reis Friede declara:

*Conforme já registramos anteriormente, o conceito específico de nacionalidade se encontra irremediavelmente adstrito à concepção básica de nação e, em conseqüência, à tradução própria de identidade nacional, permitindo a construção vocabular do termo povo como um conjunto de nacionais.*<sup>20</sup>

18 HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 211.

19 BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: UNB, 1998. v. 2. p. 796.

20 FRIEDE, Reis. *Lições Objetivas de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 141.

O conceito de nacionalidade é diverso do conceito de cidadania. Nacionalidade é o vínculo que se estabelece entre um cidadão e um Estado soberano e cidadania é a participação do indivíduo nos negócios políticos do Estado. Podemos dizer que a nacionalidade é um requisito para a cidadania.<sup>21</sup> Foi a Constituição de 1824, que no seu art. 6º definiu o conceito de nacionalidade igual ao conceito de cidadania, sendo seguido posteriormente pela Constituição de 1891.

Povo é o conjunto de nacionais existentes em um país, podendo ser nato ou naturalizado. População é o conjunto de pessoas que há no país, valendo para o seu *quantum* numérico tanto os apátridas quanto os estrangeiros.

Define a característica de povo Rodrigo Borja:

*Es esse factor psicológico el que da cohesión y unidad al grupo, el que le proporciona una estructuración sólida y homogénea, el que induce a sus miembros a considerarse a sí mismos como partes integrantes de um todo unitario.*<sup>22</sup>

Os critérios para se adquirir a nacionalidade são o *jus sanguinis* e o *jus solis*.<sup>23</sup> Cada país escolhe a nacionalidade que melhor lhe convier, defluindo essa opção da sua soberania. Geralmente, os países que realizaram grandes emigrações optam pelo *jus sanguinis*, como forma de manter laços com os seus cidadãos que residem no exterior, e os que foram colonizados; rece-

21 Em sentido contrário Walter Ceneviva: "O exercício da nacionalidade é condicionado à cidadania, à idade, ao sexo, à alfabetização, à capacidade mental (não interdição) e à capacidade civil." CENEVIVA, Walter. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 31

22 BORJA, Rodrigo. *Derecho Político y Constitucional*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1991. p.29.

23 MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William. *Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 1999. 120.

bendo correntes de imigrantes, optam pelo *jus solis*, como forma de nacionalizar aquelas pessoas que convivem no seu Território.

O Brasil optou pela escolha do *jus solis* pelo fato de ter recebido grandes contingentes de imigrantes. As duas primeiras Constituições, a de 1824 e a de 1891, como forma de nacionalizar os estrangeiros residentes no país, considerou como nacionais todos os estrangeiros residentes em solo brasileiro, desde que não rejeitassem a condição de se tornarem nacionais.

O *jus sanguinis* deriva-se do vínculo sangüíneo que une uma geração a outra, recaindo o liame na filiação paterna ou materna até determinada geração; entre os japoneses, que adotam o *jus sanguinis*, a transmissão ocorre apenas na primeira e na segunda geração. O *jus solis* se origina do local de nascimento, o Território no qual a pessoa nasceu: cidadão de determinado país só será aquele que efetivamente veio à luz em um determinado Território.

Para um país que adota o *jus solis*, a nacionalidade será outorgada se a pessoa nascer no seu Território, tendo, portanto, como critério de definição o local do seu nascimento. O *jus sanguinis* liga-se a um vínculo de parentesco, podendo ser fator determinante tanto a linha paterna como a materna. Não importa onde a pessoa nasceu, mas sim os seus laços sangüíneos.

Pode haver dois tipos de nacionalidade: o nato e o naturalizado, igualmente chamada de nacionalidade primária ou secundária. Nato é aquele que sempre teve a nacionalidade brasileira, não tendo tido nenhuma outra. Naturalizado é aquele cidadão que tinha outra nacionalidade e resolveu adotar a nacionalidade brasi-

leira, ou seja, quando ele nasceu, tinha um nacionalidade diferente da brasileira e posteriormente resolveu adotar a brasileira. Esclarece José Afonso da Silva:

*Os modos de aquisição da nacionalidade variam de Estado para Estado, mas, em qualquer deles, é involuntária a aquisição da nacionalidade primária, e decorre da ligação natural do nascimento com um critério estabelecido pelo Estado, enquanto é voluntária a aquisição da nacionalidade secundária.*<sup>24</sup>

Casos interessantes são os dos polipátridas e os dos apátridas ou heimatlos. Polipátridas são aqueles que têm duas ou mais pátrias, como por exemplo os filhos dos italianos que nascem no Brasil. Apátridas ou heimatlos (expressão alemã) significa aqueles que não têm pátria, por exemplo os filhos de brasileiros, não estando em missão oficial, que tenham filhos na Itália.<sup>25</sup>

#### 4.1 Exceções ao *Jus Solis*

O Brasil optou, como mencionamos acima, pelo sistema do *jus solis*, contudo, com alguma exceções:

a) Os nascidos no estrangeiro, sendo ou a mãe ou o pai brasileiro, desde que qualquer um deles estejam a serviço do Brasil. Essa prestação de serviço tem que ser oficialmente reconhecida pelo governo, não vale uma viagem de negócios nem uma bolsa de estudos no

24 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 321.

25 RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. p. 83.

estrangeiro. Não será brasileiro aquele que, mesmo nascendo no Brasil, seja filho de mãe e pai estrangeiro e esses estejam a serviço do seu país de origem.

b) Os nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileira, desde que venham residir no Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira. Nesse caso, há dois requisitos: vir morar no Brasil e optar, nas vias jurídicas, pela nacionalidade brasileira. É a chamada 'nacionalidade potestativa'. A competência para a realização desse procedimento será da justiça federal.

Nesses dois casos mencionados acima, houve a troca do critério do *jus solis* pelo *jus sanguinis*. No primeiro caso, acrescida do critério de estar exercendo um serviço para o Estado brasileiro e, no segundo, acrescida da vontade de optar pela nacionalidade brasileira. São os cidadãos nesses casos considerados como brasileiros natos.

Nascendo o cidadão no Brasil, quando seus pais forem estrangeiros, residindo em solo nacional, a serviço dos seus respectivos governos, o filho terá uma nacionalidade estrangeira. Essa é uma exceção ao *jus solis*, optando o ordenamento pelo *jus sanguinis*, acrescido da característica de os cidadãos estrangeiros estarem a serviço de seu país de origem. Ressalve-se, entretanto, que para que o cidadão nascido no Brasil seja considerado estrangeiro será preciso que ambos os pais estejam a serviço de governo estrangeiro, porque se um deles não estiver, o filho será considerado brasileiro nato.

## 5- FORMAS DE NATURALIZAÇÃO

Nacionalidade ordinária: É assim chamada porque se encontra regulamentada na Lei 6.815/80, o Estatuto do Estrangeiro. As condições estipuladas são as seguintes:

- » Capacidade civil, de acordo com os requisitos da legislação brasileira;
- » Registro como permanente no Brasil;
- » Residência contínua no Brasil pelo prazo de quatro anos;
- » Saber ler e escrever em português;
- » Exercício de profissão ou posse de bens suficientes para manutenção própria e da família;
- » Boa conduta na sociedade;
- » Inexistência de denúncia, pronúncia ou condenação no Brasil e no exterior.

Para os países em que a língua oficial seja o português, exige-se residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral.

Nacionalidade extraordinária: A terminologia empregada de 'nacionalidade extraordinária' é em função de que seu disciplinamento se encontra inserido na Constituição. Exigem-se quinze anos ininterruptos, requerimento e ausência de condenação penal, para os cidadãos dos países que não têm o português como língua oficial. Essa condenação deve ser transitada em julgada, pelo princípio da presunção de inocência.

A concessão da naturalização é de faculdade exclusiva do Presidente da República, em decreto referendado pelo Ministro da Justiça. Poderá ser realizada

mediante decreto coletivo, desde que cada beneficiário fique textualmente individualizado. A efetivação da naturalização será mediante um certificado de naturalização ao estrangeiro.

A aquisição da nacionalidade brasileira por um cidadão não importará na aquisição pelo cônjuge ou pelo filho.

O Texto Constitucional brasileiro não mais contempla a forma de aquisição da nacionalidade secundária, dos nascidos no exterior, registrados em repartição brasileira competente.

## 6- PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE

Também chamado de princípio de quase-nacionalidade, foi instituído em seara infraconstitucional em 7 de setembro de 1971, na Convenção sobre igualdade de direitos e deveres entre os brasileiros e portugueses.

Os portugueses, com residência permanente no Brasil, havendo reciprocidade para os brasileiros em Portugal, terão os mesmos direitos que os nacionais, exceção de prerrogativas que só são para os natos, sem necessidade de nenhum procedimento para a naturalização. Esse princípio foi bastante arrefecido devido à Comunidade Comum Européia, que podou Portugal de tomar decisões próprias com relação a estrangeiros.

Como exemplo, temos o caso em que o STF, cujo relator foi o Min. Moreira Alves, negou a extradição de uma cidadã, de nacionalidade portuguesa, por ter reconhecida a igualdade de direitos e obrigações civis pelo governo brasileiro. Os portugueses e brasileiros que gozem do estatuto de igualdade não estão sujeitos à extradição, salvo se requerida pelo governo do Estado da nacionalidade.

É o Ministério da Justiça o órgão encarregado de verificar a existência do princípio da reciprocidade.

Expõe o professor Pinto Ferreira:

*Ainda o Decreto n. 70391, de 12-4-1972, promulgou a convenção sobre a igualdade de direitos e deveres entre os brasileiros e portugueses, dando a estes um status especial à frente dos demais estrangeiros, excetuando-se do regime de equiparação os direitos reservados exclusivamente pela Constituição de cada um dos Estados aos que tenham nacionalidade originária.<sup>26</sup>*

## 7- EXCEÇÕES PARA A IGUALDADE ENTRE OS BRASILEIROS NATOS E NATURALIZADOS

As exceções descritas abaixo são as únicas distinções possíveis de se estabelecer entre os brasileiros natos e os naturalizados. E assim mesmo porque estão contidas em nível constitucional.

São cargos privativos de brasileiros natos:

- Presidente e Vice-Presidente da República.
- Presidente da Câmara de Deputados e do Senado Federal
- Ministros do Supremo Tribunal Federal
- Cargos da carreira diplomática
- Oficiais das Forças Armadas

Interessante notar que as primeiras restrições aos naturalizados se configura em uma proibição que os impede de ocupar a Presidência da República, pois o

<sup>26</sup> FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 185.

Vice-Presidente, o Presidente da Câmara de Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federais são os substitutos naturais em caso de morte ou impedimento do Presidente. Os cargos da carreira diplomática e de oficiais das Forças Armadas têm sua razão de ser porque são setores sensíveis da vida nacional, zelando pelas relações exteriores e pela segurança nacional.

## Outras distinções entre brasileiros natos e naturalizados:

a) apenas o naturalizado poderá ser extraditado, em caso de crime comum antes da naturalização e, a qualquer momento, no caso de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins;

b) os seis brasileiros componentes do Conselho da República terão que ser brasileiros natos;

c) a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos, ou naturalizados há mais de dez anos.

## 8- PERDA DA NACIONALIDADE DO BRASILEIRO

a) Tiver cancelada sua naturalização, em virtude de sentença judicial e/ou em virtude de atividades nocivas aos interesses nacionais. A sentença que condenar o naturalizado deverá declarar a perda da nacionalidade. Após a perda dessa, que ocorrerá por meio de decreto presidencial, o cidadão deverá ser expulso do país.

É o Ministério da Justiça o órgão encarregado de verificar a existência do princípio da reciprocidade.

Expõe o professor Pinto Ferreira:

*Ainda o Decreto n. 70391, de 12-4-1972, promulgou a convenção sobre a igualdade de direitos e deveres entre os brasileiros e portugueses, dando a estes um status especial à frente dos demais estrangeiros, excetuando-se do regime de equiparação os direitos reservados exclusivamente pela Constituição de cada um dos Estados aos que tenham nacionalidade originária.*<sup>26</sup>

## 7- EXCEÇÕES PARA A IGUALDADE ENTRE OS BRASILEIROS NATOS E NATURALIZADOS

As exceções descritas abaixo são as únicas distinções possíveis de se estabelecer entre os brasileiros natos e os naturalizados. E assim mesmo porque estão contidas em nível constitucional.

São cargos privativos de brasileiros natos:

- Presidente e Vice-Presidente da República.
- Presidente da Câmara de Deputados e do Senado Federal
- Ministros do Supremo Tribunal Federal
- Cargos da carreira diplomática
- Oficiais das Forças Armadas

Interessante notar que as primeiras restrições aos naturalizados se configura em uma proibição que os impede de ocupar a Presidência da República, pois o

<sup>26</sup> FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 185.

Vice-Presidente, o Presidente da Câmara de Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federais são os substitutos naturais em caso de morte ou impedimento do Presidente. Os cargos da carreira diplomática e de oficiais das Forças Armadas têm sua razão de ser porque são setores sensíveis da vida nacional, zelando pelas relações exteriores e pela segurança nacional.

## Outras distinções entre brasileiros natos e naturalizados:

- a) apenas o naturalizado poderá ser extraditado, em caso de crime comum antes da naturalização e, a qualquer momento, no caso de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins;
- b) os seis brasileiros componentes do Conselho da República terão que ser brasileiros natos;
- c) a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos, ou naturalizados há mais de dez anos.

## 8- PERDA DA NACIONALIDADE DO BRASILEIRO

a) Tiver cancelada sua naturalização, em virtude de sentença judicial e/ou em virtude de atividades nocivas aos interesses nacionais. A sentença que condenar o naturalizado deverá declarar a perda da nacionalidade. Após a perda dessa, que ocorrerá por meio de decreto presidencial, o cidadão deverá ser expulso do país.

A sentença judicial deve ser oriunda de um processo em que se tenha assegurado ao cidadão direito ao devido processo, à ampla defesa e ao contraditório. Os efeitos da decisão judicial serão *ex nunc*, produzindo efeitos da data da sentença em diante.

A respeito do assunto, Alexandre Moraes:

*A ação é proposta pelo Ministério Público Federal, que imputará ao brasileiro naturalizado a prática de atividade nociva ao interesse nacional. Não há, porém, uma tipicidade específica na lei que preveja quais são as hipóteses de atividade nociva ao interesse nacional, devendo haver uma interpretação por parte do Ministério Público no momento da propositura da ação e do Poder Judiciário ao julgá-la.*<sup>27</sup>

b) Adquirir outra nacionalidade.

Nestes dois casos, haverá necessidade de uma sentença transitada em julgado.

## 9- CASOS DE DUPLA NACIONALIDADE PERMITIDA PELO BRASIL

» Reconhecimento da nacionalidade originária pela lei estrangeira. Nesse caso, quem reconhece a outra nacionalidade é a legislação alienígena.<sup>28</sup> O cidadão quer permanecer brasileiro e, inobstante, a legislação do outro país outorga a sua nacionalidade. Os descendentes de italianos que

<sup>27</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 217.

<sup>28</sup> DANTAS, Ivo. *Constituição Federal. Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p.368.

são brasileiros até determinada geração, mesmo querendo ser brasileiros, recebem a nacionalidade italiana. O que a legislação pátria não permite é que o brasileiro opte por outra nacionalidade, afóra as exceções abaixo, e permaneça com a brasileira.<sup>29</sup>

» Os únicos casos em que o brasileiro pode optar por outra nacionalidade sem perder a pátria é quando há uma imposição para que ele permaneça no país estrangeiro e para que continue exercendo os direitos civis. Exemplo do exercício de direitos civis seria a prerrogativa de receber herança, de ter igualdade perante a lei etc.

Resumindo, poder-se-ia dizer que o Brasil permite dupla nacionalidade desde que o brasileiro não opte por nenhuma outra nacionalidade e se optar, que seja para preservar determinados direitos.

## 10- REQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA

O cidadão brasileiro que perder a sua nacionalidade, afóra o naturalizado que tiver exercendo atividades nocivas ao interesse do país, residindo no Brasil, poderá readquirir sua nacionalidade, por decreto do Presidente da República. Para isso, deverá encaminhar o pedido ao Ministério da Justiça.

<sup>29</sup> No mesmo sentido Celso Ribeiro Bastos: "A Constituição, a partir da Emenda Constitucional de Revisão n. 3 de 1994 passou a reconhecer expressamente o direito de brasileiro não perder a sua nacionalidade por força de possuir uma estrangeira, desde que decorrente de um ato não voluntário, o que significa dizer, desde que se trate de uma nacionalidade originária. Alguém que nasça no Brasil mas seja descendente de estrangeiro cujo país confira a qualidade de nacionais aos filhos dos seus nacionais nascidos no estrangeiro. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 270.

A sentença judicial deve ser oriunda de um processo em que se tenha assegurado ao cidadão direito ao devido processo, à ampla defesa e ao contraditório. Os efeitos da decisão judicial serão *ex nunc*, produzindo efeitos da data da sentença em diante.

A respeito do assunto, Alexandre Moraes:

*A ação é proposta pelo Ministério Público Federal, que imputará ao brasileiro naturalizado a prática de atividade nociva ao interesse nacional. Não há, porém, uma tipicidade específica na lei que preveja quais são as hipóteses de atividade nociva ao interesse nacional, devendo haver uma interpretação por parte do Ministério Público no momento da propositura da ação e do Poder Judiciário ao julgá-la.*<sup>27</sup>

b) Adquirir outra nacionalidade.

Nestes dois casos, haverá necessidade de uma sentença transitada em julgado.

## 9- CASOS DE DUPLA NACIONALIDADE PERMITIDA PELO BRASIL

» Reconhecimento da nacionalidade originária pela lei estrangeira. Nesse caso, quem reconhece a outra nacionalidade é a legislação alienígena.<sup>28</sup> O cidadão quer permanecer brasileiro e, inobstante, a legislação do outro país outorga a sua nacionalidade. Os descendentes de italianos que

<sup>27</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 217.  
<sup>28</sup> DANTAS, Ivo. *Constituição Federal. Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 368.

são brasileiros até determinada geração, mesmo querendo ser brasileiros, recebem a nacionalidade italiana. O que a legislação pátria não permite é que o brasileiro opte por outra nacionalidade, afora as exceções abaixo, e permaneça com a brasileira.<sup>29</sup>

» Os únicos casos em que o brasileiro pode optar por outra nacionalidade sem perder a pátria é quando há uma imposição para que ele permaneça no país estrangeiro e para que continue exercendo os direitos civis. Exemplo do exercício de direitos civis seria a prerrogativa de receber herança, de ter igualdade perante a lei etc.

Resumindo, poder-se-ia dizer que o Brasil permite dupla nacionalidade desde que o brasileiro não opte por nenhuma outra nacionalidade e se optar, que seja para preservar determinados direitos.

## 10- REQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA

O cidadão brasileiro que perder a sua nacionalidade, afora o naturalizado que tiver exercendo atividades nocivas ao interesse do país, residindo no Brasil, poderá readquirir sua nacionalidade, por decreto do Presidente da República. Para isso, deverá encaminhar o pedido ao Ministério da Justiça.

<sup>29</sup> No mesmo sentido Celso Ribeiro Bastos: "A Constituição, a partir da Emenda Constitucional de Revisão n. 3 de 1994 passou a reconhecer expressamente o direito de brasileiro não perder a sua nacionalidade por força de possuir uma estrangeira, desde que decorrente de um ato não voluntário, o que significa dizer, desde que se trate de uma nacionalidade originária. Alguém que nasça no Brasil mas seja descendente de estrangeiro cujo país confira a qualidade de nacionais aos filhos dos seus nacionais nascidos no estrangeiro. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 270.

Outra forma de re aquisição da nacionalidade é através de uma ação rescisória para reverter a decisão judicial. O seu processamento segue o mesmo rito estabelecido no Código de Processo Civil. Deve-se ressaltar que a mencionada ação judicial se configura no remédio cabível quando for o caso de brasileiro naturalizado que perdeu a sua nacionalidade em virtude de sentença transitada em julgado.

A re aquisição não será concedida se apurar que o brasileiro elegeu outra nacionalidade para se eximir de deveres aos quais estaria obrigado se fosse brasileiro. Estando recebendo pensão, comissão ou emprego de governo estrangeiro não é necessário que a eles renuncie, como exigia as Constituições anteriores, já que essa exigência não foi prescrita pela atual Lei Maior.

Aquele que recuperar a nacionalidade a recupera na mesma qualidade que a tinha anteriormente. Se, antes de perdê-la, ela era tida como nata, continuará a ser; se era derivada, retorna na forma derivada. Não tem sentido advogar a tese de que com a recuperação da nacionalidade ela se torna secundária, derivada, já que os vínculos existentes entre o cidadão e o Estado voltam ao que era antes.<sup>30</sup>

30 Em sentido contrário o professor Pinto Ferreira: "É de relembrar ainda que o brasileiro nato, perdendo a sua qualidade de brasileiro, pode entretanto readquiri-la. Obtê-la-á, porém, somente mediante o processo de naturalização, e não mais se tornará brasileiro nato, mas sim naturalizado." FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1. p. 283-284.

