

REVISTA DA

ISSN 1415-112X

ESMAPE



VOLUME 6 Nº 14 - JULHO/DEZEMBRO - 2001

**SISTEMA DE DEFESA SOCIAL
INTEGRADO: POR UM CONTROLE DA
CRIMINALIDADE MAIS ARTICULADO E
PRÓXIMO DA COMUNIDADE**
Ruy Trezena Patu Júnior

**LEGALIDADE E JUSTIFICATIVA
DA CRIAÇÃO JUDICIÁRIA DO DIREITO**
Michele Tanuffo

**A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
NA EXECUÇÃO**
Lúcio Grassi de Gouveia

**LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS
ÀS COMISSÕES PARLAMENTARES
DE INQUÉRITO**
Alexandre de Moraes





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 Eteório Ramos Galvão Filho

Supervisor

Juiz Ruy Trezema Para 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

Juiz Valéria Rúbia Silva Duarte

Professor-Coordenador de Prática Jurídica Penal

Juiz Teodomiro Noronha Cardozo

Diretora de Secretária

Josina de Sá Leição

Diretora de Patrimônio e Finanças

Rosa Maria Aparecida Joseph Lencastre

NÚCLEO REGIONAL DO AGRESTE - CARUARU

Diretor Regional

Juiz Augusto Napoleão Sampaio Angelim

Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura e Aperfeiçoamento Jurídico

Juiz Cláudio 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 Emilia Cordeiro de Oliveira e Silva

José Fernando Santos de Souza

Coordenadora de Pesquisa e Divulgação Científica e Cultural

Juiz Ana Paula Lira Melo

Coordenador de Eventos Científicos e Culturais

Juiz Maripiraja Ramos Ribas

Secretário Regional

Bel. Francisco de Assis Ferreira Neto

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DE PERNAMBUCO - AMEPE

Presidente

Juiz Mozart Valadarez Vieira Pires

ISSN 1415-112X

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DE PERNAMBUCO**

**Volume 6 - Número 14
julho/dezembro - 2001**

REVISTA DA ESMAPE

Recife

Semestral

Revista da Esmape - Recife - V.6 Nº 14 - 003-707 - jul/dez 2001 → 3

© 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

Dr. Teodomiro Noronha Cardozo

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

Revisão: Profª Eulene 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

E-mail: bagaco1@uol.com.br

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

ESMAPE - BIBLIOTECA

Tomb. FA 20020147

Local P-01

Ch. 00000708 E

CORPO DOCENTE

RECIFE

1º Período

DIREITO CONSTITUCIONAL I

André Vicente Pires Rosa

Maria Betânia Silva

Walber de Moura Agra

José Carlos de Arruda Dantas

DIREITO ADMINISTRATIVO I

João Armando Costa Menezes

Oscar Vilaça de Melo Filho

Eugênia Simões

DIREITO CIVIL I

Jorge Américo Pereira de Lira

DIREITO PENAL I

Patrícia de Fátima Oliveira Torres

José Durval de Lemos Lins Filho

Guilherme da Rocha Ramos

DIREITO PROCESSUAL CIVIL I

Lúcio Grassi de Gouveia

Bruno Angelim Figueirôa

Sérgio Torres Teixeira

DIREITO PROCESSUAL PENAL I

Silvânia Espérta da Silva

Carlos Alberto Berriel Pessanha

João Olympio Valença de Mendonça

Adeildo Lemos de Sá Cruz

Adeildo Nunes

DIREITO TRIBUTÁRIO I

Hélio Silvio Ourem Campos

Francisco Alves dos Santos Júnior

Cristiana Pragana Dantas

DIREITO COMERCIAL I

Marcos Antonio Nery de Azevedo

Luiz de Freitas

Maria Antonieta Lynch de Moraes

PRÁTICA JURÍDICA CÍVEL I

Eudes dos Prazeres França
Misael de Albuquerque Montenegro Filho
Ronnie Preuss Duarte
Carlos Magno Cysneiros Sampaio
PRÁTICA JURÍDICA EM SERVIÇO
Francisco de Assis Galindo de Oliveira

2º Período

DIREITO PROCESSUAL PENAL II

Carlos Alberto Berriel Pessanha
Honório Gomes do Rego Filho
Mariana Vargas Cunha

DIREITO PROCESSUAL CIVIL II

José Antônio Macêdo Malta
Paula Maria de Oliveira Mendonça
Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima

DIREITO CIVIL II

Ruy Trezena Patu Júnior
Cátia Luciene Laranjeira de Sá Sampaio
Carlos Frederico Gonçalves de Moraes

DIREITO PENAL II

Laiete Jatobá Neto
Pedro Odilon de Alencar Luz

DIREITO COMERCIAL II

Carlos Humberto Inojosa Galindo
Vaudrilo Leal Guerra Curado
Eduardo Montenegro Serur

DIREITO TRIBUTÁRIO II

Francisco Alves dos Santos Júnior
José Viana Ulisses Filho

DIREITO ADMINISTRATIVO II

Marcos Antônio Rios da Nóbrega
Oscar Vilaça de Melo Filho

DIREITO CONSTITUCIONAL II

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

José Carlos de Arruda Dantas

PRÁTICA JURÍDICA CÍVEL II

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

PRÁTICA JURÍDICA EM SERVIÇO

Valéria Rúbia Silva Duarte

3º Período

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Luiz Carlos de Barros Figueiredo
Humberto Costa Vasconcelos Júnior

DIREITO ELEITORAL

Paulo Henrique Martins Machado
Mauro Alencar de Barros

DIREITO PENAL III

Marco Aurélio Farias
Antônio Carlos de Vasconcellos Coelho Barreto Campello

DIREITO PROCESSUAL CIVIL III

Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho
Frederico Ricardo de Almeida Neves
Ricardo de Oliveira Paes Barreto

DIREITO PROCESSUAL PENAL III

Albérico Gomes Guerra
Patrícia Carneiro Tavares

PRÁTICA JURÍDICA PENAL

Flávio Augusto Fontes de Lima
Teodomiro Noronha Cardozo

DIREITO CIVIL III

Alberto Flávio Barros Patriota
Leopoldo de Arruda Raposo
Eurico de Barros Correia Filho
Valéria Rúbia Silva Duarte

Silvio Romero Beltrão

MEDICINA LEGAL

Clóvis César de Mendoza
Gilberto Valter de Moraes Moura
Railton Bezerra de Melo

DIREITO DO CONSUMIDOR

Luiz Mário de Góes Moutinho
Nelson Santiago Reis

Rosana Grimberg

PRÁTICA JURÍDICA EM SERVIÇO

Teodomiro Noronha Cardozo

CARUARU

1º Período

DIREITO ADMINISTRATIVO I

José Carlos de 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

2º Período

DIREITO PROCESSUAL PENAL II

Keyller Toscano de Almeida

DIREITO PROCESSUAL CIVIL II

Frederico José Santos de Oliveira

DIREITO CIVIL II

Ana Emília Corrêa de Oliveira e Silva

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

Oscar Vilaça de Melo Filho

PRÁTICA JURÍDICA CÍVEL II

Ana Paula Lira Melo

3º Período

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Edmilson Leite Maciel Júnior

DIREITO ELEITORAL

Augusto Napoleão Sampaio Angelim

DIREITO PENAL III

Ronaldo Roberto Lira e Silva

DIREITO PROCESSUAL CIVIL III

Brasílio Antônio Guerra

DIREITO PROCESSUAL PENAL III

Keyller Toscano de Almeida

PRÁTICA JURÍDICA PENAL

José Fernando Santos de Souza

DIREITO CIVIL III

Ana Emília Corrêa de Oliveira e Silva

MEDICINA LEGAL

Xisto Veno Valonies

DIREITO DO CONSUMIDOR

Luiz Mário de Góes Moutinho

PRÁTICA JURÍDICA EM SERVIÇO

Ana Emília Corrêa de Oliveira e Silva

*Terra boa, meu
Pernambuco*

Quê faz

Frevo bom e maracatu

Tem mais :

Banho em Beberibe,

Cachaça gostosa,

Mangaba cheirosa,

Ai ai ai !

Tudo isso minha terra tem !

Tem rede macia

Pra gente sonhar,

Buchada, peixada,

Bate-bate pra enganchar

Tem morena formosa

Que seu coração não me deu...

Mas por isso, não choro porque,

Pernambuco, você é meu.

Aldemar Pinheiro

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 15

TEORIA

LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS ÀS COMISSÕES
PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

Alexandre de Moraes 21

INQUÉRITO POLICIAL : DO OBSOLETISMO EM FACE DA
ESTRUTURA PRINCÍPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL E LEGISLAÇÃO
ORDINÁRIA VIGORANTE

Alysson Camilo Floriano da Silva 39

O ESTADO GERENCIAL E SUAS "SOLUÇÕES"

Ana Luiza Wanderley de Mesquita 59

ESTUDO DA TERMINOLOGIA PROCESSO
ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO E DA APLICABILIDADE DE ALGUNS
PRINCÍPIOS INERENTES

Antônio Machado Guedes Alcoforado 77

O ESTADO DO SÉCULO XXI : COEXISTÊNCIA OU SUBSTITUIÇÃO
PELAS INSURGENTES ORGANIZAÇÕES POLÍTICAS ?

Bruno Galindo 103

"LEASING" FINANCEIRO – DESCONFIGURAÇÃO DO CONTRATO PELO PAGAMENTO ANTECIPADO DO VRG E SUAS CONSEQUÊNCIAS <i>Célia Morais</i>	153
CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS INELEGIBILIDADES <i>Cristina Ossipe Martins Botelho</i>	171
DANO MORAL <i>Daniela Ramos Galvão</i>	209
REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR: UMA BREVE ANÁLISE <i>José Mário Wanderley Gomes Neto</i>	255
A CONVALIDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO EM FACE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE <i>Luciene Lacerda Silva Mendes</i>	287
A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA EXECUÇÃO <i>Lúcio Grassi de Gouveia</i>	311
DA INAPLICABILIDADE DOS LIMITES MÍNIMOS E MÁXIMOS DA IDADE NOS CONCURSOS PÚBLICOS PARA INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA NO ESTADO DE PERNAMBUCO <i>Luiz Carlos Vieira de Figueiredo</i>	331
ARREPIO À LEI DO CHEQUE <i>Luiz de Freitas Lima</i>	345
EMBARGOS DA AÇÃO MONITÓRIA. NATUREZA JURÍDICA E NÃO APLICABILIDADE DOS EFEITOS DA REVELIA AO AUTOR/ EMBARGADO QUE SOBRE ELES NÃO SE MANIFESTA. <i>Maria Adelaide Monteiro de Abreu</i>	357
O TRESPASSE: A ALIENAÇÃO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL E A CLÁUSULA DE NÃO RESTABELECIMENTO <i>Maria Antonieta Lynch de Moraes</i>	381
O IMPACTO DA ALTA TECNOLOGIA E A INFORMÁTICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA AMÉRICA DO SUL <i>Mário Antonio Lobato de Paiva</i> <i>Raúl Horacio Ojeda</i>	403

LEGALIDADE E JUSTIFICATIVA DA CRIAÇÃO JUDICIÁRIA DO DIREITO <i>Michele Taruffo</i>	431
<i>Tradução de Pierino Sani</i>	
IN (TOLERÂNCIA) E PROCESSO SOBRE AS IN (FLEXIBILIDADES) PROCEDIMENTAIS E SEUS REFLEXOS NA EFETIVIDADE DO PROCESSO <i>Paulo César Santos Bezerra</i>	457
LATROCÍNIO, PRETERDOLO E DOLO EVENTUAL, CARACTERÍSTICAS. <i>Regina Célia de Albuquerque Maranhão</i>	479
INIMPUTABILIDADE PENAL POR ANORMALIDADE MENTAL <i>Roque de Brito Alves</i>	495
SISTEMA DE DEFESA SOCIAL INTEGRADO: POR UM CONTROLE DA CRIMINALIDADE MAIS ARTICULADO E PRÓXIMO DA COMUNIDADE <i>Ruy Trezena Patu Júnior</i>	503
DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS: A REALIDADE JURÍDICA DIANTE DA VIRTUALIDADE DOS NOVOS TEMPOS <i>Thiago de Oliveira Andrade</i>	559
A PROTEÇÃO DO ESTADO À UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR E A GARANTIA DO DIREITO DE HERANÇA. <i>Valéria Rúbia Silva Duarte</i>	583
LIMITES AO PODER DECORRENTE <i>Walber de Moura Agra</i>	607
PRÁTICA	
SENTENÇA CÍVEL, RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL, DANO MORAL PERFEITAMENTE CARACTERIZADO. <i>Jorge Américo Pereira de Lira</i>	623
VOTO, AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXISTÊNCIA E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM PARTILHA DE BENS <i>Des. Santiago Reis</i>	635
SENTENÇA DE PRONÚNCIA, HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO, CRIME HEDIONDO <i>Teodomiro Noronha Cardozo</i>	661
ÍNDICE ONOMÁSTICO	675

APRESENTAÇÃO

Superação. Este é o sentimento que fica para a comissão editorial da Revista Esmape, quando, já em meados da elaboração da edição nº 14, se atinge o limite máximo de artigos a serem publicados.

O trabalho de seleção das matérias foi árduo, tamanha riqueza de opções e conteúdo que chegaram às nossas mãos dos juristas e acadêmicos, desejosos de contribuir, com suas experiências, para a fomentação de sua confecção.

A Revista Esmape expande suas raízes para os quatro cantos do mundo, assim como deve ser a Justiça para os homens, e o cenário jurídico cresce com estas realizações.

A 14ª edição é a personificação do conceito participativo da Revista, abrindo espaço, mais uma vez para alunos, e ganha força através da parceria com o Banco do Brasil que, sensível às questões culturais e sintonizado com a importância deste vínculo para o meio judiciário, irá financiar parte de seus custos.

É com grande satisfação que concluímos mais uma publicação e a dedicamos, com profundo respeito, ao grande jurista Lourival Vilanova, expoente da ciência jurídica e um exemplo ímpar de integridade e dedicação à causa.

Desembargador Etério Galvão
Diretor-Presidente

LOURIVAL VILANOVA: UM EXPOENTE QUE SE VAI...

Há um mês o cenário jurídico está de luto. Em outubro de 2001, Pernambuco perdeu mais um de seus filhos célebres e o Brasil, um ícone do Direito. O jurista Lourival Vilanova era um exemplo vivo do amor à arte de ensinar e, durante mais de quatro décadas, ajudou a formar cidadãos e enriqueceu a Ciência do Direito.

O homem que acumulou em seu extenso currículo funções como *Procurador Geral do Estado*, *Secretário de Educação e Cultura em 1959* e *Consultor Geral do Estado*, entre outras façanhas, guardava hábitos simples. Costumava ser o humorista da família, no tradicional almoço domingueiro, um de seus delcites. Emocionava-se ao ouvir, apaixonado por sua obra. Uma de suas características mais marcantes era a precisão em tudo que fazia. Das mais simples tarefas às mais sublimes, perseguindo a exatidão, sem jamais perder a sensibilidade. Por traz de uma aparente formalidade, pulsava uma alma generosa.

Lourival Vilanova nos deixa, e juntamente com a falta que sua extraordinária dedicação ao Direito nos faz, fica também a riqueza de uma obra profunda. Foram dezenas de artigos: *Sobre o Conceito do Direito*;

A teoria dos Valores em Nietzsche; O problema do Objeto na Teoria do Estado; O Conceito de Estado em Hegel e em Spengler; Lógica, Ciência do Direito e Direito; O Poder de Julgar e Lógica Jurídica; Teoria Jurídica da Revolução, entre outros.

Professor catedrático nas disciplinas *Teoria Geral do Estado; Princípios de Sociologia Aplicados à Economia; Lógica e Aspectos do Romantismo na Literatura Inglesa*, ensinou também, *Hermenêutica; Introdução ao Direito; Direito Internacional Público; Filosofia do Direito*. Lecionou em Sergipe, São Paulo, Paraíba e fora do Brasil, em Lisboa. E em quase todas as instituições, compôs o corpo docente das pós-graduações.

Participou de bancas de avaliação de inúmeros concursos e foi conferencista em incontáveis congressos dentro e fora do país.

Entre as obras literárias de sua autoria estão: *Lógica Jurídica; As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo; As Tendências Atuais do Direito Público*.

O mestre se foi, pouco antes de vislumbrar, em pessoa, a homenagem mor, concedida somente a brasileiros com 'altos serviços prestados à nação': a **Comenda Barão do Rio Branco**, que lhe seria entregue pelas mãos do Presidente da República do Brasil, em outubro deste ano. Pela decência de sua pessoa e contribuição inenarrável ao Direito e ao ensino, a *Revista da Esmape* lhe dedica seus aplausos.

Recife, julho de 2001

Juiz Lúcio Grassi de Gouveia

Coordenador de Pesquisa e Divulgação Científica e Cultural da Esmape e ex-aluno do Prof. Lourival Vilanova.

TEORIA

LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS ÀS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

Alexandre de Moraes

Promotor de Justiça – assessor do Procurador-geral de Justiça de São Paulo. Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, professor na CPC – Curso Preparatório para Concursos Jurídicos nas Escolas Superiores dos Ministérios Públicos dos Estados de São Paulo, Bahia e Sergipe e na Escola Paulista da Magistratura. Membro do Conselho Editorial Atlas e do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC) e coordenador da Série Fundamentos Jurídicos, publicada pelo Atlas. São também de sua autoria as seguintes obras publicadas pelo Atlas: Direito constitucional, Direitos humanos fundamentais, Reforma administrativa, Emenda constitucional nº 18/98, Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais, Direito Constitucional: questões para concursos do Ministério Público e das Magistraturas estadual e federal, Constituição da República Federativa do Brasil – Manual de Legislação Atlas (organizador), Juizado especial criminal (co-autor), Legislação penal especial (co-autor) e Os 10 anos da Constituição Federal (organizador).

O ordenamento constitucional brasileiro consagrou novamente, dentro das funções fiscalizatórias do Poder Legislativo, as Comissões Parlamentares de Inquérito, seguindo uma tradição inglesa que remonta ao século XIV, quando, durante os reinados de Eduardo II e Eduardo III (1327 – 1377), permitiu-se ao parlamento a possibilidade de controle da gestão da coisa pública realizada pelo soberano.¹

¹ SANTAELLA, Fernando. *El parlamento y sus instrumentos de información*. Madrid: Edersa, 1982. p. 61.

O artigo 58, §3º, da Constituição Federal, ao prever que *as comissões parlamentares de inquérito terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*, porém, foi extremamente lacônico e impreciso, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro inexistente, em regra, o juiz-investigador², tarefa essa deixada institucionalmente a cargo das Polícias Civil e Federal e do Ministério Público, em face da adoção do processo acusatório, no qual a separação entre o juiz e o órgão acusador é extremamente rígida.

Assim, em face da imprecisão legislativa, há a necessidade de definição de dois pontos básicos na atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito: *amplitude de seu campo de atuação e limites de seu poder investigatório*.

Em relação à *amplitude de seu campo de atuação*, inicialmente deve ser salientado que o poder do Congresso de realizar investigações não é ilimitado, devendo concentrar-se em fatos específicos, definidos e relacionados ao Poder Público, pois como salientado por Francisco Campos:

*O poder de investigar não é genérico ou indefinido, mas eminentemente específico, ou há de ter um conteúdo concreto, suscetível de ser antecipadamente avaliado na sua extensão, compreensão e alcance pelas pessoas convocadas a colaborar com as comissões de inquérito.*³

² Ressalte-se que uma exceção a essa regra da inexistência do juiz-investigador foi prevista na Lei nº 9.034/95, que dispõe sobre o combate ao crime organizado, permitindo ao juiz a realização pessoal de atividades investigatórias. O Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, indeferiu medida liminar contra a referida lei, entendendo ser possível a previsão legal de poderes investigatórios aos magistrados, por inexistir monopólio da polícia judiciária, bem como afirmou que a coleta de provas por parte do magistrado não significa uma antecipação do juízo condenatório (STF - Pleno - Adin nº 1.517/DF - Rel. Min. Mauricio Cordeiro, Informativo STF nº 6).

³ CAMPOS, Francisco. Comissão parlamentar de inquérito - poderes do congresso - direitos e garantias individuais. *Revista Forense*, n. 185, p. 86.

Observe-se que a necessidade de criação das comissões com objeto específico não impede a apuração de fatos conexos ao principal⁴, ou ainda, de outros fatos, inicialmente desconhecidos, que surgirem durante a investigação, bastando, para que isso ocorra, que haja um aditamento do objeto inicial da CPI.⁵

Assim, podem ser objeto de investigação todos os assuntos que estejam na competência legislativa ou fiscalizatória do Congresso;⁶ não existe autoridade geral das CPIs para exposição dos negócios privados dos indivíduos, quando inexistir nexo causal com a gestão da coisa pública⁷. Nesse sentido, importante lembrarmos a histórica decisão da Corte Suprema Norteamericana, sob a presidência do *Chief Justice Warren*, no qual se afirmou a impossibilidade de:

pressupor que todo inquérito parlamentar é justificado por uma necessidade pública que sobrepasse os direitos privados atingidos. Fazê-lo seria abdicar da responsabilidade imposta ao Ju-

⁴ Cf. nesse sentido: VELLOSO, Carlos Mário de Silva. As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 26, 1986, p. 26.

⁵ Conforme definiu o STF: "Por uma necessidade funcional, a comissão parlamentar de inquérito não tem poderes universais de investigação, mas limitados a fatos determinados, o que não quer dizer não possa haver tantas comissões quantas as necessárias para realizar as investigações recomendáveis, e que outros fatos, inicialmente imprevistos, não possam ser aditados aos objetivos da comissão de inquérito, já em ação" (STF - HC nº 71.039/RJ - Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 7 abril 1994. Conferir, também, RTJ 163/626).

⁶ STF - HC nº 71.039/RJ - Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 7 abril 1994. Conferir, também, RTJ 163/626. O mesmo ocorre na Espanha, como destaca Rubio ao apontar a excepcionalidade dos inquéritos parlamentares e a necessidade de "trabalho concreto, objeto determinado e interesse público" (RUBIO, Ricardo Medina. *La función constitucional de las comisiones parlamentarias de investigación*. Madrid: Civitas, p. 51).

⁷ ROSA, Roberto. Limitações às comissões de inquérito do legislativo. *Revista de Direito Público*, n. 12, p. 58; COMPARATO, Fabio Konder. Comissão parlamentar de inquérito. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 10, p. 62; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral das comissões parlamentares - comissões parlamentares de inquérito*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 140.

diciário, pela Constituição de garantir que o Congresso não invada, injustificadamente, o direito à própria intimidade individual, nem restrinja as liberdades de palavra, imprensa, religião ou reunião... As liberdades protegidas pela Constituição não devem ser postas em perigo na ausência de clara determinação, pela Câmara ou Senado, de que o inquérito em questão é justificado por uma necessidade pública específica".⁸

Igualmente, as Comissões Parlamentares de Inquérito, sejam da Câmara dos Deputados, sejam do Senado Federal ou do próprio Congresso Nacional, devem absoluto respeito ao princípio federativo, e, conseqüentemente, à autonomia dos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, cujas gestões da coisa pública devem ser fiscalizadas pelos respectivos legislativos.⁹

Em havendo respeito ao seu campo constitucional de atuação, as Comissões Parlamentares de Inquérito deverão observar os *limites de seu poder investigatório*.

Uma vez que, conforme já analisado, inexistente como regra no ordenamento jurídico brasileiro o juiz-investigador, deve ser utilizado como paradigma para os poderes das CPIs aqueles que os magistrados possuem durante a instrução processual penal, relacionados à dilação probatória, em busca da verdade

⁸ *Watkins v. United States*, 354 US 178 (1957). Relator o Chief Justice Warren. Vencido, o ministro Clark (8 x 1), onde Watkins se recusava a responder perguntas relativas aos associados do Partido Comunista de 1942 a 1947.

⁹ Note-se que apesar de Portugal ser um Estado Unitário, possui regiões autônomas (Constituição portuguesa, art. 6º). Em relação a essas, Carotího e Vital Moreira afirmam que "pouco compatível com a lógica constitucional é, igualmente, a possibilidade de inquéritos da AR (Assembleia da República) aos órgãos das regiões autônomas ou do poder local" (*CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA ANOTADA*, 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 719).

material, nos mesmos termos proclamados pela Lei Fundamental alemã, que em seu artigo 44, item 2, ao se referir às comissões de inquérito, estabelece que "as disposições relativas ao processo penal terão aplicação por analogia à apuração de provas".

As Comissões Parlamentares de Inquérito, portanto e em regra, terão os mesmos *poderes instrutórios* que os magistrados possuem durante a instrução processual penal, inclusive com a possibilidade de invasão das liberdades públicas individuais, mas deverão exercê-los dentro dos mesmos limites constitucionais impostos ao Poder Judiciário¹⁰, seja em relação ao respeito aos direitos fundamentais, seja em relação à necessária fundamentação¹¹ e publicidade de seus atos, seja, ainda, na necessidade de resguardo de informações confidenciais, impedindo que as investigações sejam realizadas com a finalidade de perseguição política¹² ou de aumentar o prestígio pessoal dos investigadores, humilhando os investigados e devassando desnecessária e arbitrariamente suas intimidades e vidas privadas.¹³

¹⁰ Conforme decidiu o Ministro Nelson Jobim, "no exercício desses poderes, tais Comissões devem respeitar os mesmos limites formais a que estão submetidos os membros do Poder Judiciário, quando da instrução de processo criminal" (STF - Pleno - MS n.º 79.790-3/SP - Rel. Min. Nelson Jobim, Diário da Justiça, Seção I, 26 nov. 1999, p. 137). Esse é o mesmo entendimento da Corte Suprema Norte-americana, que entende a possibilidade de invasão das liberdades individuais por parte dos inquéritos parlamentares, desde que de forma fundamentada, equilibrada e com extrema cautela (*Wieman v. Updegraff*, 334 US 183 - 1952; *Sweezy v. New Hampshire*, 354 US 234 - 1957).

¹¹ Nesse sentido, conferir STF - Pleno - MS n.º 23.452/RJ - Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 16.9.99 - Informativo STF n.º 162, em que o Tribunal entendeu que "a CPI, ao exercer a competência investigatória prevista no art. 58, § 3º da CF, está sujeita às mesmas limitações constitucionais que incidem sobre as autoridades judiciais, devendo, dessa forma, fundamentar as suas decisões (CF, art. 93, IX)".

¹² Como relembra Roberto Rosas, em alguns casos os inquéritos parlamentares são iniciados por "capricho ou perseguição política" (*Limitações*... Op. Cit. P. 58).

¹³ Conforme decidiu a Corte Suprema Norte-americana, "O Bill of Rights é aplicável aos inquéritos parlamentares, do mesmo modo que a todas as outras formas de ação governamental" (*Watkins v. United States*, 354 US 178 (1957). Relator o Chief Justice Warren).

Assim, os poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito compreendem:

• **Possibilidade de quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados**¹⁴: A lei n.º 1.579/52 dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito e prevê que terão ampla ação nas pesquisas destinadas a apurar os fatos determinados que deram origem a sua formação. Assim, as CPIs poderão decretar a quebra do sigilo bancário, fiscal ou de dados, desde que sua atividade fiscal ou investigatória se desenvolva no estrito âmbito de competência do órgão dentro do qual elas são criadas, haja interesse público e, principalmente, decisão fundamentada, demonstrando a necessidade desse meio de prova. Além disso, deverão as comissões de inquérito preservar as informações sigilosas obtidas durante a investigação. Acrescente-se, ainda, como destacado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em relação à quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, que;

*não há como negar sua natureza probatória e, em princípio, sua compreensão no âmbito dos poderes de instrução do juiz, que a letra do art. 58, § 3º, da Constituição, faz extensíveis às comissões parlamentares de inquérito.*¹⁵

Igualmente, conforme afirmado pelo Ministro Carlos Velloso, “pode, então, a CPI quebrar o sigilo dos dados ou registros telefônicos de pessoa que esteja sendo investigada”.¹⁶

14 *Contem:* STF - Pleno - MS n.º 23.468-7/DF - medida liminar - Rel. Min. Nelson Jobim, Diário da Justiça, Seção I, 24 jun. 1999, p. 08.

15 STF - Pleno - MS n.º 23.466-1/DF - medida liminar - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 22 jun. 1999, p. 31.

16 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 26, 1998, p. 53.

• **Oitiva de testemunhas, inclusive com a possibilidade de condução coercitiva**: as comissões podem determinar a oitiva de qualquer pessoa, funcionário público - inclusive Ministros de Estado - ou particular,¹⁷ desde que seja necessário para a investigação¹⁸. Ninguém pode escusar-se de comparecer à comissão parlamentar de inquérito para depor¹⁹. Como destacado pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

*A constituição explicitou dispor a Comissão Parlamentar de Inquérito dos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, entre os quais avulta de importância o de intimar, fazer comparecer, se for o caso, e tomar o depoimento de qualquer pessoa sobre o fato determinado a cuja apuração se destinar: the power to send for persons”.*²⁰

17 RUBIO, Ricardo Medina. *La función constitucional de las comisiones parlamentarias de investigación*. Madrid: Civitas, p. 77.

18 STF - Pleno - HC n.º 75.287-0 - medida liminar - Rel. Min. Mauricio Cordeiro, Diário da Justiça, Seção I, 30 abr. 1997, p. 16.302; STF - Pleno - HC n.º 71.231/PJ - Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 31 out. 1996, p. 42.014. *Contem, ainda, decisão do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Dirceu de Mello, em sede de Suspensão de Execução de medida liminar n.º 48.640.0/1 (31 março de 1998), na qual se salientou que “não emerge, do nosso ordenamento jurídico, a impossibilidade da comissão parlamentar de inquérito, regularmente constituída, convocar cidadãos, sob pena de condução coercitiva, para prestarem esclarecimentos a respeito de fatos diretamente relacionados com a matéria objeto da investigação. E, exatamente para legitimar tal atuação, dotou o Constituinte as comissões parlamentares de inquérito dos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”. Essa decisão monocrática foi confirmada por votação unânime em Sessão Plenária do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, no Agravo Regimental n.º 48.640-0/3-01, Rel. Des. Dirceu de Mello (29 de abril de 1998), em que ficou salientado que “a manutenção da liminar dispensando os imputados de prestarem esclarecimentos perante a Comissão Parlamentar de Inquérito, cerceia a atividade fiscalizadora que exerce o Poder Legislativo sobre os negócios que digam respeito à gestão da coisa pública, como é o caso da atividade que gira em torno de certas modalidades de jogos de azar, excepcionalmente admitidos pelo nosso ordenamento jurídico”.*

19 RTJ 163/626

20 STF - Pleno - HC n.º 79.244-8/DF - medida liminar - Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Observe-se, porém, que, assim como as autoridades judiciais, os depoimentos nas CPIs deverão respeitar a existência de eventual sigilo profissional, que, conforme proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, "tem alcance geral e se aplica a qualquer juízo cível, criminal, administrativo ou parlamentar";²¹

• **Ouvir investigados ou indiciados**²²: Nessas oitivas, a Constituição Federal consagra o direito ao silêncio, inafastável inclusive pelas Comissões Parlamentares de Inquérito²³, pois o investigado não poderá ser obrigado a depor contra si mesmo;²⁴

• **Realização de perícias e exames necessários à dilação probatória**, bem como requisição de documentos e busca de todos os meios de provas legalmente admitidos;²⁵

• **Determinar buscas e apreensões**²⁶: as CPIs possuem, genericamente, o poder de determinar as autoridades policiais e administrativas a realização de buscas e apreensões de documentos necessários às investigações. Como salientado pelo Ministro Carlos Velloso,

21 STF - HC n.º 71.039/RJ - Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 7 abril 1994. *Contêntis*, ainda: STF - Pleno - HC n.º 71.261/RJ - Rel. Min. Sepúlveda Pertence. *Contêntis*, também, RTJ 163/626.

22 STF - HC n.º 71.039/RJ - Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 7 abril 1994. *Contêntis*, também, RTJ 163/626.

23 *Contêntis*, a respeito, nosso artigo "Direito ao silêncio e comissões parlamentares de inquérito", *Revista dos Tribunais*, n.º 798, p. 508. No sentido do texto, igualmente, afirmou o Ministro Marco Aurélio, em relação à oitiva de investigados pela CPI: "Não menos correto é estar ele protegido pela norma constitucional asseguradora do direito de ficar calado no tocante a indagações que possam, de alguma forma, incriminá-lo; independentemente da formalização ou não, do compromisso de dizer a verdade" (STF - Pleno - HC n.º 79.563-3/DF - medida liminar - Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 14 out. 1999, p. 17). No mesmo sentido: STF - Pleno - HC n.º 75.287-0 - medida liminar - Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 30 abr. 1997, p. 16-302.

24 Esse direito é consagrado pela cláusula *privilege against self-incrimination*, na 5ª Emenda da Constituição Norte-americana. Igual previsão existe também no Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana sobre Direitos Humanos que prevê, no art. 8º, § 2º, g, "o direito a toda pessoa acusada de delito não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada".

25 STF - HC n.º 71.039/RJ - Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 7 abril 1994. *Contêntis*, também, RTJ 163/626.

26 STF - HC n.º 71.039/RJ - Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 7 abril 1994. *Contêntis*, também, RTJ 163/626.

a Comissão pode, em princípio, determinar buscas e apreensões, sem o que essas medidas poderiam tornar-se inócuas e quando viessem a ser executadas cairiam no vazio. Prudência, moderação e adequação recomendáveis nessa matéria, que pode constituir o *punctum dolens* da Comissão Parlamentar de Inquérito no exercício de seus poderes, que, entretanto, devem ser exercidos, sob pena de a investigação tornar-se ilusória e destituída de qualquer sentido.²⁷

Esse poder genérico, porém, encontra sua limitação na consagração constitucional da inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5º, XI), em face da cláusula de reserva jurisdicional, que será analisada a seguir, de forma a impedir a determinação de buscas e apreensões que necessitem invadir domicílios para sua concretização.

Por outro lado, as Comissões Parlamentares de Inquérito jamais terão os mesmos poderes cautelares que possuem as autoridades judiciais durante a instrução processual penal, por carecerem de competência jurisdicional.²⁸ Nesse sentido, afirmou o Supremo Tribunal Federal que as comissões

*não podem decretar medidas assecuratórias para garantir a eficácia de eventual sentença condenatória, uma vez que o poder geral de cautela de sentenças judiciais só pode ser exercido por juízes.*²⁹

27 VELLOSO, Carlos Mano da Silva. As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 26, 1998, p. 49.

28 Como salientam Cancian e Vital Moreira, "as inquéritas parlamentares têm por natureza, caráter instrumental, pois a sua função não consiste em julgar, mas sim habilitar a AR (Assembleia da República) com conhecimentos que podem, eventualmente, levar a tomar medidas (legislativas ou outras) sobre o assunto inquirido. Estão, por isso, particularmente vocacionados como instrumento da função de fiscalização política da AR, designadamente na apreciação dos actos do Governo e da Administração" (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA ANOTADA, op.cit., p. 719).

29 STF - Pleno - MS 23.469-DF, MS 23.435-DF e MS 23.471-DF - Rel. Min. Octavio Galvão, decisão: 10.11.99 - informativo STF n.º 170. No mesmo sentido: STF - Pleno - MS n.º 23.446-DF - Rel. Min. Ilmar Galvão, decisão: 18.08.99 - informativo STF n.º 158.

Dessa forma, não poderão as Comissões Parlamentares de Inquérito:

- **Decretar quaisquer hipóteses de prisão, salvo as prisões em flagrante delito:** as Comissões Parlamentares de Inquérito não possuem competência constitucional para a decretação de prisões temporárias, preventivas ou quaisquer outras hipóteses, salvo as prisões em flagrante delito, uma vez que a Constituição Federal reservou ao Poder Judiciário a função de zelar pelo *status libertatis* individual, nos termos do art. 5º, LXI³⁰. Diferentemente das Constituições de 1824 (art. 179, X), 1891 (art. 72, § 13), 1934 (art. 113, n.º 21), 1937 (art. 122, n.º 11), 1946 (art. 141, § 20), 1967 (art. 150, § 12), EC n.º 01/69 (art. 153, § 10), somente o Poder Judiciário poderá emanar ordens de prisão, salvo a hipótese de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei, pois a tutela à liberdade com a conseqüente limitação do poder estatal sobre o *status libertatis* do indivíduo consiste em uma das maiores conquistas do Estado de Direito.³¹ As CPIs somente poderão decretar prisões em flagrante delito, inclusive por falsos testemunhos, desde que, nessa hipótese, obviamente, não se trate do próprio investigado ou ainda de pessoa que deixar de revelar fatos que possam incriminá-la, em respeito ao constitucionalmente consagrado direito ao silêncio.³²

30 CF, art. 5º, LXI – "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

31 Confira a respeito: MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 275-283.

32 Confira a respeito, RTJ 163/626, em que o STF decidiu que "Não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la".

- **Determinar a aplicação de medidas cautelares, tais como indisponibilidade de bens, arrestos, seqüestro, hipoteca judiciária, proibição de ausentar-se da comarca ou do país:** Como ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence,

o decreto de indisponibilidade dos bens de determinada pessoa posta sob a suspeição da CPI, qual o impetrante, mostra-se de todo excedente à mais larga interpretação da autoridade das CPIs: indisponibilidade de bens, ou medida similar – qual o arresto, o seqüestro ou a hipoteca judiciária – são provimentos cautelares de sentença definitiva de condenação, os quais obviamente não se confundem com os poderes instrutórios, ou de cautela sobre a prova, que se possam admitir extensíveis aos órgãos parlamentares de investigação.³³

- **Proibir ou restringir a assistência jurídica aos investigados:** tendo a Constituição Federal consagrado, em seu art. 133, como princípios constitucionais a indispensabilidade e a imunidade do advogado, não poderão as CPIs impedir que os investigados façam-se acompanhar de seus advogados, nem tampouco cercar-lhes o exercício da atividade profissional, desde que nos parâmetros delimitados pela legislação em vigor e pela própria natureza inquisitiva do inquérito parlamentar, em que inexiste o contraditório. Como ressaltado pelo Ministro Celso de Mello,

33 STF – Pleno – MS n.º 23.486-1/DF – medida liminar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 22 jun. 1999, p. 31.

a Comissão Parlamentar de Inquérito, como qualquer outro órgão do Estado, não pode, sob pena de grave transgressão à Constituição e às leis da República, impedir, dificultar ou frustrar o exercício, pelo advogado, das prerrogativas de ordem profissional que lhe foram outorgadas pela Lei n.º 8.906/94,

para concluir que,

assiste ao advogado a prerrogativa – que lhe é dada por força e autoridade da lei – de velar pela intangibilidade dos direitos daquele que o constituiu como patrono de sua defesa técnica, competindo-lhe, por isso mesmo, para o fiel desempenho do munus de que se acha incumbido esse profissional do Direito, o exercício dos meios legais vocacionados à plena realização de seu legítimo mandato profissional.³⁴

Além dessas limitações, incide sobre a atuação das CPIs a denominada cláusula de reserva jurisdicional³⁵, consistente na expressa previsão constitucional de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário para a prática de determinados atos. Assim, por exemplo, quando o texto constitucional prevê no art. 5º, XI, a possibilidade de invasão domiciliar durante o dia, por determinação judicial, ou ainda, quando no art. 5º, XII, permite a interceptação telefônica, por ordem

³⁴STF – Pleno – MS n.º 23.576-4/DF – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 7 dez. 1999 p. 62 e 63.

³⁵No Supremo Tribunal Federal, essa questão encontra-se pendente de uma definição, no qual se manifestem todos os Ministros. Por enquanto, adotam o princípio da reserva jurisdicional os Ministros: Celso de Mello, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Carlos Velloso (STF – Pleno – MS n.º 23.452/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 16.9.99 – Informativo STF n.º 162).

judicial, expressamente reservou a prática desses atos constritivos da liberdade individual aos órgãos do Poder Judiciário. Nessas hipóteses, as CPIs carecem de competência constitucional para a prática desse atos, devendo solicitar ao órgão jurisdicional competente.³⁶

Conforme salientam Canotilho e Vital Moreira:

Os poderes das comissões de inquérito têm um limite naqueles direitos fundamentais dos cidadãos que, mesmo em investigação criminal, não podem ser afectados senão por decisão de um juiz.³⁷

O Ministro Celso de Mello adverte que essa cláusula consubstancia:

Ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado.³⁸

Como afirmado por Luís Roberto Barroso:

³⁶Restrição semelhante é encontrada na Lei Fundamental alemã, que em seu art. 44 prevê a impossibilidade de afetação pelas comissões de inquérito, do segredo de correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações, além de prever que os tribunais e as autoridades administrativas são obrigados a prestar ajuda judicial e administrativa.

³⁷CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada* 3.ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 720.

³⁸Trecho de voto proferido como relator: STF – Pleno – MS n.º 23.452-1/RJ – Rel. Min. Celso de Mello.

ultrapassaria com exagero os limites da razoabilidade a suposição de que uma comissão parlamentar de inquérito – instância política, sujeita a paixões e excessos – pudesse livremente dispor da privacidade das pessoas, invadindo domicílios e escritórios, e apreendendo o que lhe aprouvesse.³⁹

Ressalte-se que os eventuais abusos ou ilegalidades praticadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito deverão ser controladas pelo Poder Judiciário⁴⁰, por meio do Supremo Tribunal Federal, em regra em sede de mandado de segurança⁴¹ e *habeas corpus*⁴², nos termos do artigo 102, I, i, da Constituição Federal, pois:

As Comissões Parlamentares de Inquérito não são órgãos distintos, mas emanações do Congresso, competindo ao Supremo Tribunal Federal o controle de seus atos.⁴³

Dessa forma, conforme decidiu o Pretório Excelso:

Ao Supremo Tribunal Federal compete exercer, originariamente, o controle jurisdicional sobre atos de comissão parlamentar de inquérito que envolvam

39 Conferir, com extensa citação doutrinária nacional e estrangeira, BARROSO, Luis Roberto. *Comissões parlamentares de inquérito – limite de sua competência – sentido da expressão constitucional poderes de investigação próprios das autoridades judiciais – inadmissibilidade de busca e apreensão sem mandado judicial*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 335, 1992, p. 173.

40 STF – Pleno – MS n.º 23.491-1/DF – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 02 ago. 1999, p. 67, RDA 196/197; RDA 199/205.

41 STF – Pleno – MS 23.469-DF, MS 23.435-DF e MS 23.471/DF – Rel. Min. Octavio Gallotti, decisão: 10.11.99 – Informativo STF n.º 170; STF – Pleno – MS n.º 23.445-6/DF – medida liminar – Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 jun. 1999, p. 27; STF – Pleno – MS n.º 23.465-2/DF – medida liminar – Rel. Min. Mauricio Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 jun. 1999, p. 25.

42 Nesse sentido, conferir STF – HC n.º 79.411/DF – Rel. Min. Octavio Gallotti, decisão: 15.9.99 – Informativo STF n.º 162; STF – Pleno – HC n.º 79.563-3/DF – medida liminar – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 out. 1999, p. 17.

43 STF – RDA 47/286.

ilegalidade ou ofensa a direito individual, dado que a ele compete processar e julgar habeas corpus e mandado de segurança contra atos das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, art. 102, I, i, da Constituição, e a comissão parlamentar de inquérito procede como se fora a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal ou o Congresso Nacional. Construção constitucional consagrada⁴⁴.

Dessa forma, a conduta das Comissões Parlamentares de Inquérito deve, portanto, equilibrar os interesses investigatórios, certamente de grande interesse público, com as garantias constitucionalmente consagradas, preservando a segurança jurídica e utilizando-se dos meios jurídicos mais razoáveis e práticos em busca de resultados satisfatórios, garantindo a plena efetividade da justiça, sob pena de desviar-se de sua finalidade constitucional.⁴⁵

Há, portanto, necessidade de direcionar-se todas as regras hermenêuticas para garantir-se a plena aplicabilidade e efetividade dos direitos humanos fundamentais perante as Comissões Parlamentares de Inquérito.

Os direitos humanos fundamentais, enquanto uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à *dignidade humana*, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, são absolutamente vinculantes ao exercício dos poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito.⁴⁶

44 RTJ 163/626.

45 Como destacado por Roberto Rosa, “As comissões parlamentares de inquérito têm notável influência na vida política do país. No Brasil elas agem com um espírito elevado e consentâneo com suas finalidades. No entanto, é necessário não se permitir o extravasamento de suas funções, o abuso do poder inerente às comissões de inquérito” (Cp. cit. p. 60).

46 Conforme afirmou o Ministro Celso de Mello, “é essencial reconhecer que os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito – precisamente porque não são absolutos – sofrem as restrições impostas pela Constituição da República e encontram limite nos direitos fundamentais do cidadão, que só podem ser afetados nas hipóteses e na forma que a Carta Política estabelecer” (STF – Pleno – MS n.º 23.452-1/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, decisão 16.09.99).

Dessa forma, a maior limitação à atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito é o pleno respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, projeto maior de um Estado Democrático de Direito, no exato sentido que lhe empresta a definição de Roscoe Pound, para quem liberdade consiste:

*Na reserva, para o indivíduo, de certas expectativas fundamentais razoáveis que entendem com a vida na sociedade civilizada e liberação em relação ao exercício arbitrário e desarrazoado do poder e da autoridade por parte daqueles que são nomeados ou escolhidos em sociedade politicamente organizada, com o objetivo de ajustar relações e ordenar a conduta e se tornam, dessa maneira, capazes de aplicar a força dessa sociedade aos indivíduos*⁴⁷.

Sem respeito à dignidade da pessoa humana não haverá Estado de Direito, desaparecendo a participação popular nos negócios políticos do Estado, quebrando-se o respeito ao princípio da soberania popular, que proclama todo o poder emanar do povo, com a consequência nefasta do fim da Democracia.

Exige-se, pois, do Poder Legislativo, no exercício de sua função fiscalizatória, por meio de Comissões Parlamentares de Inquéritos, pleno respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de flagrante inconstitucionalidade de suas condutas e perda da legitimidade popular que sustenta a atuação fiscalizatória dos parlamentares, pois como ensina Norberto Bobbio:

*Sem respeito às liberdades civis, a participação do povo no poder político é um engano, e sem essa participação popular no poder estatal, as liberdades civis têm poucas probabilidades de durar*⁴⁸.

47 POUND, Roscoe. *Liberdades e garantias constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976. p. 05.

48 BOBBIO, Norberto. *Igualdade y libertad*. Barcelona: Paidós, 1993. p. 117.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral das comissões parlamentares - comissões parlamentares de inquérito**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BARROSO, Luis Roberto. Comissões parlamentares de inquérito – limite de sua competência – sentido da expressão constitucional poderes de investigação próprios das autoridades judiciais – inadmissibilidade de busca e apreensão sem mandado judicial. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 335, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade y libertad**. Barcelona: Paidós, 1993.

CAMPOS, Francisco. Comissão parlamentar de inquérito – poderes do congresso – direitos e garantias individuais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 195.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. Comissão parlamentar de inquérito. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 10.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. Direito ao silêncio e comissões parlamentares de inquérito. **Revista dos Tribunais**, n. 766.

POUND, Roscoe. **Liberdades e garantias constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976.

ROSA, Roberto. Limitações às comissões de inquérito do legislativo. **Revista de Direito Público**, n. 12.

RUBIO, Ricardo Medina. **La función constitucional de las comisiones parlamentarias de investigación**. Madri: Civitas.

SANTAOLLA, Fernando. **El parlamento y sus instrumentos de información**. Madri: Edersa, 1982.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 26, 1998.

INQUÉRITO POLICIAL: DO OBSOLETISMO EM FACE DA ESTRUTURA PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL E LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA VIGORANTE

Alysson Camilo Floriano da Silva
Acadêmico do 9º Período da Graduação em Direito da
Universidade Federal de Pernambuco e Aluno do 1º Período
da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco

SUMÁRIO

1. CONCEITO, HISTÓRICO E NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO POLICIAL. 2. ANÁLISE DO INQUÉRITO POLICIAL DIANTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA EM VIGOR. 3. O INQUÉRITO POLICIAL NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 3.1. Investigação criminal e fato criminoso. 3.2. As principais alterações do inquérito policial insculpidas no projeto. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS

1. CONCEITO, HISTÓRICO E NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO POLICIAL

Na subsunção de um fato numa norma penal, surge para o Estado o direito de punir o responsável pela conduta delituosa. É o *jus puniendi*. Para tanto, carece o Poder Público de um devido esclarecimento da autoria e do fato infringente da regra criminal, valendo-se, dessarte, de atos investigatórios.

Essa investigação, no magistério do Professor Ismar Estulano Garcia¹, será criminológica e criminalística. Investigação criminalística é o conjunto de técnicas usadas para a apuração do fato e a descoberta da autoria. Gira em torno do fato, para estabelecer sua materialidade e ir em busca de sua autoria. Investigação criminológica não se interessa pelo fato, mas pela pessoa do delinqüente. Visa ao conhecimento do caráter, personalidade e comportamento do indiciado. No inquérito policial, é materializada nas informações sobre a vida pregressa do indiciado, de que fala o art. 6º do Código de Processo Penal que, desprezando a parte objetiva do fato delituoso, preocupa-se com a vida particular do delinqüente.

Com efeito, todas as diligências efetuadas pelo Estado, por meio da Polícia Judiciária, para averiguar os fatos pertinentes ao comportamento delitivo, serão formalizadas no inquérito policial.

Consoante Tourinho Filho, o inquérito policial pode ser conceituado como ²

o conjunto de diligências realizadas pela Autoridade Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

No dizer do Professor Ismar Estulano Garcia, o inquérito ³

1 GARCIA, Ismar Estulano. *Procedimento Policial: Inquérito*. 7. ed. Goiânia: AB-Editora, 1998. p. 5.

2 TOURINHO FILHO, Fernando de Costa. *Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 173.

3 GARCIA, Ismar Estulano. *Op. cit.* p. 8.

"relaciona-se com o verbo inquirir, que significa perguntar, indagar, procurar, averiguar os fatos, como ocorreram e qual o seu autor".

Segundo o jurista Julio Fabbrini Mirabete,⁴

inquérito policial é todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como o auto de flagrante, exames periciais etc. Seu destinatário imediato é o Ministério Público (no caso de crime que se apura mediante ação penal pública) ou ofendido (na hipótese de ação penal privada), que com ele formam sua opinião delicti para a propositura da denúncia ou queixa. O destinatário mediato é o Juiz, que nele também pode encontrar fundamentos para julgar.

Como se pôde observar, não há, em nível doutrinário, grandes controvérsias acerca do conceito de inquérito policial.

Instituiu o art. 42 do Decreto nº 4.824 de 1871, regulamentando a Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871:

O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias ao descobrimento de fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices; deve ser reduzido a escrito.

Rezava o art. 4º da Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841:

4 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 76.

Aos Chefes de Polícia, em toda a Província e na sua Corte, e aos Delegados, nos seus respectivos distritos, compete:

§ 9º. remeter, quando julgarem conveniente, todos os dados, provas e esclarecimentos que houverem obtido sobre um delito, com uma exposição do caso e das circunstâncias, aos Juizes competentes, a fim de formarem a culpa.

O art. 38 também do Decreto nº 4.824 de 1871, regulamentando a Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871, dispunha o seguinte:

Os chefes, delegados e subdelegados de polícia, logo que, por qualquer meio, lhes chegue a notícia de se ter praticado algum crime comum, procederão em seus distritos às diligências necessárias para verificação da existência do mesmo crime, descobrimento de todas as circunstâncias e dos delinquentes.

O inquérito policial, de forma embrionária, teve sua origem na Roma Antiga, com passagens pela Idade Média e com referências na legislação portuguesa, vindo, tempos depois, a ser aplicado no Brasil.

Noutro, os dirigentes das organizações policiais provinham da magistratura. Ulteriormente, em virtude de estorvos de ordem administrativa, criou-se toda a estrutura policial desvincilhada da magistratura, entretanto permaneceu a denominação "Polícia Judiciária".

No que pertine à natureza jurídica do inquérito policial, certifica o jurista Julio Fabbrini Mirabete,⁵

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit. p. 77.

não é o inquérito "processo", mas procedimento administrativo informativo, destinado a fornecer ao órgão da acusação o mínimo de elementos necessários à propositura da ação penal. A investigação procedida pela autoridade policial não se confunde com a instrução criminal, distinguindo o Código de Processo Penal o "inquérito policial" (arts. 4º a 23) da "instrução criminal" (arts. 394 a 405).

Ismar Estulano Garcia assevera:⁶

O inquérito não visa diretamente à punição, mas tão-somente esclarecer a ocorrência delituosa e apontar o autor. Nem seus atos são "preestabelecidos" e, muito menos, "solenes". O Código de Processo Penal dita determinadas normas para se elaborar (proceder, formalizar, realizar) o Inquérito Policial (arts. 4º a 23). Mas a ausência do contraditório regular e o poder discricionário exercido pela Autoridade Policial são suficientes para descaracterizá-lo como Processo. Assim, o inquérito policial não é Processo, mas simplesmente um procedimento administrativo.

É de se considerar plausível o juízo de que seja o inquérito policial um procedimento administrativo. Contudo, à luz da atual Carta Política Maior, cabe um exame mais aprofundado acerca da possibilidade de um contraditório e duma maior defesa nesse procedimento.

⁶ GARCIA, Ismar Estulano. Op. cit. p. 10-11.

2. ANÁLISE DO INQUÉRITO POLICIAL DIANTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA EM VIGOR

Assentou-se, no Código de Processo Penal, acerca do sigilo nos inquéritos policiais o seguinte: "Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade".

Tourinho Filho apregoa que ⁷:

se o inquérito policial visa à investigação, à elucidação, à descoberta das infrações penais e dos respectivos autores, pouco ou quase nada valeria a ação da Polícia Judiciária, se não pudesse ser guardado o necessário sigilo durante a sua realização. O princípio da publicidade, que domina o processo, não se harmoniza, não se afirma com o inquérito policial. Sem o necessário sigilo, diz Tornaguá, o inquérito seria uma burla, um atentado. (Grifo nosso)

Ainda no que toca ao sigilo no inquérito policial, sustenta Julio Fabbrini Mirabete que o sigilo é ⁸:

qualidade necessária a que possa a autoridade policial providenciar as diligências necessárias para a completa elucidação do fato sem que se lhe aponham, no caminho, empecilhos para impedir ou dificultar a colheita de informações com ocultação ou destruição de provas, influência sobre testemunhas etc.

Vê-se, portanto, que os doutrinadores sobreditos propugnam a idéia de que o sigilo é uma das características precípua do inquérito policial. Todavia, não se pode ne-

⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit. p. 183.

⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit. p. 78.

gar que o art. 20 do Diploma Processual Penal resta revogado perante o art. 7º, inciso XIV da Lei nº 8.906 de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia). Tal dispositivo faculta ao advogado não só consultar os autos do inquérito policial mas outrossim proceder a medidas de relevo em benefício do indiciado, acompanhando provas e diligências em quaisquer repartições policiais em inquéritos já findos ou ainda em andamento.

Dispõe o art. 21, caput, do Código de Processo Penal:

A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir.

No que pertine à incomunicabilidade, Julio Fabbrini Mirabete destaca que ⁹

o artigo 21 do CPP, entretanto, foi revogado pela nova Constituição Federal que, no Capítulo destinado ao "Estado de Defesa e Estado de Sítio" proclama:

É vedada a incomunicabilidade do preso" (art. 136, § 3º, inc. IV). É evidente que, sendo proibida a incomunicabilidade nas situações excepcionais, em que o governo deve tomar medidas enérgicas para preservar a ordem pública ou a paz social, podendo por isso restringir direitos, com maior razão não se pode permiti-la em situação de normalidade.

O mesmo posicionamento tem o jurista Tourinho Filho: ¹⁰

⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit. p. 93.

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit. p. 189-190.

diz que o indiciado está incomunicável, quer dizer-se: indiciado que não pode comunicar-se com quem quer que seja, salvo, é evidente, com as próprias autoridades incumbidas das investigações (...). O art. 21, caput, estabelece (...) uma verdadeira restrição, imposta ao indiciado, e que se justifica pela própria natureza e finalidade do inquérito policial. Privado o criminoso, nos primeiros momentos que se seguiam à infração, da liberdade de se comunicar com o exterior da prisão, poderia a autoridade, com relativa facilidade, achar os vestígios e provas que seriam de interesse do responsável destruir e, assim, aproveitá-los a favor da causa social, conforme ponderação de Bento de Faria (Comentários, v.1, p.80).

A incomunicabilidade, evidentemente, era medida severa e, por isso mesmo só poderia ocorrer quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação estivesse a exigí-la.

A atual Constituição, entretanto, no Capítulo destinado ao "Estado de Defesa e Estado de Sítio" proclama, no art. 136, § 3º, IV:

"É vedada a incomunicabilidade do preso".

Ora, se durante o estado de defesa, quando o Governo deve tomar medidas enérgicas para preservar a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza, podendo determinar medidas coercitivas, destacando-se restrições aos direitos de reunião, ainda que exercida no seio das associações, o sigilo da correspondência e o sigilo de comunicação telegráfica e telefônica, havendo até prisão sem determinação judicial, tal como disciplinado no art. 136 da CF, não se pode decretar a incomunicabilidade do preso (cf. CF, art. 136, § 3º, IV), com muito mais razão não há que se falar em incomunicabilidade na fase do inquérito policial.

A contrario sensu, advoga o jurista Damásio E. de Jesus:¹¹

Entendemos que o art. 21 do CPP não foi revogado pelo art. 136, §3º, IV da CF. Em primeiro lugar, a proibição diz respeito ao período em que ocorrer a decretação do estado de defesa (art. 136, caput, da CF), aplicável à: "prisão por crime contra o Estado" (§ 3º, I), infração de natureza política. Em segundo lugar, o legislador constituinte, se quisesse elevar tal proibição à categoria de princípio geral, certamente a teria inserido no art. 5º, ao lado de outros mandamentos que procuram resguardar os direitos do preso. Não o fez, relacionando a medida com os delitos políticos. Daí porque, segundo nosso entendimento, o art. 21 do CPP continua em vigor.

Defendo ser mais contíguo à lucidez os dois primeiros posicionamentos.

Em se tratando de contraditório no inquérito policial, argumenta Tourinho Filho:¹²

A acusação inicia-se com o oferecimento da denúncia ou da queixa. Proposta a ação, sim, é que deve haver o regular contraditório, erigido, aliás, entre nós, à categoria de dogma constitucional, como se infere do inc. LX do art. 5º da CF. Outro sentido não tem nem pode ter o texto constitucional que fala em ampla defesa com os

11 JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, p. 17.

12 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.* p. 184-185.

recursos essenciais a ela", sob pena de se transformar o inquérito em verdadeira instrução e ser admitida, também, a ingerência do Ministério Público, no sentido de fazer reperguntas etc., como se estivesse atuando em juízo. Seria um contrasenso sem nome se tal ocorresse. (Grifo nosso)

Entrementes, com a devida vênia, não vislumbro esse despautério salientado por Tourinho Filho, quando se trata de contraditório no inquérito policial.

O Código de Processo Penal brasileiro foi instituído em 1941, sob a Ditadura do Estado Novo e, verdadeiramente, refletiu a situação política de então. Dessa forma, as garantias e os direitos individuais quedaram-se, sobremaneira, comprometidos nessa lei processual.

No meio policial, vigora a premissa, assaz equivocada, de que a Constituição Federal deve amoldar-se ao Código de Processo Penal. Contudo, esse anacrônico Diploma, em prol da salvaguarda do Estado Democrático de Direito, é que carece, com premência, adaptar-se à Lei Maior.

Para que se tenha um sistema de investigação policial mais condizente com a realidade da novel ordem constitucional, urge uma exegese mais ampla do art. 5º, inc. LV da CF, com vista a inserir no inquérito um mínimo de contraditório.

Ademais, quando o inciso LXIII do artigo supra dispõe que ao preso será assegurada a assistência do advogado, traz insita a idéia da defesa com todos os meios a ela inerentes, dentre os quais o contraditório. A guarida desse profissional das Ciências Jurídicas não deve limitar-se a uma simples presença, no momento da prisão, com o escopo de atalhar burlas aos direitos individuais, mas, deveras, um amparo técnico, uma proteção jurídica.

3. O INQUÉRITO POLICIAL NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

É inconteste que o Diploma Processual Penal Brasileiro encontra-se verdadeiramente obsoleto, mormente o inquérito policial, diante da realidade do novel sistema processual, que reclama pela eficiência, obliterando formalismos e protraimentos inúteis. Destarte, a transparência e a celeridade são consectárias da estrutura acusatória defendida pelo novo modelo de processo penal.

No projeto de reforma, o inquérito policial, presidido por delegado de polícia, após a sua instauração, deve ser encaminhado ao Ministério Público no prazo de 20 dias, sem prejuízo do prosseguimento de outras *investigações*, que também serão remetidas ao *Parquet*.

O inquérito reunirá os elementos indispensáveis para a formação da *opinio delicti* do Órgão Ministerial e à concessão de medidas cautelares pelo juiz criminal, não podendo servir de base para motivação de sentença penal condenatória.

Um grande avanço no processo penal brasileiro é a obrigatoriedade da fundamentação de todos os atos praticados na *persecutio criminis*, ou seja, inquérito policial e ação penal, com os prazos sujeitos à fiscalização de todos os interessados no processo.

Substanciais são as alterações introduzidas em toda a investigação criminal. Deixam-se definidas as funções próprias da polícia de investigação ou judiciária; do Ministério Público, destinatário das investigações, com poderes de supervisão e controle da polícia; do juiz, equidistante para a decretação de medidas necessárias; da defesa e do ofendido.

3.1 Investigação Criminal e Fato Criminoso

A reforma inicia-se pelo art. 4º do Código de Processo Penal, que não traz qualquer alteração no texto de seus incisos, tão-somente reuniu em um só dispositivo as duas formas de investigação já previstas em lei: termo circunstanciado de ocorrência, para os crimes de menor potencial ofensivo, e o inquérito policial, para os demais delitos.

O projeto ainda mantém a dispensabilidade do inquérito policial, podendo o Ministério Público oferecer denúncia sem que haja sido implementada qualquer investigação, desde que o *Parquet* possua elementos suficientes para tanto. O projeto traz uma inovação no que toca aos crimes contra o sistema financeiro nacional, ordem tributária ou econômica, em que a autoridade administrativa competente deverá encaminhar os elementos indicativos da prática do delito ao Ministério Público. Só haverá a instauração do inquérito policial se o Órgão Ministerial entender que seja indispensável.

O art. 4º, no seu *caput* e §§ 1º a 3º, trata das maneiras mediante as quais a polícia tem ciência de um fato delituoso, a saber: a polícia age de ofício; ou quando provocada pela vítima ou representante legal; ou por requisição do Órgão Ministerial (*caput*); nas ações públicas condicionadas, permanece a manifestação de quem tenha qualidade para tanto (§ 1º); nas ações privadas, a investigação só se inicia, após manifestação do ofendido ou de seu representante legal (§ 2º), por fim, qualquer pessoa do povo poderá comunicar à polícia a prática de uma infração criminal (§ 3º).

De forma bem coerente com as demais alterações, o projeto, como já fora destacado, deixa claras as atribuições de todos os envolvidos na investigação criminal e no processo penal. Destarte, foi suprimida a requisição judicial para a instauração do inquérito policial. Chegando ao conhecimento do magistrado a prática de um crime, esse agente público deverá comunicar ao *Parquet*, para que sejam tomadas as devidas providências.

3.2 As Principais Alterações do Inquérito Policial Insculpidas no Projeto

O projeto mantém a prerrogativa de o ofendido procurar o Órgão Ministerial para requerer investigações, podendo fazê-lo por escrito ou oralmente. Outrossim, o requerimento pode ser formulado pelo ofendido ou seu representante legal para que a polícia inicie as investigações. Ocorrendo indeferimento do pedido ou não se procedendo às investigações no prazo, poderá se recorrer ao Chefe de Polícia ou representar ao Ministério Público para que seja requisitado. Não há uma ordem a ser seguida para se recorrer. Pode-se procurar diretamente o *Parquet*. O projeto abomina qualquer inércia e fomenta o controle da investigação pelo Ministério Público.

Algo assaz interessante, que demonstra o efetivo controle da atividade policial, é a obrigação de se registrar qualquer ocorrência policial, deixando tal registro sempre à disposição do Ministério Público, que poderá requisitar a qualquer tempo.

De acordo com o art. 6º proposto pelo projeto, não sendo crime de menor potencial ofensivo, ao tomar conhecimento do delito, a autoridade policial terá de

instaurar o inquérito. No entanto, quando não houver elementos para se iniciar a investigação criminal, essa não poderá ser efetivada e, dessa forma, a autoridade policial cientificará o Ministério Público que, de forma fundamentada, concordará ou não com a conduta policial. Resta claro, destarte, diante dessa revisão obrigatória, o controle exercido pelo Órgão Ministerial.

O art. 5º do projeto versa sobre o termo circunstanciado, de que deverá constar a narração sucinta do fato e de suas circunstâncias, com a indicação do autor, ofendido e das testemunhas; o nome, qualificação e endereço das testemunhas; a ordem de requisição dos exames periciais, quando o caso exigir; a determinação da imediata remessa ao Ministério Público oficiante no Juizado Especial e a certificação da intimação do autuado e do ofendido para comparecer em juízo no dia e hora designados.

O projeto de reforma apresenta pequenas alterações no atual art. 6º do Código de Processo Penal, que versa sobre as diligências iniciais da polícia. O inciso I, atualmente, dispõe que a autoridade policial deverá dirigir-se ao local, para que seja preservado até a chegada dos peritos. O projeto amplia a atribuição da polícia, ao determinar que o local seja preservado durante todo o tempo necessário à realização dos exames periciais. O inciso totalmente revogado é o referente à oitiva do indiciado. A reforma, a meu ver com muita coerência, elimina o termo "indiciado" e em seu lugar utiliza a expressão "investigado". Além dessa alteração terminológica, o projeto aboliu a exigência de testemunhas e a referência ao Capítulo III do título VII do Diploma Processual Penal.

O art. 6º do novo código estatui, em observância aos preceitos constitucionais, o contraditório nas perícias realizadas na fase do inquérito policial, garantindo ao Ministério Público, ao investigado e ao ofendido a participação em todas as perícias realizadas. Tal garantia constitucional configura, verdadeiramente, uma sintonia com as novas exigências do sistema processual penal da Ciência Jurídica hodierna.

Esse novo inquérito policial é marcado pelo informalismo. As informações são colhidas de forma célere, podendo os depoimentos ser prestados em qualquer local e até oralmente. Destarte, as testemunhas não mais serão perturbadas com as intimações do delegado, pois poderão ser ouvidas em casa, no trabalho, no local do delito. Tais depoimentos, obtidos durante a investigação criminal, não valerem como prova, haja vista que não foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, ambos consectários do devido processo legal, conforme dispõe o art. 7º do projeto.

Ainda prevê o art. 7º que a investigação criminal terá apenas dois escopos: formar o convencimento do Ministério Público ou do querelante sobre a exequibilidade da acusação e angariar elementos para a efetivação das medidas cautelares determinadas pelo juiz. Cumpre também ressaltar que o referido artigo estatui, tendo em vista o princípio constitucional do contraditório, que os elementos obtidos na investigação não servirão de arrimo para a motivação da sentença condenatória.

O projeto conserva o instituto do indiciamento, contudo exige a devida fundamentação. Para que se dê ao investigado a situação de indiciado faz-se

mister a realização de todas as investigações cabíveis. Assim, o indiciamento será o último ato do inquérito policial.

Um avanço substancial encontra-se no art. 9º do projeto. Tal artigo fixa como o termo inicial para proceder às investigações o momento em que a autoridade policial tomar ciência do delito. Assim, o termo circunstanciado de ocorrência ou o inquérito policial começará no dia em que a polícia receber a comunicação da ocorrência do delito e terá duração de 10 dias. Atualmente, o prazo para iniciar as investigações fica ao alvedrio da autoridade.

A autoridade que presidir o inquérito policial tem o prazo de 20 dias para efetuar as diligências e investigações indispensáveis para se chegar à autoria e à materialidade do delito. Se o investigado estiver solto, mesmo após a entrega dos autos do inquérito ao Ministério Público, a polícia poderá prosseguir nas investigações, sem necessidade de autorização ou pedido de prazo. Depois da entrega dos autos do inquérito pela polícia, o *Parquet* poderá oferecer denúncia ou, carecendo de novas investigações, aguardar 30 dias para a realização de tais diligências. Decorridos os 30 dias com as devidas diligências, o Ministério Público deverá dar o seu posicionamento final: arquivar ou oferecer denúncia.

Vê-se, portanto, que são três lapsos temporais: 10 dias para instaurar o inquérito, a partir do conhecimento do fato; depois, 20 dias, caso haja necessidade, para a conclusão das investigações; e, por fim, se o indiciado estiver solto, mais 30 dias para as últimas diligências indispensáveis à deslindação dos fatos.

Como já ocorre em vários estados, o projeto estatuí que os autos do inquérito serão enviados diretamente para o Ministério Público e não mais para a Justiça. Isso faz com que a *persecutio criminis* seja mais célere, suprimindo, assim, estorvos burocráticos.

O art. 16 do projeto estabelece que todos os atos da polícia e do Ministério Público devem ser fundamentados. Isso decorre da garantia constitucional da motivação dos atos judiciais. Sem fundamentação, o ato será nulo. Tal fundamentação importa na indicação dos fatos que determinaram certas atitudes. A indicação deve ser minudente, pormenorizada. O delegado, por exemplo, não deve fazer uso de palavras conclusivas, mas expor os fatos que justificam as atitudes no inquérito policial ou no termo circunstanciado de ocorrência.

4. CONCLUSÃO

São profficuas as palavras de Aury Celso Lopes Jr.¹³, sobre o antiquado inquérito policial:

O problema é antigo e a necessidade de uma modificação há muito vem sendo apontada pelos juristas. A investigação/instrução preliminar (no Brasil – inquérito policial) é fundamental para o processo penal, pois não se deve julgar de imediato. Primeiramente, deve-se preparar, investigar e reunir elementos que justifiquem o processo ou o não-processo.

¹³ LOPES JR., Aury Celso L. A Crise do Inquérito Policial e a Investigação Controlada pelo Ministério Público. Disponível em <http://www.dereitopenal.gov.br/artigo44.htm>. Acesso em 21 maio de 2000, às 13h35.

Indubitavelmente, é o inquérito policial, na época que corre, objeto de grande rechaço. O teor das normas insertas no Código de Processo Penal sobre o Inquérito necessita ser avigorado pela nova ordem jurídica, com o fito de trazer uma consistente e harmônica interpretação entre as prerrogativas e garantias individuais do preso e o Estado Democrático de Direito.

A incomunicabilidade, o sigilo, a não-observância do contraditório e a falta de diligência do Ministério Público representa a manutenção de toda uma ideologia ditatória, presente na época do fazimento do aludido Diploma Processual.

As vozes que se contrapõem ao controle externo do inquérito policial pelo Ministério Público estão, certamente, eivadas pelo espírito autoritário e corporativista. O inquérito exige tal controle, como uma forma de melhorá-lo e aperfeiçoá-lo, tudo com vistas a prestigiar a própria Justiça.

A filosofia do projeto de reforma do Código de Processo Penal, no que tange à investigação criminal, é, mormente, implementar celeridade, transparência e desburocratização a essa instrução preliminar". Isso representa uma garantia para o investigado ou indiciado que só pode ser privado de sua liberdade por meios lícitos, legítimos, morais e justos, o que só se afora através da observância de garantias constitucionais, componentes do lineamento do devido processo legal.

Insta destacar que a proposta de reforma representa uma tentativa efetiva de mudança de mentalidade, redesenhando o modelo de investigação, vindo a abandonar as velhas táticas da pressão, dos longos depoimentos e, sobretudo, da postergação dos direitos humanos.

5. REFERÊNCIAS

Livros

GARCIA, Ismar Estulano. **Procedimento Policial: inquérito policial**. 7. ed. rev. aum. Goiânia: AB – Editora, 1998.

JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal Anotado**. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

LOPES JR, Aury Celso L. **A crise do inquérito policial e a investigação controlada pelo ministério Público**. Disponível em <http://www.direitopenal.adv.br/artigo44.htm>. Acesso em 21 de 2000 às 15h 35.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

TORNAGUI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 7. ed., de acordo com a CF/88. São Paulo: Saraiva, 1990;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

O ESTADO GERENCIAL E SUAS “SOLUÇÕES”

Ana Lúcia Wanderley de Mesquita,
Bacharel em Direito, ex-aluna da ESMAPE

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO: TRAÇADO DA EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO DO ESTADO. 2. AS INOVAÇÕES E SUAS PROBLEMÁTICAS. 2.1. Sistemas de controle das Agências Reguladoras. 2.1.1. Tribunal de Contas. 2.1.2. Ministério Público. 2.1.3. Controle administrativo. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS.

1- INTRODUÇÃO

Antes de adentrar propriamente no tema, cabe traçar um breve panorama histórico da evolução das concepções do Estado e seu papel para melhor situar as atuais propostas de modernização da máquina estatal e toda a sua problematização.

A formação do Direito Administrativo como ramo autônomo teve origem a partir do desenvolvimento do conceito de Estado de Direito, estruturado sobre os princípios da legalidade e separação dos poderes. Por essa razão é que se atribui o seu nascimento às revoluções responsáveis pela extinção do regime absolutista presente na Idade Média. Com isso não se quer afirmar que já não existissem desde a Antiguidade clássica procedimentos administrativos adotados pelos go-

vernantes ao tratar da gestão da coisa pública, contudo ainda não havia a sistematização nem a adoção de princípios necessários à formação do direito administrativo como disciplina distinta das demais ramificações do direito.

Os ideais libertários que deram suporte à Revolução Francesa fizeram surgir uma concepção liberal do Estado e sua função. Era a hiperdimensão do indivíduo e suas liberdades. Entretanto, em meados do século XIX, devido às conseqüências funestas verificadas no âmbito socioeconômico decorrente dessa formatação estatal, começam a surgir reações ao liberalismo. O não intervencionismo estatal fracassou no seu papel de apaziguar as desigualdades existentes.

Após a Segunda Guerra Mundial, consolida-se o Estado Social de Direito, propulsor do interesse público em detrimento do individualismo característico do Estado liberal. A socialização adotada como modelo do Estado deu origem ao rol dos direitos sociais e econômicos, ampliando desmesuradamente as atribuições estatais. (Um reflexo interessante desse período no Brasil foram os sucessivos planos econômicos elaborados pelos diversos Presidentes da República a partir de 1986).

O acréscimo de funções a cargo do Estado trouxe como conseqüência o fortalecimento do Poder Executivo em detrimento do Poder Legislativo e, conseqüentemente, também do Judiciário. A forma de organização burocratizada, a excessiva hierarquização e o legalismo formal extremado, além de terem produzido um desequilíbrio entre os poderes, contribuíram para a ineficiência do Estado na prestação de serviços.

Os efeitos negativos produzidos pelo Estado Social de Direito reclamavam novas transformações no papel do Estado. Acrescentou-se então a idéia de democracia. O princípio democrático reveste-se a partir daí de uma nova perspectiva: a participação popular no processo político, nas decisões do governo, no controle da Administração Pública. Procura-se substituir a idéia de Estado Legal, puramente formalista, por um Estado de Direito, vinculado aos ideais de justiça, em que se conjuga a participação do cidadão com a justiça material. Surge a concepção do Estado Democrático de Direito.

Hodiernamente, dá-se ao Estado a concepção de Subsidiário, que nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹ encontra as suas bases filosóficas na Doutrina Social da Igreja :

O princípio da subsidiariedade, embora bem anterior à nova concepção do Estado de Direito Democrático, assume agora importância fundamental na definição do papel do Estado. Ele foi formulado, em fins do século XIX e começo deste século, dentro da doutrina Social da Igreja, principalmente pelas Encíclicas Rerum Novarum (1891), de Leão XIII, Quadragésimo Anno (1931), de Pio XI, Mater et Magistra (1961), de João XXIII e, mais recentemente, a Centesimus Annus (1991), de João Paulo II...

Di Pietro, ainda sobre o princípio da subsidiariedade, discorre:

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceria na administração pública, Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 21 e 22.

O princípio da subsidiariedade está na própria base da nova concepção do Estado de Direito Social e Democrático, ou seja, de um Estado em que os direitos fundamentais do homem já não constituem apenas uma barreira à atuação do Estado, como se via no período liberal, mas constituem a própria razão de ser do Estado. Cabe a este promover, estimular, criar condições para que o indivíduo se desenvolva livremente e igualmente dentro da sociedade; para isto, é necessário que se criem condições para a participação do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais.

A todos os setores da sociedade deve ser dada oportunidade de participação, diminuindo ainda mais as barreiras entre Estado e sociedade; daí falar-se em sociedade pluralista, aquela em que os representantes dos vários setores, e não apenas os grandes grupos, devem ter a mesma possibilidade de participação.

2- AS INOVAÇÕES E SUA PROBLEMÁTICA

Em decorrência lógica da aplicação do princípio da subsidiariedade do Estado, dentre tantas outras, está a privatização, processo iniciado a partir da década de 80.

O conceito de privatização possui duas acepções: restrita e ampla. Celso Antônio Bandeira de Mello, em palestra proferida na XVI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, em 1996, assim tratou da expressão:

Privatizações e serviços públicos são, ambas as expressões, designativas de conceitos altanto vagos, altanto imprecisos. Sem embargo, para considerar dito tema, necessita-se partir de alguma noção aclaradora do significado de cada um deles, para que se estabeleça, ao menos convencionalmente, identificação do objeto sobre o qual se discorrerá(...)

Continua o renomado administrativista:

No direito brasileiro, a lei que veio regular as privatizações – Lei n.º 8.031, de 12.4.90 – não está reportada a serviços públicos mas a atividades estatais de exploração econômica, conforme se depreende, notadamente, de seu art.2º e respectivo § 3º. Ou seja: O que entra em pauta, sob tal nome. É a transferência de empresas estatais exploradoras de atividade econômica para o setor privado.

... Com efeito, não há novidade alguma, nem privatização alguma, na concessão de serviços ou de obras públicas a particulares. É certo, apenas, que as sobreditas concessões, durante um certo período, entraram em relativo desuso, pois tais atividades ao invés de serem prestadas pelo sobredito meio, passam a sê-lo mediante empresas públicas ou sociedades de economia mista criadas pelo estado para tal fim. Este movimento, entre nós, à época, deu mesmo azo a um artigo que haveria de tornar-me famoso, da lavra

de Bilac Pinto, intitulado "O Declínio das Concessões de Serviço Público e o Advento das Modernas Empresas Públicas". Tal fenômeno haveria de ser exasperado durante o período de duração do golpe militar de 1964, quando, a todo propósito, eram instituídas empresas governamentais, com ou sem lei, das quais muitas tinham como objetivo a prestação de serviços públicos e muitas outras visavam a uma desastada e inconstitucional exploração de atividade econômica pelo Estado. Presentemente, há uma completa reversão de tal tendência, mas isto não significa "privatização".

Por fim, Bandeira de Mello, de forma lúcida e precisa, constata:

Com efeito 'privatizar' quer dizer erradicar do setor público dada atividade, para torná-la, a partir daí, atividade privada, isto é, própria dos particulares, pertencente ao domínio jurídico destes, o que equivale dizer: a) integrada no campo próprio da livre iniciativa, logo, de exercício livre, 'independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo os casos indicados em lei', para usar da linguagem do parágrafo único do art.170 da Constituição Federal; b) consequentemente, alocada em setor insuscetível de exploração direta pelo Estado, salvo quando imperativos da segurança nacional ou relevante interesse público, tal como definidos em lei o autorizem, conforme determina o art. 173 do mesmo diploma superior; e c) liberta da sujei-

ção a qualquer planejamento público com força impositiva, o qual, se existir, terá para ela caráter meramente indicativo, a teor do art. 174 da Lei Magna.

A partir de tais noções, o Estado passa a ter um papel gerencial e não mais simplesmente executivo na prestação dos serviços. Prima-se pela eficiência mediante a diminuição da atuação do Estado e racionalização das despesas públicas. Procura-se imprimir a desburocratização da administração. Serviços classificados como de utilidade pública ou como serviços impróprios de Estado (justamente aqueles de exploração econômica não enquadrados nas hipóteses do art.173, da CF/88) são terceirizados aos particulares mediante processos de descentralização do poder, ou seja, descentralização administrativa realizada mediante a outorga de autonomia financeira e econômica a órgão da administração direta ou indireta. Permanecem sob o monopólio estatal apenas os serviços de necessidade pública, também conhecidos como serviços próprios do Estado.