## 11- CONDIÇÃO JURÍDICA DO ESTRANGEIRO RESIDENTE NO BRASIL

O estrangeiro residente no Brasil, que não queira ou não possa optar pela nacionalidade brasileira, tem quase todos os direitos e deveres civis assegurados aos nacionais. O Código Civil, no seu art. 3º, afirma que não há distinção entre nacionais e estrangeiros na aquisição e gozo dos direitos civis. Do mesmo modo o Texto Constitucional de 1988 instituiu que os brasileiros e os estrangeiros residentes no país são iguais perante a lei.

Continua Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

*O art. 5º, XV, abre as portas do País a qualquer pessoa e a seus bens, em tempo de paz, permitindo que aqui entre, permaneça ou daqui saia, respeitados os preceitos da lei. Acontece que a lei regulamentar, o chamado Estatuto do Estrangeiro, dificulta sobremaneira essa entrada, pelas exigências que faz.<sup>31</sup>*

As limitações são aquelas decorrentes da sua vinculação com o seu Estado de origem. As principais restrições na seara dos direitos civis são: não podem os estrangeiros ser proprietários de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, nem responsáveis por sua administração e orientação intelectual; a lei disciplinará os investimentos de capital estrangeiro e regulará as remessas de lucros para o exterior; a lei limitará o limite de aquisição ou o de arrendamento da propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelece os casos em que tais ne-

31 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 108.

gócios dependam de autorização do Congresso Nacional etc. Em um país periférico como o nosso, que enfrenta um processo de globalização de forma desigual, é extremamente difícil saber quais são, atualmente, as restrições aos estrangeiros; em matéria de direitos civis, praticamente nenhuma.

Os direitos oriundos da cidadania, direitos políticos, são exclusivos dos brasileiros, tanto os natos como os naturalizados, apenas eles podem votar e ser votados. Isso acontece porque são os nacionais que têm direitos e deveres para com o Estado brasileiro, enquanto que os estrangeiros têm responsabilidades com os seus Estados de origem.

## 12- LIMITES TERRITORIAIS DO BRASIL PARA A CONFIGURAÇÃO DO *JUS SOLIS*

O interesse em se precisar os limites territoriais do Brasil tem a relevância de determinar o alcance do princípio do *jus solis*, bem como a extensão da soberania e do exercício da competência jurisdicional.

Toda a extensão geográfica compreendida pelo espaço contido dentro de nossas fronteiras forma o território nacional, incluindo os rios, lagos, baías, golfos, ilhas, bem como o espaço aéreo e o mar territorial.

Os navios e as aeronaves de guerra, onde quer que se encontrem, são considerados parte do território nacional devido ao princípio da ficção da extraterritorialidade. Os navios e aeronaves civis em alto-mar ou no espaço aéreo internacional também são considerados como parte integrante do território.

As embaixadas brasileiras sediadas em outros países são consideradas como parte integrante do território nacional, exercendo as prerrogativas inerentes a sua jurisdição.

A soberania brasileira abrange o mar territorial, que se estende por 12 milhas.

## 13- REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Constituição de Atenas**. Trad. Francisco Murari Pires. São Paulo: Hucitec, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BOBBIO, Norberto et ali. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: UNB, 1998.v.2.

BORJA, Rodrigo. **Derecho Político y Constitucional**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1991.

CENEVIVA, Walter. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1991.

DANTAS, Ivo. **Constituição Federal: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FRIEDE, Reis. **Lições Objetivas de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

HAURIOU, Maurice. **Principes de Droit Public**. 12. ed. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1916.

HERAS, Jorge Xifra. **Curso de Derecho Constitucional**. Barcelona: Bosch, 1957. Tomo I.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. Trad. Dr. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1976.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **Qué es una Constitución?** Buenos Aires: Siglo veinte uno, 1969.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOTTA, Sylvio & DOUGLAS, William. **Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 1999.

PELAYO, Manuel García. **Derecho Constitucional Comparado**. 3. ed. Madrid: Alianza Universidad, 1991.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitucion**. Trad. Alfredo Ballego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

PRÉLOT, Marcel e LESCUYER, Georges. **Histoires des Idées politiques**. 12. ed. Paris: Dalloz, 1990.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade**. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1991.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: Construindo uma Nova Dogmática Jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1999.

SCHMITT, Carl. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica**. Trad. Montserrat Herrero. Madrid: Tecnos, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SMEND, Rudolf. **Constitucion y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FRIEDE, Reis. **Lições Objetivas de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

HAURIOU, Maurice. **Principes de Droit Public**. 12. ed. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1916.

HERAS, Jorge Xifra. **Curso de Derecho Constitucional**. Barcelona: Bosch, 1957. Tomo I.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. Trad. Dr. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1976.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **Qué es una Constitución?** Buenos Aires: Siglo veinte uno, 1969.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOTTA, Sylvio & DOUGLAS, William. **Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 1999.

PELAYO, Manuel García. **Derecho Constitucional Comparado**. 3. ed. Madrid: Alianza Universidad, 1991.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Ballego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

PRÉLOT, Marcel e LESCUYER, Georges. **Histoires des Idées politiques**. 12. ed. Paris: Dalloz, 1990.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade**. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1991.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: Construindo uma Nova Dogmática Jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1999.

SCHMITT, Carl. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica**. Trad. Montserrat Herrero. Madrid: Tecnos, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SMEND, Rudolf. **Constitucion y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FRIEDE, Reis. **Lições Objetivas de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

HAURIOU, Maurice. **Principes de Droit Public**. 12. ed. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1916.

HERAS, Jorge Xifra. **Curso de Derecho Constitucional**. Barcelona: Bosch, 1957. Tomo I.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. Trad. Dr. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1976.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **Qué es una Constitución?** Buenos Aires: Siglo veinte uno, 1969.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOTTA, Sylvio & DOUGLAS, William. **Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 1999.

PELAYO, Manuel García. **Derecho Constitucional Comparado**. 3. ed. Madrid: Alianza Universidad, 1991.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitucion**. Trad. Alfredo Ballego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

PRÉLOT, Marcel e LESCUYER, Georges. **Histoires des Idées politiques**. 12. ed. Paris: Dalloz, 1990.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade**. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1991.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: Construindo uma Nova Dogmática Jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1999.

SCHMITT, Carl. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica**. Trad. Montserrat Herrero. Madrid: Tecnos, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SMEND, Rudolf. **Constitucion y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

# INTERROGATÓRIO DO RÉU À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

**Welton Sousa Carvalho**

*Juiz de Direito (MA). Mestre em Direito Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Titular de Direito Constitucional da Escola de Magistratura do Maranhão (ESMAM). Especialista em Direito Público (UNICAP). Ex-professor da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Membro da Academia Maranhense de Letras Jurídicas. Membro do Instituto Pernambucano de Direito Comparado.*

## SUMÁRIO

1- NATUREZA JURÍDICA DO INTERROGATÓRIO; 2- OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL; 3- INTERROGATÓRIO: EXPRESSÃO DO CONTRADITÓRIO; 4- INTERROGATÓRIO: CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM; 5. CONCLUSÃO; 6- REFERÊNCIAS.

### 1- NATUREZA JURÍDICA DO INTERROGATÓRIO

Um dos problemas mais intrincados da ciência jurídica é, sem dúvida, declinar a natureza de qualquer dos seus institutos. Com o interrogatório do réu não é diferente. E nos parece que a razão de tal dificuldade reside na formação histórica do processo penal.

Os doutores declinaram ser o inquisitório, o acusatório e o misto os três sistemas processuais que a história conhece.

No sistema inquisitório, o processo penal era temerário, visto que o próprio juiz podia iniciá-lo *ex officio*. Mas não apenas iniciava o processo, igualmente tinha o magistrado os poderes de acusar, defender e julgar. Não havia a possibilidade dialética para a for-

mação da sentença. Tal modelo inquisitório recebeu o beneplácito da Igreja Católica durante a alta Idade Média, servindo aos propósitos da Santa Inquisição.

Por seu turno, o processo penal acusatório significou a antítese do sistema inquisitório, visto que contemplou o princípio do contraditório, bem como estabeleceu a igualdade de tratamento entre os sujeitos da relação processual. Ademais, o sistema acusatório declinou pelo princípio da publicidade dos atos processuais, retirando do magistrado os poderes incompatíveis com as garantias da liberdade do acusado.

Finalmente, o processo penal conheceu o sistema misto, que pela sua própria semântica denuncia o ecletismo dos sistemas inquisitório e acusatório. Conforme esclarece o professor Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>1</sup> o sistema misto é composto de três fases, dentre as quais, duas delas (investigação preliminar e instrução preparatória) têm o colorido nitidamente inquisitorial, ao passo que a última fase (julgamento) possui afinidade com o sistema acusatório. Observe-se que no sistema misto a feição inquisitorial ocorre na fase processual propriamente dita.

Diante de tal visão panorâmica, podemos concluir que o sistema pátrio vigente é o acusatório, visto que, uma vez iniciada a relação processual, todos os atos são conduzidos pela dialética até a decisão com trânsito em julgado.

.....

1 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v.1, p. 84.

Com essas informações preliminares, parece-nos oportuno indagar qual a natureza jurídica do interrogatório. Evidente que para respondermos a essa indagação uma anterior se impõe. Exatamente a de saber quando se inicia o processo penal à luz do ordenamento jurídico positivo. Essa pergunta é essencial, pois a partir desse marco temporal todos os atos processuais devem reclamar o método dialético.

A teoria que melhor explica a formação da relação processual é, sem dúvida, aquela encabeçada por Hellwing<sup>2</sup>, a qual é denominada angular. Essa teoria, em suma, declina que os direitos e deveres dos sujeitos do processo se voltam para o Estado-juiz. Ratificando tal teoria escreveu Tourinho Filho: "Hoje, o entendimento dominante é de que a ação é um Direito contra o Estado".<sup>3</sup>

Sendo, pois, a relação processual angular, em primeiro há o liame entre o autor e o juiz para, posteriormente, ocorrer o vínculo entre o juiz e o réu. Neste instante, portanto, se verifica a formação do processo, enquanto instrumento formal de solução dos conflitos.

Assim sendo, a citação válida angulariza a relação processual. José Frederico Marques explicitou este entendimento: "Iniciada e constituída com a citação válida, a instância do processo penal (...)"<sup>4</sup>

Evidente que se a citação válida forma a relação processual e sabendo-se que o sistema processual pá-

.....

2 Veja-se THEODORO JÚNIOR, Humberto *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v.1, p. 294.

3 Ob. Cit., p. 266.

4 MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito processual penal*. Campinas: Book-seller, 1997. v III, p. 187.

mação da sentença. Tal modelo inquisitório recebeu o beneplácito da Igreja Católica durante a alta Idade Média, servindo aos propósitos da Santa Inquisição.

Por seu turno, o processo penal acusatório significou a antítese do sistema inquisitório, visto que contemplou o princípio do contraditório, bem como estabeleceu a igualdade de tratamento entre os sujeitos da relação processual. Ademais, o sistema acusatório declinou pelo princípio da publicidade dos atos processuais, retirando do magistrado os poderes incompatíveis com as garantias da liberdade do acusado.

Finalmente, o processo penal conheceu o sistema misto, que pela sua própria semântica denuncia o ecletismo dos sistemas inquisitório e acusatório. Conforme esclarece o professor Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>1</sup> o sistema misto é composto de três fases, dentre as quais, duas delas (investigação preliminar e instrução preparatória) têm o colorido nitidamente inquisitorial, ao passo que a última fase (julgamento) possui afinidade com o sistema acusatório. Observe-se que no sistema misto a feição inquisitorial ocorre na fase processual propriamente dita.

Diante de tal visão panorâmica, podemos concluir que o sistema pátrio vigente é o acusatório, visto que, uma vez iniciada a relação processual, todos os atos são conduzidos pela dialética até a decisão com trânsito em julgado.

1 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v.1, p. 84.

Com essas informações preliminares, parece-nos oportuno indagar qual a natureza jurídica do interrogatório. Evidente que para respondermos a essa indagação uma anterior se impõe. Exatamente a de saber quando se inicia o processo penal à luz do ordenamento jurídico positivo. Essa pergunta é essencial, pois a partir desse marco temporal todos os atos processuais devem reclamar o método dialético.

A teoria que melhor explica a formação da relação processual é, sem dúvida, aquela encabeçada por Hellwing<sup>2</sup>, a qual é denominada angular. Essa teoria, em suma, declina que os direitos e deveres dos sujeitos do processo se voltam para o Estado-juiz. Ratificando tal teoria escreveu Tourinho Filho: “Hoje, o entendimento dominante é de que a ação é um Direito contra o Estado”<sup>3</sup>.

Sendo, pois, a relação processual angular, em primeiro há o liame entre o autor e o juiz para, posteriormente, ocorrer o vínculo entre o juiz e o réu. Neste instante, portanto, se verifica a formação do processo, enquanto instrumento formal de solução dos conflitos.

Assim sendo, a citação válida angulariza a relação processual. José Frederico Marques explicitou este entendimento: “Iniciada e constituída com a citação válida, a instância do processo penal (...)”<sup>4</sup>

Evidente que se a citação válida forma a relação processual e sabendo-se que o sistema processual pá-

2 Veja-se THEODORO JÚNIOR, Humberto *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v.1, p. 294.

3 Ob. Cit., p. 266.

4 MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v III, p. 187.

trio é o acusatório, deduz-se que todos os atos posteriores à citação obedecem aos princípios inerentes ao sistema eleito pelo constituinte e recepcionado pela nova ordem constitucional. Podemos afirmar, a partir desse instante, que o interrogatório deve ser ato ungi-do pelo princípio do contraditório, vez que esse tem natureza jurídica probatória.

O interrogatório é tecnicamente prova. Em primeiro por se encontrar no Título VII do Código de Processo Penal, exatamente aquele intitulado *DA PROVA*. Em segundo, pelo simples motivo de estar nesse ato a possibilidade de confissão do acusado. E a confissão, como sabemos, é prova, conforme a dicção do art. 197 do mesmo diploma processual penal. Em terceiro, porque no binômio acusado-vítima repousa o centro gravitacional em torno do qual gira o princípio da verdade real.

Não se deve olvidar que o silêncio do acusado durante o interrogatório não pode ser interpretado em prejuízo de sua defesa (ao contrário do que prescreve o art. 186 do CPP), mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz, consoante declina a inteligência do art. 198 do mesmo Código de Processo Penal. Mesmo porque o método hermenêutico mais autorizado nos dias que correm é o sistêmico, no qual a análise é realizada a partir do conjunto de todos os elementos disponíveis e não os tomando isoladamente. Ademais, deve-se lembrar com Carlos Maximiliano<sup>5</sup> que tudo se interpreta, inclusive o silêncio.

5 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 9.

Apesar da clarividência da natureza probatória do interrogatório, a literatura jurídica ainda é vacilante. Há uma passagem de Tourinho Filho que é sintomática a propósito da problemática:

*Sempre pensamos, em face da sua posição topográfica, fosse o interrogatório, também, meio de prova. E como tal, era e é considerado. Meditando sobre o assunto – principalmente agora que a Constituição, no art. 5º, LXIII, reconheceu o direito ao silêncio -, chegamos à conclusão de ser ele, apenas, um meio de defesa.*<sup>6</sup>

Data vênua não podemos concordar com o pensamento do ilustre professor. Não é privilégio do interrogatório ser meio de defesa. Com o princípio da ampla defesa constitucionalmente assegurado (art. 5º), qualquer meio de prova lícito pode ser usado em defesa do réu. A própria prova testemunhal requerida pelo réu é meio de defesa. Assim, o interrogatório é prova produzida pelo acusado, de modo personalíssimo e, por conseqüência lógica, meio de defesa. Ademais, o interrogatório será apreciado no bojo do conjunto probatório que busca encontrar a *verdade real*, não podendo o juiz deixar de aproveitá-lo naquilo que for contrário ao réu. Logo, não é mero meio de defesa, mas prova produzida pessoalmente pelo acusado.

Não temos receio em afirmar que o contato do réu com o juiz nos moldes permitidos pelo direito pátrio

6 Ob. cit., vol.3. p. 240.

são resquícios do sistema inquisitório, incompatível com o modelo acusatório declarado pelo Poder Constituinte, quando do art. 5º, conforme passamos a demonstrar.

## 2- OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

Em primeiro, cabe-nos declinar o conceito de princípio. Em terras brasileiras ocupou-se do tema Celso Antônio Bandeira de Mello ao definir princípio jurídico como:

*mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência (...)*<sup>7</sup>

Especificamente sobre o direito processual penal, a Constituição estabeleceu alguns princípios indispensáveis à sua aplicação e interpretação. Iremos nos ocupar daqueles que mantêm relação direta com o instituto do interrogatório. Esclareça-se, por oportuno, que estamos visualizando a ação penal pública como palco de nossas considerações.

Parece-nos que o interrogatório tem natureza probatória e como tal reclama tratamento dialético, exigindo a presença e atuação dos sujeitos da relação processual a esse ato.

Em sede ápice, o art. 129, I, da Constituição Federal declina que o Ministério Público é o titular da ação penal pública. Significa isso dizer que em tal caso

.....  
7 MELLO, Celso Antônio B. de *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 629.

o desencadeamento da jurisdição depende do órgão ministerial. Tal dispositivo, por si só, já obriga a presença do Ministério Público ao ato do interrogatório. Acompanhando essa hermenêutica, o art. 394 do Código de Processo Penal, ao nosso pensar recepcionado pela ordem constitucional vigente, determina a notificação do Ministério Público para se fazer presente ao interrogatório.

Não obstante Júlio Fabbrini Mirabete, em comentário a esse dispositivo legal do Código de Processo Penal, escreveu:

*Citado o réu, está terminada a fase postulatória do processo. Inicia-se então a instrução criminal com a realização do interrogatório, ao qual podem estar presentes o Ministério Público, o querelante, em caso de queixa-crime, o assistente, se já admitido, o defensor constituído pelo acusado, ou o defensor dativo, se já nomeado pelo juiz (...)*<sup>8</sup>

Nota-se no verbo *podem* que a interpretação do jurista é pela mera faculdade e não pela obrigatoriedade da presença do Ministério Público ao ato do interrogatório.

No mesmo sentido de tolerar a ausência de advogado ao ato do interrogatório tem se posicionado a literatura jurídica pátria. A propósito conclui o mesmo Júlio Fabbrini Mirabete:

*A presença do defensor no interrogatório, porém, é apenas facultativa, já que não pode nor-*

.....  
8 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 465.

*malmente intervir nesse ato processual, razão por que sua ausência não constitui nulidade no processo.*<sup>9</sup>

Igualmente Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho foram complacentes com relação à presença do defensor do acusado quando do interrogatório, como se pode perceber nesta passagem:

*Isto significa a possibilidade da presença do defensor no interrogatório, tanto na polícia como em juízo (...) o que é razoável, para que se resguarde plenamente a liberdade de consciência do acusado.*<sup>10</sup>

O vocábulo *possibilidade* denuncia uma faculdade e não uma obrigação. É preciso notar que a posição dos respeitáveis juristas está consentânea com os ditames do processo penal anterior à Constituição promulgada em 05 de Outubro de 1988. Em nosso humilde pensar tal percepção não mais se coaduna com os ditames da Carta Magna em vigor.

Pensamos que a Constituição declinou a vontade clarividente de estar o acusado acompanhado de seu defensor quando do ato do interrogatório. De modo peremptório foi redigido o art. 133 da Constituição Federal vigente, prescrevendo que o advogado é indispensável à administração da justiça. J. Cretella Júnior apresenta com precisão o comando normativo subsu-

<sup>9</sup> Ob. cit., p. 465.

<sup>10</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance, e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. 253 p.

mido às lides penais, nos seguintes termos: “Na parte penal é mesmo obrigatória a presença do advogado (...) Do contrário o processo é nulo”.<sup>11</sup> É claro que o constitucionalista não se reporta especificamente sobre o tema objeto de nossas preocupações, mas não deixaria de ser aproveitada essa passagem para sustentar a tese aqui exposta, considerando-se que o processo penal se inicia com a citação válida e se submete à defesa técnica privativa de advogado.

A concepção segundo a qual o interrogatório é um ato exclusivo entre o juiz e o réu é anacrônica, com resquícios no sistema inquisitório. Na prática, o acusado, muitas vezes analfabeto, intimida-se diante do juiz, embora a publicidade seja mera formalidade, pois além do juiz apenas o serventuário da justiça assiste a tudo, servilmente copiando aquilo que lhe for ditado.

Assim, pensamos que o art. 394 do Código de Processo Penal, para se considerar recepcionado pela ordem constitucional presente deve ser interpretado a partir da obrigatoriedade da presença e atuação do Ministério Público e do advogado ao ato do interrogatório.

A presença do Ministério Público está assegurada, visto que é esse notificado. E como intimar o advogado se o juiz não sabe de sua existência quando recebe a denúncia? Bastaria que a autoridade policial, quando do relatório do inquérito, informasse ter o acusado advogado. Em caso positivo declinando, de logo, seu endereço. Não tendo advogado, o juiz nomeia um causídico, ao menos para o ato.

<sup>11</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. v.VI (arts.92 a 144) p. 3344.

Pensamos que não basta a mera presença do Ministério Público e do advogado, mas a participação de ambos ao ato do interrogatório, posto que esse, enquanto elemento probatório, tem em si essência dialética.

O texto constitucional é sincronizado e deve ser entendido na sua interação. Assim, o art. 5º, LV, declina que será assegurado ao acusado o contraditório e a ampla defesa. Por seu turno, o mesmo art. 5º, LXIII, assegura ao preso a assistência de advogado. Ora, se a Constituição garante ao preso o direito a um advogado, não é difícil concluir que ao acusado, por ocasião do interrogatório, tal presença é indispensável.

No interrogatório não há negar que o princípio da ampla defesa somente poderá ser explicitado com o patrocínio da efetiva presença do advogado. Afinal, a Constituição garantiu o princípio do devido processo legal, que não se exaure com um formalismo divorciado dos demais princípios eleitos pelo constituinte.

A problemática do interrogatório do réu está intimamente ligada à concretização dos direitos fundamentais em face da Constituição. Nesse passo totalmente aprovada a concepção do professor Antonio E. Perez Luño, ao estabelecer um nexó entre os direitos fundamentais e o pólo condutor da sociedade:

*Así, se da un estrecho nexó de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho.*<sup>12</sup>

12 PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. 6. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1995. p. 19.

Em síntese resumida, devemos entender que o devido processo legal somente se completa com o princípio do contraditório e da ampla defesa, conforme continuamos demonstrando nos itens subseqüentes.

### 3- INTERROGATÓRIO: EXPRESSÃO DO CONTRADITÓRIO

Não é mais possível se entender o interrogatório como se fosse um assunto privado entre o réu e o juiz, conforme afirmou, inteligentemente, René Ariel Dotti.<sup>13</sup>

Tentamos demonstrar que o interrogatório tem natureza jurídica de prova. José Frederico Marques notou com proficiência: “Aplausos merece, portanto, o Código de Processo Penal, no tocante à regulamentação que deu a esse meio de prova (...)”<sup>14</sup>

Sendo, pois, meio de prova, o interrogatório reclama o contraditório que não pode ser completo apenas entre o juiz e o réu. É preciso que o réu tenha oportunidade de responder perguntas formuladas pelo Ministério Público e pelo seu defensor.

E a razão é muito lógica e simples. Primeiro, por se tratar de prova. Ademais, o Ministério Público deve ter o direito de interrogar aquele a quem acusou. E o acusado, de esclarecer ao órgão acusador suas dúvidas. Não nos esqueçamos de que foi o órgão do Minis-

13 MARQUES, José Frederico. O interrogatório à distância. *Revista Consulex*, Brasília, a. III, v. I, n. 29, p. 22, maio 1999.

14 Ob. cit., (volume II). p. 299.

tério Público que, cautelosamente, manuseou o inquérito policial para desencadear a jurisdição propondo a denúncia. A falta de uma indagação no interrogatório poderá se transformar em dilema para o Promotor de Justiça, quando das alegações finais. Há indagações que estão intrinsecamente vinculadas a determinados momentos de tal modo que, não realizadas, implica a impossibilidade de fazê-lo posteriormente. Para o exercício dialético do processo penal deve o interrogatório ser realizado à exaustão.

Participando o Ministério Público do interrogatório do réu, tem a possibilidade de esclarecer dúvidas que não foram dizimadas durante o inquérito policial. Não é demasiado notar que a denúncia tem por pressuposto a materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria. Ora, se a autoridade policial pode interrogar o indiciado, por que não poderia o órgão do Ministério Público, mormente quando se sabe ser essa instituição responsável pelo controle externo da atividade policial, nos exatos termos do art. 129, VII, do texto ápice do ordenamento jurídico?

Do mesmo modo e pela mesma fundamentação, o advogado deveria ter a oportunidade de indagar do acusado, principalmente, quando se reconhece não ter o magistrado se ocupado de detalhe imprescindível à defesa e que somente o acusado estaria apto a esclarecer.

Magistrados mais tradicionais, arraigados a esse traço inquisitorial do interrogatório, quando o princípio do contraditório já está plasmado pela citação válida do réu, ponderam que toda essa pretensão torna-se prejudicada ao se perceber que o réu poderá faltar com a verdade durante seu interrogatório.

Pensamos que essa ilação não é capaz de inviabilizar a participação efetiva do Ministério Público e do advogado durante o interrogatório do réu. Note-se que o acusado pode faltar com a verdade tanto junto à autoridade policial, quanto junto à autoridade judiciária. Não obstante, a autoridade policial faz questão de ouvi-lo e o Juiz não pode dispensar tal ato processual. Por seu turno, o Ministério Público vai buscar na inquirição do indiciado elementos para confeccionar a denúncia.

Pelo lado da defesa, na maior parte dos casos, o réu, geralmente pobre, não recebeu nenhuma orientação do advogado antes do seu interrogatório. Diante do juiz, o acusado não sabe como se portar. A participação do advogado realizando perguntas do seu interesse é a oportunidade do magistrado e do próprio Ministério Público de sentirem a convicção na tese sustentada pela defesa.

Não temos dúvida, portanto, em afirmar que os interrogatórios feitos sem a presença e participação do Ministério Público e do advogado são realizados ao arrepio da norma constitucional que prestigiou os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Ao comentar tais princípios pôde dizer Ivo Dantas:

*(...), o Direito Processual Penal é comprometido com a liberdade. Por isso, um código democrático há de ser informado pela necessidade de tutelar os direitos e garantias individuais, sem se descuidar, entretanto, da defesa social.<sup>15</sup>*

<sup>15</sup> DANTAS, Ivo. *Constituição Federal (Teoria e Prática)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. v. I. p. 264.

Diante de tais considerações, pensamos ser oferecido ao acusado o direito de se defender da maneira mais ampla possível, visto que está em perigo sua liberdade. E não é muito verificar que esse valor (liberdade) faz parte do *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

Como juiz criminal, consideramos o interrogatório como um dos momentos processuais mais importantes para a prestação jurisdicional. Fazemos cumprir rigorosamente o parágrafo único, do art. 188 do Código de Processo Penal. Esse dispositivo cuida da hipótese de o acusado negar a imputação, momento em que é convidado a indicar as provas da verdade de suas declarações.

Em nossa experiência, sem exagerar, a maioria não sabe o que dizer, declarando-se apenas inocente. Evidente que uma pergunta do advogado lhe seria muito mais benéfica, que todo esse espaço concedido ao seu desconhecimento jurídico, o qual poderia ser utilizado tecnicamente para tentar evidenciar a tese vislumbra da pelo advogado de defesa.

Insistimos, de modo quase irritante, que sendo o interrogatório ato posterior à formação da relação processual, deve se orientar pelos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e, principalmente, do contraditório, com a participação efetiva do órgão acusador (Ministério Público) e do advogado (defesa), porque assim o alcance e o sentido da Constituição Federal.

#### 4- INTERROGATÓRIO: CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

Não se pode negar que a posição do réu, deixando-se de analisar sua culpabilidade, é de inferioridade flagrantemente diante do Estado-juiz. Intimidado pela sua própria condição de réu, o indivíduo cercado de policiais ou na solidão de suas angústias, seguramente não terá condições de exigir os direitos fundamentais que lhes foram reservados pelo poder constituinte. Neste exato instante o réu está vulnerável à postura do Juiz, principalmente no que diz respeito à maneira de conduzir o interrogatório. Neste instante a ciência jurídica indaga onde o membro do Ministério Público para resguardar a aplicação das garantias individuais? Onde o advogado para representar o réu naquilo que lhe for negado como cidadão diante do Estado-juiz, inclusive para protestar, se necessário for, quando houver qualquer equívoco por parte do magistrado? Afinal, é o juiz um homem comum que poderá se equivocar no momento de tomar por escrito a expressão verbal do acusado. Não é demais lembrar que o próprio acusado deixará muitas vezes o magistrado, movido pela mais pura fé, distorcer aquilo que foi verdadeiramente declinado pelo réu. E o magistrado poderá fazê-lo movido pela mais pura boa-fé, movido por erro não intencional.

Mas não é apenas no aspecto da concretização das garantias individuais, como tais estabelecidas na Constituição Federal, que vislumbramos subsídios para argumentar a necessidade da presença do Promotor de Justiça e do advogado durante o interrogatório. O in-

terrogatório, em verdade, é momento único do processo penal. Apenas nesse ato o agente do fato imputado como criminoso é ouvido. Não se pode amesquinhar o instante em que o ator do fato fala sobre sua participação ou não no substrato normatizado como típico e antijurídico. Evidente que o legislador, quando da dicção do art. 188 do Código de Processo Penal, foi de uma felicidade ímpar ao estabelecer indagações de modo quase exaustivo em busca da autoria delitiva. Todavia, não se deve olvidar que a falta de uma pergunta, um detalhe aparentemente insignificante pode significar a diferença entre a liberdade e o cárcere.

Por ocasião do interrogatório é que o membro do Ministério Público vai ter a chance de conhecer pessoalmente aquele que levou às barras do Tribunal. E na condição de titular da ação penal, terá o Promotor de Justiça a chance de esclarecer algum ponto obscuro do inquérito policial, perceber as reações do acusado, indagar e ouvir aquele que antes era apenas um nome sem identidade, apesar de devidamente qualificado. E, evidentemente, se a pergunta do inquisidor tem por objetivo demonstrar a autoria, a resposta do acusado tentará explicitar sua inocência, nascendo dessa dialética o conteúdo sobre o qual irá decidir o magistrado.

A hermenêutica constitucional mais autorizada, como já frisamos, é no sentido de buscar na Carta Magna o alcance sistêmico do conjunto normatizado. Assim, antes de ser o Ministério Público *dominus* da ação penal tem o compromisso com a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Não sem ra-

zão, Hugo Nigro Mazzilli<sup>16</sup> estabelece que ao Ministério Público cabe zelar para que não haja disposição alguma de um interesse que a lei considere indisponível. E para exemplificar esse fluido conceitual da indisponibilidade, o Procurador de Justiça evoca a liberdade como direito fundamental em busca de concretização. Ora, o Ministério Público acusa para estabelecer a reprovabilidade a posteriori, como não poderia deixar de ser, consoante o princípio da presunção de inocência, devidamente consagrado na Constituição Federal, nos exatos termos do seu art. 5º, LVII. Assim, o primeiro compromisso do órgão ministerial é com a liberdade. Deve, pois, criar oportunidade para o réu se defender mesmo quando acusa.

Se a presença do Promotor de Justiça, ao nosso pensar e à luz da Constituição vigente é indispensável, tanto ou mais necessário torna-se o comparecimento atuante do advogado do réu. Para efetivar a participação do advogado do réu em audiência de interrogatório era simplesmente necessário determinar na citação a obrigatoriedade de o acusado se fazer acompanhado de seu patrono. No caso do réu pobre, a Constituição, de logo, apontou a solução ao criar a defensoria pública nos termos do seu art. 134, bastando, como já dissemos, que o Delegado de Polícia declinasse, quando do seu relatório nos autos do Inquérito Policial, que o indiciado não tem condição de constituir advogado.

Às vezes, o magistrado não esgotou as possibilidades de indagações possíveis para revelar a verdade

16 MAZZILLI, Hugo Nigro *Regime Jurídico do Ministério Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 78.

do caso, em que pese ter realizado todas as inquirições contidas no art. 188 do CPP. Mas há sempre algo mais naquele inciso VII do mencionado dispositivo que se revela nas entrelinhas do raciocínio, nem sempre linear (*todos os demais fatos e pormenores, que conduzem à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração*). É costume os magistrados mais cuidadosos com o princípio da ampla defesa indagarem do interrogado se o mesmo tem mais alguma coisa a dizer além do que foi perguntado. Geralmente, o réu agradece a *gentileza* do juiz, com receio de produzir prova contra si, numa demonstração cabal do seu desamparo processual.

Não bastassem esses argumentos, deveríamos invocar o Capítulo IV, do Título IV da Constituição Federal para dizer que o Ministério Público, a advocacia pública, a advocacia e a defensoria pública são funções essenciais à Justiça.

Ao se pronunciar sobre essa alta indagação jurídica, J. Cretella Jr. ministrou:

*Na parte penal, é mesmo obrigatória a presença do advogado, o mesmo ocorrendo nos processos administrativos. Nestes dois casos, se o indiciado não apresenta advogado, o poder público diligencia em apontá-lo. Do contrário o processo é nulo. Célebre nos Estados Unidos, o caso, descrito no livro A trombeta de Gedeão (Gideon's Trumpet), em que uma pessoa é condenada por haver furtado, tendo, porém, comparecido a juízo, sem advogado. A Corte Suprema da Nação anulou o processo, falho porque o*

*Estado negligenciara o due process of law, tendo o caso tido tal repercussão que foi inserido como Emenda, na Constituição Federal.<sup>17</sup>*

Uma outra observação que não pode deixar de ser feita para elidir o argumento segundo o qual a dialética do interrogatório seria inútil, visto que o réu não está obrigado a dizer a verdade, é lembrar que o informante também não presta compromisso e mesmo assim desperta interesse dos sujeitos processuais, vale dizer do Juiz, do órgão do Ministério Público e do advogado.

O processo penal, na sua inteireza, busca estabelecer do modo mais contundente possível a dignidade da pessoa humana, consoante mandamento principiológico, de categoria estruturante da Carta Magna que rege os dias presentes na percepção explícita do seu art. 1º, III. Assim, o interrogatório do réu na presença do Ministério Público e do advogado prestigia o arcabouço basilar do Estado brasileiro contemporâneo.

## 5- CONCLUSÃO

Neste modesto articulado tivemos a pretensão de demonstrar que o processo penal tal como inaugurado pela Constituição vigente tornou-se mais exigente com relação à dialética do julgamento dos indivíduos, exigindo, de modo incontestável, os instrumentos necessários para a efetivação dos princípios indispensáveis à liberdade. A postura da magistratura, do Ministério

.....  
<sup>17</sup> CRETELLA JÚNIOR, op., cit., p. 3344.

Público e da advocacia é no sentido de colocar à disposição daqueles envolvidos no processo penal a possibilidade da ampla defesa e do contraditório.

Pensamos, portanto, que este arrazoado tem o mérito mínimo de tentar resgatar o interrogatório como prova produzida pela parte acusada do fato imputado pelo Estado. Não deve, pois, ser considerado o interrogatório, na perspectiva da melhor técnica jurídica, ato privativo entre o réu e o juiz, como se pudessem o órgão ministerial e o advogado permanecer alheios ao desdobramento do que ali foi dito.

Não se pode mais conceber que o Ministério Público e o advogado vislumbrem no interrogatório ato meramente formal. Com essa postura pode-se estar perdendo o momento mais importante da instrução criminal, sem o qual o depoimento das testemunhas e a prova pericial requerida postam-se num vácuo, pois perderam o referencial humano, que somente o réu pode fornecer.

Não nos parece que os Juízes estariam cometendo atitude inconstitucional se franqueassem a palavra ao Ministério Público e à defesa quando do interrogatório do réu. Todavia, não basta que o magistrado tenha essa postura de vanguarda: é preciso que o próprio membro do Ministério Público assuma um novo comportamento diante do interrogatório, bem como o advogado.

No intuito de atualizarmos a legislação infraconstitucional com o ápice da ordem jurídica consagrada, esperamos que os reformadores do Código de Processo Penal pensem demoradamente sobre a problemática objeto do presente artigo.

## 6- REFERÊNCIAS

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. v. VI (arts.92-144).

DANTAS, Ivo. **Constituição Federal** (Teoria e Prática). Rio de Janeiro, 1994. v.II 412 p.

DOTTI, René Ariel. O interrogatório à distância. **Revista Consulex**, Brasília, a.III, v.1, n. 29, p. 22-25, maio, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. 253 p.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. 231 p.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v.III. 423 p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 426 p.

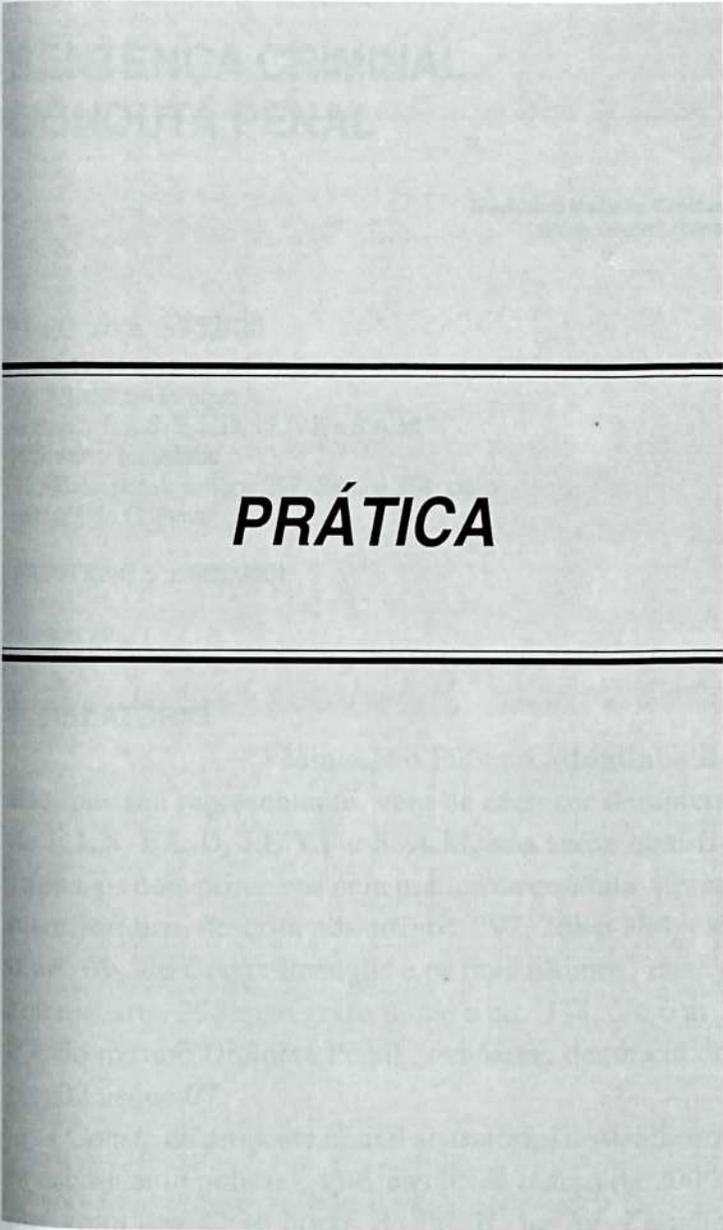
MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 500 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. 720 p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1995. 865 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v.II. 712 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1 567 p.



**PRÁTICA**

# SENTENÇA CRIMINAL. CONDUTA PENAL

*Teodomiro Noronha Cardozo*  
Juiz de Direito Criminal

Processo n. 3962/00

A. Ministério Público

Réu(s): E.L.S, E.L.D, J.L.V.F e S.A.M

Vítima: a sociedade

Conduta penal: artigos 297, 288, e 334, c/c o art. 69, do C. Penal

**SENTENÇA n. 001/2001**

Vistos, etc.

## 1- RELATÓRIO

O Ministério Público, (**dominus litis**), por seu representante, vem de oferecer denúncia de E.L.S, E.L.D, J.L.V.F e S. A.M, nos autos qualificados, os dois primeiros pela prática da conduta típica e antijurídica, descrita nos artigos, 297, 288 e 334, c/c o art. 69, do Codex Poenalis e os dois últimos, incurso nos arts. 288, parágrafo único e art. 334, c/c o art. 69, do mesmo Diploma Penal, conforme denúncia de fls. 02 usque 07.

Consta da proposta inicial acusatória, ilustrada em procedimento policial, que aos 05 de março de 2000, por volta das 22:30 horas, na PE-01, na Av. Cláudio

Gueiros Leite, no Bairro do Janga, neste Município, policiais civis e militares, em operação-bloqueio de repressão e prevenção ao crime, surpreenderam em flagrante delito os réus E.L.S e E.L.D, fazendo uso de documentos falsos. Na mesma operação, a polícia surpreendeu o primeiro réu portando uma pistola Taurus 380 mm, nº KMG 02707, com três carregadores e 34 (trinta e quatro) cartuchos intactos. Os réus vinham no interior do veículo Astra, acompanhados dos demais réus J.L.V.F e S.A.M, todos preparando-se para executarem assaltos de pequenas e grandes proporções.