Inversamente ao que acontece com os serviços públicos, alargam-se os limites do poder de polícia, mormente diante dos direitos difusos e coletivos, doutrinariamente batizados de direitos de terceira geração.

Nesse contexto e para viabilizar todo o processo de privatização foi elaborada a Emenda Constitucional n.º 19, que, dentre outras medidas, permitiu a criação das Agências, pessoas jurídicas inspiradas no mo-

delo norte-americano. As Agências são autarquias especiais, criadas por lei com atribuições para estabelecer metas, fiscalizar e aplicar penalidade, mediante celebração de contrato de gestão com o poder público. Possuem duas espécies, quais sejam, as Agências Reguladoras, criadas para controle e fiscalização das empresas públicas privatizadas e as Agências executivas, voltadas para a própria administração indireta mediante processo de autonomia de determinados órgãos da própria administração pública. Paralelamente às agências, permitiu-se que entidades privadas, igualmente mediante contratos de gestão, possam ser habilitadas em nome do Estado, como pessoas não estatais, para desempenhar atividade assistencial, atuando como entes de cooperação com o serviço público; são as organizações sociais, disciplinadas pela Lei 9.637/98.

Atualmente, já foram criadas as seguintes agências reguladoras: ANATEL - Agência Nacional de Telefonia - Lei nº 9.474/1996; ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica - Lei nº 9.427/96; ANA - Agência Nacional de Águas, Lei nº 9.984/2000, ABIN - Agência Brasileira de Inteligência - Lei nº 9.883/1999 e ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar - Lei nº 9.662/2000. Todas com gestão de recursos humanos regulamentada pela Lei nº 9.986/2000, que dentre outras disposições atrela as suas relações de trabalho à CLT, no intuito de conferir maior autonomia e independência aos seus gestores, inobstante a ingerência do Poder Executivo Federal na escolha do Presidente, após sabatina do Senado Federal (arts. 1º e 5º, da Lei em comento).

2.1- Sistemas de controle das agências Reguladoras

2.1.1 Tribunal de Contas

Muito se tem discutido a respeito do controle do Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras. Apesar de simplista no primeiro momento, a conclusão não poder ser diversa da sua incompetência para fiscalização de entidades que não manejam dinheiro público, tendo-se em vista que, em verdade, em face da privatização, não mais há participação de recursos públicos nas empresas estatais privatizadas. Nesse sentido estão as conclusões do parecer elaborado pelo Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ, Luiz Roberto Barroso, em consulta formulada pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro, publicado no BDA - Boletim de Direito Administrativo - junho/99, que a seguir passo a transcrever:

"IV. Conclusão".

33. *É possível compendiar os argumentos desenvolvidos ao longo do presente parecer nas proposições objetivas que se seguem;*

A. O processo de desestatização transferiu para a iniciativa privada encargos e responsabilidades que antes eram do Estado. A diminuição do papel econômico do Estado deslocou a ênfase de sua atuação para o campo da regulação e fiscalização da prestação de serviços públicos e da exploração de algumas atividades econômicas.

B. As Agências reguladoras são autarquias especiais com finalidades múltiplas, que incluem o controle de tarifas, a universalização do serviço, o fomento da competitividade, a fiscalização dos contratos de concessão e o arbitramento dos conflitos entre os usuários, concessionários e poder concedente. O desempenho eficaz de tal missão depende, incondicionalmente, de ser a agência dotada de autonomia administrativa e autonomia financeira.

C. O tribunal de Contas desempenha, nos termos da Constituição, um amplo conjunto de atribuições como órgão auxiliar do Poder Legislativo no controle externo da Administração Pública, na fiscalização contábil, financeira e orçamentária. Não cabe, todavia, ao Tribunal de Contas: (a) exercer fiscalização que não tenha natureza contábil, financeira ou orçamentária, isto é, que não envolva o emprego de recursos públicos; (b) invadir a esfera de reserva administrativa de agência reguladora de serviços públicos para perquirir o mérito de suas decisões político-administrativas, interferindo com a sua atividade-fim.

34. Por tais razões, a requisição de informação e documentos sobre matérias afetas à legítima esfera de autonomia administrativa da ASEP-RJ tipifica comportamento sem lastro constitucional e legal.

Dessarte, em razão do imperativo constante no inciso II, do Art. 71 da CF/88, fica estreme de dúvidas que cabe ao TCU tão-somente julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, bem como das contas daqueles cuja irregularidade cause prejuízo ao erário. A mesma sorte seguirá os Tribunais de Contas estaduais e municipais diante de agências criadas naquelas respectivas esferas de poder.

A solução será diversa em relação às Agências Executivas e Organizações Sociais, essas apenas quando gestoras de dinheiro público. Hipótese em que ficarão sob o controle e fiscalização do órgão auxiliar do Legislativo competente para tanto.

2.1.2 Ministério Público

Nada obstante a não ingerência dos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras, não estão elas aliadas da fiscalização a cargo do Ministério Público, órgão essencial à justiça, cujas atribuições abarca, entre tantas outras, a promoção de inquérito civil e ação civil pública para defender direitos coletivos e difusos. (inteligência do inciso III, do artigo 129, da CF/88).

Sendo assim, sempre que as agências falharem no controle das concessionárias a ela subordinadas, resta ao *parquet*, desde que violados interesses difusos e coletivos, a promoção da competente ação para, após

chancela do Judiciário, primar pelo controle e eficiência dos serviços. Muito importante é esse seu papel, mormente em face das pequenas violações a direitos básicos dos consumidores, que individualmente não possuem repercussão capaz de desencadear providências isoladas por cada cidadão lesado.

2.1.3 Controle Administrativo

As agências reguladoras são instituídas vinculadas a algum órgão da administração direta. Por conseguinte, as agências nacionais vinculam-se ao Ministério pertinente a sua especialidade. Assim, por exemplo, a ANEEL está vinculada ao Ministério de Minas e Energia, bem como a ANS, ao Ministério da Saúde (artigos 1º, das Leis nºs 9.427/96 e 9.961/2000).

Por terem natureza jurídica de autarquias especiais, estão hierarquicamente subordinadas aos Ministérios instituidores e apesar de gozarem de autonomia administrativa, sujeitam-se ao controle administrativo indispensável para assegurar o não desvio de suas finalidades. Seguem, portanto, a sorte das demais autarquias em relação à tutela administrativa para controle de seus atos.

3- CONCLUSÃO

A criação de autarquias especiais, as gestões participativas, a racionalização das despesas, a visão do Estado como gerente da coisa pública revelam a busca pela eficiência dos serviços prestados pelo Estado, objetivo elevado à condição de princípio constitucional, juntamente com os da impessoalidade, publicidade, legalidade e moralidade, que devem reger e nortear todos aqueles que participam da administração pública.

Não obstante serem recentes, muitas críticas já se aglomeram em torno das inovações trazidas pelo processo de privatização. Destaca-se o não investimento em recursos humanos, de nada valendo a modernização da máquina sem a melhoria na capacitação dos funcionários e servidores. O sistema de controle e fiscalização parece ainda estar se organizando. Consta-se uma queda nos índices de satisfação dos serviços terceirizados com o conseqüente crescimento do número de demandas judiciais para obtenção de indenizações decorrentes de falhas dos serviços das concessionárias. Para ilustrar tal situação trago à colação os principais problemas identificados pela Ouvidoria da ANATEL, implantada em 10 de agosto de 1999, apontados no relatório daquele órgão relativo ao período de agosto de 1999 a março/2000:

A participação da Ouvidoria nas reuniões técnicas envolvendo todos os escritórios regionais teve por objetivo levantar as dificuldades enfrentadas pelos ER's para a execução de suas atividades. A seguir, citamos os principais problemas diagnosticados (Pág.8, item 2- Visitas aos Escritórios Regionais):

- Deficiência de recursos materiais e humanos para se efetuar uma adequada fiscalização, decorrente do contingenciamento de recursos da Agência pelo Tesouro Nacional;
- Falta de divulgação institucional das salas do cidadão e ações exercidas pela Agência;
- Demora ou falta de retorno em relação a consultas, orientações ou informações originadas nos escritórios e encaminhadas à sede;
- Limitada atuação da Agência contra as estações clandestinas, fato relacionado diretamente à precária divulgação institucional, que deveria ter, também, papel educativo;
- Dificuldades de ações conjuntas com a Polícia Federal;
- Centralização de processos de solicitação de serviços de telecomunicações na sede, em Brasília;
- Inadequada distribuição de pessoal, segundo formação acadêmica, para a apreciação de solicitações de processos de outorga, atuação e acompanhamento de ações cautelares, populares e ordinárias, além dos Processos de Apuração de Infração - PAI;
- Concessão, por parte do Poder Judiciário, de liminares e mandados de segurança, conflitando com a legislação vigente ao setor de telecomunicações;
- Diversidade salarial entre os profissionais requisitados, cedidos ou contratados por prazo determinado;
- Necessidade de treinamento em virtude das inovações tecnológicas e do aumento do número de prestadoras de serviços;

- Falta de um sistema de comunicação interna eficiente, dando conta dos avanços, novidades e decisões da alta administração; e
- Limitação de salários para a contratação de pessoal em nível compatível com a qualificação desejada.

Paralelamente com o novo formato estatal foram criados mecanismos de maior participação popular no controle e fiscalização dos serviços privatizados. No entanto, quase uma década antes da promulgação da Emenda n.º 19, o Código de Defesa do Consumidor já inovava, trazendo norma, de relevante valor social, que prima pela eficiência e qualidade dos serviços, principalmente os públicos caracterizados como essenciais. Com efeito, determina o artigo 22 do CDC, *in verbis*:

Art. 22: Os órgãos públicos, por si ou suas empresas concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Em verdade, o que se tem observado é que órgãos de proteção ao consumidor, tais como PROCON e associações civis especializadas em direitos do consumidor têm exercido um papel de maior preponderância e eficácia no controle da qualidade dos serviços concedidos ou permitidos à iniciativa privada preenchendo, desse modo, as lacunas das agências, mormente as reguladoras, que foram criadas por lei, justamente com a finalidade primordial de regulamentar e fiscalizar e têm desempenhado um tímido papel perante a sociedade.

Afastadas as impressões políticas, numa tentativa de imprimir ao texto uma imparcialidade científica, cabe a nós, como cidadãos e consumidores dos serviços terceirizados, a redobrada atenção à reforma do Estado para que não fiquemos reféns dos interesses exclusivamente econômicos do modelo neoliberal adotado e para que não se confirmem as previsões de Celso Antônio Bandeira de Mello, em texto já anteriormente citado, quando taxativamente conclui:

É difícil em tal quadro, que se ensombrece dia a dia, falar com isenção e serenidade sobre privatização, posto que ela é filha legítima do 'neoliberalismo' e da 'globalização', palavras estas que nada mais são além de terminologias novas utilizadas, uma, a primeira delas, para recobrir o intento de ressurreição do capitalismo selvagem, sangrando, desde logo, conquistas trabalhistas ou previdenciárias, e outra, a segunda, para renomear o fenômeno do ressurgimento do imperialismo. Ou seja, são vocábulos novos para designar realidades velhas, que já pareciam superadas pela evolução política da humanidade e sepultas na poeira do tempo...

Cumpre-nos torcer para que as agências consigam eficientemente desempenhar suas funções precípua, para que não reste a impressão de que foram criadas tão-somente com o intuito de dar a sociedade uma frágil aparência de controle estatal dos serviços terceirizados.

4- REFERÊNCIAS

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Privatizações e serviços públicos. **Boletim de Direito Administrativo**, mai. 1999

RELATORIO ANUAL DA OUVIDORIA DA ANATEL, de ago./99 a mar./2000. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>

RODRIGUES, Edgard Camargo. Reforma administrativa e o controle de contas. **Boletim de Direito Administrativo**, ago. 1999.

TÁCITO, Caio. A reforma do estado e a modernidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, jan./mar. 1999.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 2. ed. rev. amp. São Paulo. Atlas. 1997.

ESTUDO DA TERMINOLOGIA PROCESSO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO E DA APLICABILIDADE DE ALGUNS PRINCÍPIOS INERENTES

Antônio Machado Guedes Alcoforado

Aluno da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE; pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco UFPE; 2º lugar no concurso de monografias "Prêmio Barbosa Lima Sobrinho" promovido pela ESMAPE; Auditor Tributário, Assessor Jurídico e membro do Conselho de Política Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. TERMINOLOGIA DA EXPRESSÃO PROCESSO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO. 1.1. Processo ou procedimento administrativo-tributário. 1.2. Processo administrativo-fiscal ou tributário. 2. CONCEITO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO. 3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS INERENTES AO PROCESSO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO. 4. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. 5. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

É dever da Administração Tributária garantir ao contribuinte todos os seus direitos previstos no nosso ordenamento jurídico. Entre esses direitos está o da ampla defesa, ao nosso entender, assegurador de todos os recursos e meios de prova necessários ao contribuinte para que proceda à impugnação de um lançamento efetuado pelo Fisco.

A regulação da prática dos atos da administração e do contribuinte cabe ao processo administrativo-tributário. Os atos praticados pela autoridade da administração tributária devem obedecer a certas formalidades, a fim de que sejam respeitados os direitos do contribuinte.

Neste breve estudo, analisaremos inicialmente a expressão *processo administrativo-tributário*. Entendemos ser pertinente essa preocupação, pois a imprecisão terminológica pode levar-nos a interpretações equivocadas. Segundo Paulo de Barros Carvalho: "O aspecto semântico nos leva ao tormentoso espaço das acepções dos vocábulos jurídicos, às vezes vagos, imprecisos e multissignificativos."¹

Teceremos também algumas considerações sobre a aplicabilidade dos princípios constitucionais que disciplinam o exercício da função de autotutela exercida pela Administração Tributária concernente ao controle e fiscalização da arrecadação, ocasião em que procederemos a um corte epistemológico para explicar as diversas garantias processuais atribuídas ao contribuinte no âmbito do devido processo legal.

Os assuntos serão abordados a partir de um processo exegético desenvolvido por meio dos métodos da hermenêutica mais explorados no presente estudo, expressos no literal, sistemático e teleológico.

A preocupação terminológica será uma constante na nossa pesquisa. "Não é possível desenvolver trabalho científico sem o emprego de um vocabulário técnico rigoroso, objetivo e unívoco".²

1 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 71.

2 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 50.

A metodologia utilizada para edificar esta pesquisa jurídico-científica consiste na investigação e exposição do pensamento dos vários autores que escreveram sobre o tema, organizando as várias opiniões. A colocação de opiniões e conclusões próprias também foi uma constante.

1. TERMINOLOGIA DA EXPRESSÃO PROCESSO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO

1.1 Processo ou procedimento administrativo-tributário

A doutrina não é uniforme quanto à terminologia da expressão *processo administrativo-tributário*. O único vocábulo em que não há controvérsias é *administrativo* – afinal o processo se opera perante a autoridade administrativa. Alguns autores preferem utilizar o vocábulo *procedimento* no lugar de *processo* e/ou *fiscal* em detrimento a *tributário*.

Não obstante as diversas terminologias atribuídas à expressão, preferimos *processo administrativo-tributário*, todas as vezes em que houver litígio, pelos motivos expostos a seguir.

Ab initio, parece-nos pertinente um rápido e superficial discernimento a respeito de processo e procedimento. Processo advém, pela etimologia, do latim *processus*, de *procedere*: ação de proceder, de prosseguir. Procedimento também é derivado do latim *procedere* (andar para frente, ir para adiante, prosseguir). O

dicionário jurídico de Plácido e Silva³ explica que embora a derivação de ambos se apresente em sentido equivalente, na linguagem jurídica há distinção entre *processo* e *procedimento*:

Procedimento nos revela a ação de ir por diante, a ação de prosseguir, ou a atuação, já o processo nos fornece a ordem de coisas, que se seguem uma às outras, dá-nos a direção dessa sucessão de coisas, para o exato cumprimento do que se tem em mira. (...) Assim, processo mostra-se a reunião de todos os feitos ou atos, que se indicam necessários e assinalados em lei, para que se investigue, para que se esclareça a controvérsia, e afinal, para que se solucione a pendência.

Segundo J. Cretella Júnior,

*processo designa entidade que, em natureza, ontologicamente, nada difere da que se designa por procedimento, podendo-se, quando muito, quantitativamente, empregar o primeiro termo para mostrar o conjunto de todos os atos e procedimento para designar cada um desses atos: processo é o todo, procedimento as diferentes operações que integram esse todo.*⁴

3 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. III, p. 1225.

4 CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 625-626.

A Professora Lucia Valle Figueiredo ensina que procedimento seria "o caminho a ser percorrido pela Administração a fim de cumprir determinadas formalidades seqüenciais para chegar ao ato final".⁵ Ainda segundo a autora o processo seria instaurado pela autoridade competente em "situações em que há *controvérsias*, em que há *sanções*, punições disciplinares",⁶ ou seja, haveria processo tributário apenas quando houver litigâncias, controvérsias, enfim, contraditório. Nesse jaez, a concessão de um alvará, por exemplo, seria um procedimento.

Consubstanciados em definições análogas às da Professora, alguns autores, no âmbito administrativo, preferem sempre a expressão procedimento administrativo-tributário, haja vista a atividade de autotutela da legalidade ser exercida pela própria Administração. Essa participa concomitantemente como juiz e parte interessada, não assumindo a posição de litigante.

Essa assertiva parece-nos extremamente rigorosa. O ensinamento do Professor Ricardo Lobo Torres nos ajudará a justificar a possibilidade da utilização do vocábulo *processo*.

Alguns autores preferem caracterizar o processo administrativo tributário como simples procedimento, por não revestir as características

5 FIGUEIREDO, Lucia do Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 378.

6 FIGUEIREDO, op. cit., p. 380.

de definitividade na composição do litígio, tendo em vista ser a Administração simultaneamente juiz e parte interessada. Há certo exagero formalista na tese e a legislação e a jurisprudência brasileira vêm utilizando a expressão "processo administrativo tributário", fundadas na consideração de que a Administração pratica atos materialmente jurisdicionais.⁷

Outro argumento utilizado por parte da doutrina para admitir apenas procedimento é a assertiva: é privilégio do Poder Judiciário exercer a jurisdição. No nosso entendimento, a jurisdição plena, capaz de executar decisões, é aquela exercida pelos membros do Poder Judiciário, porém, a jurisdição administrativa – apesar de não produzir coisa julgada – não pode ser totalmente desconsiderada. Essa confere à autoridade administrativa o poder de decidir uma controvérsia sujeita à sua apreciação. Apesar de a autoridade julgadora administrativa não possuir o poder de *imperium*, após o julgamento final da lide tributária, o crédito tributário é inscrito na repartição competente, sendo expedido um título executório líquido e certo.

Ademais, a Carta Magna em vigor reconheceu expressamente no seu art. 5º, LV, a possibilidade de processo no âmbito administrativo quando assegurou "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os recursos e meios a ela inerentes" (destaque nosso).

7 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 291.

Destarte, se o sujeito passivo concorda com o lançamento e efetua o pagamento ou simplesmente formula uma consulta, estamos diante de um procedimento administrativo, pois, nesses casos, não houve litígio. Por exemplo: lavratura de auto de apreensão, auto de infração e notificação de débito sem que haja a respectiva impugnação. Nessas hipóteses, não se configuram controvérsias, portanto, constata-se procedimentos.

De outro modo, a partir do momento em que existe lide, por exemplo, impugnação a lançamento ou contra a negativa de pedido de restituição, estabelecer-se-á um processo administrativo-tributário.

1.2 Processo administrativo-fiscal ou tributário

Após o breve esclarecimento sobre o emprego de processo ou procedimento, resta-nos uma discussão bem mais tênue: utiliza-se a nomenclatura fiscal ou tributário. A doutrina vem utilizando-se das duas palavras em campo plácido. O ilustre jurista pernambucano, José Souto Maior Borges, considera que as expressões *Direito Tributário* e *Direito Fiscal* são empregadas geralmente como sinônimas.⁸ Perfila nesse mesmo entendimento o saudoso Aliomar Baleeiro.⁹

Preferimos a terminologia tributário, não só por ser mais inerente tributo, mas porque o Direito Fiscal rememora uma concepção do fisco como estrutura organizacional.

8 BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao Direito Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 119.

9 BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1958. v. I, p. 58.

Um dos autores do Código Tributário Nacional, Rubens Gomes de Souza, enfatiza a sua preferência pelo termo tributário em detrimento a fiscal:

*Preliminarmente surge uma questão terminológica: deve-se dizer direito tributário ou direito fiscal? Na prática, as duas expressões são usadas como sinônimas pela jurisprudência e mesmo pela doutrina, sendo, aliás, a segunda muito mais comum entre nós. Consideramos, entretanto, preferível a expressão direito tributário, não só porque dá desde logo idéia de conteúdo da disciplina (direito relativo aos tributos), como também porque permite reservar a expressão direito fiscal para a parte do direito administrativo que trata da organização, poderes, funções, etc., das autoridades administrativas encarregadas de controlar (fiscalizar) e arrecadar os tributos. A expressão "direito tributário" fica assim apropriadamente reservada para tudo quanto se refira à regulamentação jurídica da atuação das autoridades fiscais no exercício de sua atividade de controle e arrecadação dos tributos.*¹⁰

10 SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária*. Rio de Janeiro: Edições Financieras, 1954, p. 13-14.

2. CONCEITO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO

Alguns autores definem o processo administrativo-tributário como sendo instrumento de revisão do lançamento, iniciando-se com a impugnação do mesmo.

Ensina Ricardo Lobo Torres:

*O processo administrativo tributário participa da atividade de autotutela da legalidade exercida pela própria Administração, isto é, tem por finalidade o controle da legalidade e da legitimidade do lançamento levado a efeito pelas autoridades administrativas.*¹¹

Com a devida vênia, concordamos apenas em parte com essa assertiva, uma vez que o lançamento e sua respectiva impugnação são apenas a espécie principal dentro do gênero que representa o processo administrativo-tributário. Existem outras espécies, por exemplo: a impugnação efetuada pelo sujeito passivo, quando indeferido o seu pedido de restituição, inicia um processo administrativo-tributário.¹²

A definição de Hugo de Brito Machado, que utiliza a terminologia processo administrativo-fiscal, parece-nos mais completa, pois retrata tanto a espécie como o gênero a que nos referimos:

11 TORRES, Ricardo Lobo. *op. cit.*, p. 291.

12 Art. 2º, II, "a", da Lei 10.554/91, que dispõe sobre o processo administrativo-tributário no Estado de Pernambuco.

*Processo administrativo fiscal pode ser usada no sentido amplo e em sentido restrito. Em sentido amplo, tal expressão designa o conjunto de atos administrativos tendentes ao reconhecimento, pela autoridade competente, de uma situação jurídica pertinente à relação fisco-contribuinte. Em sentido estrito, a expressão processo administrativo fiscal designa a espécie do processo administrativo destinada à determinação e exigência do crédito tributário.*¹³

Das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello – que utiliza a expressão procedimento administrativo-tributário¹⁴ – verifica-se a conceituação do instituto como sendo uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. Portanto, todos os atos devem ser válidos e sem vícios que possam comprometer o resultado final do processo.

Diante do exposto, concluímos que processo administrativo-tributário, *lato sensu*, é o conjunto de atos e procedimentos formais tendentes a disciplinar o exercício da atividade da Administração Pública concernente ao controle da relação jurídica fisco-contribuinte, sob a égide dos princípios constitucionais e demais regras normativas aplicáveis nessa relação jurídica.

13 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 335.

14 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 308.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO

A constituição é formada por princípios e normas. Os princípios estabelecem os verdadeiros contornos da Carta, são pilares de todo o ordenamento jurídico. Na precisa e sempre lembrada lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*Entende-se por princípio a disposição expressa ou implícita, de natureza categorial em um sistema, que informa o sentido das normas implantadas em uma dada ordenação jurídico-positiva. Vale dizer: mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, precisamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe outorga sentido harmônico.*¹⁵

Segundo Zelmo Denari:

Os princípios são inconfundíveis com as normas jurídicas, pois, embora integrem o ordenamento jurídico, não têm em si um valor normativo. Bem observados, trata-se de proposições

15 *Idem*, p. 545.

*gerais que expressam as razões determinantes dos enunciados normativos (v. g., princípio da submissão do Estado à ordem jurídica, que explica, em última análise, o princípio da legalidade). (...) Os princípios, portanto, integram o conhecimento jurídico como proposições supra-normativas, verdadeira ratio essendi das normas e dos institutos jurídicos. No plano hierárquico, são superiores às normas jurídicas, pois lhes determinam o alcance e o sentido. Em decorrência, as normas que contrariam os princípios incorrem em inconstitucionalidade, se a sede principiológica for constitucional, ou em ilegalidade, se a sede for infraconstitucional.*¹⁶

Ao revés, consideramos que os princípios constitucionais são espécies do gênero normas jurídicas. Nesse jaez, as normas jurídicas se dividem em: princípios (norma-princípio) e regras (norma-regra). Essas se encontram em um nível hierárquico inferior aos dos princípios, destarte, as regras devem obediência aos princípios.

Um princípio constitucional, para citar o mestre Roque Antônio Carrazza,

*não passa de uma norma jurídica qualificada. Qualificada porque, tendo âmbito de validade maior, orienta a atuação de outras normas, mesmo as de nível constitucional.*¹⁷

16 COSTA JÚNIOR, Paulo José da e DENARI, Zelmá. *Infrações Tributárias e Delitos Fiscais*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 45-46.

17 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 12. ed. São Paulo: s.n., 2000, p. 38.

Faz-se mister lembrar que o Direito Tributário (subespécie do Direito Financeiro)¹⁸ é um ramo especializado do Direito Administrativo que ganhou autonomia. Daí, os princípios constitucionais inerentes ao Direito Administrativo, inclusive os expressamente previstos no art. 37 da Carta Magna, aplicam-se necessariamente ao Direito Tributário.

Os estudiosos do Direito Tributário aprofundaram esse segmento do Direito Administrativo a ponto de deixá-lo academicamente autônomo. Não obstante, um estudo mais qualificado do Direito Tributário exige um corte epistemológico, ou seja, um estudo crítico dos princípios das ciências já constituídas. Daí a importância do Direito Administrativo no estudo do Tributário. Um está intimamente ligado ao outro. Ambos apresentam interesses predominantemente públicos e o Estado é invariavelmente sujeito com presença obrigatória nas relações jurídicas reguladas pelas normas administrativas e tributárias.

Sobre a pouca importância que a maioria da doutrina dá ao estudo do Direito Administrativo, o Mestre Souto Maior Borges preconiza:

A doutrina do direito tributário reconhece que o lançamento é categoria de direito administrativo tributário. Mas, voltando as costas para a origem do direito tributário, que historicamente

18"O Direito Tributário é, por sua vez, no plano normativo, uma subespécie do Direito Financeiro." BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao Direito Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 118.

*brotou do velho tronco do direito administrativo, ignora que este último é constituído, quase todo, pelos procedimentos administrativos.*¹⁹

Portanto, faz-se necessário respeito aos princípios do Direito Administrativo. No art. 37 da Constituição Federal de 1988 e no art. 97 da atual Constituição Pernambucana estão inseridos os princípios que regem a Administração Pública. Neles estão elencados expressamente os princípios da legalidade, da publicidade²⁰, da impessoalidade, da eficiência (inserido através da Emenda Complementar nº 19/98) e da moralidade. Ressalte-se que não é dada à administração pública a faculdade de observar esses princípios. Eles deverão obrigatoriamente ser respeitados em todos os atos praticados pela administração pública e, consequentemente, pela administração tributária.

Além dos princípios expressos no art. 37 da CF que regem toda a Administração Pública, a *Lei das Leis* alberga princípios fundamentais especificamente aplicáveis ao processo tributário, seja ele administrativo ou judicial. São os princípios do amplo direito à defesa, do contraditório e do devido processo legal.

19 BORGES, José Souto Maior. *Para a Fundação de uma Teoria Heterodoxa do Processo Tributário*. RDT, São Paulo, n. 75, p. 194, nov. 1998.

20 A divulgação oficial dos atos processuais administrativos relaciona-se tanto com a exigência constitucional da publicidade dos atos processuais (artigo 5º, LX, CF/88), quanto com o princípio da publicidade dos atos praticados pela administração pública (artigo 37, caput, CF/88); e, também, com a garantia da participação do usuário na administração pública direta e indireta, mediante o acesso assegurado a esse a registros administrativos e a informações sobre atos de governo; com a ressalva do sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; além da observância do direito, assegurado a todos, ao respeito à privacidade, à honra e à imagem, conforme previsão constitucional (artigo 5º, X, da CF/88). Desta feita, consideramos inconstitucional por contrariar o princípio da publicidade os §§ 4º e 5º do art. 16 da Lei 11.514/97 (Lei das penalidades em PE), que preceitua que a baixa da inscrição no cadastro de contribuintes de PE tornará nulos os atos praticados pelo sujeito passivo a partir da ocorrência de irregularidade determinante do cancelamento da inscrição. Entendemos que a nulidade só poderá surtir efeito para terceiros a partir da publicação do edital de cancelamento.

O corolário desses princípios é a asseguaração ao contribuinte de todos os meios de prova hábeis à comprovação de fatos ou acontecimentos relacionados a qualquer aspecto da obrigação tributária que lhe diga respeito, assegurando-se a ampla defesa, com acesso a todos os recursos a ela inerentes. Como exemplo, a fim de realizar os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV da CF/88), a Administração Tributária tem obrigação de facultar ao sujeito passivo, durante o prazo de apresentação de defesa, o direito de vista ao processo na repartição fazendária existente em seu domicílio tributário.²¹

Embora o processo judicial tenha enorme diferença em relação ao processo administrativo no que tange à eficácia da decisão e do órgão que a profere, em relação a outros aspectos se aproximam. Mesmo sem se revestir das formalidades processuais exigidas no processo judiciário, o processo administrativo-tributário vem procurando adotar as mesmas garantias presentes no processo judicial.

*O processo administrativo aproxima-se do judicial no que pertine às garantias constitucionais, posto que se asseguram aos contribuintes o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*²²

21 Art. 6º, § 7º da Lei nº 10.654/91.

22 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 292.

Por conseguinte, muitos dos princípios processuais utilizados no âmbito judicial também devem ser respeitados na esfera administrativa.

Faz-se necessário lembrar que princípios processuais constituem-se num conjunto de postulados que orientam o desenvolvimento e a conformação dos processos. Como alguns exemplos de princípios processuais temos: princípio da verdade material²³, do livre convencimento do julgador²⁴, da economia processual²⁵ e da bilateralidade da audiência²⁶.

Ressalte-se que qualquer garantia não tem sustentáculo se banida do texto constitucional a legalidade isônoma (art. 5º, *caput*, incisos I e II da CF/88).

Além dos princípios citados, muitos outros poderiam ser acrescentados, mas como tal análise exige um estudo prolongado, o que não é o nosso propósito neste trabalho, iremos analisar, a seguir, aqueles que consideramos os principais princípios aplicáveis ao processo administrativo-tributário: legalidade, devido processo legal, defesa e contraditório.

23 Pelo princípio da verdade material a autoridade julgadora ou a lançadora devem descobrir a verdade objetiva dos fatos, independente do alegado e provado pelas partes. Para isso as autoridades têm liberdade para colherem as provas que entenderem necessárias.

24 Pelo princípio do livre convencimento, o julgador formará livremente a sua convicção, devendo agir imparcialmente e fundamentando a sua decisão consoante argumentos técnicos e jurídicos (art. 4º da Lei 10.654/91).

25 O princípio da economia processual assegura ao processo administrativo um ritmo célere no sentido de solucionar a lide o mais rápido, mas respeitando sempre o limite do direito de defesa e evitando possibilidades de erro.

26 O princípio da bilateralidade da audiência refere-se, por exemplo, à necessidade de citação do réu como requisito de validade do processo (Nesse sentido, o art. 19 da Lei 10.654/91).

4. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Como bem assevera a melhor doutrina, o princípio da legalidade não é um princípio próprio e peculiar do sistema tributário, ao contrário, ele abraça todo o ordenamento, projetando seu conteúdo sobre todo o direito. O princípio da legalidade vem previsto na Constituição Federal em caráter geral (art. 5º, II) que assim o prescreve: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e em caráter restrito (art. 150, I): “é vedado a União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.”

Esse é individualmente um dos princípios mais importantes dentre todos os previstos em nossa Carta Magna. Por ele fica claro que a obrigação tributária depende de estipulação expressa e anterior de lei e em respeito a ele o poder público está proibido de aumentar ou exigir qualquer tributo sem que lei anterior o estabeleça (exceção constitucionalmente prevista apenas para os impostos que desempenham papel extrafiscal (II, IE, IPI e IOF)).

Como já foi visto, o princípio da legalidade é obrigatório para todos os atos da administração pública (art. 37 e 97 respectivamente da CF/88 e Constituição de PE/89). É importante lembrar a lição do Mestre Helly Lopes Meirelles:

*Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.*²⁷

Não nos esqueçamos de que a defesa da legalidade é algo a ser perseguido em todas as sociedades democráticas.

Outro princípio importantíssimo é o devido processo legal. Consideramo-lo como o princípio mais amplo aplicável ao processo administrativo-tributário. Segundo J. Cretella Jr.,

*é aquele em que todas as formalidades são observadas, em que a autoridade competente ouve o réu e lhe permite a ampla defesa, incluindo-se o contraditório e a produção de todo tipo de prova – desde que obtida por meio lícito.*²⁸

A atual Constituição Nacional em seu art. 5º, LV, consagrou como direito fundamental quando expressamente preceitua: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A expressão *devido processo legal* é versão da expressão inglesa *due process of law*, que compreende todo um conjunto de direitos que podem ser desdobrados, com ênfase especial para o direito a ser ouvido e o de oferecer e produzir prova adequada à defesa de suas pretensões.

27 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Matheiros, 1994. p. 82.

28 CRETELLA JR., J. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 530.

*Direito de defesa e contraditório são por sua vez, manifestações do princípio mais amplo do “devido processo legal”. (due process of law) consagrado no XIV aditamento à Constituição dos Estados Unidos da América, cuja seção 1ª 2ª frase assegura que ninguém pode ser “privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem um processo justo e disciplinado por lei.”*²⁹

De todo o exposto, pode-se assegurar que o devido processo legal é o princípio por excelência, a ser observado nos processos administrativos. Ele se configura em um dos maiores instrumentos de controle dos atos administrativos, uma vez que veda a instituições de desigualdade entre administrados e administração durante o processo na esfera administrativa.

Consoante estabelece o art. 5º da Constituição Federal, incisos XXII e XXIV, é direito fundamental do cidadão a propriedade salvo o caso de desapropriação ou utilidade pública ou por interesse social mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Evidentemente tal preocupação do contribuinte recai igualmente sobre a área tributária, uma vez que o impacto tributário por vezes pode caracterizar-se como grande e real ameaça àquele direito. Eis a razão pela qual o princípio do devido processo legal também deve ser rigorosamente observado ainda que apenas por ocasião do procedimento administrativo-tributário.

29 XAVIER, Alberto. *Do Lançamento. Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 161.

O *due process of law* funciona como um instrumento de preservar direitos e assegurar garantias que possibilitem a manifestação final da fazenda pública em questões tributárias, razão pela qual não se admite nos dias atuais que o contribuinte venha a ser autuado sem que lhe seja propiciado oferecer todos os motivos que justifiquem ou, ao menos, expliquem seu comportamento.

5. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Os princípios da ampla defesa e do contraditório encontram-se consagrados no art. 5º, LV, da Constituição Federal, que estabelece:

Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Ensina o jurista português Alberto Xavier que a Constituição anterior estabelecia no seu artigo 153, § 15º, que "a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes", acrescentando logo após que "não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção". Verifica-se, assim, que o novo texto constitucional concedeu expressamente o direito de ampla defesa, não apenas aos "acusados em geral", mas também aos "litigantes", seja em processo judicial, seja em processo administrativo. Por sua vez, arvorou o "contraditório" em princípio autônomo do de ampla defesa.³⁰

³⁰Idem, p. 161.

Continuando o seu raciocínio, asseveras:

Direito de ampla defesa reveste, hoje, a natureza de um direito de audiência, nos termos do qual nenhum ato administrativo suscetível de produzir consequências desfavoráveis para o administrado poderá ser praticado de modo definitivo sem que a esse tenha sido dada a oportunidade de apresentar as razões (fatos e provas) que achar convenientes à defesa dos seus interesses. (...) O caráter "amplo" do direito de defesa traduz-se na existência de que seja assegurado na máxima extensão possível, no que se refere à oportunidade do seu exercício e às alegações e provas a serem produzidas.³¹

Pelo princípio da ampla defesa é assegurado ao sujeito passivo o conhecimento de todos os elementos que integram o processo tributário, iniciando-se pela ciência do lançamento e dos documentos que embasam a cobrança do crédito tributário levantado pela autoridade administrativa.

O princípio do contraditório encontra-se relacionado com o princípio da ampla defesa por um vínculo instrumental: enquanto o princípio da ampla defesa afirma a existência de um direito de audiência do particular, o princípio do contraditório reporta-se ao modo do seu exer-

³¹Idem, p. 162 e 163.

cício. *Esse modo de exercício, por sua vez, caracteriza-se por dois traços distintos: a paridade das posições jurídicas das partes no procedimento ou no processo, de tal modo que ambas tenham a possibilidade de influir, por igual, na decisão (...), de tal modo que a cada uma das partes seja dada a oportunidade de contradizer os fatos alegados e as provas apresentadas pela outra.*³²

É imperioso que o procedimento administrativo-tributário evidencie a existência de contraditório numa situação de equilíbrio. Assim, a cada ato da Fazenda Pública caberá um por iniciativa do particular de modo a marcharmos para o fim ensejado, qual seja, o da edição de um ato conclusivo justo. Ressalte-se que para o princípio de contradição coexistir com o princípio constitucional da igualdade faz-se mister que as argumentações se verifiquem num ambiente de rigoroso equilíbrio e igualdade, opondo-se equitativamente as razões de ambas as partes.

6. CONCLUSÃO

Mesmo no âmbito administrativo, a expressão *processo administrativo-tributário*, quando há litígio, é adequada e utilizada por boa parte da doutrina e jurisprudência. No entanto, a citada expressão não encontra guarida em alguns autores, que preferem, na esfera administrativa, *procedimento*

administrativo-tributário, utilizando-se do argumento – no nosso entendimento extremamente radical é privilégio exclusivo do Poder Judiciário exercer a jurisdição.

Não só os princípios constitucionais previstos na Carta Magna de 1988, como também alguns princípios processuais deverão, obrigatoriamente, ser respeitados no processo administrativo-tributário. Por conseguinte, embora o processo judicial tenha enorme diferença em relação ao processo administrativo no que tange à eficácia da decisão e do órgão que a profere, em relação a outros aspectos se aproximam.

Mesmo sem se revestir das formalidades processuais exigidas no processo judicial, o processo administrativo-tributário vem procurando adotar as mesmas garantias presentes no processo judicial. Ressaltem-se os postulados que orientam o desenvolvimento e a conformação dos processos: princípio da verdade material, do livre convencimento do julgador, da economia processual, da bilateralidade da audiência e do pedido de vistas. Todos propiciam a justiça no processo e estão sob a égide dos princípios constitucionais, sobretudo os da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Desrespeitá-los seria ferir o Estado Democrático de Direito.

³² *Idem*, p. 163.

7. REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I.

BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao Direito Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. Para a Fundação de uma Teoria Heterodoxa do Processo Tributário. **RDT**, São Paulo, n.75, nov.1998.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da e DENARI, Zelmo. **Infrações Tributárias e Delitos Fiscais**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Lucia do Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Melo. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1994.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de Legislação Tributária**. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1954.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. III.

XAVIER, Alberto. **Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

O ESTADO DO SÉCULO XXI: COEXISTÊNCIA OU SUBSTITUIÇÃO PELAS INSURGENTES ORGANIZAÇÕES POLÍTICAS?

Bruno Galindo

Professor da Faculdade Integrada do Recife e da Universidade Salgado de Oliveira. Ex-Professor da Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e da Faculdade de Direito de Caruaru. Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Advogado

SUMÁRIO

1. DELIMITAÇÃO EPISTEMOLÓGICA INTRODUTÓRIA. 2. ORGANIZAÇÕES POLÍTICAS PRÉ-MODERNAS: BREVES CONSIDERAÇÕES. 3. SURGIMENTO DO ESTADO COMO ORGANIZAÇÃO POLÍTICA TÍPICAMENTE MODERNA: SOBERANIA, ESTADO ABSOLUTISTA, ESTADO-NAÇÃO E ESTADOS PLURINACIONAIS. 4. ORGANIZAÇÕES POLÍTICAS INSURGENTES: ENTRE O COOPERACIONISMO E O COMUNITARISMO. 4.1 – Primeiro exemplo em análise: o cooperacionismo do Mercosul. 4.2. Segundo exemplo em análise: o comunitarismo da União Europeia. 5. O DEBATE CONTEMPORÂNEO: ORGANIZAÇÕES POLÍTICAS INSURGENTES SUBSTITUIRÃO OU COEXISTIRÃO COM O ESTADO? 6. REFERÊNCIAS.

1. DELIMITAÇÃO EPISTEMOLÓGICA INTRODUTÓRIA

A época em que vivemos, para muitos denominada pós-modernidade, é marcada por contradições e incertezas quase insolúveis em praticamente todos os setores da vida social. A partir da intensificação do fenômeno da globalização, as sólidas instituições pensadas e construídas na modernidade entram em crise, chegando muitos a cogitarem o seu colapso. Esse se

daria a partir da erosão dos paradigmas modernos, sobretudo os construídos no “breve século XX”, chamado por Hobsbawm de “era dos extremos”.¹

Para o famoso historiador inglês, o século XX paradigmático (não cronológico) teria iniciado com a Primeira Guerra Mundial em 1914 e terminado com a dissolução da União Soviética em 1991, juntamente com a queda do socialismo real em todo o leste da Europa. De fato, com o fim da chamada “Guerra Fria”, intensificou-se um processo de globalização econômica e ideológica, tendo por base uma maior liberalidade mundial de capitais a partir de um paradigma ideológico obscuro e impreciso, com algumas semelhanças com o liberalismo clássico e por esse motivo denominado de “neoliberalismo”.

Com a quase inexistência de contraposições ideológicas, surgiram nos anos 80 e 90 (principalmente) precipitadas doutrinas escatológicas falando em fim da história, fim da economia, fim do emprego, fim do Estado-nação, fim da ciência, fim do dinheiro, etc. Tais doutrinas de inspiração neoliberal não subsistiram por muito tempo, pois antes mesmo do final da década de 90 foram veementemente contestadas, não somente em termos doutrinários, mas derrotadas nos próprios pleitos eleitorais em vários países, haja vista as mais recentes eleições gerais na Alemanha, França e Reino Unido.²

No entanto, apesar da crise das ideologias (perceba-se que falamos em “crise” e não em “fim”) e, conseqüentemente, uma grande incerteza em termos de pa-

1 HOBBSBAWM E. *A Era dos Extremos – O Breve Século XX: 1914-1991*. Trad. M. Sant’anna, São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

2 Cf. DANTAS, Ivã. *Direito Constitucional Econômico – Globalização & Constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 103-108.

radigmas ideológicos a serem seguidos, a intensificação do processo de globalização, neoliberal ou não, parece ser irreversível, embora não se possa dizer que seja algo definitivo.

Com a irreversibilidade de tal processo, configurou-se uma substancial ruptura com os paradigmas clássicos estabelecidos. Conceitos como os de soberania, Estado-nação, obrigações internacionais dos Estados, organizações políticas supranacionais, organizações regionais e outros sofrem grandes modificações, inquietantes e de problemática assimilação pelos cientistas políticos e juristas. Esses precisam modificar a sua tradicional análise dos fenômenos que trabalham a fim de que construam novos paradigmas e novas teorias que possam explicar adequadamente os mesmos e influenciarem na sua conformação.

Sobretudo a instituição que conhecemos como Estado passa por um processo de grandes transformações a partir do fenômeno da integração que, para alguns, implicaria a sua supressão. Não nos parece adequada essa análise, pois apesar do integracionismo criar novas e importantes organizações políticas como a União Européia e o Mercosul, essas se constituem a partir dos próprios Estados, dependendo desses últimos para sua existência. Porém, é fora de questão o fato de que o Estado do século XXI está se configurando como um ente bastante distinto do Estado soberano clássico, sobretudo os Estados europeus ocidentais vinculados à União Européia. É nesse debate que o presente trabalho se insere.

A título de esclarecimento, é necessário estabelecermos alguns pontos de partida conceituais para a discussão a que nos propomos. Sobretudo precisamos esta-

belecer com suficiente clareza em que sentido utilizamos os termos Estado e organizações políticas, para que o leitor não incorra em incompreensões quando da leitura do nosso trabalho.

Partindo de uma perspectiva histórica, percebemos que o termo Estado generalizou-se de tal forma na teoria política que fez com que, como muitas vezes acontece, o gênero fosse tomado pela espécie. A teoria política e a teoria do Estado passaram a chamar de Estado todas as organizações políticas oficiais da História que apresentaram convergência para um centro superior de mando. Nesse alargamento semântico da expressão "Estado", essa passou a designar até mesmo as unidades tribais estudadas pela antropologia cultural, assim como as organizações políticas da Antiguidade Clássica e as da Alta e da Baixa Idade Média.³

Se precisarmos melhor o conceito de Estado, podemos perceber que o mesmo não pode ser aplicado a todas essas formações políticas. O sentido contemporâneo do termo Estado aponta para um tipo de organização política surgida na Idade Moderna e não antes. Se definirmos Estado como o faz Ataliba Nogueira, não pode ser outra a nossa conclusão. Diz o mestre da USP que Estado é uma "sociedade soberana surgida com a ordenação jurídica cuja finalidade é regular globalmente a vida social de determinado povo, fixo em dado território e sob um poder".⁴ Com tal definição, podemos afirmar que o Estado é uma organização política caracterizada pela existên-

3. VILANOVA, Lourival. *A Crise do Estado sob o Ponto de Vista da Teoria do Estado, Jhering e o Direito no Brasil*. Recife: Universitária, 1996. p. 46.

4. NOGUEIRA, A. Paralelismo do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. LXVI, p. 25, 1971.

cia de quatro elementos constitutivos: povo, território, poder político (governo) e soberania. Os três primeiros caracterizam também as demais organizações políticas. O quarto é que caracteriza especificamente a organização política que denominamos Estado.

É por esse motivo que não podemos chamar de Estado a todas as organizações políticas que tenham os três primeiros elementos. Os Estados são espécies do gênero organizações políticas. Dentre essas podemos falar em reinos, impérios, sultanatos, tribos, clãs, principados, *polis* e outras que não são necessariamente Estados. Essas questões ficarão mais esclarecidas adiante.

2. ORGANIZAÇÕES POLÍTICAS PRÉ-MODERNAS: BREVES CONSIDERAÇÕES

Adotando a divisão tradicionalmente ocidental da História no tempo, podemos afirmar que somente na Idade Moderna surge o Estado. Por isso a nossa referência a organizações políticas pré-modernas, ou seja, as organizações políticas das Idades Antiga e Média em suas variadas formas, e à organização política tipicamente moderna que é o Estado, razão pela qual consideramos mera redundância falarmos em Estado moderno (a não ser se quisermos diferenciá-lo do contemporâneo), pois o Estado é produto da modernidade.⁵

5. Falamos em divisão tradicionalmente ocidental da História porque tal divisão reflete apenas o pensamento e a realidade ocidentais, desconsiderando os demais. Saliente-se que, como a História não é a mesma em todos os lugares ao mesmo tempo, os pensamentos e as realidades também são diferenciados, pois enquanto para alguns já estamos em uma pós-modernidade a partir das perspectivas da globalização e de instituições consideradas pós-modernas como a União Europeia, para outros, ainda estamos na pré-modernidade, haja vista o estacamento de alguns Estados nacionais africanos e asiáticos, retrocedendo a organizações políticas pré-modernas, como no caso do Alegianistão, dominado territorialmente pelo grupo religioso islâmico ultratradicionalista denominado de Talibã.

Nas teocracias do oriente próximo, há um elemento tipicamente característico: a impossibilidade, quase total, de se conseguir uma distinção entre os aspectos religiosos, costumeiros e normativos, o que fica claro se observarmos a inexistência nelas de um sistema de filosofia política. O poder político é atribuído a partir de dogmas religiosos inflexíveis e supersticiosos que afirmavam a origem divina do poder e, por vezes, o poder político considerado como o poder da própria divindade. Tudo isso, aliado ao aspecto simples e predominantemente rural da economia, a separação das classes sociais, a regulamentação minuciosa da vida dos súditos, contribuiu para radicar a idéia de que as instituições eram sagradas e imutáveis e impediram investigações sobre a sua origem, natureza e possível aperfeiçoamento.⁶

No mundo greco-romano, temos o desenvolvimento de sistemas de filosofia política que inspiram experiências institucionais mais sólidas. As categorias essenciais do pensamento ocidental radicam em arquétipos que provêm do mundo grego e das formas políticas que os gregos desenvolveram. Como lembra Saldanha, "É com os gregos que se verifica a conjunção de uma experiência institucional extremamente variada com um teorizar idôneo e desenvolvido".⁷ Dentre os romanos, encontramos uma espécie de retrospecto da experiência grega, com algumas peculiaridades próprias do modelo de organização política de Roma.

6 GETTEL, R., apud DANTAS, Ivo. *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 1999, v.1, p. 61.

7 SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 14.

No entanto, nem a *polis* grega, nem a república ou o império romano desenvolveram teórica ou praticamente a idéia de soberania. Na *polis* grega, a principal referência oficial é o povo (*demos*), o grupo de cidadãos, desconsiderando o próprio território. Em Roma, prevalece a noção de *civitas* (comunidade dos cidadãos) ou de *res publicae*, a coisa (*res*) comum a todo o povo, sendo substituída no início da era cristã pela de *imperium*, também sem uma delimitação da idéia de soberania, embora as idéias de cidadania e nacionalidade estivessem presentes.

Se entre os antigos não se cogita de soberania, nas organizações políticas medievais, menos ainda se pode afirmar a sua existência. Na Idade Média, o poder político era bastante fragmentado e confuso, havendo pelo menos três esferas de poder, cada qual buscando uma maior efetividade do seu comando: os feudos, os reinos e a Igreja, representando respectivamente poderes locais, regionais e o que hoje denominamos de internacionais (mas pretendendo-se superior aos feudos e reinos, diferente dos poderes de coordenação das organizações internacionais contemporâneas).

Pela fragmentação do poder nas organizações políticas medievais, é ainda mais impróprio chamá-las de Estados. A observação de Hermann Heller é bastante esclarecedora a respeito:

a denominação 'Estado Medieval' é mais duvidosa. É patente o fato de que durante meio milênio, na Idade Média, não existiu o Estado no sentido de uma unidade de dominação, indepen-

dentemente no exterior e interior que atuara de modo contínuo com meios de poder próprios, e claramente delimitada pessoal e territorialmente.⁸

3. SURGIMENTO DO ESTADO COMO ORGANIZAÇÃO POLÍTICA TÍPICAMENTE MODERNA: SOBERANIA, ESTADO ABSOLUTISTA, ESTADO-NAÇÃO E ESTADOS PLURINACIONAIS

É na Idade Moderna que surge a teoria e a prática da soberania, bem como a noção contemporânea de Estado. O vocábulo “Estado” é utilizado no sentido moderno pela primeira vez, embora ainda com algumas imprecisões, por Machiavelli no seu mais famoso escrito quando afirma que “Todos os Estados, os domínios todos que existiram e existem sobre os homens, foram e são repúblicas ou principados”.⁹

A Idade Moderna foi o período histórico em que se delineou o conceito atual de Estado, culminando na idéia de Estado nacional. Ainda assim, no final do século XVIII, temos a utilização do termo “Estado”, designando classes ou estamentos sociais, como nas obras de pensadores como Sieyès e na prática revolucionária francesa (alusão a estados gerais ou terceiro estado).¹⁰ Mas o delineamento do conceito de Estado só foi possível a partir do desenvolvimento da teoria e prática da soberania.

8 HELLER, H. *Teoria do Estado*. Trad. L. G. Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1966. p. 158-159.

9 MACHIAVELLI, N. *O Príncipe*. 11. ed. Trad. T. Guimarães. São Paulo: Hemus, 1977. p. 11.

10 SIEYÈS, E. J. *A Constituinte Burguesa – Qu'est-ce que le Tiers État?* 3. ed. Trad. N. Azeredo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. Cf. tb. P. BONAVIDES. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 66.

Do ponto de vista teórico, o primeiro a trabalhar o conceito de soberania foi Jean Bodin, no seu *De la République*. Para ele, todo poder inferior é subordinado a um poder superior e no ápice, há um poder que não tem sobre si nenhum outro, sendo esse o poder soberano (*summa potestas*). Para Bodin, por soberania “se entende o poder absoluto e perpétuo que é próprio do Estado”.¹¹

A idéia de um poder com caráter absoluto e perpétuo é levada ao extremo por Thomas Hobbes. O famoso filósofo inglês elaborou a doutrina absolutista do Estado, desenvolvendo a concepção de soberania de Bodin, mas acentuando e ampliando o seu caráter absolutista a partir do momento em que os cidadãos, em nome da segurança, concedem ao soberano o poder absoluto, devendo obediência igualmente absoluta a esse último. Para evitar o caótico “estado de guerra de todos contra todos”, os homens precisam renunciar a todos os direitos perante o poder de mando absoluto e obedecer.¹²

Tais doutrinas, aliadas às profundas transformações ocorridas nos séculos XVI e XVII, propiciaram a delimitação teórica e prática da soberania do Estado. Enfraqueceram os poderes feudais locais com o desenvolvimento do capitalismo mercantilista e o poder eclesiástico com a fragmentação religiosa provocada pela reforma protestante. Com a Paz de Westphalen, em 1648, que pôs fim à Guerra dos Trinta Anos, os Estados absolutistas soberanos apresentaram-se na sua fei-

11 Apud BOBBIO, N. *A Teoria das Formas de Governo*. 10. ed. Trad. S. Bath. Brasília: UnB, 1998. p. 95-96.

12 HOBBS, T. *Do Cidadão*. 2. ed. Trad. R. J. Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 25., 108. Cf. tb. LLORENTE, F. R. *Estado e Democracia na Construção da Europa*. In: *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 125.

ção clássica. O Estado absolutista soberano, cujo poder pertence ao monarca, apresenta-se com suas duas principais características relacionadas ao seu poder: circunscrito a um território delimitado, ele é o mais alto poder dentro desse território, tendo supremacia sobre todos os demais, e é independente frente a poderes externos e vinculados a outras circunscrições territoriais.¹³

Embora a soberania pertença ao Estado, a titularidade da mesma é do monarca que, por esse motivo, é denominado soberano. A característica do Estado absolutista de atribuir a titularidade da soberania ao monarca faz com que se confunda o próprio Estado com a pessoa do soberano, a ponto de se atribuir ao Rei Luís XIV (o denominado Rei Sol), o mais célebre dos monarcas absolutistas, a famosa frase "O Estado sou eu" (*L'État c'est moi*).

No século XVIII, com as revoluções liberais estadunidense e francesa, temos modificações quanto à titularidade da soberania. A influência das idéias iluministas, sobretudo as de Jean-Jacques Rousseau, modificam a idéia de soberania quanto à sua titularidade que não mais deveria ser atribuída a uma pessoa, mas a um ser coletivo possuidor da vontade geral.¹⁴

13 LORENTE, F. R. *Ibidem*, p. 124-125: "A noção de soberania surge no contexto das guerras religiosas, como uma categoria necessária para dotar o direito de um fundamento autónomo, desligado das crenças religiosas. O que dá unidade ao Estado à rei pública, é a existência de um poder soberano, definido como "poder absoluto e perpetuo de fazer as leis", quer dizer, como fonte única do direito (positivo) válido. Este poder, cujo titular é naturalmente o monarca, é um poder territorialmente circunscrito: a vontade soberana não pode se impor fora de suas fronteiras perante a lei, porém somente pela força e, no âmbito internacional, na relação entre os Estados, não existem mais normas obrigatórias além daquelas acatadas tácita ou expressamente, por estes Estados. A soberania é a característica típica do poder do monarca dentro do Estado, mas em virtude dessa conexão necessária entre o poder e o território, também se qualifica como soberano o Estado propriamente dito em sua relação com os demais, enquanto, por estar sujeito somente ao próprio monarca, é absolutamente independente do exterior".

14 ROUSSEAU, J. J. *O Contrato Social e Outros Escritos*. Trad. R. Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1995, p. 38.

O ser coletivo ao qual é atribuída a titularidade da soberania em fins do século XVIII é a nação. Não mais o monarca, mas a nação é a titular da soberania, passando a sedimentar o paradigma de que a cada Estado corresponde uma nação. O Estado e a nação se fundem sob a forma de Estado nacional. Apesar dessa forma estatal ter origens no *Defensor pacis* de Marcilio de Pádua, apenas no século XVIII, ela adquire forma prática.¹⁵

Com o advento da teoria e prática do Estado nacional, surge um outro problema: o controvertido conceito de nação. Embora em geral se entenda que o termo tem "conotações de uma comunidade moldada pela descendência, cultura e história comuns, e muitas vezes, também por uma língua comum", o conceito é bastante variável no tempo e no espaço. O seu radical etimológico latino *natio* indicava, na utilização clássica dos romanos, a ascendência comum, mas houve uma grande modificação conceitual até a modernidade, quando se estabelecem conceitos aproximados com o que foi colocado acima.¹⁶

Efetivamente, entretanto, não se conseguiu nenhuma definição cientificamente densa e aceitável. Por maiores que tenham sido os esforços engendrados, as indagações de Otto Bauer, feitas no início do século XX, permanecem sem resposta. Essas merecem transcrição pela precisa formulação do problema:

15 Cf. REALE, G. & ANTISERI, D. *História da Filosofia*, 4. ed. São Paulo: Paulus, 1980, p. 639.

16 HABERMAS, J. *Realizações e Limites do Estado Nacional Europeu*. Trad. V. Albeiro: *Um mapa da questão nacional*, Rio de Janeiro: Contraponto, 2000, p. 298.

Bagehot diz que a nação é um daqueles fenômenos que compreendemos, desde que não nos façam perguntas sobre ele, mas que não sabemos explicar em termos breves e sucintos. Porém, a ciência não pode contentar-se com uma resposta desse tipo; não pode abandonar a questão do conceito de nação, se quiser falar dela. Responder a essa questão não é tão fácil quanto, a princípio, parece. É a nação uma comunidade de pessoas que descendem da mesma origem? Mas os italianos descendem dos etruscos, dos romanos, dos celtas, dos teutônicos, dos gregos e dos sarracenos; os franceses de hoje, dos gauleses, dos romanos, dos bretões e dos teutônicos; e os alemães, dos teutônicos, dos celtas e dos eslavos. É a língua comum que une as pessoas numa nação? Mas os ingleses e irlandeses, os dinamarqueses e noruegueses, os sérvios e croatas falam, em cada um dos casos, a mesma língua, e nem por isso são um único povo. Os judeus, por outro lado, não têm uma língua comum mas são uma nação. Será a consciência de uma inserção comum num grupo que compõe a nação? Mas, nesse caso, o camponês do Tirol não seria alemão, já que nunca teve consciência de fazer parte do mesmo grupo que os prussianos orientais e os pomeranianos, os turingios e os alsacianos. De que, exatamente, os alemães têm consciência quando se lembram de sua germanidade? O que os torna membros da nação alemã, pares de outros alemães? Sem dúvida, primeiro é preciso que haja um critério objetivo dessa parceria, para que se possa tomar consciência dela.¹⁷

17. BALER, O A Nação. Trad. V. Ribeiro. Um mapa da questão nacional, Rio de Janeiro: Contraponto, 2000. p. 45-46. Publicado pela primeira vez como o primeiro capítulo de Die Nationalitätenfrage und die Sozialdemokratie, em 1924, na cidade de Viena, Áustria.

Além da dificuldade de se conceituar adequadamente nação, temos outros problemas como o das nações espalhadas por vários Estados como a nação árabe ou judaica, assim como o dos Estados plurinacionais. De fato, se no Estado nacional a cada Estado corresponde uma nação, temos dificuldades de enquadramento de vários Estados nesse perfil. Só a título de exemplo, podemos citar o Reino Unido com ingleses, escoceses, galeses e irlandeses; a Suíça, com germânicos, franceses, italianos e roto-romenos; a Espanha, com castelhanos, galegos, catalães e bascos, para não falarmos na antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas com mais de cem nações distintas.¹⁸

No entanto, embora etimologicamente e empiricamente falha, a denominação Estado nacional prevaleceu a partir das revoluções liberais do século XVIII. As suas características básicas e os seus quatro elementos permanecem, mudando a titularidade da soberania, não para a nação, mas para o povo como conjunto de cidadãos, ligados entre si por um vínculo jurídico. Sendo atribuída ao povo e não à nação, a questão da titularidade da soberania é melhor explicada tanto nos Estados nacionais como nos plurinacionais.

Dessa perspectiva em que estamos discutindo, podemos extrair duas conclusões fundamentais: a) só podemos falar em Estado como espécie do gênero organizações políticas, espécie essa surgida somente na Idade Moderna e não antes, sendo, portanto, um dado histórico-cultural;¹⁹ b) o Estado nacional surge somente

18. NOGUEIRA, A. A Nação. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, vol. LXVI, 1971, p. 85.

19. DANTAS, Ivo. *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*. Curitiba: Jusus, 1999. v. I p. 54-55. L. VILANOVA. *A Crise do Estado sob o Ponto de Vista da Teoria do Estado Jhering e o Direito no Brasil*. Recife: Universitária, 1996. p. 146-147.

no final do século XVIII com a mudança de titularidade da soberania, que não mais pertence ao monarca e sim à nação (na verdade, ao povo). A partir desses elementos, pretendemos explicar as organizações políticas insurgentes e as perspectivas para o Estado no século XXI.

4. ORGANIZAÇÕES POLÍTICAS INSURGENTES: ENTRE O COOPERACIONISMO E O COMUNITARISMO

Ao pretendermos analisar as perspectivas do Estado no século XXI, não podemos ignorar o fenômeno que podemos denominar de integracionismo, que consiste na integração político-jurídica de blocos econômicos transnacionais ou transestatais. Aliás, o integracionismo está na ordem do dia, provocando mudanças estruturais de substancial importância nos Estados submetidos à nova ordenação política e jurídica traçada pelo insurgente direito da integração. Para a análise que pretendemos fazer, é necessário inicialmente traçarmos comparações entre os dois principais modelos de integração presentes nos continentes sul-americano e europeu, um mais voltado a ser efetivamente um mercado comum, enquanto que o outro se encontra tendencioso a tornar-se uma organização política diferenciada e dificilmente enquadrável nos padrões tradicionais de classificação das organizações políticas.

De início, é necessário estabelecermos algumas distinções conceituais. A primeira delas a ser feita é aquela entre as expressões direito da integração, direito comunitário e direito da cooperação.

Segundo Wanderley Rodrigues, a expressão direito da integração pode ser entendida como a referência a todo o direito que rege as experiências integracionistas, englobando, como suas espécies, o direito comunitário e o direito da integração.²⁰

O direito comunitário, sendo espécie de direito da integração, regula as relações derivadas do processo de integração através de normas comunitárias de caráter supranacional, determinando competências e estipulando direitos e obrigações. Há a superioridade hierárquica em relação ao direito interno dos Estados, a recepção automática pelos ordenamentos jurídicos nacionais (não havendo processos de aprovação interna) e a auto-aplicabilidade dos seus preceitos, não sendo direito internacional público, mas um novo ramo jurídico que inclusive modifica vários padrões do direito internacional público clássico.²¹

O direito da cooperação, por sua vez, não tem as características de superioridade hierárquica e auto-aplicabilidade de suas normas em relação ao direito interno dos Estados. É presente nas relações derivadas da integração, mas ainda pertencentes ao campo do direito internacional público, sendo, não um direito superior hierarquicamente e auto-aplicável, mas apenas um direito uniforme entre os Estados integrados.²²

20 RODRIGUES, H. W. *Interpretação e Aplicação das Normas do MERCOSUL, Processos de Integração Regional – O Político, o Econômico e o Jurídico nas Relações Internacionais*. Curitiba: Jurua, 2000, p. 48-50.

21 *Ibidem*, p. 48. Cf. *ib.* ACCIOLY, E. Co-Relações entre Direito Internacional Público e Direito Comunitário. In: *Advogado: Desafios e Perspectivas no Contexto das Relações Internacionais*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997, p. 37-38.

22 *Ibidem*, *ibidem*, p. 48-49.

no final do século XVIII com a mudança de titularidade da soberania, que não mais pertence ao monarca e sim à nação (na verdade, ao povo). A partir desses elementos, pretendemos explicar as organizações políticas insurgentes e as perspectivas para o Estado no século XXI.

4. ORGANIZAÇÕES POLÍTICAS INSURGENTES: ENTRE O COOPERACIONISMO E O COMUNITARISMO

Ao pretendermos analisar as perspectivas do Estado no século XXI, não podemos ignorar o fenômeno que podemos denominar de integracionismo, que consiste na integração político-jurídica de blocos econômicos transnacionais ou transestatais. Aliás, o integracionismo está na ordem do dia, provocando mudanças estruturais de substancial importância nos Estados submetidos à nova ordenação política e jurídica traçada pelo insurgente direito da integração. Para a análise que pretendemos fazer, é necessário inicialmente traçarmos comparações entre os dois principais modelos de integração presentes nos continentes sul-americano e europeu, um mais voltado a ser efetivamente um mercado comum, enquanto que o outro se encontra tendencioso a tornar-se uma organização política diferenciada e dificilmente enquadrável nos padrões tradicionais de classificação das organizações políticas.

De início, é necessário estabelecermos algumas distinções conceituais. A primeira delas a ser feita é aquela entre as expressões direito da integração, direito comunitário e direito da cooperação.

Segundo Wanderley Rodrigues, a expressão direito da integração pode ser entendida como a referência a todo o direito que rege as experiências integracionistas, englobando, como suas espécies, o direito comunitário e o direito da integração.²⁰

O direito comunitário, sendo espécie de direito da integração, regula as relações derivadas do processo de integração através de normas comunitárias de caráter supranacional, determinando competências e estipulando direitos e obrigações. Há a superioridade hierárquica em relação ao direito interno dos Estados, a recepção automática pelos ordenamentos jurídicos nacionais (não havendo processos de aprovação interna) e a auto-aplicabilidade dos seus preceitos, não sendo direito internacional público, mas um novo ramo jurídico que inclusive modifica vários padrões do direito internacional público clássico.²¹

O direito da cooperação, por sua vez, não tem as características de superioridade hierárquica e auto-aplicabilidade de suas normas em relação ao direito interno dos Estados. É presente nas relações derivadas da integração, mas ainda pertencentes ao campo do direito internacional público, sendo, não um direito superior hierarquicamente e auto-aplicável, mas apenas um direito uniforme entre os Estados integrados.²²

20 RODRIGUES, H. W. *Interpretação e Aplicação das Normas do MERCOSUL, Processos de Integração Regional – O Político, o Econômico e o Jurídico nas Relações Internacionais*. Curitiba: Junil, 2000. p. 48-50.

21 *Ibidem*, p. 48. Cf. tb. ACCIOLY, E. *Co-Relações entre Direito Internacional Público e Direito Comunitário*. In: *Advogado: Desafios e Perspectivas no Contexto das Relações Internacionais*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997. p. 37-38.

22 *Ibidem*, *ibidem*, p. 48-49.

Neste trabalho utilizamos a terminologia integracionismo, quando nos referimos genericamente aos modelos comunitário e cooperacionista, tendo em vista que ambos são etapas sucessivas de um processo de integração, sendo o comunitarismo uma etapa mais avançada desse processo. O direito comunitário existente na Europa iniciou como um direito da cooperação, deixando de sê-lo gradativamente, como será visto adiante. O direito da integração sul-americano, por sua vez, encontra-se ainda na fase da cooperação, mas se o processo efetivamente for aprofundado, poderá vir a ser direito comunitário. Apesar da distinção terminológica necessária a um trabalho que busque um mínimo de cientificidade, a nossa preferência ficou por analisarmos ambas as organizações políticas a partir de paradigmas político-jurídicos comuns (os do direito comunitário, etapa mais avançada do processo integrativo, demonstrando o maior e menor avanço das organizações supranacionais e dos Estados que as compõem no referido processo).

Cabe também esclarecer prévia e conceitualmente as fases de integração econômica, expressas nos tipos de organizações supranacionais. De acordo com Salomoni, essas, cumulativamente, se classificam em:

- a) zona de livre comércio – implica a supressão e eliminação dos direitos aduaneiros entre os países membros e de outras restrições ao comércio de produtos originários de seus territórios;
- b) união aduaneira – um grau a mais em relação à zona de livre comércio, implica estabelecer uma tarifa aduaneira comum, sobretudo na adoção de tratamento comercial equivalente no que diz respeito a bens provenientes de países terceiros;

- c) mercado comum – implica uma liberalização entre os países membros, de todos os fatores produtivos, agregando-se à liberdade de circulação de mercadorias, as liberdades de circulação de pessoas, serviços e capitais;
- d) união econômica – constitui um mercado comum ao qual adiciona-se a coordenação das políticas econômicas dos países membros e um sistema de controle multilateral;
- e) união monetária – implica a existência de um emissor único de moeda, no caso, a Comunidade;
- f) união política – constitui o último degrau do processo de integração e implica a adoção de uma constituição da união, na qual se consolida a identidade e uma política comuns e se estabelece um sistema de poder e de direitos para os membros da dita união, dentro de um sistema democrático e federal.²³

Em relação à última característica apontada por Salomoni, o federalismo, parece-nos ainda ser demasiado cedo para afirmarmos que as organizações supranacionais regidas pelo direito da integração tornar-se-ão federações ou mesmo organizações efetivamente democráticas.²⁴ Quan-

23 SALOMONI, J. L. *Reforma del Estado y Mercosur: hacia la Construcción de un Derecho Público Comunitario*. In: *Direito Global*, Max Limonad/SBDP, 1999, p. 139-139. *Ligeiras variações da classificação aqui exposta em: E. ACCIOLY, O NAFTA sob a Perspectiva do MERCOSUL* Processos de Integração Regional – O Político, o Econômico e o Jurídico nas Relações Internacionais, Curitiba, Junel, 1998, p. 16-19. J. C. LIPOVETZKY & LIPOVETZKY, D. A. *Mercosul: Estratégias para a Integração – Mercado Comum ou Zona de Livre Comércio? Análises e Perspectivas do Tratado de Assunção*. São Paulo: LTR, 1994, p. 50-53. L. O. Baptista, *Impacto do MERCOSUL sobre o sistema legislativo brasileiro MERCOSUL: Das Negociações à Implantação*. São Paulo: LTR, 1994, p. 14-17.

24 Cf. a perspectiva sobre federalismo em F. L. Pires, *Introdução à Ciência Política*, Porto, Universidade Católica Lusitana, 1998, p. 75. e T. S. Ranoux, *O Federalismo e a União Europeia. A Natureza da Comunidade: uma Evolução na Direção de um Estado Federal? Um Federalismo sem Federação*. In: *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, São Paulo: Dialética, 1999, p. 263. Sobre democracia na União Europeia, F. R. Lorenz, *Estado e Democracia na Construção da Europa*. In: *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, São Paulo, Dialética, 1999, p. 129ss.

to às demais características, parecem-nos adequadas as definições expostas pelo Professor argentino.

A partir desses esclarecimentos conceituais preliminares, passemos a uma breve análise das linhas gerais de ambas as organizações políticas insurgentes e seus respectivos direitos da integração, principiando pelo cooperacionismo do Mercosul.

4.1 Primeiro exemplo em análise: o cooperacionismo do Mercosul

O Mercosul (Mercado Comum do Sul) pretende ser, a partir do que é afirmado no art. 1º do Tratado de Assunção, um mercado comum. Assinado em 26 de março de 1991 e estabelecendo a constituição do mercado comum em 31 de dezembro de 1994, o Tratado aludido (art. 1º) estabelece que o Mercosul implica: a) a livre circulação de bens de serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários, restrições não tarifárias à circulação de mercado de qualquer outra medida de efeito equivalente; b) o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; c) a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados partes – de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem -, a fim de asse-

gurar condições adequadas de concorrência entre os Estados partes; e d) o compromisso dos Estados partes de harmonizarem suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

Como se percebe, sobretudo se analisarmos as classificações expostas por Salomoni e Wanderley Rodrigues, o art. 1º do Tratado de Assunção estabelece as intenções dos quatro Estados partes (República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai) de formarem um mercado comum, construindo para a regulamentação do mesmo um direito de cooperação. Portanto, não se afigura entre as finalidades do Mercosul a constituição de um novo ente político supranacional, consolidando uma identidade e política comuns, além de um sistema de poder e um catálogo de direitos fundamentais para os cidadãos dos Estados partes. Seus objetivos são bem mais modestos, não pretendendo ultrapassar o mercado comum como etapa de integração.²⁵

Apesar de somente em 1991 ter sido celebrado o Tratado institutivo do Mercosul, a idéia integracionista na América Latina não é recente. Em verdade, poderíamos mesmo dizer que a idéia esteve presente já nos tempos de Bolívar e dos Congressos Panamericanistas

25 SALOMONI, J. L. op. cit. p. 138-139 H. W. Rodrigues. *Interpretação e aplicação das normas do MERCOSUL*. Processos de Integração Regional – O Político, o Econômico e o Jurídico nas Relações Internacionais. Curitiba: Jurud, 2000. p. 48-50. A propósito, observe-se o dito por Llanos Mansilla: "No hay supranacionalidad en el MERCOSUR. Ello se desprende de varias de sus disposiciones que establecen que el constituye un proceso de integración para llegar a establecer un Mercado Común. El ordenamiento jurídico creado no reviste pues, naturaleza comunitaria. Sus acuerdos crearán un marco normativo para el desarrollo de un proceso de cooperación regional cuyo objetivo será la creación de un Mercado Común". Apud. DANTAS, Ivo. *Constitucionalismo & Globalização: Regionalização, Mercosul e Integração*. Recife: Mimeo, 2000. p. 22.

do século XIX. Porém, enquanto efetiva tentativa institucional de estabelecer a integração, podemos referir o ano de 1941, quando Brasil e Argentina assinaram um acordo de livre comércio para a constituição de uma união aduaneira. Tal acordo não chegou a produzir quaisquer efeitos práticos, haja vista o clima político da Segunda Guerra e as posições divergentes dos dois países na questão do ataque japonês a Pearl Harbor.²⁶

Mas a idéia não morreria. Nas décadas de quarenta e cinquenta, estudos realizados pela CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina) difundiram a idéia de que a promoção da integração econômica da região iria alavancar o seu crescimento e acelerar a sua industrialização. Tudo isso resultou na criação da ALALC (Associação Latino-Americana de Livre Comércio) em 1960, com a celebração do Tratado de Montevideu.²⁷

A ALALC surgiu como um foro destinado a traçar um regulamento de liberdade de comércio continental, abrangendo onze países, incluindo o México. Mas mesmo sendo uma forma de integração bastante limitada, não chegou efetivamente a funcionar. As razões para tal são variadas. Autores como Gomes e Rota Chiarelli assinalam como dificuldades os choques entre os países membros, surgidos na medida em que se aprofundaram certos aspectos da competência. Jaime Lipovetzky, por sua vez, assevera que a dificuldade maior da ALALC era, na verdade, a falta de capacidade financeira dos países membros que

26 DRUMMOND, M. C. Criação, Consolidação e Desdobramentos do Mercosul. In: *Advogado: Desafios e Perspectivas no Contexto das Relações Internacionais*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997, p. 15.
27 Idem, *ibidem*, p. 15.

*confiavam em obtê-la dos norte-americanos, através do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), sem considerar que a política deste último país, expressada por meio da denominada "Aliança para o Progresso" do Presidente Kennedy, promoveu seus objetivos específicos através de relações bilaterais, de maneira que o governo norte-americano "pudesse estabelecer vínculos e obrigações com o país destinatário da ajuda recebida", segundo eles mesmos reconhecem.*²⁸

Em 1980, a ALALC foi substituída pela ALADI (Associação Latino-Americana de Integração). Essa última associação integracionista, apesar do fracasso da primeira, buscava objetivos mais ousados. Não simplesmente instituir uma zona de livre comércio, mas colhendo experiências dos Mercados Comuns Europeu e Centro-Americano, assim como do Pacto Andino, buscar o "estabelecimento gradual e progressivo de um mercado comum latino-americano". Pelas mesmas razões que ocasionaram o fracasso da ALALC, também a ALADI não produziu os resultados almejados.²⁹

28 LIPOVETZKY, J. C. & LIPOVETZKY, D. A. *Mercosul: Estratégias para a Integração – Mercado Comum ou Zona de Livre Comércio? Análises e Perspectivas do Tratado de Assunção*. São Paulo: LTR, 1994, p. 46-47.

29 Idem, *ibidem*, p. 48: "De fato, a ALADI se tornou improdutivo nos meandros que frustraram anteriormente a ALALC. Não chegou a gerar um poder político capaz de afrontar a falta de alinhamentos macroeconômicos comuns, o que significou a ausência de capacidade de decisão dos grandes problemas do intercâmbio, limitando-se o debate a problemas menores de caráter técnico e diplomático. Esta casuística, desvinculada dos projetos de desenvolvimento nacional dos países-membros, afastou a concretização do objetivo inicial de criar um mercado comum latino-americano e reproduziu novamente a frustração gerada pela ALALC".

Em 1985, os presidentes do Brasil e da Argentina assinam a Declaração de Iguazu e decidem iniciar um processo de integração bilateral. Seguiu-se a instituição do PICE (Programa de Integração e Cooperação Econômica) em 1986 e a assinatura do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento em 1988. Em julho de 1990, os dois países firmaram a Ata de Buenos Aires, que estabeleceu a data de 31 de dezembro de 1994 para a instituição definitiva de um mercado comum entre Brasil e Argentina. Em setembro de 1990, Uruguai e Paraguai buscaram agregar-se ao processo de integração então em curso, participando o Presidente uruguaio como observador nas reuniões de negociação entre brasileiros e argentinos. Em 1991, uruguaios e paraguaios juntam-se a brasileiros e argentinos e celebram entre si o Tratado de Assunção, instituindo o Mercosul.³⁰

O Tratado de Assunção iniciou o período de transição em que os Estados partes buscaram criar condições para a implementação do Mercosul no prazo definido no seu art. 1º. Dentre os principais preceitos do referido Tratado com tal objetivo, podemos destacar os seguintes: a) art. 4º – estabelece objetivos de equitatividade nas relações comerciais entre os Estados partes e países terceiros, aplicando os primeiros as suas legislações nacionais para inibirem importações com preços subsidiados e coordenando suas respectivas políticas nacionais para estabelecerem normas comuns sobre concorrência comercial; b) art. 7º – estabelece

³⁰ Drummond, M. C. *op. cit.*, p. 15-16.

uma isonomia de tratamento tributário em relação aos produtos dos Estados partes; c) art. 9º – cria órgãos de administração e execução do Tratado e de acordos e decisões no âmbito da legislação do Mercosul: o Conselho do Mercado Comum e o Grupo Mercado Comum; d) art. 17 – institui os idiomas português e espanhol como idiomas oficiais do Mercosul; e) art. 20 – estabelece a possibilidade de adesão dos demais países membros da ALADI mediante negociações; f) art. 24 – cria a Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul com o objetivo de facilitar a implementação do mesmo.

Em 17 de dezembro de 1991, os Estados partes instituem o Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias. Os Estados partes do Mercosul, diferentemente da União Européia, não criaram um tribunal jurisdicional supranacional, optando por um sistema combinado de negociações diretas (arts. 2º/3º), intervenção do Grupo Mercado Comum (arts. 4º a 6º) e procedimento arbitral (arts. 7º e seguintes). Esse último é detalhadamente descrito no referido Protocolo, sendo estabelecida nesse a forma de designação dos membros do Tribunal Arbitral, a qualificação profissional dos árbitros, as represálias dos Estados partes ao não cumprimento dos laudos arbitrais e a forma das reclamações de particulares (pessoas físicas ou jurídicas).