Sustenta a denúncia que, após obterem informações através do COPOM, de que quatro elementos ocupavam um veículo Astra, cor branca, placa 3453-PB, em atitudes suspeitas, os policiais integrantes do bloqueio montado no Janga, em alerta, pararam-nos e após várias indagações acerca da averiguação dos dados funcionais do réu E.L.S, que se apresentou como agente da Polícia Judiciária Estadual, verificou-se a falsidade material do documento público usado, com a fotografia do possuidor e dados do policial J.M.S. A descoberta do uso do documento contrafeito chamou a atenção dos policiais, fazendo-os transferir o caso a uma delegacia especializada, onde, através de interrogatórios e investigações mais aprofundadas, elucidou-se que os réus fazem parte de uma quadrilha fortemente armada, especializada em cometer crimes contra carros fortes, bancos, estabelecimentos comerciais de grande porte, como supermercados e a cidadãos comuns.

É narrativa da denúncia que ao dar seqüência às diligências, a Polícia Judiciária estadual apreendeu na casa do réu J.L.V.F, situada na Rua 10, nº 42, UR-11, Ibura, Jaboatão dos Guararapes-PE., um fuzil Ar-15 Colt, cal. 223 USA, nº SER-PMH002154; um fuzil AR-15 Colt A2, cal. 223 USA, nº SER-022353, uma pistola 9 mm, com pente, nº TOC-58.838; uma metralhadora Intratec-Miami LFA 9 mm, modelo TEC nº 48.850 e duas granadas ativas, caracterizados como material bélico importado ilegalmente dos Estados Unidos, de grande potencial danoso, pertencentes ao grupo estruturado, para cometer grandes assaltos.

Conta ainda a peça inquisitorial que, próximo à casa de J.L, o terceiro réu, foi encontrado pela Polícia Judiciária o veículo S-10, marca Chevrolet, tipo pick up, de cor verde, placa KHM-8585, roubado mediante assalto perpetrado contra a vítima P.Q.F.N, no dia 24/02/00, na Rua Pres. Kennedy, Candeias, Jaboatão dos Guararapes-PE., tendo a vítima reconhecido os réus E.L.D. e S.A.M, como os autores da subtração do veículo Chevrolet S-10.

Consta da peça policial que entre os crimes consumados pelos integrantes da quadrilha no Estado de Pernambuco, registram-se os assaltos ao carro forte da empresa de vigilância e transporte de valores Preserve, no Shopping Market Place, em Piedade, Jaboatão dos Guararapes, onde roubaram a quantia de R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais), e ao banco Bradesco de Camaragibe, de onde levaram cerca de R\$

16.000,00 (dezesseis mil reais), assalto ao supermercado Kennedy e à Gerda, dentre outros citados, pretendendo os réus, no dia seguinte ao fato, assaltarem o supermercado Bompreço do Janga; também antes da efetivação das suas prisões, os réus planejaram um assalto contra um carro forte no Shopping Center Tacaruna, mas quando se preparavam para executá-lo, desistiram diante da presença de uma viatura policial no local.

A falsidade da carteira de identidade usada pelo réu E.L.D. consistia na aposição da sua fotografia no documento de identidade autêntica, pertencente à pessoa de J.J.O, nome com o qual se identificou na barreira policial, citado réu com domicílio no Rio de Janeiro-RJ e Pau Amarelo, Paulista, foragiu-se do Estado de Sergipe, onde fora preso por assalto a carro forte, naquele Estado.

A carteira funcional de agente de polícia civil deste Estado, apreendida em poder do réu E.L.S, servia para facilitar o deslocamento do grupo armado no Estado de Pernambuco e para isentá-lo da fiscalização dos órgãos oficiais de segurança, apresentando-se como se policial fosse, tendo dito réu adquirido o veículo Astra, já especificado, com o produto do roubo, obtido no assalto consumado contra o carro forte da empresa Preserve, que lhe rendeu uma quantia elevada de dinheiro em espécie.

S.A.M. último réu, sem carteira de identidade, ingressou no submundo do crime desde os 16 (dezesseis) anos de idade, e no ano de 1997, na cidade de

Olinda-PE., houvera sido preso e recolhido ao Presídio Prof. Aníbal Bruno, lá permanecendo durante um (01) ano e seis (06) meses, por tentativa de assalto a um carro forte.

Além dos réus são citados como integrantes da organização criminosa os indivíduos conhecidos por “Joãozinho”, também conhecido por “Gordinho” ou “Baiano”; “Negrão”, também conhecido por “Paulista”; “Teixeira”, “Betinho”, “Márcio”, “Chiquinho” e “Quiel”, e pelas circunstâncias e *modus operandi* integram a organização criminosa alguns indivíduos residentes em outros Estados da Federação, convocados especialmente, para agir quando vão executar assaltos contra entidades bancárias e carros fortes.

Nos assaltos consumados pela quadrilha costumeiramente usavam carros roubados de outras vítimas, a exemplo de como iria acontecer com a S-10 subtraída da vítima P.Q. que, com a placa substituída, serviria nos próximos crimes planejados.

Antes de iniciarem a sociedade criminosa em Pernambuco os réus agiram no Estado de Alagoas e possivelmente em outras unidades da federação, conjunta ou separadamente, nos assaltos que perpetravam.

O **libellum** inicial fora recebido aos 21/03/00 acompanhado dos autos do procedimento inquisitorial de fls. 08 usque 53.

Avultam-se do caderno de investigação o auto de prisão em flagrante, fls. 11/21; os autos de apresentação e apreensão de fls. 23 e 24; a cópia da identidade funcional de policial civil e uma identidade expedida pela SSP/AL, fls. 25; o relatório geral de veículo do

Detran-PE., fls. 26; as notas de culpa de fls. 33 a 36; a queixa relativa ao roubo do veículo pick-up S-10 de fls. 37; o auto de reconhecimento de fls. 39; o auto de entrega a pick up S-10, fls. 40; o mandado de recolhimento de fls. 48; o relatório da autoridade policial de fls. 50 usque 52.

Solicitação de liberdade provisória, mediante fiança, em favor dos réus E.L.D e S.A.M. às fls. 55/56; decisão do Juiz Plantonista indeferindo o pedido, fls. 57; novo pedido de liberdade provisória mediante fiança em favor dos acusados E.L.D. e S.A.M. fls. 58/59, e documentos de fls. 60 a 77 (instrumentos de outorga de poderes, fls. 70 e 71); parecer Ministerial contrário ao arbitramento da fiança em favor de E.L. e S.A.

Na prisão, onde se encontram os réus E.L.S, E.L.D, J.L.V.F e S.A.M. viram-se interrogar (neste Juízo), conforme termos de fls. 93 usque 103, sendo a defesa prévia, a favor de E.L.D. e S.A.M. apresentada às fls. 150; requerimento do Ministério Público, fls. 151, solicitando a juntada de documentos, fls. 152/157.

Na fase da instrução da prova, para formação da culpa, foram inquiridas (4) quatro testemunhas do rol da denúncia, conforme assentada de fls. 161 usque 167, e 332 a 334. Foram inquiridas (15) quinze testemunhas do rol da defesa, ut assentadas de fls. 335 a 344, 494/497.

Defesa prévia de E.L.S. fls. 176 usque 190 (procuração, fls.; 190), além de documentos de fls. 192 a 227; respostas de diligências policiais, fls. 237/242. Defesa prévia do réu J.L.V.F. e instrumento de outorga de poderes, fls. 260 e 261; pedido de liberdade

provisória em relação a J.L.V.F. e documentação anexa, fls. 262 e 265.

Resposta de diligência junto ao Detran-PE., fls. 267/272, 276/277; despacho do MM Juiz decretando a prisão preventiva dos réus, fls. 274 e 275; informações prestadas pela SSP/PB, fls. 278/284; pela SSP/SE, fls. 285/289; pela SSP/BA, fls. 290/294; folhas de antecedentes de J.L.V.F. e S.A.M. fls. 295 e 296.

Resposta de diligência feita ao Detran-PB., fls. 308/309; folhas de antecedentes criminais dos denunciados E.L.S, E.L.D, J.L.V.F. e S.A.M. de fls. 312 a 315; laudo pericial de fls. 319 usque 328.

Petição do defensor do réu E.L.S. requerendo que o feito seja chamado a ordem de fls. 345/349. Informação do Detran-PE., sobre o veículo Chevrolet, mencionado nos autos, fls. 376; informação da SSP/SP, fls. 377/378; aditamento da denúncia às fls. 381 a 385, considerando os réus também incursos nas penas do art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97; despacho do MM Juiz analisando a petição do defensor de E.L., determinando o prosseguimento do feito; laudo pericial do automóvel GM/Astra de fls., 388/397; laudo pericial dos documentos apreendidos com o acusado E.L.S. de fls., 400 a 422.

Na esteira do artigo 499, do Código de Processo Penal, a representante do MP nada requereu, fls. 497 verso e a Defesa do réu S.A.M, solicitou a juntada dos documentos de fls. 540 a 542; os demais defensores nada requereram, apesar de intimados pelo DOE, fls. 539.

Juntada de folhas de antecedentes criminais, solicitadas pelo Juízo; fls. 499 a 502; fichas carcerárias

dos réus, fls. 503 usque 511 verso; antecedentes criminais fornecidos pelo Instituto de Identificação de São Paulo, fls. 516/518; antecedentes fornecidos pelo Instituto de Identificação do Rio de Janeiro, fls. 521, 523, 525 e 527.

Acórdão do *Habeas-Corpus* denegatório da liberdade provisória do réu J.L.V.F. fls. 572/577.

Concluída a colheita da prova, as partes aduziram alegações finais. O Ministério Público, fls. 557 usque 563. As Defesas técnicas dos réus: E.L.D. e S.A.M. fls., 582 a 584, E.L.S. fls. 586 usque 607, e J.L.V.F. fls. 615.

Em sede de Alegações Finais a representante do Ministério Público, após análise minudente da prova dos autos, afirmando estarem provadas a autoria e a materialidade, pugnou pela condenação dos réus E.L.S. e E.L.D. nas penas dos arts. 297, 288, parágrafo único, art. 334, c/c o art. 69, todos, do Código Penal e art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97; J.L.V.F. e S.A.M. nas penas dos arts. 288, 334, art. 157, § 2º, incisos I e II, todos, do Código Penal e art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97.

O Defensor dos co-réus E.L.D. e S.A.M. após análise da prova dos autos, afirmou não estarem caracterizados os delitos de formação de quadrilha e de roubo, sendo também absurda a imputação, segundo afirmou, da conduta do art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97. Alfim, apresentando a tese de negativa da autoria propugnou pela improcedência da denúncia.

O Defensor do co-réu E.L.S., após detalhada análise da prova dos autos, sustentou que o delito de contrabando não passa de extravagância do Órgão Acusador, sendo a competência para processar da Justiça

Federal, a teor do art. 109, IV, da Constituição Federal, restando, por conseguinte, competência originária daquela Justiça para processar os demais delitos em conexão, nos moldes dos arts. 69, III; 74 e 78, III e 79, do CPP; aduz que se as armas pertencentes ao grupo não se destinavam ao comércio, não se caracterizou o crime de contrabando de que trata o art. 334, do CP. Afirmou, ainda, não haver prova nos autos que indiquem que as armas pertenciam a seu constituinte; requer a declinação da competência deste para o Juízo Federal; acha absurda a imputação do art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437.97, não merecendo êxito, segundo afirmou, a violação ao art. 297, do CP. Alega, ainda, que o crime eventualmente cometido pelo réu foi o do art. 307 e não do art. 297. Argüiu as nulidades de violação ao princípio do Juízo Natural e violação ao princípio da ampla defesa e inépcia da denúncia. Por fim, propugnou pela improcedência **in totum** da denúncia.

A Defensora do co-réu J.L.V.F. afirmou que as armas encontradas na residência do seu constituinte pertenciam a um cliente conhecido por "Baiano", que pediu para guardá-las, pois o réu é motorista de transporte alternativo e costumava ser contratado para serviços extras; que as armas estavam dentro das bolsas; que não foi reconhecido como autor do delito de que fora vítima P.Q.F.N; que não está caracterizado o delito de quadrilha; propugnou pela absolvição do réu.

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório,

Passo a decidir:

## 2- FUNDAMENTAÇÃO

O Ministério Público, titular do **jus accusatio- nis**, imputou, nas alegações finais, aos réus E.L.S. e E.L.D. as condutas normativas dos arts. 297, 288, parágrafo único, art. 334, c/c o art. 69, todos, do Código Penal e art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97; aos réus J.L.V.F. e S.A.M. as dos arts. 288, 334, art. 157, § 2º, incisos I e II, todos, do Código Penal e art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97.

### a) *In limine*:

Cuido, inicialmente, de analisar as preliminares argüidas pelo Defensor do co-réu E.L.S.:

1) violação do princípio do juízo natural. Conquanto já rechaçada no despacho exarado às fls. 386/387 inexistente no âmbito do processo penal a identidade física do juiz, princípio processual insculpido no art. 132 do Código de Processo Civil, que vincula o juiz que colheu a prova a julgar o feito.

2) violação ao princípio da ampla defesa. O antigo Defensor do co-réu E.L.S. e J.L.S.V.F. habilitou-se nos autos no dia 03.04.2000 (fls. 104 a 106). Por despacho exarado às fls. 108/111 designei audiência de oitiva das testemunhas do rol da denúncia para o dia 24.04.2000 às 14:10 horas. O expediente foi preparado no dia 12.04.2000 (requisições de policiais, portaria de requisição dos réus, diligências, etc). Ocorre que no dia 17.04.2000 o Dr. E.D.L.G. renunciou ao patrocínio da defesa dos co-réus. No dia da audiência, verificando que os co-réus irmãos E. e J.L.V. estão sem defensor com a anuência expressa de ditos réus, con-

forme consta da ata de fls. 161, nomeei o Dr. J.I.R. que aceitando o encargo de logo apresentou prévia de defesa, abrindo o Juízo prazo para apresentação do rol de testemunhas (fls. 161). Logo, ressalvado o devido processo legal – contraditório e ampla defesa – inexistente a nulidade a pronunciar. Além do mais nenhum prejuízo fora alegado e, na seara do processo penal, não se declara nulidade se não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. Vale lembrar o princípio do Direito Comparado Francês: “Pas de nulité sans grief”.

3) no tocante à questionada nulidade por inépcia da denúncia é de ver-se que ela preencheu os requisitos do art. 41, do Código de Rito Penal. A ressaltar que as omissões da denúncia podem ser supridas a todo tempo, antes da sentença final (art. 568, do mesmo Diploma Processual Penal). No mais, o réu se defende dos fatos articulados na denúncia e não da capitulação legal levada a efeito pelo Ministério Público.<sup>1</sup>

À luz desses argumentos, rejeito todas as preliminares argüidas.

### b) *De meritis*:

1 PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. ERRÔNEA CAPITULAÇÃO LEGAL. CRIME PLURISSUBJETIVO. QUADRILHA. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DA CONDUTA DE CADA PARTICIPANTE. DISPENSABILIDADE. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA. 1. O réu defende-se dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação legal levada a efeito pelo Ministério Público que, eventualmente equivocada, não rende ensejo à inépcia daquela peça, conclusão a que também se chega quando, nos crimes plurissubjetivos, como, por exemplo, o de quadrilha, deixa-se de pormenorizar a conduta de cada participante. Precedentes desta Corte e do STF. 2. Ordem denegada. HC 13385/SP; Habeas Corpus, Dj 25.09.2000. STJ Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, decisão unânime.

E.L.S. na fase policial confessou os fatos a ele imputados: confirmou a prática de vários assaltos praticados contra estabelecimentos bancários deste Estado; que ao tempo da prisão encontrava-se no interior do veículo Astra de sua propriedade, cor branca, quando se dirigia ao bairro do Janga para deixar os co-réus E.L.D e S.A.M; que ficou constatado que ele encontrava-se com uma carteira da polícia civil deste Estado, que comprou de um caminhoneiro por R\$ 700,00 (setecentos reais) e que a mesma não é fictícia, porém não pertence ao interrogando; que por ocasião da prisão encontrava-se com uma pistola da marca Taurus calibre. 380 n. KMG 02707, municada, a qual encontrava-se no piso do veículo; confessou um assalto à agência do Bandepe de Camaragibe, no ano passado, após as festas juninas, utilizando-se de um veículo Fiat Marea pelos integrantes da gangue: P.L, M. ou S, M. e J; que o assalto rendeu R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais), lucrado ele a importância de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais). Narrou ainda o assalto a um supermercado do Jaboatão em companhia dos mesmos indivíduos...; que os fuzis AR-15, metralhadora e pistola viviam na casa de seu irmão J.L.;... que comprou o veículo Astra com dinheiro de parada (fls. 18/19). Em Juízo, retratou-se da confissão extrajudicial (fls. 98/100).

E.L.D. na fase pré-processual se apresentou à autoridade policial judiciária com uma identidade em nome de J.J.O, contendo sua fotografia 3x4; que no momento da prisão dera o nome de J.J.O, sendo E. o seu nome verdadeiro; que é fugitivo de Aracaju, onde

cometeu crime de assalto a carro-forte; que estava programando um assalto a um carro-forte no Shopping Marketing Place situado em Piedade, pois ia botar juntamente com S., J.L. e outros comparsas de São Paulo; que o G. ou H. foi quem arquitetou o plano; que, realmente, assaltaram o Shopping Marketing Place de Piedade de onde levaram um malote com R\$ 168.000,00 (cento e sessenta e oito mil reais), tendo ele lucrado R\$ 12.000,00 (doze mil reais); que iriam assaltar o Shopping Taracuna, não realizaram porque não haviam conversado; que as armas eram uma pistola e uma mini-metralhadora; afirmou que somente no dia da prisão tomou conhecimento de dois fuzis AR-15, uma metralhadora, uma pistola e duas granadas que se encontravam na casa do G.; que assalta há bastante tempo e tinha conhecimento de que o co-réu E. portava uma carteira da Polícia Civil de Pernambuco; que o policial da Ronda desconfiou porque perguntou a matrícula de E. e este colocou a carteira no farol do carro; que o policial deteve E. o interrogando, S. e J.L.; (fls. 20/21). Em Juízo, o co-réu E. retratou-se, parcialmente, de sua confissão extraprocessual; afirmou ser fugitivo da penitenciária do Estado de Sergipe, onde fora preso por assalto a carro forte; (fls. 95/96).

J.L.V.F. na fase extrajudicial confessou que fora preso num bloqueio policial no veículo do seu irmão E. na companhia do próprio E., S.A. e J.J. (E.); que conduzia os dois últimos para o bairro do Janga, neste Município; que reside no Estado de Alagoas e que assaltou bancos e estabelecimentos comerciais neste Estado na companhia de J., N., M. e Q.; que, utilizando

um Vectra azul roubado assaltaram o Bradesco de Camaragibe, armados de pistola, de onde levaram a quantia de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), tendo lucrado mais de mil reais; esclarece que J. é também conhecido por B. e o N. por P.; que o co-réu S. estava nesse assalto; que no ano passado assaltou o mercadinho Kennedy de Paulista juntamente com Q., que reside em Abreu e Lima e B., utilizando um Corsa roubado; que levaram do mercadinho cerca de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), tendo lucrado mais de cinco mil reais; que assaltaram uma casa lotérica em Jardim Paulista levando R\$ 200,00 (duzentos reais); que a gangue é formada por E. (B.) (co-réu), J.J. (E.), T., B. e B.; que na segunda-feira passada pretendiam assaltar o Shopping Center Tacaruna, tendo dado errado, mas iam estudar o plano novamente; que as armas utilizadas no assalto eram dois fuzis AR-15, as pistolas e granadas; que em sua casa se encontravam os dois fuzis com pente e várias munições, adquiridas por J. (B.) no Estado da Bahia por cinco mil reais, cada (fls. 16/17). Em Juízo, o co-réu J.L. retratou-se da confissão extrajudicial, afirmando, porém, que fora preso e no interior do veículo fora encontrada a pistola cal. 380 e a carteira falsificada e com a fotografia de seu E.; confirmou que o arsenal foi levado à sua casa pelo B., que lhe pedira para guardar; que as sacolas contendo as armas estavam guardadas debaixo da cama do interrogando; que o veículo S-10 estava sendo dirigido pelo B.; que é conhecido pelo apelido de G. por E. e por E. (fls. 102/103).

S.A.M. confirmou na fase policial conhecer os demais co-réus; que fazia parte de um grupo da Bahia;

que conheceu a pessoa de B. (E.), que fazia parte de outro grupo; após passar um ano e seis meses presos no Presídio Prof. Aníbal Bruno resolveu procurar o B. após conseguir a liberdade; que desde que deixou a prisão vem praticando assalto para sobrevivência; que participou do assalto do Bradesco de Camaragibe, pelo qual teve direito a R\$ 1.700,00 (mil e setecentos reais); que nesse evento estavam J.L. e E. e um conhecido por J. e outros dois que foram trazidos por B.; que participou do assalto à Gerdau no bairro do Curado onde lá estiveram R. e P.; que estavam programando assaltar o Bompreço do Janga; que esse assalto seria praticado com o veículo S-10 de cor verde, que tinha sido tomado de assalto por integrantes do grupo e estava em poder de J.L.V.F., também conhecido por H;...”que E.L.S. foi abordado com uma Carteira de Polícia e uma (01) pistola, inclusive, acrescenta o declarante que tomou conhecimento de que o mesmo era o líder do grupo, justamente, por se apresentar como se policial fosse; que, desde que o conheceu, que o autuado tinha o conhecimento de que E. era policial, motivo pelo qual todos tinham como líder, que facilitava com sua carteira de policial, a passagem por bloqueios da PMPE”; que se tivesse dado certo o assalto que pretendiam fazer, o próximo seria o do Shopping Tacaruna (fls. 13/15). Em Juízo o co-réu S. retratou-se da confissão extrajudicial; afirmou que na hora da prisão encontrava-se num trailer a 10 (dez) metros comprando lanche para sua esposa, (fls. 93/94).

Afirmou a testemunha M.F.S., *verbis*: (...) “que já na delegacia de furtos de veículos o co-réu E. se apre-

A testemunha A.A.S. confirmou a prisão em flagrante dos réus; afirmou que E. apresentou-se como policial e, tratando-se de um colega, iria informar ao COPOM que não se tratava de quatro elementos, desconfiou porque a matrícula era antiga e dadas as contradições perguntou em que delegacia E. trabalhava e ele respondeu em Carpina, neste Estado, com o Dr. G., que já estava aposentado...”; que E. identificou-se com o nome de J. J...; “que E. confessou que a pistola 380mm pertencia a ele e que comprou por trezentos reais e a carteira de policial civil a um motorista, num posto de gasolina, por setecentos reais” (fls. 333/334).

A materialidade “**corpus delicti**” positiva-se no auto de apresentação e apreensão de fls. 23/24 de um veículo Astra, ano 1995, cor branca, placas MNV3453-PB, chassi WOLOOOO58S5139108; (1) uma pistola marca Taurus, cal. 380, n. KMG02707 com (3) três carregadores e trinta e quatro cartuchos intactos; (1) uma carteira funcional de Agente de Polícia SSP/PE n. 06338 em nome do policial J.M.S., matrícula 39.001; (1) uma carteira de identidade n. 379.863-SSP/PE em nome de J.J.O., contendo a fotografia do co-réu E.; (1) um veículo marca S-10 de cor verde, placas KF12732-PE “fria”, chassi 9BG138CRVVC944179, objeto de roubo; (01) um fuzil AR-15 colt cal. 223USA, n. SER-PMH002154; (01) um fuzil AR-15 colt A-2, cal. 223USA, n. SER-022353; (01) uma pistola 9mm com pente, n. TOC-58838; (01) uma metralhadora Intratec-Miami Fla 9mm, mod. TEC n. 48850; (02) duas granadas ativas e laudos periciais de fls. 319/326 e 401 usque 422, respectivamente.

A autoria, consistente e irrefutável, deduz-se dos depoimentos judicializados, sob o crivo do contraditório.

Analisando as teses da acusação e da defesa e, à luz da prova granjeada no ventre dos autos, firmo convencimento de que os réus violaram os preceitos primários: E.L.S. e E.L. dos artigos 297, 288, parágrafo único, e art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97 c/c os arts. 29 e 69, do Código Penal; J.L.V.F. e S.A.M. os preceitos primários dos arts. 288, parágrafo único, e art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97 c/c os arts. 29 e 69, do CP.

Não vislumbrando caracterizado o delito de contrabando – art. 334, do CP – em conexão com os de formação de quadrilha e porte ilegal de armas restritas e ou proibidas, impõe-se a absolvição dos réus dessa imputação de contrabando.<sup>2</sup>

**Mutatis mutandis** o delito do art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP imputado aos co-réus J.L.V.F. e S.A.M. nas alegações finais não pode prosperar, sob pena de malferir o princípio do devido processo legal, que alberga os consectários da ampla defesa e do contraditório. Além do mais, o delito fora praticado em Piedade

2 “CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ARMA DE USO RESTRITO OU PROIBIDO. CONTRABANDO. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE LESÃO OU PERIGO DE LESÃO AOS BENS TUTELADOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. I - O porte ilegal de arma de fogo de uso restrito ou proibido não enseja, por si só, a competência da Justiça Federal, mormente quando não caracterizada a conexão com os delitos de **contrabando**, descaminho ou tráfico internacional de entorpecentes. II - Não ocorre, em princípio, lesão ou perigo de lesão à integridade territorial, à Soberania Nacional, ao Regime Representativo e Democrático, à Federação, ao Estado de Direito, ou à pessoa do Chefe dos Poderes da União. III - Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Campo Grande/MS.” STJ – Conflito de Competência, Terceira Seção, relatoria do Min. Gilson Dipp, DJ 25.09.2000.

e, sem conexão com os outros, deve ser processado na Comarca do Jaboatão dos Guararapes, impondo, destarte, a remessa de peças àquele Juízo, nos termos do art. 40, do CPP.

Ora, tratando-se de nova definição jurídica do fato, a teor do art. 384, do CPP, ter-se-ia que baixar os autos à acusação para aditamento e à defesa para produzir prova, porquanto, trata-se de delito de aplicação de pena mais grave.

A ressaltar, entretantes, que o concurso material dos delitos do art. 288, parágrafo único, e art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97 não representa **bis in idem**, ou seja, dupla condenação, pelo mesmo fato, tendo em vista os desígnios de conduta e autonomia dos delitos perpetrados, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, seguido pelo TRF da 4ª região e tribunais estaduais, *verbis*: “A quadrilha é crime autônomo, que independe dos crimes cometidos pelo bando” (STF, RT 565/409; TJSC, RT 710/327); TRF da 4ª R., Aps. 5.616 e 28.400, DJU 7.12.94, p. 71870).<sup>3</sup>

A retratação em Juízo das confissões extrajudiciais levadas a efeito pelos réus perante a autoridade policial judiciária são inverossímeis, porquanto, não encontram apoio sequer em indícios e ou circunstâncias. A orientação do Dr. Theodônio Supremo Tribunal

. . . . .

3 “O crime de quadrilha é sempre independente dos crimes que pelo bando vierem a ser praticados; o membro da quadrilha será co-autor do crime para o qual concorrer e este delito poderá ser isolado do conjunto dos demais crimes praticados pelo bando” (STF, RTJ 88/468). No mesmo sentido decidiu o Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, *verbis*: “O crime de quadrilha ou bando tem completa autonomia jurídico-penal e, portanto, existência própria, independendo, assim, dos delitos que seus participantes venham a praticar” (RT 607/282).

Federal é no sentido de que a confissão feita na polícia, embora retratada em Juízo, tem valia, desde que não elidida por indícios ponderáveis, mas ao contrário, perfeitamente ajustável aos fatos apurados (RCRM. 1.261, DJU, 2.4.76, p. 22225...).<sup>4</sup> Além do mais, o ônus da prova cabe a quem alega (art. 156, do CPP). Quem alega inocência tem o dever jurídico de prová-la, sob pena de incorrer em confissão ficta: conforme entendimento jurisprudencial: “Quem alega deve prová-lo, sob pena de confissão” (4º, Grupo de Câms. do TACrimSP, RVCrim 116.058, em 22.9.82 - v. u. - Rel. o então Juiz J.M.).

Nessa linha de raciocínio, firmo o convencimento de que os réus agiram com vontade livre e consciente; desígnios autônomos; determinação e finalismo de conduta, afigurando-se a culpa - dolo específico- (**animus auctores**)- pressuposto de pena, porquanto, percorreram eles todo o **iter criminis**, da **cogitatio** à **meta-optata**. Os réus, na qualidade de co-autores, detinham o domínio finalístico da ação, comprovado o nexo causal objetivo entre a ação e o resultado, porquanto, comprovada a **societas sceleris**, traduzida no dolo de associar-se a outras pessoas com a finalidade de cometer crimes; porte ilegal de armas de uso restrito ou proibido; dolo de falsificação de documento. Já decidiu a Excelsa Corte de Justiça que:

. . . . .

4 Já decidiu o Eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *verbis*: “A simples retratação em juízo sem ressonância nos autos não invalida confissão feita perante a autoridade policial”. (RT 666/333-4).

*Sendo a alteração de documento público verdadeiro uma das duas condutas típicas do crime de falsificação de documento público (art. 297 do Código Penal), a substituição de fotografia em documento de identidade dessa natureza caracteriza a alteração dele, que não se cinge apenas ao seu teor escrito, mas que alcança individualização desse documento verdadeiro, até porque a fotografia constitui parte juridicamente relevante dele*

(HC 75.690-5-DJU de 3-4/98, p. 4), adequando suas condutas às circunstâncias elementares: E.L.S. e E.L. dos artigos 297, 288, parágrafo único, e art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97 c/c os arts. 29 e 69, do Código Penal; J.L.V.F. e S.A.M. as dos arts. 288, parágrafo único, e art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97, c/c os arts. 29 e 69, do CP, sendo certo que para a convivência pacífica em sociedade exigir-se-iam dos réus condutas diversas, de conformidade com os preceitos da norma penal incriminadora, que tutela a paz pública.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é imperativa no ponto:

*No crime de quadrilha há associação de pessoas para prática de crimes. Constitui infração permanente, autônoma, que independe dos crimes que vieram a ser cometidos pelo bando, conforme a exata exegese do art. 288 do CP*

(STF - RHC 63.158 - Rel. Rafael Mayer - RTJ 116/514).

Afigurando-se a quadrilha crime permanente, já decidiu o Excelso Pretório, reiteradamente, o seguinte:

*Quadrilha ou bando. Atuação em comarcas diversas. Crime de natureza permanente. (...). Tratando-se de crime permanente, se a atividade delituosa se faz em território de duas ou mais jurisdições, a competência se firma pela prevenção (Código do Processo Penal, art. 71)*

RT 477/438). No mesmo sentido: STF: (RT 474/391)

**Ad argumentandum tantum** é entendimento da Corte Suprema que para caracterizar o crime de quadrilha armada não é necessário que todos os seus membros utilizem armas:

*Crime de quadrilha armada (CP, art. 288, par. único). A utilização de arma por qualquer membro da quadrilha constitui elemento evidenciador da maior periculosidade do bando, expondo todos que o integram à causa especial de aumento de pena, prevista no art. 288, parágrafo único, do Código Penal. Para efeito de configuração do delito de quadrilha armada, basta que um só de seus integrantes esteja a portar armas*

(HC 72.992-4, DJU de 14-11-96, p. 44.469.).

Como corolário consta da perícia que a carteira funcional é autêntica, igualmente, a assinatura de J.M.S., tendo dita carteira sido objeto de alteração física do tipo transplante na área pertinente à fotografia, tendo o infrator retirado a foto original por meio de recorte da película e colado a sua fotografia, cujos traços de fisionomia não refletem a pessoa do verdadeiro portador (fls. 406).<sup>5</sup>

<sup>5</sup> "A falsidade que este art. 297 pune é material, ou seja, aquela que diz respeito à forma do documento. São duas as condutas previstas: a. Falsificar, no todo ou em parte, documento público. E a contrafação, a formação do documento. No todo, é a contrafação integral; ou em parte, quando se acrescentam mais dizeres ao documento verdadeiro. b. Ou alterar documento público verdadeiro". Delmanto Celso, código penal comentado, 5. ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 526.

Dessa maneira, rejeito, em parte, os argumentos desenvolvidos pelos Defensores dos réus.

Não vislumbro dos autos causas de exclusão da ilicitude e ou de isenção de pena; circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes - específicas e ou genéricas.

### 3- DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a denúncia, em parte, para o efeito de ABSOLVER os réus E.L.S., E.L.D., J.L.V.F. e S.A.M. da imputação do art. 334, do Código Penal.

JULGO PROCEDENTE, em parte, a denúncia para o efeito de condenar os réus E.L.S. e E.L. na punição dos artigos 297, 288, parágrafo único, e art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97 c/c os arts. 29 e 69, do Código Penal; os réus J.L.V.F. e S.A.M. na sanção dos arts. 288, parágrafo único, e art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97 c/c os arts. 29 e 69, do CP, que estabelecem:

“Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:”

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

“Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado”.

“Art. 297. Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa.”

“Art. 10... deter..., portar..., adquirir..., transportar..., manter sob guarda e ocultar arma de fogo...

§ 2º A pena é de reclusão de dois a quatro anos e multa, na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena

por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito.”

### 4- FUNDAMENTO E DOSIMETRIA DA PENA

Atendendo às circunstâncias judiciais do art. 59 e método trifásico do art. 68, ambos do Código Penal Positivo, para dosimetria e individualização da pena, suficiente à prevenção, intimidação e ressocialização, estabeleço:

1) ao co-réu E.L.S., pertinente ao grau de culpabilidade, traduzido no propósito doloso e reprovação social da conduta, primariedade, bons antecedentes penais, consoante ficha de anotação criminal (fls. 174); conduta social abonada (fls. 337/338); personalidade reveladora de reduzido sendo moral e capacidade potencial de delinquir; inexistência de motivos para o crime; circunstâncias de modo, tempo e lugar desfavoráveis. Assim, valorando essas circunstâncias judiciais, fixo:

a) pelo delito do artigo 288, parágrafo único do CP, ao co-réu E.L.S. a pena-base de (1) um ano e (6) seis meses de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes- específicas e ou genéricas. Ausentes as causas legais de minoração. Presente a causa legal de majoração (art. 288, p. único do CP), elevo a pena-base ao dobro, para o efeito de fixar a pena individualizada, concreta e definitiva de (3) três anos de reclusão.

b) pelo delito do art. 297, do CP, considerando as circunstâncias judiciais acima, fixo ao co-réu E.L.S. a pena-base de 2 (dois) anos e (6) seis meses de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes- específicas e ou genéricas, bem como as causas legais de minoração e ou majoração, fixo a pena individualizada, concreta e definitiva de (2) dois anos e (6) seis meses de reclusão, cumulada com a pena de (60) sessenta-dias multa, sendo cada dia fixado em (1/30) um trigésimo da salário-mínimo legal.

c) pelo delito do art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97, considerando as circunstâncias judiciais acima, fixo ao co-réu E.L.S. a pena-base de 2 (dois) anos e (3) três meses de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes- específicas e ou genéricas, bem como as causas legais de minoração e ou majoração, fixo a pena individualizada, concreta e definitiva de (2) dois anos e (3) três meses de reclusão, cumulada com a pena de (60) sessenta-dias multa, sendo cada dia fixado em (1/30) um trigésimo do salário-mínimo legal.

Unificadas as penas terá o co-réu E.L.S. de cumprir a pena de (7) sete anos e (9) nove meses de reclusão, cumulada com (120) cento e vinte dias-multa.

2) ao co-réu E.L.D., pertinente ao grau de culpabilidade, traduzido no propósito doloso e reprovação social da conduta, primariedade técnica, (não havendo prova concreta do trânsito em julgado das decisões anteriores para o efeito de reincidência); péssimos antecedentes penais, consoante ficha de anotação criminal (fls. 552/553), porquanto processado pelos delitos

dos arts. 288, do CP, Comarca de Iguatu, Rio de Janeiro; art. 157, § 2º, I e II e § 3º, do CP, naquela mesma Comarca; arts. 157, § 2º, I e II c/c o art. 70, do CP e art. 121, "caput", do CP, ambos, no Município do Rio de Janeiro; conduta social não referida; personalidade reveladora de reduzido sendo moral e capacidade potencial de delinquir; inexistência de motivos para o crime; circunstâncias de modo, tempo e lugar desfavoráveis. Assim, valorando estas circunstâncias judiciais, fixo:

a) pelo delito do artigo 288, parágrafo único do CP ao co-réu E.L.D. a pena-base de (2) dois anos de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes- específicas e ou genéricas. Ausentes as causas legais de minoração. Presente a causa legal de majoração (art. 288, p. único do CP), elevo a pena-base ao dobro para o efeito de fixar a pena individualizada, concreta e definitiva de (4) quatro anos de reclusão.

b) pelo delito do art. 297, do CP, considerando as circunstâncias judiciais acima, fixo ao co-réu E.L.D. a pena-base de 3 (três) anos de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes- específicas e ou genéricas, bem como as causas legais de minoração e ou majoração, fixo a pena individualizada, concreta e definitiva de (3) três anos de reclusão, cumulada com a pena de (90) noventa-dias multa, sendo cada dia fixado em (1/30) um trigésimo do salário-mínimo legal.

c) pelo delito do art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97, considerando as circunstâncias judiciais acima, fixo ao

b) pelo delito do art. 297, do CP, considerando as circunstâncias judiciais acima, fixo ao co-réu E.L.S. a pena-base de 2 (dois) anos e (6) seis meses de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes- específicas e ou genéricas, bem como as causas legais de minoração e ou majoração, fixo a pena individualizada, concreta e definitiva de (2) dois anos e (6) seis meses de reclusão, cumulada com a pena de (60) sessenta-dias multa, sendo cada dia fixado em (1/30) um trigésimo da salário-mínimo legal.

c) pelo delito do art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97, considerando as circunstâncias judiciais acima, fixo ao co-réu E.L.S. a pena-base de 2 (dois) anos e (3) três meses de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes- específicas e ou genéricas, bem como as causas legais de minoração e ou majoração, fixo a pena individualizada, concreta e definitiva de (2) dois anos e (3) três meses de reclusão, cumulada com a pena de (60) sessenta-dias multa, sendo cada dia fixado em (1/30) um trigésimo do salário-mínimo legal.

Unificadas as penas terá o co-réu E.L.S. de cumprir a pena de (7) sete anos e (9) nove meses de reclusão, cumulada com (120) cento e vinte dias-multa.

2) ao co-réu E.L.D., pertinente ao grau de culpabilidade, traduzido no propósito doloso e reprovação social da conduta, primariedade técnica, (não havendo prova concreta do trânsito em julgado das decisões anteriores para o efeito de reincidência); péssimos antecedentes penais, consoante ficha de anotação criminal (fls. 552/553), porquanto processado pelos delitos

dos arts. 288, do CP, Comarca de Iguatu, Rio de Janeiro; art. 157, § 2º, I e II e § 3º, do CP, naquela mesma Comarca; arts. 157, § 2º, I e II c/c o art. 70, do CP e art. 121, “caput”, do CP, ambos, no Município do Rio de Janeiro; conduta social não referida; personalidade reveladora de reduzido sendo moral e capacidade potencial de delinquir; inexistência de motivos para o crime; circunstâncias de modo, tempo e lugar desfavoráveis. Assim, valorando estas circunstâncias judiciais, fixo:

a) pelo delito do artigo 288, parágrafo único do CP ao co-réu E.L.D. a pena-base de (2) dois anos de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes- específicas e ou genéricas. Ausentes as causas legais de minoração. Presente a causa legal de majoração (art. 288, p. único do CP), elevo a pena-base ao dobro para o efeito de fixar a pena individualizada, concreta e definitiva de (4) quatro anos de reclusão.

b) pelo delito do art. 297, do CP, considerando as circunstâncias judiciais acima, fixo ao co-réu E.L.D. a pena-base de 3 (três) anos de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes- específicas e ou genéricas, bem como as causas legais de minoração e ou majoração, fixo a pena individualizada, concreta e definitiva de (3) três anos de reclusão, cumulada com a pena de (90) noventa-dias multa, sendo cada dia fixado em (1/30) um trigésimo do salário-mínimo legal.

c) pelo delito do art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97, considerando as circunstâncias judiciais acima, fixo ao

b) pelo delito do art. 297, do CP, considerando as circunstâncias judiciais acima, fixo ao co-réu E.L.S. a pena-base de 2 (dois) anos e (6) seis meses de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes- específicas e ou genéricas, bem como as causas legais de minoração e ou majoração, fixo a pena individualizada, concreta e definitiva de (2) dois anos e (6) seis meses de reclusão, cumulada com a pena de (60) sessenta-dias multa, sendo cada dia fixado em (1/30) um trigésimo da salário-mínimo legal.

c) pelo delito do art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97, considerando as circunstâncias judiciais acima, fixo ao co-réu E.L.S. a pena-base de 2 (dois) anos e (3) três meses de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes- específicas e ou genéricas, bem como as causas legais de minoração e ou majoração, fixo a pena individualizada, concreta e definitiva de (2) dois anos e (3) três meses de reclusão, cumulada com a pena de (60) sessenta-dias multa, sendo cada dia fixado em (1/30) um trigésimo do salário-mínimo legal.