Precisamente três anos depois (17 de dezembro de 1994) é assinado o Protocolo de Ouro Preto, completando o primeiro ciclo do processo de integração e dando fim ao denominado período de transição. O Protocolo de Ouro Preto estabelece, de forma definitiva, a

estrutura institucional do Mercosul. Tal institucionalização, entretanto, não significou efetivamente a implantação de um mercado comum, como se pode perceber da leitura do preâmbulo do referido Protocolo quando afirma estarem os Estados partes "Conscientes da importância dos avanços alcançados e da implementação da união aduaneira como etapa para a construção do Mercado Comum". Segundo Wanderley Rodrigues,

Com o Protocolo de Ouro Preto, o que ocorre efetivamente, é que o MERCOSUL se institucionaliza e ingressa na sua segunda etapa, a definitiva, que inicia pela implementação progressiva de uma união aduaneira. A constituição do mercado comum, dentro dessa etapa, dar-se-á apenas após a efetiva concretização da união aduaneira.³¹

O Protocolo de Ouro Preto manteve o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão Parlamentar Conjunta, que já estavam presentes no Tratado de Assunção. Criou três novos órgãos: a Comissão de Comércio do Mercosul, o Foro Consultivo Econômico-Social e a Secretaria Administrativa do Mercosul, estabelecendo assim uma estrutura institucional básica para o Mercosul, sem, no entanto, vedar a criação de órgãos auxiliares que sejam necessários à consecução

³¹ RODRIGUES, H. W. op. cit., p. 44.

ção dos objetivos do processo de integração, como se observa no parágrafo único do art. 1º.

O Conselho do Mercado Comum é o órgão superior do Mercosul e a ele incumbem a condução política do processo de integração e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção, sendo integrado pelos ministros das relações exteriores e da economia (ou equivalentes) dos Estados partes (art. 3º/4º).

O Grupo Mercado Comum é o órgão executivo do Mercosul, tendo representantes designados pelos respectivos governos oriundos dos ministérios das relações exteriores, da economia (ou equivalentes) e dos bancos centrais (art. 11).

A Comissão de Comércio do Mercosul é um órgão encarregado de assistir o Grupo Mercado Comum, competindo-lhe velar pela aplicação dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados partes para o funcionamento da união aduaneira, bem como acompanhar e revisar os temas e matérias relacionadas com as políticas comerciais comuns, com o Comércio Intra-Mercosul e com terceiros países (art. 16).

A Comissão Parlamentar Conjunta é o órgão representativo dos parlamentos dos Estados partes no âmbito do Mercosul, sendo integrada por igual número de parlamentares representantes dos Estados referidos (arts. 22/23).

O Foro Consultivo Econômico-Social é o órgão de representação dos setores econômicos e sociais, sendo integrado por igual número de representantes dos Estados partes. Tem função consultiva e manifesta-se mediante recomendações ao Grupo Mercado Comum (arts. 28/29).

A Secretaria Administrativa do Mercosul é um órgão de apoio operacional, sendo responsável pela prestação de serviços aos demais órgãos do Mercosul e tendo sede permanente na cidade de Montevidéu/Uruguai (art. 31).

Apesar dos objetivos integracionistas do Mercosul serem modestos em comparação como os da União Européia, e da estrutura institucional estabelecida a partir do Protocolo de Ouro Preto parecer suficiente para se atingir o almejado mercado comum, tal ainda não aconteceu. Doutrinadores diversos avaliam o atual estágio do Mercosul ora como um projeto de mercado comum,³² ora como uma união aduaneira imperfeita.³³ As duas denominações demonstram a existência de certas dificuldades no avanço do processo de integração rumo ao mercado comum.

As dificuldades aumentaram, sobretudo a partir do início de 1999, com a desvalorização cambial da moeda brasileira, o real. A crise cambial brasileira terminou por gerar grandes dificuldades no relacionamento entre os dois maiores Estados partes do Mercosul (Brasil e Argentina), ocasionando reações dos industriais argentinos ao denominado "efeito Brasil", defendendo

³²Idem, *ibidem*, p. 45.

³³SALOMONI, J. L., *op. cit.*, p. 139.

junto ao Ministro da Economia a adoção de políticas protecionistas em relação a alguns produtos brasileiros, o que, obviamente, não foi bem recebido pelo governo brasileiro.³⁴

Mas não somente os argentinos defenderam medidas unilaterais. Sob o pretexto de combate à inflação, o governo brasileiro também ameaçou reduzir as alíquotas de importação de determinados produtos para pressionar o empresariado nacional, medida que fere os acordos em torno da tarifa externa comum e não pode ser, em princípio, tomada de forma unilateral.³⁵

As dificuldades não são somente essas, mas, por não serem o objeto do nosso trabalho, não as discutiremos exaustivamente, remetendo o leitor interessado na discussão ao artigo citado do Prof. Costa Lima. Aqui cabe apenas assinalarmos a existência da crise e das dificuldades de se levar adiante o processo de integração do Mercosul, embora não se perceberam alternativas competitivas consistentes fora dele para os Estados partes que o compõem.

4.2 Segundo exemplo em análise: o comunitarismo da União Européia

A União Européia, pela sua importância e pela força político-econômica e cultural que comporta, tem sido a organização política regional mais discutida no âmbito acadêmico sem que se possa ter um consenso

³⁴LIMA, C. *Mercosul: a Frágil Consistência de um Bloco Regional Emergente e a Necessidade de Aprofundar a Integração*, Processos de Integração Regional – O Político, o Econômico e o Jurídico nas Relações Internacionais. Curitiba: Jurua, 2000, p. 161-165.

³⁵Idem, *ibidem*, p. 160.

mínimo sobre o que precisamente vem a ser essa instituição continental europeia. A indefinição sobre a identidade política da União e a conseqüente dificuldade de enquadramento nos paradigmas classificatórios clássicos levou a uma tal angústia dos observadores internos do fenômeno que alguns como o ex-Presidente da Comissão Europeia, Jacques Delors, a qualificou como "Objeto Político Não Identificado"³⁶ e, na mesma esteira irônica, o Prof. Thierry Renoux, da Universidade francesa de Aix-Marseille, classificou o "ser híbrido e juridicamente monstruoso" que é a União Europeia, como um tipo de "OJNI – Objeto Jurídico Não Identificado".³⁷

As angústias transmitidas por estudiosos que tão bem conhecem este "OPNI" ou "OJNI" não são gratuitas. De fato, a União Europeia apresenta-se como um bloco regional que não segue nenhum dos paradigmas internacionalistas ou constitucionalistas clássicos, construídos a partir de um esforço doutrinário considerável ao longo de mais de três séculos. Por um lado, ela não se enquadra nas organizações internacionais de âmbito regional, pois, embora seja "o resultado de uma comunhão de interesses, de contigüidade geográfica e de cultura semelhante", não segue os parâmetros clássicos do respeito quase absoluto à soberania dos Estados, havendo mesmo uma delegação de parte dessa soberania estatal à União.³⁸ Por

36 MEDEIROS, M. A. *Estratégias, Atores e Estrutura Institucional de União Europeia, Processos de Integração Regional – O Político, o Econômico e o Jurídico nas Relações Internacionais*, Curitiba, Jurua, 2000, p. 133.

37 RENOUX, T. S. *O Federalismo e a União Europeia: A Natureza da Comunidade: uma Evolução na Direção de um Estado Federal? Um Federalismo sem Federação*. In: *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo, Dialética, 1999, p. 263.

38 COTTELLO, C. *Curso de Direito Internacional Público*, 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 689.

outro, é impensável, pelo menos atualmente, e a curto prazo, imaginá-la como Estado, mesmo que uma federação, ainda que se assemelhe com essa em alguns aspectos, como veremos mais adiante.

Antes de tudo, torna-se necessário situar historicamente a União Europeia, assim como fizemos com o Mercosul. A denominação União Europeia, atualmente utilizada, surgiu apenas em 1993, com o Tratado de Maastricht. Nesse Tratado, os Estados membros das então "Comunidades Europeias" resolveram aprofundar o processo de integração, almejando chegar a constituir uma união política nos moldes da classificação esboçada por Salomoni.

Entretanto, o processo integracionista europeu não é recente, pois iniciou na década de 50. Os países europeus em reconstrução do início dos anos 50 perceberam que as históricas animosidades recíprocas só haviam trazido guerras e destruição ao continente e a então recente Segunda Guerra Mundial devastara a Europa como nunca antes visto. As superpotências nucleares, Estados Unidos da América e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, foram os únicos países fortalecidos no pós-guerra. Diante dos dois gigantes, nenhum Estado europeu, isoladamente, poderia fazer frente ou competir política e economicamente com eles. Somente um processo de união dos inimigos de véspera poderia trazer progresso econômico e social para a Europa.

Da necessidade de sobrevivência nasce a idéia de integração europeia. Em 18 de abril de 1951, Alemanha, França, Itália, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo fundam a Comunidade Europeia do Carvão e do

Aço (CECA). Apesar da aparente restrição ao carvão e ao aço, desde o princípio, a meta da comunidade era mais ambiciosa. O Tratado postulou que os seis Estados estavam decididos “mediante a constituição de uma comunidade econômica, a pôr a primeira pedra de uma comunidade mais ampla e profunda entre os povos que durante muito tempo estiveram divididos por sangrentos conflitos”. A comunidade iniciou suas atividades no ano seguinte.

Os mesmos seis Estados celebram em 25 de março de 1957 o Tratado de Roma. Esse cria a Comunidade Econômica Européia (CEE) e a Comunidade Européia de Energia Atômica (EURATOM) que iniciam suas atividades em 1958. A partir dessas novas comunidades, a política comum se estende a outros campos da economia como a agricultura e o comércio exterior. Os Estados membros resolvem formar um mercado comum nos doze anos seguintes e criam a primeira instituição parlamentar comunitária: a Assembléia Parlamentar, futuro Parlamento Europeu.

Em julho de 1967, os órgãos da CECA, CEE e EURATOM se fundem e passam a constituir as Comunidades Européias (CE). Em 1968, a CE implementa a união aduaneira, não aplicando tarifas a importações e exportações intracomunitárias e introduzindo tarifas comuns em relação a países terceiros. Em 1972, constituem a Associação Monetária Européia, primeiro passo para a União Monetária.

No início de 1973, as Comunidades Européias se fortalecem a partir da adesão de três Estados europeus: Dinamarca, Reino Unido e Irlanda. A adesão desses e o interesse despertado em outros países europeus em

aderirem também à CE demonstram o avanço do processo de integração e que o mesmo trouxera mais benefícios que prejuízos aos Estados membros.

No final dos anos 70, entrou em vigor o Sistema Monetário Europeu e as eleições diretas para o Parlamento da CE foram realizadas pela primeira vez, sinalizando que a Europa buscava efetivar o princípio democrático dentro das comunidades.

Na década de 80 houve a adesão de mais três Estados europeus: Grécia em 1981 e Portugal e Espanha em 1986. Em 1987, entrou em vigor a Ata Única Européia, modificando amplamente os Tratados fundacionais das comunidades e assegurando a implementação definitiva de um mercado único em 1993.

Os anos 90 constituíram a década mais significativa em termos de avanço do processo europeu de integração. Em 1990, inicia-se a primeira etapa da união econômica e monetária, liberando a circulação de capitais e aproximando as políticas econômicas e monetárias dos Estados membros. No início de 1993 é implementado o mercado único, tornando-se a CE um espaço econômico no qual se garante a livre circulação de pessoas, produtos, serviços e capitais (as “quatro liberdades” básicas de um mercado comum).

A mais significativa mudança, no entanto, foi a entrada em vigor, em 1º de novembro de 1993, do Tratado da União Européia, mais conhecido como Tratado de Maastricht. Esse tratado não somente modificou a nomenclatura de Comunidades Européias para União Européia, como estabeleceu a ampla cooperação em outros campos políticos, como os de política exterior, segurança comum, saúde pública, defesa do consumidor, justiça, dentre outros.

Em 1994, constituem o Instituto Monetário Europeu, em Frankfurt, com a tarefa de preparar o Banco Central Europeu.

Em 1995, a União Européia passa a ter o formato geográfico atual, com a adesão de mais três países: Finlândia, Suécia e Áustria.

O ano de 1999 é um ano decisivo para a União Européia. Inicia-se a terceira etapa da união econômica e monetária com a introdução do euro, inicialmente como índice e indexador com vistas a transformar-se em moeda única da União. Por acordos entre os Estados membros, ficaram excluídos dessa etapa Dinamarca, Grécia, Reino Unido e Suécia. Em 1º de maio, entra em vigor o Tratado de Amsterdã, celebrado em 1997, que prevê a reforma das instituições da União e uma cooperação mais estreita no campo da justiça, assim como no fortalecimento da política exterior e segurança comum. Os poderes do Parlamento Europeu são ampliados.

Atualmente há negociações para a entrada de outros países europeus na União, notadamente os países do antigo bloco socialista do leste europeu. Desde 1998, Hungria, Polônia, Estônia, República Tcheca, Eslovênia e Chipre negociam. No ano 2000, pleitearam ingresso na União: Bulgária, Letônia, Lituânia, Malta, Romênia e Eslováquia.

A União Européia apresenta-se com uma estrutura institucional semelhante à de um Estado. Além de ter regulamentado as relações políticas e econômicas intracomunitárias de modo amplo, como geralmente fazem os Estados nas suas constituições, ela criou órgãos específicos para gerência das políticas comunitárias: o Parlamento

Europeu, o Conselho, a Comissão e o Tribunal de Justiça, esse último como órgão de função jurisdicional na interpretação e aplicação do direito comunitário.

O Parlamento Europeu, como já afirmamos, é eleito diretamente pela população dos Estados membros da União, sendo previamente fixado o número de parlamentares de cada Estado, tendo atualmente a Alemanha a maior representação, com 99 cadeiras, seguida de França, Itália e Reino Unido, com 87 cada. A menor representação é a de Luxemburgo (6 parlamentares). O mandato parlamentar é de 5 anos e eles decidem sempre por maioria absoluta, salvo quando o Tratado expressamente dispõe de forma diversa (arts. 190 e 198 – Tratado da União Européia Consolidado – TUE).

O Conselho Europeu é uma espécie de poder executivo intergovernamental, coordenando as políticas econômicas gerais dos Estados membros e dispondo de poder de decisão, ao passo que a Comissão Européia tem funções consultivas e executivas, funcionando como um importantíssimo auxiliar do Conselho (TUE, arts. 202ss.), sobretudo nas questões de negociação.

O Tribunal de Justiça é o órgão jurisdicional da comunidade, o que também se afigura como um grande diferencial na União. Não é uma simples câmara de arbitragem ou corte internacional de justiça, mas um tribunal supranacional com funções próprias de interpretação e aplicação da legislação comunitária. A partir de 1989, foi criado também um Tribunal de 1ª Instância.

Jurisprudencialmente, o Tribunal de Justiça foi responsável pela estruturação do direito comunitário europeu com todas as suas características, já que o Tratado não fora específico. Dentre essas característi-

cas construídas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União, podemos destacar a aplicabilidade direta da legislação comunitária, o efeito direto das decisões dos tribunais acerca do direito comunitário e a hierarquia entre direito comunitário e direito nacional, com a prevalência do primeiro.³⁹

A aplicabilidade direta do direito comunitário consiste na incorporação automática de suas normas no ordenamento jurídico interno de cada Estado membro. O direito comunitário se afigura como direito de caráter efetivamente obrigatório e oposto a reservas de caráter interno, como se dá nos tratados. As normas comunitárias geram direitos e obrigações para os cidadãos dos Estados membros de forma direta e imediata, devendo ser aplicadas pelos poderes dos referidos Estados sem alegação de razões de ordem constitucional para se absterem de cumpri-las.⁴⁰

O efeito direto das decisões dos tribunais comunitários decorre da aplicabilidade do direito comunitário ser direta, não necessitando de homologação da sentença do tribunal comunitário pelos tribunais dos Esta-

39 CAIELLA, F. *Problemas Relativos a la Compatibilización de los Derechos Constitucionales y el Derecho Comunitario*. In: *Direito global*, São Paulo, Max Limonad, 1999, p. 58-60.

40 *Idem*, *ibidem*, p. 59. No acórdão Simmenthal de 1978, assim se pronunciou o Tribunal de Justiça Europeu: "a aplicabilidade direta significa que as regras de Direito Comunitário devem liberar a plenitude de seus efeitos de uma maneira uniforme em todos os Estados-membros, a partir de suas entradas em vigor e durante todas as suas vigências; da mesma forma, tais disposições são uma fonte imediata dos direitos e obrigações para todos, quer se tratem de Estados-membros ou particulares que sejam partes em relações jurídicas relevantes de Direito Comunitário. Tal efeito concerne ainda a todo magistrado, que, no âmbito da competência da qual é investido, possui, enquanto órgão do Estado-membro, a missão de proteger os direitos conferidos aos particulares pelo Direito Comunitário". J. FONTQUERA, *Cl.*, "A Construção Jurisprudencial do Direito Comunitário Europeu", Advogado: Desafios e Perspectivas no Contexto das Relações Internacionais, Brasília, Conselho Federal da OAB, 1997, p. 60-61.

dos membros, restando aos órgãos do Estado apenas a execução da decisão judicial, podendo, inclusive, ser sancionado se não o fizer, como assevera o art. 228 do TUE:

1. Se o Tribunal de Justiça declarar verificado que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força do presente Tratado, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal de Justiça. 2. Se a Comissão considerar que o Estado-Membro em causa não tomou as referidas medidas, e após ter dado a esse Estado a possibilidade de apresentar as suas observações, formulará um parecer fundamentado especificando os pontos em que o Estado-Membro não executou o acórdão do Tribunal de Justiça. Se o referido Estado-Membro não tomar as medidas necessárias para a execução do acórdão do Tribunal de Justiça dentro do prazo fixado pela Comissão, esta pode submeter o caso ao Tribunal de Justiça. Ao fazê-lo, indicará o montante da quantia fixa ou progressiva correspondente à sanção pecuniária, a pagar pelo Estado-Membro, que considerar adequada às circunstâncias.

A hierarquia entre direito comunitário e direito nacional é bem exposta por Pierre Pescatore, ex-membro do Tribunal de Justiça europeu, citado por Pascual Caiella:

La formación y estructuración de la Comunidad ha lleva a una doble "jerarquización del Derecho: primero, en el interior de la Comunidad, dado que los Tratados constitutivos son deriva-

*dos de las relaciones de los órganos comunitarios; segundo, la primacia incondicional del Derecho Comunitario respecto a las normas de Derecho Constitucional nacional de cada uno de los miembros de la Comunidad y a las leyes nacionales posteriores.*⁴¹

Todos os aspectos levantados fazem com que retornemos à indagação inicial de como caracterizar doutrinariamente a União Européia. Lucas Pires levanta quatro hipóteses de classificação: a) confederação (com características específicas); b) Estado federal (incompleto); organização internacional (de tipo supranacional); d) via original.⁴²

A primeira hipótese de classificação parece-nos de imediato afastamento. A confederação é, segundo Albuquerque Mello, “um agrupamento de Estados com a finalidade de assegurar a sua defesa comum”. Seu órgão central é uma conferência de agentes diplomáticos que decidem de acordo com as instruções que recebem e as deliberações necessitam de ratificação dos Estados membros.⁴³ A União Européia nem se restringe à defesa comum, nem suas deliberações necessitam de ratificação dos Estados, como vimos.

A União Européia tem algumas semelhanças com a federação, mas parece-nos que também não se enquadra nos paradigmas federalistas. No Estado fede-

41 CAIELLA, P. *Problemas Relativos a la Compatibilización de los Derechos Constitucionales y el Derecho Comunitario*. In: *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 58.
42 PIRES, F. L. *Introdução à Ciência Política*. Porto: Universidade Católica Lusitana, 1998, p. 82.

43 MELLO, op. cit., p. 330-357

ral, há distinção entre Estados membros e o Estado central, sendo somente este último considerado soberano, possuindo os primeiros apenas uma autonomia relativamente ampla.⁴⁴ Na União Européia, há uma partilha de soberanias nacionais, em que os Estados delegaram parte de suas soberanias (sobretudo nos campos jurídico, monetário e econômico⁴⁵), mas boa parte das decisões políticas permanecem na esfera do Estado nacional.

O primado das normas de direito comunitário sobre as de direito interno dos Estados membros e o seu efeito direto ocasionam dificuldades de enquadramento nos padrões de uma organização internacional ou supranacional de cunho regional. No direito internacional clássico, o efeito direto é a exceção, sendo, em geral, necessária a ratificação dos Estados em relação à legislação internacional, ainda que oriunda de organizações como ONU e OEA. No direito comunitário, o efeito direto é a regra, como vimos.⁴⁶

A classificação mais apropriada, no nosso entender, é a que afirma ser a União Européia uma via original ou organização política sui generis. No entanto, tal proposta, segundo Lucas Pires;

44 BARACHO, J. A. O. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 21: “A formulação de teoria jurídica do Estado federal demanda definir a situação determinada pelos poderes constituídos que surgem através da União Federal e dos Estados-membros. Pois bem, da soberania que dá personalidade jurídica de direito público à União e da autonomia que caracteriza os Estados-membros como entidades federativas componentes, as competências conhecidas são aquelas efetivamente exercidas, traçadas e apontadas pela Constituição”.

45 MANN, Cf. M. *Estados nacionais na Europa e outros continentes: diversificar, desenvolver, não morrer*. Trad. V. Ribeiro *Um Mapa da Questão Nacional*. Rio de Janeiro, RENOUX, T.S. Contraponto, 2000, p. 317-319.

46 Cf. T. S. Renoux, *O Federalismo e a União Européia. A Natureza da Comunidade: uma Evolução na Direção de um Estado Federal? Um Federalismo sem Federação*. In: *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 280.

limita-se a abrir uma nova chave de hipóteses: Estado econômico, federalismo cooperativo, Estado regulador, condomínio, consórcio, Estado misto, Estado pós-moderno, Associação de Estados, Federação de Estados, etc...

Afirma, ainda que

O próprio facto de as Comunidades e a União Européia constituírem um todo pouco coeso entre si e de a respectiva evolução se processar por etapas e estar ainda longe da sua fase conclusiva, faz redundar toda a classificação num esforço relativamente provisório.⁴⁷

Vale ressaltar que Pires escreveu tais linhas em 1997, pouco antes de seu falecimento prematuro, mas que quase na sua integralidade, elas permanecem atuais e precisas sobre o que vem acontecendo com a União Européia.

No estágio atual do processo de integração europeu, podemos afirmar que a União Européia adquire a feição de uma união monetária e política imperfeita, na classificação exposta por Salomoni. Imperfeita porque o euro ainda não é moeda corrente única emitida pela União⁴⁸ e ainda não se estabeleceu uma espécie de constituição da Europa, apesar de alguns autores se expressarem nesses termos quando se referem ao direito comunitário europeu.⁴⁹

47F. L. PIRES, *Introdução à Ciência Política*. Porto: Universidade Católica Lusitana, 1998, p. 82.

48 Ressalte-se que apenas onze dos quinze Estados membros da União Européia iniciaram a união monetária: Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Finlândia, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos e Portugal. Ficaram de fora Dinamarca, Grécia, Reino Unido e Suécia.

49F. L. PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 101.

5. O DEBATE CONTEMPORÂNEO: ORGANIZAÇÕES POLÍTICAS INSURGENTES SUBSTITUIRÃO OU COEXISTIRÃO COM O ESTADO?

Com o surgimento dessas novas organizações políticas no cenário mundial, a pergunta feita é pertinente. Elas vão substituir os Estados, já que estão assumindo algumas das tarefas clássicas desses? Ou trata-se apenas de uma reformulação dos caracteres do Estado, adaptando-o à nova realidade da multiplicidade de organizações políticas coexistindo simultaneamente? Eis o debate contemporâneo.

Esse debate somente ganha sentido e importância por causa do fenômeno da integração europeia, já que, como vimos, o Mercosul e as demais organizações supranacionais apresentam-se como entes de cooperação, não rompendo substancialmente com os paradigmas clássicos da soberania estatal. A União Européia, diferentemente, se apresenta como uma organização integrada bastante avançada, dando uma substancial contribuição no desenvolvimento das instituições de direito comunitário, espécie jurídica distinta tanto do direito constitucional dos Estados, como do direito internacional. Conseqüentemente, é o modelo que provoca maiores mudanças nos paradigmas político-jurídicos clássicos, notadamente os conceitos e definições de soberania e de Estado.

De fato, a União Européia vem assumindo, paulatinamente, boa parte das funções públicas tradicionalmente atribuídas aos Estados. Até a década de 80, a então Comunidade Européia foi quase inteiramente

compatível com o Estado nacional clássico. Nessa década, a regulação política comunitária começou a reduzir mais diretamente a soberania dos Estados membros, culminando com o Tratado de Maastricht, que reduz a soberania dos Estados sobretudo em três aspectos: a) direito; b) mercado único; e c) sistema monetário europeu.

Em relação ao campo jurídico, vimos que o direito comunitário, diversamente do direito internacional, é auto-aplicável nos Estados membros da União Europeia, sendo desnecessária a sua ratificação, como se dá nos tratados em geral celebrados pelos Estados. A primazia direta do direito comunitário é uma realidade que diferencia o mesmo do direito internacional e mudou até mesmo o comportamento dos parlamentos e governos de cada Estado. É rotineiro, atualmente, os governos anunciarem a seus respectivos parlamentos que uma dada lei nacional encontra-se em conflito com a legislação comunitária e necessita de revisão.

No que diz respeito ao mercado único, a Ata Única Europeia estabeleceu cronograma para a eliminação dos empecilhos ao fluxo de pessoas, mercadorias e serviços por toda a União. O decreto praticamente elimina as fronteiras internas, apesar do atraso perpetrado pelos governos britânico, irlandês e dinamarquês em relação ao livre fluxo de pessoas e animais. O tradicional controle fronteiriço, tipicamente característico do Estado nacional soberano, foi substituído pela livre circulação interna em todo o território da União, não sendo exigido mais visto ou passaporte para atravessar as fronteiras dos Estados membros.

Em termos de sistema monetário europeu, o movimento dirigido a um sistema único, culminando numa moeda igualmente única, significa uma perda importante da soberania tradicional do Estado, já que a tarefa de emissor oficial de moeda sempre fora uma de suas características fundamentais. O próprio surgimento do Estado na Idade Moderna deve-se, dentre outras coisas, à necessidade que a insurgente burguesia tinha de um ente centralizado que desse maior segurança e certeza às relações comerciais, passando necessariamente por uma uniformização monetária a partir da autoridade do Estado.

Mas há variantes importantes em relação a essas três formas de redução da soberania dos Estados membros da União. Apesar da auto-aplicabilidade do direito comunitário europeu, as sentenças provenientes do Tribunal de Luxemburgo somente possuem força legal a partir do compromisso voluntário dos Estados, sendo, aliás, administradas de forma bastante variada por cada um deles. O mercado único encontra-se com as restrições aludidas do Reino Unido, Irlanda e Dinamarca. O sistema monetário europeu único, por sua vez, tem sido comprometido pelo vacilo de vários Estados na implementação do mesmo. Os próprios alemães têm vacilado por acreditarem em uma perda significativamente grande de sua soberania, ao passo que Reino Unido e Itália foram autorizados a se retirar do sistema (para não se falar nas posturas da Dinamarca, Espanha e Irlanda).⁵⁰

50 MANN, M. Estados nacionais na Europa e noutros continentes: diversificar, desenvolver, não morrer. Trad. V. Ribera. In: *Um Mapa da Questão Nacional*, Rio de Janeiro: Contraponto, 2000, p. 317-319.

Vale a pena a transcrição de parte da análise de Mann sobre a União, que ele ainda chama de comunidade (abreviadamente: CE):

a CE continua a ser, fundamentalmente, um órgão de planejamento econômico. Expandiu-se com a ampliação da faixa de produtos e mercados da Europa, com sua complexa rede de regulamentos do consumidor, sua estrutura ocupacional diversificada e seu intrincado conjunto de instrumentos financeiros. Toda essa regulamentação é sumamente técnica e capitalista. As instituições européias são misteriosas e dominadas pelas atividades dos grupos de pressão que defendem os interesses de empresas comerciais e associações de comércio. As organizações sindicais e de profissionais liberais são muito fracas, e a pressão das igrejas e outras instituições secundárias praticamente inexistente. O impacto direto das normas da CE na política cotidiana dos países membros é bastante limitado. As normas sobre mercados e produtos raramente atingem uma audiência em massa, exceto pela agitação dos agricultores franceses e pelas piadas da CE sobre quem pode vender produtos rotulados com palavras como cereja, champanhe ou sorvete. Os decretos mais importantes, relativos ao livre trânsito e às moedas, têm grandes implicações. Quando essas se evidenciam, provocam dissidências. Enquanto a economia européia era florescente, os Estados achavam relativamente fácil a quase-unanimidade. Raramente definiam os desgastes como "perdas": o crescimento econômico era o objetivo maior da CEE e continua a ser o objeto central da política da CE. Nas recessões, no entanto, suas negociações tendem a estacar. O progresso futuro parece depender do crescimento, como compensação pelo desgaste da soberania.

O Estado não é, como afirmava Marx, uma organização voltada para administrar os assuntos coletivos da burguesia; ele faz muito mais do que isso. A CE, todavia, é assim.⁵¹

Sendo essencialmente um órgão de planejamento econômico, a União possui um acentuado déficit democrático em relação aos Estados nacionais democráticos. Apesar de esse déficit ter diminuído com as eleições diretas para o Parlamento de Estrasburgo, esse se apresenta como um ente essencialmente tecnicista, sem grande participação dos cidadãos europeus nas suas diretrizes e poderes igualmente escassos. Além disso, os partidos políticos permanecem essencialmente nacionais em sua atuação e orientação e as eleições são realizadas em cada Estado membro, cujos nacionais, de acordo com as vagas parlamentares destinadas ao Estado, concorrem às mesmas.

Portanto, percebe-se que os Estados europeus permanecem coexistindo com a organização política comunitária do continente, sem termos sinais claros de que serão substituídos pela União. Apesar de essa estar assumindo algumas das funções tradicionalmente estatais, as principais funções desenvolvidas pelos Estados no século XX permanecem em sua esfera de poder no início do século XXI. Segundo Mann, os Estados tornaram-se importantes no mundo moderno por desempenharem cinco funções de utilidade variável: 1) travamento de guerras maciças e rotineiras; 2) fornecimento de infra-estrutura de comunicação ao militarismo e ao capitalismo; 3) cons-

51 *Idem, ibidem, p. 319-320.*

tuição de sede da democracia política; 4) garantia dos direitos de cidadania social que eram usurpados da esfera privada; 5) invenção do planejamento econômico.⁵² Dessas, apenas a última tem sido efetivamente desempenhada pela União, continuando o Estado a desempenhar, nas demais, papel preponderante.

É bom salientar que as questões em debate referem-se unicamente ao fenômeno europeu. A relativização do Estado nacional soberano está longe de acontecer em Estados como os Estados Unidos da América e o Japão, aos quais o discurso do fim do Estado nacional certamente há de soar estranho. Além do mais, as próprias estatísticas demonstram que o número de Estados no mundo aumentou na década de 90 com o esfacelamento da União Soviética e de vários Estados europeus do leste, como a Iugoslávia e a Tchecoslováquia, cujas desintegrações fizeram surgir inúmeros novos Estados. Os poucos Estados nos continentes africano, asiático e latino-americano em riscos de desaparecimento, assim estão por razões essencialmente pré-modernas e não pelo surgimento de organizações supranacionais aptas a substituí-los.

Pelo exposto, percebemos que o Estado do século XXI, pelo menos no início deste, continua forte, tendo mudado em termos funcionais, mas permanecendo como ator político fundamental na ordem social humana. Até o momento, a coexistência entre Estado e organizações políticas insurgentes é a realidade, podendo confirmar-se nessa forma ou modificar-se no futuro. Mas o exercício de futurologia não é o objetivo do nosso modesto trabalho.

⁵² Idem, *ibidem*, p. 331.

6. REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Elizabeth. O NAFTA sob a perspectiva do MERCOSUL. In: **Processos de integração regional – o político, o econômico e o jurídico nas relações internacionais**. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. Co-Relações entre Direito Internacional Público e Direito Comunitário. In: **Advogado: desafios e perspectivas no contexto das relações internacionais**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Impacto do MERCOSUL sobre o sistema legislativo brasileiro. In: **MERCOSUL – Das Negociações à Implantação**. São Paulo: LTR, 1994.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BAUER, Otto. A Nação, Trad. Vera Ribeiro. In: **Um mapa da questão nacional**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. 10.ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CAIELLA, Pascual. Problemas Relativos a la Compatibilización de los Derechos Constitucionales y el Derecho Comunitario. In: **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

DANTAS, Ivo. **Constitucionalismo & Globalização: Regionalização, Mercosul e Integração**. Recife: Mimeo, 2000.

_____. **Instituições de Direito Constitucional Brasileiro**. Curitiba, Juruá, 1999. v. I

DRUMMOND, Maria Cláudia. Criação. Consolidação e Desdobramentos do Mercosul. In: **Advogado: desafios e perspectivas no contexto das relações internacionais**. Brasília, Conselho Federal da OAB, 1997.

FONTOURA, Jorge. A Construção Jurisprudencial do Direito Comunitário Europeu. In: **Advogado: desafios e perspectivas no contexto das relações internacionais**. Brasília, Conselho Federal da OAB, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Realizações e limites do Estado nacional europeu. In: **Um mapa da questão nacional**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos – O breve século XX: 1914-1991**. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

LIMA, Marcos Costa. Mercosul: a Frágil Consistência de um Bloco Regional Emergente e a Necessidade de Aprofundar a Integração. In: **Processos de integração regional – o político, o econômico e o jurídico nas relações internacionais**. Curitiba: Juruá, 2000.

LIPOVETZKY, Jaime César; LIPOVETZKY, Daniel Andrés. **Mercosul: Estratégias para a Integração – Mercado Comum ou Zona de Livre Comércio? Análises e Perspectivas do Tratado de Assunção**. São Paulo: LTR, 1994.

LLORENTE, Francisco Rubio. Estado e Democracia na Construção da Europa Direito Constitucional. In: **Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira filho**. São Paulo: Dialética, 1999.

MACHIAVELLI, Nicolau. **O Príncipe**. 11. Ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1977.

MANN, Michael. Estados nacionais na Europa e outros continentes: diversificar, desenvolver, não morrer. In: **Um mapa da questão nacional**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.

MEDEIROS, Marcelo de Almeida. Estratégias, Atores e Estrutura Institucional da União Européia. In: **Processos de integração regional – o político, o econômico e o jurídico nas relações internacionais**. Curitiba: Juruá, 2000.

MELLO, Celso D. De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. I

NOGUEIRA, Ataliba. Perecimento do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. LXVI, p. 25-44, 1971.

_____.A Nação. **Revista da Faculdade de Direito da USP.** São Paulo, v.l. LXVI, p. 77-96, 1971.

PIRES, Francisco Lucas. **Introdução à Ciência Política.** Porto: Universidade Catholica Lusitana, 1998.

_____. **Introdução ao Direito Constitucional Europeu.**Coimbra: Almedina, 1997.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia.** 4.ed. São Paulo: Paulus, 1990.

RENOUX, Thierry S. O Federalismo e a União Europeia. A Natureza da Comunidade: uma Evolução na Direção de um Estado Federal ? Um Federalismo sem Federação. In: **Direito constitucional – estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho.** São Paulo: Dialética, 1999.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. Interpretação e Aplicação das Normas do Mercosul. In: **Processos de integração regional – o político, o econômico e o jurídico nas relações internacionais.** Curitiba: Juruá, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social e Outros Escritos.** Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1995.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SALOMONI, Jorge Luis.Reforma del Estado y Mercosur: Hacia la Construcción de un Derecho Público Comunitario. In: **Direito Global.** São Paulo: Max Limonad, 1999. p.127-156.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa – Qu'est-ce que le Tiers État?.** 3.ed. Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Lumen Juris,1997.

VILANOVA, Lourival. A Crise do Estado sob o Ponto de Vista da Teoria do Estado. In: **Jhering e o direito no Brasil.** Recife: Universitária, 1996.

“LEASING” FINANCEIRO – DESCONFIGURAÇÃO DO CONTRATO PELO PAGAMENTO ANTECIPADO DO VRG E SUAS CONSEQÜÊNCIAS

Célia Morais

*Aluna da Escola Superior da Magistratura de
Pernambuco*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. MODALIDADES DE *LEASING* 3. DO CONTRATO DE *LEASING* FINANCEIRO 4. DA DESCONFIGURAÇÃO DO *LEASING* FINANCEIRO PARA COMPRA E VENDA A PRAZO 5. DA NULIDADE DAS CLÁUSULAS DE REAJUSTE CAMBIAL 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O arrendamento mercantil surgiu nos EUA na década de 1950, logo após o término da II Guerra Mundial, e se espalhou de forma acelerada em outros países com maior desenvolvimento econômico, principalmente na Europa. A nomenclatura se adequou ao local onde era aplicada, sendo denominada na França de “crédit-bail”; na Itália como “locazione finanziaria” ou “prestito locativo”; na Inglaterra de “hire purchase finance”; na Espanha como “arrendamiento financiero”; em Portugal como “locação financeira”; na Alemanha como “mietfinanzierung”, e assim por diante.

No Brasil, pelo que se tem notícia, surgiu em 1967 com a empresa "RENT-A-MAQ". Todavia, o seu pleno desenvolvimento só foi alcançado na década de 70.

A primeira lei surgiu em 1974, de nº 6.099, tendo sido alterada em 1983 pela Lei 7.132, que então denominou o instituto de "arrendamento mercantil".

No início, o leasing teve uma finalidade voltada sobretudo para a atividade profissional, respondendo

a necessidades surgidas na indústria e no comércio, com vistas a uma fácil e proveitosa obtenção do uso de máquinas e instrumentos de trabalho, a salvo de eventuais prejuízos resultantes do obsolescimento dos bens de produção;

além de proporcionar melhor emprego do capital de giro das empresas, o que acaba por resultar na manutenção de estoque e na circulação de riquezas, aperfeiçoando o desenvolvimento e a produção de modo geral.

Hoje em dia, essa não é mais regra, sendo utilizada por todos os segmentos da sociedade, não obstante a finalidade de uso ser pessoal (doméstico) ou profissional.

Na prática, com o acordo inter partes, o leasing financeiro se concretiza da seguinte forma: num primeiro instante, o arrendatário indica um bem a ser adquirido pelo arrendador (instituição financeira). Num segundo momento, o arrendador, já na posse do bem, após tê-lo comprado por preço ajustado com o arrendatário, arrenda o bem ao mesmo, de modo semelhan-

te ao aluguel, todavia, difere desse no aspecto em que enquanto no *leasing* o arrendador confere o direito (faculdade) de compra quando findo o contrato, o mesmo não se dá na locação convencional.

2. MODALIDADES DE LEASING

Necessário se faz distinguir as modalidades do instituto, as quais podem ser: financeiro; operacional; lease-back; self leasing; imobiliário, dentre outros. Desses, os três principais tipos são: financeiro, operacional e lease-back.

Interessa-nos, no momento, o estudo do leasing financeiro.

O *leasing* financeiro é tido como uma espécie de contrato de financiamento (englobando-se aí: locação; financiamento e venda), em que uma pessoa (física ou jurídica) procura um banco para que promova a compra do bem para si e, posteriormente, lhe entregue em locação, mediante prestação, a fim de que possa utilizar-se do mesmo visando à facilitação do uso e gozo da coisa, sem que a mesma precise desembolsar de imediato o valor total do bem arrendado. Ao final, o arrendatário pode devolver o bem, renovar o contrato, ou mesmo tornar-se proprietário.

3. DO CONTRATO DE LEASING FINANCEIRO

O contrato firmado é de adesão, em que as cláusulas elaboradas por uma das partes são impostas à outra, que tem a única opção de aceitá-las ou recusar-se a

concretizar o negócio pretendido. No contrato de arrendamento mercantil, mais precisamente sobre o momento adequado para o arrendatário pagar o chamado **Valor Residual Garantido (VRG) – que se destina à aquisição do bem** – a caracterizar efetivamente a natureza jurídica do contrato de arrendamento mercantil.

É no exercício da opção de compra, pelo pagamento **do valor residual garantido**, que reside a característica de compra e venda do arrendamento mercantil, já que por definição é um misto de locação, compra e venda e financiamento.

Ora, a Lei nº 6.099/74¹ estabelece que, ao final do prazo do arrendamento, se abre como faculdade exclusiva do arrendatário triplíce opção:

- A) adquirir o bem arrendado, com o pagamento do valor residual/opção de compra;
- B) renovar o contrato;
- C) devolver o bem arrendado.

Pagando antecipadamente o VRG, além de infringir preceito legal, esse procedimento afeta a base do negócio, alterando o custo real da operação, já que o arrendatário, antes do término do arrendamento, terá que disponibilizar vultosa importância que só seria devida, eventualmente, ao término do contrato.

1. ART. 5º - Os contratos de arrendamento mercantil conterão as seguintes disposições: a) prazo do contrato; b) valor de cada contraprestação por períodos determinados, não superiores a 1 (um) semestre; c) opção de compra ou renovação de contrato, como faculdade do arrendatário; d) preço para opção de compra ou critério para sua fixação, quando for estipulada esta cláusula. Parágrafo único. Poderá o Conselho Monetário Nacional, nas operações que venha a definir, estabelecer que as contraprestações sejam estipuladas por períodos superiores aos previstos na alínea b deste artigo.

Outra importante consequência ocorre na hipótese de devolução do bem arrendado, seja no final do prazo do arrendamento, seja em face do inadimplemento do arrendatário, pois o valor que eventualmente não seria pago, agora, já está à disposição do arrendante.

Como fundamento legal para tal posicionamento, existe a Resolução 980 expedida pelo BACEN, da qual se extrai o seguinte em seu artigo 11:

A operação será considerada como de compra e venda à prestação, se a opção de compra for exercida antes de vencido o prazo mínimo de arrendamento.

4. DA DESCONFIGURAÇÃO DO LEASING FINANCEIRO PARA COMPRA E VENDA A PRAZO

Como faculdade exclusiva do arrendatário, conferida por expressa disposição de Lei, não poderia a instituição arrendadora antecipar a cobrança, pena de infringir a norma notoriamente impositiva.

Prescreve o § 1º, do artigo 11, da Lei nº 6.099/74:

Art. 11....

§ 1º. A aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta Lei será considerada operação de compra e venda à prestação.

De fato, o Manual de Normas e Instruções do Banco Central – MNI, fiel ao enunciado na Lei nº 6.099/74, art. 5º, 'c', estabelece que os contratos de arrendamento mercantil devem especificar:

... as despesas e encargos adicionais que ficarem por conta da arrendatária ou da sociedade, admitindo-se: a obrigação da arrendatária de pagar, no final do prazo do arrendamento, um valor residual garantido, sempre que optar pelo não exercício da opção de compra (24.6.2.2 - g. I).

Portanto, a lei e sua regulamentação pelo órgão competente, o **BANCO CENTRAL DO BRASIL**, proíbe, em qualquer hipótese, que a instituição financeira arrendadora imponha, em seu contrato de arrendamento mercantil, o pagamento antecipado do valor residual/ opção de compra.

E, tanto é assim, que o direito comparado fornece consistente lição²:

Se denomina así al precio de adquisición del bien consignado en el contrato, para el supuesto que el tomador ejerciera la opción de compra reconocida a su favor. Configura la contraprestación asumida por el tomador en la faz dispositiva del contrato, una vez dispuesta la adquisición del bien que se encuentra usando. En otras palabras, es el precio del ejercicio de la opción de compra. Optada la compra del bien, el pago del precio a la fecha de vencimiento estipulada, puede efectuarse al contado o bien fraccionado en varias cuotas.

² DELFINO, Eduardo A. Barreira. *Leasing Financiera*. Buenos Aires: Roberto Guido Editor 1996. V. II, p. 41 e 43

Convenida esta segunda variante, es habitual que las cuotas de pago sean de frecuencia mensual y no mayor de tres. Igualmente, es común que no se pacten intereses, lo que implica para el dador una disminución de la rentabilidad efectiva. Se trata de una modalidad ofrecida por el propio dador en favor de aquellas empresas que revisten el carácter de clientes antiguos o tradicionales.

Este no es el procedimiento correcto. Una vez consumado el acto de adquisición del bien objeto del contrato, corresponderá determinar la cantidad de cuotas en que se amortizará el pago del valor residual pactado, conforme a la tasa de interés aplicable. **En estos supuestos, el contrato de leasing ha quedado agotado, siendo la relación emergente derivada de la financiación del valor residual la que surge de una simple operación de mutuo.**

Nessa obra doutrinária, o renomado autor argentino, em mais de 550 páginas de substanciosa exposição, em que busca elementos identificadores do contrato de *leasing* nas mais expressivas legislações europeias e nas práticas comerciais norte-americanas, delimita duas fases ao contrato de arrendamento mercantil, uma **administrativa**, na qual se dá as tratativas preliminares de compra do bem e cumprimento das contraprestações e outra, **dispositiva**, em que se exerce, ou não, a opção de compra e se faz o pagamento, à vista ou parcelado, do valor residual, que é '*... el precio del ejercicio de la opción de compra*'.

Por isso que se afirma ser o pagamento do VRG, a ser estabelecido na fase dispositiva, o preço de aquisição do bem, sendo, inclusive, o parcelamento desse valor ao final do contrato não uma continuação do contrato de *leasing*, mas sim uma nova estipulação de mútuo.

Segundo a exata dicção da Corte de Justiça que, constitucionalmente, tem a função de preservar a inteireza positiva do ordenamento jurídico pátrio, bem como uniformizar as decisões sobre seus comandos é o entendimento:

LEASING. Valor residual de garantia. Pagamento antecipado. Juros. Capitalização.

- O valor residual de garantia é o preço contratual estipulado para o exercício da opção de compra; sua cobrança juntamente com as parcelas mensais ou significa o pagamento antecipado dessa opção, que já foi feita e está sendo paga, ou não tem causa. Nesta última hipótese é cláusula que deve ser anulada, porque abusiva; na primeira, acarreta a descaracterização do leasing, pois na verdade se trata de compra e venda financiada.

STJ - 4ª TURMA. Resp. nº 243.213/RS. Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR. DJ. 22/05/2000.

Nesse sentido, tem-se enveredado o escólio jurisprudencial:

EMENTA: LEASING FINANCEIRO. VALOR RESIDUAL. PAGAMENTO ANTECIPADO. TR. JUROS. LIMITE.

01. *A opção de compra, com o pagamento do valor residual ao final do contrato, é uma característica essencial do leasing. A cobrança antecipada dessa parcela, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, que passa a ser uma compra e venda a prazo (art. 5º, "c", c/c o art. 11, § 1º, da Lei nº 6.099, de 12.09.74, alterada pela Lei nº 7.132, de 26.10.83), com desaparecimento da causa do contrato e prejuízo ao arrendatário.*

02. *Aplicação da Súmula 596/STF para a limitação da taxa de juros em operações das instituições financeiras.*

03. *Matéria não prequestionada sobre a Lei nº 9.069/95 (TR)*

04. *Recurso conhecido em parte (Súmula 596/STF) e nessa parte provido.*

(STJ - 4ª Turma, Resp 181095-RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 18.03.99, in DJ de 09/08/99)

O nosso Tribunal de Justiça de Pernambuco, firmando jurisprudência sobre o assunto, decidiu:

1. EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LEASING FINANCEIRO. COBRANÇA ANTECIPADA DO VALOR RESIDUAL GARANTIDO (VRG). ESBULHO POSSESSÓRIO. INEXISTÊNCIA. TRANSMUDAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. DESCARACTERIZAÇÃO DO ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA COMPRA E VENDA FINANCIADA. – A opção de compra do bem, com o pagamento do valor residual garantido (VRG) ao final do contrato, revela-se como característica sine qua non do contrato de leasing. Assim, a cobrança antecipada, integral ou não, desse saldo residual, de tal sorte que, ao término do mesmo, o preço integral do bem já esteja inteiramente pago, sugere a desfiguração da natureza jurídica do arrendamento mercantil, transmudando-o em verdadeira compra e venda com pagamento diferido a longo prazo (art. 5º, "c" c/c o art. 11, §1º, da Lei nº 6.099, de 12.09.74, alterada pela Lei nº 7.132, de 26.10.83). – Bem é dizer: o negócio do leasing fica sem causa, isto é, desaparece a razão do negócio, se o arrendatário paga, mediante a cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG), o preço do bem no curso da execução do contrato, a desnaturar por completo o contrato de leasing. – Apelação improvida, para manter a r. sentença, não pelos judiciosos fundamentos, mas por esses acima discorridos. Decisão indiscrepante. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível

nº 0055454-3, em que figuram como apelante a FIAT LEASING S/A – ARRENDAMENTO MERCANTIL e, como apelado, RENATO ALEXANDRE AZEVEDO HENRY, ACORDAM os Desembargadores que compõem a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, unanimemente, em negar provimento ao apelo, para manter a sentença increpada por outras razões, na conformidade do relatório, do voto e da ementa, que integram este aresto. Recife, 29 de outubro de 1999. Des. Antônio Amorim Presidente Des. Jones Figueirêdo Alves Relator

2. ACÓRDÃO: EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. LEASING. ANTECIPAÇÃO DO VALOR RESIDUAL GARANTIDO. DESCARACTERIZAÇÃO. 1. O pagamento antecipado do valor residual garantido (VRG) descaracteriza o contrato de leasing, transmudando-o em contrato de compra e venda a prestação, nos termos do § 1º, do art. 11, da Lei nº 6.099/74. 2. Em se tratando de contrato de compra e venda financiada, ao vendedor, que não mais dispõe da posse direta ou indireta do objeto do contrato, não assiste o direito de utilizar-se de ação de reintegração, a qual é instrumento processual posto à disposição do possuidor contra aquele que ilegalmente lhe usurpa a posse do bem. 3. Precedentes deste Tribunal e do STJ. 4. Agravo regimental a que se nega

provimento. Vistos, relatados e discutidos os autos do Agravo Regimental n.º 62.009-9/01, em que figuram como agravante VOLKSWAGEN LEASING S/A – ARRENDAMENTO MERCANTIL e como agravado ÉDSON EMÍLIO SIMIONI, ACORDAM os desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, à unanimidade, em negar provimento ao recurso, tudo nos termos dos votos constantes das notas taquigráficas em anexo. Recife, 19 de junho de 2000. Des. Etério Galvão Presidente e Relator

5. DA NULIDADE DAS CLÁUSULAS DE REAJUSTE CAMBIAL

E em sendo descaracterizado o contrato de leasing para contrato de compra e venda à prestação, impõe-se observar que são defesas, no Direito Brasileiro cláusulas que, em contrato de mútuo, prevejam reajuste das prestações pela variação cambial.

Reza o artigo 6º da Lei 8.880/94:

É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior" (grifei)

Em vista de tal disposição, dúvida não pode haver de que os contratos de leasing com reajustes atrelados à variação cambial não logram validade jurídica se os recursos envolvidos no financiamento do arrendamento não forem provenientes de empréstimos captados no exterior através da conhecida Resolução 63. Cláudia Lima Marques³ adverte:

O Poder Judiciário declarará a nulidade absoluta destas cláusulas, a pedido do consumidor, de sua entidade de proteção, do Ministério Público e mesmo, incidentalmente, ex officio. A vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o Direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo.

Ainda, porém, que se pudesse concluir licitamente pela validade de uma cláusula de reajuste cambial, firmada sem adequada informação e no bojo de contrato ilegal (por falta de prova da condição aludida no artigo 6º da Lei 8.880/94 e diluição do valor residual), não se há de negar que há desproporcionalidade verificada entre as prestações, reclamando por revisão judicial.

3. CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 3.ed. [s.l.]: RT, [1977], p. 391.

Isso porque, do cotejo entre os contratos de leasing, descaracterizados para a compra e venda mercantil com cláusula de reajuste cambial e a legislação aplicável, resta entender que, levada adiante uma lide, o contratado faria jus à devolução de quantia significativa. Tanto assim é – e assim é, que todos os consumidores que intentaram a revisão contratual com base no Art. 6º do Código de Defesa do Consumidor e na Teoria da Base Objetiva do Negócio Jurídico como suporte à decisão revisional, que prevê a revisão das cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, foram vitoriosos.

A um, porque dúvida não há de que os contratos de arrendamento mercantil celebrados com cláusula de reajuste cambial não logram validade jurídica se os recursos envolvidos nos financiamentos de arrendamento não forem provenientes de empréstimos captados no exterior através da conhecida Resolução 63.

A dois, porque, ainda que se prove que os recursos foram captados no exterior, falta sempre à arrendatária a informação necessária a esses contratos, como imposição legal, pela direta repercussão na vontade real do consumidor – pilar básico do princípio da confiança.

E a três, porque ocorrendo uma desvalorização cambial, com aumento absurdo da moeda estrangeira, tem-se como fato superveniente que quebra a base objetiva do negócio, ou o seu equilíbrio intrínseco. Destrói a relação de equivalência entre as prestações, apresentando onerosidade excessiva para o consumidor, resultando na revisão do contrato.

Recente é a decisão da 3ª Turma do STJ que, por maioria de votos, decidiu anular cláusula de um contrato de leasing prevendo reajuste das prestações de acordo com a variação do dólar, rejeitando o recurso da instituição financeira e confirmando os entendimentos de Primeira e Segunda instâncias: anulação da cláusula de correção cambial, considerada abusiva, e aplicação do índice de Preços ao Consumidor (INPC) em substituição.

O voto da Relatora, Min. Nancy Andrighi, se baseou no Código de Defesa do Consumidor, aplicável aos contratos de leasing. A Ministra destacou a autorização prevista no código para

a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas como é o caso do contrato reajustado em dólar firmando antes de janeiro de 99.

6. CONCLUSÃO

A legislação que trata especificamente do leasing prevê diversas situações em que ocorrem a desnaturação do arrendamento mercantil e caracterização de compra e venda. Uma dessas situações é justamente o pagamento do valor residual ou a realização da opção de compra dos bens antes de terminado o prazo contratual ajustado.

Conclui-se, de tudo, que o entendimento doutrinário/jurisprudencial vem caminhando para se descaracterizar o arrendamento mercantil em compra e ven-

da a prazo ante o pagamento antecipado do VRG e por conseguinte o exercício da opção de compra, não importando a forma pela qual se dê a cobrança antecipada do valor relativo à aquisição do bem arrendado, pois, em todos os casos, estar-se-á desvirtuando o instituto do arrendamento mercantil e caracterizando a operação como simples compra e venda financiada.

Assim, em estando comprovado o efetivo pagamento antecipado do valor residual, seja antecipado na integralidade quando da assinatura do contrato, ou mesmo de forma parcelada conjuntamente com as prestações do "aluguel", desnaturado está o contrato de arrendamento mercantil para o de compra e venda à prestação.

Por outro lado, em sendo descaracterizado o contrato de leasing para compra e venda mercantil, nula é a cláusula de reajuste cambial, se os recursos envolvidos no financiamento do arrendamento não forem provenientes de empréstimos captados no exterior, através da conhecida Resolução 63.

7. REFERÊNCIAS

CARDOSO, Jorge. Aspectos controvertidos do arrendamento mercantil. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, n. 5, p. 73-74, 1993.

CARNEIRO, Athos Gusmão. O contrato de leasing financeiro e as ações revisionais.

BUSCH, Eduardo Vieira (coord.). Carta Jurídica. **Revista de Informação e Debates**, Santos, n.1 (Direito Processual Civil), p. 39-77, 1999.

DELGADO, José Augusto. **Leasing – doutrina e jurisprudência**. Curitiba: Juruá, 1997.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

IBRAHIM, Marco Antônio. **Contrato de Leasing Com Cláusula de Reajuste**. Cambia: ADV/COAD 2, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos No Código de Defesa do Consumidor**. 3.ed. São Paulo: RT, [19??].

VANTI, Silvia. **Leasing, aspectos controvertidos do arrendamento mercantil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS INELEGIBILIDADES

Cristina Ossipe Martins Botelho

Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, UFPE.

SUMÁRIO

1. CONCEITO. 2. INELEGIBILIDADES, INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS. 3. INELEGIBILIDADES ABSOLUTAS E RELATIVAS. 4. INELEGIBILIDADE, IRRELEGIBILIDADE E REELEIÇÃO. 5. REFERÊNCIAS.

1. CONCEITO

A inelegibilidade constitui impedimento à capacidade eleitoral passiva, ou seja, ao direito de concorrer a determinado mandato eletivo. É, portanto, óbice à elegibilidade.

Em outras palavras, é “a negação do direito de ser representante do povo no Poder”,¹ imposta pela Constituição Federal ou por lei complementar, em razão de certas condições ou determinadas circunstâncias.

As inelegibilidades têm por objetivo fundamental a proteção da normalidade e da legitimidade das eleições no que se refere ao exercício abusivo de cargo, emprego ou função, nas administrações direta ou indireta (Constituição Federal de 1988, art. 14, § 9º), à influência nociva do poder econômico e, especialmente, à coibição da

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 364.

fraude, buscando a verdade e a legitimidade eleitoral, encontrando-se compostas de um indisfarçável fundamento ético.²

No intuito de defender a democracia, a Constituição Federal de 1988, além de estabelecer diversos casos de inelegibilidades, com normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, deferiu à lei complementar a previsão de outras situações (art. 14, § 9º) e fixou limites para tanto.

O atual texto constitucional delinea os casos de inelegibilidade (art. 14) e permite ao legislador ordinário estabelecer por lei complementar "outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação", desde que o faça com a finalidade de

proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Assim, além das inelegibilidades descritas na Constituição Federal de 1988, existem outras na Lei Complementar n. 64³, de 18 de maio de 1990. Ao estabelecer essas situações de inelegibilidade, o legislador ordinário sujeita-se aos limites impostos no § 9º, do artigo 14 da Constituição de 1988.

2 A Lei Complementar n. 64/90, em seu artigo 23, menciona: "O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral" [sem grifo no original].

3 A Lei Complementar n. 64/90, porque inspirada no texto da Lei Complementar n. 51/70, está editada sob o amparo de dispositivo constitucional expressamente mais amplo, poderá ensejar a arguição de inconstitucionalidade de algumas das hipóteses que prevê (NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos Políticos*, Condições de Elegibilidade e Inelegibilidades. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 6).

Ressai, do dispositivo constitucional mencionado, que a explicitação do objeto das inelegibilidades por lei complementar se fez necessária porque, em se tratando de restrição a direitos políticos fundamentais (direitos à elegibilidade), é imprescindível a maior estabilidade na disciplina legal, recomendando-se que as inelegibilidades sejam disciplinadas em texto constitucional.

Com efeito, a idéia de inelegibilidade caracteriza-se pela excepcionalidade, já que implica restrição, limitando o espectro da elegibilidade.⁴ Nesse sentido, JEAN-CLAUDE MASCKET informa:

A noção de inelegibilidade é dominada pelo caráter excepcional que deve guardar toda restrição imposta a essa liberdade pública fundamental, consubstanciada na possibilidade de acessar os mandatos eletivos.⁵

Esse caráter de excepcionalidade comanda as regras de competência, as linhas de interpretação, as características e os efeitos das inelegibilidades. A regra é o direito de elegibilidade, devendo as inelegibilidades atenderem ao princípio da reserva legal. Conforme enuncia JEAN-CLAUDE MASCKET, toda limitação não inscrita em documento legal, de forma expressa, "o direito considera como sem suporte".⁶

4 José Arouco da Silva menciona a relevância e a excepcionalidade das restrições impostas ao campo das elegibilidades, já que essas, "significam restrições ao direito político do cidadão" (SILVA, José Afonso da, *ob. cit.*, p. 371).

5 No original: "La notion d'inegibilité est dominée par le caractère exceptionnel que doit conserver toute restriction à cette liberté publique fondamentale qu'est la possibilité d'accéder aux mandats électifs." (MASCKET, Jean-Claude. *Droit électoral*, France: PUF, 1989, p. 73).

6 No original: "droit être considéré comme sans portée." (MASCKET, Jean-Claude, *ob. cit.*, p. 73/74).

Nesse sentido, impõe-se observar que para o instituto das inelegibilidades somente as interpretações restritivas estarão autorizadas, repudiada qualquer elasticidade, ou tentativa de interpretação hermenêutica extensiva. A regra é o princípio segundo o qual não se deve dar à norma restritiva de direito uma interpretação mais abrangente que aquela determinada por seus próprios termos.

A propósito, ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA:

O princípio que prevalece é o da plenitude do gozo dos direitos políticos, de votar e de ser votado. A pertinência desses direitos ao indivíduo, como vimos, é que o erige em cidadão. Sua privação ou restrição ou seu exercício configuram exceções àquele princípio. Por conseguinte, a interpretação das normas constitucionais ou complementares relativas aos direitos políticos deve tender à maior compreensão do princípio, deve dirigir-se ao favorecimento do direito de votar e ser votado, enquanto as regras de privação e restrição não de entender-se nos limites estritos de sua expressão verbal, segundo as boas regras de hermenêutica.

Frise-se, ainda, que: todas as inelegibilidades, tenham elas o *status* constitucional ou não, possuem fundamento na normalidade e na legitimidade das eleições.

Há inelegibilidades decorrentes: a) do desempenho de cargos que, por sua natureza, podem influir na orientação do voto do eleitor, por exemplo determina-

dos funcionários assim como militares e juízes e b) das incompatibilidades ou impossibilidades legais de ocupar simultaneamente determinados cargos.

Representam restrições que alcançam as pessoas segundo suas condições pessoais, como o caso do analfabeto, ou conforme o envolvimento com certas situações, como no abuso do poder econômico, ou no exercício de determinado cargo.

De acordo com o texto constitucional, a lei que dispuser sobre inelegibilidades: a) deverá ter a natureza de lei complementar; b) não poderá provocar alteração nas hipóteses previstas na Constituição; c) não poderá tornar alguém inelegível *ad perpetuam*; d) deverá ter por fim a proteção da normalidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

2. INELEGIBILIDADES, INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS

O instituto jurídico das *inelegibilidades* não se confunde com a *inalistabilidade*, que é restrição à capacidade eleitoral ativa (direito de votar), nem com a *incompatibilidade*, proibição ao exercício do mandato antes de eleito, tampouco com os *impedimentos*.

PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS enfatiza não ter sido dado o tratamento adequado às condições de elegibilidade e de inelegibilidades, havendo distorções. Reclama o autor que:

[...] de acordo com a Constituição, a nacionalidade brasileira é condição de alistabilidade e, como tal, torna inalistável o estrangeiro (art. 14, § 2º). Mas a mesma exigência se apresenta como uma das condições de elegibilidade (art. 14, § 3º, I) e, concomitantemente, sua ausência comparece ao texto como hipótese de inelegibilidade, visto que são inelegíveis os inalistáveis (art. 14, § 4º). A melhor exegese tirada da reunião desses preceitos é que não preenche condição de elegibilidade o alistável não alistado, sendo o inalistável inelegível.⁷

Com efeito, o fato de ser elegível e de preencher as condições de elegibilidade nem sempre é suficiente para que o cidadão possa se eleger. É possível que seja exigido também do candidato outro comportamento destinado a desincompatibilizá-lo.

A *inelegibilidade* configura um óbice ao acesso a cargos eletivos, ou seja, uma barreira à própria candidatura, que exsurge no momento eleitoral, como proteção pertinente à postulação. Já a *incompatibilidade*, de regra, aloja-se na fase pós-eletiva, apresentando-se ao candidato vitorioso no pleito como proibição ao exercício do mandato conquistado. A respeito, JEAN-CLAUDE MASCLÉT faz a seguinte distinção:⁸

7 NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos Políticos, Condições de Elegibilidade e Inelegibilidades*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 9.

8 No original: "Incompatibilité et inéligibilité. - Dans son principe, l'incompatibilité est donc fort différente de l'inéligibilité. Cette dernière a des effets beaucoup plus radicaux puisqu'elle s'oppose à l'acquisition du mandat ou met fin à celui-ci lorsqu'elle est révélée après l'élection. A la différence de l'inéligibilité, l'incompatibilité s'apprecie non au jour de l'élection, mais au jour du jugement. Cette solution est logique puisqu'elle tend à protéger l'exercice du mandat et non la décision de l'électeur. En outre, il y a lieu de tenir compte du fait que l'incompatibilité peut se manifester à la suite d'un changement dans la situation personnelle de l'élu ou à la suite de plusieurs opérations électorales. Des faits postérieurs à l'acquisition du mandat peuvent donc être à l'origine de l'incompatibilité. Il n'y a donc pas lieu de sanctionner une incompatibilité résultant de circonstances qui ont pris fin antérieurement à la décision [...]" (MASCLÉT, Jean-Claude. *Droit électoral*. France: PUF, 1989, p. 126).

Incompatibilidade e inelegibilidade. Em si considerada, a incompatibilidade é, portanto, bem diferente da inelegibilidade. Essa última tem efeitos bem radicais, porquanto ela se opõe à aquisição do mandato ou põe fim a esse se tiver sido configurado após a eleição. Diferentemente da inelegibilidade, a incompatibilidade se aprecia não no dia da eleição mas no dia do julgamento. Essa solução é lógica, porquanto, tende a proteger o exercício do mandato e não a decisão do eleitor. Ademais, é de se levar em conta o fato de que a incompatibilidade pode se manifestar na sequência de uma mudança da situação pessoal do eleito ou na sequência de várias operações eleitorais. Fatos posteriores à aquisição do mandato podem portanto estar na origem da incompatibilidade. Não é, pois, de se decretar uma incompatibilidade resultante de circunstâncias que desapareceram antes da decisão [...]

Segundo JEAN-CLAUDE MASCLÉT a figura da incompatibilidade apresenta a seguinte noção:

A incompatibilidade não proíbe a candidatura. Ela se opõe tão-somente à conservação do mandato. Ela constitui um impedimento jurídico à manutenção de um (ou vários) mandatos eletivos. Mas esse pode ser perfeitamente bem exercido se o titular aceitar renunciar às funções incompatíveis. O principal efeito da incompatibilidade é, portanto, normalmente de impor ao eleito a obrigação de escolher.⁹

9 No original: "L'incompatibilité n'interdit pas de se porter candidat. Elle s'oppose seulement à la conservation du mandat. Elle constitue un empêchement juridique à la conservation d'un (ou plusieurs) mandats électifs. Mais celui-ci peut fort bien être exercé si le titulaire accepte de renoncer aux fonctions incompatibles. Le principal effet de l'incompatibilité est donc normalement de mettre l'élu dans l'obligation de choisir" (MASCLÉT, Jean-Claude, *op. cit.*, loc. cit.).

Enquanto a *inelegibilidade* é obstáculo intransponível à eleição, a *incompatibilidade* pode ser superada, estando ligada ao desempenho de cargo ou de função de que o pretense candidato deverá afastar-se. A desincompatibilização¹⁰ torna possível o registro do candidato. A não-desincompatibilização faz surgir a inelegibilidade.

A *incompatibilidade* pode ser *absoluta* ou *relativa*.¹¹ Quanto à primeira

é tão grave a inconciliabilidade entre as duas qualidades ou situações que o legislador consigna a impossibilidade legal da designação, ou determina expressamente a exclusão do indivíduo para a função pública de que se trata.

A segunda tem origem na inconciliabilidade entre duas qualidades ou duas situações, porém o legislador não determina a impossibilidade legal da nova designação, antes reconhece a sua

10 A desincompatibilização evita que se opere a impossibilidade, virtualmente existente, de função ou cargo exercido pelo interessado com a sua candidatura; não a faz cessar, como poderia dar idéia o prefixo 'des', porque não chegou a incidir. Esse afastamento pode impor-se de forma definitiva, ou não. De acordo com o Min. Servício FERNANDES, [então juiz] do Tribunal Superior Eleitoral, integra a classe de desincompatibilização stricto sensu o afastamento que se dá de forma definitiva, 'por renúncia, exoneração, dispensa ou aposentadoria, do mandato eletivo, cargo ou emprego público gerador de inelegibilidade'. Também configura a desincompatibilização, no seu sentido amplo, o afastamento do servidor que, não eleito, ou após o exercício do mandato, tem assegurado o retorno a suas atividades anteriores. O afastamento de que ora se cuida – e que somente a lei complementar pode estabelecer – dar-se-á sempre no interesse da coletividade – que tem direito à fatura do pleito, não em benefício da campanha do servidor-candidato, porque a Lei Complementar n. 64 trata de inelegibilidades com o fito de preservar a normalidade das eleições contra o abuso do exercício de cargo, função ou emprego na administração direta ou indireta. Esta idéia que deve orientar a interpretação das hipóteses de afastamento, como se verá." (NISS, Pedro Henrique Távora, p. 83-84).

11 MENDES, Antônio Carlos. *Introdução à Teoria das Inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 112-113.

possibilidade, facilitando ao designado a opção por qualquer das funções, ou presumindo-a, ou substituindo-se ao designado para a fazer.

Da incompatibilidade absoluta resulta a inelegibilidade que tem origem num processo em que o candidato é declarado inelegível.

Os *impedimentos* são transitórios e não representam inconciliabilidade de funções. Para LUDGERO NEVES, implicam a:

*inconciliabilidade do exercício de funções, de modo que longe de produzirem a cessação definitiva da função, como as incompatibilidades, determinam apenas a sua suspensão temporária. Outras vezes evitam que um funcionário seja chamado à effectividade, enquanto subsiste aquella inconciliabilidade.*¹²

3. INELEGIBILIDADES ABSOLUTAS E RELATIVAS

No que diz respeito à força com que incidem nas situações, é possível identificar as *inelegibilidades absolutas* e as *inelegibilidades relativas*.

A hipótese das *inelegibilidades absolutas* verifica-se quando a vedação se refere a todo e qualquer cargo eletivo, e a das *inelegibilidades relativas* quando a vedação concerne apenas à eleição para determinados cargos eletivos.

12 Apud MENDES, Antônio Carlos, op. cit., p. 113.

As *inelegibilidades absolutas* constituem impedimento às candidaturas e só desaparecem quando a situação que as originou for eliminada. São decorrentes, direta e imediatamente, da vedação imposta à alistabilidade dos analfabetos (Constituição Federal de 1988, art. 14, § 4º).

As *inelegibilidades relativas*, por sua vez, decorrem dos seguintes motivos: *a)* o exercício de determinados cargos; *b)* o parentesco com os exercentes dos cargos de Presidente da República, de Governador do Estado ou do Distrito Federal e de Prefeito do Município; *c)* a ausência de domicílio eleitoral; e *d)* a falta de filiação partidária, ou a sua efetivação em desacordo com a disciplina instituída pela Lei dos Partidos Políticos, Lei n. 9.096, de 1995.

O relativamente elegível é titular de elegibilidade, mas apenas não a pode exercer em relação a algum cargo ou função eletiva, por estar sujeito a um vínculo de função ou de parentesco ou de domicílio que inviabilize sua candidatura na situação vinculada.

Entre as *inelegibilidades relativas*, JOSÉ AFONSO DA SILVA enquadrou as definidas no § 5º, na redação original do texto constitucional¹³, e no § 6º do art. 14 da Constituição de 1988.¹⁴

¹³Art. 14. [...] § 5º. São inelegíveis para os mesmos cargos, no período subsequente, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído nos seis meses anteriores ao pleito. § 6º. Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito" (com a redação original do § 5º do art. 14, da Constituição de 1988).

¹⁴SILVA, op. cit., p. 372.

Na redação não alterada do § 5º, do art. 14, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houvesse sucedido ou substituído nos seis meses anteriores ao pleito eram considerados inelegíveis, por motivos funcionais, para os mesmos cargos no período subsequente.

Em sentido contrário, no entanto, sustentou JOSAPHAT MARINHO a natureza de *inelegibilidade absoluta* do § 5º do art. 14, da Constituição em sua redação original. Para tanto, mencionou:

A Constituição Federal estabeleceu como regra a inelegibilidade para os altos cargos executivos [...] Na mesma diretriz de prudência e moralidade política a Constituição preceitua, no § 6º do artigo referido que os titulares desses postos, para 'concorrerem a outros cargos', 'devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito'. Como se vê, a Carta de 1988 instituiu a inelegibilidade absoluta para os mesmos cargos, de seus ocupantes, inclusive o Presidente da República, em relação a quem os tenha exercido permanentemente ou nos seis meses anteriores ao pleito. Estipula a inelegibilidade relativa para os titulares daqueles postos, que pretendem 'outros cargos', obrigando-os a renunciar até seis meses antes do pleito. Confirmando o princípio da inelegibilidade, o instrumento constitucional reclama, no art. 82, que 'o mandato do presidente da República é de quatro anos vedada a reeleição para o período subsequente'.

Assim, o § 5º do art. 14 da Constituição, na redação original, regulava a irreelegibilidade para o mesmo cargo, no período subsequente.

A Constituição de 1988, seguindo a tradição brasileira, fixava como regra para o Executivo a irreelegibilidade. Não aceitava a reeleição¹⁵ de quem tivesse ocupado a chefia do Executivo, com o intuito de prevenir o continuísmo.

No sentido de que a proibição à reeleição é derivada de outros preceitos constitucionais, MÔNICA HERMAN SALEM CAGGIANO afirma:¹⁶

Em verdade, como assinalado no nosso Sistemas Eleitorais x Representação Política (Brasília, Ed. do Senado Federal, 1990), o princípio decorre de interpretação extremamente restritiva do 'standard' republicano que impõe a alternância, evitando-se a perpetuação e a personificação do poder. Na matriz presidencialista norte-americana, contudo, a restrição é muito mais suave e foi introduzida tão-só com o advento da Emenda nº XXII, que estabeleceu: 'nenhuma pessoa deve ser eleita para o cargo de Presidente por mais de duas vezes'. Na França não há qualquer restrição à reeleição e o mandato presidencial, com a duração prevista de sete

15 T. J. na Resolução n. 15.284, de 30.5.1989, afirmou-se que a cláusula "o candidato à reeleição" refere-se somente ao mandato da mesma natureza do possuído. Acolheu-se, no ponto, este passo do parecer da Procuradoria-Geral Eleitoral: "Reeleição é recondução para o mesmo cargo. Assim define a Enciclopédia Saraiva: 'Possibilidade de recondução a cargo efetivo ocupado no período imediatamente anterior à eleição'" (em palestra proferida em 11 de novembro de 1997 sobre "Inelegibilidades" no V Encontro Nacional dos Procuradores Regionais Eleitorais realizado em Brasília).

16 CAGGIANO, Mônica Herman Salem. A Reeleição – Tratamento Constitucional. In: *Preleções Acadêmicas*, Caderno nº 1, São Paulo: Centro de Estudos Políticos e Sociais, 1997, p. 7-8.

anos, pode ser renovado indefinidamente. E em Portugal, onde instalado um regime misto parlamentar-presidencial, o art. 126 da Constituição, que disciplina o tema da 'reelegibilidade', prevê, em relação à figura do Presidente, impedimento apenas para 'um terceiro mandato consecutivo' (126, 1), preconizando, ainda, que, 'se o Presidente da República renunciar ao cargo, não poderá candidatar-se nas eleições imediatas nem nas que se realizam no quinquênio imediatamente subsequente à renúncia' (art. 126, 2) – In: Constituição da República Portuguesa, Coimbra Editora, [s.l.] :1989.

O continuísmo e o sempre presente perigo, anunciado por MONTESQUIEU, de que o poder corrompe o próprio poder, encontram-se como base a servir de respaldo à regra da irreelegibilidade. Ilustrativo a esse respeito o exemplo americano, território em que penetra a limitação ao exercício de dois mandatos presidenciais consecutivos por força da consolidação do costume introduzido por WASHINGTON, ao se recusar a concorrer para um terceiro período. Rompida a tradição por ROOSEVELT, ao acatar um terceiro e um quarto mandatos, foi consagrada a regra limitadora, em nível constitucional, mediante retificação da já aludida Emenda nº XXII.

Avulta, assim, a inviabilidade de aproximação entre a hipótese de irreelegibilidade e as diferentes situações a suscitar inelegibilidade. Ambas, em verdade, afetam, restringindo, o domínio da elegibilidade. Há o discrimen, no entanto, quanto

ao respectivo fundamento. E, sob este particular prisma, não há como reuni-las sob um rótulo único. Não carece, pois, de razão a advertência do Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, no sentido de que a inelegibilidade das figuras elencadas no § 5º, do art. 14 da Constituição Federal para outros cargos decorre de outros preceitos da Lei Maior. E, robustecendo a assertiva, o registro promovido pelo Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA, pertinente à exigência de objetivo definido para cada um dos casos que afete restritivamente o direito à elegibilidade (v. supra).

Não nos parece, destarte, restar dúvida de que a previsão de irrelegibilidade detém fundamento e objeto próprios e diversos daqueles a compor os casos de inelegibilidade. E esse quadro não mudará com o advento da nova redação a ser oferecida ao já aludido § 5º do art. 14 da C.F. Embora atenuada a regra, o princípio permanecerá em cenário jurídico constitucional e, nessa qualidade, continuará a exigir interpretação restritiva, afastando qualquer tentativa de comunicação com as hipóteses de inelegibilidade.

Outra hipótese de inelegibilidade relativa é a do 14, § 7º, que cuida das inelegibilidades por motivo de parentesco.¹⁷ O objetivo da norma é evitar que o parente seja

17 "Art. 14 [...] § 7º. São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição."

beneficiado pela influência do titular de mandato eletivo para a obtenção de vantagens eleitorais, no território de jurisdição do titular. Essa inelegibilidade decorre de situação especial com possibilidade de desaparecer pela vontade das pessoas envolvidas - a renúncia do Presidente, seis meses antes do pleito, desvencilha, da restrição, seu cônjuge e parentes - e com prazo certo para terminar.

São parentes por consangüinidade até o segundo grau: a) em linha reta ascendente o pai e o avô; b) em linha reta descendente o filho e o neto; c) em linha colateral o irmão. Por afinidade são parentes: a) em primeiro grau em linha reta: o sogro e a nora, a sogra e o genro, o enteado e o padrasto ou a madrastra; b) em segundo grau: o marido com os avós da mulher e a mulher com os avós do marido; c) em linha colateral: alguém é afim com o irmão do cônjuge (cunhado).

JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁸ critica o art. 14, § 7º, da Constituição de 1988 por utilizar a expressão "no território de jurisdição do titular", "porquanto, em relação a vínculo político-eleitoral, não se trata de jurisdição, mas de circunscrição".

A regra prevista no § 7º, do artigo 14, da Constituição de 1988, visa a afastar a influência do chefe do poder executivo municipal, estadual ou federal, no seu respectivo território de jurisdição.

A expressão "no território de jurisdição do titular" (art. 14, § 7º) deve ser entendida como o espaço dentro do qual o parente exerce suas funções. Para o caso do prefeito, por exemplo, a inelegibilidade por parentesco será para os cargos municipais, e não para os cargos estaduais e

18 SILVA, op. cit., p. 373.

federais. Para uma autoridade federal que tenha o seu campo de atuação estendido por todo o País, a inelegibilidade por parentesco ocorre em quaisquer das esferas do poder: federal, estadual e municipal.¹⁹

Assim, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Prefeito Municipal são inelegíveis, no território do respectivo município. Já os do Governador do Estado são inelegíveis no território do Estado. Os parentes do Presidente da República não podem concorrer a cargo algum em todo o território nacional.

O Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 171.061-6-PA, manifestou-se no sentido de que a causa de inelegibilidade por parentesco, prevista no artigo 14, § 7º da Constituição, alcança a cunhada de Governador quando essa concorre a cargo eletivo de vereador, em município situado no mesmo Estado.

197. [...] numa federação duas ordens estatais exercem, de regra, poder sobre o mesmo território: a União, na totalidade do território do Estado Federal, e o Estado-membro, no território parcial dessa unidade federativa. [...] numa federação clássica, com duas unidades políticas: a União e os Estados Federados. No Estado Federal brasileiro, seus componentes são quatro: União, Estados, Distrito Federal e Municípios (Constituição Federal, art. 1º e art. 18). Quer dizer, a União exerce poder sobre todo o território nacional; o Estado-membro no seu território parcial, o mesmo ocorrendo com o Distrito Federal e os municípios. No mesmo território, em consequência, no território do município, três ordens federativas exercem o seu poder: a União, o Estado e o Município. [...] O § 7º do art. 14 estabelece que: 'São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição'. Diante de tal disposição, forçoso é concluir que, no território de um município, o cunhado do Presidente da República, ou do Governador do Estado ou do Prefeito, é inelegível. É que, sobre esse território, conforme foi dito, exerce poder – a norma do § 7º do art. 14, da Constituição, feita em jurisdição – o Presidente da República, o Governador e Prefeito' (trecho do voto do Min. Carlos Mello Velloso de Silva, no julgamento perante o STF, do Recurso Extraordinário n. 171.061-6/PA, Rel. o Min. Francisco Rezek, publicado no D.J. de 25 ago. 1995).