Unificadas as penas terá o co-réu E.L.S. de cumprir a pena de (7) sete anos e (9) nove meses de reclusão, cumulada com (120) cento e vinte dias-multa.

2) ao co-réu E.L.D., pertinente ao grau de culpabilidade, traduzido no propósito doloso e reprovação social da conduta, primariedade técnica, (não havendo prova concreta do trânsito em julgado das decisões anteriores para o efeito de reincidência); péssimos antecedentes penais, consoante ficha de anotação criminal (fls. 552/553), porquanto processado pelos delitos

dos arts. 288, do CP, Comarca de Iguatu, Rio de Janeiro; art. 157, § 2º, I e II e § 3º, do CP, naquela mesma Comarca; arts. 157, § 2º, I e II c/c o art. 70, do CP e art. 121, “caput”, do CP, ambos, no Município do Rio de Janeiro; conduta social não referida; personalidade reveladora de reduzido sendo moral e capacidade potencial de delinquir; inexistência de motivos para o crime; circunstâncias de modo, tempo e lugar desfavoráveis. Assim, valorando estas circunstâncias judiciais, fixo:

a) pelo delito do artigo 288, parágrafo único do CP ao co-réu E.L.D. a pena-base de (2) dois anos de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes- específicas e ou genéricas. Ausentes as causas legais de minoração. Presente a causa legal de majoração (art. 288, p. único do CP), elevo a pena-base ao dobro para o efeito de fixar a pena individualizada, concreta e definitiva de (4) quatro anos de reclusão.

b) pelo delito do art. 297, do CP, considerando as circunstâncias judiciais acima, fixo ao co-réu E.L.D. a pena-base de 3 (três) anos de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes- específicas e ou genéricas, bem como as causas legais de minoração e ou majoração, fixo a pena individualizada, concreta e definitiva de (3) três anos de reclusão, cumulada com a pena de (90) noventa-dias multa, sendo cada dia fixado em (1/30) um trigésimo do salário-mínimo legal.

c) pelo delito do art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97, considerando as circunstâncias judiciais acima, fixo ao

co-réu E.L.D. a pena-base de 2 (dois) anos e (6) seis meses de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes- específicas e ou genéricas, bem como as causas legais de minoração e ou majoração, fixo a pena individualizada, concreta e definitiva de (2) dois anos e (6) seis meses de reclusão, cumulada com a pena de (80) oitenta-dias multa, sendo cada dia fixado em (1/30) um trigésimo do salário-mínimo legal.

Unificadas as penas terá o co-réu E.L.D. de cumprir a pena de (9) nove anos e (6) seis meses de reclusão, cumulada com (170) cento e setenta dias-multa.

3) ao co-réu J.L.V.F., pertinente ao grau de culpabilidade, traduzido no propósito doloso e reprovação social da conduta, primariedade técnica, péssimos antecedentes penais, consoante ficha de anotação criminal (fls. 296), porquanto responde a processo pelo delito do art. 157, § 2º, do CP, na Comarca do Recife, fato ocorrido aos 07.04.93; conduta social abonada (fls. 341/343); personalidade reveladora de reduzido senso moral e capacidade potencial de delinquir; inexistência de motivos para o crime; circunstâncias de modo, tempo e lugar desfavoráveis. Assim, valorando essas circunstâncias judiciais, fixo:

a) pelo delito do artigo 288, parágrafo único do CP ao co-réu J.L.V.F. a pena-base de (1) um ano e (9) nove meses de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes- específicas e ou genéricas. Ausentes as causas legais de minoração. Presente a causa legal de majoração (art. 288, p. único do CP), elevo a pena-base ao dobro, para o efeito de torná-la individualizada, concreta e definitiva de (3) três anos e (6) seis meses de reclusão.

b) pelo delito do art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97, considerando as circunstâncias judiciais acima, fixo ao co-réu J.L.V.F. a pena-base de 2 (dois) anos e (6) seis meses de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes- específicas e ou genéricas, bem como as causas legais de minoração e ou majoração, fixo a pena individualizada, concreta e definitiva de (2) dois anos e (6) seis meses de reclusão, cumulada com a pena de (90) noventa-dias multa, sendo cada dia fixado em (1/30) um trigésimo do salário-mínimo legal.

Unificadas as penas terá o co-réu J.L.V.F. de cumprir a pena de (6) seis anos de reclusão, cumulada com (90) noventa dias-multa.

3) ao co-réu S.A.M., pertinente ao grau de culpabilidade, traduzido no propósito doloso e reprovação social da conduta, primariedade técnica, péssimos antecedentes penais, consoante ficha de anotação criminal (fls. 295), porquanto responde a processos pelos delitos do art. 157, § 2º, I e II e § 3º, e 288, do CP, na Comarca de Carpina, neste Estado e fato semelhante ocorrido na Comarca do Recife; conduta social abonada (fls. 495); personalidade reveladora de reduzido senso moral e capacidade potencial de delinquir; inexistência de motivos para o crime; circunstâncias de modo, tempo e lugar desfavoráveis. Assim, valorando essas circunstâncias judiciais, fixo:

a) pelo delito do artigo 288, parágrafo único do CP ao co-réu S.A.M. a pena-base de (1) um ano e (10) dez meses de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes- específicas e ou ge-

néricas. Ausentes as causas legais de minoração. Presente a causa legal de majoração (art. 288, p. único do CP), elevo a pena-base ao dobro, para o efeito de torná-la individualizada, concreta e definitiva de (3) três anos e (8) oito meses de reclusão.

b) pelo delito do art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97, considerando as circunstâncias judiciais acima, fixo ao co-réu S.A.M. a pena-base de 3 (três) anos de reclusão. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes e ou agravantes- específicas e ou genéricas, bem como as causas legais de minoração e ou majoração, fixo a pena individualizada, concreta e definitiva de (3) três anos de reclusão, cumulada com a pena de (90) noventa dias-multa, sendo cada dia fixado em (1/30) um trigésimo do salário-mínimo legal.

Unificadas as penas terá o co-réu S.A.M. de cumprir a pena de (6) seis anos e (8) oito meses de reclusão, cumulada com (90) noventa dias-multa.

As penas de reclusão impostas aos réus E.L.S., E.L.D., J.L.V.F. e S.A.M. serão cumpridas, inicialmente, no regime fechado, (art. 33, § 3º, do CP), na Penitenciária Prof. Barreto Campelo, neste Estado.

As penas de multa deverão ser pagas (10) dez dias após o trânsito em julgado da decisão (art. 50, do CP), sob pena de inscrição na Dívida Ativa do Estado para cobrança executiva.

Como pena acessória declaro a perda das armas descritas no auto de apresentação e apreensão de fls. 23 e 24, a favor da União Federal (art. 91, II, “a”, do CP).

Declaro, igualmente, a perda do veículo GM/Astra, ano 1995, cor branca, placas MNV3453, chassi

WOL000058S5139108 a favor da União Federal (art. 91, II, “a”, do CP), porquanto, não provada sua origem lícita, já que o co-réu E.L.S. declarou as profissões de kombista/eletricista, não detendo, assim, condição econômico-financeira para adquirir um veículo Astra e, ainda, criar gado **vacum** no Estado das Alagoas.

Com base no art. 15, inciso III, da Constituição Federal, suspendo os direitos políticos de todos os réus, enquanto durarem os efeitos dessa decisão.

Os réus, dessa decisão, não poderão apelar em liberdade, porquanto, encontram-se presos por força de prisão em flagrante delito e decreto preventivo, consoante decisão do Eg. Supremo Tribunal Federal.

“É orientação consolidada no STF que, se o réu está preso - por força de flagrante ou preventiva - ao momento da sentença condenatória, não se lhe aplica o benefício do art. 594 do CPP”. (RT 639/379 e RT 552/444). Além do mais, os co-réus J.L.V.F., E.L.D. e S.A.M. estão impedidos de apelar em liberdade por possuírem maus antecedentes (art. 594, do CPP).

Mantenho os réus na prisão (art. 393, I, do CPP).

Expeçam-se Cartas de Guias e Recolhimentos Provisórios (arts. 105 e 106, da Lei n.º 7.210/84), havendo recurso exclusivo da defesa, anexando cópia desta decisão, certidão do trânsito em julgado para a acusação, aplicando-se a detração penal (art. 42, CP) e cientificando o Representante do Ministério Público.

Após o trânsito em julgado do **decisum** lancem-se os nomes dos réus no livro de rol dos culpados.

Comunique-se ao Tribunal Regional Eleitoral para cancelamento das inscrições.

Separem-se as armas para posterior remessa ao Comando da PMPE.

Providencie-se a venda do veículo GM/Astra em hasta pública, sendo o produto da alienação revertido a favor do Funpen-DF.

Encaminhem-se cópias desta decisão às Comarcas dos Municípios Rio de Janeiro, Carpina, Olinda e Recife.

Com base no art. 40, do CPP transladem-se cópias da denúncia, do IP e desta decisão e remetam-se à Comarca do Jaboatão dos Guararapes, neste Estado.

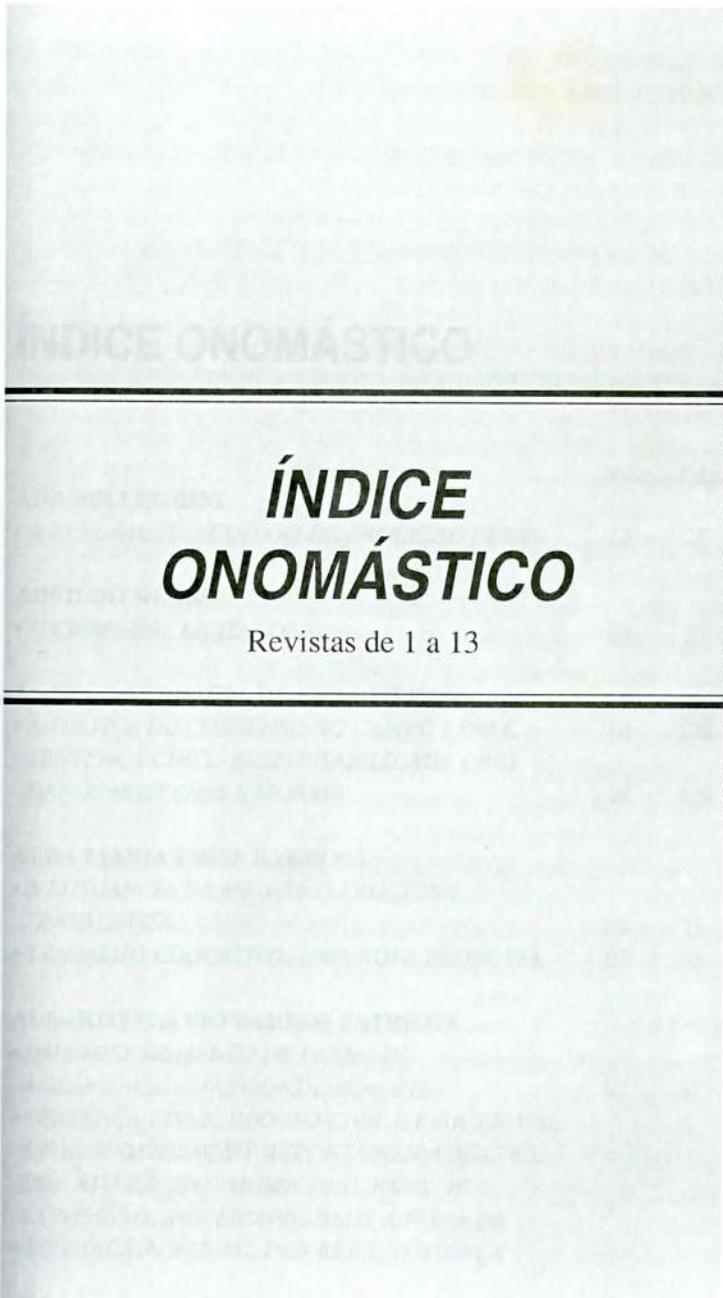
Retifique-se o livro de tomo e a distribuição.

Encaminhem-se os BI's preenchidos ao IITB/PE.

Condeno os réus no pagamento das custas do processo, "pro rata".

P.R.Intimem-se.

Paulista, aos de fevereiro de 2001.



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA - PE  
BIBLIOTECA

## ÍNDICE ONOMÁSTICO

	<i>Núm.</i>	<i>Pág.</i>
<b>ADA PELLEGRINI</b>		
• <i>A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL</i>	12	25
<b>ADEILDO NUNES</b>		
• <i>O CRIME NAS LICITAÇÕES.</i>	09	25
<b>AGENOR FERREIRA DE LIMA FILHO</b>		
• <i>A JUSTIÇA DE CONSENSO NO CAMPO PENAL.</i>	01	178
• <i>SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS.</i>	04	499
<b>ALBA MARIA PIRES BARBOSA</b>		
• <i>A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO PROCESSO TRABALHISTA.</i>	03	13
• <i>TRABALHO EDUCATIVO: UMA NOVA PROPOSTA.</i>	04	15
<b>ALBERTO FLÁVIO BARROS PATRIOTA</b>		
• <i>DO INDEFERIMENTO DE PLANO DO AGRAVO. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES.</i>	07	17
• <i>SENTENÇA CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO - HOMICÍDIO. PENA DE CONFISSÃO. INAPLICABILIDADE À FALTA DE</i>		
• <i>INTIMAÇÃO PESSOAL DOS RÉUS. SENTENÇA</i>		

<i>DE PRONÚNCIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVA IMPROCEDÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.</i>	09	407
<b>ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL</b>		
• <i>PODER, ESTADO E DIREITO. A SUPRALEGALIDADE DO DIREITO VIVO.</i>	03	23
• <i>UM ESTUDO COMPARADO DOS NÚCLEOS CONSTITUCIONAIS E DA LIMITAÇÃO DOS PODERES REFORMADORES BRASILEIRO E PORTUGUÊS.</i>	06	17
• <i>LINGUAGEM, SIMBOLOGIA E LÓGICA APLICÁVEIS AO DIREITO CIBERNÉTICO.</i>	09	69
• <i>DO DIREITO NATURAL AO DIREITO ARTIFICIAL.</i>	10	43
<b>ALEXANDRE DA MAIA</b>		
• <i>INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO JURÍDICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO: NOTAS ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DE UMA PERSPECTIVA INDUTIVO-HERMENÊUTICA.</i>	03	43
• <i>AUTOPOIESE VERSUS PRÁTICA PROCEDIMENTAL: O FALSO DILEMA DO PODER JUDICIÁRIO. O GARANTISMO JURÍDICO DE LUIGI FERRAJOLI - NOTAS INTRODUTÓRIAS.</i>	09	39
	10	25
<b>ALEXANDRE DE MORAES</b>		
• <i>REFORMA POLÍTICA DO ESTADO E DEMOCRATIZAÇÃO</i>	12	45
<b>ALEXANDRE MILTON PRAZERES DA COSTA</b>		
• <i>MEDIDA PROVISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.</i>	07	29
<b>ALFREDO SÉRGIO MAGALHÃES JAMBO</b>		
• <i>ANOTAÇÕES SOBRE O INDIVÍDUO TRANSGRESSOR.</i>	03	63

<b>ALVINO AUGUSTO DE SÁ</b>		
• <i>ALGUMAS PONDERAÇÕES ACERCA DA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DOS CONDENADOA À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE</i>	11	25
<b>AMADOR PAES DE ALMEIDA</b>		
• <i>AÇÃO REVOCATÓRIA FALENCIAL E A LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS</i>	13	21
<b>ANA CLÁUDIA MANSO S. O. RODRIGUES</b>		
• <i>EXPEDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - LIMITES CONSTITUCIONAIS.</i>	05	17
<b>ANA LUÍSA CELINO COUTINHO</b>		
• <i>A ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO NA REFORMA ADMINISTRATIVA.</i>	09	99
<b>ANA PAULA DUARTE DAMASCENO</b>		
• <i>ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</i>	12	99
<b>ANA PAULA LIRA MELO</b>		
• <i>O ESTADO DE NECESSIDADE E O SAQUE</i>	12	121
<b>ANDRÉ LUIZ ANDRADE VICTOR DE ARAÚJO</b>		
• <i>QUESTÕES JURÍDICAS RELEVANTES NA INTERNET: CONFLITOS EXISTENTES ENTRE NOMES DE DOMÍNIO E MARCA.</i>	10	61
<b>ANDRÉA SILVA MARROCOS DE OLIVEIRA</b>		
• <i>MEDIDAS PROVISÓRIAS: O EXECUTIVO EM AÇÃO, A SOCIEDADE EM CHOQUE E A DEMOCRACIA EM XEQUE.</i>	13	41
<b>ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO</b>		
• <i>A SÚMULA VINCULANTE E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ.</i>	06	49

**ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN**

- *REFLEXÕES SOBRE A HIPERTROFIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE NA TUTELA DA RESERVA LEGAL E DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.* 05 33

**ANTÔNIO NATANAEL MARTINS SARMENTO**

- *SUFRÁGIO, CIDADANIA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL.* 06 61

**ANTÔNIO VIDAL DE MORAES**

- *SENTENÇA CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS.* 06 491

**ARAKEN DE ASSIS**

- *ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.* 04 28

**ARTHUR PIO DOS SANTOS NETO**

- *O MAGISTRADO E A REFORMA AGRÁRIA.* 01 123

**ARTUR STAMFORD**

- *AS AUDIÊNCIAS JUDICIAIS COMO PROCESSO DE LEGITIMAÇÃO E JUSTIÇA SOCIAL (À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS E DA LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO DE LUHMANN)* 07 43

**BRASÍLIO ANTÔNIO GUERRA**

- *O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE COMO UM SISTEMA DE DEFESA DA CONSTITUIÇÃO* 11 71

**BRUNO GALINDO**

- *PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA. UMA ABORDAGEM CIENTÍFICA.* 08 19

**BRUNO NOVAES BEZERRA CAVALCANTI**

- *A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL (CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, ESTRUTURA)* 13 73

**CAETANO LAGRASTA NETO**

- *MERCOSUL E INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA: O PAPEL DA MAGISTRATURA PERANTE A JUSTIÇA SOCIAL.* 04 55
- *EDUCAÇÃO E JUSTIÇA SUPRANACIONAL.* 06 123
- *REFLEXÕES EM TORNO D' "O SALÃO DOS PASSOS PERDIDOS".* 07 67
- *CRIME E PROCESSO: DOENÇA MENTAL E AIDS* 12 169

**CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO**

- *A EXECUÇÃO NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.* 03 95

**CARINE DELGADO CAÚLA REIS**

- *ENSINO JURÍDICO: BREVES REFLEXÕES SOBRE O TEMA.* 09 125
- *NATUREZA JURÍDICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS* 12 181

**CARLOS ALBERTO BERRIEL PESSANHA**

- *MERCOSUL: ASPECTOS DA NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL DE JUSTIÇA SUPRACIONAL.* 08 41

**CARLOS ANTÔNIO R. RIBEIRO**

- *VIOLÊNCIA PRESUMIDA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL* 12 211

**CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO**

- *DO PODER JUDICIÁRIO: ORGANIZAÇÃO E COMPETÊNCIA.* 04 69

**CARLOS MORAES**

- *SENTENÇA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA* 08 443

**CELSO ANTONIO P. FIORILLO**

- *O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.* 04 101

**CLAUDIA OLIVEIRA PACHÚ**

- OS PRINCÍPIOS DO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS EM FACE DO SISTEMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO. 08 59

**CLÁUDIO BRANDÃO**

- A CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE NA TEORIA DO DELITO. 05 69
- PODER DISCIPLINAR: UM DIREITO PENAL ADMINISTRATIVO? 07 83
- PODER DO EMPREGADOR E EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE CRIMINAL 11 95

**CLÁUDIO SOUTO**

- DIREITO ALTERNATIVO: EM BUSCA DE SUA TEORIA SOCIOLÓGICA 01 16
- PÓS-MODERNIDADE CIENTÍFICA E CIÊNCIA DO DIREITO. 02 107
- FORMALIDADE E INFORMALIDADE NO CONTROLE SOCIAL PELO DIREITO. 04 435
- A SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL: OS ANOS DO INÍCIO DE CONSOLIDAÇÃO. 05 79
- DE UM POSSÍVEL CARÁTER UBIQUITÁRIO DO DIREITO. 08 81