Por estar o território do município em área de jurisdição do Governador, entendeu-se que incide a causa de inelegibilidade estabelecida no referido dispositivo da Constituição, para a candidata que possui vínculo de parentesco com o Chefe do Executivo estadual.²⁰

Desse modo, compreende o território de todos os Municípios do Estado quando a inelegibilidade resulta de parentesco com o Governador do Estado, na medida em que o território de sua jurisdição abrange todo o Estado.

Com efeito, são inelegíveis, no território de circunscrição do titular os cônjuges, parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, do Governador de Estado ou Território, ou do Distrito Federal, do Prefeito ou de quem os haja substituído no período de seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titulares de mandato eletivo e candidatos à reeleição.²¹

Nesse particular, exemplifica-se:²²

[...] se o parlamentar federal, detentor de mandato por uma Unidade Federativa, transferir seu domicílio eleitoral para Estado ou Distrito Federal, onde cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, até o segundo grau, ou por adoção, for Governador, torna-se inelegível, 'no território

20 Recurso Extraordinário n. 171.061-6/PA, Rel. o Min. Francisco Rezek, publicado no D.J. de 25 ago. 1995.

21 Na compreensão do § 7º do art. 14 da Constituição, José Neri de Sousa entende que o TSE já decidiu ser a elegibilidade 'restrita, no território da respectiva jurisdição', desde que o candidato, cônjuge ou parente, seja titular de mandato eletivo e pretenda a reeleição, bem assim para qualquer cargo eletivo, se candidato ou não à reeleição, desde que fora do território de jurisdição do titular (Resolução nº 15.120, de 21.3.89; Resolução n. 15.170, de 6.4.89 e Resolução n. 15.284, de 30.5.89) (em palestra proferida em 11 de novembro de 1997 sobre 'Inelegibilidades' no V Encontro Nacional dos Procuradores Regionais Eleitorais realizado em Brasília).

22 'Nesse sentido, recentemente o TSE respondeu à Consulta n. 356 (Resolução n. 19.970, de 18.9.1997)' idem.

federais. Para uma autoridade federal que tenha o seu campo de atuação estendido por todo o País, a inelegibilidade por parentesco ocorre em quaisquer das esferas do poder: federal, estadual e municipal.¹⁹

Assim, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Prefeito Municipal são inelegíveis, no território do respectivo município. Já os do Governador do Estado são inelegíveis no território do Estado. Os parentes do Presidente da República não podem concorrer a cargo algum em todo o território nacional.

O Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 171.061-6-PA, manifestou-se no sentido de que a causa de inelegibilidade por parentesco, prevista no artigo 14, § 7º da Constituição, alcança a cunhada de Governador quando essa concorre a cargo eletivo de vereador, em município situado no mesmo Estado.

19 [...] numa federação duas ordens estatais exercem, de regra, poder sobre o mesmo território: a União, na totalidade do território do Estado Federal, e o Estado-membro, no território parcial dessa unidade federativa. [...] numa federação clássica, com duas unidades políticas: a União e os Estados Federados. No Estado Federal brasileiro, seus componentes são quatro: União, Estados, Distrito Federal e Municípios (Constituição Federal, art. 1º e art. 18). Quer dizer, a União exerce poder sobre todo o território nacional; o Estado-membro no seu território parcial, o mesmo ocorrendo com o Distrito Federal e os municípios. No mesmo território, em conseqüência, no território do município, três ordens federativas exercem o seu poder: a União, o Estado e o Município. [...] O § 7º do art. 14 estabelece que: "São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição". Diante de tal disposição, impõe-se concluir que, no território de um município, o cunhado do Presidente da República, ou do Governador do Estado ou do Prefeito, é inelegível. É que, sobre esse território, conforme foi dito, exerce poder - a norma do § 7º do art. 14, da Constituição, fala em jurisdição - o Presidente da República, o Governador e Prefeito" (trecho do voto do Min. Carlos Mário Velloso de Siqueira, no julgamento perante o STF, do Recurso Extraordinário n. 171.061-6/PA, Rel. o Min. Francisco Rezek, publicado no D.J. de 25 ago. 1995).

Por estar o território do município em área de jurisdição do Governador, entendeu-se que incide a causa de inelegibilidade estabelecida no referido dispositivo da Constituição, para a candidata que possui vínculo de parentesco com o Chefe do Executivo estadual.²⁰

Desse modo, compreende o território de todos os Municípios do Estado quando a inelegibilidade resulta de parentesco com o Governador do Estado, na medida em que o território de sua jurisdição abrange todo o Estado.

Com efeito, são inelegíveis, no território de circunscrição do titular os cônjuges, parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, do Governador de Estado ou Território, ou do Distrito Federal, do Prefeito ou de quem os haja substituído no período de seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titulares de mandato eletivo e candidatos à reeleição.²¹

Nesse particular, exemplifica-se:²²

[...] se o parlamentar federal, detentor de mandato por uma Unidade Federativa, transferir seu domicílio eleitoral para Estado ou Distrito Federal, onde cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, até o segundo grau, ou por adoção, for Governador, torna-se inelegível, no território

20 Recurso Extraordinário n. 171.061-6/PA, Rel. o Min. Francisco Rezek, publicado no D.J. de 25 ago. 1995.

21 Na compreensão do § 7º do art. 14 da Constituição, José Nêu de Sá Siqueira enfatiza que o TSE já decidiu ser a elegibilidade "restrita, no território da respectiva jurisdição", desde que o candidato, cônjuge ou parente, seja titular de mandato eletivo e pretenda a reeleição, bem assim para qualquer cargo eletivo, se candidato ou não à reeleição, desde que fora do território de jurisdição do titular (Resolução nº 15.120, de 21.3.89; Resolução n. 15.170, de 6.4.89 e Resolução n. 15.284, de 30.5.89) (em palestra proferida em 11 de novembro de 1997 sobre "Inelegibilidades" no V Encontro Nacional dos Procuradores Regionais Eleitorais realizado em Brasília).

22 "Nesse sentido, recentemente o TSE respondeu à Consulta n. 355 (Resolução n. 19.970, de 18.9.1997)" Idem.

da respectiva jurisdição', por não se encontrar, então, em situação jurídica de reeleição, embora detentor de mandato parlamentar federal. A reeleição a que alude a parte final do § 7º, do art. 14, da Constituição, repita-se, para concluir, presunção, assim, renovação do mandato de que o parlamentar seja titular, na mesma circunscrição estadual ou do Distrito Federal onde foi eleito.

Em princípio, pode parecer que é uma hipótese de *inelegibilidade absoluta*, mas essa diferencia-se porque decorre de situação especial com a possibilidade de desaparecer pela vontade das pessoas envolvidas. De fato, "a renúncia do Presidente, seis meses antes do pleito, desvencilha da restrição seu cônjuge, parentes".²³

Quanto à união estável, tem-se firmado a jurisprudência do TSE, em consonância com o disposto no § 3º, do artigo 266 da Constituição Federal de 1988, que fala em união estável entre homem e mulher como gerador da família, no sentido de que a convivência *more uxorio* gera a inelegibilidade para o companheiro ou companheira.²⁴

Quanto à natureza jurídico-eleitoral da relação de fato criada entre a irmã da concubina de Prefeito com esse, a questão comportava debates. O TSE vinha entendendo

estar configurada a inelegibilidade por se tratar de afinidade em segundo grau colateral e afim.²⁵ No entanto, recentemente, o STF decidiu que a vedação do § 7º, art. 14 da Constituição de 1988 não alcança a relação de fato criada entre a irmã da concubina de Prefeito.²⁶

Assim, chegou-se a afirmar que, como as relações parentais, em conformidade com a legislação civil,

25 No julgamento do caso de Piranhas, Alagoas, sendo Relator o Min. Damião de Aguiar, Acórdão TSE n. 13.500, de 17.06.93, DJU 01.10.93, págs. 20.248, assim decidiu a Corte, em maioria, vencidos o Relator e os Ministros Euzébio de Azevedo e Presidente (que votou em razão da matéria ser constitucional): "A inelegibilidade do § 7º do art. 14 da Constituição Federal, não alcança pessoa que, em face de casamento estritamente religioso, viva maritalmente com irmão do Prefeito a ser sucedido". Essa decisão é contrária a outra, também do TSE, de 29.09.92, Acórdão n. 12.866, de 29.09.92, Rel. Min. Carlos Velloso, que considerou parentesco por afinidade o concubinato: "Concubinato com irmã do atual Prefeito. Parentesco por afinidade. Inelegibilidade". Nesta matéria, registre-se que o Acórdão TSE n. 12.678, de 21.09.92, foi objeto de reforma através de outra decisão, esta do Supremo Tribunal Federal, tomada por escassa maioria, vencidos os Ministros Carlos Velloso, Celso de Mello, Paulo Bonfatti e Serrazina Ferreira. Na Corte Eleitoral. Ficou assim amentado o Acórdão n. 12.678: "Candidata a Prefeita. Irmã de concubina do atual Chefe do Executivo municipal. Registro de candidato. Inelegibilidade. Parentesco (art. 14, § 7º, da CF). O parentesco natural é o que resulta da consangüinidade (art. 332, CC). A afinidade parentalmente prevista é a em linha reta (art. 335, CC). A extensão de afinidade em concubinato para integrar o conceito de família ainda não se percebe em nosso Direito. A família legítima é decorrente do casamento e seus descendentes. A natural, qualquer dos pais e seus descendentes. Parentes afins (art. 14, § 7º, CF) são aqueles resultantes da união natural e estável entre homem e mulher, em situação análoga à dos cônjuges. Tratando-se de afinidade em segundo grau colateral e afim, fica clara a inelegibilidade da irmã da concubina. Recurso conhecido e não provido".

26 Sobre a questão, decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal no Acórdão em Recurso Extraordinário n. 157.868-B - Paraíba, STF, DJU 28.05.93, Relator Min. Marco Aurélio: "Candidata a Prefeita. Irmã de concubina do atual Chefe do Executivo municipal. Registro de candidato. Inelegibilidade. Parentesco (art. 14, § 7º, da CF). O parentesco natural é o que resulta da consangüinidade (art. 332 do CC). A afinidade parentalmente prevista é a em linha reta (art. 335, CC). A extensão de afinidade em concubinato para integrar o conceito de família é decorrente do casamento e seus descendentes. A natural, qualquer dos pais e seus descendentes. Parentescos afins (art. 14, § 7º, da CF) são aqueles resultantes da união natural e estável entre homem e mulher, em situação análoga à dos cônjuges. Tratando-se de afinidade em segundo grau, colateral e afim, fica clara a inelegibilidade da irmã da concubina. Inelegibilidade - A vedação do § 7º do art. 14 da Constituição Federal não alcança a irmã da concubina de Prefeito. Precedentes: Recurso Extraordinário n. 100.220, relatado pelo Ministro Nereu de Sousa, cujo acórdão foi publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência n. 115/21 e Recurso Extraordinário n. 105.046, relatado pelo Ministro Damião de Aguiar, cujo julgamento foi concluído em 9 de março de 1988 [...] Plenário, 02 de dezembro de 1992." Essa decisão do Supremo Tribunal Federal impôs a revogação da Súmula n. 7 do TSE, que dispunha: "É inelegível para o cargo de Prefeito a irmã da concubina do atual titular do mandato".

23 Idem.

24 A jurisprudência do TSE é no sentido de que a relação de concubinato gera a inelegibilidade (Acórdão TSE n. 13.005, de 06.10.92, Rel. Min. Carlos Velloso). Já na Resolução TSE n. 18.086, de 23.04.92, DJU 12.08.92, págs. 9.048, sendo Relator o Ministro Américo Luiz, restando vencido o Min. Marco Aurélio, o TSE decidiu: "A Constituição atual estendendo o conceito de entidade familiar quando expressa no seu art. 226, § 5º: 'Para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'. Diante, portanto, desse império constitucional, esta Corte considera que a união gera inelegibilidade, diante do art. 14, § 7º, da CF".

necessitam, para o seu surgimento, da existência de casamento legítimo, o impedimento à elegibilidade, quando originado da união concubinária, permanece restrito aos parceiros ou conviventes, não tendo efeito sobre a parentela dos sujeitos assim relacionados.²⁷

ELCIAS FERREIRA DA COSTA²⁸ menciona que há inelegibilidade decorrente do vínculo em razão de cônjuge ou de parentesco ou de adoção não se extingue, ainda que ocorra o falecimento do titular do Poder Executivo que deu causa à inelegibilidade antes de terminar o seu mandato. Também a renúncia não afasta a inelegibilidade dos parentes do titular do mandato.²⁹

Retomando a questão da reeleição, verifica-se que, consoante à redação atual do § 5º do art. 14 da Constituição de 1988, dada pela Emenda Constitucional n. 16, de 4 de junho de 1997, retirou-se a regra da vedação para reeleição dos cargos de Presidente da República, Governador de Estado e do Distrito Federal e dos Prefeitos, também podendo se reeleger o Vice-Presidente da República, o Vice-Governador de Estado ou do Distrito Federal e o Vice-Prefeito de Município.

Com a Emenda Constitucional n. 16 de 1997, evidenciou-se a vontade do legislador constituinte derivado no sentido de alterar preceito tradicional e implantar no sistema eleitoral brasileiro experiência já conhe-

27 Resp. n. 13.369-PE e Resp. n. 12.972-BA, sendo o relator de ambos o Min. Euzébio de Faria.

28 Neste sentido decidem os Acórdãos do TSE n. 6.028 (BE n. 306, p. 38), n. 5.997 (BE n. 304, p. 911), n. 6.027 (BE n. 306, p. 37) e Res. n. 11.290 (BE n. 372, p. 331)* (COSTA, Elcias Ferreira da. *Direito Eleitoral*, Legislação, Doutrina e Jurisprudência. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 58).

29 "É inelegível, para o cargo de Prefeito, o cônjuge e os parentes indicados no § 7º do art. 14 da Constituição Federal, do titular do mandato, ainda que este haja renunciado ao cargo há mais de seis meses do pleito" (Súmula n. 6 do TSE).

cida por nações como os Estados Unidos da América, França, Portugal e Argentina, países onde se pratica a reeleição sem a necessidade de afastamento dos titulares dos cargos de Presidente da República.

Nas motivações da Proposta de Emenda à Constituição n. 1 de 1995, MENDONÇA FILHO, a favor da reeleição, menciona que:

Entendemos que o amadurecimento do processo democrático passa pelo instituto da reeleição, entendido este aqui como um fator importante da constituição de corpos administrativos estáveis. A população brasileira deve ser dada a opção de decidir pela continuidade de uma administração bem sucedida, como já acontece na maioria dos países. Além disso, cria-se, com isso, a efetiva possibilidade de se levar a efeito o cumprimento de metas governamentais de médio prazo, o que se torna praticamente impossível no sistema atual.

Diante do exposto, e na certeza de contar com o apoio dos nobres pares, apresentamos a presente Proposta de Emenda à Constituição Federal, a qual permite não só a reeleição, por um período subsequente, dos titulares de cargos do Poder Executivo, como também lhes outorga o direito de concorrer no exercício do cargo.

O preceito constitucional (art. 14, § 5º), com esta alteração, deixou de conter inelegibilidade relativa, passando a prever a regra de elegibilidade ao estabelecer:

Art. 14. [...]

§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no

curso dos mandatos, poderão ser reeleitos para um único período subsequente”.

Assim, não trata de hipótese de inelegibilidade, o § 5º, do art. 14, mas de hipótese segundo a qual se garante elegibilidade dos Chefes dos Poderes Executivo federal, estadual, distrital, municipal e dos que os tenham sucedido ou substituído no curso dos mandatos, para o mesmo cargo, para um período subsequente. Por esse mesmo motivo, entende-se não lhes ser exigível a *desincompatibilização*³⁰ para concorrer ao segundo mandato, constitucionalmente permitido.

Com efeito, a jurisprudência do TSE estabelece correlação entre *inelegibilidades e desincompatibilização* – essa só pode ser invocada com a verificação daquela. A *desincompatibilização* pressupõe a existência de casos de *inelegibilidades* previstos na Constituição ou na Lei das Inelegibilidades.³¹ Em se tratando de caso de elegibilidade, apenas a Constituição poderia, por meio de cláusula expressa, estipular o afastamento no prazo por ela definido, como condição para concorrer à reeleição prevista no § 5º do art. 14, da Lei Magna, na redação atual.³²

Partindo desse mesmo entendimento, o TSE, na Resolução n. 19.955, de 2 de setembro de 1997, em resposta à Consulta n. 338, manifestou-se no sentido de não ser necessária a *desincompatibilização* dos ti-

tuulares dos Poderes Executivos federal, estadual, distrital ou municipal, para disputarem a reeleição, entendendo essa solução aos Vice-Presidente da República, Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e Vice-Prefeito.³³

O TSE também decidiu, com base no art. 14, § 5º, da Constituição de 1988, na redação da Emenda Constitucional n. 16 de 1997, ser desnecessária a *desincompatibilização* dos titulares e seus “vice” para concorrerem à reeleição, na Consulta n. 327 do Distrito Federal (Resolução do TSE, n. 19.952, Sessão de 2 de setembro de 1997).

Para concorrerem a outros cargos, no entanto, conforme prevê o § 6º do art. 14, que estabelece hipótese de *inelegibilidade relativa*, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem *desincompatibilizar-se*, mediante renúncia aos respectivos mandatos, até seis meses antes

30 T. J. não é possível deixar de entender que, no âmbito de compreensão do § 5º, do art. 14 da Constituição, na redação da Emenda Constitucional n. 16/1997, enquadram-se os titulares de cargo de Vice-Prefeito, bem assim, pela simetria federativa existente, dos cargos de Vice-Governador e de Vice-Presidente da República. Quando esse dispositivo aludiu a inelegibilidade do Presidente, dos Governadores de Estado e do Distrito Federal e dos Prefeitos, para o mesmo cargo no período subsequente, por força de compreensão, em cada uma das esferas administrativas, o respectivo Vice, por igual, pode concorrer ao mesmo cargo, para o período subsequente, uma única vez. Essa capacidade eleitoral passiva, assim resultante da norma aludida, estende-se ao Vice-Presidente, aos Vices-Governadores e aos Vices-Prefeitos, por sua íntima vinculação aos correspondentes titulares da Chefia do Poder Executivo. Nem sena, ademais, possível ver inelegibilidade emanada de norma que, por sua nova redação, dispõe sobre elegibilidade e na qual, de explícito, se prevêm os que tenham sucedido ou substituído os titulares, no curso dos mandatos, vale dizer, inclusive nos seis meses anteriores ao pleito. Podem, portanto, o Vice-Presidente da República, os Vice-Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Vice-Prefeitos concorrer, ao mesmo cargo, para o período subsequente, tal como sucede, de referência ao Presidente da República, aos Governadores de Estado e do Distrito Federal e aos Prefeitos, com apoio no § 5º do art. 14, da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 16/1997. (trecho extraído da Resolução n. 19.955, de 2 set. 1997, do TSE).

30 No Senado Federal, as Emendas nºs 2, 5 e 6, ao Projeto originário da Câmara dos Deputados, referente à Emenda Constitucional nº 16/1997, foram recusadas. Não se preferiu o afastamento dos titulares dos cargos executivos em lico, permitindo-lhes a reeleição, à semelhança do disposto no § 8º do mesmo art. 14.

31 TSE, Res. n. 18.136, de 12.05.92; Ac. n. 12.761, de 24.09.92; Res. n. 14.349, de 30.06.88; Res. n. 12.505, de 04.02.88 e Res. n. 11.208, de 13.04.82.

32 É prevalente o entendimento de que os limites impostos à elegibilidade não se presumem, devendo vir, de forma clara e explícita, expressos no texto constitucional.

do pleito. Os "vice" são elegíveis para qualquer mandato, sem necessidade de renunciarem.³⁴

O domicílio eleitoral, como visto, é uma das condições de elegibilidade (art. 14, § 3º, IV, da Constituição de 1988). É inelegível para mandato ou cargo eletivo em circunscrição em que não seja domiciliado pelo tempo exigido em lei.³⁵

4. INELEGIBILIDADE, IRREELEGIBILIDADE E REELEIÇÃO

A irreelegibilidade implica a proibição de candidatura para mandato sucessivo.

Em seus comentários, CELSO RIBEIRO BASTOS³⁶ anota:

O estudo da inelegibilidade compreende o da irreelegibilidade, caso particular da primeira, consistente na restrição de candidatar-se ao mesmo cargo que ocupa.

34 [...] esta Corte [TSE] na Resolução n. 19.452, de 29.2.1996, decidiu que o Vice-Prefeito, ainda que tenha preservado o seu mandato, não é inelegível para o cargo de Prefeito no mesmo município, desde que não tenha sucedido ou substituído o titular nos últimos seis meses anteriores ao pleito (CF, art. 14, § 5º, LC n. 64/90, art. 1º, § 2º). Também afirmou o TSE na Resolução n. 14.225, de 5.4.1994, verbis: "A jurisprudência da Corte é no sentido de que o Vice-Prefeito, que não vier a substituir o titular nos seis meses anteriores ao pleito poderá candidatar-se aos demais cargos" (trecho extraído da Resolução n. 19.955, de 2.set.1997, do TSE).

35 Em nota explicativa observa José Afonso da Silva que: "A Constituição não estabeleceu o tempo de domicílio necessário a compor a condição de elegibilidade. Remete a matéria à lei. E é a lei das inelegibilidades que sempre tratou do tema. Mas esta é lei complementar (art. 14, § 9º) e a lei prevista para a fixação do domicílio eleitoral é ordinária (art. 14, § 3º, IV). Nada impedia que a lei das inelegibilidades, assim mesmo, o fizesse, mas não o fez, de sorte que essa fixação do tempo do domicílio vem sendo estabelecida casuisticamente nas leis que regulamentam cada eleição, como o fez a Lei 8.713/94, para as eleições de 3.10.94, exigindo que o candidato estivesse domiciliado na circunscrição eleitoral respectiva desde 31.12.93 (9 meses e 5 dias antes das eleições)." (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 373).

36 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo: Saraiva, 1989. 2v., p. 685-686.

Convém frisar que o estudo desta matéria deve ser levado a efeito com a adoção das técnicas hermenêuticas que conduzem a um entendimento restritivo das normas interpretáveis. Isto em virtude de estar-se diante de vedações ou restrições do exercício de direitos, como o de votar, o de ser votado, o de preencher função pública, etc., que devem ser feitos valer com sua maior plenitude.

As restrições só devem prevalecer enquanto claramente fixadas no Texto Constitucional, sem qualquer recurso a métodos ampliativos de interpretação que possam conduzir a alguma hipótese restritiva sem expressa configuração legal ou constitucional.

ANTÔNIO CARLOS MENDES³⁷ lembra que, na Constituição revogada, a irreelegibilidade significava a proibição de reeleição, tendo o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE assentado, na vigência da Constituição anterior:

[...] irreelegibilidade nada mais é que inelegibilidade para o mesmo cargo para o qual se tenha sido eleito, na eleição imediatamente anterior. A palavra nova – irreelegibilidade – só se fez necessária, no texto da Carta de 69, porque se reuniram numa só alínea – art. 151, § 1º, 'a' – os casos de inelegibilidade para o mesmo cargo executivo que, na Constituição de 1946, eram

37 MENDES, Antônio Carlos. Introdução à Teoria das Inelegibilidades. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 119.

referidos a cada um deles (art. 139, I, II e III). De qualquer modo, trata-se de patente impropriedade técnica da lei complementar, pois é evidente que, não tendo sido eleito, não faz sentido proibir-se que o prefeito nomeado seja reeleito. Mas a impropriedade terminológica não compromete a clareza da norma complementar. Trata-se, é claro, não de irreelegibilidade, e sim de inelegibilidade do prefeito nomeado.

Atualmente, ANTÔNIO CARLOS MENDES³⁸ ensina que não é necessário utilizar a expressão irreelegibilidade para designar “situação objetiva que se encarta no regime jurídico das inelegibilidades. [...] [além disso] houve inequívoca unificação conceitual reconhecida, inclusive, pela construção pretoriana”.

Segundo o texto original da Constituição de 1988, o Presidente da República, os Governadores e Prefeitos eram inelegíveis para um segundo mandato subsequente (art. 14, § 5º), assim como também era vedada a elegibilidade dos parentes consanguíneos ou afins do Chefe do Executivo, “no território da jurisdição do titular”, conforme o § 7º do mesmo artigo.

Ocorre que a inelegibilidade gerada pelo exercício das Chefias dos Executivos, nos planos federal, estadual ou municipal, como visto, sofreu alteração.

A Emenda Constitucional n. 16, de 14 de junho de 1997, admitiu a reeleição do Presidente da República, dos Governadores de Estado ou do Distrito Federal,

38 MENDES, op. cit., p. 120.

dos Prefeitos Municipais e de quem os houver sucedido no curso do mandato, “[...] para um único período subsequente” (Constituição Federal de 1988, § 5º). Assim, rompeu-se tradição no quadro constitucional brasileiro.³⁹

A respeito, EDUARDO ANTÔNIO DANTAS NOBRE⁴⁰ menciona que se

quebrou a harmonia sistêmica das normas constitucionais sobre inelegibilidades, que visam, em derradeira análise, evitar o uso do cargo em favor da reeleição do titular, de sua eleição para cargo diverso, ou ainda da eleição de quem com eles mantenha vínculo de parentesco, nos graus assinalados pelo art. 14, parágrafo sétimo, da Constituição Federal de 1988.

GERALDO ATALIBA, que vê na não reeleição para cargos executivos (e somente esses) traços marcantes da República, informa:

Não há, no nosso Direito Constitucional, possibilidade de reeleição para o exercício de cargos executivos. [...] parece-nos ser muito mais consonante com as exigências do princípio republicano a interpretação que postula a alternância cabal e completa no que diz respeito às Mesas do Congresso, do que qualquer outra solução.⁴¹

39 A proibição da reeleição figurava na Constituição Federal de 1891, art. 43, § 1º; Constituição Federal de 1934, art. 121, I, “a”, estendendo a inelegibilidade, inclusive dos Governadores, dos Intervenientes, do Prefeito do Distrito Federal e dos Ministros de Estado a todo o território nacional, até um ano depois de cessadas, em definitivo, as respectivas funções; Constituição de 1946, art. 139, que dizia serem inelegíveis o Presidente e o Vice-Presidente da República, I, “a”, os Governadores e os Intervenientes Federais, art. 139, II, e os Prefeitos Municipais, art. 139, III; e Constituição de 1967, art. 151, parágrafo único, “a”.

40 Em palestra proferida em 11 de novembro de 1997 sobre “Inelegibilidades” no V Encontro Nacional dos Procuradores Regionais Eleitorais realizado em Brasília.

41 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 77-79.

Para os autores que não concordam, doutrinariamente, com a reeleição, ao invés dessa, o aperfeiçoamento do processo político pede eleições distritais e informatização, a primeira para permitir o controle, pelo eleitor, de seu candidato eleito, e a segunda para tentar diminuir sensivelmente a fraude eleitoral.

JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA⁴², ao analisar a alteração afirma:

Não cabe [...] discutir se o instituto da reeleição, na redação atual, ut art. 14, § 5º, da Constituição, deveria ou não ter sido implantado, eis que ao Congresso Nacional, em amplo debate, esteve reservado tal juízo político soberano. [...] É de esperar, todavia, que, com a disciplina legal [§ 5º, do art. 14] bem assim com a boa aplicação pela Justiça Eleitoral dos mecanismos atuais existentes de controle dos pleitos eleitorais, o processo sucessório, quer no plano federal, quer nos estaduais, distrital e municipais, mesmo quando concorram titulares da Chefia do Executivo a um mandato subsequente [...] não padeça dos males do abuso do poder econômico, bem assim do abuso do poder de autoridade. A experiência dirá se a mudança foi positiva como apregoaram os defensores da reeleição no Congresso Nacional.

42 Em palestra proferida em 11 de novembro de 1997 sobre "Inelegibilidades" no V Encontro Nacional dos Procuradores Regionais Eleitorais realizado em Brasília.

De certa forma, a Emenda Constitucional nº 16, de 14 de junho de 1977, distanciou-se da motivação originária inserta no art. 14, § 5º da Carta Política de 1988, da preservação do regime democrático, cuja legitimidade pode ser quebrada pelo abuso do poder de autoridade ou econômico.⁴³ A inelegibilidade de chefe de Executivo e a de parente desse visavam a evitar o uso fraudulento da máquina pública em proveito próprio de ambos. Observava-se o princípio constitucional da moralidade com um controle *a priori*. O simples fato de se apresentar o chefe do Executivo como candidato à reeleição era motivo suficiente para a moralidade ser afrontada. Agora não é mais assim.

A Emenda Constitucional n. 16 é criticada, porque alterou a redação do § 5º do art. 14, sem modificar o § 7º do mesmo artigo. Assim, admitiu que o

43 "Decerto, preocupações históricas quanto à reeleição são identificadas nas considerações de constitucionalistas e políticos. Não é, assim, possível esquecer, aqui, a grave advertência de João Balsemão, quanto ao dispositivo da Constituição de 1891, que vedava a reeleição do Presidente da República: 'A expectativa de nova eleição para o seguinte período presidencial pode ser um grande estímulo ao presidente, a fim de que madureje por tomar-se, no exercício do cargo, um benemerito da nação. E a reeleição pode aproveitar um caráter provado em difíceis comissões e uma experiência adquirida com vantagem para o bem público. Mas é preciso não esquecer que trata-se de uma organização política cujo pozo é a eleição, meio de se manifestar e influir na direção dos negócios públicos a opinião soberana do país. E para que esta se manifeste livremente e possa exercer essa influência é indispensável garantir o voto. Uma das principais garantias é, pela incompatibilidade, arredar no pleito eleitoral, certos funcionários, cuja alta e extensa autoridade pode ser empregada em prejuízo da liberdade da votante. De que poderosos meios não poderá lançar mão o presidente que pretende se fazer reeleger? Admitir presidente candidato é expor o eleitorado à pressão, corrupção e fraude na mais larga escala. Já de si a eleição presidencial engendra no país agitação não pequena e temerosa; e o que não se terá quando o candidato for o homem que dispõe da maior soma de poder e força, pela sua autoridade, pelos vastos recursos que pode pôr em ação para impor a sua reeleição?' E que perturbação na administração pública, e que enorme prejuízo para o país no emprego de elementos oficiais com esse fim? Não há incompatibilidade pois mais justificada" (apud Constituição Federal Brasileira, Comentários, 1992, edição do Senado Federal, 1992, pág. 168) (trecho extraído da Resolução n. 19.955, de 9 set. 1997, do TSE).

Presidente da República possa candidatar-se à reeleição, mas seu parente não pode concorrer a nenhum cargo eletivo.

A respeito, HUMBERTO RIBEIRO SOARES menciona que:

Considerar inelegível parente quando não o seja o chefe do Executivo, cabe ressaltar, importa discriminação que a Carta não suporta, porque empolgaria hipertrofia dos poderes relativos à figura do chefe do Poder Executivo, logo, do Executivo em favor do Legislativo. Isto significaria atentado ao Estado Democrático de Direito, afrontaria provimentos normativos encapsulados por cláusulas pêtreas, como a harmonia entre a separação dos Poderes e o modelo federativo arquitetado pelo constituinte originário, configuraria o fenômeno denominado 'rutura constitucional' conducente a 'manipulações constitucionais', estas deflagradoras de 'fraude à Constituição'. Tudo importaria em franksteinizar a Constituição de 1988.

A interpretação daquele remanescente § 7º do art. 14 só pode ser a que dá por inelegível parente do chefe do Executivo unicamente quando este, o chefe, seja inelegível. É preciso dar conta de que o texto permaneceu o mesmo, mas seu sentido se alterou por força da edição da Emenda Constitucional n. 16. Respeitar isto é atuar em bem da harmonia e da unidade da Carta Magna de 88, e da preservação do Estado Democrático de Direito.

O controle da moralidade passa então a ser feito *a posteriori*, pelos caminhos que a Carta Magna oferece: "controle das contas públicas, ação popular, ação civil pública, sustação dos atos pelo Legislativo e, até, *impeachment*".⁴⁴

Essa é a razão da crítica à Emenda Constitucional nº 16, de 14 de junho de 1997, que carece de coerência quanto às demais inelegibilidades explicitadas na Lei Maior. Não faz sentido que os mais altos dignatários dos Executivos Federal, Estadual ou Municipal possam se reeleger, permanecendo no mesmo cargo, mas necessitem renunciar, nos seis meses anteriores ao pleito, para viabilizar: a) suas candidaturas a outros cargos, ou b) as pretensões eleitorais dos seus cônjuges ou parentes, consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção.

A respeito da reeleição, o Supremo Tribunal Federal decidiu na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.805-2, relator o Min. NÉRI DA SILVEIRA, no sentido da constitucionalidade da Emenda n. 16 que introduziu o instituto jurídico da reeleição no ordenamento jurídico brasileiro.⁴⁵

44 SOARES, Humberto Ribeiro. A inelegibilidade e a franksteinização da Constituição. *Jornal Correio Braziliense*, Brasília, 2 mar. 1988. Cadoemo opinião, p. 9.

45 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.805-2-DF, medida liminar, Rel. Min. Neri da Silveira. "Decisão: O Tribunal, por votação unânime, não conheceu da ação direta quanto às resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, objeto de impugnação na presente sede de controle normativo abstrato. Prosseguindo o julgamento, o Tribunal, na parte de que conheceu, indeferiu, por votação majoritária, o pedido de medida cautelar, vencido o Ministro Marco Aurélio, que o detinha, nos termos pretendidos pelos autores da ação direta. Votou o Presidente Acóstenes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Soneir Sanchez e Serejo Luiz Pontes. Plêndrio, 26.3.98, decisão ainda não publicada.

No julgamento da ADin nº 1.805-2⁴⁶ deixou-se de deferir a liminar, por não se verificar a relevância dos fundamentos da ação os quais não autorizaram a suspensão imediata da exigência das normas infraconstitucionais questionadas (Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para eleições, arts. 73, I, § 2º e 76, §§ 1º, 2º, 3º e 4º), bem como a interpretação impugnada do art. 14, § 5º, da Constituição Federal (na redação da Emenda Constitucional nº 16 de 1997) segundo a qual prevaleceria a exegese de que o titular do Poder Executivo, titular à reeleição, deve afastar-se do cargo, seis meses antes do pleito, *ad instar* do que sucede com o disposto no art. 14, § 6º da Lei Maior.

Entendeu a Suprema Corte que a exegese do artigo 14, § 5º, da Constituição, na redação atual, introduzida por via de emenda à Lei Magna, não ofende as cláusulas pétreas do artigo 60 do mesmo diploma legal. Enfatizou-se a necessidade de observar a interpretação conforme à Constituição de normas constitucionais introduzidas mediante poder revisional, uma vez que o controle concentrado de constitucionalidade de norma constitucional introduzida por via de emenda à Lei Magna somente tem espaço no que concerne ao confronto da regra nova com as cláusulas pétreas estabelecidas na Constituição Federal, como seu núcleo intocável (art. 60).

46 O STF deixou de conhecer a ação quanto às Resoluções do TSE nºs. 19.952, 19.953, 19.954 e 19.995, todas de 2 de setembro de 1997, que resultaram da resposta do TSE às Consultas nºs. 327, 328, 332 e 336, formuladas com base no art. 23, XII, do Código Eleitoral, porque essas não podem ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade. Nesse sentido, afirmou-se que as Resoluções do TSE traduzem a compreensão da Corte, em abstrato, sobre a matéria eleitoral, não se ergindo em deliberação ou disposição de caráter imperativo como é de natureza da norma jurídica ou do ato normativo, *stricto sensu*.

A interpretação conforme a Constituição encontra limites na própria expressão literal do texto e no escopo pretendido pelo legislador. A respeito, GILMAR FERREIRA MENDES ensina que é apenas admissível, se não se alterar o significado da proposição normativa, com uma mudança radical na própria concepção original do legislador, já que não se admite uma interpretação que viole a estrutura verbal do preceito.⁴⁷

JORGE MIRANDA anota:

A interpretação conforme a Constituição não consiste tanto em escolher, entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, o que seja mais conforme com a Constituição quanto em discernir no limite – na fronteira da inconstitucionalidade – um sentido que, conquanto não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental. E são diversas as vias que, para tanto, se seguem e diversos os resultados a que se chega: desde a interpretação extensiva ou restritiva à redução (eliminando os elementos inconstitucionais do preceito ou do acto) e, porventura, à conversão (configurando o acto sob a veste de outro tipo constitucional). [...] A interpretação conforme a Constituição implica naturalmente uma posição muito activa e quase criadora do controle constitucio-

47 MENDES, Gilmar Ferreira. *Juriedição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 270-271.

nal e de verdadeira autonomia das entidades que a promovem em face dos órgãos legislativos. Não pode, no entanto, deixar de estar sujeita a um requisito de razoabilidade: ela terá de se deter aí onde o preceito legal, interpretado conforme a Constituição, fique privado de função útil ou onde, segundo o entendimento comum, seja incontestável que o legislador ordinário acolheu critérios e soluções opostos aos critérios e soluções do legislador constituinte.⁴⁸

Quanto à necessidade de desincompatibilização, o Ministro NÉRI DA SILVEIRA afirmou que, se o legislador constituinte optou pela dispensa da cláusula do afastamento ao prever a reeleição, não cabe modificar tal disposição em juízo de controle de constitucionalidade. A Corte desempenha função de Legislador negativo e não de Legislador positivo, para exigir, restringindo direitos, o que foi estabelecido como condição pelo Legislador constituinte. Não se pode introduzir exigência que o constituinte reformador não quis fazer, nem hão que se invocar princípios para criar, por via exegética, cláusula restritiva não desejada pelo constituinte derivado.

O constituinte derivado quis estabelecer a reeleição para os cargos de Presidente, Governador e Prefeito, sem exigir o afastamento definitivo até a data da eleição. Para tanto, considerou a conveniência da continuidade administrativa com o valor significativo no

48 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Lisboa: Coimbra, 1988. Tomo II. p. 233-234.

instituto da reeleição, já que a desincompatibilização “compromete a essência da norma da reelegibilidade para novo e consecutivo mandato”.⁴⁹

Além disso, por ser medida restritiva de direitos, a obrigatoriedade da desincompatibilização, apenas seria possível, se prevista expressamente no texto constitucional, não sendo admissível ao intérprete recorrer a quaisquer outros métodos exegéticos que venham a reduzir direitos fundamentais.

Assim, a reeleição dispensa a desincompatibilização.

O § 6º do artigo 14, da Constituição de 1988, que trata de candidatura “a outros cargos” – se postulada pelo Presidente da República, pelos Governadores de Estado e do Distrito Federal e pelos Prefeitos – rege espécie diversa. No § 6º, do artigo 14, permite-se a elegibilidade, para outros cargos, desde que os titulares do Poder Executivo, destinatários da regra, renunciem aos respectivos mandatos, “até seis meses antes do pleito”.

Com a reeleição, surge a oportunidade ao homem público, no exercício do Poder Executivo, de tornar-se merecedor do sufrágio popular, para a renovação de seu mandato. É um instituto jurídico que beneficia a eleição do administrador competente e probo e que permite a rejeição popular do candidato marcado pela corrupção e imoralidade administrativa.

49 PEREIRA, Francisco. *Reeleição*. Brasília: Senado Federal, 1997. p. 19. O Senador FRANCISCO PEREIRA foi o relator da Emenda da Reeleição (Emenda Constitucional nº 16 de 1997).

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. 2v.

COSTA, Elcias Ferreira da. **Direito Eleitoral, Legislação, Doutrina e Jurisprudência**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. A Reeleição – Tratamento Constitucional. In: **Preleções Acadêmicas**, Caderno nº 1. São Paulo: Centro de Estudos Políticos e Sociais, 1997.

MASCLET, Jean-Claude. **Droit électoral**. France: PUF, 1989.

MENDES, Antônio Carlos. **Introdução à Teoria das Inelegibilidades**. São Paulo: Malheiros, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1986.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Lisboa: Coimbra, 1988. Tomo II.

NIESS, Pedro Henrique Távora. **Direitos Políticos, Condições de Elegibilidade e Inelegibilidades**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Francelino. **Reeleição**. Brasília: Senado Federal, 1997.

SOARES, Humberto Ribeiro. A inelegibilidade e a franksteinização da Constituição. **Jornal Correio Braziliense**, Brasília, 2 mar. 1988. Caderno opinião, p. 9.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

O dano moral e sua reparação remontam aos tempos antigos. Desde o início das civilizações, prevalecia a idéia de que nenhum ato lesivo à pessoa deveria ficar impune, responsabilizando o lesionador a reparar o dano à vítima ou aos seus sucessores.

A caracterização do dano extrapatrimonial é extremamente delicada, pois advém da natureza do direito subjetivo danificado, incidindo no plano valorativo da pessoa na sociedade, o que faz alcançar os aspectos mais íntimos da personalidade humana ou a própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua. Ele gera no cidadão a necessidade de invocar a tutela jurisdicional, movido pela ilicitude da ação do autor da lesão ou pelo risco. Para configurá-lo, é imprescindível a sua comprovação, não bastando a mera alegação da pessoa – física ou jurídica – de ter sido vítima de um ato lesivo que lhe causou constrangimentos ou prejuízos.

A responsabilidade civil, por sua vez, tem a finalidade de restabelecer o equilíbrio social que fora violado pelo dano, originando uma relação obrigacional que tem por objeto a prestação do ressarcimento à vítima, atendendo, dessa maneira, aos anseios sociais, morais e jurídicos dos lesados.

Tentar-se-á, nesta obra, apresentar o *Dano Moral* e a sua extensa plenitude, se nas relações sociais ou consumistas, apesar da complexidade que engendra, pois não se encontra bem estruturado na legislação, erigindo-se num desafio aos que tentam discorrer sobre ele.

1. O DANO MORAL

1.1 Comentários Iniciais

Inicialmente, como forma de facilitar o entendimento do assunto ora abordado, necessário se faz analisar a etimologia das palavras DANO e MORAL.

DANO vem do latim *damnum* e significa prejuízo ou estrago causado a alguém ou a algo. MORAL, oriundo de *moralis*, vem a ser o conjunto de princípios ou valores de conduta, julgados válidos, que regem as normas de uma sociedade. Relaciona-se também com o espírito, o intelecto, o pensamento.

1.2 Conceito de Dano Moral e suas Classificações

O conceito de dano moral corresponde à lesão ao direito subjetivo de alguém que não está ao alcance da esfera material, patrimonial do indivíduo. Exprime sofrimento, dor, sensação desagradável, mágoa, pesar, aflição¹.

O dano moral caracteriza-se por qualquer sofrimento humano, constrangimento o qual não resulta de uma perda material, levando-se em consideração a reputação da vítima, seu pudor, que foi atingido por outrem, que violou seus direitos, ensejando a reparação desse ato ilícito violador. É a defesa do sentimento mais subjetivo da pessoa: a honra².

1 FLORINDO, Valdir. *Dano Moral e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1989. p. 9.

2 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. Rio de Janeiro: Aide, 1996. p. 1, 2 e 3.

O dano moral, também denominado de Dano Imaterial, está consubstanciado nas sensações dolorosas resultantes da violação de um bem juridicamente tutelado, de ordem não-patrimonial. Seja a dor física, oriunda de uma lesão material; seja a dor moral de causa material que perturbe o patrimônio ideal do indivíduo, como por exemplo, a tranqüilidade psíquica do ofendido.

Assim ensina Bittar: diz-se então, morais, os danos experimentados por algum titular de direito, seja em sua esfera de consideração pessoal (intimidade, honra, afeição, segredo), seja na social (reputação, conceito, consideração, identificação), por força de ações ou omissões injustas de outrem, tais como, agressões infamantes ou humilhantes, discriminações atentatórias, divulgação indevida de fato íntimo, cobrança vexatória de dívidas e outras tantas manifestações desastrosas que podem surgir no relacionamento social³.

Segundo a concepção dos tratadistas italianos, a *pateme d'animo* – dor moral – é a de maior repercussão na estrutura psíquica do homem, vez que todos os valores dos seres humanos assentam-se em princípios de ordem moral e espiritual.

Negar tais valores seria ocultar o maior patrimônio humano, sendo esse o propulsor da dinâmica da vida e da razão de viver de cada indivíduo. Se não houver defesa desse acervo ou a sua reparação, o homem se avilta e se desagrega, perdendo os valores fundamentais que integram sua tênue personalidade, caso o lesionador venha a ficar impune.

³ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: RT, 1987. p.259.

O dano imaterial é pressuposto para a responsabilidade civil e envolve um comportamento que vá de encontro ao ordenamento jurídico. Ele emana necessariamente de um desrespeito à lei ou a uma conduta antijurídica.

Por fim, Miguel Reale aponta para a hipótese de que a lesão a um interesse extrapatrimonial pode dar ensejo a danos imateriais objetivos e subjetivos. Será *dano moral objetivo* aquele que atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo o de sua imagem. *Dano moral subjetivo* é o que se correlaciona com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeito a dor ou sofrimento intransferíveis porque ligados a valores de seu ser subjetivo, que o ato ilícito veio penosamente subverter, exigindo inequívoca reparação.⁴

1.3 Elementos

Para caracterizar o dano moral, faz-se necessária a presença de alguns elementos, vejamos.

1. *O lesante* é o agente ativo na realização do ato, é quem dá origem ao pleiteio de reparação do dano moral. É ele quem viola o direito do agente passivo da relação, o lesado, que sofrerá as conseqüências do ato ilícito.

2. *A lesão* é a própria ação violadora do direito. Representa o objeto causador do dano sofrido pela vítima. Ela deve ser comprovada para se poder pleitear uma reparação à luz do ordenamento jurídico.

3. *O ato ilícito* é a ação, que ao ser praticada afronta a Lei e o ordenamento jurídico.

⁴ SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.44.

A compensação do ato ilícito se realiza pela contraposição da alegria à dor: compensa-se o lesado levando-se-lhe, senão na mesma quantidade, pelo menos na mesma qualidade, bens outros, também ideais, também subjetivos, capazes de neutralizar, nele, a mágoa ou a dor sofrida.⁵

1.4 Antecedentes Históricos do Dano Moral

Historicamente, nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes.⁶ Posteriormente, a vingança tornou-se privada, em que prevalecia a justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião – “olho por olho e dente por dente”. Aqui, a única participação do Poder Público era no sentido de declarar quando e como a vítima poderia reproduzir dano idêntico ao experimentado no lesionador, independentemente de ter havido ou não culpa por parte desse, caracterizando a responsabilidade objetiva.

Apesar de grande parte dos historiadores acharem que a primeira noção de que se tem conhecimento acerca do dano e sua reparação, através de um sistema codificado de leis (o Código de Hamurabi), tinha surgido na Mesopotâmia, através de Hamurabi, rei da Babilônia (1792-1750 a.C.) – o Professor Samuel Noah Kramer, da Universidade da Pensilvânia, nos Estados Unidos da América, constatou algo diverso em seus estudos e pesquisas.

5 FLORINDO, op. cit., p. 17.

6 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 9.

Segundo Kramer, a primeira incidência do dano, num sistema codificado, foi descoberta no Código remoto de *Ur Nammu*, o primitivo fundador da terceira dinastia de Ur, do país primitivo dos Sumerianos. Tal código assemelha-se com a velha Lei das XII Tábuas, e é anterior ao Código de Hamurabi e Manu. Nele, apesar dos textos incompletos, já se verificava a preocupação do monarca da época em reprimir a violência e o instinto de vingança, inato no ser humano. O dano moral referia-se puramente aos danos físicos sofridos por alguém, os quais eram reparados através do pagamento de multa.

Posterior ao Código de *Ur Nammu*, surge o Código de Hamurabi, constituído por leis sumérias e acadianas, fruto dos hábitos e costumes de uma civilização pujante e atraente, estabelecendo uma ordem social baseada nos direitos do indivíduo. O princípio predominante do Código era o de que “o forte não prejudicará o fraco”. Era conhecida a preocupação do rei Hamurabi em conferir ao lesado reparação equivalente ao dano sofrido, por isso o axioma primitivo do “olho por olho e dente por dente”.

As ofensas pessoais quando incidiam na mesma classe social eram reparadas à custa de ofensas idênticas. Todavia, o Código incluía também a reparação do dano à custa de pagamento de um valor pecuniário, no intuito de repor as coisas danificadas ou lesionadas ao seu *statu quo ante* ou de compensar monetariamente o lesado pelo sofrimento sentido. A imposição de uma pena econômica consistia, sem dúvida, em uma forma de, à custa da diminuição do patrimônio do lesionador – que por si só constitui uma pena, proporcionar à vítima uma satisfação

compensatória⁷, tentando-se, assim, coibir os abusos de violência e reprimir os sentimentos de vingança.

Nesse Código encontravam-se preceitos que ordenavam ao causador do dano o pagamento de uma indenização em favor da vítima, o que acabou por denunciar o início da moderna *teoria da compensação econômica*, satisfatória dos danos extrapatrimoniais.

No Direito Romano, considerava-se a ocorrência de um dano moral quando uma pessoa era injuriada, ofendendo sua honra ou boa reputação, feita verbal, escrita ou fisicamente. O ofendido, quando se queixava, exigia o pagamento de uma quantia pecuniária certa. O juiz julgava o pedido, mas tinha o arbítrio de aceitá-la totalmente ou então se achasse que a cobrança era absurda, reduzia o **quantum** a ser pago pelo ofensor ao ofendido⁸.

Ex positis, verifica-se que a ação lesionadora do homem sempre esteve presente nos povos, em virtude das deficiências do espírito humano, mas a preocupação de reparação de atos ilícitos sempre existiu desde os primórdios, alterando-se com o passar dos tempos, por meio do aprimoramento contínuo dos institutos jurídicos de cada país, às situações existentes.

1.5 Dano moral e a Constituição Federal Vigente

A Carta Magna em seu artigo 5º, incisos V e X, defende e assegura o direito de resposta alegando que deve ser proporcional ao agravo, além de garantir a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano moral decorrente da violação⁹.

7 REIS, Clayton. *Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 10.

8 SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 20.

9 CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. São Paulo: RT, 1999. p. 52.

A responsabilidade decorre da liberdade. Como o ser humano é livre para manifestar o seu pensamento e para agir quando julgar necessário, ele também deve ser responsável pelas conseqüências oriundas desses exercícios.

São estabelecidos dois tipos de reparação dos danos advindos do exercício da liberdade de expressão: *o direito de resposta*, que corresponde a um desagravo, uma espécie de *reparação "in natura"*, que, no caso, não é condicionado ao elemento culpa e se opera como um dever de conduta de quem tem o poder de divulgar; e *o equivalente pecuniário*, que engloba as parcelas referentes aos danos material e moral, uma vez que o dano à *imagem* não constitui um *tertium genus*, mas uma categoria de dano extrapatrimonial¹⁰.

O inciso X, do artigo 5º, que trata dos direitos da personalidade, é nitido quanto a reparabilidade dos danos imateriais decorrentes de lesão aos direitos constantes daquele dispositivo. Porém, há que destacar que a lesão aos direitos da personalidade é apenas uma das fontes de danos extrapatrimoniais. Em face do §2º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, todos os danos morais são indenizáveis no nosso sistema jurídico:

os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (grifo nosso).

10 SEVERO, op. cit., p. 89.

É na esfera dos valores fundamentais – direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade – consagrados no *caput* do artigo 5º, que se desenvolverão os direitos e garantias expressos pela Constituição. Contudo, a menção expressa à satisfação dos danos imateriais relativos às ofensas aos direitos da personalidade não exclui a sua incidência em outros casos; pelo contrário, induz a ampla aplicabilidade da tese favorável à satisfação de tais prejuízos.

A legislação infraconstitucional ainda não foi adaptada em face dos ajustes constitucionais. Dessa forma, opera-se o fenômeno de compensação das fontes do direito, em que o tratamento dos danos morais vem sendo estabelecido pela construção judicial.

1.6 Dano Moral e o Código Civil

Antes de o Código Civil entrar em vigor, alguns doutrinadores afirmavam que o mal causado por um delito não necessitava de reparabilidade no âmbito civil, manifestando-se a favor da não reparação do dano moral na esfera civil. Diziam que o mal causado pelo delito consistia num simples sofrimento físico ou moral, sem relação direta com o patrimônio do ofendido. Nesse caso, não havia necessidade de pena pecuniária¹¹.

Na época da elaboração do Código Civil, embora germinasse no seio de muitos juristas estímulos para levá-los à aceitação da presença do dano moral na legislação, o receio de inovações e críticas era preponderante.

¹¹ STOCO, RUI. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1999. p. 659.

A própria posição de Clóvis Benviláqua é indicativa das restrições então existentes. Num primeiro momento, o autor do Código Civil posicionou-se no sentido de que os danos morais, muito embora aceitos em nosso direito, não tinham grande amplitude de acordo com o Código; para, num momento posterior, aceitar a posição ampliativa no ressarcimento dos danos morais, modificando a sua posição de que haveria limites objetivos à satisfação dos danos morais, posicionando-se no sentido de que a regra geral estabelecida pelo Código Civil é a indenização do dano, seja ele patrimonial ou moral¹².

Assim, toda ação deve ser precedida de interesse moral ou econômico – artigo 76 – e estando presentes o ato ilícito e a lesão ao direito, deve-se observar a cláusula geral do artigo 159, a qual pressupõe *latu sensu*, e indiscutivelmente, reparação ao patrimônio moral da vítima.

1.7 Dano Moral e o Código de Defesa do Consumidor

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90 – tem sido apontado como um dos mais modernos e avançados do mundo. Inspirou-se em modelos legislativos de países do primeiro mundo, como o dos Estados Unidos, França e Alemanha. Na atualidade, o Brasil é o único país que possui um Código de Defesa do Consumidor, dispondo sobre todos os direitos e deveres do consumidor e do fornecedor na relação de consumo. Através dele, a incidência da existência do dano moral

¹² SEVERO, op. cit., 77.

ficou mais contundente. O artigo 6º elenca os direitos básicos do consumidor; no seu inciso VI, a norma traz a possibilidade de o consumidor ver seu direito reparado, caso sucedam danos patrimoniais e morais ao mesmo, ainda que os danos sejam individuais, coletivos ou difusos.

Pela sua destinação ampla e ilimitada, o Código do Consumidor alcança todos os eventos resultantes da circulação de produtos e serviços, no mercado brasileiro. Do contrário, ele não atingiria aquele ideal de implantação de uma política nacional de defesa do consumidor e de valorização do trabalho humano e da livre iniciativa¹³.

Com relação à responsabilidade de indenizar, o Código adotou a Teoria Objetiva como regra geral – artigo 12. Há exceção, contudo, para os profissionais liberais, reconhecendo-lhes a prerrogativa de apenas responderem pelos danos quando provada a culpa. Há, também, a regra da responsabilidade solidária se todos concorrerem para causação do evento danoso (art. 7º, § único). As suas regras são aplicáveis a entidades públicas ou privadas, se caracterizada a relação de consumo.

O preceito *lex posterior generalis non derogat priori speciali* pode ser invocado naquilo que não houver incompatibilidade com o novo diploma.

1.8 Dano Moral à Pessoa Jurídica

Urge, inicialmente, lembrar que o assunto do dano moral à pessoa jurídica não é pacífico na doutrina brasileira. Por longo tempo a dor foi considerada elemento

13 MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. *Bessarcimento de Danos Pessoais e Materiais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 384.

essencial do dano moral, caracterizando a concepção subjetiva do dano. Um dos adeptos dessa teoria é o doutrinador Wilson Melo da Silva, que inadmitte a possibilidade de as pessoas jurídicas serem passíveis de danos morais. Segundo ele, seria um absurdo as pessoas jurídicas, em si, reclamar ativamente indenização por danos morais, cabendo apenas sua responsabilização passiva. Conclui que o dano moral gera prejuízo ao patrimônio ideal da pessoa, à capacidade afetiva e sensitiva, inerentes apenas aos seres humanos.

Porém, a redução do dano moral à dor está ultrapassada. A maioria de doutrinadores admite a ocorrência de danos morais à pessoa jurídica. É indubitoso, portanto, que a pessoa jurídica é titular de honra objetiva, fazendo jus à indenização por dano moral sempre que o seu bom nome, credibilidade ou imagem forem atingidos por algum ato ilícito¹⁴. É bom lembrar que a Constituição Federal ao mencionar o termo pessoa (artigo 5º, X), utiliza-o *latu sensu*, não fazendo distinção entre pessoa física ou jurídica para garantir o pleiteio da indenização.

A honra subjetiva é aquela inerente à pessoa física em sua íntima personalidade, podendo ser ofendida por atos que atinjam a sua dignidade, sua auto-estima, causando-lhe dor, humilhação, vexame. É o dano moral. A honra objetiva, externa ao sujeito, está inerente à admiração, ao respeito próprio, às considerações dispensadas a qualquer pessoa, que em havendo essa ofensa, ela vai repercutir na vida social da pessoa. Haverá distorção na reputação do ofendido. Assim, há a caracterização do dano moral à pessoa jurídica.¹⁵

14 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 85.
15 STOCO, op. cit., p. 727.

Ao se falar em *dano moral à pessoa jurídica* deve-se ter presente a lesão a bens do seu patrimônio imaterial, mais precisamente, lesões ao seu bom nome, conceito e crédito perante a sociedade, que ocasionam prejuízo no desempenho e resultado de suas atividades. Forçoso, todavia, é reconhecer que a lei que trata das relações de consumo traz uma brecha no sentido de indenizar a pessoa jurídica pelos danos extrapatrimoniais. O artigo 6º proclama os direitos básicos do consumidor, e dentre eles, encontra-se o direito “a prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. Ora, se todo consumidor tem direito a reparação por danos morais sofridos, a pessoa jurídica também tem, posto que no artigo 2º do mesmo diploma legal, considera-se consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço.

Assim, restou demonstrada a possibilidade jurídica de indenizar as pessoas jurídicas por danos morais decorrentes de atos ilícitos, levando-se em consideração a sua honra objetiva e os ditames constantes do Código de Defesa do Consumidor.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Comentários Iniciais

Responsabilidade advém do verbo latino *respondere*, que significa o fato de ter alguém se constituído garantidor de alguma coisa. Tal vocábulo tem raiz latina *pondeo*, fórmula utilizada nos contratos verbais do Direito Romano, que vinculava o devedor a uma obrigação.

Nas fontes históricas da responsabilidade, tenta-se encontrar a noção para a reparação do dano. A Bíblia Sagrada representou um grande progresso na questão da responsabilidade quando determinou que “cada um deverá responder pelos atos praticados”, em Deuteronômio. Em seguida, a Lei de Talião constituiu uma limitação à responsabilidade a partir do momento em que restringiu a reparação ao dano causado a alguém, de acordo com a Lei das XII Tábuas, que teve vigência durante a primeira fase do Direito Romano¹⁶.

A Responsabilidade civil consiste em reparar um dano decorrente de uma culpa ou de uma circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida ou circunstância meramente objetiva. Maria Helena Diniz, em sua obra intitulada *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol.7, ed.Saraiva, ano 2000, pág.34, entende que;

responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

A responsabilidade civil advém de uma situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha providências, que podem ou não estar previstas¹⁷.

¹⁶ SILVA, Wilson Melo da Silva. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.44

¹⁷ STOCO, op. cit., p.58

A regra básica é que a responsabilidade civil pressupõe idéia de culpa, no tocante ao descumprimento de uma obrigação por uma das partes da relação jurídica. Mas há exceções em que a responsabilidade civil é objetiva, isto é, independe de culpa.

2.2 Elementos e Espécies

Para a caracterização da responsabilidade civil faz-se necessária a presença de três elementos:

- 1) ação do agente lesante;
- 2) nexa causal;
- 3) dano.

Ação do agente lesante é a ação – comissiva ou omissiva – qualificada juridicamente. Resulta do comportamento ilícito ou lícito praticado pelo agente ativo (lesante) da relação jurídica. Ter-se-á como ilícita a conduta que contrariar dever geral previsto no ordenamento jurídico. E, no que concerne à conduta lícita, há hipóteses em que, ainda que se proceda de forma legal, dever-se-á reparar o dano quando o ressarcimento desse não se liga à idéia de culpa, deslocando a responsabilidade nela fundada para o risco.

O *nexo causal* é o liame existente entre o ato lesivo e o dano causado ao agente lesado (agente passivo). Diz-se que o nexa causal é o fato gerador da responsabilidade, pois o dever de reparar não existirá sem que haja o vínculo entre a ação e o dano. O nexa representa uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de forma que essa seja tida como

sua causa. Há que se atentar que o dano não precisa resultar imediatamente do fato que o produziu. Basta provar que o dano não ocorreria se o fato não tivesse ocorrido.

O dano, por sua vez, é o resultado dessa prática abusiva. No entender de Maria Helena é o

*dano moral ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde, ou por um fato de animal ou coisa a ele vinculada. Não pode haver responsabilidade civil sem dano, que deve ser certo, a um bem ou interesse jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão.*¹⁸

A responsabilidade civil pode apresentar-se sob diferentes espécies, conforme a perspectiva em que se a analisa. Assim sendo, poderá ser classificada:

- 1) quanto ao seu fato gerador;
- 2) em relação ao seu fundamento;
- 3) relativamente ao agente.¹⁹

Quanto ao seu fato gerador a responsabilidade será contratual ou extracontratual (aquiliana). Contratual quando advém de uma inexecução contratual. Extracontratual quando resulta da violação de dever legal de não fazer, concernente aos direitos reais ou de personalidade. É a lesão ao direito do outro, sem que preexista entre lesionador e lesado qualquer relação jurídica. O ônus de provar a culpa do agente caberá à vítima, lembrando que essa responsabilidade delitual baseada na culpa abrangerá, também, a responsabilidade sem culpa fundada no risco.

¹⁸ DINIZ, *op. cit.*, p. 36.
¹⁹ *Idem*, p. 109.

Em relação ao fundamento, a responsabilidade civil poderá ser subjetiva e objetiva. Subjetiva se o dano à pessoa se justificar pela culpa ou dolo, na ação ou omissão do agente lesivo. Dessa forma, será imprescindível provar a culpa do agente, para surgir o dever de reparar o dano. E será objetiva quando fundada no risco, ou seja, a obrigação de reparar o dano causado à vítima ou a seus bens independe da modalidade da culpa, sendo irrelevante a conduta culposa ou dolosa do agente causador do dano, bastando, tão-somente, a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido e a ação do agente.

Relativamente ao agente, a responsabilidade de quem causou o dano poderá ser direta ou indireta. Se o ato lesivo for praticado pelo próprio sujeito ativo, será tida como direta a responsabilidade. Porém, se a responsabilidade se origina de ato de terceiro, vinculado ao agente, fato animal ou coisa inanimada sob sua guarda, será tida por indireta ou complexa.

2.3 Função da Responsabilidade Civil

A função primordial da responsabilidade civil é a de obrigar o agente ativo da relação jurídica a reparar os prejuízos causados ao lesado, independentemente do dano ter sido gerado pelo cumprimento ou descumprimento de uma obrigação. O que se tem como indispensável é o restabelecimento do equilíbrio da relação.

O ser humano, porque dotado de liberdade de escolha e de discernimento, deve responder por seus atos. A liberdade e a racionalidade, que compõem a sua essência, trazem-lhe, em contraponto, a respon-

sabilidade por suas ações ou omissões, no âmbito do direito, ou seja, a responsabilidade é corolário da liberdade e da racionalidade.²⁰

Hoje em dia, a Responsabilidade Civil é um ponto fundamental para que a reparação por danos morais sofridos se efetive. Ela nasce da ilicitude da conduta do agente, de sua conduta que contrasta com os dispositivos normativos relativos à matéria.²¹

A reação legal da responsabilidade civil surge com a perda ou diminuição do patrimônio do lesado ou dano moral à pessoa, devido à ilicitude da ação do autor da lesão ou do risco. Tal responsabilidade tem função indenizatória ou reparadora, servindo para assegurar os direitos inerentes aos indivíduos e configurando-se como sanção civil, de cunho compensatório, mediante reparação do dano causado.

Leciona Maria Helena que a responsabilidade civil constitui uma sanção civil, por decorrer de infração de norma de direito privado, cujo objetivo é o interesse particular, e, em sua natureza, é compensatória, por abranger indenização ou reparação de dano causado por ato ilícito, contratual ou extracontratual, e por ato lícito.²²

2.4 A Responsabilidade Civil e o Dano Moral

O dano moral encontra guarida no âmbito da responsabilidade civil, que há muito tempo agasalha o princípio geral de direito sobre o qual se funda a obrigação de indenizar.²³

20 BITTAR, *op. cit.*, p.23

21 MATIÊLO, Fabrício Zampogna, *Dano Moral, Dano Material e Reparações*. Porto Alegre: Sagra-Luzzato, 1998, p.25

22 DINIZ, *op. cit.*, p.7

23 BITTAR, *op. cit.*, p.25

O ordenamento jurídico tutela os valores mais íntimos da personalidade punindo o ofensor das agressões injustas, dando ao titular do direito subjetivo violado a defesa contra os danos causados e sua posterior reparação. Assim, não há dúvida de que a reparação do dano moral encontra abrigo no nosso direito positivo. O artigo 76, parágrafo único, do Código Civil estatui que é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral, para propor ou contestar uma ação. O interesse moral concerne apenas ao autor ou à sua família. Se o interesse moral justifica a ação, é lógico que dito interesse é passível de reparação.

Embora a dor sofrida oriunda de um dano à moral seja 'indenizável', sabe-se que a prestação pecuniária dela decorrente tem meramente função satisfatória, pelas vantagens que o dinheiro pode proporcionar, procurando apenas amenizar os males e sofrimentos ou seja, compensa-se até certo ponto o dano injustamente causado, visto que o bem moral é insuscetível de aferição econômica. O valor pecuniário terá caráter concomitantemente satisfatório para a vítima e punitivo para o lesante, resultando numa função de justiça corretiva ou sinalagmática, por conjugar, simultaneamente, a natureza satisfatória para a vítima e a natureza penal, para o lesionador.

Na avaliação do dano moral, o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável.²⁴

²⁴ Idem, p. 89.

O dano moral pode ser demonstrado por todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive pelas presunções estabelecidas para determinadas pessoas da família da vítima.²⁵

2.5 A Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo

O artigo 5º da atual Lei Maior, no seu inciso XXXII, dispõe que o Estado promoverá a defesa do consumidor, garantindo-lhe essa quando sentir-se prejudicado por um ato ilícito praticado pelo fornecedor.

Em 1991, entrou em vigor a Lei nº 8.078/90, baseando-se na Constituição Federal de 1988, trazendo garantias aos direitos do consumidor e defesa a outros direitos peculiares das relações de consumo. Apenas essas serão regidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Quanto às regras de consumo, revogam-se as normas do Código Civil, Código Comercial e demais leis extravagantes, prevalecendo a norma específica do Código de Defesa do Consumidor.

As relações civis e comerciais que não se enquadram no conceito de *relações de consumo* continuam a ser reguladas por suas leis específicas, não tendo havido revogação ou alteração das disposições dos Códigos Civil e Comercial, nem de leis extravagantes que disciplinam normas sobre as relações jurídicas civis ou comerciais. Ao revés, naquilo em que o CDC for omissivo, são aplicáveis às relações de consumo as dispo-

²⁵ Idem, p. 92.

sições dos Códigos Civil, Comercial, Processual Civil, Penal, Processual Penal e demais leis extravagantes, por extensão ou analogia.²⁶

A responsabilidade civil do fornecedor representa um inovador e significativo avanço na proteção ao consumidor, vez que objetiva repará-lo dos prejuízos causados pelo fornecimento de produtos ou serviços defeituosos. Ela torna-se fundamental quando posto à esfera do consumidor um produto ou serviço defeituoso, que venha lhe causar algum dano. Não cabe ao fornecedor de produtos ou serviços, devidamente individualizado no artigo 3º do Código do Consumidor, alegar que inexistente culpa com relação ao dano ocorrido, posto que sua responsabilidade, por determinação do novo Código, tornou-se objetiva, independentemente de averiguação de dolo ou culpa.

A regra geral que deve presidir à responsabilidade civil fundamenta-se na idéia de culpa mas não é o suficiente para atender às imposições do progresso. Cumprido ao legislador fixar os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva.²⁷

Havendo a relação jurídica, a causa, a conseqüência e o nexo causal, não se discute a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou serviço prestado.

26 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 814

27 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. V. III, p. 371

2.6 Elementos da Relação de Consumo

Imprescindível se faz a identificação da figura do fornecedor. Na visão de Eduardo Gabriel Saad, o sujeito ativo e lesante da relação de consumo caracteriza-se desta forma: "É toda pessoa física ou jurídica que oferece o serviço, seja uma entidade pública, ou uma entidade privada; nacional ou internacional; e até despersonalizada, mas se ofereceu produto ou serviço com defeito, será responsabilizado civilmente e responderá pelo ato".²⁸

O consumidor, por sua vez, é o agente passivo e lesado da relação, definido no artigo 2º do Código do Consumidor. Trata-se de toda e qualquer pessoa física ou jurídica que venha a utilizar bens ou serviços oferecidos pelo fornecedor. A pessoa jurídica comportará o pólo passivo da relação de consumo quando os produtos ou serviços adquiridos por ela não estiverem aptos para sua utilização, trazendo-lhe prejuízos.

Na análise do artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que não cabe ao fornecedor se eximir da obrigação de reparar os gastos sofridos pelo consumidor. A partir do momento em que o fornecedor se propõe a colocar no mercado produto ou serviço e esse não é adequado, acarretando dano ao consumidor adquirente, o fornecedor é obrigado a arcar com as conseqüências do ato danoso. Há, no entanto, circunstâncias em que o fornecedor se eximirá da responsabilidade de reparar o dano à moral do consumidor. São os casos de excludente de responsabilidade, que serão tratados posteriormente.

28 SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LT, (1977), p. 32

Em síntese, são elementos da relação de consumo, segundo o CDC: a) como sujeitos, o fornecedor e o consumidor; b) como objeto, os produtos e serviços; c) como finalidade, caracterizando-se como elemento teleológico das relações de consumo serem elas celebradas para que o consumidor adquira produto ou se utilize de serviço "como destinatário final" (art.2º, *caput*, última parte, CDC).²⁹

2.7 A Responsabilidade Civil e o Acidente de Trabalho

A atual Carta Magna consagrou a autonomia entre o ressarcimento previdenciário da lesão sofrida pelo obreiro em acidente de trabalho e a responsabilidade civil comum do empregador, podendo ocorrer a cumulação de ambos, quando se configurar dolo ou culpa patronal no evento danoso. Justamente por ser inerente à atividade laboral, no desempenho das práticas comerciais e industriais, um certo risco, a ordem jurídica instituiu o seguro de acidentes do trabalho, tornando-o exigível em caráter objetivo, sem qualquer conotação com elemento culpa, obrigando o empregador ao seu custeio perante a Previdência Social.³⁰

A Constituição Federal previu que concorrendo culpa ou dolo do empregador, no acidente de trabalho, esse estará sujeito à responsabilidade civil de direito comum, sem prejuízo da indenização previdenciária. Para que surja o dever paralelo de responder pela reparação de direito comum, é necessário que, no caso

²⁹ GRINOVER, *op.cit.* p.430

³⁰ THEODORO JÚNIOR, *op.cit.*, p.30

concreto, seja provado que o empregador concorreu para o dano, havendo violação das normas de segurança obrigatórias em que se desenvolvia o trabalho.

O ressarcimento de dano moral, na espécie, somente será imputado ao empregador se o autor da ação indenizatória cumprir, adequadamente, o ônus da prova quanto à infração praticada pelo réu, no fato configurador da causa acidente.³¹

Segundo o entendimento dominante, apenas haverá responsabilidade objetiva quanto à reparação acidentária, a devida pelo órgão previdenciário e satisfeita com os recursos do seguro obrigatório, custeado pelos empregadores, que se destina a fazer face aos riscos da atividade econômica com relação ao infortúnio laboral. Isso ocorre porque há que se distinguir indenização oriunda da infortunistica, da fundada na responsabilidade civil do direito comum. Na indenização pelo risco da atividade são aplicáveis os princípios da responsabilidade objetiva ou da culpa presumida; enquanto que na responsabilidade aquiliana será necessária a existência de culpa por parte do empregador. Conseqüentemente, visando ao ressarcimento do dano moral decorrente da relação de trabalho, o empregado, ou seus sucessores, devem provar a infringência, por ação ou omissão, do empregador, das normas de higiene e segurança previstas para a atividade e que tal procedimento resultou no dano.

³¹ *Idem*, p.31

2.8 A Responsabilidade Civil e o Estado

A responsabilidade civil aquiliana do Estado, no caso de atos ilícitos, sejam eles comissivos ou omissivos, é consequência do princípio da legalidade.

O Estado, sendo pessoa jurídica de direito público, não foge à regra. Sua responsabilidade rege-se por princípios próprios, visto que os danos que causa advêm do desempenho de funções que visam a atender a interesse da sociedade, não sendo justo que somente algumas pessoas sofram com o evento lesivo oriundo de atividade exercida em benefício de todos.³² O Estado tem o dever de reparar economicamente os danos a ele imputáveis em consonância de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos. Sendo pessoa jurídica, não tem vontade ou ações próprias, mas se manifesta por seus agentes (servidores públicos) e por entes privados que exerçam as suas atividades. A responsabilidade civil do Estado oscila entre as teorias do risco e da culpa. Esta será subjetiva, baseando-se na falta pessoal do serviço público. Aquela decorre de comportamento comissivo danoso.

3. DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL

3.1 Comentários Iniciais

Desde a antiguidade a figura do dano moral já se achava presente nas civilizações. Óbvio que não com essa denominação ou nitidez que hoje alberga, mas

³² DINIZ, op. cit., p.621.

qualquer comportamento que causasse uma dor subjetiva em alguém era passível de punição. Isso se dava, principalmente, quando se injuriava alguém ou quando se adentrava na intimidade das relações conjugais. Essa antiga preocupação encontra-se consubstanciada no Código de Hamurabi, atualmente gravado numa estela de basalto negro, conservado no Louvre. No mencionado Código, as ofensas de ordem pessoal eram reparadas à custa de ofensas idênticas, se fossem da mesma classe social. A reparação do dano também era satisfeita por meio do pagamento da pecúnia, valor monetário.

A idéia de reparação por dano moral satisfeito através de valores pecuniários pagos tinha por objetivo repor as coisas danificadas ou lesionadas ao seu *statu quo ante* ou, não sendo possível, dar uma compensação monetária à vítima em razão do sofrimento por ela experimentado. A pena pecuniária, além de causar uma diminuição no patrimônio do lesionador, o que já constituía uma pena, buscava proporcionar à vítima uma reparação, através de uma satisfação compensatória.

Essa questão da reparação do dano moral, na antiguidade, demonstra a sua remota origem e evolução no tempo, alcançando, atualmente, uma amplitude gloriosa, fazendo-se presente nas normas jurídicas da maioria dos países.

A reparação do dano moral foi prevista expressamente em 1988, quando da vigência da atual Constituição Federal, através de seu artigo 5º, incisos V e X, pois até então, a reparação por danos era prevista de forma bastante tímida pelo artigo 159 do Código Civil.

Em princípio, qualquer dano deve ser reparado, incluindo-se aí o dano moral. Essa reparação está fundamentada na questão de que o indivíduo, a par do patri-

mônio em sentido amplo, é titular de direitos integrantes de sua personalidade; então, a ordem jurídica não pode abarcar impunemente uma violação que os atinja.³³

A reparação pelo dano moral tem como finalidade principal oferecer uma espécie de compensação ao lesado, a fim de atenuar o dano sofrido na esfera íntima da pessoa. Como se vê, ela é meramente compensatória, por ser a única forma capaz de estabelecer o equilíbrio de valores, já que não se pode mais voltar ao *statu quo ante*. O sofrimento humano, a dor, mágoa ou angústia não são pagos por valores pecuniários. Esses serão utilizados como lenitivos para atenuar, em parte, as conseqüências do prejuízo sofrido, como forma de melhorar o seu futuro, superando o *deficit* acarretado pelo dano. Paralelamente à reparação pecuniária de cunho compensatório ou satisfatório haverá uma sanção à conduta ilícita do causador do dano, visando a impedi-lo de praticar nova lesão.

O âmbito do ressarcimento do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro apresenta uma amplitude gritante. O artigo 159 do Código Civil aponta para a obrigação de reparar os danos decorrentes da violação de direito ou de prejuízos causados a outrem. A Carta Magna, por sua vez, traz no inciso X, do seu artigo 5º, que devem ser indenizados quaisquer danos decorrentes da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

No singular entender de José Afonso da Silva, a vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais,

33 MATIÉLO, op. cit., p.53

como morais. A Constituição empresta muita importância à moral como valor ético-social da pessoa e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social (artigo 221,IV). Ela, mais que as outras, realçou o valor da moral individual, tornando-a mesmo um bem indenizável (art.5º, V e X). A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação. Daí porque o respeito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental.³⁴

Lembra, ainda, que a Constituição garante aos presos o respeito à sua integridade física e moral (artigo 5º, XLIX), como forma de inibir o excesso de poder das autoridades sobre os mesmos. Inferese do contexto apresentado a amplitude da incidência do dano moral. Assim, qualquer lesão ou mal de ordem subjetiva, seja no âmbito civil, penal, tributário, comercial, dentre outros, que transforma ou desassossega o estado ideal das pessoas, resultando em constrangimentos ou desgostos, interrompendo-lhes o equilíbrio psíquico, constitui causa eficiente para reparar o dano moral, se comprovado.

A abrangência do dano moral não pode apenas se restringir à narrativa dos fatos e tampouco ao mundo dos autos. Na verdade, o julgador, quando aprecia o pleito de danos morais pela lesão de um bem, não pode desconsiderar o raio de abrangência dos efeitos oriundos da ação lesiva. A dor deve ser levada em considera-

34 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p.184

ção, sobretudo quando está diretamente associada a certos fatores como posição social, importância e valor do bem lesado ou perdido etc.

3.2 Legitimidade para Pleitear a Indenização

A reparação do dano moral sofrido deverá ser pleiteada por quem detém a *legitimatio ad causam*, ou seja, pelo próprio lesado. Dependendo do tipo de dano pleiteado, podem ser legitimadas algumas pessoas ligadas afetivamente ao ofendido, senão vejamos:

Além do próprio ofendido, poderão reclamar a reparação do dano moral seus herdeiros (CC, artigo 1.526), seu cônjuge, membros de sua família (RT, 515:69), seus dependentes econômicos e, em certas hipóteses, sua concubina, desde que a vítima não seja casada e as suas relações não sejam incestuosas. A ação ressarcitória só poderá ser exercida pelo lesado direto ou indireto ou por seu representante, se absoluto ou relativamente incapaz, não podendo ser efetivada a sua revelia, e por intervenção espontânea do Ministério Público ou pelo juiz de ofício.³⁵

Tratando-se das relações de consumo, pode-se exercer a defesa de forma individual ou coletiva (art. 81, § único do CDC). O sistema de tutela de interesses e direitos do Código de Defesa é aplicado aos consumidores e às vítimas do evento, posto que o art. 17, para efeitos de "responsabilidade pelo fato do produto e do serviço" dispõe expressamente que se equiparam aos con-

³⁵ DINIZ, op. cit., p. 143.

sumidores todas as vítimas do evento. Com relação à defesa coletiva, serão legitimadas todas as pessoas constantes do artigo 82 do mesmo diploma legal.

3.3 Reparação do Dano Moral na Relação de Consumo

Não há se negar que diante da evolução industrial e tecnológica da atualidade, todas as pessoas – físicas ou jurídicas – são fornecedores ou consumidores, vale dizer, agentes ou destinatários finais de bens ou serviços colocados no mercado de consumo.