**CLAUDIO VIANNA DE LIMA**

- ESCOLAS DA MAGISTRATURA. 02 13

**CRISTIANE GOUVEIA DE BARROS**

- LEGALIDADE E LEGITIMIDADE: SUBSÍDIOS PARA UMA DIFERENCIAÇÃO FILOSÓFICA. 04 126
- PODER CONSTITUINTE: ANÁLISE E COMPARAÇÕES DA POSIÇÃO DO POSITIVISMO KELSENIANO E SUA RELEVÂNCIA ATUAL. 06 97

**DANILO FONTENELE SAMPAIO CUNHA**

- CONTRIBUIÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL APOSENTADO AO PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL. 02 249

**DAMÁSIO DE JESUS**

- CRIME DE BAGATELA: RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DELITO DE DESCAMINHO E SEU EFEITO NOS TIPOS PRIVILEGIADOS DO FURTO E DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA

**DÁRIO ROCHA**

- A PROPÓSITO DA DEONTOLOGIA DA MAGISTRATURA. 04 167
- APRESENTAÇÃO. 07 13
- CONSIDERAÇÕES DIGRESSIVAS E NEM SEMPRE ORTODOXAS DE COMO E PORQUÊ SER E NÃO SER ALTERNATIVO. 07 103
- APRESENTAÇÃO. 08 15
- JUSTIÇA, VIDA E CORAGEM. 08 93
- APRESENTAÇÃO. 09 21
- APRESENTAÇÃO. 10 21
- MODERNIZAÇÃO E AGILIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO - UMA VISÃO SUBSTANTIVA. 10 107

**DARLEY KLEBER TIMÓTEO FLORENTINO**

- DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - DEC. LEI 911/69. 07 121

**DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO**

- SENTENÇA CRIMINAL - PROCESSO N. 5.336/92 01 292
- AÇÃO EVICTÓRIA - DENUNCIÇÃO DA LIDE. POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DIRETA DO DENUNCIADO. 02 362
- AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E A VISÃO DO PODER JUDICIÁRIO. 04 156
- DO DIREITO À PERCEPÇÃO DE VERBA DE REPRESENTAÇÃO PELOS JUÍZES AUXILIARES DA CORREGEDORIA DE JUSTIÇA. 05 117
- O PODER INTERATIVO DO JUIZ NOS CONTRATOS DE CONSUMO. 06 141
- DA CAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DA

<i>ADVOCACIA DOS CONCILIADORES E JUÍZES LEIGOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.</i>	07	139
• <i>SAÚDE COMO "CONTRATO CATIVO DE LONGA DURAÇÃO": ASPECTOS REFERENTES AO REAJUSTE DAS MENSALIDADES E AO DIREITO DE RESCISÃO.</i>	08	99
<b>DENISE FROSSARD</b>		
• <i>O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO.</i>	06	155
<b>DJACI FALCÃO</b>		
• <i>PARECER. MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. IMUNIDADE.</i>	05	501
• <i>PARECER. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. ISENÇÃO.</i>	06	501
<b>DJASON B. DELLA CUNHA</b>		
• <i>GLOBALIZAÇÃO E ORDEM JURÍDICA: O DILEMA DA CIDADANIA NOS ESTADOS PERIFÉRICOS.</i>	07	151
• <i>O DIREITO COMO FATO SOCIAL: A RACIONALIDADE DO MÉTODO POSITIVO.</i>	09	141
• <i>A CULTURA E O DIREITO: A DINÂMICA DO FENÔMENO JURÍDICO</i>	11	115
• <i>BIODIREITO: O NOVO DIREITO FACE À BIOÉTICA</i>	13	93
<b>DOMINGOS TOCHETTO</b>		
• <i>CRIMINALÍSTICA.</i>	06	163
<b>EDIL BATISTA JUNIOR</b>		
• <i>O ILÓGICO NECESSÁRIO (CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CRISE DA CODIFICAÇÃO JURACIONALISTA)</i>	13	111
<b>EDSON DE ARRUDA CÂMARA</b>		
• <i>O DIREITO ACHADO NA RUA. SINAL DOS TEMPOS.</i>	02	150
• <i>GOVERNO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. O CASO BRASILEIRO.</i>	03	111

**EDUARDO AUGUSTO PAURÁ PERES**

- *SENTENÇA CÍVEL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO.* 04 526
- *ANATOCISMO.* 04 526
- *SENTENÇA CÍVEL. RESCISÃO DE CONTRATO COM PERDAS E DANOS. TEORIA DA IMPREVISÃO.* 05 525

**EDUARDO R. RABENHORST**

- *SUJEITO DE DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO "DIREITO DOS ANIMAIS".* 03 119

**ELSON ZOPELLARO MACHADO**

- *DESFORÇO IN CONTINENTI - DESFORÇO IMEDIATO.* 07 189

**ELIANE DOS SANTOS M. MASCARENHAS**

- *SENTENÇA CÍVEL: RESSARCIMENTO DE DANOS.* 03 559

**ELZANY CINTRA DE MORAIS**

- *CURSO DE CRIMES.* 10 119

**EMMANUEL PEDRO S. G. RIBEIRO**

- *ADOÇÃO À BRASILEIRA: UMA ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA.* 06 181

**EMÍLIO GARCIA MENDEZ**

- *ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI (SEGURANÇA CIDADÃ E DIREITOS FUNDAMENTAIS).* 07 199

**ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO**

- *A JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL E SEU PAPEL DIANTE DAS TRANSFORMAÇÕES NO MUNDO DO TRABALHO.* 02 201
- *FRANÇOIS GENY: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE SUA FILOSOFIA DO DIREITO.* 05 127
- *REGULAÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO E DE TRABALHO: AS SEMELHANÇAS EM BUSCA DO EQUILÍBRIO SOCIAL* 07 213

**ESMAPE EM 96.1**

- *ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO.* 02 500
- *REGULAÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO E DE TRABALHO: AS SEMELHANÇAS EM BUSCA DO EQUILÍBRIO SOCIAL.* 07 213

**ETÉRIO GALVÃO**

- *O JUIZ É UM SER POLÍTICO* 11 139
- *APRESENTAÇÃO* 11 21
- *APRESENTAÇÃO* 12 21
- *APRESENTAÇÃO* 13 17

**EUGÊNIA GIOVANNA SIMÕES INÁCIO CAVALCANTI**

- *O INSTITUTO DO SOLO CRIADO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE URBANÍSTICO.* 06 201

**FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA**

- *O ANTI-SEMITISMO POR JEAN PAUL SARTRE.* 08 107

**FABIANO ANDRÉ DE SOUZA MENDONÇA**

- *DEMOCRACIA E LEGALIDADE DA TRIBUTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.* 04 181
- *O SIGNIFICADO DA CONSTITUCIONALIDADE: NOTAS PARA UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA.* 07 253

**FÁBIO EUGÊNIO D. OLIVEIRA LIMA**

- *A COMPETÊNCIA RELATIVA E SUA DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. DERROGAÇÃO IMPRÓPRIA DA SÚMULA 33 DO STJ EM FACE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.* 04 204
- *SENTENÇA CÍVEL. ECAD. ARRECADAÇÃO DE IMPORTÂNCIAS RELATIVAS A DIREITOS AUTORAIS. INTERESSE PROCESSUAL.* 06 523

**FÁBIO ULHOA COELHO**

- *REPRESENTAÇÃO COMERCIAL: GLOBALIZAÇÃO E INTERNET* 13 141

**FABÍOLA SANTOS ALBUQUERQUE**

- *A RESPONSABILIDADE CIVIL E O PRINCÍPIO DO POLUIDOR - PAGADOR.* 09 159
- *MERCOSUL - MERCADO COMUM - REALIDADE OU UTOPIA* 12 235

**FÁTIMA NANCY ANDZIGHI**

- *DA AÇÃO MONITÓRIA: OPÇÃO DO AUTOR.* 01 9
- *REFLEXÕES SOBRE O FUTURO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.* 05 117

**FELIPE PEIXOTO BRAGA NETTO**

- *O LÍCITO NA TEORIA GERAL DO DIREITO: UMA ANÁLISE DAS TEORIAS DE Kelsen E PONTES DE MIRANDA* 12 259

**FERNANDO JOSÉ PEREIRA DE ARAÚJO**

- *PARECER CPRH.* 08 473

**FERNANDO CERQUEIRA NORBERTO DOS SANTOS**

- *MANDADO DE SEGURANÇA. ATO LEGISLATIVO. CÂMARA MUNICIPAL.* 02 477
- *SENTENÇA TRIBUTÁRIA. EXECUÇÃO FISCAL.* 08 455

**FLÁVIO AUGUSTO FONTES DE LIMA**

- *A INCIDÊNCIA DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR.* 01 202
- *"NOS NOSSOS DIAS NÃO HÁ CRIANÇAS, MAS MOÇAS DE 12 ANOS", ESTUDO DE UM JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.* 03 131
- *O REVOLUCIONÁRIO INSTITUTO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO (PRIMEIRAS LINHAS).* 05 215
- *O NOVEL INSTITUTO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO, FACE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.* 06 213
- *A ELETRICIDADE E O FURTO DE ENERGIA.* 07 291
- *COMPOSIÇÃO DOS DANOS CÍVIS NAS INFRAÇÕES PENAS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO.*

<i>CIVILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL?</i>	08	121
• <i>INDECLINABILIDADE DO JULGAR.</i>	10	153
<b>FRANCISCO ALVES DOS SANTOS JÚNIOR</b>		
• <i>O PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA NA DIMINUIÇÃO DAS DIFERENÇAS, NA TERCEIRA VIA E NO CONSENSO DE WASHINGTON</i>	13	153
<b>FRANCISCO DÁRIO MENDES DA ROCHA</b>		
Ver <i>DÁRIO ROCHA</i>		
<b>FRANCISCO DEMETRIUS P. DE OLIVEIRA</b>		
• <i>O PROBLEMA DO DIREITO ENQUANTO CIÊNCIA</i>	12	285
<b>FREDERICO RICARDO DE ALMEIDA NEVES</b>		
• <i>LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO: RESTRIÇÕES INDESEJÁVEIS, PORÉM INEVITÁVEIS.</i>	05	237
<b>GERALDO PRADO</b>		
• <i>REALIDADE E DISFUNÇÕES DO JUDICIÁRIO.</i>	04	222
<b>GÜNTHER KAISER</b>		
• <i>LA FUNCION DE LA CRIMINALOGIA CON RESPECTO A LA POLITICA LEGISLATIVA PENAL.</i>	05	251
<b>GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA</b>		
• <i>JUSNATURALISMO E CONHECIMENTO JURÍDICO.</i>	03	149
• <i>OBSERVAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE CONVOCAÇÃO DE UMA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE EM 1999.</i>	07	317
<b>HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS</b>		
• <i>I. CONFINS: TRÊS QUESTÕES TRIBUTÁRIAS.</i>	01	74
• <i>PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL.</i>	02	240
• <i>OS PRINCÍPIOS E O DIREITO.</i>	03	177
• <i>UM CONGRESSO EM HOMENAGEM A GERALDO ATALIBA.</i>	03	185

• <i>DA IGUALDADE.</i>	05	269
• <i>O INSS EM DEBATE.</i>	06	243
• <i>DE 88 EM DIANTE.</i>	07	339
• <i>LOURIVAL VILANOVA/TORQUATO CASTRO: CAUSALIDADE E RELAÇÃO NO DIREITO/TEORIA DA SITUAÇÃO JURÍDICA EM DIREITO PRIVADO NACIONAL</i>	12	313
<b>HIDELBRANDO CAMPESTRINI</b>		
• <i>LINGUAGEM JURÍDICA E PÓS-MODERNIDADE.</i>	02	90
<b>HUGO CAVALCANTI MELO FILHO</b>		
• <i>LIMITAÇÕES LEGAIS À AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA.</i>	03	191
<b>HUMBERTO BRUNO DE ALMEIDA FERREIRA</b>		
• <i>BIOÉTICA E DIREITO. INTRODUÇÃO ÀS PROBLEMÁTICAS DOS AVANÇOS MÉDICO-CIENTÍFICOS</i>	12	351
<b>HUMBERTO THEODORO JÚNIOR</b>		
• <i>AS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 9.756 DE 17-12-98.</i>	09	177
• <i>PARECER – MANDATO. ADMINISTRADOR. PODERES GERAIS E ESPECIAIS. INTERPRETAÇÃO. EXCESSO DE MANDATO. RATIFICAÇÃO</i>	11	455
<b>IDÍLIO OLIVEIRA DE ARAÚJO</b>		
• <i>SENTENÇA CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO.</i>	09	431
<b>INÊS CRISTINA SELBMANN</b>		
• <i>UMA REFLEXÃO CRÍTICA ACERCA DA VISÃO DOGMÁTICA DE DIREITO.</i>	07	367
• <i>RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PELOS ATOS ILÍCITOS DOS EMPREGADOS.</i>	08	151
• <i>SERIAM O FORTUITO E A FORÇA MAIOR EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO?</i>	10	179

• <i>RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS</i>	12	373
<b>IRACEMA REBECA DE MEDEIROS FAZIO</b>		
• <i>CONCURSO DE PESSOAS.</i>	08	169
<b>ISAÍAS ANDRADE LINS NETO</b>		
• <i>QUANDO A SOLUÇÃO ESTÁ NO JUDICIÁRIO.</i>	09	203
• <i>SENTENÇA. PODER JUDICIÁRIO. PRIMEIRO JUIZADO ESPECIAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO – RECIFE-PE.</i>	10	395
• <i>VARAS ESPECIALIZADAS EM RELAÇÕES DE CONSUMO – UMA EXIGÊNCIA DA LEI 8.078/90</i>	11	143
<b>ISABELLE AMORIM DE MORAES</b>		
• <i>CONCURSO DE CRIMES.</i>	08	195
<b>IVAN LUIZ DA SILVA</b>		
• <i>CRIME ORGANIZADO: ENFOQUES CONCEITUAIS E CRIMINOLÓGICOS.</i>	05	315
<b>IVES GANDRA DA SILVA MARTINS</b>		
• <i>OS DEPÓSITOS EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS À LUZ DO (PARÁGRAFO) 30 DO ARTIGO 164 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL</i>	13	205
<b>IVO DANTAS</b>		
• <i>SERVIDOR PÚBLICO, APOSENTADORIA E DIREITO ADQUIRIDO.</i>	03	201
• <i>AS DENOMINADAS FAMÍLIAS DE DIREITO. CIVIL LAW E COMMON LAW: SEMELHANÇAS E DESSEMELHANÇAS</i>	11	151
<b>JACKSON BORGES DE ARAÚJO</b>		
• <i>MANDADO DE SEGURANÇA: DA NORMA DE TRATADO INTERNACIONAL COMO NORMA CONSTITUCIONAL.</i>	03	571
• <i>MANDADO DE SEGURANÇA. DA PROVA POR</i>		

<i>PRESUNÇÃO E O DIREITO DE AMPLA DEFESA.</i>	06	533
• <i>DO DIREITO DO ESTADO AO ESTADO DE DIREITO: UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO PLURALISMO JURÍDICO NAS SOCIEDADES PERIFÉRICAS.</i>	07	383
<b>JANEIDE OLIVEIRA DE LIMA</b>		
• <i>TRÁFICO DE HOMENS PARA A PROSTITUIÇÃO.</i>	03	215
• <i>A CRIANÇA E A AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 61 DO CÓDIGO PENAL.</i>	06	249
• <i>PRODUTOS QUE CAUSAM E QUE PODEM CAUSAR DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA: PERSPECTIVA CRÍTICA.</i>	08	223
<b>JOÃO ALFREDO DOS ANJOS</b>		
• <i>ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) - ANTECEDENTES, COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO.</i>	05	337
<b>JOÃO MAURÍCIO L. ADEODATO</b>		
• <i>FILOSOFIA DO DIREITO E DOGMÁTICA JURÍDICA.</i>	01	266
• <i>A "CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL" DE FRIEDRICH MÜLLER.</i>	03	233
• <i>MODERNIDADE E DIREITO.</i>	06	255
<b>JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA</b>		
• <i>ALTERNATIVIDADE E RETÓRICA NO DIREITO: PARA ALÉM DO EMBATE IDEOLÓGICO.</i>	05	383
• <i>A CARACTERIZAÇÃO DO OBJETO DA CIÊNCIA DO DIREITO E O SEU PROBLEMA HERMENÊUTICO-DECISÓRIO.</i>	07	405
<b>JOAQUIM CORREIA DE CARVALHO JÚNIOR</b>		
• <i>NÓS E OS JUÍZES.</i>	05	357
<b>JOAQUIM LUSTOSA FILHO</b>		
• <i>PARECER. TAXA DE PREVENÇÃO E EXTINÇÃO DE INCÊNDIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. TAXA</i>		

<i>DE LIMPEZA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DO RECIFE. INCONSTITUCIONALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 144 E 145 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.</i>	11	487
<b>JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA</b>		
• SENTENÇA CÍVEL: PROCESSO Nº 1.178/93.	01	230
• SENTENÇA CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS.	02	467
• SENTENÇA CÍVEL : AÇÃO PARA ANULAÇÃO DE DOAÇÃO.	03	589
• SENTENÇA CÍVEL. DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO DE CRÉDITO.	05	545
• SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFECÇÃO HOSPITALAR.	09	457
• SENTENÇA CÍVEL. SEGURO DE VIDA.	10	409
• SENTENÇA CÍVEL: NOME COMERCIAL. MARCA. REGISTROS NA JUNTA COMERCIAL E NO INPI COLIDÊNCIA. EMPRESAS DA MESMA ÁREA DE ATUAÇÃO.	11	505
<b>JOSÉ AUGUSTO DELGADO</b>		
• REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA.	03	233
<b>JOSÉ DE MOURA ROCHA</b>		
• AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO. DESTAQUE NO DIREITO CAMBIÁRIO ( ENRIQUECIMENTO ILÍCITO).	03	261
• PROVA ILÍCITA E CONSTITUIÇÃO.	04	229
• CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (REFLEXÕES-ALTERAÇÕES-INOVAÇÕES).	06	275
• CONSTITUIÇÃO, INTERPRETAÇÃO, COSTUME.	07	449
<b>JOSÉ CARLOS ARRUDA DANTAS</b>		
• CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS.	07	429
• A (DES) NECESSIDADE DA FIRMA RECONHECIDA NO INSTRUMENTO PROCURATÓRIO "AD JUDICIA".	08	233

• TUTELA CAUTELAR & TUTELA ANTECIPATÓRIA: ELEMENTOS DE DISTINÇÃO.	09	211
• A COBRANÇA JUDICIAL DA PENA PECUNIÁRIA NO ESTADO DE PERNAMBUCO	12	383.
<b>JOSÉ FERNANDES DE LEMOS</b>		
• DIREITO ELEITORAL: INVESTIGAÇÃO JUDICIAL. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. PRÁTICA DO CLIENTELISMO.	03	603
<b>JOSÉ JANGUIÉ BEZERRA DINIZ</b>		
• OS EMBARGOS INFRINGENTES À LUZ DA LEI 8.950/94.	02	339
• FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS NO BRASIL.	03	287
• PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO.	05	405
• O VALOR DA JUSTIÇA.	06	301
• PERSPECTIVAS DA JUSTIÇA DO TRABALHO NUMA SOCIEDADE GLOBALIZADA.	07	481
<b>JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA</b>		
• A FUNÇÃO DO JUIZ.	01	184
<b>JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO</b>		
• AS NOVAS TECNOLOGIAS E OS DIREITOS DE EXPLORAÇÃO DAS OBRAS INTELECTUAIS	12	403
<b>JOSÉ RENATO NALINI</b>		
• O JUIZ E SEU MODO ÉTICO DE SER.	01	211
• PASSADO, PRESENTE E FUTURO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA.	02	28
• ESCOLAS DA MAGISTRATURA NO BRASIL: ASPECTO ORGANIZATIVO INSTITUCIONAL.	03	325
• A VONTADE DO CONSTITUINTE NA FORMAÇÃO DO JUIZ BRASILEIRO.	06	337
<b>JOSÉ SOARES FILHO</b>		
• ALGUMAS OBSERVAÇÕES ACERCA DA		