No pólo ativo da relação jurídica de consumo figura o fornecedor, assim entendido o operador econômico, pessoa física ou jurídica, que participa do ciclo produtivo-distributivo, desenvolvendo atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (cf. art. 3º). No pólo passivo da mesma relação se encontra o consumidor, pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (cf. art. 2º).³⁶

A colocação de produtos ou serviços no mercado a cargo dos fornecedores, suscita, *in genere*, a relação de responsabilidade decorrente da violação de direitos tutelados pela relação de consumo. Aqui, invertem-se os papéis, pois os consumidores passarão a figurar o pólo ativo da relação de responsabilidade, visando a reparar-se dos vícios de qualidade ou quantidade de bens ou serviços,

³⁶ GAINOVER, op. cit., p. 151.

bem como dos danos decorrentes dos acidentes de consumo.

A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço advém da exteriorização de um vício de qualidade, isto é, de um defeito capaz de frustrar a legítima expectativa do consumidor quanto à utilização ou fruição. Entende-se por defeito ou vício de qualidade a qualificação de desvalor atribuída a um produto ou serviço por não corresponder à legítima expectativa do consumidor, quanto à sua utilização ou fruição (falta de adequação), bem como por adicionar riscos à integridade física (periculosidade) ou patrimonial (insegurança) do consumidor ou de terceiros.³⁷

O Código aponta dois tipos de responsabilidade, quais sejam, por vícios de qualidade ou quantidade de produtos/serviços, e por danos causados a consumidores e terceiros, ditos acidentes de consumo. O artigo 12 trata dos danos decorrentes dos vícios de qualidade da *res*. A responsabilidade do fornecedor por tais vícios alcança o consumidor e terceiros (cf. art. 17) e supõe a existência de três requisitos: defeito do produto, dano e relação de causalidade entre defeito e o *eventus damni*.

Ressalta-se que, se o produto ou serviço não apresentarem vício de qualidade, mas vício de informação, caso em que as informações sejam insuficientes ou inadequadas a sua utilização e riscos, haverá a obrigação de indenizar se houver acidente de consumo.

Uma inovação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor é a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços. Anteriormente a ela, reinava a

³⁷ GRINOVER, op. cit. p. 152.

responsabilidade civil contida no artigo 159 do Código Civil, fundada na culpa em sentido subjetivo. No entanto, as relações sociais evoluíram assustadoramente, gerando a imprescindibilidade de se criarem novas normas capazes de exigirem o ressarcimento de danos, sacrificando a culpa, quando necessário. A obrigação de indenizar sem culpa surgiu por se considerar que certas atividades humanas geram risco especial para os demais e que o exercício de alguns direitos deve implicar ressarcimento dos danos causados. Surge daí a teoria do risco, que passou a desconsiderar a culpa para a reparação de determinados danos.

No âmbito das relações de consumo, os lineamentos da responsabilidade objetiva foram logo acolhidas e denominadas “responsabilidade pelo fato do produto”: não interessava investigar a conduta do fornecedor de bens ou serviços, mas somente se deu causa (responsabilidade causal) ao produto ou serviço, sendo responsável pela sua colocação no mercado de consumo.³⁸

O artigo 12, ao dispor que o fabricante, produtor, construtor e importador respondem pela reparação dos danos causados, independentemente de culpa, demonstra que o Código acolheu, indubitavelmente, os postulados da responsabilidade objetiva, desconsiderando do plano probatório quaisquer investigações relacionadas com a conduta do fornecedor. Atenta-se que a abolição do elemento subjetivo da culpa não exclui o defeito do produto, o evento danoso ou a relação de causalidade entre ambos.

³⁸ *Idem*, p. 156.

Contudo, há uma exceção ao princípio da objetivação da responsabilidade civil por danos, no parágrafo 4º, do artigo 14. Trata-se do fornecimento de serviços por profissionais liberais, em que a responsabilidade só ocorrerá mediante verificação de culpa. Desta feita, o profissional deve provar em juízo (inversão do ônus da prova) que não laborou com equívoco, nem agiu com imprudência ou negligência no desempenho de suas atividades.

Por fim, restando provado que houve dano a moral do consumidor ou de terceiro, e comprovada a participação lesiva do fornecedor no evento, esse deverá ressarcir os prejuízos oriundos do ilícito praticado. É da propriedade da lei a previsão da reparabilidade de danos morais decorrentes do sofrimento, da dor, de perturbações emocionais e psíquicas, do constrangimento, da angústia ou de desconforto espiritual causados por um bem ou serviço defeituoso ou inadequadamente fornecido.³⁹

3.4 Da Fixação do *Quantum* Indenizatório

O problema mais sério suscitado pela admissão da reparabilidade do dano moral reside na quantificação do valor econômico a ser reposto ao ofendido. No caso de dano moral, a apuração do *quantum* indenizatório é complicada, porque o bem lesado não se mede monetariamente, ou seja, não tem dimensão econômica ou patrimonial.⁴⁰

39 CAHALI, *op. cit.*, p. 81.

40 CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 81.

Não há, no direito brasileiro, qualquer parâmetro que avalie o dano moral, na medida que lhe são atribuídos valores casuísticos e esparsos em dispositivos do Código Civil e Legislação especial. Cada indivíduo possui um contexto social, um comportamento e moralidade própria na medida que é detentora de um patrimônio pessoal que lhe é único. O nível intelectual, social e econômico de um indivíduo estabelece padrões de comportamento que influem na construção das regras de moralidade pessoal e social.

Para fixação do *quantum* a indenizar numa relação que enseja o dano moral, faz-se mister uma minuciosa análise para averiguar se o ato ilícito praticado realmente contrariou a moral do titular do direito abalado. O ato ilícito, por ação ou omissão, gera ao autor da lesão a obrigação de reparar o dano, e essa reparação de natureza pessoal se resolve pelo pagamento de uma quantia em dinheiro. Portanto, é iniludível, na doutrina e jurisprudência brasileira, o dever de reparar os danos morais.

Na avaliação do dano moral, o órgão julgante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável, vez que a reparação do dano moral tem dupla finalidade: a de satisfazer a vítima e a de punir o ofensor, desestimulando-o à prática de novos danos.

4. DAS EXCLUDENTES DE INDENIZAÇÃO

As causas ou cláusulas exonerativas de responsabilidade são fatores presentes em nosso direito. O douto Sérgio Cavalieri atesta que a "cláusula exonerativa não

exime a responsabilidade ou o dever de indenizar na obrigação assumida; o que ocorre é o afastamento da reparação do dano".⁴¹

No âmbito civil a exclusão da responsabilidade de indenizar ocorrerá nestes casos:

a) *Por culpa exclusiva da vítima*: a vítima arcará com todos os prejuízos oriundos do evento danoso causado exclusivamente por ela.

b) *Por culpa concorrente da vítima e do agente*: cada um responderá pelo dano, na proporção em que concorreu para ele. Haverá, nesse caso, uma atenuação da responsabilidade, caso em que a indenização será, em regra, devida pela metade.

c) *Por culpa comum*: quando vítima e ofensor causam culposa e conjuntamente o mesmo dano, ocorrendo a compensação de reparações, se as partes estiverem em posição de igualdade. Dessa maneira, inexistirá qualquer indenização por perdas e danos.

d) *Por culpa de terceiro*: se alguém for demandado para indenizar um prejuízo que lhe foi imputado pelo autor, poderá pedir a exclusão de sua responsabilidade se a ação que provocou o dano foi devida exclusivamente a terceiro. Para haver a exoneratória do fato de terceiro será necessário: 1- que o dano se ligue ao fato de terceiro por relação de causa e efeito; 2- que o fato de terceiro não tenha sido provocado pelo ofensor, para não haver culpa concorrente; 3- o fato de terceiro ser ilícito; 4- que o fato seja normalmente imprevisível e inevitável, embora não precise provar sua absoluta irresistibilidade e imprevisibi-

⁴¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p.389.

lidade. A jurisprudência tem entendido não ser cabível tal excludente no caso de transporte, pois havendo dano, e a culpa sendo de terceiro, o transportador deverá responder pelo dano e, posteriormente, ingressar com ação regressiva contra o terceiro.

e) *Por caso fortuito ou força maior* – aqui restam presentes dois requisitos: um de ordem objetiva, pela inevitabilidade do evento, e o outro, de ordem subjetiva, pela ausência de culpa na produção do acontecimento. Cessa-se, então, a responsabilidade do agente.

Todas as causas excludentes da responsabilidade civil devem ser devidamente comprovadas e examinadas com cuidado pelo órgão julgante, por importarem exoneração do ofensor, deixando o lesado sem a composição do dano sofrido.⁴²

Além daquelas excludentes, há na seara contratual a cláusula de não indenizar.

Quanto à cláusula de não indenizar, ela vai se formar por consentimento bilateral, em que haverá a anuência das partes contratantes. Ela visa à anulação, modificação ou restrição das conseqüências normais de um fato da responsabilidade do beneficiário da estipulação.⁴³

Essa cláusula provoca muita divergência no tocante a sua aceitação e só será admitida em determinados casos. A sua admissão tem por base a questão da autonomia da vontade convergente das partes contratantes, com a condição que ela não venha a ferir a ordem pública e os bons costumes.⁴⁴

⁴² DWIZ, op. cit., p. 99

⁴³ STOCO, op. cit., p.88

⁴⁴ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro, *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p.55

No âmbito das relações de consumo, a cláusula de não indenizar é inadmissível. Isso acontece porque no próprio art. 6º do Código de Defesa do Consumidor está prevista a indenização por Danos Morais ou Patrimoniais ocorridos. As normas de proteção e defesa ao consumidor são tidas como normas de Ordem Pública e por isso são inderrogáveis pelas partes. Caso ela venha a ser alegada na relação de consumo, será nula de pleno direito, conforme expõe o art. 51, I do Código de Defesa do Consumidor, pois será considerada uma cláusula abusiva.⁴⁵

Embora o Código do Consumidor tenha acolhido os postulados da responsabilidade objetiva, há um elenco de hipóteses que mitigam tal responsabilidade, denominadas causas excludentes. O parágrafo 3º do artigo 12 traz três causas que eximirão da responsabilidade o fabricante, produtor, construtor ou importador, se provarem: I – que não colocaram o produto no mercado; II – que, embora tenham colocado o produto no mercado, não há defeito e III – que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Exemplifica-se a primeira hipótese quando ocorre furto ou roubo de produtos defeituosos estocados em estabelecimento e, em seguida, são postos à venda, à revelia do fornecedor. Atenta-se que não elide a responsabilidade do fornecedor quando o produto foi introduzido no mercado de consumo gratuitamente, com fins filantrópicos ou com objetivos publicitários. Com relação à segunda hipótese, os acidentes de consumo, a princípio, supõem a manifestação de um defeito do

45 *Idem*, p. 54

produto ou serviço, e, posteriormente, um evento danoso. Se o produto não tem vício de qualidade ocorre a ruptura da relação causal que determina o dano, afastando a responsabilidade do fornecedor. Por fim, a terceira causa trata da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. A investigação da conduta culposa do consumidor ou de terceiro será realizada pelo fornecedor, em decorrência do princípio da inversão do ônus da prova.

Lembra-se que a culpa exclusiva é inconfundível com a culpa concorrente: no primeiro caso, desaparece a relação de causalidade entre o defeito do produto e o evento danoso, dissolvendo-se a própria relação de responsabilidade; no segundo, a responsabilidade se atenua em razão da concorrência de culpa, e os aplicadores da norma costumam condenar o agente causador do dano a reparar pela metade o prejuízo, cabendo à vítima arcar com a outra metade.⁴⁶

Ainda com relação a acidentes de consumo, o comerciante, tratado por alguns como parte subsidiária e por outros como parte fundamental, no entender da maioria dos juristas, pode ser responsabilizado de duas formas: a) como terceiro, nos termos do artigo 12, §3º, III, se ficar demonstrada sua culpa exclusiva no evento danoso; b) como parte, de forma subsidiária, em havendo o dano, não puder identificar o fornecedor ou produto (artigo 13, I e II) ou quando não conservar adequadamente os produtos perecíveis (inc. III).

Questão importantíssima diz respeito aos casos fortuitos e de força maior. Ambos são excludentes da responsabilidade na órbita civil, mas não estão presentes nas

46 GRINOVER, *op. cit.*, p. 166

excludentes da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço. Todavia, o entendimento atual é o de que o caso fortuito e a força maior escapam ao controle humano e podem ocorrer antes ou depois da introdução do produto/serviço no mercado. Instalando-se tais casos na fase de concepção ou no processo produtivo, o fornecedor não pode invocá-los para não responder pelos danos. Porém, se a força maior ou caso fortuito se derem após a introdução do produto no mercado, rompe-se o nexo de causalidade que liga o defeito ao dano, afastando-se a responsabilidade do fornecedor. No fornecimento de serviços, o caso fortuito ou força maior podem se dar durante ou após a prestação de serviços.

Inferiu-se do exposto que a responsabilidade do fornecedor de serviços equipara-se à responsabilidade do de produtos.

5. DA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência em muito contribuiu para a compreensão do legislador para a abrangência dos danos morais. Até 1988, discutia-se o valor da dor e a possibilidade de se atribuir preço a uma mácula oriunda de uma ação lesiva de terceiros. Hoje, incontáveis julgados reconhecem o dever de indenizar o dano moral causado a uma pessoa.

Explicar-se-á, adiante, alguns entendimentos dos tribunais brasileiros acerca da presença do dano moral na vida cotidiana das pessoas. Ei-los:

EMENTA: Indenização. Pedido formulado por Pessoa Jurídica. Admissibilidade. Protesto de Título após a dívida quitada. Abalo ao seu conceito no mercado. Verba indevida. Inteligência do art. 5º, X da CF (Tang, RT 716/270)⁴⁷.

O Tribunal verificou a presença do dano moral à pessoa jurídica, por ter reconhecido o abalo de seu conceito empresarial perante a sociedade, visto que qualquer publicidade que vá de encontro à real situação da empresa, no sentido de denegrir a sua imagem, causa-lhe prejuízo. Porém, esse não foi o entendimento do julgador a seguir:

EMENTA: A Pessoa Jurídica não é passível de sofrer um dano moral, pois este tipo de dano caracteriza-se pelo sofrimento de natureza psíquica. (TJRJ, 5ª Câm. Cív., AC2.940).⁴⁸

EMENTA: Reparação por Danos Morais decorrentes de assalto ocorrido no interior de Estabelecimento Bancário. Atividade bancária inserida no conceito serviço, sujeita à disciplina do Código de Defesa do Consumidor. Risco Especial. Falha no Sistema de Segurança (Súmula de Julgamento, 4ª Turma, 22ª Sessão).⁴⁹

Nesse caso, o autor pleiteou por danos materiais e morais sofridos num assalto a uma agência bancária em que se achava presente. A sentença foi procedente em parte, mas reconheceu o dano moral sofrido. O autor recorreu da decisão, mas o Colégio Recursal manteve a decisão do juízo *a quo*.

47 SAAD, op. cit., p.173

48 AdCoas - Informações Jurídicas e Empresariais, 1992, p.85

49 SAAD, op. cit., p.173

EMENTA: Reparação de danos. Bloqueios indevidos e sucessivos de linha celular móvel. Cobrança de fatura liquidada oportunamente. Reflexos nas relações do usuário. Dano Moral caracterizado. Sentença mantida (Súmula de Julgamento, 13ª Turma, 39ª Sessão).⁵⁰

Nesta questão, ocorreu que a operadora de serviços de telefonia celular bloqueou a linha telefônica do autor, sem que o mesmo estivesse inadimplente. O juiz condenou a ré a indenizar a parte lesada por danos morais, tendo como base a alegação de que o autor ficou prejudicado em suas relações sociais e negociais, com o constrangimento sofrido. A empresa ré recorreu, mas o Egrégio Colégio Recursal manteve a decisão do juízo monocrático, reduzindo apenas o valor da indenização.

Outros julgados detentores de assuntos diversos:⁵¹

EMENTA: Processual. Legitimidade. Código do Consumidor. Ação coletiva de responsabilidade civil. Conflito entre dispositivos da lei. Erro do legislador. 1. A interpretação sistemática dos dispositivos do Código do Consumidor, relativos à legitimidade para a ação coletiva de indenização (arts. 81 e ss.), conduz ao reconhecimento de que as pessoas arroladas no art. 92 também podem exercê-la. 2. No entanto, tal reconhecimento não implica se negar legitimidade para a ação coletiva, às pessoas relacionadas no art. 81". (STJ, REsp 33.653-7- SP, rel. Min. Gomes de Barros, 25-02-1994, m.v. RSTJ, 75:356).

50 PERNAMBUCO: Tribunal de Justiça. I Colégio Recursal Civil do Estado de Pernambuco. *Regimento, Jurisprudência e Enunciados, Regimento Interno do Tribunal de Justiça e Constituição do Estado de Pernambuco*. Recife: Edições Bagapo, 1999. p. 76.
51 SEVERO, op.cit., p. 106, 108, 110 e 115.

Os herdeiros têm legitimidade para intentar ação visando reparação pelos danos extrapatrimoniais causados à imagem de pessoa já falecida (STF, 1º T.RE 112.263-3-RJ, rel. Min. Sydney Sanches, v.u., j. 28-3-1989, RT, 647:212).

É devida a satisfação em caso de acidente de trabalho em que o empregado sofre traumatismo cerebral, gerando grave e permanente comprometimento de saúde psíquica, cumulável com os danos patrimoniais (STJ, 4ªT., REsp 13.034-RJ, rel. Min. Athos Carneiro, j. 3-12-1991, m.v., RSTJ, 30:483).

A má conduta profissional do advogado pode gerar danos processuais de natureza extrapatrimonial, que são indenizáveis, independentemente de danos patrimoniais, não incidentes no caso (TJRS, 1º Gr.Câm.Civ., EI 588.066.720-POA, rel. Des. João Pedro Pirres Freire, v.u. j. 1-12-1989, RJTJRGs, 145:139).

O prazo prescricional da ação indenizatória por danos extrapatrimoniais derivados de imputação de prática criminosa, quando infundada ou falsa, é de 5 anos, iniciando na data da sentença absolutória (TJPR, 1ª Câm.Civ., AC 9.804-4-Capanema, rel. Des. Osiris Fontoura, v.u. j. 19-02-1991, Adcoas – Informações Jurídicas e Empresariais, 1992, em. 134761, p.5).

6. CONCLUSÃO

A história demonstra claramente um delineamento da evolução do pensamento humano no sentido de reconhecer o dano moral e aprimorá-lo, quanto a sua

reparação. A noção do dano começou a ser ampliada na medida em que as relações sociais tornaram-se mais complexas. O direito à vida, personalidade e privacidade começou a ser objeto de preocupação pelos doutrinadores e juristas, pois se vislumbra nesses valores verdadeiros bens extrapatrimoniais.

O Brasil se baseou em construções doutrinárias e jurisprudenciais de alguns países, tais como no direito francês, alemão e italiano para consolidar a tese da reparação dos danos morais. O tema passou a ser conhecido no ordenamento jurídico brasileiro quando foi contemplado na Lei de Imprensa, Código Eleitoral, Código de Telecomunicações e na Lei dos Direitos Autorais.

O dano extrapatrimonial situa-se num plano de defesa social e político, recaindo sobre a subjetividade, incidindo no sentimento mais íntimo da parte lesada, em sua honra, sua intimidade ou imagem. Somente ingressará no mundo jurídico, com a subsequente obrigação de indenizar, em havendo alguma grandeza no ato considerado ofensivo a um direito personalíssimo. Se o ato tido como gerador do dano imaterial não possui virtualidade para lesionar a pessoa, seja ela física ou jurídica, não há que se falar em ressarcimento. Haverá dano moral à pessoa jurídica quando contra ela realizar-se um ato ilícito, abalando a sua honra objetiva perante a sociedade.

Como forma de amenizar o dano moral sofrido pela pessoa, invoca-se a reparação civil, por meio de indenização pecuniária, que terá caráter unicamente compensatório-reparatório. Com o pagamento em pecúnia, visa-se a restabelecer o equilíbrio no mundo social, preservando a paz entre os homens, afinal, "o império da paz social, fruto da fraternidade individual entre os seres humanos, não foi apenas uma mera promessa do Juiz dos juízes, mas uma sentença definitiva".

7. REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAHALI, Yussef Cahali. **Dano e Indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Malheiros, 1999. v. III

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FLORINDO, Valdir. **Dano Moral e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Dano Moral, Dano Imaterial e Reparação**. Porto Alegre: Sagra-Luzza-to, 1998.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. **Ressarcimento de Danos Pessoais e Materiais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Responsabilidade Civil do Consumidor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro. Forense, 1997. v. III

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. **I Colégio Recursal Cível do Estado de Pernambuco: Regimento, Jurisprudência e Enunciados, Regimento Interno do Tribunal de Justiça e Constituição do Estado de Pernambuco**. Recife: Edições Bagaço, 1999.

REYS, Clayton. **Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: LTr, 1999.

SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, Wilson de Melo da. **O Dano Moral e Sua Reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR: UMA BREVE ANÁLISE.

José Mário Wanderley Gomes Neto
Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. UFPE Advogado.

SUMÁRIO

1. PREÂMBULO. 2. A REFORMA DO ESTADO E O SEU DISCURSO: A ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL NA GESTÃO DA "COISA PÚBLICA". 3. DA AMPLITUDE NORMATIVA DO CONCEITO DE REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA. 4. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES E PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS. 5. NOTAS CONCLUSIVAS. 6. REFERÊNCIAS.

1. PREÂMBULO

Nas lentes da mídia, nos debates parlamentares, em reuniões de alto escalão, nos mercados financeiros, nas agências internacionais de fomento – especialmente – e em tantas outras esferas, é corrente o questionamento acerca da fragmentação e/ou dos novos direcionamentos dos papéis do Estado, já ao longo de uma década e se propagando para os primeiros momentos do novo século.

Caracterizado por extensa e divergente discussão, demonstra-se como um dos efeitos da irradiação em escala planetária do fenômeno da globalização econômica,

em cujo cerne são encontrados discursos que visam a transformações nas estruturas do aparelho estatal, de modo a não se constituírem empecilho à livre circulação de capitais e à lucratividade dos grupos transnacionais.

O que se vê é um processo social, de moldes dialéticos, no ínterim do qual se constitui a eterna disputa entre forças produtivas e detentores do capital, na defesa de seus interesses, em cujos pólos extremos estão os discursos do *ponto zero* de intervenção estatal na economia e o da proteção estatal dos interesses particulares contra o poderio dos grupos econômicos, notadamente nos campos ambiental, laboral e da defesa dos consumidores de bens e serviços. Embate esse transcendente das tribunas políticas e dos protestos organizados para o plano da normatividade, envolvendo a ponderação entre marcos jurídicos tendentes à estabilidade e ao desenvolvimento econômicos e à preservação de direitos sociais e difusos, de natureza fundamental, frutos de intensa conquista.

E a reforma do Estado, tal como vem sendo implantada desde a década de 90, insere-se por inteira no contexto descrito, sob uma bandeira que propõe a mudança de paradigma pela implementação de modelos e institutos garimpados nos ordenamentos comparados, até então desconhecidos de nossa realidade. Dentre outros fundamentos, fora pregada como saída racional ao difundido fracasso na implantação do estado de bem-estar social nos países em desenvolvimento, especificamente, na América Latina.

A reforma do estado nos moldes que vem assumindo – privatização, construção do estado regulador, liberação comercial, desregulamentação da economia, focalização do gasto social e

*expansão do mercado de bens e serviços de natureza social, além da ampliação do escopo do terceiro setor – também está associada à crise fiscal e ao esgotamento do padrão de financiamento do setor público nas economias industrializadas e semi-industrializadas de virtualmente todo o planeta.*¹ (Destaque nosso)

Dentre esses aspectos da reforma institucional do aparelho estatal, em avançada implantação, interessa particularmente ao estudo ora iniciado a questão da regulação de serviços públicos, tarefa investida em entes administrativos autônomos – as agências – figuras autárquicas inspiradas no modelo norte-americano.

Pretende-se, *in casu*, tecer uma análise deste instituto jurídico – a regulação, abrangendo sua relação no contexto da reforma do Estado, o seu alcance na produção de normas e o papel das agências reguladoras na proteção dos interesses dos consumidores de serviços públicos.

Por uma opção metodológica, visando a uma maior objetividade, elegeu-se, dentre as agências reguladoras, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL como paradigma no qual nos centraremos durante o desenvolvimento deste trabalho.

¹ MELO, Marcos André. Reforma do estado e mudança institucional: a agenda de pesquisas nas décadas de 80 e 90. In: ____ *Reforma do estado e mudança institucional no Brasil*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco – Massangana, 1999, p. 13-14.

2. A REFORMA DO ESTADO E O SEU DISCURSO: A ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL NA GESTÃO DA "COISA PÚBLICA"

Ao nos referirmos à reforma do Estado, adentramos num campo de discussão que se estende além dos níveis da normatividade, compondo um amálgama com conhecimentos extraídos da ciência política, da economia, da teoria da administração, dentre outros.

Não podemos, portanto, traçar uma análise da reforma e de suas expressões no ordenamento jurídico sem, ao mesmo tempo, proceder a uma contextualização dessa no cenário político internacional.

Antecedem a este momento duas importantes constatações: a) o descerramento da "cortina de ferro", com a queda da URSS e dos estados comunistas do leste europeu, a pôr em xeque o modelo do estado social; b) a crise na manutenção do estado de bem-estar social nos países desenvolvidos do bloco ocidental e a falência de sua implantação nos países em desenvolvimento.

No centro do debate está a fixação de um novo paradigma para os estados nacionais, diante de uma economia que se transforma a cada segundo e desconhece as fronteiras territoriais. Nesse diapasão, é questão preponderante a fixação dos papéis a serem assumidos pelo poder público em relação ao mercado e a seus agentes: a mensuração do grau de intervenção governamental nos processos econômicos.

A 'grande transformação' – para recorrer a uma linguagem Polanyana, a que se assiste nas duas últimas décadas do século XX, está associada ao oca-

so do estado intervencionista, nas várias formas que ele assumiu: estado keynesiano, estado de bem-estar social, estado desenvolvimentista. Assiste-se efetivamente ao triunfo de uma nova ordem liberal. A reforma do estado, na América Latina – convertida em laboratório de experimentos de inspiração neoliberal – e, particularmente no Brasil, inscreve-se nesse duplo movimento de redefinição do papel do estado na economia e de reconversão das bases de intervenção do estado na esfera social.²

O capital financeiro transnacional, impulsionado pelo fenômeno da globalização – ente formal de significado ainda indefinido (mesmo na seara acadêmica), cuja definição vai além das possibilidades deste trabalho, mas de inegável relacionamento com o cenário descrito – espalha-se por todos os cantos do planeta, clamando por mercados receptivos e por medidas de incentivo à livre circulação.

Tais medidas, no entanto, relacionam-se com uma proposta de redimensionamento das estruturas estatais, fundamentada na certeza de que

nas novas condições históricas, o Estado necessita renovar sua própria institucionalidade para poder servir melhor ao deslanche da sociedade e, em última instância, ao desenvolvimento sócio-econômico.³

² *Ibidem*, p. 13.

³ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nélia Curvil. Prólogo. In: ____ *O público não-estatal na reforma do estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 7.

E assim o Estado brasileiro, na esteira desse discurso, dominante no alto comando das esferas de governo, viu-se integrar a agenda de reformas institucionais requerida pela nova ordem mundial. O modelo vigente de Estado, derivado das concepções racional-burocráticas, sedimentadas desde o pensamento de Weber ao de Keynes, veio a sofrer modificações profundas, operadas em boa parte nos fundamentos jurídicos e nas instituições formais sobre as quais fora ele fundado.

Afastam-se os papéis do estado agente no processo de produção e do estado provedor de bens e serviços às necessidades da população – ainda que ineficiente e mal implantado no caso dos países latino-americanos – em função de um iminente colapso de recursos e de seu despreparo e/ou de sua falta de vocação para atuar nas intempéries do mercado, em que a iniciativa privada demonstraria maior aptidão e ousadia.

Em lugar do estado-agente surge o estado-gerente: o novo paradigma toma para si a bandeira da administração gerencial. Em termos gerais, deixa esse de agir diretamente na economia para delegar essa ação a outrem (iniciativa privada), dentro de padrões estabelecidos e sob a diligente supervisão daquele que gerencia.

Existe, cada vez mais, uma tendência para que o Estado deixe de ser o provedor direto da oferta da produção de bens e se restrinja ao papel de gerente, empresário, de um técnico que consiga efetivamente garantir que a distribuição se faça com a melhor eficiência possível, sem, entretanto, entrar diretamente no processo.⁴

4 ZAIDAN FILHO, Michel. Globalização e política. In: O fim do nordeste & outros mitos. São Paulo: Cortez, 2001. p. 83.

Eis aqui dois termos de importância fundamental na semântica da reforma do Estado – eficiência e estado-gerente – aparentemente situados apenas na retórica reformista, mas ligados a pontos importantes desta reestruturação do esqueleto estatal.

Afirma Bresser Pereira, em conformidade com o *topos* eleito, ao referir-se à implantação do modelo administrativo gerencial, estar esse sempre orientado para a consecução de resultados e atendimento ao usuário como consumidor; em antítese ao modelo burocrático, voltado à procedimentalização da gestão de pessoal, bens e serviços para o atendimento das demandas dos grupos sociais, mas perdido em mecanismos fundados em dados tomados *a priori*, que ignoram ou têm dificuldades em lidar com fenômenos desviantes, na crença do pleno funcionamento de seu corpo administrativo.⁵

Para tanto, no curso de sua gestão no então Ministério da Administração e Reforma do Estado – MARE, hoje absorvido pela Secretaria Executiva do Ministério do Planejamento, delineou o referido autor os caminhos das reformas legislativas implantadas, com especial ênfase em substanciais alterações na estrutura do Estado, tal como prescrita no mandamento constitucional, pela via de sucessivas emendas editadas pelo Congresso Nacional, desde meados da década de noventa.

Foi obtido com isso um novo perfil do Estado, voltado à operacionalização de modelos derivados das regras ditadas pelo paradigma da administração pública gerenci-

5 Cf. BRESSER PEREIRA, ____ Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: Reforma do estado e administração pública gerencial. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. pp. 28-29.

al, em que o aludido redimensionamento institucional materializa-se mediante o surgimento de um diverso arranjo do aparelho estatal, a partir da redefinição de papéis de atuação. O modelo estatal pós-reformas

*é formado por um mosaico de instituições diferenciadas quanto a objetivos, capacidade técnica, valores, paradigmas, formatos institucionais e graus de interlocução e interação bastante dispares em relação aos diversos atores sociais.*⁶

Pressupondo a cisão metodológica do Estado, em quatro setores – núcleo estratégico, atividades exclusivas de estado, serviços públicos não-exclusivos e produção de bens e serviços para o mercado – parte a reforma para o preenchimento dos componentes e atribuições de cada um. Neste trabalho, analisaremos as transformações advindas das reformas, centrando a óptica na União.

Ao núcleo estratégico correspondem os poderes Legislativo e Judiciário, a Presidência da República e a cúpula dos ministérios, dirigidos aos seus fins constitucionais tradicionais. Às atividades exclusivas de Estado pertencem os órgãos administrativos e pessoas jurídicas de direito público destinadas ao cumprimento das tarefas de polícia, regulação, fiscalização, fomento e seguridade social básica.⁷

6 AZEVEDO, Sérgio de. *Reforma do Estado e mudança institucional: variáveis exógenas e endógenas*. In: MELO, Marcos André (org.) *Retorno do estado e mudança institucional no Brasil*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco – Massaranga, 1999, p. 111.

7 BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Da administração burocrática à gerencial*. In: ———. *Op. cit.*, nota 5, p. 259-261.

Em relação aos demais setores: temos os serviços públicos não-exclusivos, exercidos pelas universidades, hospitais, centros de pesquisa, fundações e museus, que tendem gradualmente a ser substituídos por organizações sociais, em continuidade ao programa de reforma; e o setor de produção de bens e serviços para o mercado, exercido pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, em avançado processo de privatização.⁸

Como se vê, pelo prisma acima construído, o organismo estatal afasta-se cada vez mais do exercício de atividades de cunho econômico, concentrado nas funções estratégicas e na formulação de políticas públicas gerais – em relação ao primeiro setor – e no gerenciamento dos mercados, por meio da regulação, fomento e do exercício do poder de polícia – no pertinente ao segundo setor.

Interessa particularmente ao presente estudo essa recente roupagem dada ao segundo setor pelas reformas administrativas e as implicações decorrentes na gestão dos serviços públicos e no funcionamento do sistema jurídico brasileiro.

Isso porque aumenta seu raio de competência, em decorrência direta dos programas de privatização que se desenvolveram no quarto setor e da aludida perspectiva dos consumidores, com sua tutela abrangendo áreas outrora objeto de monopólio estatal ou de livre determinação dos mercados. Figuram prementes nesse contexto as atividades administrativas exclusivas do estado de regulação e fiscalização, para instrumentalização do papel gerencial adotado pelo paradigma reformista.

8 *Idem. Ibidem*

E para o exercício dessas funções é que fora inserido em nosso ordenamento jurídico administrativo um ente importado do modelo norte-americano: as agências reguladoras.

Tal ocorre em virtude de que a regulação é

*característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém diretamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade.*⁹

Esses entes, que na versão brasileira receberam a natureza jurídica de autarquias sob regime especial, têm inspiração direta nas *agencies* e *comissions* da estrutura administrativa dos Estados Unidos da América, donde foram retirados modelos de normatização e controle. Encontram sua definição e papéis prescritos nas disposições do *Federal Administrative Procedure Act (FAPA)*, equivalente ao capítulo 5 do *U.S. Code* – o código de normas gerais e organização estrutural-administrativa do estado norte-americano.¹⁰

Entretanto, pessoas jurídicas de direito público dotadas de poderes reguladores não são estranhas ao direito brasileiro, ainda que submetidas a modelos de organização e atuação diversos das agências, a exemplo do Conselho Monetário Nacional – CMN, da Comissão de Valores Mobiliários – CVM e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.¹¹

9 SUNDKELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: _____, *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.23.

10 O texto do *U.S. Code*, bem assim vasta jurisprudência em questões de direito administrativo, podem ser consultados na íntegra no site: <http://fatty.law.cornell.edu/topics/administrative.html>.

11 O professor Fernando Hernán Aguillar apresenta interessante e profunda pesquisa acerca da evolução da regulação administrativa ao longo da história do Estado brasileiro na seguinte obra: AGUILLAR, Fernando Hernán. *Control social dos serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 163-240.

As agências reguladoras, especificamente, vieram ao nosso ordenamento com um propósito específico, qual seja, normatizar e fiscalizar determinados setores da economia, mormente aqueles relativos aos serviços públicos, cuja prestação fora transferida à iniciativa privada, mediante o emprego dos instrumentos administrativos da concessão, da permissão e da autorização.

Dai decorrer a necessidade de se analisar a extensão e o conteúdo dos poderes regulatórios conferidos às agências, no sentido de que essas venham a cumprir suas funções de garantir a qualidade e a eficiência na prestação dos serviços públicos, sem, no entanto, ferir garantias contidas na legislação e nos preceitos constitucionais.

3. DA AMPLITUDE NORMATIVA DO CONCEITO DE REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA

Como premissa ao tema a ser exposto neste item, faz-se prudente um breve esclarecimento de caráter semântico, naquilo que diz respeito ao emprego da expressão *regulação administrativa* ao longo deste trabalho.

De fácil constatação, através da farta bibliografia relativa à reforma do Estado, a confusão operada pelos diversos autores, sejam esses economistas, teóricos da administração pública, cientistas políticos ou juristas, entre os termos regulação e regulamentação, ao se referirem à atividade de produção de normas pelas referidas agências reguladoras.

Empregamos aqui o termo regulação administrativa, ainda que meramente em caráter instrumental, por uma questão de objetividade na construção de seu conceito, de modo a não haver contradições e/ou identificações com outros processos de elaboração normativa

desempenhados pelo Legislativo, pelo Presidente da República ou por qualquer outro órgão da Administração Pública. A crítica objeto deste trabalho está centrada na edição de atos normativos pelas agências, denominada pelo termo descrito ou, simplesmente, por regulação. Adotado este critério, podemos retomar a linha de raciocínio iniciada.

Conforme descrito acima, o modelo das *regulatory agencies* desponta a partir dos sistemas jurídicos anglo-saxões, nos quais, por longa tradição, há o predomínio da elaboração de normas gerais e de princípios – tanto a nível constitucional, como legal – de elevada abstração, cabendo a produção de normas específicas aos entes autônomos da administração pública ou, diante de uma relação conflituosa, ao Judiciário, por meio do instituto das decisões judiciais vinculantes.

Dessa maneira, não causa estranheza alguma aos habitantes das nações que adotam o referido sistema legal o recebimento de um comando normativo originado não diretamente da lei, em sentido estrito, mas de um ato administrativo de uma *comission* ou de uma *agency*.

No pertinente às nações que por razões histórico-culturais adotaram o sistema jurídico continental-europeu, por outro lado, a questão toma uma roupagem bem diferente, o que enseja o surgimento de dúvidas quanto ao funcionamento dos instrumentos de regulação administrativa no interior de seus ordenamentos positivos.

Nesses países, como é caso do Brasil, predominam normas jurídicas de caráter extremamente analítico e exaustivo, geralmente muito extensas, que tomam para si – no plano da legalidade estrita – o dever de tutelar todas as relações fatis, submetidas aos trâmites regulares dos processos legislativos e à competência do Poder Legislativo.

Não por acaso impera em nosso sistema o *princípio da legalidade* como garantia fundamental de todos os cidadãos¹², em especial no que diz respeito às relações de direito administrativo, prescrevendo o direito de o indivíduo resistir diante de qualquer expressão do poder estatal cuja conduta não esteja respaldada em disposições do ordenamento jurídico.

Esse é um dos vários obstáculos encontrados em relação à implantação de modelos institucionais oriundos de outros países, pois não podemos simplesmente trasladar conjuntos de idéias para uma ordem legal, sem julgar sua compatibilidade com a história, a cultura e, principalmente, com os princípios normativos fundamentais que regem determinado grupo social.

*Esse poder regulador exercido por entes reguladores autônomos encontra maiores dificuldades, conforme se verá mais adiante, em países como o Brasil, onde o poder regulamentar está, ao menos teoricamente, mais subordinado à moldura legislativa e ao papel de ser mero instrumento de aplicação das leis, diferentemente de outros Estados, nos quais flui esse poder de produção de normas secundárias, com maior facilidade, que são aqueles nos quais o ordenamento jurídico contempla a existência de 'regulamentos autônomos' e a existência de centros regulamentadores em pessoas jurídicas sem capacidade política.*¹³

¹² Artigos 5º, II, e 37, caput, da Constituição Federal.

¹³ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 219, p. 253-270, jan./mar., 2000.

De forma concomitante, poucos não são os argumentos despendidos pelos defensores da estrutura do estado-gerecencial em favor da mudança institucional que representa a recepção no direito positivo brasileiro dos poderes regulatórios das agências.

Quatro fatores concretos contribuíram para definir o modelo moderno das agências reguladoras. O primeiro, a necessidade de decisões em tempo econômico, dirimindo conflitos entre prestadores e entre estes e os usuários. (...) O segundo fator é a habilitação técnica da agência, que lhe permita enfrentar a complexidade inerente aos serviços regulados, inclusive exigindo obediência dos prestadores às inovações tecnológicas. O terceiro é de ordem econômica: a tensão a ser permanentemente dominada entre a tendência do monopólio natural, inerente a esses serviços, e o fato deles serem prestados em um regime constitucional de livre mercado. O quarto fator opera no plano jurídico: aqui a tensão se acha na conciliação do interesse público, imantado pelo conjunto dos consumidores, e o interesse privado, manifestado nas empresas prestadoras de serviços.¹⁴

Diante de tais fatores, é proclamada a regulação como único meio hábil a acompanhar as transformações da sociedade e dos mercados econômicos, pois não estaria

14 SOUTO, Marcos Jurema Vilela. *Agências reguladoras*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 216, p. 125-162, abr./jun., 1999.

sujeita às etapas do processo legislativo, subordinado diretamente aos efeitos dos interesses políticos que regem a formulação das pautas de votação e a aprovação dos projetos de lei.

A cada dia, em grande medida pela evolução tecnológica, verifica-se: i) o surgimento de novos setores a clamar pautas normativas; ii) a complexização das questões merecedoras de regulamentação e, por tabela, a necessidade de mais intrincados e específicos instrumentos normativos; III) a notável separação entre os diversos campos do Direito, pautada na edificação de princípios e conceitos próprios do setor e não facilmente aproveitáveis para os demais. Todos estes fatores apontam para a dificuldade de se manter a lei como instrumento exclusivo da ação regulatória e fonte única do arcabouço regulamentar. Daí porque surge sempre a polêmica em torno do princípio da legalidade quando se discute a hodierna atividade regulatória estatal.¹⁵

Estariam as agências, isto sim, mais próximas das relações entre operadores e/ou entre esses e os usuários do que o Congresso, em decorrência direta de ser a setorização uma característica peculiar aos entes reguladores, ressaltando-se as seguintes vantagens em seu favor: a) detenção pelo ente de profundo conhecimento técnico do setor regulado; b) pleno domínio dos conceitos, princípi-

15 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Af (org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.80

os e pressupostos do setor (nível elevado de especialização);
c) permanente acompanhamento dos rumos do setor, com monitoramento de todos os movimentos tecnológicos, empresariais e econômicos que ocorrem, em âmbito nacional e internacional no segmento.¹⁶

Para que lado deve recair o juízo: em favor da estrita legalidade ou da retórica dos reformistas? Nem tanto para um, nem para o outro, ambos apresentam importantes elementos, não necessariamente excludentes entre si.

Resta-nos, então, a tarefa de, dentre os subsídios doutrinários apresentados, identificar quais se encaixariam no interior da moldura legal de nosso ordenamento.

Em primeiro lugar, devemos conceber como inafastável o preceito fundamental do princípio da legalidade, visto ser um dos pilares do estado democrático de direito proteção dos cidadãos contra o arbítrio de seus governantes. O sistema jurídico brasileiro rejeita, sob o manto da invalidez, qualquer norma que se oponha às superestruturas legal e constitucional.

*As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrefragáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe.*¹⁷

¹⁶ Ibidem, p. 91.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 82.

Podemos vislumbrar acima que todos os atos administrativos, dentre eles os referentes à regulação, têm na lei sua referência direta, não sendo permitido, em momento algum, desviar-se dos parâmetros nela estabelecidos. Assim, de que maneira poderia a atividade regulatória, seguindo o modelo norte-americano, exercer verdadeira produção normativa sem ferir esse princípio basilar?

Na intenção de alcançar essa resposta devemos compreender o conteúdo desse princípio a partir da lição de Luiz Roberto Barroso:

*[O] princípio da legalidade manifesta-se sob duas formas diversas, que constituem, na verdade, dois princípios autônomos: o da preeminência da lei e o da reserva legal. Embora remontando à mesma raiz, cada um deles traduz idéia substancialmente diversa. Preeminência da lei significa que todo e qualquer ato infralegal será inválido se estiver em contraste com alguma lei. (...) Reserva da lei, por outro lado, significa que determinadas matérias somente podem ser tratadas mediante lei, sendo vedado o uso de qualquer outra espécie normativa. É uma questão de competência.*¹⁸

Importante é a diferenciação entre essas duas maneiras de exteriorização da legalidade e suas repercussões na esfera do direito administrativo. Vejamos: a preeminência legal, mais comum em nosso sistema, submete à chancela das leis os atos hierarquicamente in-

¹⁸ BARROSO, Luiz Roberto. *Repartição constitucional das competências legislativas*. Disponível em: <http://www.forensis.com.br/artigo02.htm>. Acesso em 01 de maio de 2000. Apud FAZIO, Maria Isabel Cesário Régis. *O poder normativo das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro*. *Estudantes Caderno Acadêmico*, Recife, v. 4, n. 7, p. 157-168, 2000, p. 160.

feriores, implicando um juízo de validade em relação àquelas; já a reserva da lei produz outra situação, em que dada situação jurídica, devido à sua importância para a sociedade, tem seu regramento destinado a uma determinada espécie normativa (lei complementar ou ordinária).¹⁹

Percebe-se, dessa maneira, a admissão pelo ordenamento jurídico brasileiro de normas inferiores, desde que seu conteúdo não vá de encontro às disposições legais ou dê margem à prática de atos ilícitos.

Outro argumento contrário à regulação dos setores da economia pelos aludidos entes administrativos autônomos seria o seguinte: estaria esse modelo em desacordo com as competências normativas estabelecidas na Constituição, a qual atribui ao Congresso Nacional a disposição sobre todas as matérias de competência da União (art.48) e ao Presidente da República a função privativa de expedir regulamentos para a fiel execução das leis (art.84,IV, *in fine*)?

Assim não entendemos. Tomando por referência o setor das telecomunicações, verificamos que o Congresso Nacional, no exercício de sua competência exclusiva (art.48, XII, c/c art.21, XI, da Constituição Federal) editou a Lei n.º 9.472, de 14 de julho de 1997, Lei Geral de Telecomunicações, prescrevendo as metas, normas gerais e princípios para o setor, bem como criando a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.²⁰

¹⁹Exemplo clássico é a vedação constitucional ao Executivo de exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça (art. 150, I, Constituição Federal).

²⁰Órgão regulador constitucionalmente previsto desde a promulgação da Emenda Constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995.

Logo após, a Presidência da República manda publicar o Decreto n.º 2.338/97, contendo as instruções a serem seguidas no exercício da implantação da referida agência reguladora, visando à plena execução do preceito legal.

Até aqui nada de novo. Mas, a partir do início do funcionamento da ANATEL, essa começou sua atividade regulatória, através da emissão de atos administrativos de conteúdo normativo, tutelando situações específicas do setor de telecomunicações, a partir da competência determinada pela legislação que a criou.

Não há de se falar em invasão da competência do Presidente da República, visto que foi elaborado o referido decreto para viabilizar a execução do preceito legal.

Ocorreria, todavia, competência concorrente entre o Poder Legislativo e a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, no que se refere à elaboração de normas para o setor de telecomunicação, implicando diretamente a inconstitucionalidade dos atos regulatórios por essa expedidos?

A resolução desse argumento final vai encontrar suas premissas a partir do direito norte-americano, berço das agências reguladoras e do paradigma administrativo em implantação, por meio da análise de arestos da Suprema Corte de Justiça daquele país, em célebres julgamentos.²¹

Em *Stark v. Wickard*, 321 U.S. 288, 64 S.Ct. 559, 1944, a Corte assim se manifestou:

²¹As referências que acompanham a transcrição aludem aos órgãos de publicação oficial daquele país. A jurisprudência norte-americana citada pode ser consultada através do site: <http://www.ancwcrest.net/siskfarm/scopauth.html>.

When Congress passes an Act empowering administrative agencies to carry governmental activities, the power of those agencies is circumscribed by the authority granted... 321 U.S., at 309.

Em igual sentido, pronunciou-se em *Board of Comm. of Peace Officers Annuity and Benefit Fund v. Clay*, 214 Ga. 70, 102 S.E. 2d 575 (1958):

The powers of all public officers are defined by law... where the law creates an office, one holding the office has no authority to perform any act not legitimately within the scope of such authority 102 S.E. 2d, at 577.

E mais recentemente reiterou esse princípio em *Soriano v. United States*, 494 F.2d 681, 9th Cir., 1974:

[A]n administrative agency is a creature of statute, having only those powers expressly granted to it by Congress or included by necessary implication from the Congressional grant 494 F. 2d, at 683.

Desse modo, constituem-se as agências reguladoras, tenham sua origem em disposições da Carta Magna e/ou em leis ordinárias esparsas, numa expressão dos poderes do Congresso Nacional situada na estrutura do Poder Executivo, estando submetida à ordem legal e às formas de controle administrativo.

É de nosso entendimento que

se o ente regulador foi criado por lei e se esta delegou formalmente os poderes de regulamentação de um dado setor da economia (saúde, energia, telecomunicações etc.) ou de determinado subsistema jurídico (proteção à ordem econômica, consumidor etc.) inexistirá invasão de competência legislativa no exercício da sua competência para editar normas e regulamentos que dêem contextura jurídica aos princípios contidos na lei. Aliás, no nosso ordenamento constitucional o controle desse exercício deve ser, preferencialmente exercido pelo Poder Legislativo, como prescreve o art. 49, V, da Constituição ('Art. 49. É da competência privativa do Congresso Nacional:... V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa').²²

O que se tem não é a violação, pela atividade reguladora, da competência insculpida no texto constitucional para o Poder Legislativo, mas uma mudança de postura desse mesmo poder, ao se incluir no paradigma do Estado reformado, dedicando-se à formulação dos princípios fundamentais de cada setor ou subsistema e se responsabilizando também pelo controle da regulação administrativa.

²² MARGUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.), op. cit., p. 93.

*A relação das agências reguladoras com o Direito se dá em face de uma nova legalidade: a lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (nestes limites e sob o controle do Judiciário e do próprio Legislativo) ampla margem de atuação. Atuação esta, que segue um novo tipo de discricionariedade, pautado fundamentalmente pelos objetivos definidos na lei para serem implementados pelo órgão regulador.*²³

Como visto, isso impõe-se tanto num sistema constitucional sintético (o norte-americano), como, principalmente, naqueles analíticos (o caso do ordenamento jurídico brasileiro).

Destarte, surge a regulação administrativa como nova fonte de normatividade no nosso ordenamento positivo, mas uma espécie cuja amplitude está circunscrita ao perímetro da legalidade e às garantias fundamentais traçadas na Constituição Federal, notadamente àqueles diretamente adstritos à Administração Pública e às ordens econômica e social.

4. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES E PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Inserta nessa conjuntura sócio-político-jurídica, a mudança para o atual modelo do estado regulador foi acompanhada pela exaltação de salvaguardas institucionais, reflexos de fundamentais garantias constitucionais, conquistadas ao longo do processo democrático.

²³ *Ibidem*, p. 95.

Tais proteções, inerentes à relação formada entre prestadores de serviço público e usuários, pretendem a preservação da continuidade e qualidade dos serviços em equilíbrio com os interesses econômicos do setor regulado. Mas nem sempre fora assim.

Em momento anterior, em cujo decorrer figurava o necessário monopólio estatal na prestação de serviços de telecomunicações, já existia boa parte dessas garantias, que tinham sua efetividade perdida como mero elemento retórico. O estado provedor vangloriava-se de concentrar seus esforços e recursos à consecução de um virtual limite máximo de investimento, ditado pelos interesses políticos e financeiros, o qual era voltado à viabilização da burocracia interna do órgão executor.

*Dai porque poder-se-ia afirmar que a regulação praticada num contexto de forte intervencionismo estatal direto pautava-se muito mais por interesses secundários que primários, para utilizar da clássica definição de Alessi. Ou seja: a atividade regulatória se pautava mais por interesses do ente estatal, incumbido da prestação (e de sua burocracia), do que das necessidades do usuário (consumidor).*²⁴

Aos usuários restava a única opção de se conformarem com a natureza e qualidade dos serviços que lhes eram prestados, uma vez que a Administração Pública estaria no limite de seus esforços tão-somente para mantê-los funcionando.

²⁴ MARQUES NETO, Flávio Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.), op. cit., p. 77.

Isso decorria de

uma concepção de Estado absolutamente arcaica, cunhada na oposição entre Estado-administrado, segundo a qual, incumbindo-se o primeiro de prover as necessidades do segundo, dispensar-se-ia qualquer outra garantia do particular. Não é por outro motivo que a prestação de serviços públicos sempre foi feita ao arrepio dos mais mezinhos direitos do usuário (em que pesem as garantias constantes da legislação específica), sem encontrar, todavia, resistência dos indivíduos ou, mesmo, dos agentes tuteladores dos direitos do consumidor.²⁵

Neste momento, então, no qual está em via de final implantação o estado regulador, mais do que nunca é premente a invocação das garantias legais e constitucionais conferidas ao usuário-cidadão, em virtude de sua condição de consumidor de serviços públicos.

Retirado o estado do papel de prestador de serviços, por causa da reorganização institucional decorrente das reformas,

é imprescindível que as agências reguladoras efetivamente tenham a independência necessária, tanto do Poder Executivo quanto dos interesses privados das prestadoras de serviços públicos, para garantirem ao consumidor

o direito de manifestar-se politicamente, a igualdade de direitos, os direitos políticos, os direitos de participação, o direito de vocalização, o direito à informação constante sobre a gestão destas agências reguladoras, de tal modo que ele possa ver garantido o seu direito básico, seu direito trivial.²⁶

Como se vê, garantir aos particulares integrantes da relação fornecedor-usuário a qualidade, a transparência e a participação nos procedimentos componentes do fornecimento de serviços públicos constitui-se na promoção das condições de cidadania a que esses têm direito por força de mandamento constitucional (art.37, caput e §3º c/c os arts. 170, V, e 175, II, da Constituição Federal) e de disposições em leis inferiores.

Exemplo maior é a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, denominada de Código de Defesa do Consumidor, que em seu artigo 22 expressamente toma para si a tutela dos serviços públicos, sejam eles prestados pela Administração ou por particular, impondo-lhes os critérios da adequação, segurança, eficiência e continuidade.

Aludida disposição encontrou, e ainda encontra, resistência quanto à sua efetivação pelos agentes do Poder Público, uma vez que

o Código de defesa do consumidor poderia se transformar em mais um instrumento de controle e garantia da accountability, transparência e responsabilidade dos administradores públicos envolvidos no fornecimento de serviços públicos.²⁷

²⁶ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.), op. cit., p.253.

²⁷ Ibidem, p. 254.

²⁵ Idem. Ibidem.

Mas tal situação vem se transformando, dadas as pressões oriundas de vários segmentos, dentre eles a opinião pública, o Judiciário (notável o trabalho dos Juizados Especiais Cíveis) e os doutrinadores, em expressão maior os estudiosos das relações de consumo e os administrativistas de corrente mais avançada, compromissados com a realização de direitos fundamentais, a clamar pelo reconhecimento dessa norma.

Em paralelo às já vigentes prescrições do CDC, foram editados outros cânones infraconstitucionais que amparam os direitos dos usuários, notadamente no relativo à prestação de serviços públicos de telecomunicações.

A Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, ao estabelecer normas gerais para o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, já dispunha sobre a adequação e qualidade na prestação (art. 6º); os direitos do usuário (art.7º); a obrigação de o poder público regular e fiscalizar a prestação desses serviços (art.29).

Posteriormente, vem a Lei Geral de Telecomunicações – Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, instituidora do conjunto de normas gerais regentes desse segmento econômico, entre as quais destacamos dentre várias de interesse dos consumidores: a) o dever do Poder Público de adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários (art.2º, III); b) os direitos dos usuários ao acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território

nacional (art.3º, I) e a peticionar contra a prestadora de serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor (art. 3º, XI).

Está configurado, dessa maneira, o ambiente normativo no interior do qual irá se desenvolver a regulação administrativa do setor de telecomunicações pela ANATEL, emoldurado por direitos dos usuários, cuja produção normativa deverá pôr em respeito, sob pena de substancial invalidade dos atos praticados.

Por outro lado, emerge com especial relevância o controle social sobre a prestação e a regulação dos serviços públicos²⁸, exercido diretamente pela participação dos cidadãos, individualmente ou por meio de grupos ou órgãos de representação, na elaboração de normas e princípios para a gestão de determinado segmento econômico, apresentando suas divergências e/ou contribuições em questões que possam lhes afetar direta ou indiretamente.

Influenciado pelo instituto do *rule making process* do direito administrativo norte-americano, o Regimento Interno da ANATEL, promulgado pela Resolução ANATEL n.º 1, de 17 de dezembro de 1997, traz em suas disposições o Código de Procedimento Administrativo daquela agência.

Inova na tradição regulamentar de serviços públicos com “a previsão de um rito para produção de normas gerais e abstratas, isto é, a previsão de um procedimento normativo (arts. 47-52). Até recentemente a doutrina se preocupava

28 AGUILLAR, Fernando Hernan, op. cit., nota 11, pp. 248-254.

*com a realização de procedimentos apenas para produção de atos que afetassem individual e concretamente o particular. A regulação da agência foi além. Para edição de normas gerais e abstratas é necessário que a Agência realize uma Consulta Pública (art.45), ou seja, apresente minuta de resolução (definida como veículo próprio das normas gerais e abstratas), fixando um prazo para apresentação de sugestões e críticas pelos interessados.*²⁹

Trata-se de um grande avanço, desde que implementado de forma coerente e eficaz, através do qual o cidadão participa da formação do arcabouço jurídico a tutelar suas relações individuais e fiscaliza a necessária coerência entre os projetos de normas reguladoras e os seus direitos fundamentais.

5. NOTAS CONCLUSIVAS

Assistimos, neste momento, à implantação do estado regulador já com feições de irreversível, produto de mutações políticas, institucionais e jurídicas, num empenho de um governo a se adequar a uma ordem econômica internacional que o pressiona por todos os lados. É visível, após as privatizações e a abertura de novas concessões, o avanço do capital privado, essencialmente transnacional, sobre o exercício da prestação de serviços públicos.

Hoje, quase cinco anos após a implantação da ANATEL, ainda são frequentes as reclamações em relação a ações praticadas pelas empresas prestadoras de

²⁹ PORTO NETO, Benedicto. A agência nacional de telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *op. cit.*, nota 15, p.297.

serviços de telecomunicações, muitas delas pretensamente fundadas direta ou indiretamente em resoluções da agência reguladora.

É nosso dever, portanto, estabelecer constante vigilância quanto à inserção dessas normas regulatórias no ambiente sistemático de princípios fundamentais e normas gerais que as cercam, para que os usuários de serviços públicos não tenham seus direitos violados, sujeitos ao alvedrio de grupos políticos ou do empresariado que domina esse setor econômico.

6. REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social dos serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

AZEVEDO, Sérgio de. Reforma do Estado e mudança institucional: variáveis exógenas e endógenas. In: MELO, Marcos André (org.) **Reforma do estado e mudança institucional no Brasil**. Recife: Fundação Joaquim Nabuco – Massangana, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. Repartição constitucional das competências legislativas. Disponível em: <http://www.forenses.com.br/artigo02.htm>. Acesso em 01 de maio de 2000. Apud FAZIO, Maria Isabel Cesário Régis. "O poder normativo das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro. **Estudantes Caderno Acadêmico**, Recife, a.4, n. 7, p. 157-168, 2000.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (orgs.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. Prólogo. In: _____. **O público não-estatal na reforma do estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 219, pp. 253-270, jan./mar., 2000.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

PORTO NETO, Benedicto. A agência nacional de telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUTO, Marcos Jurema Villela. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 216, p. 125-162, abr./jun., 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: _____. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

ZAIDAN FILHO, Michel. Globalização e política. In: **O fim do Nordeste & Outros Mitos**. São Paulo: Cortez, 2001.

A CONVALIDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO EM FACE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Luciene Lacerda Silva Mendes

Advogada, Pós-graduada em Direito Processual Civil na Universidade Federal de Pernambuco.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. O CONCEITO DE PROVA. 3. A FORMAÇÃO DA PROVA. 4. A FINALIDADE DA PROVA. 5. A LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA PELO JUIZ. 6. A PROVA ILÍCITA. 7. A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA. 8. A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA. 9. A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE. 10. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PELO JUIZ AO APRECIAR A PROVA ILÍCITA. 11. CONCLUSÕES. 12. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O Direito Processual Civil trata de alguns institutos jurídicos de relevante importância, dentre os quais destacamos a Convalidação da Prova Ilícita no Processo em face da Aplicação do Princípio da Proporcionalidade.

A prova é um direito decorrente da garantia do devido processo legal e imprescindível para a formação do convencimento do juiz acerca dos fatos jurídicos apresentados pelas partes. Ademais, podemos dizer que a prova é um instrumento utilizado pelas partes para a consecução do fim colimado, qual seja a composição do conflito de interesse com eficácia e justiça.

A compreensão do conceito da prova bem como a sua finalidade é essencial para que o operador do direito tenha uma visão mais ampla no tocante à análise das provas apresentadas pelas partes em cada caso concreto, não devendo haver um exacerbado tecnicismo, por parte do magistrado, tanto na apreciação como na solução a ser conferida para compor os conflitos de interesses, tendo em vista a preservação de determinados direitos fundamentais, como a vida e a liberdade.

No presente trabalho, nos propomos a discutir a problemática doutrinária acerca da admissibilidade da prova ilícita no processo, em face da aplicação do princípio da proporcionalidade; apresentamos alguns aspectos referentes à teoria geral da prova além de mencionarmos breves considerações acerca da prova ilícita e do princípio do contraditório.

2. O CONCEITO DE PROVA

Inicialmente, antes de elaborarmos um conceito de prova, convém fazermos breves comentários concernentes ao direito subjetivo constitucional de ação, vez que o direito à prova constitui uma garantia constitucional inerente ao direito de ação, cujo exercício é indispensável à solução efetiva do conflito de interesse apresentado ao Poder Judiciário.

A Constituição Federal da República de 1988, no art. 5º, XXXV, assegurou a todas as pessoas, indistintamente, o direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado para obter, através da utilização de instrumentos processuais adequados, a tutela estatal do direito ameaçado ou violado.

Bedaque afirma que esse direito de ação caracteriza-se por ser "absolutamente atípico", vez que conduz ao órgão jurisdicional qualquer interesse amparado pelo ordenamento jurídico material. É necessário apenas que o autor da ação afirme a existência de um suposto direito, para que tenha a seu dispor os meios necessários para provocar o órgão jurisdicional e postular a respectiva tutela.¹

Mas, é imprescindível assinalar que o direito de ação pode ser exercido tanto por titulares de direito como também por aqueles que não possuem a sua pretensão amparada pelo ordenamento jurídico. Nem todas as pessoas que requerem a prestação jurisdicional do Estado são titulares do direito questionado, haja vista que não conseguem provar a veracidade dos fatos alegados, conduzindo o juiz a rejeitar a pretensão apresentada. Porém, até mesmo neste caso, em que há apenas um suposto direito alegado, os mecanismos processuais assegurados pela Constituição estão à disposição de todos, contra qualquer possível ameaça ou lesão a direito.

Outra característica importante apontada pelo autor supramencionado corresponde à que se refere ao direito de ação como "*garantia de meio e de resultado*", pois não está relacionada a amparar a pretensão formulada pelo autor da demanda, mas sim, à concessão de instrumentos necessários a serem utilizados pelas partes no desenvolvimento do processo, para que possam demonstrar o seu direito, e a atividade jurisdicional do Estado possa dar a solução efetiva e justa ao conflito de interesse.²

¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Garantia da Amplitude de Produção Probatória*, in: TUCCHI, José Rogério e (coord.), *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 155.

² *Idem*, p. 157-162.

O direito de ação apresenta como garantia a ele inerente o devido processo legal, tendo em vista que esse constitui o instrumento indispensável para o interessado pleitear a tutela estatal da sua pretensão. Ao provocar a atividade jurisdicional do Estado, o autor da ação dispõe de uma série de mecanismos que decorrem da garantia do devido processo legal, dentre as quais podemos destacar a ampla defesa e o contraditório, que possibilitam às partes a faculdade de provar a veracidade dos fatos alegados, além de manifestarem-se acerca de todos os atos processuais praticados pelos sujeitos do processo, o que proporciona a ampla participação dos litigantes na formação do convencimento do magistrado.

A prova, por sua vez, é utilizada para a reconstituição dos fatos que servem de base para a pretensão do autor e para a resistência apresentada pelo réu. Esses fatos, ao serem amparados pelo ordenamento jurídico, geram efeitos tais como direitos, pretensões, ações, exceções e passam a ser chamados de fatos jurídicos. Nesse sentido, Pontes de Miranda ressalta a necessidade da parte, em juízo, provar, em princípio, tanto os elementos fáticos cuja existência dar-se-á no mundo dos fatos, como também os fatos jurídicos que são resultantes desses elementos fáticos, ou seja, é indispensável que a prova trazida aos autos verse a respeito dos fatos e da norma jurídica aplicável ao caso concreto.³

A legislação utilizada pelo magistrado na solução do litígio não deve ser provada pelas partes, tendo em vista que o princípio da notoriedade absoluta da regra jurídica estabelece que é necessário o conhecimento da norma por todos, inclusive pelo juiz, para que o mesmo

possa conceder aos litigantes a prestação jurisdicional eficaz e justa. Todavia, em face da aplicação dos princípios da colaboração e do contraditório no desenvolvimento do processo, as partes podem indicar ao órgão judicial a norma jurídica aplicável ao conflito de interesse a ser solucionado, proporcionando, assim, a extensão do diálogo entre os sujeitos processuais e, em consequência, a contribuição para a formação do convencimento do juiz.

No âmbito processual, a prova é o instrumento utilizado pelas partes para demonstrar a verdade dos fatos jurídicos ao magistrado. Entretanto, o instituto da prova não está adstrito ao direito processual, pois há meios de prova previstos no direito material que são imprescindíveis para a caracterização do instituto jurídico que venha a ser utilizado em favor de uma das partes.

Pontes de Miranda ilustra, com brilhantismo, essa característica mista apresentada pela prova com o seguinte pensamento:

Dizer-se que prova é ato judicial, ou processual, pelo qual o juiz se faz certo a respeito do fato controverso ou do assento duvidoso que os litigantes trazem a juízo (cf. Melo Freire, Institutiones, IV, 126: "Probatio est actus iudicialis, quo litigantes iudici de facto controverso, vel de re prec fidem in iudicio faciunt") é processualizar-se, gritantemente a prova. A adução, introdução ou apresentação da prova tanto pode ser em juízo ou fora dele. O herdeiro paga as dívidas do decujó, que se lhe cobram, com as provas produzidas; e aquelas pessoas que têm muitos negócios exigem que se apresentem faturas, com as provas, para que se lembrem das contas que hão de pagar. Pensar-se em prova judicial quando se fala de prova é apenas devido à importância espe-

3 PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Tomo IV, p. 246.

tacular do litígio, nas relações jurídicas entre os homens. As provas destinam-se a convencer da verdade; tal o fim. Aludem a algum enunciado de fato (tema probatório), que há de se provar. Não só têm por fim convencerem juizes, nem só se referem a enunciados de fato que se fizerem perante juizes. A adução ou apresentação da prova compreende a sua proposição (indicação da prova com que se provará o que se afirmou) e a produção (= execução da prova). Meio de prova é o meio pelo qual se prova. Quando o juiz, ou alguém, perante quem se prova, julga provado o fato, em verdade enunciou, a seu turno, o mesmo que o interessado enunciara (= com -venceu-se).⁴

No direito processual estão delineadas as regras instrumentais concernentes à atividade probatória, vez que é nessa área que as normas jurídicas são aplicadas, pelo juiz, ao caso concreto, servindo as provas como respaldo para que a prestação jurisdicional de tutela jurídica seja justa e eficaz, isto é, as provas serão utilizadas tanto pelas partes como pelo magistrado para demonstrar a certeza de algum fato ou ato jurídico; já no direito material há indicações normativas do modo pelo qual deve ser feita a prova de determinado fato ou ato jurídico, para que, no processo, o juiz possa apreciá-la e, em seguida, pôr fim ao litígio⁵. Todavia, as provas indicadas no direito material acerca de determinado fato jurídico, ao serem apresentadas no processo pelas partes, revestem-

⁴ Ob. cit. (n.3), p. 246.

⁵ Ob. cit. (n.3), p. 246.

se do caráter instrumental do processo, vez que é o meio utilizado pelas partes para contribuir na formação do convencimento do juiz.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart advertem que a expressão prova, em processo, comporta diversos significados. A prova pode significar atividade lógica desenvolvida pelo juiz no conhecimento dos fatos. Também pode representar o procedimento através do qual os instrumentos de cognição se formam e servem de mecanismos que serão utilizados pelo juiz no momento de conceder a prestação jurisdicional suscitada. Ademais, pode ter o sentido de *instrumento*⁶, como demonstramos anteriormente, que possibilitará ao magistrado conhecer a verdade dos fatos jurídicos e, com o auxílio da ampliação do diálogo judicial durante o desenvolvimento do processo, haverá a plena formação do convencimento do juiz que será explicitado no momento da composição do conflito de interesse. Esse instrumento, que se configura como meio entre os fatos jurídicos alegados pelas partes e o convencimento do juiz, apresenta diversas espécies como a prova documental, a prova pericial, a prova testemunhal, dentre outras previstas no ordenamento jurídico. Porém, as espécies de prova não serão objeto de estudo do nosso trabalho.

A prova é um instrumento lógico-procedimental através do qual o juiz, no exercício da função judicante, utiliza-se de conteúdos lógicos e racionais, que servirão de base para fazer a conexão entre os fatos jurídicos e as espécies de prova existentes no processo, para formar o seu convencimento acerca da verdade dos fatos alegados pelas partes.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, Tomo I, p. 69.

3. A FORMAÇÃO DA PROVA

A formação da prova no processo inicia-se com a propositura da ação. As provas concernentes aos fatos jurídicos afirmados pelas partes têm influência na composição do conflito de interesses, de forma que, desde o momento da interposição da ação, o autor apresenta ao juiz as provas necessárias que servirão para confirmar a sua pretensão. Posteriormente, o réu, após o ato citatório, manifesta-se também no sentido de contribuir para a formação do convencimento do juiz acerca da sua resistência à pretensão do autor. Dessa forma, todos os atos processuais praticados pelas partes influenciarão no provimento jurisdicional do Estado, haja vista que, no desenvolvimento do processo, haverá a produção das provas necessárias à instrução do mesmo.

4. A FINALIDADE DA PROVA

A finalidade precípua da prova consiste em formar o convencimento do juiz acerca dos fatos alegados pelas partes. Mas, a prova também é utilizada como instrumento de argumentação que é usado durante o diálogo judicial instaurado no processo entre os sujeitos processuais, como resultado da ampliação do princípio do contraditório.

5. A LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA PELO JUIZ

O princípio da livre apreciação judicial da prova confere ao juiz a faculdade de apreciar, discricionariamente, a prova existente no processo. No entanto, isso não quer dizer que o magistrado, ao analisar o conteúdo

probatório, utiliza-se apenas de critérios meramente subjetivos, pois esse poder do juiz está limitado pela garantia do devido processo legal, de forma a impedir os abusos e as arbitrariedades por parte do juiz ao conceder a prestação jurisdicional pleiteada.

A fundamentação das decisões judiciais é outro aspecto fundamental a ser observado no tocante ao limite da liberdade de atuação do magistrado. É necessário que o juiz informe às partes os motivos os quais o levaram a acolher ou não uma prova, o valor atribuído a cada uma delas, para que fiquem demonstrados os critérios utilizados na formação do seu convencimento e, posteriormente, as partes, querendo, manifestem-se sobre a decisão.

O magistrado, no exercício da função judicante, deve levar em consideração não somente as regras jurídicas de direito material e instrumental preexistentes, mas também todas as outras fontes do direito, as normas de ordem moral, as circunstâncias que conduziram ao conflito de interesse apreciado, para que possa, através da análise da prova, formar o seu convencimento e conceder uma prestação jurisdicional justa e eficaz ao jurisdicionado.

6. A PROVA ILÍCITA

O direito fundamental da intimidade previsto na Constituição Federal de 1988, no capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais, defronta, no âmbito processual, com a problemática da tutela de outros direitos fundamentais⁷, tendo em vista que aquele direito constitui direito individual, do qual decorre a proteção esta-

7 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 91.

tal a outros direitos como o da inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência, a do sigilo profissional, a da vida familiar, a da prova lícita, além de ser considerado *cláusula pétrea*. Entretanto, a preservação exacerbada do direito à intimidade concorre para uma possível inoperância do poder estatal para compor o litígio.

A prova vedada ou ilegal é aquela que provoca lesão ou ameaça aos direitos fundamentais do homem por infringir as regras legais ou algum princípio do direito previsto no ordenamento jurídico. Todavia, faz-se necessário distinguir as espécies de prova ilegal, vez que a infração praticada pode ser a norma de direito material ou de direito instrumental. Quando é colhida com a não-observância das regras de direito material preexistente, a é denominada de ilícita. Mas, quando for produzida no processo com infração à regra de direito instrumental, passa a chamar-se de prova *ilegitima*⁸.

Os conceitos de provas ilícita e ilegítima diferem exatamente no que concerne à infração das regras de direito material ou de direito instrumental, ambos os ramos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, quando a parte apresenta a prova ilícita no processo, essa passa a ser considerada também ilegítima pelo fato de haver infração da regra processual constante no art. 332 do Código de Processo Civil, a qual se refere à admissibilidade genérica dos meios de prova no processo civil, desde que sejam moralmente legítimos.

8. GRINOVER, Ada Pellegrini.

8. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas Ilícitas*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 16, p. 97-98 jun. 1980.

7. A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

A corrente doutrinária que defende a aceitabilidade da prova ilícita no processo tem como fundamento a liberdade do juiz na apreciação das provas e a relevância da verdade substancial ou real no processo⁹.

O princípio da livre apreciação da prova, como mencionamos anteriormente, confere ao juiz a faculdade de apreciar as provas existentes no processo sem qualquer vinculação a outros elementos ali constantes, podendo o mesmo formar o seu convencimento baseado em fundamentos que não foram suscitados pelas partes. O juiz, ao apreciar a prova, deve considerar o elemento probatório produzido bem como os debates, as infrações às regras processuais cometidas pelas partes, o comportamento das testemunhas, para que o Estado-juiz possa conceder a prestação jurisdicional perseguida.¹⁰ Então, se o magistrado, ao examinar o conteúdo probatório e os elementos a ele inerentes, constata que a prova produzida, mesmo sendo qualificada como ilícita, atesta a veracidade dos fatos jurídicos alegados, essa deve ser acolhida porque os direitos fundamentais do homem são limitados e, em determinados casos, devem ser sacrificados em favor de outros direitos fundamentais que também são imprescindíveis à convivência humana.

Outro princípio que serviu de fundamento para a tese da aceitabilidade da prova ilícita é o da verdade real. Esse princípio consiste na busca da verdade dos fatos jurídicos sobre os quais o Estado manifestar-se através de seu re-

9. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 40, 100b. cit. (n. 3), p. 252.

presentante. A participação mais ativa do juiz ao determinar, de ofício, a produção de prova, a ampliação do diálogo judicial durante todas as fases do processo são medidas que evidenciam a busca da verdade substancial acerca dos fatos jurídicos alegados pelas partes, com o fito de que a prestação jurisdicional concedida pelo Estado seja eficaz e justa.

Anteriormente, a doutrina preconizava a idéia de que o processo civil, por tratar de bens de menor valor que aqueles tutelados pelo direito penal, satisfazia-se com o atendimento a determinados requisitos formais referentes à produção probatória em detrimento do seu conteúdo material. Todavia, a doutrina processual atual defende que os bens tutelados tanto pelo direito processual civil como pelo direito penal devem ter o suporte fático que os interligam reconstruídos com base em métodos que estejam direcionados à obtenção da verdade substancial, haja vista que a verdade formal não passa de uma mera ficção da verdade¹¹.

8. A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

A inadmissibilidade da prova ilícita é defendida por corrente doutrinária cujo esteio consiste na impossibilidade de o juiz utilizar a prova ilícita como fundamento de sua decisão¹². Nesse diapasão, a incidência do princípio da livre apreciação da prova no processo estaria mitigada pelo fato de que o juiz, ao apreciar a prova colhida pelas par-

11 Ob. Cit. (n. 4), p. 36-37.

12 Ob. Cit. (n. 7), p. 109.

tes, encontraria como limite a imposição legal, a qual determinaria como o mesmo deveria proceder para alcançar a verdade dos fatos jurídicos.

Uma segunda corrente doutrinária assegura que a recusa da prova ilícita dar-se-á, ainda, em cumprimento às regras formais que tutelam os direitos e garantias fundamentais do homem¹³. Todavia, o exercício desses direitos é limitado, haja vista que a proteção exacerbada dos mesmos em detrimento de outro pode gerar um prejuízo irreparável para a pessoa que teve o seu direito lesado por outrem.

A terceira corrente doutrinária focaliza o problema da inadmissibilidade da prova ilícita sob o ângulo da inconstitucionalidade, por vulnerar as normas ou princípios constitucionais, tais como a intimidade, o sigilo das comunicações, a inviolabilidade de domicílio e a integridade humana. O colorário defensável pelos seguidores dessa corrente configura-se na tutela do direito à intimidade e dos direitos que desse são espécies¹⁴.

O ordenamento americano, *as rules of exclusion*, impede a utilização de tais provas, mesmo colhidas extrajudicialmente, em juízo, porque são contrárias à IV emenda da Constituição Americana.

No direito brasileiro, antes da Constituição Federal de 1988, era admissível a prova ilícita, no campo cível. Atualmente, a Carta Magna vedou qualquer possibilidade de aceitação dessa prova no processo. Essa mesma proibição estende-se às provas lícitas que foram derivadas das provas ilícitas¹⁵.

13 Idem, p. 109.

14 Idem, p. 110-111.

15 GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nullidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 136-141.

9. A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

A teoria da inadmissibilidade processual da prova ilícita predomina, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que a produção dessa prova é realizada com infração a princípios e a normas constitucionais. Todavia, existem determinados casos excepcionais relacionados aos direitos fundamentais do homem, que exigem uma interpretação mais flexível da norma prevista no art. 5º, LVI da Constituição Federal de 1988.

O princípio constitucional da proporcionalidade caracteriza-se pela presunção da existência de uma relação que contenha um ou vários fins determinados e os meios utilizados para atingir a conclusão pretendida. Mas, se esses meios forem inadequados para a consecução dos objetivos almejados, haverá violação do princípio da proporcionalidade.¹⁶

Esse princípio apresenta três elementos que conduzem a sua composição, são eles: a pertinência ou aptidão, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A pertinência ou aptidão consiste na adequação ou oportunidade de atingir uma finalidade cujo interesse é público; a necessidade caracteriza-se pela medida limitada para alcançar a finalidade desejada; a proporcionalidade, em sentido estrito, recai sobre os instrumentos que levam mais em conta os interesses disputados.¹⁷ Canotilho destaca um quarto elemento, que corresponde à exigência da conformidade ou adequação dos meios. Esse consiste na utilização de medida adequada para a prossecução do fim ou fins subjacentes ao interesse público.¹⁸

16 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 257.

17 *Idem*, p. 361.

18 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 315.

As características supramencionadas evidenciam a sólida composição e a vital importância da aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso concreto. Em primeiro lugar, é necessário mencionar que a aplicação do princípio da proporcionalidade, também, está intimamente ligado com o princípio da livre apreciação das provas e com o princípio da igualdade. O juiz, ao apreciar a prova existente no processo, verifica a sua adequação e necessidade para demonstrar a verdade dos fatos jurídicos apresentados pelas partes, ou seja, através da análise das circunstâncias em que ocorreu o fato, da lei e das outras fontes do direito aplicáveis ao caso, o magistrado examina os interesses de ambas as partes e concede prioridade ao interesse que exiba maior relevância jurídica e social. Ademais, confere o mesmo tratamento às partes no tocante à produção de provas no processo. Em segundo e último lugar, a relação entre o princípio da proporcionalidade e a prova ilícita consiste na aceitabilidade dessa pelo juiz, vez que pode ser a única prova a qual será utilizada como padrão para o provimento jurisdicional.

10. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PELO JUIZ AO APRECIAR A PROVA ILÍCITA

A prova ilícita, como já estudamos anteriormente, caracteriza-se por ser obtida com infração a normas de direito material. Nessa ordem de idéias, há doutrinadores, como Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹⁹, que defendem que a essa prova deve ser acolhida pelo magistrado sob o pressuposto de que no

19 *Ob. Cit.* (n.6), p. 37.

processo civil, assim como no processo penal, o que deve prevalecer é a verdade substancial dos fatos alegados.

Ada Pellegrini defende que o critério da proporcionalidade aplicável no âmbito das provas não é inteiramente aceitável por ser de natureza subjetiva. Diz, ainda, que a medida e o limite da prova ilícita deve ser a Constituição, pois, se a prova importar a infringência de alguma norma ou princípio constitucional, deverá ser afastada, mesmo que haja o risco de o culpado ficar impune. Mas, se a infração for contra lei ordinária, de caráter civil, penal ou administrativo, poderá ser aplicado o princípio da proporcionalidade, punindo-se o responsável pela infração cometida²⁰.

José Carlos Barbosa Moreira apresenta duas correntes doutrinárias no sentido da admissibilidade ou não da prova ilícita no processo. De acordo com a primeira, o interesse da justiça deve prevalecer no sentido de que seja descoberta a verdade real, de forma que o valor da prova não seja alterado, em relação às demais, para formar o convencimento do juiz. Para a segunda, a prova ilícita não pode ser acolhida porque o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem dele tirar qualquer proveito, haja vista que houve desrespeito a preceito legal. O mencionado autor tem o seguinte posicionamento acerca da admissibilidade ou não da prova ilícita:

Sabemos todos que as normas jurídicas em geral, e as normas constitucionais em particular, se articulam num sistema, cujo equilíbrio impõe que em certa medida se tolere detrimento aos direitos por ela conferidos. Os interesses e valores que as inspi-

²⁰ *Id.* cit. (fn.8), p. 105.

*ram não raro entram em conflito uns com os outros, de tal sorte que se torna impraticável dispensar a todos, ao mesmo tempo, proteção irrestrita. Para assegurar a harmonia do conjunto, é imperioso reconhecer que eles se limitam reciprocamente de modo inexorável. Basta recordar, por exemplo, como a liberdade de manifestação do pensamento e a da atividade de comunicação podem encontrar fronteiras na necessidade de resguardar a honra alheia ou o direito do autor de divulgar ou não os produtos do engenho ou arte.*²¹

A problemática sobre a admissibilidade ou não da prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro repousa sobre vários aspectos jurídicos, como mencionamos anteriormente. Mas, há casos excepcionais, cuja prova obtida por meio ilícito é o único meio viável para demonstrar, por exemplo, a inocência do acusado no processo penal. Nesse caso, seria injusto o magistrado condenar uma pessoa apenas pelo fato de que a prova trazida aos autos foi resultado de infração a norma de direito material, pois a busca pela verdade real deve prevalecer tanto no processo penal como no processo civil, haja vista que é através da persecução dessa verdade que é possível reunir todos elementos necessários à composição da lide com justiça. Não é concebível que uma pessoa tenha o seu direito de liberdade tolhido apenas porque a prova foi obtida por meio ilícito, tendo em vista que a prestação jurisdicional deve ser justa e não somente solucionadora de conflitos.

²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas*. *Revista de Processo*, São Paulo, n.84, a. 21, p. 148, out/dez. 1996.

A tese desenvolvida por Ada Pellegrini no sentido de que a aplicação do princípio da proporcionalidade não é aceitável devido ao caráter subjetivo, não merece ser acolhida. Como mencionamos no tópico anterior, o princípio da proporcionalidade é voltado à proteção dos direitos individuais, além dos seus elementos constitutivos basearem-se no princípio da igualdade. A subjetividade é intrínseca à liberdade do juiz no momento de apreciação das provas. Todavia, é mais sensato permitir que o magistrado analise a gravidade do caso e as provas existentes do que apenas determinar que o mesmo aplique determinadas regras jurídicas ao caso, independentemente de se atingir ou não a justiça, que é um dos objetivos do direito. As regras jurídicas tanto de direito material como de direito instrumental devem ser interpretadas pelo juiz de modo a atender os clamores sociais e não apenas meras formalidades legais.

Com relação à corrente doutrinária, citada por José Carlos Barbosa Moreira, cuja tese reporta-se à inadmissibilidade da prova ilícita porque o direito não pode prestigiar ato jurídico nem dele tirar proveito, essa possui argumentos fracos e contrários aos fins colimados pelo direito. Isso porque a admissibilidade da prova ilícita no processo seria de caráter excepcional, dada a gravidade do conflito de interesses a ser solucionado. Ademais, o direito não pode restringir-se apenas à natureza positivista das normas jurídicas, sob pena de colocar em risco a justiça da decisão solucionadora do conflito de interesses.

As regras jurídicas infraconstitucionais e as normas constitucionais para serem aplicadas com equilíbrio estão interligadas no ordenamento jurídico, cujo equilíbrio somente será alcançado, em certos casos, quan-

do for possível o detrimento de alguns direitos por elas conferidos em favor de outros de igual importância para a condição humana. O operador do direito não pode restringir-se apenas a interpretar friamente a norma imposta pelo ordenamento jurídico. Daí a importância do princípio da proporcionalidade e da liberdade conferida pelo legislador ao juiz no momento da análise das provas existentes no processo. Esse princípio, como afirmamos anteriormente, tem como colorário a proteção aos direitos fundamentais do homem e possibilita o juiz, ao apreciar a prova livremente, a estabelecer um equilíbrio entre os direitos que são imprescindíveis com aqueles que possuem menos importância para a solução justa da lide.

11. CONCLUSÕES

1. A prova é o instrumento utilizado tanto pelas partes como pelo juiz, para a formação do seu convencimento acerca da veracidade dos fatos jurídicos apresentados pelas partes. Caracteriza-se, ainda, por apresentar íntima ligação com os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois a parte, ao exercer o seu direito à produção das provas necessárias à solução da lide, manifesta-se também acerca das provas produzidas pela parte adversa e sobre o provimento jurisdicional adotado pelo magistrado.

2. A finalidade da prova não se restringe apenas à reconstrução dos fatos jurídicos afirmados pelas partes para a formação do convencimento do órgão julgador, mas também tem a função de meio de argumentação utilizado no diálogo judicial realizado entre os sujeitos

processuais. Essa finalidade da prova demonstra a sua relação íntima com o princípio do contraditório, haja vista que permite a possibilidade da formação do convencimento do juiz através do diálogo supracitado, que nada mais é do que a ampliação do princípio do contraditório no processo.

3. O princípio da livre apreciação judicial das provas permite ao juiz examinar, livremente, as provas apresentadas pelas partes. Essa liberdade não deve ser confundida com arbitrariedade, tendo em vista que aquela está limitada pelo princípio do contraditório, pelas normas de ordem moral e até mesmo pelas normas jurídicas. A liberdade conferida ao magistrado é justamente para que haja uma análise detalhada no caso concreto, levando em consideração as circunstâncias em que o mesmo ocorreu, para que possa existir uma mensuração entre os fatos jurídicos alegados e as provas que os instruíram, bem como um exame posterior dos direitos a serem tutelados em detrimento de outros de menor valor.

4. A prova ilícita é aquela adquirida com infração às regras de direito material. Essa prova é inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro, conforme o mandamento constitucional previsto no art. 5º, LVI da Constituição Federal. Porém, existem casos excepcionais que exigem do órgão julgador uma interpretação mais flexível desse dispositivo constitucional, haja vista que existem direitos fundamentais que necessitam de tratamento especial dada a sua supremacia em detrimento de outros direitos de menor valor.

5. Acerca da inadmissibilidade da prova ilícita, existem diversas correntes doutrinárias, cujo fundamento principal consiste na defesa dos preceitos constitucio-

nais. Ocorre que, apesar da supremacia da Carta Magna em relação a outras leis, os direitos fundamentais são limitados pelo próprio exercício de outros direitos que também possuem valor mensurável no ordenamento jurídico. Dessa forma, a alegação de que a prova ilícita não deve ser aceita por ser inconstitucional é totalmente contrária aos próprios postulados constitucionais relativos aos direitos fundamentais, pois o exercício dos mesmos deve ser em favor do bem comum e da justiça, haja vista que há casos urgentes que demandam a tutela de alguns direitos em detrimento de outros.

6. A prova ilícita e as provas que dela derivem devem ser aceitas quando o juiz competente para apreciar o caso excepcional verificar que, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, os fatos articulados estão devidamente constituídos com a prova apresentada, pois o simples tecnicismo legal não pode prevalecer sobre direitos cuja tutela pode ser indispensável à própria convivência humana. Deve haver um equilíbrio no momento da aplicação das regras legais e das normas constitucionais, em determinados casos, para que a solução do conflito de interesses seja justa e eficaz.

12. REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas. **Revista de Processo**, São Paulo, n.84, a .21, out/dez.1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da Amplitude de Produção Probatória. In : TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Provas Ilícitas**. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 16, jun. 1980.

_____. FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentário ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Tomo I

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Comentário ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Tomo IV.

A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA EXECUÇÃO ¹

Lúcio Grassi de Gouveia

Juiz de Direito da Capital, Doutorando em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco UFPE, Professor de Direito Processual Civil da Esmape e da Universidade Católica de Pernambuco e Coordenador de Divulgação Científica e Cultural da Esmape.

SUMÁRIO

1. A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E O PRINCÍPIO DE EFETIVIDADE PROCESSUAL. 2. EFETIVIDADE PROCESSUAL E PROCESSO DE EXECUÇÃO. 3. A REFUTAÇÃO DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELA DOUTRINA CONTRÁRIA À ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA EM EXECUÇÃO. 4. A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA EXECUÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. 5. A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE. 6. CONCLUSÕES. 7. REFERÊNCIAS.

1. A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL

Vários autores nacionais e estrangeiros defendem que seja dada especial relevância ao princípio da efetividade processual nos sistemas jurídicos. Foram assim relevadas a um plano secundário as construções de cunho teórico, que tanta relevância ostentaram até há bem pouco tempo, centrando-se a preocupação dos processualistas em um valor fundamental, ínsito à tutela dos direitos: a imprescindibilidade da efetividade do processo, enquanto instrumento de realização da justiça.

Como adverte, a propósito, Barbosa Moreira, “toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental

¹ O presente artigo resume palestra proferida no último Congresso Nacional de Direito Processual Civil realizado em outubro de 2000 em Recife.

do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca".²

É, pois, preciso oferecer ao processo mecanismos que permitam o cumprimento de toda a sua missão institucional, evitando-se, com isso, que seja considerado "fonte perene de decepções".³

Assim, incumbe ao ordenamento processual atender, do modo mais completo e eficiente possível, ao pleito daquele que exerceu o seu direito à jurisdição, bem como daquele que resistiu, apresentando defesa. É que, no âmbito do processo civil de conhecimento, a tutela jurisdicional, representada pela sentença de mérito, pode ou não acolher a pretensão deduzida, beneficiando, por via de consequência, tanto o autor quanto o réu. Tudo fica na dependência de quem obtenha êxito, amparado que esteja pelo direito material. Para isso, é de suma relevância que o processo civil disponha de mecanismos aptos a realizar a função institucional que lhe toca, qual seja a de assegurar ao jurisdicionado que tenha razão praticamente tudo aquilo e exatamente aquilo que, porventura, tenha direito de receber.

Na verdade, as legislações processuais modernas

*devem construir procedimentos que tutelem de forma efetiva, adequada e tempestiva os direitos. O ideal é que existam tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma racional distribuição do tempo do processo.*⁴

2 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tendências contemporâneas do direito processual Civil*. In: *Temas de direito processual*, 3. São Paulo: Saraiva, 1984.

3 DINAMARCO, A. Instrumentalidade do processo. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996 p. 271.

4 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo, RT, 1997 p. 20.

5 CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia do Processo sem Dilações Indevidas, Garantias constitucionais do processo civil - Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Revista dos Tribunais 1999, p. 235.

Assim, ao lado da efetividade do resultado que deve conotá-la, imperioso é também que a decisão seja tempestiva.⁵

O pronunciamento judicial que cumpre com sua nobre missão de compor uma controvérsia intersubjetiva ou um conflito de alta relevância social (na esfera penal), no momento oportuno, proporciona às partes, aos interessados e aos operadores do direito grande satisfação. Mesmo aquele que sai derrotado não deve se lamentar da pronta resposta do Judiciário, uma vez que, sob o prisma psicológico, o possível e natural inconformismo é, sem dúvida, mais tênue quando a luta processual não se prolonga durante muito tempo. É inegável, por outro lado, que, quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença, a respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória. De tal sorte,

*um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão*⁶

6 BIELSA, Rafael; GRAÑA, Eduardo. El tiempo y el proceso. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, [S.L.], 55 (1994): 189 apud CRUZ E TUCCI, op cit p. 236.

Em suma, o resultado de um processo não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como, também, para que essa resposta seja a mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso, visto que – caso contrário – se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito.

Como já se afirmou, com muita razão, “para que a Justiça seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar!”.⁷ Não se pode olvidar, nesse particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica exigindo um lapso temporal razoável para a tramitação do processo (“tempo fisiológico”), e o da efetividade desse, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário (“tempo patológico”). Obtendo-se um equilíbrio desses dois regramentos – segurança/celeridade –, emergirão as melhores condições para garantir a justiça no caso concreto, sem que, assim, haja diminuição no grau de efetividade da tutela jurisdicional.⁸

Nessa linha, assiste razão ao Prof. José Rogério Cruz e Tucci, para quem impende reconhecer que a garantia da ampla defesa e o respectivo direito à tempestividade da tutela jurisdicional são valores constitucionalmente assegurados.⁹

É até curial que o direito de acesso à ordem jurídica justa, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não exprima apenas que todos podem ir a juízo, mas, também, que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional, ou melhor, “à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva”.¹⁰

7 *idem*

8 CRUZE E TUCCI, *op. cit.*, p. 236-237

9 *idem*

10 MARINONI, *Op. cit.*, p. 20

2. EFETIVIDADE PROCESSUAL E PROCESSO DE EXECUÇÃO

Uma das manifestações do direito fundamental à tutela efetiva está, precisamente, em assegurar ao credor, no processo de execução, um resultado prático idêntico, ou o mais equivalente possível, ao cumprimento espontâneo de seu direito, tal qual consagrado e representado no título executivo.

Chiovenda afirmou que o processo deve dar, a quem tem razão, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de conseguir. Essa exigência fundamental, que integra o conteúdo do direito à tutela efetiva, foi recentemente denominada por Barbosa Moreira, com muita felicidade, de “postulado da máxima coincidência possível”. Entende-se, portanto, que a referida exigência de efetividade traduz-se na necessidade de que o resultado do processo judicial corresponda, o máximo possível, à atuação espontânea do ordenamento jurídico¹¹. No âmbito do processo de execução, o postulado da maior coincidência possível impõe, fundamentalmente, que o ordenamento jurídico ofereça um sistema de tutela executiva tendencialmente completo e pleno.

Isso quer dizer que o ordenamento deve prever e colocar à disposição dos jurisdicionados meios executivos adequados e suficientes para proporcionar, dentro do que for prática e juridicamente possível, a exata satisfação de todos os direitos julgados merecedores de tutela executiva e, por isso mesmo, consagrados em títulos executivos.

11 MOREIRA, *op. cit.*, p. 3

Tal exigência prática levou a doutrina a defender a bipartição dos meios executivos em sub-rogatórios e coercitivos (multa e prisão, por exemplo). A exigência de um sistema tendencialmente completo de tutela executiva, enquanto reflexo do postulado da máxima coincidência possível, no âmbito do processo de execução, desdobrase em 02 outras, a saber: a) que o ordenamento jurídico coloque à disposição do juiz meios executivos sub-rogatórios adequados e aptos a realizar a execução direta de qualquer direito consagrado em título executivo, sempre que essa forma de execução for praticamente possível; b) que o órgão jurisdicional possa valer-se de meios coercitivos eficazes, aptos a realizar a execução indireta, sempre que mais adequada e conveniente que a direta.¹²

Em diversos países, há autores que chegam a defender que o princípio da efetividade processual confere ao juiz o poder-dever de, para atender àquela exigência, determinar os meios executivos aptos a proporcionar uma tutela integral de qualquer direito consagrado em título executivo. Assim: a) teria o juiz o poder-dever de negar a aplicação de qualquer restrição imposta por norma infraconstitucional que limite o uso de meios executivos (sub-rogatórios e coercitivos) de maneira a comprometer-lhes a eficácia; b) que diante desse princípio teria o juiz o poder-dever de, mesmo e principalmente no silêncio da lei, determinar os meios executivos que se revelem necessários para melhor atender à exigência de prestação de tutela executiva eficaz (referem-se principalmente à execução indireta).¹³

12 GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: RT, 1999.

13 *Ibidem*.

Dessa forma, o processo de execução evoluiu, devendo serem estudados lado a lado os meios executivos sub-rogatórios e os coercitivos, ou seja, execução direta e indireta.

Interessa-nos, nessa sede, porém, não a presente bipartição dos meios executórios, que foram aqui elencados exclusivamente para demonstrar a preocupação da doutrina com a efetividade processual, que como veremos inexistente no processo de execução.

3. A REFUTAÇÃO DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELA DOCTRINA CONTRÁRIA À ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA EM EXECUÇÃO

Grande parte da doutrina ou deixa de se manifestar sobre o tema ou entende não ter cabimento a antecipação dos efeitos da tutela no processo de execução. Há vários pontos que são levantados pelos defensores desse último posicionamento:

a) primeiro: alegam que não seria possível a antecipação dos efeitos da tutela tendo em vista que o inc. II do art. 273 indica como um de seus requisitos a caracterização do abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Observe-se que são requisitos alternativos o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Dessa forma, num primeiro exame, já se vislumbraria a possibilidade de concessão da antecipação dos efeitos da tutela com fundamento no primeiro requisito.

Quanto ao segundo requisito alternativo, Marcelo Lima Guerra¹⁴ descarta a possibilidade de antecipação

14 GUERRA, Marcelo Lima. *Antecipação de tutela no processo executivo, Aspectos da Reforma do Código de Processo Civil*, [S. l.]: [s. n.], 1977, p. 22-23

de tutela com fundamento nesse inciso II, posicionamento que merece reparos. Mesmo se inadmitido o abuso de direito de defesa (apesar de os embargos serem processo de conhecimento, não se pode negar a natureza defensiva deles), pode haver, porém, manifesto propósito protelatório do réu-executado.

No Dicionário Aurélio, protelatório significa "próprio para protelar" e protelar, "protrair, adiar, retardar, prorrogar, procrastinar". Quem afirmaria em sã consciência que não é possível protelar-se uma execução, máxime quando os tribunais construíram o instituto de exceção de pré-executividade tão difundido em nossos dias.

b) segundo: alegam que deve ser descartado por absoluta falta de necessidade, tendo em vista que o processo executivo já é composto, predominantemente, de atividades ou operações práticas, voltadas a proporcionar esse resultado. Sendo assim, o processo executivo não submeteria o credor a um prolongado estado de insatisfação, não podendo vislumbrar-se, nesse processo, o surgimento daquele *periculum in mora* contornável através da antecipação de tutela.¹⁵

Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁶ chega a afirmar que o processo de execução já é satisfatório por natureza, implicando atos de constrição do patrimônio do devedor ou meios coativos conducentes à execução específica, a par de ser dotado de cautelares específicas (arresto, seqüestro).

Tal posicionamento é equivocado. Observe-se o presente caso prático que poderá ilustrar nossa crítica: pensemos no caso de duas pessoas que celebram contrato de

¹⁵ Idem.

¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Tutela antecipada: uma interpretação do Art. 273 do CPC. In: FIGUEIREDO, Sálvio de *Reforma do CPC*, [S.l.] [s.n.] 1977, p. 184-185, no mesmo sentido SANTOS, Ernani Fidelis dos Santos. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: RT, 199.

compra e venda de um quadro, devidamente formalizado como título executivo extrajudicial, em que o vendedor executado se obrigou a entregar o quadro até o dia 10/1 para que o comprador-exequente o expusesse no mesmo dia. Descumprida a obrigação, ingressou o comprador-exequente com execução para entrega de coisa certa no dia 09/1 e pediu antecipação dos efeitos da tutela. Perguntamos: o que deve fazer o juiz, tendo em vista que o art. 622 do CPC admite que o devedor deposite a coisa, em vez de entregá-la, quando quiser opor embargos; o art. 623 do CPC determina que, depositada a coisa, o exequente não poderá levá-la antes do julgamento dos embargos e o art. 793, § 1º do CPC determina que tais embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo? Dessa forma, o tempo para que sejam julgados os referidos embargos poderá ser enorme e o comprador poderá perder a exposição.

Não se alegue que o depósito nas mãos do credor resolveria o problema já que, mesmo que excepcionalmente o quadro ficasse com o exequente (saliente-se que normalmente a coisa depositada fica com o executado) o mesmo não poderia usá-lo em seu proveito. *Quid juris?* Deve o juiz, que poderia ter antecipado a tutela caso se tratasse de processo de conhecimento, deixar que o dia da referida exposição chegue sem dar oportunidade para que o comprador-exequente a exponha (evidentemente deverá proibir a alienação do bem pelo exequente-credor)? Deve negar a quem tem título executivo extrajudicial aquilo que daria a quem não o tem? A resposta deve ser negativa.

No caso citado não se exigiria caução, já que a mesma só é prevista no art. 588, II para levantamento de dinheiro, entendendo porém Dinamarco¹⁷ que

¹⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

*sendo necessário conciliar o caráter satisfativo da tutela antecipada com o veto a possíveis efeitos irreversíveis da decisão que as concede, cabe ao juiz em cada caso impor as medidas assecuratórias que sejam capazes de resguardar adequadamente a esfera de direitos do réu (cauções, etc.)
A prudência é sempre bem recebida.*

Não teria qualquer lógica perante nosso sistema jurídico tal interpretação proibitiva da antecipação, pois equivaleria a admitir ser possível se antecipar tutela em favor de quem não tem título executivo mas não poder fazer o mesmo em relação a quem o tem.

Negar a aplicabilidade da antecipação de tutela no processo executivo conduziria a um resultado bizarro e paradoxal, a saber, o titular de um direito meramente afirmado poderia obter uma tutela jurisdicional mais forte, mais imediata do que o titular de um direito consagrado em título executivo.¹⁸

Observe-se que tal decisão no referido caso concreto não esbarra no art. 273, § 2º (não há irreversibilidade do provimento antecipado) nem no § 3º (não houve afronta aos incs. II e III do art. 588: não houve alienação de domínio nem levantamento de depósito em dinheiro sem caução, nem há impossibilidade de restituição ao estado anterior).

Absurda a alegação de que o processo executivo não submeteria o credor a um prolongado estado de insatisfação, não podendo vislumbrar-se, nesse processo, o surgimento daquele *periculum in mora* contornável através da antecipação de tutela. No caso concreto apresentado, vimos que a ação de execução para entrega de coisa certa não dispõe de efetividade suficiente.

18 GUERRA, p. 30

Não há que se defender a utilização de cautelares específicas como o arresto, seqüestro ou busca e apreensão, já que a medida pleiteada trata de própria antecipação da entrega do bem pretendido com a execução, ou seja, a entrega do bem para utilização pelo comprador (natureza satisfativa – realiza a principal pretensão articulada pelo exequente) e o seqüestro (que, diga-se de passagem, deixa ambas as partes insatisfeitas, por privá-las da posse e utilização da coisa, que vai diretamente para o depositário judicial) é medida de segurança que visaria a garantir a incolumidade da coisa e não a satisfazer propriamente o direito do exequente.

É que a tutela cautelar se limita à outorga de providência de índole distinta da pretensão substancial, com o propósito de garanti-la, enquanto a antecipação da tutela adianta a própria pretensão substancial.

A suspensão do processo executivo por embargos do devedor traz ínsita a possibilidade de danos marginais ao credor, decorrentes da sua espera pelo desfecho dessa ação de conhecimento, em que consistem os embargos. E, no caso concreto apresentado, faz-se necessária a concessão de antecipação dos efeitos da tutela mesmo antes da interposição de embargos, o que não poderia ser recusado pelo juiz, pois inviabilizaria a frutuosidade da tutela executiva. É que a mera interposição de embargos não impede, como vimos no exemplo concreto, o surgimento de danos ao exequente, pois apesar de manter inalterada a situação material das partes, isso pode ser muito pouco.

E, como diz Carreira Alvim¹⁹, sendo a antecipação da tutela consagrada pelo art. 273 do nosso Código uma mera antecipação do provimento de mérito, não causa espanto possa, tanto quanto a própria sentença, ser

19 ALVIM, José Eduardo Carneira - Código de Processo Civil reformado, 4. ed., Del Rey, Belo Horizonte, 1992, p. 132.

efetivada de forma provisória. Não haverá, no entanto, embargos, justo porque, trata-se da "efetivação" de um provimento e não da "execução" de uma sentença, embora ambas sejam provisórias.

Devemos ainda descartar posicionamentos no sentido de que o art. 615, inc. III do CPC já autorizaria medidas satisfativas na execução. É que, segundo Araken de Assis²⁰, concebem-se medidas satisfativas no curso do processo executivo, quebrando a ordem natural dos atos do procedimento, que operarão desde logo certo ato executivo. Essas providências, dessemelhantes das autênticas medidas cautelares, encontram supedâneo no art. 615, III. Indica o autor a alienação de bens perecíveis, enquanto se processa o mesmo incidente de nomeação e há o risco de perda do lote ou urgência na sua comercialização para aproveitar condições favoráveis e sazonais de mercado.

Observe-se, porém, que tal dispositivo não é suficiente e não autoriza a própria entrega do bem objeto da execução, já que o dispositivo legal dispõe sobre medidas acautelatórias urgentes, com nítida finalidade cautelar, e todos nós conhecemos e distinguimos o que sejam medidas cautelares, com finalidade meramente garantidora e medidas satisfativas, apesar de alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros as tratarem conjuntamente.

A tendência do direito brasileiro, salvo exceções do art. 520, de inadmitir a execução, mesmo provisória, da sentença, desde que houvesse a mínima possibilidade de vir a ser reformada, inclina-se para o pólo oposto, no campo da antecipação da tutela, permitindo a efetivação do provimento, na probabilidade de que a sentença venha a

ser confirmada. Dessa forma, a antecipação dos efeitos da tutela é geralmente mais efetiva do que a própria execução da sentença que julga mérito.

Vale ressaltar ainda que, apesar da expressão poderá do art. 273 *caput* parecer indicar faculdade do juiz, na verdade constitui obrigação, sendo dever do magistrado conceder a tutela antecipatória, desde que preenchidos os pressupostos legais para tanto, não sendo lícito concedê-la ou negá-la pura e simplesmente. Raciocínio contrário esbarriaria no princípio da efetividade.

Observe-se que, como aponta Marcelo Lima Guerra²¹, a antecipação de tutela no processo de execução foi expressamente admitida pela Lei Antitruste, em seu art. 66:

Em razão da gravidade da infração da ordem econômica, e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no título executivo.

c) terceiro: alegam que, no processo de execução não há propriamente sentença, de sorte que tal processo também não parece afinado com os pressupostos e as finalidades da tutela antecipada.²²

Novamente constata-se o equívoco dessa posição. O fato de o art. 273 *caput* mencionar que se trata de antecipar os efeitos da tutela pretendida e o § 5º determi-

21 GUERRA, Antecipação de tutela ... p. 89-90

22 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Tutela antecipada: Uma interpretação do art. 273 do CPC. In: CRUZE TUCCHI, op cit., p. 236-237.

20 ASSIS, Araken de - Manual do Processo de Execução, 3. ed., São Paulo: RT, 1996.

nar que se prosseguirá o processo até final julgamento não impedem a antecipação de tutela no processo de execução em que, se não há julgamento da lide, há decisão que põe termo ao processo.

d) quarto: alegam que a antecipação dos efeitos da tutela estaria prevista no Livro I referente ao Processo de Conhecimento, pelo que não se aplicaria ao processo de execução.

Nova discordância. O fato de vir inserida no Livro I referente ao Processo de Conhecimento não a torna exclusiva desse processo, tendo em vista o disposto no art. 598 do CPC, que dispõe que se aplicam subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento. Assim, havendo lacuna no processo de execução que possa ser preenchida com norma do processo de conhecimento e havendo compatibilidade entre a aplicação de tal norma e a função e estrutura próprias do processo de execução, há que se aplicar o processo de conhecimento.

4. A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER

Restou demonstrada a possibilidade de antecipação de tutela na execução para entrega de coisa. Analisemos agora sua viabilidade na execução de obrigação de fazer e não fazer.

Existe nesse processo grande possibilidade de ocorrência de danos marginais, tendo em vista a inexistência de segurança do juízo e a possibilidade de ajuizamento de embargos com efeito suspensivo no prazo de 10 dias a contar da juntada aos autos do mandado de citação. O credor é colocado em situação análoga ao autor, em processo de conhecimento, uma vez que a satisfação de seu direito passa a depender da cognição quanto à existência mesma desse direito.

Segundo J. E. Carreira Alvim²³, embora inserida

²³ Alvim, op. cit., p. 201.

no processo de conhecimento, no título procedimento ordinário, a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer aplica-se também, subsidiariamente, ao processo de execução dessas obrigações. Para ele, o legislador deu um importante passo ao permitir a outorga da tutela liminar ainda na fase de cognição do direito, se estiverem preenchidos determinados requisitos (461, § 3º).

Não teria sentido antecipar a tutela específica na ação de conhecimento – quando inexistente ainda direito traduzido na sentença – e negá-la na ação de execução, quando o credor já dispõe de título judicial. Por outro lado, se o novo art. 632 admite que a obrigação de fazer ou não fazer se contenha em título executivo, tanto judicial (584) quanto extrajudicial (585), tais execuções admitem, igualmente, a tutela antecipada, específica ou equivalente, nos moldes do art. 461, § 3º.²⁴

Aludindo o *caput* desse artigo à ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, abrange, por evidente, tanto a ação de conhecimento quanto a ação de execução, em que pese a topologia do preceito.²⁵

5. A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE

Em casos normais de penhora e arrematação de bem penhorado, inviabiliza-se a antecipação de tutela na execução por quantia certa contra devedor solvente, tendo em vista a impossibilidade de antecipação da arrematação do bem penhorado quando pendente embargo devedor.

Segundo Ernani Fidelis²⁶, se o provimento antecipatório é de execução para o pagamento de quantia

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

²⁶ SANTOS, Ernani Fidelis dos *Novíssimos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 42.

certa, muito embora não sendo execução provisória, no rigor dos termos, esbarra-se na impossibilidade legal da realização de atos que importem em alienação de domínio, quando houver necessidade de expropriação de bens, e até com a caução obrigatória, para levantamento de dinheiro (art. 273, § 3º e art. 588, II do CPC).

Defende, porém, o referido autor que há que se ampliar, contudo, o campo interpretativo da tutela antecipada, buscando sempre soluções razoáveis que, de alguma forma, encontrem receptividade na lei, sob pena de frustração do próprio instituto e de vulneração do princípio da efetividade.²⁷

Não podemos ainda admitir que antecipação de penhora seja antecipação dos efeitos da tutela em execução. É que a antecipação da penhora não pode ser encarada como antecipação dos efeitos da tutela, já que o que se visa com a execução é a satisfação da obrigação contida no título executivo e não a penhora, que apesar de ato executivo é ato - executivo-meio para que se atinja esse fim. A penhora é mero ato inicial destinado a definir o bem do devedor que irá se submeter à expropriação judicial para realização da sanção, que, no caso, é o serviço público desempenhado pelo órgão judicial. Individualiza, afeta, ocorre apreensão e depósito do bem. A única alternativa que o sistema executivo oferece é o provimento satisfativo, que todo o processo de execução se destina a preparar. Ou será dado ou não será dado, mas uma vez dado será sempre favorável ao exequente, satisfazendo o seu alegado direito. O exequente não pede penhora, pede satisfação da pretensão. Portanto, cogitar-se de antecipação de penhora não se confunde com admitir-se a antecipação dos efeitos da tutela.

²⁷ Idem, p. 44.

Pode haver, porém, antecipação dos efeitos da tutela em execução por quantia certa contra devedor solvente cuja penhora recaia sobre dinheiro. Pode ser admitida quando houver título executivo judicial que condenou o devedor a pagar ao credor pensão por ato ilícito, através de levantamento mensal da prestação ou de desconto em folha de pagamento. Poderíamos dizer que se trata de medida satisfativa na sede da própria execução, que não se regeria pelas exigências do art. 273 e incisos do CPC. Porém, fica evidenciado que tal medida possui a mesma natureza da antecipação dos efeitos da tutela.

Como aponta Marcelo Lima Guerra²⁸, na execução de prestação alimentícia o legislador autoriza, no parágrafo único do art. 732 do CPC, o levantamento mensal de importância correspondente à prestação alimentícia, quando a penhora recair sobre dinheiro (essa é verdadeira satisfação).

Observe-se porém que, ao contrário do que ocorre quando o réu em processo de conhecimento (em que existe ação de natureza condenatória) reconhece parcialmente a procedência do pedido (a doutrina tem admitido antecipação de tutela quanto à parcela incontroversa), quanto à execução por quantia certa contra devedor solvente com embargos de devedor parciais, é possível que exista execução e penhora sobre um valor X e o executado embargue para reduzir para metade de X. Dessa forma, poderá a execução prosseguir em relação à metade de X. No caso, não há que se falar em antecipação dos efeitos da tutela, mas de rito normal da execução nos termos do § 2º do art. 739 do CPC.

²⁸ GUERRA, *Antecipação da tutela...*, p.27.

6. CONCLUSÕES

1- O direito de acesso à ordem jurídica justa, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não exprime apenas que todos podem ir a juízo, mas, também, que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional, ou melhor, "à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva".

2- O princípio constitucional da efetividade processual poderá restar desrespeitado caso rejeitada a aplicação do instituto da antecipação de tutela no processo de execução, que é lento e pouco eficaz, situação que foi agravada com a aceitação, pelos tribunais brasileiros, do instituto da exceção de pré-executividade.

3- É possível que exista em execução manifesto propósito protelatório do executado, um dos requisitos alternativos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela.

4- Não teria qualquer lógica perante nosso sistema jurídico uma interpretação proibitiva da antecipação, pois equivaleria a admitir ser possível se antecipar tutela em favor de quem não tem título executivo mas não poder fazer o mesmo em relação a quem o tem.

5- Não há que se defender a utilização de cautelares específicas como o arresto, seqüestro ou busca e apreensão para não concessão da antecipação de tutela, já que a medida pleiteada trata de própria antecipação do resultado pretendido com a execução.

6- O art. 615, III do CPC não permite a antecipação dos efeitos da execução, já que trata de medidas acautelatórias urgentes.

7- O fato de a antecipação de tutela vir inserida no Livro I referente ao Processo de Conhecimento não a torna exclusiva desse processo, tendo em vista o disposto no

art. 598 do CPC, que dispõe que se aplicam subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento.

8- A antecipação de tutela tem aplicação nas execuções para entrega de coisa, de obrigação de fazer e de não fazer e por quantia certa contra devedor solvente, nessa última com as restrições enfocadas.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Código de Processo Civil reformado**, 4. ed. Del Rey: Belo Horizonte, 1999.

ASSIS, Araken de **Manual do Processo de Execução**. 3. ed. São Paulo: RT, 1996.

CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.) **Garantia do Processo sem Dilações Indevidas, Garantias constitucionais do processo civil** - Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: RT, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. **Interpretação criativa e realização do direito**. Recife, Bagaço: 2000.

GUERRA, Marcelo Lima. **Antecipação de tutela no processo executivo, Aspectos da Reforma do Código de Processo Civil**. [s.l]: [7s.n], 19??.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: RT, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Tutela antecipada: uma interpretação do art. 273 do CPC. In: FIGUEIREDO, Sálvio de. *Reforma do CPC*. [s.l]: [s.n], 19??.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: RT, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do direito processual Civil. In: **Temas de direito processual**, São Paulo: Saraiva, 1984.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, 2. ed. atual. Campinas: Bookesller, 2000.

DA INAPLICABILIDADE DOS LIMITES MÍNIMOS E MÁXIMOS DA IDADE NOS CONCURSOS PÚBLICOS PARA INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA NO ESTADO DE PERNAMBUCO

Luiz Carlos Vieira de Figueiredo

Advogado. Funcionário público estadual do Ministério Público; aluno da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMape.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO; 1. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL; 2. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; 3. DA INEXISTÊNCIA DA LEI ESTADUAL E O CONCURSO PARA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO; 4. DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO; 5. CONCLUSÃO; 6. REFERÊNCIAS

APRESENTAÇÃO

Vivenciamos uma inquietante discussão a respeito da possibilidade de se estabelecer limites de idade (máximo e mínimo) para o ingresso nos quadros da Magistratura, Ministério Público, Procuradorias, etc. Alguns editais de abertura desses certames insistem nos limites mínimo e máximo de idade como requisito para inscrição do candidato. Seriam essas restrições uma afronta ao princípio da isonomia ou uma exigência razoável para alguns cargos, dada a complexidade de suas funções?

1. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL

A Magna Carta, em seu artigo 7º, inciso XXX, estabelece a: "... proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;..." (grifo nosso).

Dentre a mais abalizada Doutrina, destacamos o comentário do mestre José Afonso da Silva sobre o artigo referido:

... A Constituição traz norma expressa proibindo diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de idade (art. 7º, XXX). À vista desse texto fica interdito estabelecer idade máxima para ingresso no serviço, como tem ocorrido até agora...¹

Por outro lado, a Lex Fundamental dispõe em seu artigo 39, §3º:

Aplica-se aos servidores ocupantes de cargos públicos o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo exigir. (grifo nosso).

2. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Não obstante a possibilidade de levantar-se o recente entendimento do Pretório Excelsio de que o preceito inscrito no art. 7º, XXX da Carta Magna deve ser inter-

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros: 1998. p. 228.

pretado sem rigor absoluto (devendo ser considerada a natureza das funções e assim possibilitando a limitação de idade, haja vista que até pouco tempo o STF havia produzido a Súmula 14² que vedava qualquer limitação), de logo, trazemos à tona que o entendimento do Supremo no sentido de que a fixação de idade para o concurso em edital exige **lei anterior que o autorize, senão vejamos:**

Ementa – ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE. É possível a fixação, pela Administração Estadual, do limite de idade para a inscrição em concurso público, quando há delegação legislativa, e está prevista no Art. 30 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Paraná, sendo no Diploma Legal, estabelecendo idade máxima... (RE-108209/SC). (grifo nosso).

CONSTITUCIONAL. PROVIMENTO DOS CARGOS DA MAGISTRATURA DE CARREIRA. LIMITE DE IDADE FIXADO EM EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONHECIDO. Esta Egrégia Corte (através da sua primeira turma) e o Colendo Supremo Tribunal Federal firmaram jurisprudência afirmativa de que a norma constitucional que proíbe a limitação de idade para ingresso na magistratura de carreira (ou de cargos públicos em geral) não se reveste de caráter absoluto, sendo legítima a estipulação

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SÚMULA 14 – "Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público".

de exigência de ordem etária, quando esta decorrer da natureza e conteúdo ocupacional do cargo público a ser provido (art. 39, parágrafo 2.º e art. 7.º, XXX, da Constituição Federal. Estabelecendo a Súmula de Num. 14 do STF, com alterações posteriores, que é vedado ao ato administrativo – instruções de idade – restringir (sem autorização expressa de lei), em razão da idade, a inscrição em concurso para o provimento de cargo público (inclusive magistratura),...” (AIROMS 1962/MS). (grifo nosso).

Ou seja, a regra geral no Brasil é a da não imposição de limites etários para o concurso, tanto que, por longo tempo, prevaleceu o entendimento contido na Súmula n.º 14 que dizia: “Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público”. (Súmula n.º 14 do STF).

Posteriormente, os Tribunais Superiores passaram a admitir imposição de limites mínimo e máximo de idade, a depender da natureza do cargo público e da obrigatoria previsão legal de restrição, conforme jurisprudências já citadas.

Claro está que a fixação de limite de idade nos editais de abertura dos concursos públicos dependeria de **lei estadual** que autorizasse expressamente a limitação.

3. DA INEXISTÊNCIA DA LEI ESTADUAL E O CONCURSO PARA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

Especificando a questão que se pretende enfrentar neste estudo, trazemos à tona a fixação dos limites de idade imposta no Concurso Público de Provas e Títulos para o provimento de cargo de juiz substituto de primeira entrada para carreira da magistratura no Estado de Pernambuco, conforme prescrito no edital n.º 001/200-JS/

TJPE de 01 de agosto de 2000, regulamentado pela Resolução n.º 138/00 de 21/06/2001, o qual ainda se encontra em andamento.

Com efeito, diz o edital no título DOS REQUISITOS:

“3.1.1 ser brasileiro e ter, no mínimo, 25 anos de idade e, no máximo, 45 anos de idade”.

Da mesma forma, a Resolução 138/00, em seu artigo 5º, aduz:

A inscrição preliminar será requerida ao Presidente do tribunal mediante preenchimento de formulário próprio, acompanhado da seguinte documentação: I – prova de ser brasileiro e ter pelo menos 25 (vinte e cinco) anos e não mais de 45 (quarenta e cinco) de idade.

...

§1º O limite máximo de idade será verificado no dia da abertura da inscrição do concurso e o mínimo no dia do encerramento do prazo para as inscrições preliminares.

Comparando-se as restrições acima mencionadas com o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a exigibilidade de previsão legal anterior, seria o caso de se perguntar se o Edital e a Resolução estão albergados pelo manto da Constitucionalidade.

A rigor técnico, **não existe em nosso Estado** lei que autorize a discriminação etária imposta no edital, sendo, portanto, uma agressão ao corolário princípio da Isonomia, na esfera das relações de trabalho, senão vejamos:

A Lei de Organização Judiciária do Estado de Pernambuco se materializa na Resolução n.º 10, de 28/12/1970, aprovada pelos próprios integrantes da Corte de Justiça, quando a Assembléia Legislativa Estadual encontra-

va-se fechada por ato de força do governo militar então transitoriamente no Poder. Portanto, não submetido ao processo legislativo estabelecido na Própria Constituição Federal então vigente (CF/67, com a Emenda Constitucional n.º 01/69). É verdade que, à época, predominou na jurisprudência o entendimento de que diante do caos instalado com o fechamento do Poder Legislativo, o Executivo podia editar "Decretos-Leis", com força de Lei, como por exemplo, a então Organização Municipal de Pernambuco (DL 285/70).

Como a matéria da Organização Judiciária era de iniciativa privativa do Poder Judiciário, o Poder Executivo Estadual não podia editar um Decreto-Lei sobre o assunto, analogamente se fez editar a Resolução com força de Lei, o que terminou sendo aceito consuetudinariamente, mas sem um pronunciamento do Pretório Excelso sobre o tema. Da mesma forma as Leis n.º 7.053, de 18/11/77 e 7.903/79, que contemplam diversas alterações no texto original da Resolução n.º 10/70, são antecedentes ao regime constitucional vigente no país desde 05 de outubro de 1988.

Como é sabido, a Constituição Brasileira é fruto de uma Assembléia Nacional Constituinte, portanto formatando um novo arcabouço jurídico no país, não guardando relação obrigatória com as regras anteriormente em vigor. **As leis anteriores são recepcionadas pelo novo ordenamento Constitucional, desde que com ele não colidam.**

O professor Gabriel Dezen Júnior, na obra Direito Constitucional, curso completo, lembra que:

...Uma Constituição nova instaura uma ordem jurídica absolutamente nova. Rompem-se, como se viu acima, todos os vínculos com a ordem anterior, pois o novo documento constitucional é

o marco zero da estrutura jurídica nacional. Reconhece-se aqui a vigência plena do princípio da supremacia da Constituição, decorrência da teoria da construção escalonada de Kelsen.

A legislação infraconstitucional anterior a ela, contudo, não desaparece automaticamente. Ela sobrevive à nova Constituição, se, e somente se, com as suas normas guardar compatibilidade.³ (grifo nosso).

É exatamente o que ocorre no presente caso. A Resolução n.º 10/70 e as Leis n.º 7053/77 e 7903/79, colidem frontalmente com os artigos 7º, XXX e 39, §2º da Constituição Federal de 1988.

Ou seja, a lei restritiva teria que ser posterior a 05 de outubro de 1988 (entrada em vigor da Constituição Federal), pois Leis anteriores não vigoraram automaticamente por colidir com as regras gerais constitucionais.

Em Pernambuco não há lei posterior à vigência da Constituição Federal impondo limite de idade, tanto que só agora o Colendo Tribunal de Justiça estuda a completa reformulação do Código de Organização Judiciária. É flagrantemente inconstitucional a imposição de tais limites através de simples Resolução do Tribunal, por mais bem intencionada que tenha sido a sua motivação.

³ DENZEN JÚNIOR, Gabriel. *Direito Constitucional*, Curso Completo. 13.ed. Brasília: Westcon, 2000.

Na lição do constitucionalista Alexandre de Moraes, na obra "Direito Constitucional", temos que:

...A igualdade se configura como uma eficácia transcendente de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a constituição, como norma suprema proclama....⁴

Segundo critérios de interpretação das normas constitucionais, a essas deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhes conceda, segundo princípio da máxima efetividade ou da eficiência, como ensina o mestre J.J. Gomes Canotilho.

4. DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Muitos inscritos no certame em questão impetraram Mandado de Segurança junto ao Tribunal de Justiça de Pernambuco para participarem das provas. Trazemos a título de ilustrações 3 (três) decisões diferentes do nosso Tribunal de Justiça:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO DE JUIZ – EXIGÊNCIA DE IDADE MÍNIMA DE 25 ANOS – EDITAL ANULADO – PERDA DO OBJETO – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO – DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS. NÃO

SE VERIFICAM AS CONDIÇÕES DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO WRIT, UMA VEZ QUE FOI ANULADO EDITAL DO CONCURSO PARA JUIZ, RAZÃO PELA QUAL DESAPARECE A EXIGÊNCIA DE IDADE MÍNIMA DE 25 ANOS. ACÓRDÃO VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS ESTES AUTOS DE MANDADO DE SEGURANÇA Nº 59471-0, DA COMARCA DO RECIFE, EM QUE É IMPETRANTE PAULA VIDAL BASTOS E OUTRAS E COMO IMPETRADO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. ACORDAM, OS DESEMBARGADORES COMPONENTES DA CORTE ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO, POR MAIORIA DE VOTOS, EM EXTINGUIR O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, POR FALTA DE OBJETO, AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O DES. SIQUEIRA CAMPOS, TUDO DE ACORDO COM AS NOTAS TAQUIGRÁFICAS ANEXAS. RECIFE, 12 DE JUNHO DE 2000. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 59471-0.

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. JUIZ DE DIREITO. LIMITE MÍNIMO DE IDADE. RAZOABILIDADE. CRITÉRIO LEGAL E CONSTITUCIONAL. 1. A NORMA EXPRESSA NO INC. XXX, DO ART. 7º, DA CF/88, NÃO SE REVESTE DE CARÁTER ABSOLUTO, MAS SIM, RELATIVO, SENDO POSSÍ-

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 63.

VEL, POR CONSTITUCIONAL E LEGÍTIMO, A FIXAÇÃO, POR LEI ESTADUAL, DE EXIGÊNCIA CONCERNENTE À IDADE QUANDO ESTA DECORRER DA NATUREZA E DO CONTEÚDO OCUPACIONAL DO CARGO A SER PROVIDO. 2. O EXERCÍCIO DA JUDICATURA EXIGE UMA MATURIDADE PSÍQUICA, INTELECTUAL E CULTURAL, UMA MATURIDADE PESSOAL QUE SE REFLITA NO NECESSÁRIO EQUILÍBRIO DAQUELE QUE TERÁ A DIFÍCIL MISSÃO DE JULGAR A SEUS SEMELHANTES, DAÍ SER RAZOÁVEL A FIXAÇÃO DE UMA IDADE MÍNIMA PARA O CANDIDATO. 3. A FIXAÇÃO DO CRITÉRIO ETÁRIO, OU DE QUANDO A IDADE DEVE SER AFERIDA, É JUÍZO POLÍTICO PRIVATIVO DO LEGISLADOR, NÃO PODENDO O JUDICIÁRIO SUBSTITUI-LO NESSE MISTER. 4. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. 5. SEGURANÇA DENEGADA. DECISÃO POR MAIORIA. ETÉRIO GALVÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – 65551-0.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 65.467-3. EMENTA: ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – COMPROVAÇÃO DE IDADE – INSTANTE DA POSSE – SEGURANÇA CONCEDIDA POR MAIORIA DE VOTOS. CANDIDATOS ADMITIDOS A CONCURSO PÚBLICO SEM A IDADE MÍNIMA PREVISTA NO EDITAL. REQUISITO DE POSSE E NÃO DE INSCRIÇÃO. ACÓRDÃO: VISTOS, RELATADOS

E DISCUTIDOS ESTES AUTOS DE MANDADO DE SEGURANÇA Nº 65.467-3, DA COMARCA DO RECIFE, SENDO IMPETRANTE MAURÍCIO DE FONTES OLIVEIRA E OUTROS, ACIMA NOMINADOS E IMPETRADO O DES. PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. – ACORDAM OS DESEMBARGADORES COMPONENTES DA CORTE ESPECIAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO, POR MAIORIA DE VOTOS, CONCEDER A SEGURANÇA, CONFIRMANDO A LIMINAR, ASSEGURANDO AOS IMPETRANTES O DIREITO DE REALIZAR AS PROVAS DO CONCURSO, DEVENDO, SE APROVADOS, COMPROVAR, NO MOMENTO DA POSSE, OS REQUISITOS EXIGIDOS PELO EDITAL....

Vê-se claramente que, em nenhuma das decisões, tratou-se da questão da falta de lei estadual autorizativa de restrição, portanto em desacordo com recente entendimento do Supremo Tribunal.

No primeiro acórdão, o mandado de segurança foi extinto, pois, segundo o teor da decisão, existe uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco em se desconsiderar a idade mínima (e a máxima) do certame. No segundo acórdão trazido, a segurança foi denegada pelo argumento de falta de maturidade psíquica, intelectual e cultural aos candidatos que contam com menos de 25 anos. Por último, o terceiro acórdão determina que a idade mínima será exigida na data da posse e não na data da inscrição definitiva (essa realizada após a 3ª fase).

Independentemente do antes apontado de que em Pernambuco não existe a lei que autorizaria as restrições de idade e sem lei não é possível restringir a candidatura de pessoas com menos de 25 e mais de 45 anos, trago dois argumentos fáticos de maior relevância:

1) Não podemos nos olvidar que brilhantes magistrados, atualmente com pleno exercício de suas funções, ingressaram na magistratura com 22 (vinte e dois) anos de idade, alguns deles professores da **Escola Superior da Magistratura – ESMape**.

Não é por demais lembrar, apenas para efeito de comparação, que para exercer mandato eletivo da maior relevância, como o de deputado federal, a idade mínima exigida na Constituição é de 21 anos. É certo que se trata de um membro de outro Poder da República, mas a comparação em termos de semelhança na importância institucional não é impertinente, bastando se ver que para efeitos de fixação de remuneração dos magistrados o paradigma remuneratório é o mesmo dos senhores deputados.

2) **Existe uma fase apropriada para avaliar psicologicamente o candidato** – Todos nós sabemos da complexidade das funções do cargo de juiz. Sabemos também que para o bom desempenho de suas funções, o juiz tem que ser um homem com maturidade psíquica, intelectual e cultural. Para a aferição desses predicados, o edital do concurso em tela prevê exame de saúde, que aferirá as suas condições físicas e mentais, e exame psicotécnico. Ademais, existe a previsão de que a comissão examinadora avaliará, com auxílio da Corregedoria Geral de Justiça, a vida pregressa e a conduta pessoal familiar e social do candidato, bem como o convocará para audiência em sessão

sigilosa. A maturidade do candidato será aferida em fase própria, que tem caráter eliminatório. Portanto, para que restringir a sua inscrição sob o argumento de falta de maturidade?

Da mesma forma, o Edital e a Resolução restringem a inscrição de pessoas maiores de 45 (quarenta e cinco) anos de idade. Nesses candidatos, via de regra, sobra maturidade intelectual, psíquica e cultural. E agora, qual o argumento usar? Que uma pessoa de 45 (quarenta e cinco) anos de idade é senil? Imprestável para exercer a magistratura, quando hipoteticamente teria até 25 anos de atividade no serviço público?

5. CONCLUSÃO

Do ponto de vista jurídico, a fixação de idade mínima e máxima para este concurso de juiz substituto do TJPE é uma afronta à Magna Carta, haja vista que não existe lei estadual que trate da restrição. Mesmo querendo justificar a limitação por um critério de razoabilidade em face da necessidade de se ter um candidato maduro, o concurso prevê uma etapa apropriada para essa verificação.

O exemplo do concurso de juiz substituto TJPE serve apenas para ilustrar a “aparente” confusão que cerca o tema, pois já vimos que desde que exista uma **lei estadual** que autorize a limitação de idade para os concursos públicos, a restrição para alguns cargos de funções complexas será permitida, caso contrário, persistirá a proibição de diferença de critério de admissão por motivo de idade segundo o art. 7º, XXX, da Constituição da República Federativa do Brasil.

6. REFERÊNCIAS

Livros

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 7.ed. Malheiros: São Paulo, 1998.

DENZEN JÚNIOR, Gabriel. **Direito Constitucional, Curso Completo**. 13.ed. Brasília: Veston, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8.ed. Atlas: São Paulo, 2000.

4. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Legislação

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

PERNAMBUCO. Código de Organização Judiciária do Estado de Pernambuco (Resolução 10/70) e suas alterações. Recife, [s.n.], [19??].

Pesquisa na Internet

www.stf.gov.br ([link jurisprudência](#));

www.stj.gov.br ([link jurisprudência](#));

www.tjpe.gov.br ([link jurisprudência](#), [link legislação](#) e [link Normas Internas](#)).

ARREPIO À LEI DO CHEQUE

Luiz de Freitas Lima

Prof. da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco e da Universidade Católica de Pernambuco; membro da Academia de Letras e Artes do Nordeste, da Academia Pesqueirense de Letras e Artes e da União Brasileira de Escritores de Pernambuco

SUMÁRIO

1. PRENÚNCIO DE ÓBITO; 2. REDUÇÃO DO USO; 3. POLÍGLOR; 4. LEGISLAÇÃO; 5. FORMA; 6. DIREITO DE REGRESSO; 7. SUSTAÇÃO DO PAGAMENTO; 8. PRÉ-DATADO OU PÓS-DATADO; 9. VISADO; 10. TÍTULO CAUSAL; 11. REGRAS INÚTEIS OU DISPENSÁVEIS

1. PRENÚNCIO DE ÓBITO

O cheque, vez por outra, sofre uma ameaça de morte.

Em 1986, anunciava a imprensa francesa que ele estava com os dias contados com o advento do denominado *smart card* (*cartão esperto*), que o substituiria com vantagens excepcionais, pois munia o seu usuário do poder de operar conta bancária, servir-se do mesmo como ficha telefônica e, até, armazenar dados relativos à sua saúde.

Veio o cartão esperto, cumpriu a sua missão, mas, no ano passado, lemos, numa revista semanal, que as instituições francesas o tinham colocado em desuso.

Do mesmo modo, em 1996, o Jornal do Commercio trazia o seguinte título: *Os bancos querem abolir o cheque* e, em abril deste ano, o Diário de Pernambuco publicava uma matéria com a manchete: *O uso do cheque vai cair*.

2. REDUÇÃO DO USO

É inegável que há um evidente abalo na precíua função do cheque com a utilização do cartão de crédito, com os negócios virtuais e, mais recentemente, com a clara intenção das instituições financeiras de desumanizarem o atendimento à clientela, colocando-nos para ser atendidos por uma grande fila de computadores.

Esquecemo-nos da velha preocupação, se não nos enganamos, de Gustavo Corção, feita há cerca de 40 anos, no sentido de que a máquina estava substituindo o homem, causando desemprego.

Mas o cheque vem resistindo bravamente a esses impactos e, em algumas situações, de maneira bem mais vantajosa.

Em 18 de novembro de 1998, a revista VEJA fazia referência a um cheque de 41 bilhões de dólares no empréstimo que o FMI concedeu ao Brasil; quer dizer, numa diminuta cártula se carrega um enorme valor de um país para outro; é o cheque evitando, obviamente, o perigoso transporte de numerário.

Em se querendo, por outro aspecto, transferir esse alto valor, basta a simples assinatura do beneficiário ou do endossatário.

Conta, ainda, o cheque com a garantia do aval que, a despeito de também fidejussória como a fiança, não é atrapalhada pelo privilégio de ordem ou pela outorga uxória ou marital.

3. FOLCLORE

Cheque borrachudo (o que bate no banco e volta), cheque cowboy (recebe quem sacar primeiro), cheque boemia (aqui me tens de regresso), cheque atleta (recebe quem chegar primeiro) e inúmeros outros apelidos revelam que o título desfruta de inigualável popularidade.

No entanto, podemos afirmar com segurança que parte dos meandros de sua legislação ainda é desconhecida da grande massa que o utiliza.

É bastante fazermos um ligeiro passeio pela Lei do Cheque.

4. LEGISLAÇÃO

Em 1985, entrou em vigência a Lei 7.357, trazendo algumas inovações interessantes.

A melhor de todas elas, inquestionavelmente, foi a consolidação, reunindo as normas vigentes na Lei Uniforme em matéria de cheques (Dec. 57.595) com as da antiga lei (2.591/12) e, mais; regras consuetudinárias e jurisprudenciais, assim facilitando a sua consulta, o que deveria também ser providenciado relativamente à legislação da letra de câmbio e da nota promissória.

5. FORMA

Um dos nossos melhores comercialistas – seguido por outros – quanto à forma do cheque, apresenta como requisitos essenciais o lugar e a data do mesmo, quando, pelo inc. II do art. 2º, o lugar é um requisito não essencial, supável.

Já alguns autores – e alguns tribunais regionais – afirmam que a data de emissão é requisito accidental, quando o Supremo Tribunal Federal, bem como o Superior Tribunal de Justiça, já se pronunciaram no sentido de que a falta de tal data incorre em infração ao rigor cambiário; e com razão, pois a lei, no inc. V, do art. 1º, a elenca como requisito essencial.

A Lei 8.021/90 (Plano Collor), alterando a forma da Lei Uniforme, acrescentou um requisito essencial ao título: o nome do beneficiário, norma que continua, atualmente, para os cheques de valor superior a R\$100,00. Tendo esquecido o endosso em branco, quando o título passaria a ser ao portador, corrigiu com a Lei 8.088/90, determinando que o endosso deveria ser em preto sob pena de inexistência do seu valor.

Com tais regras, ficamos com normas internas que não poderão ser aplicadas aos países que aderiram à Convenção de Genebra de 1931 por não terem sido objeto de denúncia, do mesmo modo como ocorreu com o acréscimo do nº da Cédula de Identidade, da Carteira Profissional, do Título de Eleitor ou do Cadastro de Pessoa Física (CPF), com a lei de 1975. Legalizou o cheque visado, que era costume e não lei, bastando dizer que algumas instituições financeiras já não estavam mais processando o visamento em virtude dos custos operacionais.

Deixou a lei, no entanto, uma dúvida: será que os bancos, a partir da lei, estão obrigados a prestar esse serviço quando o texto foi redigido com a expressão: *Pode o sacado lançar o visto ...?*

Vale ressaltar que, de algum tempo para cá, porém, os bancos praticamente aboliram o cheque visado, substituindo-o por cheque administrativo, naturalmente deduzindo o respectivo valor da conta normal de depósito.

6. DIREITO DE REGRESSO

A lei oferece ao portador do cheque a opção de protestar o título para exercer o direito regressivo – quando não contenha a *cláusula sem protesto* ou, simplesmente, obter, próprio cheque, a declaração de insuficiência ou inexistência de provisão; claro que isso o favoreceu, evitando gasto de tempo e de dinheiro.

7. SUSTAÇÃO DO PAGAMENTO

Boa parte das instituições bancárias, inadvertidamente, em recebendo uma contra-ordem de pagamento escrita, com a justificativa legal, dá curso à sustação do cheque de imediato, o que fere a Lei do Cheque.

Ela só autoriza a sustação por contra-ordem após decorrido o prazo legal de apresentação (30 ou 60 dias conforme o resgate seja na mesma praça da emissão ou noutra, respectivamente).

Em compensação, foi criada pela lei a figura da *oposição*, também por escrito e com uma razão indicada pela lei, com as vantagens de produzir efeito no ato da entrega ao banco e, diferente do que acontece com a contra-ordem, podendo ser assinada pelo próprio portador.

8. PRÉ-DATADO OU PÓS-DATADO

Há autores que denominam o cheque *pré-datado* de cheque *pós-datado* pelo fato de o mesmo ter data posterior ao da emissão.

Francamente, parece-nos que poderão ser usadas as duas expressões, uma vez que, afinal de contas, o cheque está recebendo uma pré-datação.

Por sinal, o cheque pré-datado - cujo uso foi consagrado pelo Banco Central tendo em vista a facilidade do seu giro nos negócios, hoje sendo adquirido amplamente pelas empresas de *factoring* - constitui uma prática visivelmente ilegal.

Creemos, que houve, expressamente, por parte do legislador de 1985, a intenção de aboli-lo de uma vez por todas do nosso convívio.

A antiga Lei do Cheque (2.591/12) dispunha - como a nova lei também dispõe - que ele deverá ser pago na apresentação.

Só que a nova lei foi mais adiante, ao dispor, em seu art. 32, parágrafo único: "*O cheque apresentado para pagamento antes do dia indicado como data de emissão é pagável no dia da apresentação*".

Um tiro certeiro no uso do cheque pré-datado, o que não o abalou, como constatamos.

A jurisprudência dos nossos tribunais, inclusive, vem contribuindo para a circulação mais tranqüila do cheque pré-datado, o qual, no passado, podia ser descontado pelo portador antes da data nele fixada sem qualquer sanção.

Começou por uma decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, de 1995, condenando o portador do cheque pré-datado, que o apresentou prematuramente, a pagar uma indenização por ter descumprido uma obrigação de não fazer.

Sobre essa obrigação, eis o que declara o art. 883 do Código Civil:

Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaza, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

O Superior Tribunal de Justiça tem acatado esse entendimento, como na decisão proferida em 25 de maio de 2000, pelo Min. Carlos Alberto Menezes, no RESP 237376/RJ:

Cheque "pré-datado". Apresentação antecipada. Responsabilidade civil. Precedentes da Corte. Como já decidiu a Corte, a "prática comercial de emissão de cheque com data futura de apresentação, popularmente conhecido como cheque "pré-datado", não desnatura a sua qualidade cambiari-forme, representando garantia de dívida com a consequência de ampliar o prazo de apresentação". A empresa que não cumpre o ajustado deve responder pelos danos causados ao emitente.

9. VISADO

Ao lançar o visto no cheque nominal e ainda não endossado, o banco sacado transfere, da conta de depósito, o respectivo valor para uma conta transitória e somente voltará a ela quando decorrido o prazo de apresentação sem que o mesmo tenha sido liquidado.

Anteriormente, era acentuado o seu uso, mas pelo fato de tratar-se de um costume e não lei, os bancos passaram a não mais não visar o cheque tendo em vista os gastos operacionais.

A nova lei passou a regulá-lo, mas de maneira duvidosa, pois o art. 7º da Lei do cheque utiliza a expressão *pode o sacado... lançar o visto*, o que não impõe, e sim, faculta.

A propósito, na legislação anterior formaram-se duas correntes de autores que se debatiam sobre a possibilidade ou não de o cheque visado comportar contra-ordem. O Supremo Tribunal Federal chegou a negar a contra-ordem do cheque visado, com o que não ousamos discordar.

Atualmente, os bancos vêm substituindo o cheque visado pelo cheque administrativo, isto é, aquele sacado por eles para resgate em seu próprio caixa. E até no cheque administrativo é cabível a contra-ordem ou oposição ao pagamento do cheque, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça em 1993 (RESP 16.713-O-MS, COAD nº 49).

10. TÍTULO CAUSAL

Doutos juristas opinam que o cheque é um título abstrato, o que se observa também em algumas decisões, inclusive do Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se o último acórdão (16/02/2001) a respeito, no Agravo 309355/MG: "II – O crédito representado pelos cheques tem a favor de si a garantia da liquidez, certeza e exigibilidade, além da abstração...(grifo do autor)".

Pelo que ensina Fran Martins,

os direitos decorrentes dos títulos de crédito são abstratos, não dependentes do negócio que deu lugar ao nascimento do título (Títulos de crédito, vol I, pág. 9, ed. 1999).

Rubens Requião, sobre o assunto, lembra Vivante, que declara que os títulos de crédito podem circular como documentos *abstratos*, sem ligação com a causa a que devem sua origem (Curso de direito comercial, 2º vol., pág. 320, ed. 1998).

Waldirio Bulgarelli assegura que todos os títulos de crédito são emitidos por alguma razão, têm uma causa que, em alguns casos, não é neles mencionada, tornando-os completamente abstratos em relação ao negócio fundamental que lhes deu origem (Títulos de crédito, pág. 59, ed. 1998), oferecendo como exemplos a letra de câmbio e a nota promissória.

A letra de câmbio é um título essencialmente abstrato. Já, quanto à nota promissória, não diríamos o mesmo, uma vez que os tribunais vêm admitindo a discussão da *causa debendi* em relação às partes originais do título.

No que diz respeito ao cheque – não sendo auto-suficiente, como a letra de câmbio – é um título causal. Ele se origina de um contrato de depósito ou de abertura de crédito, liga-se a uma provisão ou à concessão de um crédito.

Há quem alegue que, endossado o cheque, não podem ser admitidas questões ligadas à causa *debendi*. Ora, isso acontece a qualquer título: o endosso o purifica de todos os pecados, em relação aos coobrigados.

O cheque tem caráter pro solvendo, ficando atrelado ao negócio subjacente.

Veja-se como decidiu o Tribunal de Justiça da Bahia, em 1989:

Ressaltando do processo documentos e alegações de ambas as partes espelhando a existência do negócio subjacente do qual se originou o cheque dado em garantia, não se pode falar em liquidez... (COAD – Informativo semanal 33/9, pág. 524) (Grifos do autor).

Da mesma forma que o TA de Minas Gerais, em 1995: “Ao emitente cambial é permitido opor exceção pessoal ao endossatário, fundada na causa debendi... (Ap. 196421-2 – ADVI – COAD, emit. em 16/32000)” (Grifos do autor).

Leia-se, para fechar o tema, o que dispõe o art. 62 da Lei do cheque: “Salvo prova de novação, a emissão ou a transferência do cheque não exclui a ação fundada na relação causal, feita a prova do não pagamento”. (Grifos do autor).

11. REGRAS INÚTEIS OU DISPENSÁVEIS

Há, por outro lado, normas no cheque que, indubitavelmente, constituem letra morta.

Dispõe, por exemplo, o parágrafo único do art. 8º da Lei do Cheque que ao cheque com o nome do beneficiário poderá ser acrescentada a expressão *ou ao porta-*

dor ou expressão equivalente, valendo como cheque ao portador. Isso somente poderá ocorrer se, por descuido, o emitente não inutilizar o espaço restante após o nome do favorecido.

Mais: que o banco poderá exigir, ao resgatá-lo, que este lhe seja entregue quitado pelo portador (art. 38, *caput*).

Ainda mais, caso haja insuficiência de provisão, a instituição financeira poderá obrigar o portador do cheque a receber o saldo que constar na conta do emitente (art. 38, parágrafo único).

Poder-se-ia dizer, também, que não faria a menor falta a nova espécie de cheque *para ser creditado em conta*, trazida com a nova lei, tendo em vista o cheque cruzado, o qual recebeu uma pequena alteração, pois, anteriormente, a lei permitia o recebimento no caixa a um cliente do sacado, ao passo que hoje o portador terá que efetuar o depósito do cheque cruzado.

Manda, ainda, o diploma legal aplicar a correção monetária no ajuizamento da ação, o que seria perfeitamente dispensável por existir, desde 1981 (Lei 6.899), lei aplicando-a a todos os créditos recebidos em juízo.

EMBARGOS DA AÇÃO MONITÓRIA. NATUREZA JURÍDICA E NÃO APLICABILIDADE DOS EFEITOS DA REVELIA AO AUTOR/EMBARGADO QUE SOBRE ELES NÃO SE MANIFESTA

Maria Adelaide Monteiro de Abreu

Ex-aluna da ESMAPE, Servidora do Poder Judiciário do Estado de Pernambuco, Assessora do Juízo da 13.^a Vara Cível da Comarca da Capital.

SUMÁRIO

1. À GUIA DE INTRODUÇÃO. 2. LIGEIRAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO. 3. NATUREZA DOS EMBARGOS AO MANDADO INJUNTIVO: AÇÃO, DEFESA OU RECURSO? 4. A POSSIBILIDADE OU NÃO DE DECRETAÇÃO DA REVELIA DO AUTOR/EMBARGADO PELA AUSÊNCIA DE SUA MANIFESTAÇÃO NOS EMBARGOS. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

1. À GUIA DE INTRODUÇÃO

Muitos são os posicionamentos e as orientações já externados por juristas e doutrinadores, assim como pelos nossos tribunais, acerca do processamento da ação monitória. Relativamente recente no ordenamento jurídico pátrio, tal instituto pende ainda, porém, de solução de questões que não restaram claramente estabelecidas na Lei que o instituiu.

Em que pese o esforço da doutrina em apresentar, teoricamente, diretrizes para a utilização de certos tipos de ação, naquilo que o legislador não tratou es-

pecificamente, o caso concreto trazido ao Judiciário, por vezes, enseja dúvidas, fazendo acender a polêmica e a discussão sobre temas variados. Isso, reconhecemos, toma lugar comum em se tratando de Direito, ciência dialética por excelência. Todavia, ainda que pareçam desnecessárias à visão do jurisdicionado, que só espera uma pronta resposta do Estado para a sua situação, a polêmica e a discussão contribuem, indubitavelmente, para o aprimoramento e a busca da efetiva prestação jurisdicional.

Dessa feita, e da necessidade prática de nos aprofundarmos no estudo da ação monitória – frise-se, sem a pretensão de nos arvorarmos de seguidores da corrente que adota o melhor posicionamento na matéria, eis que o Direito comporta várias interpretações sobre um mesmo assunto –, buscamos, neste trabalho, fazer um breve paralelo acerca da natureza dos embargos oferecidos pelo réu nesse tipo de ação. Atentamo-nos, da mesma forma, às conseqüências da falta de manifestação do autor quando instado a neles se pronunciar. Isso fazemos levando em consideração o posicionamento da doutrina, da qual parte entende esses embargos como verdadeira *ação*; parte, que se tratam de mero *instrumento de defesa*, e outra, ainda, como um *recurso*.

Antes, contudo, de adentrarmos nessas questões propriamente ditas, e sem nos atermos a outras tantas, não menos pertinentes e merecedoras de questionamento e discussão no tocante ao tema em apreço, apresentamos, ainda que resumidamente, o procedimento monitório em si, seus requisitos e trâmite.

2. LIGEIRAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO

A ação monitória foi instituída no nosso Direito por meio da Lei n.º 9.079, de 14.7.1995, que acrescentou os arts. 1.102a, 1.102b e 1.102c ao Código de Processo Civil, encerrando o Capítulo XV do Título I do Livro IV, que dispõe acerca dos procedimentos especiais, no caso, de jurisdição contenciosa.

Aparentemente simples, o procedimento monitório tem por objetivo, em suma, oportunizar ao credor, detentor de prova escrita, sem eficácia de título executivo, a persecução do seu crédito sem que antes necessite ajuizar ação de conhecimento para comprovação da sua qualidade, e, só então, com base agora num título executivo judicial, executá-lo. Ressalte-se que a ação monitória é ação cognitiva, não de execução, podendo, porém, nesta de logo transmudar-se, a depender do posicionamento do réu. Aí reside uma alternativa assaz vantajosa para o credor, vez que poderá obter um título executivo, a princípio, muito mais rapidamente do que se optasse por ajuizar uma ação ordinária de cobrança, por exemplo.

Pela autorização do art. 1.102a do Código de Ritos, é requisito para a escolha e cabimento da ação monitória, primeiramente, que o autor tenha prova documental, ou seja, escrita, do seu crédito, sem que essa tenha eficácia de título executivo. É que, do contrário, faltará ao demandante interesse de agir para a monitória, considerando que já dispõe de documento com força executiva e, portanto, de título que lhe possibilita, de

logo, o ajuizamento de uma ação de execução. Essa prova escrita é documento indispensável à propositura da ação. Como um segundo requisito, deve o credor intencionar o recebimento de pagamento de soma em dinheiro ou a entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Dada a sua natureza jurídica, que é de conhecimento e condenatória, a ação monitória deve ser ajuizada por meio de petição inicial, atendidos, naturalmente, os requisitos dos arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil.

Quanto à determinação da competência para o processamento dessa ação, devido à inexistência de regra especial, segue-se o sistema geral do Estatuto de Ritos, admitindo-se, também, que a ação seja proposta nos juizados especiais cíveis, respeitado o teto legal previsto na Lei específica.

Estando a petição inicial da monitória devidamente instruída, ou seja, verificada pelo juízo a presença dos requisitos da ação e também do documento escrito respectivo, será expedido o mandado monitório nos termos do art. 1.102b do mencionado Diploma Legal. Veja-se que, no caso, trata-se de ordem de pagamento ou de entrega de coisa, posto que, como o próprio nome diz, o mandado de injunção traz uma determinação, uma imposição; imperativo, portanto, e que se dá sem a ouvida da parte contrária.

Essa ordem deve trazer a advertência de que, se não opostos embargos em quinze dias, o mandado monitório será convertido em executivo, tomando o procedimento, a seguir, a forma prevista no Livro II,

Título II, Capítulos II e IV da Lei Processual Civil. Deve, ainda, constar do mesmo mandado a notícia de que, se o réu atender à determinação de pagamento ou entrega da coisa, ficará isento das custas processuais e dos honorários advocatícios. Essa isenção caracteriza-se como vantagem, por expressa determinação legal, para o réu que obedece ao comando do mandado injuntivo.

Embora não conste do art. 1.102b do CPC, o mandado monitório é também citatório, haja vista a necessidade da citação do réu para uma completa relação jurídica processual¹. Assim, citado, o demandado terá o prazo de quinze dias para cumprir o determinado no mandado, podendo ainda simplesmente silenciar, ou, querendo, oferecer embargos, que serão processados nos próprios autos da ação monitória, tudo nos termos do art. 1.102c e seus § daquele Código, suspendendo, desse modo, a eficácia do mandado inicial. Se apresentados embargos pelo réu, o rito processual se transformará, passando de especial para ordinário.

Passemos à análise a que nos propomos.

3. NATUREZA DOS EMBARGOS AO MANDADO INJUNTIVO: AÇÃO, DEFESA OU RECURSO?

Um dos posicionamentos que o devedor pode vir a adotar com a ciência da ordem para pagamento ou entrega de coisa é pelo oferecimento de embargos, o que suspenderá a eficácia do mandado de injunção.

¹ Nesse sentido: *Carvalho Alvim, Procedimento Monitório*, 78; *Bermudes, Reforma*, 174, apud NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1387.

Esses embargos, como já dissemos, são processados nos mesmos autos da ação monitoria, independentemente de garantia do juízo, o que não ocorre com os embargos à execução. Meio de resposta como se apresentam, observando, porém, estes aspectos – dispensa de prévia segurança do juízo, processamento nos próprios autos e, ainda, que a ação, que era de rito especial, passa a ser processada pelo procedimento ordinário a partir da interposição desses embargos – como considerá-los, então?

Eis onde se inicia a celeuma. Isso porque, no § 2.º do art. 1.102c da Lei Processual Civil, o legislador não deixou clara a natureza dessa resposta, daí advindo algumas conseqüências relevantes a depender de como a entendemos.

Muitos autores acreditam que os embargos apresentados pelo réu constituem verdadeira ação; outros, mero instrumento de defesa, uma contestação, e alguns, ainda, como recurso.²

Vejamos.

Se os embargos, em sede de procedimento monitorio, forem considerados ação autônoma – idéia de vários autores, porém, por nós não acatada, registre-se de logo – entender-se-á que o autor/embargado deverá ser citado para oferecimento de defesa, sujeito, portanto, aos efeitos da revelia.

A petição dos embargos, outrossim, se tomados com aquela natureza, acreditamos, deve conter os re-

quisitos de toda inicial, estabelecidos nos arts. 282 e 283 do CPC, e sujeita às disposições dos arts. 284 e 285 do mesmo Código. É o que ocorre com a petição inicial dos embargos à execução. Cândido Rangel Dinamarco manifesta-se no sentido de que os embargos não são mero incidente, mas um processo incidente ao processo monitorio, principiando por meio de uma petição inicial, nele podendo o réu aduzir todas as matérias de defesa.³

Por outro lado, a impossibilidade de defesa nos próprios autos da execução, considerando que esses só comportam atos propriamente executivos e não de cognição, não se dá em se tratando de ação monitoria, porquanto essa, sim, trata-se de ação de conhecimento, admitindo, desse modo, que a defesa se processe nos mesmos autos.

O mandado, ainda de injunção, quando oferecidos os embargos, fica com a sua eficácia suspensa, não se transformando, portanto, em executivo. É que a apresentação de embargos representa condição suspensiva àquela conversão.

José Rogério Cruz e Tucci assim se posiciona:

A despeito de se identificarem com verdadeira contestação, até porque inexistente ainda título executivo a ser desconstituído, não há dúvida de que os 'embargos ao mandado', à luz do disposto no art. 1.102c, correspondem a uma ação incidental sui generis.⁴

² LISBOA, Celso Anicet. *A Utilidade da Ação Monitoria*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 108. Ainda, MARQUES FILHO, Vicente de Paula. *Procedimento Monitorio*. Curitiba: Juruá, 2001.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 243.

⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Apção Monitoria*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 97.

Qual a justificativa, então, de se abrir oportunidade de ajuizamento de uma ação incidental no bojo de uma outra quando, no seu cerne, a segunda teria por objetivo desconstituir o direito externado na primeira? Matéria própria de defesa, portanto, que foge, inclusive, àquela a ser apresentada em sede de inicial de uma ação ordinária. Entendemos que, com o oferecimento dos embargos ao mandado de injunção, não se inicia uma nova ação, ordinária, mas tão-somente, a partir daí, o rito da própria monitória passará a ser o ordinário, ensejando, como continuidade, a intimação do autor/embargado para se manifestar sobre a defesa. É só nos atermos ao fato de que a inicial já existe (a da monitória), a defesa já foi apresentada (por meio de uma petição nominada de embargos), devendo o próximo passo, por conseguinte, consistir no chamamento do autor para se pronunciar sobre essa resposta do réu.

No tocante, aliás, à modificação do procedimento a partir do oferecimento dos embargos pelo réu, seguimos o entendimento de que o estabelecimento do rito ordinário se dá para a própria monitória, que, a partir de então, deixa de ter um procedimento especial.⁵

Mesmo que não seja clara a redação do preceito legal pertinente (art. 1.102c, § 2.º, *in fine*, do CPC), não vemos justificativa para que o legislador modificasse o rito de algo que ainda nem se iniciou, no caso, o dos embargos; ou ainda dizendo, para que se referis-

se expressamente ao rito ordinário, quando, ao menos, se vislumbrou um procedimento especial para esses embargos. Ora, é a regra geral; e não haveria razão, a rigor, de o legislador dizer do rito desses embargos, a não ser que previsse um especial.

Ainda que acatássemos tais embargos como sendo uma ação – posição que não tomamos –, difícil seria conciliar o procedimento ordinário para seu trâmite com um rito especial para o da monitória. Seriam duas ações, uma no bojo dos autos da outra, processadas em ritos diversos. E mesmo que levássemos em consideração o fato de o mandado de injunção estar com sua eficácia suspensa, e que essa suspensão daria margem ao entendimento de que a própria monitória estaria suspensa, correndo os embargos, sem maiores problemas, pelo procedimento ordinário, não é o que ocorre, porém. Diferentemente do que acontece quando da oposição de embargos à execução, que suspendem o curso do processo executivo, o oferecimento de embargos na ação monitória suspende apenas, e tão-somente, a eficácia do mandado de injunção, não a ação, já que os próprios embargos correm no seu seio. Como dar prosseguimento a algo (no caso, os embargos) que está inserido numa ação quando esta mesma está suspensa? Mais um argumento que trazemos para defender a idéia de que esses embargos são, na realidade, uma peça de defesa. Ai sim, porque em nada prejudicariam o andar da monitória, que apenas não mais seria processada de modo especial, mas tomaria o rito de uma ação ordinária. Portanto, aqui defendemos o entendimento de que, com o oferecimento dos embargos

⁵ *Procedimento ordinário.* Opostos os embargos, o procedimento especial da ação monitória se transmuda em procedimento comum ordinário, com contadório amplo. Os embargos são processados nas próprias autos da monitória e não em autos apartados, como os embargos do devedor (CPC 736).* NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade, *ob. cit.*, nota B ao art. 1102c, p. 1389.

ao mandado de injunção, o réu provoca a modificação do rito da própria ação monitória, que agora passa a ser processada pelo procedimento ordinário.

Um outro ponto a nos fazer acreditar os embargos como sendo peça de defesa é o que tange à repercussão do ato que indefere liminarmente os embargos, porquanto não se trata de sentença, eis que não põe fim ao processo. A partir de então, o mandado passa de injunção a executivo, dispondo, assim, dos poderes a esse inerente. Em outras palavras, autor poderá, de logo, executar o seu crédito.⁶ Para J. E. Carneira Alvim, aliás, é incabível a rejeição liminar dos embargos ao mandado de injunção.⁷

Ademais, se acatados os embargos como ação – altamente comprometedora da celeridade que se quis prestar ao procedimento monitório –, seria aceitar o ajuizamento desnecessário de duas ações incidentais no curso do procedimento monitório: os embargos ao mandado de injunção e os embargos à execução, podendo estes últimos ser opostos, num segundo momento, se acaso convertido o mandado de injunção em executivo e efetivado algum ato expropriatório que lhes desse ensejo.