<i>DE LIMPEZA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DO RECIFE. INCONSTITUCIONALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 144 E 145 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.</i>		11	487
<b>JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA</b>			
• SENTENÇA CÍVEL: PROCESSO Nº 1.178/93.		01	230
• SENTENÇA CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS.		02	467
• SENTENÇA CÍVEL : AÇÃO PARA ANULAÇÃO DE DOAÇÃO.		03	589
• SENTENÇA CÍVEL. DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO DE CRÉDITO.		05	545
• SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFECÇÃO HOSPITALAR.		09	457
• SENTENÇA CÍVEL. SEGURO DE VIDA.		10	409
• SENTENÇA CÍVEL: NOME COMERCIAL. MARCA. REGISTROS NA JUNTA COMERCIAL E NO INP.I COLIDÊNCIA. EMPRESAS DA MESMA ÁREA DE ATUAÇÃO.		11	505
<b>JOSÉ AUGUSTO DELGADO</b>			
• REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA.		03	233
<b>JOSÉ DE MOURA ROCHA</b>			
• AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO. DESTAQUE NO DIREITO CAMBIÁRIO ( ENRIQUECIMENTO ILÍCITO).		03	261
• PROVA ILÍCITA E CONSTITUIÇÃO.		04	229
• CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (REFLEXÕES-ALTERAÇÕES-INOVAÇÕES).		06	275
• CONSTITUIÇÃO, INTERPRETAÇÃO, COSTUME.		07	449
<b>JOSÉ CARLOS ARRUDA DANTAS</b>			
• CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS.		07	429
• A (DES) NECESSIDADE DA FIRMA RECONHECIDA NO INSTRUMENTO PROCURATÓRIO "AD JUDICIA".		08	233
• TUTELA CAUTELAR & TUTELA ANTECIPATÓRIA: ELEMENTOS DE DISTINÇÃO.			
		09	211
• A COBRANÇA JUDICIAL DA PENA PECUNIÁRIA NO ESTADO DE PERNAMBUCO			
		12	383.
<b>JOSÉ FERNANDES DE LEMOS</b>			
• DIREITO ELEITORAL: INVESTIGAÇÃO JUDICIAL. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. PRÁTICA DO CLIENTELISMO.			
		03	603
<b>JOSÉ JANGUIÉ BEZERRA DINIZ</b>			
• OS EMBARGOS INFRINGENTES À LUZ DA LEI 8.950/94.			
		02	339
• FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS NO BRASIL.			
		03	287
• PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO.			
		05	405
• O VALOR DA JUSTIÇA.			
		06	301
• PERSPECTIVAS DA JUSTIÇA DO TRABALHO NUMA SOCIEDADE GLOBALIZADA.			
		07	481
<b>JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA</b>			
• A FUNÇÃO DO JUIZ.			
		01	184
<b>JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO</b>			
• AS NOVAS TECNOLOGIAS E OS DIREITOS DE EXPLORAÇÃO DAS OBRAS INTELECTUAIS			
		12	403
<b>JOSÉ RENATO NALINI</b>			
• O JUIZ E SEU MODO ÉTICO DE SER.			
		01	211
• PASSADO, PRESENTE E FUTURO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA.			
		02	28
• ESCOLAS DA MAGISTRATURA NO BRASIL: ASPECTO ORGANIZATIVO INSTITUCIONAL.			
		03	325
• A VONTADE DO CONSTITUINTE NA FORMAÇÃO DO JUIZ BRASILEIRO.			
		06	337
<b>JOSÉ SOARES FILHO</b>			
• ALGUMAS OBSERVAÇÕES ACERCA DA			

<i>SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL.</i>	01	107
• <i>O BRASIL FRENTE À OIT: A DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158.</i>	04	259
<b>JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES</b>		
• <i>LEGALIDADE E ISONOMIA TRIBUTÁRIA: A QUESTÃO DA SUA DEMARCAÇÃO.</i>	02	262
• <i>SIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.</i>	03	311
<b>JOSÉ VIANA ULISSES FILHO</b>		
• <i>ANTERIORIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA: REFLEXÕES CRÍTICAS.</i>	01	145
• <i>LEX MERCATÓRIA, ARBITRAGEM E CONTRATOS ECONÔMICOS: NOVAS PERSPECTIVAS INTERNACIONAIS.</i>	02	310
• <i>O ART. 6º DA LEI Nº 9.099/95: A CAMINHO DE UMA INTERPRETAÇÃO ALTERNATIVA DO DIREITO.</i>	03	355
• <i>SENTENÇA CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. NULIDADE</i>	05	561
<b>JUSTIÇA PÚBLICA</b>		
• <i>SENTENÇA CRIMINAL - PROCESSO Nº 5.336/92.</i>	01	292
<b>KATARINE KEIT GUIMARÃES FONSECA DE FARIA</b>		
• <i>A UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – USOS E ABUSOS</i>	13	235
<b>KÉZIA MILKA LYRA DE OLIVEIRA</b>		
• <i>O EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA FISCAL COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL</i>	12	441
<b>KYLCE ANNE DE ARAÚJO PEREIRA</b>		
• <i>O DIREITO E O PROCESSO DE TRABALHO NA SOCIEDADE PERIFÉRICA: FLEXIBILIZAÇÃO.</i>	10	209
• <i>DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL: ARGUMENTAÇÃO</i>		

<i>ENTIMEMÁTICA E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS</i>	11	229
<b>LENIO LUIZ STRECK</b>		
• <i>OS MEIOS DE ACESSO DO CIDADÃO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E A CRISE DE EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO</i>	13	257
<b>LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA</b>		
• <i>A ARBITRAGEM E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.</i>	04	282
• <i>POSSIBILIDADE DE SER CONCEDIDO EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.</i>	07	501
<b>LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO</b>		
• <i>DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. PROCESSO DE ARROLAMENTO. IMPOSTO CAUSA MORTIS.</i>	02	490
• <i>PROCESSUAL CIVIL: EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO.</i>	03	625
<b>LUCIANA DE ASSUNÇÃO MACIEIRA</b>		
• <i>A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 27 DA LEI N. 9868/99 QUANTO AO REGULAMENTO PROCESSUAL DOS EFEITOS DO PROVIMENTO FINAL EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO</i>	13	291
<b>LUCIANA HELENA SANTOS</b>		
• <i>UNIÃO ESTÁVEL-EFEITOS SUCESSÓRIOS E PATRIMONIAIS</i>	12	465
<b>LUCIANA DE MEDEIROS FERNANDES</b>		
• <i>O ESTADO ADMINISTRADOR E A INTEGRAÇÃO ECONÔMICA.</i>	08	247
<b>LÚCIO GRASSI DE GOUVEIA</b>		
• <i>O DEVER DE COOPERAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS COM AS PARTES – UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO (ALEMANHA, PORTUGAL E BRASIL)</i>	11	247

• <i>A CULPA COMO FATOR PARA FIXAÇÃO DOS EFEITOS DO DIVÓRCIO: UMA BREVE ANÁLISE DO DIREITO VIGENTE E DO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO</i>	12	495
• <i>BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR E TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (ENFOQUE COMPARATÍSTICO)</i>	13	311
<b>LUIZ CARLOS DE FREITAS MEDEIROS</b>		
• <i>AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA.</i>	11	275
<b>LUIZ DE FREITAS LIMA</b>		
• <i>A CONSTRUÇÃO CIVIL É ATIVIDADE CIVIL</i>	12	511
<b>LUIZ VICENTE CERNICCHIARO</b>		
• <i>INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.</i>	04	296
<b>MARCELO A. RODRIGUES</b>		
• <i>O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.</i>	04	101
<b>MARCÍLIO FLORÊNCIO MOTA</b>		
• <i>A INTERVENÇÃO DO AGENTE PÚBLICO NA AÇÃO PARA RESSARCIMENTO DE DANOS MOVIDA PELO ADMINISTRADO EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO OU DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS.</i>	09	247
<b>MARCO MACIEL</b>		
• <i>ARBITRAGEM E MODERNIZAÇÃO INSTITUCIONAL.</i>	04	312
<b>MARCOS ANTÔNIO NERY DE AZEVEDO</b>		
• <i>O PROBLEMA DO CONHECIMENTO E A CIENTIFICIDADE DO DIREITO.</i>	03	375

<b>MARIA BETÂNIA SILVA</b>		
• <i>AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS.</i>	02	446
• <i>UM NOVO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS EM PROJETO.</i>	04	318
• <i>SOBRE A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: DESDOBRAMENTO DE UMA POLÊMICA.</i>	07	511
<b>MARIA DE FÁTIMA DE CARVALHO FALCÃO</b>		
• <i>CONSIDERAÇÕES SOBRE A PALAVRA JUSTIÇA.</i>	08	299
• <i>A CULPA STRITU SENSU, COMO ELEMENTO DA CULPABILIDADE.</i>	10	233
<b>MARIA DLARA SIQUEIRA DE MELO BORGES</b>		
• <i>A NORMA JURÍDICA E SUA INTERPRETAÇÃO.</i>	08	283
• <i>AS CONTRIBUIÇÕES PARA FISCAIS NO DIREITO DO TRABALHO.</i>	09	267
<b>MARIA HELENA DE CASTRO OLIVEIRA</b>		
• <i>O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA</i>	10	263
<b>MARÍLIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO</b>		
• <i>O PAPEL DOS CÔNJUGES SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL</i>	13	345
<b>MARIO ANTÔNIO LOBATO DE PAIVA</b>		
• <i>DIREITO DE TRABALHO MÍNIMO</i>	12	525
<b>MARUPIRAJA RAMOS RIBAS</b>		
• <i>DANOS MORAIS.</i>	07	527
• <i>SENTENÇA CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.</i>	09	475

• <i>A DESPENALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL E SEUS REFLEXOS CONSTITUCIONAIS</i>	11	283
<b>MAURÍCIO RANDS</b>		
• <i>DO GARANTISMO INDIVIDUAL AO GARANTISMO DE ADMINISTRAÇÃO COLETIVA.</i>	04	344
<b>MAURÍCIO GOMM SANTOS</b>		
• <i>FORMAS ALTERNATIVAS PARA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS.</i>	02	190
<b>MICHELE TARUFFO</b>		
• <i>DIMENSÕES TRANSCULTURAIS DA JUSTIÇA CIVIL.</i>	11	291
<b>NALVA CRISTINA CAMPELLO</b>		
• <i>SENTENÇA CÍVEL: REPARAÇÃO DE DANOS.</i>	03	639
<b>NAPOLEÃO TAVARES</b>		
• <i>APRESENTAÇÃO.</i>	01	05
• <i>APRESENTAÇÃO.</i>	02	11
• <i>APRESENTAÇÃO.</i>	03	09
• <i>APRESENTAÇÃO.</i>	04	11
• <i>APRESENTAÇÃO.</i>	05	13
• <i>APRESENTAÇÃO.</i>	06	13
• <i>AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO E GRAVAÇÃO DE CONVERSAS TELEFÔNICAS.</i>	06	549
<b>NELSON SALDANHA</b>		
• <i>SOBRE A TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL.</i>	03	409
• <i>EM TORNO DOS VALORES JURÍDICOS.</i>	04	356
• <i>O ESTADO EM QUESTÃO: PRESENTE E FUTURO.</i>	07	533
• <i>DIREITOS HUMANOS: CONSIDERAÇÕES, HISTÓRICO-CRÍTICAS.</i>	08	317
• <i>PENSAMENTO JURÍDICO, RACIOCÍNIO E ARGUMENTAÇÃO</i>	11	345

<b>NILDO NERY DOS SANTOS</b>		
• <i>AS JURISDIÇÕES COMUNITÁRIAS.</i>	01	99
• <i>A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CRIMINOLOGIA.</i>	02	124
• <i>DESEMPREGO E VIOLÊNCIA.</i>	04	371
<b>NIVALDO MULATINHO FILHO</b>		
• <i>SENTENÇA PENAL. DENÚNCIA DE CRIMES HEDIONDOS. TENTATIVA DE ESTUPRO. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. LATROCÍNIO CONSUMADO.</i>	11	517
• <i>SENTENÇA CRIMINAL DENÚNCIA CONSTRA SEIS POLICIAIS MILITARES. TORTURA E OUTRAS CONDUTAS DELITUOSAS. LESÕES CORPORAIS GRAVÍSSIMAS DA VÍTIMA</i>	12	633
<b>OG FERNANDES</b>		
• <i>JUIZADOS CRIMINAIS: O PROCESSO DE RESULTADOS.</i>	01	287
<b>PALHARES MOREIRA REIS</b>		
• <i>O SISTEMA PARTIDÁRIO PLURALISTA E DEMOCRÁTICO.</i>	09	283
• <i>NOÇÃO DE POVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988</i>	11	357
• <i>A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL DO MODELO INGLÊS E SUA REPERCUSSÃO NA COLÔNIA AMERICANA</i>	13	367
<b>PATRÍCIA CARNEIRO TAVARES</b>		
• <i>DA EXECUÇÃO DAS PENAS APLICÁVEIS À PESSOA JURÍDICA</i>	12	537
<b>PAULA OLIVEIRA MENDONÇA</b>		
• <i>PRINCÍPIOS PROCESSUAIS, IMPORTÂNCIA DE SEU ESTUDO PARA O DIREITO PROCESSUAL.</i>	09	301
<b>PAULO LUIZ NETTO LÔBO</b>		
• <i>QUESTÕES DE DIREITO NOS CONTRATOS DE CONSUMO E A SÚMULA Nº 05 - STJ.</i>	05	465
• <i>IGUALDADE CONJUGAL - DIREITOS E DEVERES.</i>	06	361

**PAULO CÉSAR MAIA PORTO**

- O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A REPRESSÃO AOS ATOS INFRAACIONAIS. 03 419
- PODER REFORMADOR DA CONSTITUIÇÃO: NATUREZA JURÍDICA E LIMITES. 05 439

**PETRÚCIO FERREIRA DA SILVA**

- DA DIMENSÃO DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS. 02 374

**RAFAEL JOSÉ DE MENEZES**

- AS VIRTUDES DO JUÍZ PROFESSOR DE DIREITO 13 377

**RENATO PINHEIRO FILHO**

- O PRINCÍPIO DA ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL - A UTILIZAÇÃO DA FORMA DE COMUNICAÇÃO ORAL E A CONCENTRAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS NUMA PERSPECTIVA DE CONFERIR MAIOR CELERIDADE AO PROCESSO. 10 305

**RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA**

- O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS (DIREITO COMPARADO). 04 386

**RICARDO DE OLIVEIRA PAES BARRETO**

- SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – PROCEDÊNCIA – REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. ALTERAÇÃO DE DÓLAR NORTE-AMERICANO PARA O INPC. 11 533

**RICARDO SILVEIRA RIBEIRO**

- CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: UMA REVISÃO HISTÓRICO-CONCEITUAL 10 281

**RICARDO DE BRITO A. P. FREITAS**

- A JUSTIÇA MILITAR NO OLHO DO FURACÃO. 01 407

- O DIREITO PENAL MILITAR E A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. 02 161
- O USO ALTERNATIVO DO DIREITO PENAL PRIVADO: ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A SUA POSSIBILIDADE. 04 413

**ROBERTA FRAGOSO DE MEDEIROS MENEZES**

- LIBERALISMO E DEMOCRACIA O PARADOXO ENTRE LIBERDADE E JUSTIÇA; IGUALDADE E DIREITO. 08 335
- RESPONSABILIDADE CIVIL: A RESSARCIBILIDADE DO DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO 11 367

**ROBERTO MAGALHÃES**

- O PODER JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS. 06 381

**ROMUALDO MARQUES COSTA**

- PUNIBILIDADE E NORMA PENAL. 01 131
- PUNIBILIDADE E CONCEITO DE CRIME. 02 134
- PUNIBILIDADE E CONCEITO DE PENA. 03 455

**ROQUE DE BRITO ALVES**

- ALGUNS ASPECTOS DA PROVA EM MATÉRIA CRIMINAL 12 565

**ROSA MARIA A. NERY**

- O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO. 04 101

**ROSÂNGELA ARAÚJO VIANA**

- A RESSOCIALIZAÇÃO COMO ALTERNATIVA PARA O PROGRESSO DO DIREITO NO BRASIL. 02 419

**RUY TREZENA PATU JÚNIOR**

- CENTRO DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM. 01 421

• <i>MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM. ALTERNATIVAS À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CONVENCIONAL.</i>	02	272
• <i>A ESSÊNCIA, A ÉTICA DO CONTRATO DE TRABALHO. UM BREVE ENSAIO CRÍTICO SOBRE A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO PELA ORDEM JURÍDICA</i>	03	469
• <i>SENTENÇA CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR.</i>	04	544
<b>SAMUEL HORACIO DE OLIVEIRA</b>		
• <i>JUROS ELEVADOS: INCONSTITUCIONALIDADE E LESÃO NOS CONTRATOS.</i>	09	343
<b>SÁVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA</b>		
• <i>A IMPRENSA E O JUDICIÁRIO.</i>	02	393
<b>SAULO RAMOS</b>		
• <i>REFORMA DO JUDICIÁRIO - EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.</i>	09	367
<b>SOLANGE SOUTO</b>		
• <i>FORMALIDADE E INFORMALIDADE NO CONTROLE SOCIAL PELO DIREITO.</i>	04	435
• <i>A SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL: OS ANOS DE INÍCIO DE CONSOLIDAÇÃO.</i>	05	79
<b>SÉRGIO BERMUDES</b>		
• <i>A SÚMULA VINCULANTE E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ.</i>	06	391
<b>SÉRGIO PAULO RIBEIRO DA SILVA</b>		
• <i>A MENOR DE CATORZE ANOS E O DELITO DE ESTUPRO.</i>	04	429
<b>SERGIO TORRES TEIXEIRA</b>		
• <i>A CRIAÇÃO DO DIREITO NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JUDICANTE</i>	08	367

• <i>ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA O JULGAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA</i>	13	385
<b>SIDNEY SANCHES</b>		
• <i>ASPECTOS PROCESSUAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.</i>	03	511
<b>SÍLVIO NEVES BAPTISTA</b>		
• <i>ENSAIO SOBRE A TEORIA DO FATO DANOSO.</i>	02	177
• <i>CONCEITO DO DIREITO CIVIL.</i>	07	545
<b>STELLA MARIA MENDES GOMES DE SÁ LEITÃO</b>		
• <i>UMA PROMESSA DE VIDA OU A ÚLTIMA CHANCE PARA O MEIO AMBIENTE?</i>	08	389
<b>TEODOMIRO NORONHA CARDOZO</b>		
• <i>SENTENÇA PENAL.</i>	10	427
• <i>DA REPRESENTAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.</i>	11	399
• <i>SENTENÇA CRIMINAL</i>	13	517
<b>THIAGO ARRAES DE ALENCAR NORÕES</b>		
• <i>PENHOR MERCANTIL: POSSIBILIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO PELA TRADIÇÃO SIMBÓLICA DA COISA EMPENHADA.</i>	11	409
<b>VALÉRIA MARIA CAVALCANTI LINS LEMOS</b>		
• <i>A CRIMINALIDADE FEMININA E SUAS ESPECIFICIDADES.</i>	03	527
• <i>A QUESTÃO DA "NOVA CRIMINALIDADE" NA TEORIA GERAL DO DIREITO.</i>	04	449
• <i>AS REGRAS DO MÉTODO SOCIOLÓGICO: INTERPRETAÇÃO E EXPOSIÇÃO CRÍTICA - ELEMENTOS INTERESSANTES PARA O DIREITO.</i>	06	405
• <i>OS JOGOS VIRTUAIS VIOLENTOS E SUA RELAÇÃO COM A CRIMINALIDADE NA ADOLESCÊNCIA</i>	12	599

**VALÉRIA RÚBIA SILVA DUARTE**

- ALIMENTOS E SUA EXECUÇÃO: ASPECTOS GERAIS. 06 425
- SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. 09 485
- SENTENÇA CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. 11 543
- AS NORMAS E OS USOS OU CONVENCIONALISMOS SOCIAIS 13 425

**VERÔNICA MARIA BEZERRA GUIMARÃES**

- A FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE 13 443

**VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA**

- QUESTÕES SOBRE A HIERARQUIA ENTRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 04 467
- A INSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL. 06 457
- FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. 07 563
- CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE MORALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. 08 403
- PERFIL CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE 11 423

**WALBER DE MOURA AGRA**

- INFLUÊNCIA SOFISTA NA FILOSOFIA DO DIREITO. 10 331
- A CRISE DA NACIONALIDADE NO TEXTO CONSTITUIÇÃO DE 1988 13 465

**WELITON SOUSA CARVALHO**

- INTERROGATÓRIO DO RÉU À LUZ DA CONSTITUIÇÃO 13 495

**ZÉLIA MARIA LUCENA DE MENDONÇA**

- OUVIDORIA JUDICIÁRIA – MECANISMO DE APROXIMAÇÃO DO JUDICIÁRIO COM A SOCIEDADE 12 613

**ZÉLIO FURTADO DA SILVA**

- O CONTEÚDO SOCIOLOGICO NA CRIAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS. 02 79
- A IRRETROATIVIDADE DA LEI NO DIREITO BRASILEIRO. 03 539
- DESAPROPRIAÇÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE
- ASPECTOS SOBRE VIGÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS. 05 469
- DO ART. 12 DA M. P. Nº 1.632 E A JUSTA INDENIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO. 07 593
- A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. 10 359

**ESMAPE - BIBLIOTECA**

340.05

P-01

EMPRÉSTIMO



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO**

*Rua Dom Bosco, 1308 – Boa Vista – Recife-PE – CEP 50070-070*