Uma consequência também merece ser notada: admite-se, na ação monitória, por ser ação de cogni-

ção, a citação do réu pela via editalícia ou por hora certa⁸, vindo, daí, em não sendo por ele apresentada resposta, a necessidade de nomeação de curador especial que, por sua vez, pode apresentar contestação pela negativa geral. Se acaso concebermos os embargos como sendo ação autônoma, como entender que essa possa ser fundada numa negação geral? Não acreditamos viável. Pela possibilidade de citação com hora certa, destacamos: “Citação com hora certa. Revelia.

*Curador especial. Tendo sido o réu citado com hora certa e deixando de comparecer, é obrigatória a nomeação de curador especial que o defenda na ação monitória, segundo exige o CPC 9.º II”.*⁹

Observe-se que há entendimento contrário relativamente à admissibilidade da citação por edital no procedimento monitório.¹⁰ No nosso pensar, porém, essas modalidades de citação apresentam-se perfeitamente cabíveis nesse procedimento.

Tomando-se a idéia de que o processo de conhecimento visa a compor a lide diante de uma pretensão resistida – incerta e, portanto, que comporta contestação – e, por outro lado, a de que o processo de execução importa uma pretensão apenas insatisfeita – certa, porém sem o devido adimplemento –, temos, ainda, mais uma razão para acreditar que os embargos à monitória não representam uma nova ação, mas sim, meio de resistência do réu.

⁶ Nesse sentido, vide nota 5 ao art. 1.102c. NERY JÚNIOR, Nelson Nery Júnior e NERY, Rosa Maria Andrade, *ob. cit.*, p. 1389.

⁷ “Como o art. 1.102c prescreve que os embargos suspendem a eficácia do mandado inicial, resulta claro que, uma vez opostos, não podem ser liminarmente rejeitados, do mesmo modo como não pode ser rejeitada in limine a defesa (contestação) oferecida na ação ordinária, salvo, evidentemente, os intempestivos.” ALVIM, J. E. Carneira. *Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 57.

⁸ Nesse sentido, ALVIM, J. E. Carneira, *ob. cit.*, p. 60.

⁹ JTJ 199/121, apud Nelson Nery Júnior e NERY, Rosa Maria Andrade, *idem*, p. 1390. 10 9TAMG, 3.ª Câm., Ag 229148-2, rel. Duarte de Paula, BOLAASP 2074/63, apud Nelson Nery Júnior e NERY, Rosa Maria Andrade, *ibidem*, pp. 1387/1388.

Ainda que o mandado inicial de uma monitória, assim como o de uma execução, sejam igualmente imperativos, cuja ordem de cumprimento se dá independentemente da ouvida da parte contrária, no procedimento monitório a eficácia do respectivo mandado ficará suspensa pela apresentação de embargos, não se determinando de logo, portanto, a realização de penhora ou de atos expropriatórios típicos da execução forçada. No dizer de Humberto Theodoro Júnior, o "ato judicial, portanto, fica a meio caminho, entre a citação do processo de conhecimento e a citação do processo executivo. É mais do que aquela, mas é menos do que esta".¹¹ De feito, ainda mais caracterizando essa posição intermediária do mandado de injunção, que não é chamado para apresentação de defesa, mas também não é ordem de expropriação, ali determinando-se tão-somente o pagamento ou a entrega de coisa, o referido Autor nos apresenta citação de Carnelutti nos seguintes termos: "a injunção executiva é, deste modo, um *tertium genus* que se coloca como intermediário entre a cognição e a execução forçada".¹²

Se renomados doutrinadores posicionam-se no sentido de que os embargos ao mandado de injunção têm natureza jurídica de ação¹³, outros, a exemplo de Carreira Alvim e Nelson Nery Júnior, de igual destaque, entendem que se tratam de mera peça de defesa. Há, ainda, posicionamentos jurisprudenciais externos nesse sentido.¹⁴

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. III (edição Universitária), p. 336.

12 *Idem*.

13 A exemplo de Eduardo Tamirini; Humberto Theodoro Júnior e Vicente Greco Filho, cujos posicionamentos são sintetizados por MARQUES FILHO, Vicente de Paula, *ob. cit.*, p. 164.

14 MARQUES FILHO, Vicente de Paula, *idem*, p. 161. Ainda, RT 781/268 e RT 780/280.

A corrente que entende serem os embargos uma peça de defesa apresentada pelo devedor, e a ela nos filiamos, aponta mera imprecisão do legislador ao nominar a resposta do réu, na ação monitória, de embargos, posto que a mesma tem natureza jurídica idêntica a uma verdadeira contestação.¹⁵

Corroborando esse entendimento o fato de a lei não exigir maiores formalidades para a apresentação desses embargos, contrariamente ao que estabelece o legislador para o seu oferecimento em sede de execução, os quais, nesse último caso, podem ser rejeitados liminarmente em não atendendo às disposições legais (CPC, art. 739).

Entender-se os embargos ao mandado como verdadeira ação traz, por sem dúvida, vários empecilhos à celeridade que se quer com o procedimento monitório.

Ainda que se pese o fato de o réu, na ação monitória, ser intimado, e não citado para cumprir o mandado ou oferecer embargos – o que, para Calamandrei¹⁶, faz sugerir que se utilizem "os vocábulos autor e intimado para denominar as partes do processo monitório, argumentando que a palavra 'réu' não representa bem o papel do sujeito colocado no pólo passivo, visto que no procedimento monitório falta a *vocatio in ius*" –, a terminologia, por si só, não pode ser determinante da natureza de um instituto, ainda mais quando sua idéia central dá margem a posicionamentos diversos. As consequências, se acaso o réu não *cumprir* o mandado ou não

15 GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito Processual Civil: procedimentos especiais*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 163 (Coleção Sínteses Jurídicas v. 13).
16 Apud LISBOA, Celso Anicet, *ob. cit.*, p. 108.

oferecer embargos, serão próprias da revelia¹⁷, porquanto serão acatados como verdadeiros, em princípio, os fatos não impugnados, convertendo-se, de logo, o mandado de injunção em executivo, ainda que se considere, após garantido o juízo, possa o agora executado vir a defender-se por meio dos embargos do devedor.

Relativamente à natureza recursal dos embargos oferecidos na ação monitória ao mandado de injunção, posicionando-se dentre os que a defendem está Celso Anicet Lisboa, que aponta como sendo mais vantajosa essa interpretação. Assevera que, se considerados tanto ação como contestação, os embargos implicariam, pela pouca simplificação, prejuízos ao procedimento monitório. E justifica:

O juiz no início do procedimento monitório pode ou não proferir uma sentença monitória. Sendo proferida e não se conformando o réu com ela, deve impugná-la, sob pena de ter contra si a formação da coisa julgada material. Ora, qual a figura processual que, a um tempo, impede o trânsito em julgado da decisão impugnada e, a outro, abre fase do processo? Só os recursos têm essas características, e os embargos aí nessa categoria devem ser enquadrados. Nem mesmo o fato de eles serem julgados pelo mesmo Juízo que proferiu a decisão impugnada deve pesar contra a tese, visto que tal expediente é familiar ao nosso direito, utilizado tanto em passado recente (juízo de retratação do previgente art. 527, in fine do CPC), como nos dias atuais (CPC, arts. 273, § 4.º, 296, 523, § 2º e 529)7.¹⁸

17 Nesse sentido, ALVIM, J. E. Carneira, *idem*, p. 59.

18 LISBOA, Celso Anicet, *idem*, p. 111.

Também no sentido de que os embargos ao mandado de injunção devem ser considerados meio de recurso, posiciona-se Vicente de Paula, para quem

uma ação autônoma de impugnação não tem a capacidade de fazer suspender os efeitos de um provimento jurisdicional, já que incide sobre uma decisão que contém verdadeira declaração de certeza de direito e produz todos os seus efeitos. São os recursos os meios através dos quais se visa a impedir que se 'aperfeiçoe um estado jurídico ainda não perfeito', suspendendo os efeitos da decisão impugnada.¹⁹

A despeito de tal opinião, entendemos que o recurso não é o único meio de obstaculizar esse aperfeiçoamento, se atentarmos que os embargos, por essa expressão mesma, apresentam-se como modo de se impugnar um pedido, suspendendo a realização de algum ato relativamente a ele já deferido.

Citamos tal posicionamento, porém, a título de informação, não para, neste estudo, tecermos outros comentários, considerando-se que importaria ampliá-lo para análise do sistema recursal, assim como da natureza daquela determinação inicial, se agravável ou recorrível, o que já enseja discussão doutrinária e jurisprudencial, apartada, contudo, da proposta inicial deste trabalho.

4. A POSSIBILIDADE OU NÃO DE DECRETAÇÃO DA REVELIA DO AUTOR/EMBARGADO PELA AUSÊNCIA DE SUA MANIFESTAÇÃO NOS EMBARGOS

No procedimento monitório, o réu é provocado a cumprir a ordem constante do mandado monitório ou apresentar embargos.

19 MARQUES FILHO, Vicente de Paula, *ibidem*, p. 170.

Para Frederico Ricardo de Almeida Neves, para quem a lei configurou os embargos, na monitória, como uma ação de cognição incidental – reconhecendo o emittente autor, no entanto, que essa natureza de ação conferida aos embargos dificulta a obtenção do título executivo –, o legislador incorreu em atecnia ao utilizar a expressão “intimando-se o devedor”, quando deveria ter determinada a sua citação.²⁰ Esse o vocábulo que mais diretamente induz à aplicação dos efeitos da revelia.

De sua parte, José Rodrigues de Carvalho Netto prefere empregar a expressão *contumácia do réu* à revelia, considerando-se que a defesa do réu, na ação monitória, dá-se por meio dos embargos, que, segundo o referido autor, são uma ação.²¹

Em que importe a utilização de um ou outro termo, a consequência inarredável, como já nos referimos, da inatividade do demandado na ação monitória, em sendo cientificado para proceder ao pagamento de soma em dinheiro ou à entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, é a sua revelia, com a aplicação dos seu efeitos próprios nesse tipo de ação: as alegações do autor serão tidas por verdadeiras e, de conseguinte, converter-se-á de logo a ordem primeira em mandado executivo.

Se o réu, entretanto, insurge-se quanto à pretensão inicial e oferece embargos, indagamos se, uma vez instado o autor, agora embargado, a sobre eles se ma-

nifestar, quedando-se, porém, inerte, poderá ser, da mesma sorte, considerado revel?

Como já nos referimos, se os embargos oferecidos no procedimento monitório forem considerados ação autônoma, ensejarão a que o autor/embargado seja, na realidade, intimado, leia-se, “citado”, para oferecimento de defesa, também se sujeitando, dessa feita, aos efeitos da revelia. Pelo cabimento da revelia em sede de embargos na ação monitória, assim entendeu o Juiz Narciso Orlandi:

Embargos do devedor. Não impugnação pelo autor. Na ação monitória, o autor que não impugna os embargos oferecidos pelo devedor fica sujeito às consequências da revelia, desde que tenha sido advertido nos termos do CPC, 235, II.²²

Ora, haverá, destarte, duas oportunidades de ocorrência da revelia num mesmo procedimento, ou seja, uma para o devedor e outra para o autor da demanda monitória? Isso porque, se o réu, pela sua inércia ao receber o mandado de injunção, é de ser considerado revel, mas, se ao contrário, responde em forma de embargos, ficará agora o autor/embargado, então, sujeito aos efeitos da revelia se acaso deles não se manifestar? Acreditamos que não. Até porque a revelia é decorrência da inércia *do réu*, que tem a liberdade de oferecer defesa ou silenciar acerca dos fatos contra ele alegados, convindo-lhe ou não o contraditório. Temos em que os pólos da relação processual não se invertem com o oferecimento desses embargos, a ponto de posicionar o autor da monitória como, agora, réu na lide.

²² NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade, *ibidem*, nota 16 ao art. 1.102 do CPC, p. 1390.

²⁰ NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. *Breves Comentários sobre a Ação Monitória*. Recife: Nossa Livraria, 1996, p. 43 e 45.

²¹ CARVALHO NETTO, José Rodrigues de. *Da Ação Monitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 110.

Com efeito, se a monitoria deve ser processada pelo rito ordinário a partir do oferecimento dos embargos, e entendermos que deverá o autor, a exemplo do que ocorre nos embargos à execução, ser então intimado para deles se manifestar, não lhe sobrestará qualquer dano se acaso não se pronunciar, devendo o juízo conhecer e julgar o caso com o que dispõe nos autos. Não será o caso de lhe decretar a revelia se nem ao menos foi chamado para apresentar *defesa* e recebeu a advertência dos efeitos próprios da sua inércia.

Acaso acatados os embargos pertinentes à monitoria como sendo uma ação, a sanção para o autor/embargado, no caso de sobre eles não se pronunciar, ser-lhe-ia especialmente prejudicial, pois que a sua inatividade importaria uma verdadeira revelia, com a cominação dos efeitos que lhe são atinentes. Acreditamos que, se assim nos posicionarmos, estamos invertendo, sem dúvida, e o que é pior, em prejuízo da parte, o ônus da prova – que caberia ao devedor/embargado relativamente aos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor – exigindo-se do demandante uma manifestação a princípio despicienda, porém que se converte numa obrigação, cogente portanto, de fazer prova do seu direito, sob pena de perdê-lo quase que liminarmente. Ressalte-se que o autor/embargado já produziu prova suficiente quando do ajuizamento da monitoria, que, por sua certeza, ainda que relativa, provocou a expedição do mandado de injunção. Não é que se desonere da prova dos fatos constitutivos do seu direito, mas não se deve agora, a *contrario sensu*, atribuir-lhe o ônus de fazer prova que com-

pete ao réu numa relação processual. Cremos figurar-se, na hipótese, um peso que não podemos carrear ao embargado, autor da ação monitoria. Não defendemos, aqui, a idéia de que o réu/embargado deva suportar, incondicionalmente, o ônus da prova, dès que a cada parte incumbe a prova do que lhe interessa. Mas há que se considerar a iniciativa do autor com a prova por ele já constituída nos autos, quando da propositura da ação, e não meramente que deixou de se manifestar nos embargos oferecidos pelo réu, vislumbrando-se que, por isso, deva arcar com os efeitos da sua inércia tal qual uma revelia.

Em entendimento contrário ao nosso, Eduardo Talamini admite a ocorrência da revelia do autor/embargado quando esse não se pronuncia sobre os embargos oferecidos pelo réu ao mandado de injunção. Quanto aos efeitos da revelia, de seu turno, assim se manifesta:

Mas o efeito principal da revelia sofre limitações decorrentes da circunstância de já se haverem produzido provas na fase inicial do procedimento monitorio. O silêncio do embargado em face da negação pelo embargante do(s) fato(s) constitutivo(s) do pretense crédito não gerará automaticamente a presunção da inoccorrência deste(s) fato(s). O juiz deverá concretamente examinar o que funciona como elemento instrutório mais forte: se o silêncio do embargado, como indicio da inexistência dos fatos constitutivos; ou se a prova escrita inicialmente produzida, enquanto indicativo da existência daqueles fatos. Já quanto aos fatos modificativos, impeditivos e extintivos do pretense crédito, se não forem impug-

nados, vigorarão normalmente as regras acerca da presunção de veracidade (arts. 302 e 319).²³

Em que pese tal assertiva, mormente considerando que o mencionado Autor utiliza-se da expressão *não contesta*²⁴ referindo-se à inércia do autor/embargado, e, portanto, entendendo os embargos de que tratamos como sendo uma ação²⁵, reafirmamos que, ainda que ação se considerem, não se há de falar em revelia para o autor, ora *embargado* – vocábulo inclusive criticado por J. E. Carreira Alvim²⁶ –, que não se manifesta quando instado a se pronunciar sobre os embargos apresentados pelo réu ao mandado de injunção na ação monitoria.

5. CONCLUSÃO

Pelo que nos dispomos a acreditar, consideramos os embargos oferecidos pelo réu ao mandado de injunção na ação monitoria como sendo peça de defesa, verdadeira contestação. Numa conseqüência, também entendemos incabível a ocorrência da revelia, com a aplicação dos seus efeitos próprios, do autor/embargado que não se manifesta sobre esses embargos.

Asseveramos que seria uma posição um tanto quanto severa para o autor/embargado – que já dispõe, lembre-se, de um quase título executivo –, se lhe exigissemos defender-se como em uma ação ordinária, sujeitando-se, portanto, aos efeitos da revelia. Necessitaria de exercer uma defesa mais rigorosa, e em mui-

23 TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitoria. A Ação Monitoria – Lei 9.070/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 160.

24 *Idem*, p. 160.

25 *Idem*, p. 154.

26 ALVIM, J. E. Carreira, *ibidem*, p. 57.

to, que a anterior, disponível ao devedor nos autos da própria monitoria.

Assim nos posicionamos a exemplo do que ocorre nos embargos à execução, em que a revelia não opera, ainda que não haja impugnação pelo exequente/embargado, entendimento, nesse último caso, predominante nos nossos tribunais.²⁷ Ainda que consideremos a natureza diversa desses embargos – os oferecidos em sede de ação de execução e aqueles da ação monitoria –, temos em que os fundamentos para a negativa de aplicabilidade da revelia, tanto em uns como noutros, são coincidentes. A uma, porque não há se falar, em ambos os casos, em citação para a apresentação de defesa, com a cominação de que se presumirão verdadeiros os fatos articulados e não impugnados expressamente. A duas, porque, se no caso da execução não mais cumpre ao credor/exequente provar o seu direito, porquanto já líquido e certo, justificador da execução forçada, na monitoria essa prova é, a princípio, verossímil, capaz de oferecer meios para que o juízo dela conheça sem a ouvida da parte contrária. Dá-se a essa prova uma *quase força executiva*, ordenando o juízo, repita-se, antes mesmo de ouvir a parte adversa, que essa pague certa quantia ou entregue determinado bem, ainda que não se sujeite, de logo, às cominações de expropriação pertinentes ao mandado executivo (penhora ou arresto), acaso não cumpra a ordem.

Ademais, do preceito instituído no art. 319 do Código de Processo Civil, denota-se que os efeitos da

27 RT 750/281 e RT 714/194.

revelia são dirigidos ao réu que não *contesta* a ação. E aqui insistimos na idéia de que não há, com o oferecimento de embargos, uma nova ação que inverta os pólos da monitória, donde o autor passa a ser réu e vice-versa. De mais a mais, frisamos que, tornando-se o rito em ordinário a partir da apresentação de embargos, se já houve o procedimento inicial trazido com a exordial da ação monitória, seguindo-se da apresentação de defesa pelo devedor por meio dos embargos, resta ao autor, agora, replicar os argumentos trazidos pelo demandado, sem lhes serem imputadas maiores conseqüências acaso não queira, simplesmente, sobre eles se manifestar. É como pensamos.

Considerando, por derradeiro, que o procedimento monitório é facultado ao autor – e sem que se queira formar um pré-julgamento ou emprestar ao proponente da demanda uma posição privilegiada, de presunção inconteste de vítima ou de que tenha razão na lide, sendo o demandado previamente visto como culpado –, a ele, autor da monitória, que dispõe de outros meios processuais para obtenção do seu crédito, aplicar-lhe a revelia, com seus efeitos próprios, pelo simples fato de não se manifestar nos embargos oferecidos pelo réu, seria, de toda sorte, e sem maiores conjecturas, negar-lhe o provimento que procura do Estado na busca da concretização do seu direito. Isso em benefício, muitas vezes, de um devedor contumaz, que se utiliza de artifícios vários, inclusive da máquina judiciária para ludibriar seus credores e, o que é pior, o próprio Judiciário

Longe de buscarmos empreender um posicionamento como sendo o mais correto ou, absurdamente,

único, numa questão altamente discutível, propomos aqui, tão-somente, a melhor estudar a ação monitória, especialmente quanto à natureza dos embargos previstos ao mandado de injunção e à possibilidade de ocorrência da revelia do autor/embargado que sobre eles não se manifesta. E a despeito do entender de eminente Doutrinador²⁸, cremos, ademais, que questões de tal ordem, relativamente à ação monitória, não se encontram elucidadas o bastante, principalmente aquela que tange à possibilidade ou não da revelia do autor-embargado em sede de embargos ao mandado de injunção, escassamente tratada na doutrina.

Convém-nos, assim, a discussão construtiva para a melhor utilização possível desse instituto, mormente se é-nos apresentado como uma alternativa de agilização, num sistema que ressalta e aponta o Judiciário – com os benefícios que a falta de prontidão, sem dúvida, proporciona para alguns – como principal alçoz da demora na prestação jurisdicional. Se mais um instrumento de concretização de um direito, trabalhemos no estudo da ação monitória para manejá-la utilmente, apresentando-a como meio de resposta efetiva do Estado aos que anseiam a resolução de problemas que lhe cabem solucionar.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

²⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e, *ob. cit.*, p. 104.

CARVALHO NETTO, José Rodrigues de. **Da Ação Monitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais**. São Paulo: Saraiva, 1999. (Coleção Sinopses Jurídicas. v. 13).

LISBOA, Celso Anicet. **A Utilidade da Ação Monitória**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARQUES FILHO, Vicente de Paula. **Procedimento Monitório**. Curitiba: Juruá, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. **Breves Comentários sobre a Ação Monitória**. Recife: Nossa Livraria, 1996.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela Monitória. A Ação Monitória – Lei 9.079/95**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. III (edição Universitária).

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Ação Monitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: RT, 1995. v. 714.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: RT, 1998. v. 750.

O TRESPASSE: A ALIENAÇÃO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL E A CLÁUSULA DE NÃO RESTABELECIMENTO

Maria Antonieta Lynch de Moraes

Mestre e Doutoranda em Direito Privado na Universidade Federal Pernambuco. Professora de Direito Comercial da Universidade Católica de Pernambuco, da Faculdade de Direito de Gararu e da Escola da Magistratura de Pernambuco. Advogada.

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2. ELEMENTOS COMPONENTES DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL. 3. AVIAMENTO E CLIENTELA. 4. ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL: OBJETO DE NEGÓCIO JURÍDICO. 5. TRESPASSE - CARACTERÍSTICAS. 6. O TRESPASSE E A SUCESSÃO. 7. O TRESPASSE E O PASSIVO. 8. A LIVRE INICIATIVA E A LIVRE CONCORRÊNCIA VERSUS A CLÁUSULA DE NÃO RESTABELECIMENTO. 9. O PROJETO DO CÓDIGO CIVIL E O DIREITO DE EMPRESA. 10. TRESPASSE E LOCAÇÃO EMPRESARIAL. 11. O ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL VIRTUAL, O TRESPASSE E A LOCAÇÃO EMPRESARIAL. 12. REFERÊNCIAS.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Quando o comerciante – pessoa física ou pessoa jurídica – se propõe a efetivar a atividade de mediador¹ na cadeia econômica, figurando como intermediário entre a produção e o consumo, precisa ter disponíveis certos elementos que possibilitem a prática profissional da atividade proposta.

¹ A intermediação se desenvolve por meio dos distribuidores e transformadores da produção originária, ou seja, através dos comerciantes e dos industriais.

Essa reunião de elementos utilizados pelo comerciante denomina-se fundo de comércio², azienda³, estabelecimento comercial ou empresarial⁴, negócio comercial ou casa de comércio.

Segundo Carvalho de Mendonça⁵, fundo de comércio é o complexo de meios idôneos, materiais e imateriais, pelos quais o comerciante explora determinada espécie de comércio; é o organismo econômico aparelhado para o exercício do comércio.

Para Oscar Barreto Filho⁶ é o complexo de bens, materiais e imateriais que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração de determinada atividade mercantil.

Verificamos, portanto, que o estabelecimento empresarial é um instrumento indissociável da empresa, sem o qual não é possível a prática da exploração empresarial. É, portanto, uma realidade funcional.

Num enfoque jurídico, temos que o estabelecimento empresarial é um conjunto de bens heterogêneos, um complexo de coisas que pode ser classificado como: bem móvel, bem coletivo do tipo universalidade de fato, não consumível, e infungível.

Da análise da sua natureza destacamos as seguintes considerações:

² *Fonds de Commerce* é a expressão utilizada pelos franceses.

³ Expressão oriunda da influência do direito italiano.

⁴ Renomados autores fazem distinção entre fundo de comércio e estabelecimento comercial. Por exemplo, temos o italiano Ercolè Vidare para quem o fundo de comércio representa o complexo do ativo e do passivo, dos direitos e obrigações pertencentes a um negócio ou estabelecimento mercantil, ao passo que o estabelecimento representa o lugar onde o comerciante exerce o comércio e administra os seus negócios. (ALMEIDA, Amador de Paes. *Locação Comercial*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 3) Contudo, os doutrinadores pátrios consideram os termos sinônimos.

⁵ MENDONÇA, Carvalho de J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963. v.1 1ª Parte, p. 15 e 16.

⁶ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 75.

- o estabelecimento empresarial é uma universalidade de fato, ou seja, uma reunião de bens ligados por uma destinação unitária determinada pela vontade do comerciante;

- o estabelecimento empresarial não tem personalidade jurídica, não sendo, portanto, sujeito de direito;

- o estabelecimento empresarial não é ente despersonalizado, característica das universalidades de direito;

- o estabelecimento empresarial integra o patrimônio do comerciante, com ele não se confundindo;

- o estabelecimento comercial difere também da atividade econômica explorada (empresa);

- o estabelecimento empresarial é mero instrumento da atividade econômica (empresa) do comerciante (firma individual ou sociedade).

2. ELEMENTOS COMPONENTES DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

O estabelecimento empresarial é composto por um conjunto de bens heterogêneos, de natureza material e imaterial.

Os bens materiais correspondem às coisas corpóreas, que podem ser objeto de domínio, tais como as mercadorias, a mobília, os utensílios, os veículos, as máquinas, as instalações, etc.

Os bens imateriais são aqueles que não ocupam espaço no mundo físico, tendo existência ideal. São, principalmente as criações intelectuais, as prestações decorrentes de direitos obrigacionais, as marcas, o título de estabelecimento, a insígnia, os privilégios industriais, os sinais e expressões de propaganda, o ponto comercial, entre outros.

3. AVIAMENTO E CLIENTELA

Dentre os elementos imateriais, merecem destaque o aviamento⁷ e a clientela, pois são importantíssimos na teoria do estabelecimento empresarial, já que neles se fundamenta a razão de ser da tutela que o direito confere ao estabelecimento como objeto unitário.

Porém, a presente análise não incidirá na natureza dos citados elementos, posto que as divergências doutrinárias não nos permitem ser breves.

Ao direito interessa proteger o conjunto de elementos componentes do estabelecimento empresarial, pois reunidos consubstanciam a causa material do aviamento.

O aviamento é o resultado de um conjunto de variados fatores pessoais, materiais e imateriais, que conferem a dado estabelecimento empresarial *in concreto* a aptidão de produzir lucros⁸. É uma expectativa de lucros futuros, de mensuração variável, que se acumula lentamente, de forma quase imponderável.

O aviamento representa um acréscimo de valor, algo que se junta à soma dos valores dos elementos singularmente considerados, em virtude de sua organização na unidade técnica do estabelecimento, que os torna aptos a produzir novas riquezas. É um *sobre valor* que surge com a criação da casa comercial e perdura até a sua extinção.

Não existe estabelecimento sem aviamento.

7 El aviamento constituye así la aptitud de la hacienda, como instrumento de una empresa, para producir beneficios, el plus valor que la hacienda como instrumento de una empresa respecto de la suma de los valores de los distintos bienes que la componen, aisladamente considerados. Este plus no representa por esto una entidad de la hacienda. (ASCARELLI, Tulio. *Iniciación al Estudio del Derecho Comercial*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1964, p. 290)

8 BARRETO FILHO, op.cit., p. 169.

O aviamento é, portanto, um interesse econômico relevante, que recebe proteção legal em função do estabelecimento e sua existência é perceptível quando ocorre o trespasse, momento em que se atribui ao aviamento uma valoração.

A noção de aviamento sem dúvida está ligada à noção de clientela^{9,10} – conjunto de pessoas que, de fato, mantém com o estabelecimento relações continuadas de procura de bens e de serviços e que constitui exatamente a manifestação externa do aviamento. É difícil definir de forma precisa a relação entre os dois conceitos, vez que se entrelaçam. Suas relações são estreitas.

A clientela representa um objeto de direito assim como o aviamento, ao qual se atribui um valor econômico de notória relevância e que é protegido de forma indireta, mediante a tutela do estabelecimento e da repressão às práticas desleais.

Verificamos, portanto, que a proteção que incide no aviamento e na clientela materializa-se através das normas que tutelam o estabelecimento empresarial.

4. ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL: OBJETO DE NEGÓCIO JURÍDICO

Como objeto de direito, o estabelecimento empresarial pode figurar em vários negócios jurídicos que tenham por destinação a transferência de titularidade da esfera patrimonial de um sujeito para a de outro diferente ou em que apenas ocorra a transferência do direito de uso ou de gozo a outrem.

9 No nosso país as palavras clientela e freguesia são usadas como sinônimas.

10 A clientela pode ser entendida como o fluxo de adquirentes de produtos e serviços produzidos pelo estabelecimento.

Assim, podemos citar as seguintes relações:

- negócios de alienação *inter vivos* a título oneroso (cessão ou *traspasse*, permuta, conferência em sociedade, dação em pagamento) ou a título gratuito (doação);
- negócios de alienação *mortis causa* (sucessão legítima ou testamentária)
- negócios de gestão para fim de desfrute (arrendamento, usufruto, comodato, constituição de dote) ou de garantia (penhor)¹¹.

5. TRASPASSE – CARACTERÍSTICAS

Chama-se *traspasse* ou *traspasso*¹² o contrato de compra e venda do estabelecimento empresarial através do qual ocorre a transferência de sua titularidade.

Esse contrato é muitas vezes conhecido no mundo empresarial através das expressões “passa-se o ponto”.

Por esse contrato, o comerciante (*traspassante*) se obriga a transferir o domínio do complexo unitário de bens instrumentais que servem à atividade empresarial e o adquirente (*traspassário*) se obriga a pagar pela aquisição.

¹¹ BARRETO FILHO, Opi. cit. p. 206.

¹² O tema em questão ganhou importância a partir de uma contenda judicial que envolvia a alienação do fundo de comércio da Fábrica de Juta de Santana, alorada em São Paulo, em 1913. Tinhamos de um lado a Companhia Nacional de Tecidos de Juta, como autora – adquirente do fundo de comércio –, patrocinada por José Xavier Carvalho de Mendonça e, do outro, como réus – alienantes – o Conde Álvares Penteado e a Companhia Paulista de Anlagem, defendidos pelo não menos ilustre Rui Barbosa. Ocorreu que, à época, o Conde Álvares Penteado efetuou a venda do estabelecimento empresarial e restabeleceu-se. A adquirente do fundo promoveu ação requerendo a condenação em indenização, uma vez que, segundo ela, a venda do estabelecimento comercial importava em considerar implícita a transferência da clientela, o que fora ameaçado quando o Conde fundou nova fábrica no mesmo bairro em que funcionava a anterior. A defesa concentrou-se na tese de que a renúncia ao direito ao exercício de certo ramo de negócio teria que ser expressa, o que não ocorrera. Para Rui Barbosa a clientela não é elemento do fundo, podendo até constituir valor à parte e “ser objeto de convenção autônoma”. Dessa forma, mesmo contrariando a posição predominante que sustenta ser desnecessária a estipulação formal, expressa, pela qual o vendedor se obriga a não se restabelecer, a defesa restou vencedora.

É um contrato consensual porque se perfaz pela simples anuência dos contraentes, sem necessidade de outro ato; é oneroso, pois traz vantagens para ambas as partes, em que cada contratante suporta um sacrifício de ordem patrimonial com o intuito de obter vantagem correspondente, de forma que ônus e proveito fiquem numa relação de equivalência; é sinalagmático ou bilateral perfeito, porque ambos os contraentes se obrigam reciprocamente, sendo credores e devedores uns dos outros; é comutativo, pois as partes podem antever o que receberão em troca das prestações que realizarem; é não solene, sendo desnecessário que se perfaça através de instrumento público, porém não pode deixar de ter forma escrita para regular as relações entre os contratantes.

Segundo Carvalho de Mendonça¹³, a venda do estabelecimento como entidade unitária compreende todos os elementos que o integram principal ou acessoriamente. Abrange assim o aviamento, a clientela, o material, os utensílios, as máquinas, as mercadorias, as marcas de comércio, as patentes, a insígnia e os segredos de fabricação, salvo estipulação expressa em contrário. Assim, o alienante tem a obrigação legal de fazer boa ao adquirente a coisa vendida, o que acarreta a proibição de se restabelecer no mesmo ramo.

A tradição ocorre, com a verificação do inventário e mediante a entrega das chaves do estabelecimento. À falta de inventário, há de se presumir que se incluem todos os bens, forma conhecida como de “portas fechadas”, em que não há qualquer reserva.

¹³ MENDONÇA, Carvalho de J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 6 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960. v. VI. 2ª Parte, p. 154 e 155.

6. O TRESPASSE E A SUCESSÃO

O trespasse ocorre quando o estabelecimento deixa de integrar o patrimônio de um empresário e passa a ser objeto de direito de propriedade de outro.

Assim, o estabelecimento que pertencia a um determinado comerciante, individual ou coletivo, não mais a ele pertence.

Não ocorrendo a transferência do estabelecimento, pode ocorrer a cessão de quotas sociais de uma sociedade, em que o estabelecimento não muda de titular, tendo apenas alteração na composição societária do comerciante coletivo, o que não tipifica a transferência da titularidade, mas apenas a transferência de participação societária.

Nesse caso, os credores continuam titulares de seus direitos de crédito, independentemente da alteração societária.

Os esclarecimentos anteriores interessam, pois no trespasse não há sucessão, podendo, contudo, ocorrer se se proceder a inserção de cláusula específica, dispondo que o adquirente se responsabiliza pelo passivo do alienante. Nesse caso, considera-se sucessor o adquirente, sucessão oriunda de contrato.

7. O TRESPASSE E O PASSIVO

Em relação aos débitos, fundamental é mencionar que o passivo não integra o estabelecimento do empresário, ou seja, o passivo não compõe o objeto transacionado quando o adquirente efetua o trespasse¹⁴.

¹⁴ BARRETO FILHO, op. cit., p. 228 e 229.

A regra no direito brasileiro é a de que o adquirente não se obriga pelas dívidas de seu antecessor, ou seja, os credores do alienante não são credores do adquirente. Não há sub-rogação em decorrência do trespasse.

Não obstante, a regra geral da não responsabilização não é absoluta, ou seja, independentemente de acordo, o adquirente é sucessor legal do alienante, em relação às obrigações trabalhistas¹⁵ e tributárias¹⁶.

8. A LIVRE INICIATIVA A E LIVRE CONCORRÊNCIA VERSUS A CLÁUSULA DE NÃO RESTABELECIMENTO¹⁷

Ab initio devemos tratar do princípio da livre iniciativa, posto que figura como fundamento da Ordem Econômica e da República.

Temos, portanto, sem dúvida, um Estado no qual o "livre mercado"¹⁸ é protegido.

¹⁵ A CLT nos seus artigos 10 e 448 estatui que "a mudança na propriedade ou estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados".

¹⁶ O CTN também excepciona a intransmissibilidade dos débitos do adquirente do fundo de comércio ao preceituar no art. 133 "A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato: I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; II - subsidiariamente, com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses, a contar da data da alienação, nova atividade do mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão".

¹⁷ Restabelecimento de restabelecer - recuperar -, na linguagem jurídica é empregado para designar o restamento ou o revigoramento do que se havia dissolvido ou terminado. É, pois, o retorno ou a volta ao estado ou à condição anterior, fixando-se, por ele, a manutenção da relação jurídica ou do vínculo jurídico que se rompeu ou se desfizera. Desse modo, o restabelecimento não é mera continuação; é renovação, é restauração, revalidamento, revigoramento, em virtude de que o ato jurídico ou a relação jurídica, que perdeu eficácia ou se extinguiu, volte a surtir os efeitos legais, prevalecendo na forma da lei. (DE PLÁCIDO e SILVA, *Vocabulário Jurídico*, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967, v. 4, p. 1371) No caso mercantil temos que o restabelecimento seria o retorno à prática da atividade que fora alienada através do trespasse.

¹⁸ Livre mercado é o mercado que se auto-regula, ou seja, é no mercado que se formam as regras.

A livre iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio, ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Isso significa que a todos é livre o exercício de qualquer atividade econômica, desenvolvendo-se no quadro estabelecido, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Outro dos Princípios da Ordem Econômica – além do atinente à livre iniciativa – é o da livre concorrência.

A livre concorrência^{19,20} é princípio geral para o fomento da sociedade, permitindo aos seus agentes econômicos o desenvolvimento de ações próprias para incremento do mercado. É o livre jogo das forças do mercado na constante disputa de clientela. Essa disputa é salutar numa economia de mercado, pois impulsiona a competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na permanente busca de condições mais favoráveis ao consumidor.

A livre concorrência no campo das atividades econômicas é manifestação da liberdade de iniciativa, constituindo um fenômeno natural, legítimo e indispensável ao progresso e bem-estar da sociedade.

19 O direito da concorrência engloba o conjunto das regras que têm por objeto a intervenção do Estado na vida econômica, para garantir que a competição das empresas no mercado não seja falseada por meio de práticas colusórias ou abusivas. As práticas colusórias resultam de ajuste ou acordo que tenha por objeto ou como efeito restringir a concorrência. As práticas abusivas consistem na exploração do poder do mercado em prejuízo da concorrência. (FARIÁ, Werter R. *Direito de Concorrência e Contrato de Distribuição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 7.)

20 A noção tradicional de concorrência pressupõe "uma ação desenvolvida por um grande número de competidores, atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente ou duradouro, no preço dos bens ou serviços". (VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 27.)

Situação diversa, contudo, é a concorrência desleal^{21,22}. Que, pelo seu caráter ilícito, deve ser e é reprimida, pois ao direito constitucional de explorar atividade econômica, expresso no princípio da livre iniciativa, corresponde o dever, imposto a todos, de respeitá-lo.

No caso da alienação do estabelecimento empresarial, a observância aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência manifesta-se através de uma limitação, que consiste no impedimento do restabelecimento da parte alienante.

Temos, portanto, que a continuidade do exercício da atividade econômica do comerciante-alienante fica adstrita a determinadas condições que têm o intuito de evitar que essa prática mercantil assumia as características de concorrência desleal.

Assim, a doutrina e a jurisprudência admitem a estipulação de convenções impeditivas ou restritivas de liberdade econômica, visando a preservar a clientela.

Diante da carência legal específica sobre a matéria, Carvalho de Mendonça²³ fundamenta a vedação do restabelecimento em dispositivos da disciplina geral da compra e venda mercantil, expondo o que se segue:

Uma das garantias devidas pelo vendedor é fazer boa ao comprador a coisa vendida, e não inquietá-lo na sua posse e domínio (Código

21 A concorrência desleal seria, portanto, a competitividade que objetiva a conquista de clientela, através de meios desonestos e ilícitos. A doutrina diante das dificuldades, em conceituar esse tipo de concorrência, obteve apoio legal no sentido de caracterizá-la enumerando uma série de atos que uma vez praticados configuram concorrência desleal.

22 Há duas formas de concorrência que o direito repudia, para fins de preservar a livre iniciativa: a desleal e a perpetrada com abuso de poder. A primeira é reprimida em nível civil e penal, e envolve apenas os interesses particulares dos empresários concorrentes. A segunda, reprimida também em nível administrativo, compromete as estruturas do livre mercado e é de infração da ordem econômica. A desleal não compromete as estruturas da livre concorrência, de outro; a infração da ordem econômica, que as compromete.

23 MENDONÇA, Carvalho de J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos 1980. p. 157 e 158. Vol. VI. 2ª Parte.

Comercial, artigos 214 e 215). Conseqüentemente, ao vendedor não é lícito, sem autorização do comprador, fundar estabelecimento em que lhe possa retirar toda ou parte da clientela. Esta turbação por parte do vendedor importaria privar o comprador, em todo ou em parte, da coisa vendida.

Sobre o assunto, João da Gama Cerqueira²⁴ expõe com clareza:

A hipótese verifica-se, com relativa freqüência, nas vendas de estabelecimentos comerciais ou industriais, obrigando-se o vendedor a não se estabelecer de novo com o mesmo gênero de comércio ou indústria. É a chamada cláusula de interdição de concorrência. O comprador não visa apenas à aquisição do estabelecimento com as suas mercadorias e outros elementos materiais que o compõem, mas, principalmente, à sua freguesia, a qual, com toda a probabilidade, se manteria fiel ao antigo proprietário, se este voltasse a se estabelecer com o mesmo negócio ou indústria. Como a clientela não pode ser objeto de venda ou cessão, o adquirente do estabelecimento procura garanti-la, fazendo incluir no contrato a referida cláusula, pela qual o vendedor, obrigando-se a não fazer concorrência ao comprador, renuncia implicitamente à clientela que formou.

24 CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. II p. 384, 385.

Incontestável, portanto, é a possibilidade da pactuação da cláusula proibitiva, contudo certo é que ela não pode ser absoluta, uma vez que se estabelecida de forma ilimitada, sem quaisquer restrições, seria incompatível com os preceitos constitucionais que garantem a livre iniciativa e a livre concorrência.

Estipulação nesses termos seria juridicamente nula e economicamente absurda, já que representaria a morte do comerciante.

Podemos concluir, portanto, que é lícita a estipulação contratual que obsta o restabelecimento, desde que subordinada a condições temporais, geográficas e substanciais.

Dessa forma, temos que:

- no que se refere ao aspecto temporal, a convenção impeditiva não pode impor ao alienante uma abstenção permanente de concorrência, pois configuraria uma renúncia definitiva do direito de exercer determinada atividade econômica, o que é irrenunciável por excelência;
- no que se refere ao objeto da convenção, ou seja, ao aspecto substancial do pactuado, a restrição deve ser apenas ao ramo de atividade desenvolvida pelo estabelecimento titular da clientela, e não a outro tipo de atividade;
- e, finalmente, no que se refere ao aspecto geográfico, a abstenção da concorrência restringe-se à zona em que a mesma se trava, não valendo fora do âmbito de influência dos estabelecimentos concorrentes.

Resta agora esclarecer como se determina essa condicionalidade para a validade da cláusula, uma vez que o nosso direito nada dispõe.

Sobre o assunto, Oscar Barreto Filho²⁵ expõe:

25 BARRETO FILHO, op. cit., p. 254.

Na falta de lei expressa, em nosso país, não se deve admitir duração do pacto por prazo superior a cinco anos, que é o geralmente aceito pela legislação e pela jurisprudência de outros países, e que é também fixado pelo Decreto 24.150²⁶, de 1934, como bastante para estabilizar o aviamento, do fundo, em relação ao seu titular. Admite-se, portanto, a validade da cláusula interditória de concorrência, se limitada razoavelmente no tempo e no espaço. Os nossos tribunais ainda têm reconhecido a validade da cláusula, quando restrita no espaço e não no tempo ou vice-versa. Dessume-se dos julgados, que prevalece o critério da razoabilidade na apreciação dos requisitos de duração e extensão da proibição convencional, de modo a excluir a possibilidade de concorrência qualificada pelo alienante do fundo.

Como vimos no comentário transcrito, a jurisprudência entre nós admite o pacto de não-restabelecimento pelo prazo de cinco anos.

Em matéria de Direito Comparado, podemos citar o Código Civil Italiano²⁷ dispondo de forma expressa que o vendedor não pode, antes de um quinquênio, a contar da transferência, abrir nova empresa que, pelo objeto, localização ou outras circunstâncias seja idônea para desviar a clientela do estabelecimento transferido.

²⁶ Este Decreto foi revogado expressamente pela Lei 8245/91 que dispõe sobre o mesmo assunto.

²⁷ Artigo 2557 do Código italiano "Chi aliena l'azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, lubicazione o altre circostanze sia idônea a sviare la clientela dell'azienda ceduta."

Dessa forma, verificamos que a cláusula de não restabelecimento representa uma garantia que o adquirente tem da integridade do valor despendido ao remunerar o estabelecimento.²⁸

Após analisar as limitações da cláusula expressa, surge outra questão, qual seja, a omissão da estipulação e seus efeitos. Predomina na doutrina o entendimento de que se reputa implícita a cláusula de não-restabelecimento, não sendo possível que o alienante atue em competição direta com o adquirente.

Seguindo essa posição, Carvalho de Mendonça²⁹ afirma que não há necessidade de estipulação formal pela qual o vendedor se obrigue a não se restabelecer.

Concluindo, podemos afirmar que só é lícito o restabelecimento do alienante se expresso no contrato.

Logo, em ocorrendo a violação da regra expressa ou implícita, poderá o adquirente promover ação visando à interdição do novo comércio e à indenização por perdas e danos diante da perda de clientela e da redução do aviamento.

O restabelecimento indireto, ou seja, aquele realizado através de pessoas interpostas, ou ainda, como sócio ou empregado de empresa concorrente, também é proibido.

Segundo Fábio K. Comparato³⁰ também é

perfeitamente legítima a estipulação da cláusula de não-restabelecimento nos negócios de cessão de controle, máxima quando o cedente goza de grande prestígio no setor empresarial em questão e exercia, efetivamente as funções de empresário, na companhia cujo controle cedeu.

²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. I, p. 118.

²⁹ MENDONÇA, Carvalho de J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960. v. VI, 2ª parte, p. 158.

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 221 e 222.

Assim, para evitar discussões acerca da possibilidade ou não do restabelecimento, deve-se inserir nos contratos de trespasse a cláusula de interdição de novo estabelecimento, visando a impedir o enriquecimento indevido do alienante, através do desvio eficaz de clientela, que naturalmente ocorrerá se esse continuar praticando a atividade que está transferindo.

9. O PROJETO DO CÓDIGO CIVIL E O DIREITO DE EMPRESA

Infelizmente, o direito brasileiro ainda não dispõe de normas específicas sobre a matéria, porém essa lacuna não deve permanecer por muito tempo, pois já há previsão sobre o assunto no Projeto de Código Civil, que teve sua versão final aprovada pelo Senado Federal em 12 de dezembro de 1997.

Pela primeira vez, numa codificação civil brasileira, a empresa é alvo de regulamentação em seus diversos ângulos. Sem dúvida, essa tendência tem inspiração no direito italiano que, unificando o Direito Privado, regula a empresa no Código Civil.

Assim, o Livro II do Projeto do Código Civil dispõe sobre o Direito de Empresa dos artigos 965 a 1194.

De forma específica e inovadora sobre o estabelecimento temos os artigos 1.141 a 1.148³¹.

31 Art. 1.141. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado para o exercício da empresa, por empresário, ou sociedade empresária. Art. 1.142. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza. Art. 1.143. O contrato, que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou o arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros, depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro das Empresas, e de publicado na imprensa oficial. Art. 1.144. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em linha de si a partir de sua notificação. Art. 1.145. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando, porém, o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos da publicação e, quanto aos outros, da data do vencimento. Art. 1.146. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência. Parágrafo Único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato. Art. 1.147. Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipu-

10. TRESPASSE E LOCAÇÃO EMPRESARIAL

Com frequência verificamos que o comerciante encontra-se num imóvel³² locado quando da prática de sua atividade mercantil. Nesse imóvel locado, o comerciante faz surgir um elemento que integra o estabelecimento empresarial que é o ponto comercial.

O ponto, que pertence ao comerciante, difere do imóvel onde a atividade é praticada, podendo ser considerado como o local qualificado onde se situa e ocorre uma determinada atividade empresarial.

Diante do árduo e lento esforço do comerciante em criar o ponto comercial, a lei lhe concede uma proteção especial para conservar esse bem imaterial. A sua conservação se materializa através do direito de obter a renovação compulsória do contrato de locação, possibilitando sua permanência no imóvel ou pela percepção de uma indenização³³.

Quando da venda do estabelecimento empresarial, é de extrema importância observar a problemática da cessação da locação, pois o imóvel não integra o trespasse.

Assim, temos situações nas quais a negociação dever-se-á efetuar com o alienante-comerciante e com o proprietário-locador.

lidos para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal. Os terceiros poderão, porém, rescindir o contrato dentro em três meses a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante. Art. 1.148. A cessão dos créditos referentes ao estabelecimento transferido produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência, mas o devedor ficará acobertado se de boa fé pagar ao cedente.

32 Não se inclui no trespasse a alienação do imóvel, posto que ainda que integrante do patrimônio do comerciante, não integra o fundo de comércio, que só abrange bens móveis. A transação relativa ao imóvel em ocorrendo deverá se aperfeiçoar num documento em apartado.

33 A Lei n.º 8245/91 no artigo 51, assegura o direito à renovação do contrato de locação ao empresário que explora o mesmo ramo de atividade econômica há no mínimo três anos consecutivos, em imóvel locado por prazo determinado há no mínimo cinco anos ininterruptos, sendo porém aceita a soma de prazos de contratos determinados. Através do direito à renovação, o legislador protege o fundo de comércio, tentando evitar ou minimizar prejuízos para o locatário-empresário que certamente sofrerá um abalo pecuniário com a interrupção da atividade, se o deslocamento ocorrer.

Quando assim se configura a questão, mister se faz verificar os termos que envolvem o contrato de locação mercantil. O adquirente do fundo de comércio deve negociar a compra do fundo com o locatário-comerciante e o uso e gozo do bem imóvel, ou seja, o contrato de locação, com o proprietário-locador, sem o que não terá como praticar sua atividade naquele espaço físico.

Para que o adquirente possa praticar a atividade, dando continuidade ao trabalho do alienante-comerciante, é imprescindível ter a anuência do locador para que a cessão da locação ocorra, o que nem sempre acontece.

Com o intuito de evitar aborrecimentos, deve o comerciante inserir no contrato de locação mercantil, quando da elaboração do ajuste, uma cláusula estipulando anuência prévia do locador diante de eventual cessão.

O adquirente do estabelecimento, quando beneficiado pela cessão, aproveita-se dos prazos relativos ao alienante para fins de ajuizamento de ação renovatória.

11. O ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL VIRTUAL, O TRESPASSE E A LOCAÇÃO EMPRESARIAL

O comércio é atividade inerente ao homem e está presente desde a fase primitiva da sociedade, sempre em permanente evolução. Paralelamente à atividade comercial, a sociedade avança de forma avassaladora, devendo-se citar a tecnologia e a informação como importantes ambientes de desenvolvimento.

O comércio eletrônico (comércio-e) surge num novo ambiente de desenvolvimento, que é o ambiente virtual, conhecido como cyberspaço, que se vem tornando o maior centro de comércio e informação do planeta.

O comércio-e, atividade de intermediação de produtos ou prestação de serviços realizados através de meios eletrônicos, num estabelecimento virtual, consubs-

tancia-se através da rede mundial de computadores "internetenático" ou fora dela, sem deixar de caracterizar a virtualidade do negócio.

A evolução nos mostra que mercadores passaram a comerciantes e que comerciantes evoluíram para "mercanautas".

No momento, interessa-nos analisar o estabelecimento empresarial virtual, que semelhante ao físico, é um conjunto de bens materiais e imateriais utilizados pelo comerciante como instrumento para o exercício da atividade empresarial. O que diferencia o estabelecimento físico do virtual não é a sua constituição, mas sim, a virtualidade do acesso.

Assim, se para a consecução de uma determinada compra e venda o consumidor necessita se deslocar para um espaço físico determinado, temos o estabelecimento clássico. Se, contudo, o consumidor não tiver que se deslocar fisicamente e sua compra efetivar-se por via de transmissão eletrônica de dados, temos o ambiente virtual.

Verificamos, pois, que a virtualidade ou imaterialidade do estabelecimento é caracterizada pela forma de acessibilidade do consumidor³⁴. Portanto, a natureza jurídica do estabelecimento físico e do virtual em nada difere.

Sendo o estabelecimento empresarial virtual um complexo unitário composto pelos mesmos bens que integram o estabelecimento físico, não há óbice à possibilidade de ele figurar como objeto num trespasse. Uma peculiaridade que simplifica o contrato que tem por objeto o estabelecimento virtual é aquela referente à desnecessidade da cessão da locação para continuar no espaço físico.

³⁴ COELHO, Fábio Ulhôas. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. III, p. 34.

Como vimos anteriormente, quando ocorre o trespasse é importante garantir a permanência do adquirente no imóvel para proteger o ponto comercial, sem o que as vantagens da alienação são bem menores.

Esse cuidado, contudo, não impera quando o estabelecimento é virtual, posto que, nessas novas casas de comércio, não ocorre a formação do ponto comercial "físico", já que na maioria das vezes o consumidor sequer sabe onde se localiza geograficamente o estabelecimento e nem precisa ter essa ciência, uma vez que as transações comerciais eletrônicas dispensam o deslocamento dos consumidores até o imóvel onde está situado o estabelecimento.

Desse modo, em se tratando de empresa virtual, não é necessário preocupar-se com a renovação compulsória do contrato de locação do imóvel onde se instala a empresa virtual para garantir a efetividade econômica do trespasse.

12. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Locação Comercial**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ASCARELLI, Tullio. **Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1964.

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do Estabelecimento Comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. A Empresa e seus problemas atuais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a.60, v. 432, p. 11 – 22. out. 1971.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

CARVALHOSA, Modesto. **Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v.2.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. V. 1.

_____. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2000. v.3

DE PLÁCIDO e Silva. **Vocabulário Jurídico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 4

FARIA, Werter R. **Direito de Concorrência e Contrato de Distribuição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

_____. **Constituição Econômica – Liberdade de iniciativa e direito de concorrência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Atlas, 2000.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 4.ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Convenção Impediente do Novo Estabelecimento. **Revista de Direito Mercantil**, a. XXXVI, v. 110, p.231 – 240, abr. / jun., 1998.

MENDONÇA, Carvalho de J. X. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963. v. I., . 1ª Parte.

_____. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960. v.VI. 2ª Parte.

PAES, Paulo Roberto Tavares. **Curso de Direito Comercial**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v.2

_____. **Da Concorrência do Alienante no Estabelecimento Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1980.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. I.

SALLES, José Carlos de Moraes. **Ação Renovatória de Locação Empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 1993.

O IMPACTO DA ALTA TECNOLOGIA E A INFORMÁTICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA AMÉRICA DO SUL

Mário Antonio Lobato de Paiva

MÁRIO ANTÔNIO LOBATO DE PAIVA advogado Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará; Membro da Asociación Mundial de Jóvenes Juristas (Venezuela); Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional; Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática; integrante de la Red Mexicana de Investigadores del Mercado Laboral; colaborador de várias revistas jurídicas; Autor de diversos artigos e dos livros como «A Lei dos Julgados Especiais Criminais» Editora Forense, 1999 e «A Supremacia do advogado em face do jus postulandi», LED, 2000; «A Importância do advogado para o Direito, a Justiça e a Sociedade», Forense, 2000.

Raúl Horacio Djeda

RAÚL HORACIO CUEDA é advogado, Titular de la Cátedra Única de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Palermo; Profesor Adjunto de DTySS en las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de Lomas de Zamora; Fundador del Grupo de Estudio de Derecho Social/Postgrado en Derecho Laboral en Salamanca – España.

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO; 2- TECNOLOGIA E OCUPAÇÃO; 2.1- A capacitação e o desemprego; 2.2- O rol de capacitação 2.3- O plano educativo em marcha; 2.4- A grande interrogação: Quem deve educar? 3- TECNOLOGIA VERSUS MORAL; 3.1- Trabalho despersonalizado; 3.2- O aprofundamento da brecha entre ricos e pobres; 3.3- Crescimento dos índices de delinqüência 3.4- Acumulação por terceiros de dados confidenciais 4- MODIFICAÇÕES ESSENCIAIS NAS RELAÇÕES INDIVIDUAIS DO TRABALHO; 4.1- Enfermidades profissionais; 4.2- Trabalho à distância; 4.3- Informatização de controles; 4.4- Do pagamento eletrônico; 5- CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1- INTRODUÇÃO

A virada do milênio trouxe uma série de inquietudes para os estudiosos do direito e em particular para aqueles que direcionam seus estudos na área do direito laboral. Trabalhos sérios sobre o tema, longe de praticar uma pernicio-

sa "futurologia", devem partir do acelerado crescimento e evolução por que tem passado a matéria desde sua gênese no princípio do século XIX¹ para projetar no futuro um presente que exiba uma série de problemas a resolver.

No campo das relações de trabalho, os principais desafios derivam do desemprego, do trabalho não registrado, do trabalho "marginal" e da flexibilidade de sucesso das condições sociais.

A solução desses inconvenientes, principalmente enfocados no campo das relações individuais, depende de melhoras nos índices que são exibidos pelo direito coletivo (baixa no compromisso de filiação, debilitação do poder negocial, etc.) e da seguridade social (insuficiência estrutural e financeira para atender as necessidades do setor).

Essa breve e parcial síntese do panorama de compromisso por que transita a realidade referida a este ramo do direito serve para introduzirmos a análise de um dos fatores que – em nossa opinião – tem gerado transformações positivas na produção da economia e que, paradoxalmente, influenciou na baixa do nível de vida comum da população, que é a tecnologia.²

1 Sería más atinado afirmar que es de a caballo entre los siglos XIX y XX que comienzan a forjarse, demandado por un profundo cambio social, la disciplina que procuraría dar un marco regulatorio justo a las relaciones del trabajo.

2 Como bien define Molinero, Eduardo Pedro, *Cibernetica y derecho*, L.L., 1986-C, 893, los términos informática, robótica y cibernética tienen significado y contenido distintos. En este trabajo no soslayaremos tan fina distinción, pero cuando nos refiramos a informática, también estaremos haciendo implícita alusión a la robótica y a la cibernética, en cuanto las tres han nacido en una misma era tecnológica (la mal llamada de máquinas "inteligentes") y responden, en líneas generales, a un lenguaje digital binario con soportes no tradicionales, como son los magnéticos. A los fines de esta nota la diferencia no resulta relevante, porque en definitiva se intentará abordar la incidencia de la alta tecnología en el campo de las relaciones del trabajo.

2- TECNOLOGIA E OCUPAÇÃO

É sabido que a tecnologia tem gerado profundas transformações na base econômica do planeta, fundamentalmente no que diz respeito à produção de bens e serviços. Por tal razão, o campo de debate deve ser direcionado para verificar a utilidade que o trabalho humano deve cumprir no processo de produção no qual cada vez menos se necessita de mão-de-obra humana.

O trabalho até o chamado "maquinismo" dependia do lento e custoso esforço dos homens e suas ferramentas, de ocupação plena, porém, de oferta insuficiente, demanda em crescimento e economia elementar.

A mecanização chegou para simplificar a tarefa – principalmente de esforço físico – já que poderiam ser cumpridos objetivos mais ambiciosos, especialmente pela possibilidade de produzir maior quantidade de bens em igual tempo. Aqui firmou-se o primeiro passo contra a ocupação do trabalho humano, já que o impacto da grande quantidade de demanda insatisfeita não foi tão brusco. A partir desse acontecimento o centro da economia começa a ser deslocado do campo para a cidade, exigindo maior adiestramento de pessoal para o uso de ferramentas mais sofisticadas.

O chamado "Taylorfordismo" se converteu em uma forma de organizar a produção que dominou o século XX, permitindo a produção em massa e pondo à disposição dos consumidores abundante quantidade de bens manufaturados.³

3 LUCENA, Héctor. Los retos de las Relaciones de Trabajo y los Sistemas Productivos. *Revista Gaceta Laboral*, v.11, n. 2, p. 288.

Logo em seguida, a tecnologia trouxe, em uma segunda etapa (pós-Taylorfordismo), uma nova meta, que consistiu em seguir produzindo maior quantidade de bens em igual ou menor tempo e com menor custo. Assim, o "Custo do trabalho" vinculou-se não só em relação com o montante do salário que recebiam os trabalhadores, mas também com a "produtividade".⁴

A essa nova etapa, os estudiosos chamaram de "Toyotismo" ou pós-industrial, em virtude da cópia do modelo de produção dos japoneses, altamente técnicos e despersonalizados.

Dentro desse modelo de campo industrial, o ingresso da informática tem produzido transformações que foram muito mais profundas e intempestivas que as ocorridas com a mecanização, já que em poucos anos "o computador" acelerou a tal ponto a economia, que já não cabem dúvidas que o terceiro milênio será de seu governo.

Podemos constatar que o computador tem ocupado o lugar de vários trabalhadores na área industrial, como por exemplo, o dos calculistas, projetistas, despachantes, animadores, pessoal administrativo, secretários, auxiliares de contabilidade, operadores de centrais telefônicas, vendedores etc...; no sistema bancário, os caixas automáticos são verdadeiras sucursais, que substituem caixas e empregados administrativos.

4 VÁZQUEZ VIALARD, Antonio "El concepto de 'dependencia laboral frente a nuevas prácticas contractuales. Debe desaparecer o transformarse?', *Relaciones Laborales y Seguridad Social*, a. I, n. 11, p. 1191. El citado autor, destaca que "el deseo de aumentar la productividad, llevó en muchos casos, a incrementar los esfuerzos para lograr un mayor desarrollo tecnológico que, normalmente, lleva a reemplazar 'hombres por máquinas', con lo que a corto plazo se incrementa un aspecto importante del desempleo, realidad ésta que el derecho del trabajo no puede ignorar y que impacta sobre las distintas relaciones".

Reiteramos que esse processo é só uma síntese enunciativa, que se completa, ao efetuar um exercício de quantas atividades que desenvolvemos por dia estão influenciadas ou dirigidas por um computador desde a captação de energia (centrais hidroelétricas e atômicas informatizadas) até a garantia de um serviço (liquidado automaticamente), comunicação por telefone (centrais telefônicas), etc... Esse exercício servirá para recordar que todas essas funções eram antes realizadas por máquinas que dependiam de uma maior influência humana e que, portanto, a intervenção da informática no campo econômico, gerou uma aceleração do desemprego com uma ocupação cada vez mais qualificada, para um menor número de indivíduos.

Apenas previsões ingênuas e extremamente tradicionais poderiam prever que a invasão da tecnologia produziria mais empregos, ao invés de, na realidade, provocar um deslocamento do trabalho para um menor número de pessoas que detenham qualificação. Lamentavelmente, como bem assinalou Rifkin, a realidade indica que estamos na presença de "desconhecidos níveis de desemprego tecnológico", o que gera, também, "uma diminuição precipitada no poder aquisitivo dos consumidores e, finalmente, nos situa frente ao espectro de uma depressão a nível mundial de magnitudes e duração incalculáveis".⁵

Diante de tais afirmações, o leitor pode perguntar: Qual é a causa de tal efeito? Respondemos: É impossível de determinar com exatidão. Uma visão indica que a baixa do poder aquisitivo provoca a redução do consumo e a outra, que a baixa desse último produz a desocupação e

5 RIFKIN, Jeremy *El fin del trabajo - Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*. Bs. As. Barcelona, [s.n.], [1997] p. 37.

rebaixa salários. O certo é que, por uma ou outra causa, se tem potencializado o "canibalismo ocupacional"⁶, uma vez que, a desocupação provoca uma luta de "classes": os que estão com emprego e os desempregados.

A realidade ocupacional dos países em vias de desenvolvimento, como os da América Latina, mostra um mapa de "ganhadores e perdedores"⁷, em que os primeiros são os que sobrevivem em um sistema e os segundos os que tentam seu ingresso nele. Sem embargo, os ganhadores reconhecem que este triunfo é efêmero, o que aumenta sua insegurança. Essa situação leva a grande maioria a aceitar políticas flexibilizadoras que são impulsionadas pelo setor empreendedor, que pressiona com sua força o Estado, o qual acaba cedendo e aplicando-as como uma espécie de necessidade *sine qua non* para o desenvolvimento.

O problema do Direito do Trabalho é motivado pela conjuntura econômica⁸, que em verdade é a maior fonte geradora de incertezas. Já faz 70 anos **Sinzheimer** sustenta:

*que sentido tem o direito do trabalho se é fundamentalmente o direito de uma elite de trabalhadores que já tem a fortuna de trabalhar, quando fora do direito do trabalho se abre um cemitério econômico de desocupação estrutural*⁹.

6 La gran masa de desocupados espera una vacante, siendo indiferente de dónde provenga y cuáles sean las condiciones que se deban aceptar. A su vez, cada trabajador ocupado hace los mayores esfuerzos para que ese ansiado puesto disponible, no sea aquel en el que se está desempeñando.

7 Expresión acuñada por ACKERMAN, Mario. En *De ganadores y perdedores (para pensar la reconstrucción del derecho del trabajo y la seguridad social)*, DT 1997-A, p. 1055.

8 SINZHEIMER, La crisis del derecho del trabajo, citado por ACKERMAN en *De ganadores y perdedores*, DT 1997-A, p. 1063.

9 SINZHEIMER, La crisis del derecho del trabajo citado por Humberto A. Podetti, en *Panorama actual del derecho del trabajo*, LL 1989-B, 896.

Atualmente, podemos questionar a própria metodologia empregada no estudo do Direito do Trabalho¹⁰, já que deve incluir o estudo do direito ao trabalho (pertencente à política social), dentro de uma ramo específico que busque desenvolver e aprimorar as relações existentes com o máximo de equilíbrio (justiça social), tentando produzir um espaço necessário ao estudo do direito ao emprego e ampliando o horizonte do direito do trabalho bem como seu equilíbrio e coerência, por-que há necessidade de novos elementos (campos de estudo) que restaurem a paz.

O direito AO trabalho e o direito DO trabalho se encontram inspirados nas noções de equidade e justiça social. Sem embargo, tal núcleo comum não implica que devam fundir-se. Na medida em que exista a necessidade que o primeiro influencie o segundo, esse último deverá resignar numerosos conceitos que deverão viabilizar o equilíbrio do negócio contratual, com o que corre sérios riscos de se desnaturar.

O problema ocupacional é e será –já no início deste milênio– o produtor dos maiores inconvenientes não só para os governos, e sim para a sociedade como um todo. O conflito já está instalado e não se vislumbram soluções a curto nem médio prazo. Por tal razão faz-se necessário projetar a longo prazo mecanismos de solução para esse problema, a fim que as necessidades mi-

10 Rodríguez-Piñero, afirmó que "de tanto preocuparse por las relaciones laborales ya constituidas, el derecho del trabajo se ha olvidado de las fases previas a la constitución del contrato. Esta desatención por los problemas del empleo, por la no integración por el derecho del trabajo de los instrumentos específicos de la política de empleo, revela algo bastante más profundo, y es el hecho que el derecho del trabajo ha dejado al margen a las personas desocupadas". "Derecho del trabajo y concertación social como instrumento de la política de empleo", en AA. VV. *Jornadas Técnicas sobre Concertación Social y Empleo*, Madrid, 4 al 6 de noviembre de 1991, p. 120/121, Madrid, 1992 (citado por Humberto A. Podetti, en *Panorama actual del derecho del trabajo*, LL 1989-B, 896).

nimas insatisfeitas de uns e o ócio mal canalizado de outros não continuam sepultando a paz social.

Essa visão da realidade mostra uma comunidade infeliz, com valores altamente "depreciados" e um alto deterioramento da auto-estima individual, fruto dos diários ataques sofridos que atingem sobremaneira a dignidade humana e baixam a "cotação da solidariedade"¹¹. É nada mais nada menos que a substituição do homem pela máquina.

Portanto, alguma solução deve ser tentada ou buscada, já que sem a matéria-prima (o emprego) não tem sentido o estudo do direito do trabalho e da seguridade social, sem contar com o risco para o próprio direito como um todo, bem como para a vida em sociedade.

Em nosso entender, o primeiro passo a ser dado seria no sentido de estabelecer um rol prioritário de diálogos sociais¹² que buscassem soluções alternativas no campo do voluntarismo e logo em seguida direcioná-lo para o diálogo-ação consensuado.

Infelizmente, o terreno político se mostra estéril a esse tipo de proposta. O Mercosul, por exemplo, apresenta um

déficit democrático "ab initio", preocupando-se apenas com aspectos comerciais, sem colocar em questão os fatores sociais, proporcionando apenas escassos espaços institucionais para a participação cidadã e sindical, mesmo assim relegando-as a um nível secundário¹³.

É dizer, estamos na presença de uma situação de desemprego estrutural que nos expõe a um permanente perigo à paz social e sobre o qual os economistas e o poder político não têm tomado verdadeira consciência. Por tal razão, se deve responder a tal conformismo com uma transformação radical que implique avançar sobre suas causas e, desse modo, progredir na justiça com uma nova estrutura que aproveite o que a anterior tem de mais eficaz.

Neste ensaio apresentar-se-á tão-somente um dos possíveis caminhos a percorrer, que consiste no incremento da educação, como elemento humano-social-cultural e economicamente valioso.

2.1 A capacitação e o desemprego

O processo de informatização, diferentemente do de mecanização, tende a tornar a máquina independente do homem, a tal ponto que, cada vez menos se necessita da intervenção humana no processo de produção.

A demanda de homens e mulheres para trabalhar diminui notadamente, deteriorando-se com gravidade a estrutura do sistema, já que muitos dos que perdem o emprego encontram grandes dificuldades para lograr um novo contrato, principalmente em decorrência da falta de

11 Voluntariamente he utilizado en este párrafo adjetivos propios de la pura economía. A modo de ironía por el avasallamiento que los hombres sufren de su creación, la economía. El hombre empezó a necesitar tanto tener buenos resultados económicos, que no le importó dejar en el camino a muchos pares, con las mismas o mayores necesidades. Parecería que deberíamos acostumbrarnos al México, porque la empresa de rescatar el valor del ser humano está siendo derrotada por la de tomarlo como un simple factor económico.

S. S. el Papa Juan Pablo II, observaba que "El desempleo es una fuente de angustia y puede convertirse en una verdadera calamidad social; debilita a los hombres y a familias enteras, dándoles la impresión de ser marginados, puesto que tienen dificultad para proveer a sus necesidades esenciales y no se sienten reconocidos ni útiles para la sociedad". "El trabajo brinda a toda persona un lugar en la sociedad, mediante el justo sentimiento de sentirse útil a la comunidad humana y mediante el desarrollo de relaciones fraternas; le permite incluso participar de manera responsable en la vida de la nación y contribuir a la obra de la creación". Juan Pablo II, Discurso a la Academia pontificia de ciencias sociales, el 6/3/98. *L'osservatore Romano*, n. 12, 19/3/99, p. 6.

12 Este punto ha sido destacado como vital en la monografía de Francisco (TURRASPE), "Actores y diálogo social en Venezuela", *DT 1997-A*, p. 1070. Coincido con darle protagonismo al diálogo social, porque entiendo que son los propios actores quienes están más capacitados para buscar soluciones, porque son los que viven la realidad.

13 ERMIDA LIZARTE, Oscar. Institucionalidad Laboral del Mercosur *Revista de Derecho del Mercosur*, a. 1, n. 2, p. 50.

capacitação. Uma das possíveis causas que podemos constatar tem origem na organização produtiva conhecida como "Taylorfordista", na qual a necessidade de aprender no âmbito da produção era muito limitada" ¹⁴.

Hoje, já não é mais suficiente um nível de estudos que há uma década resultava aceitável (como por exemplo, o universitário), pois toda a escala educacional elevou-se no mínimo um grau a mais.

Na produção, os paradigmas mediatos deste milênio têm mudado, desde a capacitação especializada, ao que chamamos de polifuncionalidade, uma vez que já não se conquista mais um posto de trabalho sem que o pretendente possua uma série de habilidades e conhecimentos sobre os mais variados processos.

Pelo contrário, no campo dos profissionais tradicionais (a medicina, advocacia, etc.), se tende a uma especialização, que exige o máximo nível de estudo focalizado, com o apoio de um conhecimento geral limitado.

Dentro dessa situação, a informática é o centro básico, em torno do qual giram todas as demais atividades e especializações. Hoje, a oferta de um trabalho de nível médio requer conhecimento operacional em informática pelo aspirante, ademais da própria ciência e arte, o que implica que todos devemos saber manejar ferramentas informáticas, a tal ponto tem chegado tal exigência, que em níveis médios tem-se exigido o requerimento de manejo de idiomas distintos do nativo, com vistas a facilitar a operacionalização dos meios informáticos.

2.2 O rol de capacitação

¹⁴ Así lo observa con criterio que aquí se comparte, Héctor LUCENA, *Los retos de las Relaciones de Trabajo y los Sistemas Productivos*, *Revista Gaceta Laboral*, v. 2, n. 2, p. 266.

A título de esclarecimento, poderíamos afirmar, então, que não é o "computador" que provocou o desemprego.

A história há de demonstrar que a influência da deficiente capacitação que hoje ostenta a grande maioria dos habitantes do mundo (salvo raras exceções) tem gerado reflexos negativos na conquista de postos de trabalho que necessitam indispensavelmente de conhecimentos tecnológicos, para os quais a grande maioria dos indivíduos não estão preparados.

Em nossa concepção, o primeiro passo para atacar a desocupação seria elevar o nível de "qualificação", produzindo uma autêntica reconversão na capacitação do pessoal. Simultaneamente, deveriam ser criados instrumentos necessários para a distribuição de emprego (bem escasso) entre os muitos demandantes ¹⁵. Por último (ou em primeiro lugar), há necessidade de uma espécie de atualização dos institutos de seguridade social, para a adequada contenção dos indivíduos com e sem trabalho (a redistribuição do gasto público seria o primeiro passo a dar).

A capacitação tem um papel fundamental na vida do trabalhador atual em virtude das exigências que se apresentam com a nova tecnologia, não somente para ascender a um posto de trabalho, mas também "para promoção da competitividade, adaptabilidade e integração

¹⁵ No se abundará en detalles sobre el tema en este trabajo, pero a modo de ejemplo cito que no es conveniente reincluir en los llamados contratos promovidos y de promoción de empleo (públicamente ya llamados "basura"), porque debilitan el sector de la seguridad social y precarizan las condiciones laborales. Tampoco en seguir calificando como extra-laborales a relaciones eminentemente del trabajo, tal como sucedía con el aprendizaje antes de la ley 25.013. Más adecuadas serían otras herramientas, como son la reducción del horario de trabajo, la intervención del Estado en la colocación de trabajadores de diversa capacitación, la quita a la empresa de la carga del pago de beneficios originarios de la seguridad social (como los salarios por licencia por enfermedad inculpaable, etc.), etc.

social”¹⁶. Além disso, compartilhamos do entendimento que o acesso a um posto de trabalho não resolve por si só todos os problemas há necessidade, também, de que o trabalho proporcione ao empregado a possibilidade de realização profissional e familiar.

2.3 O plano educativo em marcha

Alguns estudiosos já têm direcionados seus trabalhos no sentido de viabilizar uma reforma estrutural em matéria de educação. Os planos de estudos, já desde o nível elementar ao primário, incluem a capacitação em informática. A maioria das escolas secundárias devem ter essa ciência como matéria. As universidades públicas devem oferecer mediante departamento de extensão universitária, uma assinatura extracurricular que possa ser estendida a todos os seus alunos.

É dizer que a gerações vindouras, com essas modificações, deverão estar melhor capacitadas nesta matéria, porém o problema subsiste para os que hoje são laboralmente ativos e se encontram satisfeitos com sua instrução. Vale dizer que nunca será suficiente o nível de educação para arrimar a um grau de excelência, porém o importante é ter a suficiente capacitação para ocupar um espaço justo, isto é, estar em condições de empregabilidade.

16. PODETTI, Humberto. *Un destino para el derecho del trabajo*. DT 1997-B, 1725.

2.4 A grande interrogação- Quem deve educar?

A resposta não é tão simples, se forem levados em consideração os múltiplos fatores que confluem em uma tomada de decisão no que diz respeito a esse problema (infra-estrutura, custos, capacidade, idoneidade, compromisso moral, iniciativa, programação, etc..)

Dentro da lógica da educação, a família se incumbiria da educação primária e secundária dos indivíduos (assim como o ensinamento público e privado), estendendo-se em algumas circunstâncias tal compromisso até o nível terciário e universitário.

Agora bem, o ofício, o ensinamento do uso das novas ferramentas e a atualização, a quem caberia tal encargo?

Indubitavelmente, não se poderia pôr todo esse encargo na cabeça dos trabalhadores, caberia exigir deles somente o compromisso moral e a iniciativa, uma vez que seriam os maiores beneficiados.

Igual rol caberia às associações profissionais, junto com as empresas e o Estado, o apoio em matéria de custos e o investimento em infra-estrutura.

Quem teria uma carga muito importante seria a comunidade, por meio de um governo que criasse condições necessárias para que as organizações intermediassem o desenvolvimento. Seria vital, em suas regras de desenvolvimento a promoção da capacitação, instrumentalizando planos de estudo, promovendo infra-estrutura, assumindo em forma co-partida os custos e supervisionando o cumprimento da estratégia para capacitar, preservar e melhorar o nível de emprego.

A empresa é quem direcionaria a necessidade de mão-de-obra qualificada e em qual função. Seu papel seria fundamental, na hora de desenhar planos de estu-

do com base em sua experiência e projeção. Poderiam utilizar-se de sua tecnologia e instrumentalizar suas instalações, com o fim de obter um diagrama mais ágil do processo de ensinamento (tal é a aspiração do sistema). E quanto aos custos, deveriam contribuir para a formação e manutenção de um fundo permanente para a capacitação, do qual deveria participar o Estado.

Conspiraria contra o poder da política de formação a cargo da empresa a mobilidade que hoje assola o mercado laboral na classe de empregados qualificados. Certamente, implicaria risco para a empresa que ao formar uma pessoa, logo em seguida essa pudesse oferecer seus conhecimentos e competência a outra empresa concorrente, que de nenhuma forma contribuiu para a qualificação do empregado.

Algumas soluções, para esses entraves, poderiam ser melhor estudadas como por exemplo, compromissar o empregado a devolver o custo de sua capacitação, se rescindir o contrato antes de determinado prazo. Essa via nos leva a outras interrogações: Poder-se-ia pôr uma cláusula de não rescisão no contrato de trabalho? Seria justa tal cláusula, se foi a empresa quem tomou a decisão? Poderia o trabalhador opor-se à dita cláusula? Seria lícito um acordo desse tipo? Uma proposta interessante seria que, ante o pedido de demissão injustificado, o trabalhador restituiria o custo da capacitação.

De todo o modo, essa realidade pode ser perfeitamente regulada pelo Estado e pelas Associações sindicais que devem andar de mãos dadas na busca da melhor adaptação a essas situações.

No sistema japonês, as transformações acontecem com um dinamismo sem igual¹⁷ de forma que o empresário não hesita em investir elevadas somas para o progresso de seu pessoal, porque sabe que isso implicará progresso de sua empresa. O nível acadêmico do recém-formado nas universidades japonesas é quiza inferior ao de alguns países com economias emergentes, porém, a diferença de capacitação profissional surge logo, quando a empresa investe adaptando a formação de seu pessoal como uma missão estratégica¹⁸.

Esse fenômeno é comum em outros países em via de desenvolvimento, como a Venezuela, onde se tem dado prioridade à difusão da abordagem de temas voltados ao aperfeiçoamento da qualidade e da produtividade. O salto para adaptá-lo e executá-lo é o mais importante. A adoção do discurso está bastante generalizada, porém, a aplicação prática em nossos cenários produtivos é muito limitada¹⁹, especialmente no que diz respeito ao adestramento de pessoal.

Em síntese, cabe aos governos (nacional, estadual e municipal) e aos grupos intermediários a promoção da capacitação dos trabalhadores, devendo os mesmos preocuparem-se em obter a baixa no índice de desocupação em condições dignas e equitativas de labor. O

17 YAMAGUCHI Toshio *El contrato de trabajo en el derecho japonés*. DT 1997/A, p. 25. Rodolfo Capón Fílas, en *Derecho del Trabajo*, Librería Editora Florentino, Bs. As., 1998, p. 105, expuso en cifras el panorama de la situación que intento describir: «En los Estados Unidos y Gran Bretaña, los trabajadores se quedan en una misma empresa un promedio de 7,5 años y la mano de obra en su 60% tiene menos de 5 años de antigüedad. En tales países, sólo un 10% de los jóvenes recibe capacitación. En Alemania y Japón, donde los trabajadores permanecen un promedio de 10,7 años y el 60% tiene una antigüedad mayor de 5 años, el 70% de los jóvenes recibe capacitación».

18 LUCENA, Héctor. Los retos..., op. cit., en nota 16, p. 275.

19 LUCENA, Héctor. Los retos..., op. cit., en nota 16, p. 270/271.

objetivo prioritário deveria ser, a princípio, a manutenção dos atuais postos de trabalho, concomitantemente com a instrumentalização de uma política voltada para a criação de novas relações que evitem a rotação das pessoas ocupadas.

Vale ressaltar que se torna impossível o cumprimento desse trabalho sem a necessária intervenção ativa dos demais atores sociais, tal como foi assinalado anteriormente.

3- TECNOLOGIA VERSUS MORAL

Certo dirigente esportivo afirmou, recentemente, em um meio de comunicação, a propósito de ilícitos que tinham sido cometidos com a venda de alguns tickets por via eletrônica, que a tecnologia é um avanço em muitos aspectos, porém que implica, também, um retrocesso moral.

Mas, além das motivações particulares que o declarante tem e do processo racional prévio de sua emissão, se tem tomado a expressão para verificar se existe algum fundo de verdade nessa afirmação.

Existem diversos pontos de vista que poderiam abrir o debate acerca dos questionamentos que, desde o ponto de vista moral, se poderiam efetuar sobre as operações por via eletrônica ou informática.

3.1 Trabalho despersonalizado

O trato com a máquina é distinto do que se tem com o trabalhador ou o operário. O escudo de proteção que brinda a intermediação (a máquina), isto é, que a pessoa que opera nem sempre está ao acesso do usuário, e por sua

vez este não se exponha ante aquele. Por tal razão, e até quando não se produza uma séria transformação cultural, poderia afirmar-se que essa comparação brinda maiores possibilidades a quem deseja cometer ilícitos.

Como exemplo, podemos citar as fraudes que se têm cometido com alguns caixas automáticos, cartões magnéticos, tickets eletrônicos, publicação na internet de imagens adulteradas de pessoas públicas, publicação de informações e dados errôneos, acesso indevido a diversas bases de dados por parte dos "piratas", duplicação indevida de software, furto de informações qualificadas, etc...²⁰

Claro está que a sociedade toda vive hoje uma grande crise moral e que essa é só uma das formas de manifestar-se como assim também o são a grande maioria de indivíduos que utilizam a informática com fins lícitos.

Sem embargo, esse deve ser um sinal de alerta para conter, em um futuro não muito alheio, essas condutas nos respectivos códigos, a fim de assegurar o bom uso dos avanços tecnológicos. Pese a que o mundo já foi advertido desde a década dos anos 70 pela doutrina especializada, todavia hoje não se tem configurado uma teoria geral do Direito informático que expresse a contento, em toda a sua extensão, soluções adequadas para as demandas sociais que envolvam essas questões²¹.

20 Un detalle más pormenorizado, con inclusión de ejemplos, se encuentra en LILLI, Alicia Raquel y MASSA, María Analia, *Delitos informáticos*, L.L., 1986-A, 832.

21 Sobre el particular, ALTMARK, Daniel R. y BRENNAN, RAMÓN G., *Tecnología y delito*, L.L., 1994-C, 1000, informan de la creación en 1961 del I.B.I., oficina intergubernamental para la informática (bajo los auspicios de la O.N.U.), que a comienzos de la década de los ochenta emitió un documento dedicado al Derecho Penal de la Informática. Los autores concluyen que luego de tal advertencia e invitación al estudio, las soluciones legislativas han ido directamente a la zaga o nunca se han materializado.

3.2 O aprofundamento da brecha entre ricos e pobres

Produto da desocupação que tem provocado a tecnologia (entre outras causas), os deficientes níveis de educação e de incapacidade estatal e sindical para conter e requalificar a dita mão-de-obra, se ampliou a porcentagem mundial de núcleos familiares que têm as necessidades básicas insatisfeitas.

Já mencionamos que surge um verdadeiro "canibalismo ocupacional", pelo qual, os desempregados aceitam qualquer condição com vistas a obter seu posto e os que o têm, declinam direitos com vista a não perdê-lo.

Ante essa situação, quanto menor o nível de capacitação menor será a possibilidade de reingressar no mercado ativo.

Estamos presenciando, então, o nascimento de uma nova luta de classes no início deste milênio: os ocupados versus os sem trabalho, aprofundada ainda mais pela indignação em que é colocado o desocupado.

3.3 Crescimento dos índices de delinquência

A raiz da situação é marcada, precedentemente, por um setor que "tradicionalmente" vive à margem da lei, em suma, os que hoje cometem ilícitos para sobreviver. A impossibilidade de subsistência faz enfraquecer a reserva moral dos hiposuficientes, o que implica que o delito (por exemplo o furto) seja visto como "menos mau" ante as necessidades básicas insatisfeitas da família.

Ademais, devem ser consideradas as novas formas de delinquir por meio da informática ²². Trata-se de

²² En realidad, la computadora se ha convertido en un nuevo camino para la perpetración de viejos delitos", apuntan LILLI, Alicia Raquel y MASSA, María Amalia, *Delitos informáticos*, L.L., 1986-A, 832.

um verdadeiro problema desde que a mesma se incorporou a quase todos os âmbitos da vida humana, gerando tipos desconhecidos e criando novos bens jurídicos a serem tutelados ²³.

Adiciona-se a isso que as várias condutas delituosas ²⁴ praticadas via computador em nossos países não podem ser tecnicamente enquadradas como tipos penais e portanto não podem ser punidas.

Ante essa situação, é possível afirmar que se a conduta em questão não contraria o direito positivo, porém, viola o direito natural ao qual são repulsivas todas essas atividades ²⁵, é de fundamental importância o alerta para a necessidade de "positivar" esses novos ilícitos.

3.4 Acumulação por terceiros de dados confidenciais

A grande quantidade de dados que contém diversas informações de distintas pessoas faz com que o cidadão comum se encontre mais exposto.

Algumas dessas bases proporcionam informação acerca de quem não é confiável comercial e financeiramente. Outras, têm dados sobre filiação política, opiniões, credos, etc..

²³ Para un tratamiento más profundo del tema, véase: ALTMARK, Daniel R. y BRENNAN, Ramón G., *Tecnología y delito*, L.L., 1994-C, 1000; Cúneo Libarona, Mariano, *La reproducción de un programa de computación y el derecho penal*, L.L., 1983-A, 1012; LILLI, Alicia Raquel y MASSA, María Amalia, *Delitos informáticos*, L.L., 1986-A, 832; MEETARBHAN, J. N., *Persecuciones contra los autores de infracciones relacionadas con el ordenador*, (*Revista Internacional de Policía Criminal*, París -Francia-, núm. 369, junio-julio de 1983, p. 189), reseña de F.G., L.L., 1985-C, 1314; PALAZZI, Pablo Andrés, *Virus informáticos y responsabilidad penal*, L.L., 1982-E, 1122; Williams de Corin, Silvia Maureen, *Los delitos cometidos através de la informática en la legislación y jurisprudencia comparada*, L.L., 1985-D, 979.

²⁴ Acción típicamente antijurídica y culpable para cuya consumación se utiliza o se afecta a una computadora o sus accesorios: definen LILLI y MASSA, *Delitos informáticos*, L.L., 1986-A, 832.

²⁵ En tanto signifiquen desviar el correcto desempeño de la máquina con la finalidad de obtener un perjuicio que redunde en beneficio material o moral para sí o para otro.

Contra toda essa estrutura que poderia atentar contra a integridade da pessoa, não existe uma regulamentação específica que limite seus poderes e que a obrigue a cotejar e atualizar os dados. Tampouco lei que permita ao cidadão conhecer o que são e o que contêm essas bases de dados sobre sua pessoa, uma vez que a deficiente menção que se faça na Constituição sobre o *Habeas Data*, não abraça tais dados e, portanto, se afirma que hoje não existe uma norma vigente que preveja acesso para tais dados.

Mencionada situação provoca uma série de consequências como por exemplo a acumulação de dados discriminatórios que excedam o marco do "sensível" para transmutar para o imoral e o ilegítimo.

Em síntese, é claro que, assim como se ampliarão as possibilidades industriais e comerciais até o inimaginável, também se abrirão novas oportunidades para vulnerar direitos básicos da pessoa, como são: a liberdade, a dignidade e a integridade²⁶. Há necessidade pois, de que a sociedade promova uma transformação cultural que reprove todas essas condutas e de o Estado fazer eco a esse reclamo.

4- MODIFICAÇÕES ESSENCIAIS NAS RELAÇÕES INDIVIDUAIS DO TRABALHO

As relações individuais de trabalho sofrem e ainda sofrerão sérias modificações em virtude do impacto tecnológico, em alguns casos trazendo benefícios e em

²⁶ Esta profunda inquietud revelan las monografías de los especialistas, como ANDORNO, Luis O. *La Informática y el derecho a la intimidad* L.L., 1985-A, 1100; CAMPANELLA DE RIZZI, Elena Margarita y Stodart de Sasini, Ana María *Derecho a la intimidad e informática*, L.L., 1984-B, 607; STIGLITZ, Rosana M., *Impacto de la informática en la sociedad (Protección de datos personales. Derecho a la intimidad)*, L.L., 1987-E, 859, entre otros.

outros malefícios. Segue abaixo um breve panorama que será meramente enunciativo, pois a proposta é suficientemente ampla para poder ser abarcada neste modesto ensaio.

4.1 Enfermidades profissionais

O avanço tecnológico tem provocado algumas diminuições notáveis, pela paulatina utilização de insu- mos substitutos e pela melhora das condições de seguridade industrial. Como por exemplo, temos a baixa nos índices de saturnismo (intoxicação por sais de chumbo) já que o chumbo tem sido substituído em muitos processos por outros materiais menos tóxicos (em alguns casos se criam novas fórmulas que simplesmente as suprimem). Também tem contribuído para a criação de métodos computadorizados de medição dos riscos e tóxicos, para os quais culturalmente não existem uma consciência da prevenção.

Pelo contrário, também têm aumentado outras enfermidades, pela centralização de tarefas em computadores (problemas de vista, postura, etc...) e pela já mencionada falta de consciência de utilização de meios preventivos eficazes.

4.2 Trabalho à distância

Possibilita-se o trabalho à distância, fruto do grande avanço em matéria de comunicação, o que agiliza o transporte de informação, reduz tarefas, aumenta o controle de objetivos, etc..

Já não se faz mais necessária a custosa abertura de sucursais ou oficinas de negócios, pois basta uma série de equipamentos de computação para que no outro extremo do planeta se reconheça a informação tomada em outro lugar, ou para que se tenha acesso a completíssimos catálogos para compras de produtos que provenham de lugares distantes.

Um operário "informatizado" já não necessita apresentar-se em um estabelecimento para cumprir com sua tarefa, o que produz por si só uma grande flexibilização nas condições laborais.

Alteração, por exemplo, do cumprimento de seu horário pelo correspondente a sua produção (a tendência indica que essa metodologia prioriza a realização de tarefas de características qualitativas em detrimento das quantitativas).

4.3 Informatização de controles

Os diversos controles que proporcionavam o desenvolvimento diário das relações de trabalho, que antes se cumpriam por meios mecânicos, agora podem perfeitamente ser realizados de forma computadorizada para dar cumprimento aos objetivos almejados.

A interrogação se estabelece em torno da eficácia probatória referente aos documentos eletrônicos que se emitem, em caso de ser necessária a exibição em juízo²⁷.

²⁷ Véase la ilustrativa monografía de BEKERMAN, Jorge M., *Documento electrónico: necesidad de una reforma legislativa y cultural*, L.L., 1989-D, 964 y del mismo autor *El documento electrónico en el proyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación*, L.L., 1987-E, 885; a VAZ FLORES, Hortensia, *Las nuevas tecnologías de la información en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial*, (Aspectos relativos a la seguridad y la prueba), L.L., 1989-A, 991 y a BAZAN LASCANO, Marcelo, *Es sustitutable la documentación de papel por discos ópticos en los archivos públicos?* (D.L. 1997-1-212).

Nossa tradição judicial está posicionada em considerar como provas documentais aquelas que surjam de suportes materiais (papel). Portanto, precisaríamos de uma transformação profunda para que os lidadores do direito aceitassem o suporte magnético ou digital como prova judicial em virtude de sua, ainda, extrema vulnerabilidade.

A problemática da alterabilidade dos assentos "informatizados" se apresenta em duplo canal: por um lado a modificação da informação pela simples ação de ter acesso ao suporte magnético e por outro lado dos empregadores, que seus empregados não aceitem a assistência de seus companheiros ausentes. O primeiro dos questionamentos é mais difícil de resolver, do que o segundo, pois existem métodos que não deixam dúvidas e que poderiam ser implementados, como os controles por leitura de vestígios digitais e pelos cartões, que seriam mais acessíveis à cultura forense. Porém, até a data, ditos controles são sumamente custosos e por eles são utilizados como chaves em áreas de extrema segurança, e não como simples registro de assistência.

4.4 Do pagamento eletrônico

Tem-se pago hoje por meio de caixas eletrônicos. A medida, no entanto, tem dado lugar a várias opiniões doutrinárias²⁸. Parte da discussão é centralizada em que a norma base exige o pagamento no efetivo lugar do trabalho a requerimento do trabalhador. A tradição "instrumentalista" indica que os empregadores continuam

²⁸ El debate es abordado, por ejemplo, por POSE, Carlos (DT 1997-B, p. 2241), Luis AMBROSIONI, Alejandro (DT 1997-B, p. 2246), GNECCO, Lorenzo (DT 1997-B, p. 2229) y CAUBET, Amanda (DLE, 1998-314).

pagando salários por meio de recibos a seus empregados, quando na realidade resulta desnecessária tal medida, uma vez que existem bancos que creditam o depósito feito pelo patrono e o disponibilizam para a retirada pelos empregados.

O grande conflito a resolver se encontra no sistema eletrônico de registros, isto é, na memória do sistema²⁹. O suporte magnético é por hora mais falível que o material, e explica a natural desconfiança que se tem em fazer ditas memórias que, no futuro, poderiam chegar a demonstrar se tal soma se abonou ou se transferiu, etc..

Outro grande inconveniente é a existência de cartões clonados, isto é, de fabricação ilícita de cartões extraviados, com os mesmos dados e códigos que utilizam os usuários. Atualmente, não se sabe como combater esse delito e, o mais grave de tudo é que o Banco emissor não tem como verificar se o extravio foi efetuado pelo titular da conta ou pelo possuidor do cartão clonado.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quem diariamente se utiliza de um computador para trabalhar tem verificado a simplificação significativa de suas tarefas, com as novidades que se podem aproveitar (em matéria de software) isto é, a informática tem se tornado um aliado que soluciona vários problemas operativos.

Sem embargo, quem se dedica à análise do direito, em particular no que diz respeito à forma de produ-

zir, tem visto também que a tecnologia é uma fonte geradora de grande quantidade de novos problemas a solucionar, como por exemplo, como se desentranhar a complexa trama do contrato informático e o que fazer com a teoria geral (seus institutos, suas obrigações específicas, etc...) ³⁰, que proteção legal cabe dar aos criadores dos softwares ³¹, como dar invólucro às bases de dados (desde a ótica do titular até aqueles que tenham ali suas referências registradas ³²), principalmente no que se atém ao direito à intimidade ³³, que entidade

30 ALTMARK, Daniel Ricardo *Contratos informáticos (Las relaciones contractuales en la operatividad de los bancos de datos)*. L.L., 1991-A, 835; ALTMARK, Daniel Ricardo *Contratos informáticos. El contrato de mantenimiento*, L.L., 1989-B, 719; DALL'AGLIO, Edgardo Jorge, *Contratos concluidos por ordenador. Formación y extinción de la voluntad. Formación del contrato*, L.L., 1990-B, 1039 GATTI, Luis María, *La certeza de los instrumentos en la contratación por Fax*, *Revista Notarial*, La Plata, año 97, n. 908, 1991, p. 589; HIGHTON, Federico R. *Contratos sobre computadoras y sus programas*, L.L., 1987-A, 357; KLEIDERMACHER, Arnoldo y M. de AQUINIS, Ana María *Nuevas formas de contratación. Contratación por ordenador*, L.L., 1987-C, 892; MARTINEZ LEDESMA, Horacio A., *Precontractualidad en el derecho de la informática (Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial)*, L.L., 1988-A, 607; MEZA, Jorge Alfredo, *Las nuevas formas de contratación según la tecnología moderna*, L.L., 1990-A, 900; MOSSET (TURRASPE, Jorge), *La excepción de incumplimiento en el contrato informático y la condena condicional*, L.L., 1991-A, 402.

31 BÖHMER, Martín F. *La protección jurídica del mercado informático y un decreto que se anula a sí mismo*, L.L., 1994-D, 1019; BUONPADRE, Jorge E. *La tutela penal del sistema informático*, L.L., 1988-A, 985; CORREA, Carlos María, *El software en los países en desarrollo. Implicaciones de la protección legal*, *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, año II, n. 33, setiembre-diciembre de 1985, p. 755; CUNEO LIBARDINA, Mariano, *La reproducción de un programa de computación y el derecho penal*, L.L., 1993-A, 1012; HAMMES, Bruno Jorge, *El programa de computador según L.L. 7646 de 18/12/1987*, *Estudios Jurídicos*, San Leopoldo -Brasil-, v. 21, n. 52, mayo-agosto de 1988, p. 17; reseña de José Luis García Cárdena, L.L., 1994-B, 1267; KINDERMANN, Manfred, *La propiedad intelectual internacional de los programas de computación*, *Revista Copyright*, Ginebra -Suiza-, año 24, núm. 4, abril e 1988, p. 201; reseña de María del Pilar Berzosa, L.L., 1989-A, 1261; KLEIDERMACHER, Jaime L., *Las cláusulas limitativas de la responsabilidad en los contratos de "software"*, *Revista de Derecho Económico*, año 1986, núm. 26, p. 81; reseña de Fernando Alfredo Sagarna, L.L., 1997-C, 1515; MILLE, Antonio, *Evolución de las ideas jurídicas sobre el software (En la doctrina y el derecho comparado)*, L.L., 1988-D, 1210; RETONDO, Hilda, *Protección jurídica del "software" (Trabajos internacionales. Jurisprudencia comparada)*, L.L., 1986-D, 970; VILLALBA, Carlos Alberto, *La propiedad intelectual de los bancos de datos sobre sus propios datos*, L.L., 1988-B, 863.

32 BEKERMAN, Jorge M., *Bases de datos y bancos de datos. Producto o servicio (Consideraciones sobre la responsabilidad)*, L.L., 1990-C, 942; BEKERMAN, Jorge M., *La protección del dato personal y los bancos de datos -en especial los informatizados- con fines crediticios*, L.L., 1994-A, 667; QUISPE MEROVICH, Carina, *El habeas data y los sistemas de información (Reflexiones acerca de la nueva garantía constitucional)*, L.L., 1995-A, 1056; VILLALBA, Carlos Alberto, *La propiedad intelectual de los bancos de datos sobre sus propios datos*, L.L., 1988-B, 863.

33 ANDORNO, Luis O. *La informática y el derecho a la intimidad*, L.L., 1985-A, 1100;

29 Véase, sobre el particular, BEKERMAN, Jorge M., *Transferencia electrónica de fondos (El derecho de la informática y un alerta a los bancos)*, L.L., 1987-C, 685 y LYNYCH, Horacio M., *Banca, comercio, moneda electrónica y la firma digital*, L.L., 1997-B, 1342.

tem responsabilidade pelo documento eletrônico³⁴, como trabalhar com o fluxo de dados extra-fronteiras, etc..

Um dos títulos que aqui se apresentam é que, os avanços por razões tecnológicas no mundo dos negócios tem representado um retrocesso quantitativo ocupacional, porém, qualitativamente a tendência é melhorar, no entanto, só para um seletor setor de trabalhadores: "os informatizados". A situação é claramente inequitativa, já que não deve haver justas e boas relações de trabalho somente para os ocupados.

Muito se tem falado em nossa matéria das distintas políticas aplicadas em torno do desemprego. Quiçá poucos se dão conta que o método mais efetivo para solucionar o problema é o de buscar suas causas e corrigi-las se possível antes do irreversível suceder histórico – como nesse caso – adaptando as circunstâncias a esse feito que funcionará com o seu disparo.

Tentamos com este ensaio expor que a tecnologia tem gerado desocupação para muitos trabalhadores e como proposta para abordar essa causa (que é só uma de muitas que provocam a atual situação), e dado a priorizar a educação, já que não só corresponde aos desempregados ter a possibilidade de requalificar-se para desenvolver o ingresso no mercado que o alijou, há necessidade também de preparar as gerações futuras de trabalhadores com o objetivo de minimizar as brechas entre quem tem ou não suas necessidades básicas insatisfeitas.

CAMPANELLA DE RUZZI, Elena Margarita y STODART DE SASIM, Ana María. *Derecho a la Intimidad e Informática*, L.L., 1984-B, 867; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. *El derecho personalísimo sobre la propia voz*, L.L., 1990-A, 845; STIGLITZ, Rosana M. *Impacto de la Informática en la sociedad (Protección de datos personales. Derecho a la Intimidad)*, L.L., 1987-E, 859.

34 Véase nota n. 33.

Humanitária, cultural e moralmente devemos nos unir pela realização desses objetivos, como também deveremos avaliar qual impacto da informática nas diversas áreas que apresentam as relações de trabalho, já que por seus influxos muitos tratos têm variado substancialmente.

Como advertia Goldin, não é senão separar as análises do direito que talvez seja, do direito que quero que seja (ou, em chave da resignação, do direito que creio que me hão de impor³⁵). O direito, como toda a ferramenta, deve estar a serviço do homem e a informática deve subordinar-se ao direito e esse deve prever que não deve relegar o homem. Porém, o direito por si só não pode criar condições sociais (como por exemplo, que não haja mais desemprego) sem que resulte imprescindível a transformação cultural que propugna. O homem, novamente e como sempre, é o centro da cena e principal ator das transformações.

A transformação completa, porém, nunca será concluída, o que nos levará todos os dias a almejar a superação das metas a serem alcançadas. Em nossa opinião, um bom começo no tema abordado neste trabalho seria harmonizar as novas formas de serviço, comércio e indústria para o que resulta imprescindível o papel da capacitação.

Esperamos, então que esse necessário desenvolvimento tecnológico e científico logre em seu fim último o incremento do bem-estar da sociedade e conseqüentemente possibilite o livre exercício dos direitos de cada cidadão³⁶.

35 GOLDIN, Adrián. *El futuro del derecho del trabajo (o un nuevo desafío para el derecho y la equidad)*. DT 1997-B, 1507.

36 STIGLITZ, Rosana M. *Impacto de la informática en la sociedad*. L.L. 1987-E, 859.

LEGALIDADE E JUSTIFICATIVA DA CRIAÇÃO JUDICIÁRIA DO DIREITO*

Michele Taruffo

Professor Catedrático da Universidade de Pavia – Itália

SUMÁRIO

1. OBSERVAÇÕES SOBRE O PODER CRIATIVO DO JUIZ. 2. OS PERIGOS DO ARBITRÁRIO. 3. A JUSTIÇA DA DECISÃO. 4. A CONGRUÊNCIA DA DECISÃO. 5. A JUSTIFICATIVA DA DECISÃO.

1. OBSERVAÇÕES SOBRE O PODER CRIATIVO DO JUIZ

Que o juiz disponha de um amplo “poder criativo”, no exercício da sua função decisória, é uma coisa comum, geralmente reconhecida como verdadeira e refletida em uma quantidade de material escrito sobre a interpretação do direito¹. Trata-se, portanto, de uma premissa que pode ser assumida, sem necessidade de justificativa particular ou discussão, como ponto de partida para as considerações que entendo desenvolver em torno de alguns aspectos da criação judiciária do direito.

Vale a pena, todavia, mencionar o fato de que nor-

* Título original: *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*. Tradução do Prof. Pierino Sani.

¹ No âmbito das numerosas contribuições surgidas na recente doutrina italiana cf. por ex. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, p. 118, seg., 127, seg.; COMANDUCCI, *L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale*, in: *Interpretazione e diritto giudiziale*, I. Regole, metodi, modelli, Torino: M. Bessone, 1999, p. 15, seg.

malmente, a enunciação da existência do poder criativo do juiz é formulada em termos muito genéricos, de modo que, freqüentemente, não é fácil compreender o significado que ao mesmo se quer atribuir. É tendência comum atribuir a esse poder criativo, direito que o juiz aplica, ou seja, a individualização da *regula juris* que o juiz estabelece e usa como premissa jurídica da sua decisão. Que essa individualização seja “criativa” significa, na linguagem corrente, que ela não é estrita e rigorosamente determinada de forma a se impor, do externo, ao juiz (que, portanto, permaneceria passivo, uma espécie de *tábula rasa*), mas – ao contrário – que ela é fruto de uma escolha (ou de um conjunto de escolhas) que o juiz faz no momento da interpretação/aplicação da norma ao caso concreto².

Essa maneira de configurar a atividade criativa do juiz aparece substancialmente convincente, mas é freqüentemente formulada de modo simplista e fortemente limitador. Na realidade, se se quisessem conhecer todos os aspectos que se possam definir, como “criativos” da decisão judiciária, seria necessário fazer referência aos muitos e diversos atos de escolha não vinculada e não predeterminada que o juiz utiliza para alcançar a decisão. Tratar-se-ia, substancialmente, de tomar em consideração todos aqueles aspectos do raciocínio decisório nos quais o juiz exerce poderes discricionais, ou seja, poderes consistentes na escolha de uma entre muitas das possíveis alternativas de decisões³. De tal forma “poder

criativo” e “escolha discricional” terminam sendo, substancialmente, sinônimos. Essa correspondência pode ser discutida sob o perfil teórico, mas parece evidente que permite adotar uma perspectiva mais realista e menos genérica que o normal, na consideração do tema dos poderes criativos do juiz. Além disso, permite ver que a atividade criativa do juiz, no contexto da decisão, é bastante complexa e articulada, e abrange, praticamente, todas as passagens que compõem o raciocínio decisório, para se refletir na conclusão, que representa a decisão final.

Não é, obviamente, possível desenvolver, aqui, uma análise satisfatória desse raciocínio, das suas fases e das modalidades e formas que pode assumir⁴. Vale, todavia, a pena, sublinhar, pelo menos por alto, que, nas passagens fundamentais da formação da decisão, o juiz dispõe de amplos poderes discricionais, e é, exatamente, por meio do exercício desses poderes, que ele “cria” a decisão final da controvérsia⁵.

Que isso aconteça no âmbito da escolha e da interpretação da norma ou das normas que se aplicam ao caso concreto, é fato, totalmente óbvio, também, porque – como se mencionava no princípio – isso constitui o núcleo fundamental do reconhecimento da função criativa do juiz. O que, freqüentemente, se descuida é – o contrário – que o juiz dispõe de amplos poderes de escolha discricional, também, nos outros mo-

2 Sobre essa concepção de interpretação ver para todos, TARELLO, *L'interpretazione della legge*. Milano, 1980, especialmente p. 39, seq.

3 Neste contexto “discricional” é usado de modo genérico e não técnico, simplesmente para fazer referência às situações, em que um sujeito pode legitimamente optar por uma entre diferentes, possíveis alternativas de conduta (ou de julgamento), que são admitidas na situação em que o sujeito se encontra. Para uma recente análise do conceito geral de discricionariedade da interpretação do direito cf. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*. Saggio sulla certezza del diritto. Milano, 1999, p. 11, seq. Sobre o argumento v. também GUASTINI, *Giurisprudenza e interpretazione*. In: *DIRITTO GIURISPRUDENZIALE*, por Torino: M. Bessone, 1996, p. 20, seq. Cf. também BARAK, *La discrezionalità del giudice*, tradução it. Milano, 1995.

4 A complexidade do raciocínio interpretativo do juiz emerge com particular evidência, na análise de DICIOMI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Torino 1999, especialmente p. 122, seq., 152, seq., 363, seq. A complexa estrutura do julgamento de fato, é esquematizada por ex. em Taruffo, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1995, p. 785, seq. Para uma interessante análise da tipologia dos raciocínios decisórios cf. ASIS RDOV, *Sobre el razonamiento judicial*. Madrid 1998, especialmente p. 88, seq.

5 Sobre os “vínculos da interpretação”, ou seja, os limites no interior dos quais o juiz atua validamente os seus poderes discricionais, na determinação do critério da decisão, cf. particular DICIOMI, *op. cit.*, p. 294, seq.

mentos fundamentais da decisão, que são distinguíveis, analiticamente, daqueles da escolha e da interpretação da norma, mas que são, também, intrinsecamente ligados à aplicação do direito, no caso concreto, e, portanto – em última análise – à determinação da *regula juris* que constitui o fundamento jurídico da decisão.

Sem nenhuma pretensão de desenvolver, em poucas linhas, uma análise que requereria bem mais espaço e aprofundamento, basta pensar que, no contexto da decisão de um caso particular, a “construção do caso”, com vista à decisão, se verifica através de numerosas e complexas passagens entre o “fato” e o “direito”⁶. Como foi evidenciado, com clareza particular, a análise hermenêutica da decisão judiciária, a escolha da norma aplicável e a determinação do seu significado se verificam em direta conexão dialética com a individualização dos fatos, juridicamente relevantes; de outro lado, essa determinação dos fatos se verifica em função da norma que o juiz julga aplicável e do significado (“guiado” pela referência aos fatos) que à norma é atribuído. O que se usa chamar de *sussunzione* do fato da norma, ou correspondência entre fato e norma, é, somente o resultado final de um particular círculo hermenêutico que liga, dialeticamente, o fato e a norma até chegar a uma correspondência entre o fato, juridicamente qualificado e a norma interpretada com referência ao caso, no qual ela é concretamente aplicada⁷. O que, aqui, interessa, de modo particular, é que, nessa complexa atividade de construção da relação norma-fato, e de determinação do significado concreto da norma que se refere ao caso par-

ticular, o juiz não se encontra cerceado por regras ou mecanismos inderrogáveis. Ao contrário, ele usa regras e critérios de interpretação e formula avaliações que são altamente discricionais. De outro lado, é, exatamente, através dessa complicada atividade de análise conjunta do fato e da norma que o juiz chega a “criar” o significado concreto da norma que lhe serve para individualizar e para alicerçar a decisão final.

Nesse contexto, um papel, extremamente importante, cabe ao “julgamento do fato”, ou seja, a todas as avaliações e decisões que o juiz utiliza na ordem dos fatos, no âmbito do raciocínio decisório. Por um lado, como já foi dito, é em função dos fatos relevantes do caso, que o juiz desenvolve a atividade de “interpretação concretizadora” da norma que julgar aplicável⁸. De outro lado, o trabalho essencial do juiz não é somente o de estabelecer quais são os fatos relevantes diante das normas aplicáveis, mas, também, de aplicar as normas àqueles fatos que tenham sido *acertados* em base das provas disponíveis no caso particular. Também, na apreciação das provas, o juiz goza – nos ordenamentos modernos inspirados no princípio da livre avaliação – de um poder largamente discricionário, cujo exercício se baseia – ou deveria se basear – sobre regras racionais, mas são comuns, e largamente dependentes, escolhas, que o juiz faz de modo “livre” de vínculos ou condicionamentos normativos⁹. Em síntese, o julgamento sobre fatos é um aspecto importantíssimo da decisão, porque guia e condiciona o julgamento sobre normas em ordem da decisão final, mas é, por sua vez, largamente “criativo”, enquanto o acerto do fato depende do exercício de importantes poderes discricionários, por parte do juiz.

6 Sobre as modalidades de “construção do caso”, destinado a ser decidido, e análise atual a análise de HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalls*. Berlin, 1965.

7 Para uma clara visão deste procedimento e para ulteriores referências, cf. VIOLA E ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto. Bari, 1998, p. 159, seg.

8 A referência aos fatos concretos do caso é essencial para a determinação do significado de um texto normativo cf. para todos VIOLA E ZACCARIA, *op. cit.*, p. 129, 159.

9 Para mais amplas análises desse tema cf. por ex. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*. Nozioni generali, Milano, 1992, p. 361, seg.; NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974; Walter, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979.

Considerações dessa espécie levam a localizar um mapa muito extenso, complexo e heterogêneo dos poderes discricionais, que o juiz exerce no âmbito da decisão, visando a estabelecer as premissas das quais obterá o julgamento final. Essas premissas deveriam sugerir a idéia de que a "criação" demonstrada pelo juiz não consiste somente na atribuição de significado a normas, mas refere-se a todas as múltiplas passagens que compõem a formação da decisão judiciária.

Todavia, essa não é, absolutamente, a solução do problema da função criativa do juiz. Ao contrário, trata-se, simplesmente, do ponto de partida para a compreensão dos múltiplos problemas que investem a explicação dessa função. Um dos problemas, particularmente importante, é representado pelo perigo – insito no exercício de cada poder discricional, por parte de quem quer que seja – que a discricionariedade, por si – inevitável e freqüentemente oportuna, degenera no uso arbitrário do poder, por parte de quem o exerce. Em outros termos, trata-se de estabelecer o limite entre decisão discricional e decisão arbitrária, coisa que é de óbvia importância, no âmbito da administração da justiça, no moderno Estado do direito.

2. OS PERIGOS DO ARBITRÁRIO

O risco de que a decisão discricional e "criativa" se traduza em uma escolha subjetiva e arbitrária, não é, somente, uma eventualidade teórica, mas é uma possibilidade, diariamente, presente na práxis judicial. Essa possibilidade torna-se provável por muitos fatores, alguns dos quais – surgidos nos últimos anos – merecem ser, aqui, assinalados, sempre que possam influenciar a orientação cultural dos juizes, no sentido de uma mais substancial "subjetivização" das suas escolhas, afastando ou eliminando, totalmente, os limites e os critérios que deveriam guiar as suas avaliações discricionais.

Um desses fatores pode ser individualizado no fato de que a idéia tradicional da decisão judicial, como "decisão conforme regras", não somente é problematizada¹⁰, mas, às vezes, é, também, criticada e rejeitada, como abstrata e formalista, em favor de um modelo de decisão "individualizada" *situated*¹¹ e determinada pelas específicas peculiaridades do caso concreto, e, de modo particular, pelas características dos elementos envolvidos. A "justiça do caso singular", que é invocada em contraste com a "justiça das normas", tornou-se, nos últimos anos, um *leitmotiv* bastante difundido no âmbito de várias orientações *postmodern* da teoria do direito¹². Afirma-se, portanto, que a não aplicação tendencialmente igual das normas, por parte dos juizes, deveria inspirar as decisões judiciárias, bem como, a proeminente (e talvez exclusiva) consideração de fatores como a raça, a etnia, o sexo, a religião, as condições econômicas e sociais dos elementos envolvidos e, especificamente, daqueles elementos que resultam ser discriminados por um sistema concebido, de vez em quando – e conforme os pontos de vista – como racista, machista, integralista, classista e assim por diante¹³. Conforme essas orientações, que em

¹⁰ Em geral, sobre a distinção entre decisões com bases em regras e decisões particularísticas, cf. SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and Life*. Oxford, 1991, especialmente p. 51, seq., 77, seq.

¹¹ Sobre *situated decision-making*, como decisão na qual o juiz assume o ponto de vista de um sujeito particular, cf. por ex. WELLS, *Situated Decisionmaking*, in 49 *Wash & Lee L. Rev.* 1992, p. 323, seq.

¹² Para uma visão dessas orientações, cf. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York-London, 1995.

¹³ Os âmbitos, nos quais essas lesões foram mais desenvolvidas, são aqueles de *Critical Legal Studies* e de *feminist jurisprudence*. Sobre as CLS ver, particularmente, MINDA, *op. cit.*, p. 106, seq. e a obra mais recente do principal líder do movimento, ou seja, KENNEDY: *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*. Cambridge, Mass., especialmente p. 133, seq. No âmbito da *feminist jurisprudence* Cf. por ex. MINOVK, *Foreword, Justice Engendered*, in 101 *Harv. L. Rev.* 1987, p. 10, seq.; Smart, *Feminist Jurisprudence in Dangerous Supplement. Resistance and Renewal in Jurisprudence*, P. Fitzpatrick ed., Durham, 1991, p. 133, seq.; RADIN, *Pragmatist and the Feminist*, in 63 *South Cal. L. Rev.* 1990, p. 1699, seq.

várias formulações parecem difundir-se em diversas culturas jurídicas, o uso e a aplicação das normas, como critérios da decisão judicial, seriam, radicalmente, injustos, uma vez que a justiça da decisão deveria ser procurada pelo juiz, exclusivamente, na satisfação das necessidades dos elementos discriminados e envolvidos em controvérsias judiciárias. Quaisquer que sejam os critérios em função dos quais o juiz deveria individualizar caso por caso, essa “justiça reequilibradora” dos defeitos sociais, permanece, totalmente, misteriosa; parece, aliás, que os paladinos dessas orientações não querem nem imaginar “decisões conforme critérios” e entendem que o juiz não possa fazer outra coisa do que decidir casos singulares, com base na sua especial sensibilidade para a tutela dos elementos discriminados. Não parece haver necessidade de maiores aprofundamentos para compreender que, aqui, se imagina uma decisão desvinculada de qualquer regra (uma vez que cada referência a uma regra seria injusta por definição) e, portanto, remetida, exclusivamente, à sensibilidade individual do juiz¹⁴. Não há dúvida de que uma decisão desse gênero seria o máximo – e, aliás, exclusivamente – criativa. É discutível, entretanto, que essa decisão possa respeitar os princípios e as garantias fundamentais do Estado moderno.

Um segundo fator que opera no sentido de ampliar de modo não imaginado, até alguns anos atrás, o espaço da discricionariedade do juiz, é constituído pelas

14 Orientações deste gênero encontram alguma base teórica no núcleo essencial do pensamento de um filósofo que se tornou bastante popular em algumas áreas da filosofia do direito, ou seja, Jacques Derrida. Segundo Derrida, a justiça só pode se referir à singularidade do sujeito, e é o juiz que “reinventa” o direito em cada caso particular. Cf. DERRIDA, Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”, in: *Deconstruction and Possibility of Justice*, New York-London, ed. by D. Cornell, M. Rosenfeld and D. G. Carlson, 1992, p. 14, seq.

conseqüências jurídicas que começam a se delinear com suficiente clareza – da globalização econômica e da internacionalização de sempre mais numerosas relações jurídicas. Entre os múltiplos efeitos que, no mundo do direito, derivam dessas grandes mudanças¹⁵, existem pelo menos dois que são, aqui, lembrados.

Um deles é o que está mudando rapidamente o conjunto das coordenadas jurídicas que, tradicionalmente, constitui o sistema normativo de referimento da decisão judiciária (além de muitos outros raciocínios jurídicos). Há pelo menos dois séculos, esse sistema de referência foi representado, substancialmente, por ordenamentos modelados sobre o esquema conceitual (e político) do Estado-nação. O juiz, como juiz de um Estado determinado, estava acostumado a decidir somente conforme o direito próprio daquele Estado. Naturalmente, tudo isso não veio abaixo completamente, mas vários fatores põem em crise o modelo de ordenamento jurídico como ordenamento, exclusivamente, “nacional”. A dimensão supranacional de situações jurídicas sempre mais numerosas (basta pensar na aplicação direta das regras comunitárias, por parte dos juizes nacionais) obriga o juiz a sair, sempre mais frequentemente, do esquema do ordenamento nacional para levar em conta normas de dimensão transnacional.

O outro importante efeito da globalização econômica leva à crise os modelos nacionais – por assim dizer – “para baixo”. Trata-se daquele fenômeno que parece intrínseco à globalização, que foi designado como “localização” ou, também, como “glocalização”, e que se constitui pelo renascer, com peso e evidências sempre mais fortes, de instâncias políticas e culturais, cuja

15 Para uma recente e aprofundada análise desses temas, cf. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*. Dirto e ditti tra Stati e mercati. Bologna, 2000.

dimensão não coincide com aquela do Estado-nação e refere-se, ao contrário, a fenômenos infranacionais que refletem, principalmente, minorias étnicas, religiosas, lingüísticas ou políticas¹⁶. Basta pensar, não somente, na fragmentação de Estados-nação que, no passado, eram unitários, mas em toda a ampla série de reivindicações localizadas, que afloram ou reaforam em numerosas parte do mundo. Temos, ainda, a considerar, que muitos países possuem uma natureza multi-étnica e multicultural, pois pelas razões mais diversas, a mesma unidade política nacional inclui uma pluralidade de etnias e de culturas. Frequentemente, essas instâncias se traduzem, também, em localizações jurídicas, ou seja, emergem regras particulares, estatutos especiais e modelos federais, que se posicionam em uma dimensão diferente em relação àquela do Estado-nação tradicional.

Estando, por necessidade, colocado no cruzamento desses complexos fenômenos, o juiz não perdeu, completamente, a referência ao modelo de ordenamento de dimensão estatal, mas deve, sempre mais frequentemente enfrentar problemas que, também, no plano da individuação dos critérios jurídicos a serem aplicados, colocam-se em dimensões cada vez mais amplas ou mais restritas (de qualquer forma diferentes) no que diz respeito àquele modelo. Em uma situação desse gênero, o juiz encontra-se diante de cenários normativos que são, de muito, mais complicados, incertos e variáveis em comparação ao que acontecia há alguns anos

atrás. Em conseqüência, o âmbito da sua discricionariedade – mas, também, o risco de se fazer guiar por escolhas puramente subjetivas de caráter político e cultural – estendeu-se, de maneira, dificilmente, definível, mas, seguramente, muito vasta.

Um terceiro fator, que vale a pena lembrar, aqui, é aquele que se pode definir como “crise da legislação”. É conhecido, por todos, que o modelo do legislador simples, claro, racional e coerente desapareceu há tempo (admitindo que tenha já existido na realidade, além de nos sonhos dos filósofos). Em todos os ordenamentos, a produção normativa tornou-se imensa, descontrolada, incoerente, invasora, fragmentária, variável. Além disso, devido à fortíssima aceleração das mudanças econômicas e sociais, a intervenção do legislador está sempre, e mais frequentemente, em atraso no que diz respeito à evolução dos fatos que desejaria disciplinar. Tudo isso é parte da experiência diária de todos os ordenamentos, de modo que não vale a pena se alongar a respeito. Deve-se sublinhar que esses fenômenos de crise da legislação incidem, pesadamente, sobre o papel institucional do juiz e sobre as modalidades concretas com as quais esse encargo pode ser aplicado. Por um lado, eles envolvem um incremento fortíssimo, em todos os campos, desde as lacunas às antinomias do sistema. As lacunas aumentam porque o legislador está sempre em menores condições de regular, tempestiva e eficazmente os fenômenos econômicos, sociais e culturais (os exemplos podem ser milhares, desde os problemas da bioética aos da tutela do consumidor). As antinomias aumentam porque é uma legislação que escapou a qualquer controle, só pode conter um sempre crescente número de contradições internas, de todo tipo. Numa situação desse gênero, o juiz permane-

¹⁶ Sobre esses fenômenos ver, por último, a ampla análise DE FRIEDMAN, *The Horizontal Society*, New Haven-London, 1999. Nesse particular, sobre “globalização” cf. também BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*. Tradução J. Bari, 1999, p. 78, seq.; ROBERTSON, *Social Theory, Cultural Relativity and the Problem of Globality*. In: *Culture, Globalization and the World-System*, ed. by A. D. King, Binghamton, N.Y., 1991, p. 69, 88q.

ce, todavia, obrigado a decidir todos os casos que lhe são submetidos, não se podendo refugiar em um *non liquet* justificado pela incerteza e pela confusão das normas. Como conseqüência, ele deverá escolher e formular um *regula juris* para cada caso que deverá decidir, mas essa escolha será tanto mais arriscada – e potencialmente arbitrária – quanto menos clara for a situação das fontes do direito, no ordenamento em que o juiz opera.

3. A JUSTIÇA DA DECISÃO

Se bem que os fatores tratados no parágrafo anterior, juntos a muitos outros, exerçam uma enorme força desintegradora com relação ao modelo tradicional do juiz, que aplica, mecanicamente, um direito simples, claro e coerente, não se pode dizer que tenham sido eliminados da cultura jurídica ocidental os postulados fundamentais do Estado de direito e os princípios da legalidade e da igualdade, na administração da justiça. Na realidade, o modelo do juiz, como máquina para silogismos ou como *slot machine* era, somente, a metáfora mais grosseira, usada para definir a função do juiz, no âmbito do princípio da legalidade, tradicionalmente entendido como tal¹⁷. Abandonada essa concepção simplista, trata-se de elaborar modelos, mais atendíveis, do raciocínio do juiz que aplica a lei, com base nesses princípios. Independentemente dos modelos, de qualquer forma, o valor fundamental permanece: aquele da racionalidade da decisão judiciária, como garantia de justiça¹⁸.

Não desapareceu, realmente, pelo contrário, emerge com evidência, exatamente, nos ordenamentos modernos e exatamente porque eles são muito mais complexos e variáveis que no passado – a necessidade que as controvérsias sejam resolvidas pelos juizes, de forma justa¹⁹. Por outro lado, essa necessidade não parece orientada no sentido da justiça particularística, de caso único, porém, mais no sentido da justiça, da decisão judiciária, vista como aceitabilidade da mesma, no contexto jurídico e social.

Num estudo bastante recente, ao qual espero me seja permitido levar o leitor interessado em maiores detalhes do discurso²⁰, acreditei poder localizar três condições, igualmente necessárias, para a justiça da decisão judicial: a) ser a decisão o resultado final de um procedimento, no qual tenham sido respeitadas as garantias processuais; b) ser a decisão, fundamentada sobre elementos verdadeiros, dos fatos controversos; c) ser a decisão o resultado de uma correta interpretação em aplicar as normas relevantes, no caso concreto.

No âmbito das considerações que, aqui, estão se desenvolvendo, vale a pena chamar a atenção, em particular, sobre a importância das condições indicadas nos pontos b) e c).

Por um lado, é bem verdade – como já foi mencionado – que a verificação dos fatos é, em grande parte, fruto de avaliações discricionais, levadas a cabo pelo juiz, mesmo na base de julgamentos de valor que fazem parte do raciocínio probatório²¹, podendo-se, assim di-

17 A superação do modelo silogístico clássico, devido ao advento de teorias da decisão judiciária, bem mais sofisticadas, não implica que seja privada de senso a justificativa dedutiva da decisão. Cf. de Irò Diciotti, *op. cit.*, p. 122, seq.

18 Ver, mais amplamente, TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *L'attività del giudice*, Torino: M. Bessone, 1997, p. 139, seq.

19 Ver, particularmente, VIOLA E ZACCARIA, *op. cit.*, p. 1158. Em geral, para uma análise dessa necessidade e para uma resenha crítica das respostas fornecidas pela teoria de direito contemporâneo, cf. ROSENFELD, *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*, Berkeley-Los Angeles – London, 1998, p. 11, seq.

20 Cf. TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1997, p. 315, seq.

21 Cf. TARUFFO, *Value Judgments in the Judgment of Fact*, *Archivum Juridicum Cra-coviense*, XVIII, 1985, p. 45, seq.; *id.*, *La prova*, *op. cit.*, p. 105, seq.

zer, que, também, o julgamento final sobre os fatos resulta de uma atividade *lato sensu* criativa. Contudo, e se bem sobre esse problema existam orientações diferentes e contrastantes²², parece bastante razoável julgar que a “verdade dos fatos” seja um regulador ideal, necessário, em direção ao qual o juiz deve orientar a sua decisão. É óbvio, de fato, que, no processo, se possa falar somente de verdades relativas e contextuais, mas é igualmente evidente, que não se possa renunciar, como condição fundamental de aceitabilidade da decisão, a uma averiguação verdadeira dos fatos, fundamentada sobre a racional avaliação das provas disponíveis²³.

Quanto à interpretação adequada da norma que é aplicada ao caso concreto, não ocorre rever todos os problemas que se ligam à interpretação jurídica e às suas condições de validade. É mais útil sublinhar que, aqui, se fala de uma espécie peculiar de interpretação, finalizada a aplicação da norma, no contexto de uma específica decisão judiciária²⁴. Isso implica que a interpretação aplicação da norma, ou seja, a individualização da *regula juris* que fundamenta a decisão, disponha de, pelo menos, dois requisitos, que poderíamos definir de *coerência interna e de universalização*.

Por “coerência interna” da decisão se entende a existência daquilo que, normalmente, é definido como relação de *sussunzione*, ou seja, a correspondência entre o fator específico concreto, acertado pelo juiz (o

“fato”) e o fator específico abstrato, individualizado através da interpretação (a “norma”) e referido ao caso de espécie (ou seja, “concretizado”). Não por acaso, é na relação entre esses dois elementos fundamentais da decisão, que se situa o momento central da sua possível racionalidade²⁵. Isso é bastante evidente, pois, no contexto específico da decisão, ocorre que a norma interpretada sirva a qualificar, juridicamente, “exatamente aqueles fatos” que o juiz acertou como verdadeiros (não outros fatos ou fatos hipotéticos, mas não provados em juízo).

O requisito da “universalização” do critério de decisão é aquele que fundamenta a distinção entre decisão particularística, exclusivamente referida às peculiaridades do caso concreto, e a decisão conforme regras. É no momento em que o juiz formula uma regra de decisão, que pretende seja aplicável, também, em outros casos, e não somente uma decisão específica, que ele se coloca no contexto das regras, e baseia a sua decisão sobre princípios de igualdade e racionalidade da administração da justiça²⁶. Por outro lado, é justo, nesse momento, que o juiz instaure a ligação entre a sua decisão e as normas do direito, porque a regra específica é derivada por via de interpretação de uma norma geral²⁷. De qualquer forma, parece evidente que o poder criativo do juiz se explique, validamente e não simplesmente, na invenção de decisões específicas, caso por caso, mas sim, no formular regras de decisão, possivelmente, válidas, também, para outros casos ulteriores.

22 Cf. por ex. TARUFFO *La prova*, cit., p. 7, seq.

23 No amplo debate em curso sobre esses temas v. por ex. GASCONABELLAN *Los hechos en el derecho*. Bases argumentales de la prueba. Madrid-Barcelona, 1999, especialmente p. 47, seq.; LOMBARDO *La prova giudiziale, Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*. Milano, 1999, p. 411, seq.; COMOGLIO *Le prove civili*, Torino, 1996, p. 11, seq.

24 Sobre a diferença entre interpretação e aplicação da norma, e sobre as relativas conexões, cf. LUZZATI *L'interprete*, cit., p. 368 seq.; e TARELLO, op. cit., p. 42, seq.

25 Cf. em particular DICITTI, op. cit., p. 122, seq.; LUZZATI *L'interprete*.

26 Sobre esses temas cf. Mengoni *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Interpretazione e diritto giudiziale*, cit., p. 190, seq.; MACCORMICK *Universalization and Induction in Law*. In: *REASON IN LAW*, I, Milano, 1987, p. 91, seq.; *id.*, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, p. 100, seq.; PECZENIK *Should Value Judgments Be Rational?*. In: *REASON IN LAW*, cit., I, p. 108.

27 Cf. em particular VIOLA E ZACCARIA, op. cit., p. 158.

4. A CONGRUÊNCIA DA DECISÃO

A decisão judiciária não é um microcosmo fechado ou uma mônade que encontra somente em si mesma as suas razões e exaure, somente, em si mesma, os seus efeitos. Se assim fosse, encontrar-se-ia novamente, na específica e particularista solução do caso singular, que bem poderia ser, absolutamente, arbitrária²⁸.

Isso, porém, acontece – pelo menos – nos ordenamentos modernos inspirados nos princípios da legalidade – pois, espera-se que cada decisão possa se inserir seja no contexto geral do ordenamento globalmente considerado, seja como fluxo dinâmico da interpretação das normas²⁹. Essa tendência, em ser parte de um contexto mais amplo, implica que a decisão judiciária, por ser cultural e socialmente aceitável, deve possuir ulteriores características em relação àquelas que definem a sua formal validade e a sua coerência interna. Isso equivale a dizer que a atividade criativa do juiz não se exaure em atos decisórios de caso a caso e isolados, mas deve conectar-se – para resultar aceitável – a parâmetros de ordem mais geral, em certo sentido “externos”, no que diz respeito ao contexto específico da decisão única.

A propósito, pode-se falar de *congruência* para se referir à relação que deve intercorrer entre os fundamentos da decisão e os parâmetros que lhe definem as condi-

ções de possível inserção (em vez que de contraste ou de exclusão) no contexto, mais geral, do ordenamento. Não se trata necessariamente (mas não se exclui que possa tratar-se) de derivação lógico-dedutiva das premissas da decisão desses parâmetros *standard* ou princípios, pois a justificativa das premissas da decisão (a assim chamada justificativa externa) pode assumir formas lógicas, bastante variadas. Ocorre, todavia, como condição mínima, que aquilo que o juiz coloca como premissa do seu raciocínio seja compatível (se não rigorosamente implicado) com parâmetros, geralmente, reconhecidos. Isso não acontece, se o juiz diz aplicar o critério C, mas chega a conclusões incompatíveis com C; ou que não pressuponham e nem sejam de algum modo reconduzíveis a C; ou se C não tem alguma ligação com os conhecimentos, normalmente, aceitos; ou se C é contestado ou inatendível, ou é superado pela evolução cultural, científica ou social.

Em termo de decisão judicial, o requisito da congruência pode ser referido, seja ao julgamento do fato, seja ao julgamento do direito.

Quanto à congruência do julgamento do fato, evidenciam-se, sobretudo, os critérios em função dos quais o juiz avalia as provas e constrói as inferências que o conduzem à verificação final da “verdade” dos fatos, do caso. Às vezes, pode tratar-se de parâmetros de caráter científico e, então, ocorre que o juiz – servindo-se de experts quando necessário – recorra a noções, cientificamente, atendíveis, e não a *junk science*, cujo uso é, também, bastante comum nas aulas judiciais³⁰. Mais fre-

28 A decisão particularista seria aceitável não fundamentada nas condições que se indicam mais adiante no texto, que não se referem a ela, mas somente enquanto seja eficaz, de facto, em pôr fim ao conflito. Uma perspectiva deste gênero poderia ser coerente e justificável, somente, no interior de uma teoria complexiva da justiça, na qual a função do processo fosse definida, exclusivamente, em termos de “resolução das controvérsias”. Para ilustrar esta teoria Cf. em particular DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere*, trad. Il. Bologna, 1991, p. 173, seq.

29 Sobre a dimensão dinâmica da interpretação na evolução da ordem jurídica, ver, particularmente, LUZZATI, *op. cit.*, p. 315, seq. Para uma diferente e bem conhecida caracterização da inserção de decisão única, no fluxo evolutivo do ordenamento, com base no conceito de integridade de interpretação, cf. DWORNIK, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., 1986, p. 176, seq., 225, seq., 313, seq.

30 Sobre as provas científicas e sobre o problema dos critérios da validade científica que devem orientar o seu emprego, cf. também para ulteriores referências, TARUFFO, Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense. *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 219, seq.; DONDI, Paradigmi processuali ed “expert witness testimony” nel diritto statunitense, *ivl*, p. 261 seq. Sobre o assunto ver por último GRAHAM, *The Expert Witness Predicament: Determining “Reliable” Under the Gatekeeping test of Daubert, Kumho, and Proposed Amended Rule 702 of the Federal Rules of Evidence*, in 54 *Un Miami L. Rev.* 2000, p. 317, seq. Sobre o uso da “scienza spazzatura” por parte dos juizes, v. HUBER, *Galileo's revenge: Junk Science in the Courtroom*, 1991

qüentemente, acontece que o juiz não disponha de critérios cognitivos, cientificamente, convalidados, e que portanto, não possa fazer uso a não ser dos *background knowledges* que constituem a sua cultura de homem normal, em vez das assim chamadas máximas de experiência. Nesse caso, que é muitíssimo mais freqüente, surgem muitos e complicados problemas que não é possível discutir, aqui³¹. Pode-se dizer, em síntese, que o juiz deve fazer referência às relações presentes na cultura média do tempo e do lugar onde se encontra, pois é com essa cultura que as premissas e os critérios da sua decisão devem ser congruentes. De outro lado, porém, essas noções não são cientificamente controladas e, freqüentemente, nem atendidas, ou são fruto de erros e prejuízos consolidados, no sentido comum, que, assim, podem representar um guia ao erro, mais que uma ajuda na procura da verdade³². Portanto, o juiz deve, freqüentemente, resolver um complexo e delicado problema cultural, encontrando-se no dever de individualizar os critérios da decisão do fato, dentro de um repertório de *topoi* que é bastante incerto, lacunoso e contraditório, mas, que, todavia, representa o contexto a que o julgamento, de fato, deve ser reconduzido. Não existem soluções gerais, *ready made*, para esse gênero de problemas: cabe ao juiz criar as próprias conclusões, pertinentes, sobre melhores bases cognitivas disponíveis na cultura do seu tempo.

A congruência do julgamento específico do direito com as premissas jurídicas de ordem geral, às quais o juiz deve fazer referência, é um problema, talvez, ainda mais complexo, mas que tem recebido maior atenção. Assim,

31 Para uma análise mais ampla e para as oportunas referências, seja permitido remeter novamente para TARUFFO, *La prova*, cit., p. 184, seq., 194, seq., 485, seq. e passim.
32 Quando, como freqüentemente acontece, a atendibilidade de uma máxima de experiência for duvidosa ou contestada, ou quando se poderia fazer referência a noções contraditórias ou incertas, ocorre que o juiz aprofunde a sua pesquisa de bases cognitivas e idôneas para a sua decisão. Sobre esse problema cf., em particular, WAGEMAAR-VAN KOPPEN-CRONBAG, *Anchored Narratives. The Psychology of Criminal Evidence*, Harvester, 1993.

por exemplo, afirma-se a necessidade de uma verificação da congruência sistemática da decisão judicial (que remete à universalização dos critérios usados, para decidir, do que mencionamos acima) como condição de sua aceitabilidade no ordenamento³³, e se põe em relevo que a decisão do juiz pode ser vista como normativa, apenas, se pode ser acolhida como tal, não somente pelas partes, mas, também, “pela comunidade jurídica e do contexto social”³⁴.

A congruência sistemática dos fundamentos jurídicos das decisões judiciais pode ser pensada e verificada, em função de dois tipos de referência (que obviamente possam combinar-se e integrar-se, entre si); pode-se, de fato, falar de *congruência referente a normas e de congruência referente a precedentes*.

A congruência da decisão referente às normas é aquela em que se pensa, normalmente, no âmbito da teoria da interpretação, e que se reconhece na condição de que a decisão aconteça pela aplicação (por via da *sussunzione*) de uma norma ao caso concreto, ou, também, seja de qualquer forma, levada dentro do âmbito dos significados possíveis da norma³⁵.

A congruência da decisão referente aos precedentes é aquela que se encontra freqüentemente na prática, e permite estabelecer se a decisão é ou não, o fruto da aplicação de regras de julgamento já aplicadas a casos idênticos ou semelhantes. O que interessa, aqui, não é o caso de discutir se o precedente judiciário seja ou não de mencioná-lo entre as fontes do direito, devido a que, de qual-

33 Cf. MENGONI, op. cit., p. 190, seq.

34 Cf. VIOLA E ZACCARIA, op. cit., p. 158.

35 Cf. por ex. LUZZATI, op. cit., p. 480; VIOLA E ZACCARIA, op. cit., p. 178, seq.

quer maneira, o uso dos precedentes é muito freqüente; tampouco é o caso de analisar a diferença entre precedente vinculante e precedente persuasivo, tendo em vista o pouco significado do uso efetivo do precedente nos vários ordenamentos³⁶.

Vale a pena sublinhar que a congruência referente ao precedente é importantíssima em todos os ordenamentos modernos, nos quais o direito "efetivo" ou "vivente" procede, freqüentemente, das decisões das cortes mais que das normas, de per se consideradas. É o precedente, substancialmente, que realiza os valores de igualdade, de coerência e de continuidade do ordenamento, permitindo a inserção de cada uma das singulares decisões em contextos mais amplos. Por outro lado, é por meio do precedente que se verifica a harmonização entre as exigências de certeza e confiabilidade do ordenamento e as exigências de flexibilidade do direito e de abertura, de adaptabilidade à mudança, que caracterizam a dinâmica dos sistemas jurídicos atuais. Nesse sentido é, portanto, a congruência ao precedente que funciona como *medium* da coerência de cada decisão com o resto do ordenamento, garantindo a "continuidade na mudança" e o tendencioso "caráter cumulativo" da mutação jurídica³⁷. De outro lado, é, exatamente, na base do precedente que se reencontra a instância de universalização do critério de decisão, do caso individual, que representa uma garantia fundamental da racionalidade da decisão³⁸.

36 Para análise mais ampla desses temas, com referências a vários ordenamentos, também de civil law, cf. ensaios reunidos no volume *INTERPRETING PRECEDENTS. A COMPARATIVE STUDY*, ed. por D. N. MacCormick and R. S. Summers, Aldershot-Brookfield-Sydney, 1997. Cf., também, as contribuições de vários autores publicadas em *6 Ragion pratica*, 1998.

37 Sobre esses pontos, cf., em particular Luzzati, *op. cit.*, p. 325.

38 Cf. GASCON ABELLAM, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, 1993, p. 30, seq.

Isso não deve nos induzir a subavaliar o fato de que os precedentes judiciais são, freqüentemente, incoerentes, contraditórios, mutáveis e demasiado numerosos³⁹, mas, tampouco, em negar a função essencial que o referimento a precedentes desenvolve na legitimação da singular decisão, em função da congruência sistemática da mesma. Efetivamente, decisão se insere com maior facilidade no ordenamento, e resulta, com ele, congruente, quando segue um precedente ou – mais ainda – quando faz referência a uma jurisprudência constante e consolidada. Não é o caso de que essas exigências de estabilidade do ordenamento e de previsibilidade das decisões levem, à vezes, os legisladores a procurar favorecer, de modo diverso, a uniformidade da jurisprudência, ou seja, a tendência do juiz em conformar-se aos precedentes: são exemplos significativos, o artigo 65 da lei italiana sobre o ordenamento judiciário que confia à Corte de Cassação o dever de assegurar a interpretação uniforme da lei, ou seja, a *uniformidade da jurisprudência*⁴⁰, e – na Espanha – a previsão de um recurso na cassação ao *Tribunal Supremo*, por violação da sua jurisprudência consolidada (assim chamada *doutrina jurisprudencial*) ou no caso de contrastes, dentro da jurisprudência das cortes inferiores⁴¹.

39 O caso italiano é emblemático de uma situação deste gênero: cf. LUPO, *Il funzionamento della Cassazione civile*, *Foro It.*, 1999, v. 103, seq.; Chiarloni, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, editado por G. Visintini, Padova, 1988, p. 75, seq.; TARUFFO *Il vertice ambiguo*, Saggi sulla cassazione civile, Bologna, 1991, p. 101, seq.; MONETA, *I mutamenti della giurisprudenza della Cassazione civile*, Padova, 1993.

40 Sobre a tendência da Corte de Cassação em reforçar o valor dos próprios precedentes, com a finalidade de poder desenvolver pelo menos em parte essa função, cf. GALGANO, *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, *Contratto e Impresa*, XV, 1999, p. 889, seq. De cultura do precedente" da Cassação pela por ex. EVANGELISTA, *La professionalità dei magistrati della Corte suprema di cassazione*, *FORO IT.*, 1999, v. 171, seq.

41 Cf. o art. 477, n. 3 da nova Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de janeiro 2000. Sobre o argumento, cf. DE LA OLIVA SANTOS E DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil*, El proceso de declaración, Madrid, 2000, p. 474.

Naturalmente, isso não significa que o precedente deva se cristalizar em uma regra de julgamento fixa e imutável, para cada caso sucessivo. Também, os ordenamentos que se inspiraram, historicamente, sobre uma versão mais rigorosa do *stare decisis*, conheceram sempre o fenômeno do *overruling*, e, seguramente, nenhum juiz americano ou inglês está disposto a aplicar, passivamente, um precedente que julgar injusto ou superado⁴². Em geral, a força do precedente depende da sua respeitabilidade e não da sua eficácia, formalmente, vinculante. Também, quando se trata de precedentes de cortes que estão no vértice do ordenamento, não é nunca de se excluir a possibilidade que um juiz sucessivo oriente, de forma diferente, a própria decisão⁴³; nesse caso, o problema principal não é que o precedente não seja seguido, mas a necessidade que o abandono do precedente ou a sua derubada ou inversão se fundamentem sobre razões suficientes para justificar o abandono da regra de decisão seguida, até então, e a "incongruência" que, assim, é introduzida no sistema⁴⁴.

42 Sobre esses fenômenos importantíssimos para a flexibilidade no uso dos precedentes, cf. MARSHAL, Trentate cose che si possono fare con i precedenti. in *6 Ragion pratica* 1996, p. 29 seq.; Taruffo, Per un'analisi comparata del precedente giudiziario, *ibid.*, p. 57, seq.; Summers-Eng, Departures from Precedents, *INTERPRETING PRECEDENTS*, *cit.*, p. 519, seq.

43 A respeito, ocorre ter presente a distinção entre precedente "vertical", que opera nos confrontos dos juizes inferiores e é, naturalmente, constituído por decisões de cortes supremas, e precedente "horizontal" ou autoprecedente, constituído por decisões anteriores do mesmo órgão judiciário (cf. por ex. TARUFFO, Dimensioni del precedente giudiziario. *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 388, seq.). O problema da força do precedente e, portanto, da possibilidade de afastar-se, se coloca de fato em termos muito diferentes nas duas hipóteses.

44 Sobre a necessidade que o abandono do precedente seja admitido somente quando subsistam adequadas razões, cf. TARUFFO *Il vertice ambiguo*, *cit.* p. 96 seq.; GORRA, Precedente giudiziale. *Enc. Giur. Treccani*, 1990, p. 4 seq.; *Id.*, Les sections réunies de la Cour de Cassation en droit italien: comparaison avec le droit français. *FORO IT.* 1976, V. 118.

5. JUSTIFICATIVA DA DECISÃO

As considerações que se desenvolveram nas páginas anteriores, com referência aos limites do poder criativo do juiz e aos possíveis remédios contra o risco de que a discricionariedade degenerem em arbítrio, implicam que o respeito daqueles limites e o emprego daqueles remédios por parte do juiz sejam submetidos a um possível controle externo. Somente o poder absoluto pode ser arbitrário, e se recusa a qualquer controle; no Estado moderno em vez, o poder que os juizes exercem deve submeter-se a controles, para não ser absoluto e arbitrário.

Esses óbvios destaques nos levam a finalizar um caráter fundamental da decisão judiciária representado pela necessidade de que ela seja justificada. Sobre esse ponto, vai se verificando uma espécie de convergência de duas importantes dimensões do pensamento jurídico: de um lado, há a tendência, que precede da história, concretizada em códigos e princípios constitucionais, mas reconhecida, amplamente, em linha geral⁴⁵, configurando a motivação da sentença, como ligação indispensável de um controle externo sobre o modo como o juiz exerceu os seus poderes decisórios⁴⁶. Do outro lado, há a tendência, relativamente recente, nos estudos sobre a teoria do direito, em evidenciar a função justificadora do raciocínio jurídico e o papel de garantia de racionalidade insito no emprego da justificação⁴⁷.

45 É significativo que o dever do juiz de motivar a decisão seja confirmando também em vários ordenamentos de *common law*, nos quais nunca foi presente por normas *ad hoc*. Cf. a propósito Lo, The judicial duty to give reasons. in *20 Legal Studies* 2000, p. 42, seq.

46 Sobre a obrigação de motivação da decisão judicial v. por último JACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo*. in Cassazione, Milano, 1997, p. 53, seq.; Andolina-Vignera, I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano, Torino, 1997, p. 191, seq. Sobre a história de tal obrigação cf. TARUFFO, L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e iusnismo. *Riv. dir. proc.* 1974, p. 279, seq., e *id.*, La motivazione della sentenza civile, Padova, 1975, p. 319, seq.

47 Cf. em particular, DICOTTI, *op. cit.*, p. 40, 669, 122, seq., 472, seq.

E, assim, tornou-se uma espécie de lugar comum a idéia de que a justiça das decisões significa aceitação racional das mesmas, fundamentadas sobre boas razões⁴⁸. Se bem seja verdade que as argumentações justificativas, adotadas pelos juizes, nas motivações das sentenças, são exemplos de "racionalidade imperfeita"⁴⁹, permanece, sempre fundamentada, a tendência em requerer que os juizes demonstrem ter feito um uso, racionalmente justificado, dos seus poderes. Tende-se, aliás, a julgar que, somente, na presença de uma motivação que explicita as "boas razões" da decisão, essa possa considerar-se aceitável. Naturalmente, isso não representa uma conclusão, mas, somente, o ponto de partida de uma série de problemas, que, aqui, todavia, não podem ser enfrentados⁵⁰.

Vale a pena, contudo, sublinhar alguns aspectos, particularmente relevantes, da justificação da decisão judicial.

Antes de tudo, a exigência de justificação mostra-se, particularmente, importante, exatamente, porque a decisão apresenta numerosos aspectos de criatividade e de discricionariedade. Nesses aspectos se aninham os maiores riscos (ou as tentações) de um julgamento arbitrário.

48 Cf. TARUFFO, *Il controllo di razionalità*, cit., p. 149, seq.

49 Cf. DICOTTI, op. cit., p. 472, seq.; 532, seq. (e p. 105, seq. sobre o conceito de justificativa não perfeitamente racional).

50 Particularmente, não é o caso de discutir o recorrente problema se a motivação seja ou deva ser uma espécie de resumo do raciocínio usado pelo juiz para alcançar a decisão, ou seja, um conjunto de argumentações justificativas, elaboradas *ex post*, pelo juiz, com a finalidade de mostrar a fundamentação jurídica e racional da sua decisão (sobre esse problema v. por ex. JACOVIELLO, op. cit., p. 57, seq.; Mazzarrese, Scoperta vs giustificazione. Una distinzione dubbia in tema decisioni giudiziali, in *Analisi e diritto* 1995, p. 145 seq.). O conceito que, por várias razões, mostra-se mais convincente é o segundo, mesmo devendo-se reconhecer a oportunidade que, também, quando "cria" a decisão, o juiz segue cânones de legalidade e racionalidade (v. mais amplamente neste sentido TARUFFO, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1997, p. 569, seq.; id., *Il controllo di razionalità*, cit., p. 150, seq.).

De qualquer forma que seja considerada, a justificativa da decisão desobriga a função de permitir o controle sobre as "boas razões" das escolhas do juiz, somente, se for completa. Com isso, não se pretende que cada detalhe da decisão deva ser objeto de argumentações analíticas, mas que os aspectos fundamentais da mesma sejam todos justificados. Isso significa que o acerto dos fatos deve ser justificado com referências específicas aos elementos de prova e às razões pelas quais o juiz os avaliou, obtendo conseqüências positivas ou negativas, de acordo com os fatos da causa⁵¹, e que a escolha, a interpretação e aplicação da regra do direito empregada para decidir deve ser, por sua vez, fundamentada em argumentações justificativas idôneas.

Em particular, ocorre que a motivação inclua argumentos capazes de demonstrar aquilo que no parágrafo precedente denominou-se de "congruência" da decisão. Isso implica, a propósito da escolha dos fatos, que o juiz justifique, indicando, explicitamente, os critérios cognitivos e as máximas de experiências a que fez referências, indicando, também, as razões dessa escolha, quando tais critérios não sejam óbvios e, geralmente, aceitos. A propósito do julgamento do direito, é preciso que o juiz argumente, justificando as suas escolhas interpretativas, seja porquanto se atém às normas, seja pelo emprego dos precedentes. É, sobretudo, no contexto da justificativa, de fato, que se descobre, em toda a sua amplitude, o desenvolvimento dos argumentos interpretativos, que sustentam a individuação da regra de decisão⁵².

51 Cf. em particular, GASCON ABELLAR, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 194, seq.; JACOVIELLO, op. cit., p. 115, seq.

52 Cf. amplamente, DICOTTI, op. cit., p. 472, seq.

Naturalmente, se a aplicação judicial do direito fosse imaginada como uma nuvem de poeira cheia de pontos caóticos e isolados, sem nenhuma regra, forma ou critério de ordem, não haveria nenhuma necessidade, para os juízes, de justificarem as suas decisões. O mesmo aconteceria se a decisão judiciária fosse pensada como a manifestação de uma vontade, irredutivelmente, individual, ou de um poder absoluto e imperscrutável.

Não parece, todavia, que a idéia de decisão judiciária, que domina nos ordenamentos evoluídos, seja caracterizável nesses modos. Reconhece-se, de maneira geral – como foi dito no início – que a decisão é fruto de um raciocínio complicado, irredutível a esquemas lógicos elementares, caracterizado por numerosas passagens, em que o juiz exerce amplos poderes discricionais. Porém, no momento em que se reconhece a natureza criativa do raciocínio decisório, emerge, com particular evidência, a necessidade – típica do Estado de direito, fundamentado sobre o princípio da legalidade – que esse ato criativo se verifique conforme critérios de racionalidade, e seja reconduzível dentro do contexto – dinâmico tanto quanto se deseje – mas não isento de ordem – do ordenamento.

Por essas razões ético-políticas (mais do que jurídicas) de base, a formulação da decisão é pensada como uma atividade que se desenvolve conforme critérios, regras e normas, respeitando os parâmetros de racionalidade do raciocínio jurídico. Pelas mesmas razões se requer que o juiz, motivando a sua decisão, demonstre que exerceu, corretamente, os seus poderes.

IN (TOLERÂNCIA) E PROCESSO SOBRE AS IN (FLEXIBILIDADES) PROCEDIMENTAIS E SEUS REFLEXOS NA EFETIVIDADE DO PROCESSO

Paulo Cesar Santos Bezerra
Doutorando em Direito na Universidade Federal de
Pernambuco.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. TOLERÂNCIA E INTOLERÂNCIA: REFLEXÕES SOBRE O TEMA E FIXAÇÃO DE CONCEITOS. 3. IN (TOLERÂNCIA) E DIREITO. 4. A CHAVE DE ENTRADA DA IN (TOLERÂNCIA) NO PROCESSO. 5. IN (TOLERÂNCIA) E PROCEDIMENTOS: EFEITOS DA INTOLERÂNCIA (MALÉFICOS) E DA TOLERÂNCIA (BENÉFICOS) SOBRE A EFETIVIDADE DO PROCESSO. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O estudo da tolerância (e, por conseqüência, o da intolerância) tem ocupado as mentes dos estudiosos de Filosofia do Direito e de Teoria Geral do Direito, daí a sua importância.

O presente estudo objetiva contribuir com reflexões sobre o tema da in(tolerância), no que diz respeito ao seu grau nas relações e nos procedimentos admitidos pelo direito processual, notadamente pelo direito processual brasileiro.

A opção pelas expressões in(tolerância) e in(flexibilidades) foi feita para delimitar a matéria e para evitar repetições. Portanto, as reflexões sobre tolerância e intolerância, flexibilidade e inflexibilidade serão feitas simultaneamente e tratando-se de uma, inexoravelmente, tratar-se-á da outra, como contraponto.

Para delimitar a abrangência do trabalho, tomaram-se, ainda, duas tipologias da tolerância, a saber, (I) tolerância nos regimes dos impérios multinacionais; (II) nas sociedades internacionais; (III) nas consociações; (IV) nos Estados-Nações; (V) nas sociedades imigrantes. (Walzer, 1999. *passim*), e a que divide a tolerância em religiosa, política, econômica, social e jurídica. (Locke, s.d. *passim*), para depois fixar o objeto do mesmo no que se refere à intolerância no Estado-Nação, por ser o Brasil um deles, e sobre a intolerância jurídica, principalmente processual e, eventualmente, sobre a intolerância política.

A pesquisa fundou-se em fontes bibliográficas, o que resulta em pesquisa documental, e o método utilizado foi o teórico-dedutivo.

Assim, apontar pontos mais ou menos tolerantes, mais ou menos flexíveis que influenciam os procedimentos e até a legislação processual, e a influência disso sobre a celeridade, verdade e modo de ser do processo, além de sua efetividade, é o escopo maior do presente trabalho.

Por haver conexão lógica entre o direito e o social, o político e o econômico, necessário também se faz que, na análise jurídica da tolerância produzida no presente estudo, algumas cores de outros campos (econômico, político, etc.) sejam ressaltadas.

2. TOLERÂNCIA E INTOLERÂNCIA: REFLEXÕES SOBRE O TEMA E FIXAÇÃO DE CONCEITOS

Nos Estados Democráticos de Direito, modelo seguido pela maioria dos estados atuais, o grau de tolerância e intolerância, de flexibilidade e inflexibilidade contidos nas normas, decisões, medidas políticas, procedimentos e pautas é o que determina a amplitude ou a redução da democracia.

De fato, "tolerar e ser tolerado tem algo do governar e ser governado de Aristóteles: é a tarefa dos cidadãos democráticos". (Walzer, 1999. P.XI)

A tolerância é pressuposto de coexistência pacífica, logo, deve estar na base de toda relação social. Em toda sociedade deve estar presente um certo grau de tolerância para que seus membros convivam pacificamente e é o grau de tolerância e intolerância a operar num determinado grupo social que determina o grau de interação e de conflito nele gerado. E se a tolerância é pressuposto de paz social, a intolerância é fator de conflito. Mais tolerância, mais convivência pacífica. Mais intolerância, mais conflitos e mais dificuldades de solução dos mesmos.

Tolerar significa aceitar, permitir, atuar, administrar diferenças. Entre iguais não há que se falar de tolerância nem de intolerância. Opera o conjunto de igualdades e não de desigualdades. Assim:

O homem que vive nos países democráticos só descobre junto de si seres mais ou menos semelhantes; portanto, não pode pensar numa parte qualquer da espécie humana sem que seu pensamento se amplie e se dilate para abraçar o conjunto. (Tocqueville, 2000.p.17).

E como os homens são, por natureza, desiguais, a tolerância será sempre exigida entre eles para uma possível pacificação das relações e para a solução dos conflitos, e deve ser um exercício constante das gentes. A tolerância, pois, "sustenta a própria vida, porque a perseguição muitas vezes visa à morte, e também sustém as vidas *comuns*, as diferentes comunidades em que vivemos." (Walzer. Op. Cit. p.XII). Nesse mundo de desigualdades, a tolerância torna a diferença possível e a diferença torna a tolerância necessária.

Fica, portanto, fixada a necessidade de se cultivar a tolerância e de se evitar e coarctar, diminuir a intolerância, seja ela política, religiosa, social ou jurídica (o que aqui nos interessa de perto), para que se estabeleça o equilíbrio e se afastem os conflitos sociais.

No que se refere ao jurídico, a tolerância (ou a intolerância), está diretamente ligada, no tocante ao seu grau, à produção do direito e das normas, às decisões, às prescrições e aos comandos, enfim, a todos os procedimentos utilizados pelo poder político para dizer ou fazer valer o direito.

Já se disse que:

Estado é uma sociedade de homens constituída unicamente com o fim de conservar e promover os seus bens civis, entendendo-se por bens civis a vida, a liberdade, a integridade do corpo e a proteção contra a dor, a propriedade de bens externos tais como as terras, o dinheiro, os imóveis, etc. (Locke, op. cit. p.92).

É certo que todo poder reside na coação (física ou psíquica). Mas,

uma coisa é persuadir, outra coisa é mandar; uma coisa é agir com argumentos, outra agir com éditos. Estes derivam do poder civil, aqueles da benevolência humana. (Locke, Op. Cit. p.93).

O persuadir, o agir com argumentos e a benevolência humana são próprios da tolerância. A coação, o mandar, o agir com édito, são frutos da intolerância. E se o direito deve conter coerção, pois sem ela não é direito e sim aconselhamento apenas, essa coerção concretizada na norma deve ter o equilíbrio necessário para não se tornar arbitrio.

A tolerância pode ser produzida entre os indivíduos de per si, pode ser entre o indivíduo e o Estado e grupos sociais e vice-versa. Assim, delimita-se a órbita pública e a privada para as relações de tolerância. O que se apresenta como relevante neste estudo é a tolerância do Estado como diretor do processo, para com os indivíduos (as partes).

Assim, tolerar significa admitir diferenças, permiti-las para que se possa conviver pacificamente. Porém,

argumentar que se deve permitir a coexistência pacífica de grupos e/ou indivíduos diferentes não é argumentar que se devem tolerar todas as diferenças concretas e imagináveis (Walzer, op. cit. p.9)

mas estabelecer um ponto de equilíbrio entre a tolerância e a intolerância, para se assegurar uma coexistência pacífica e o mínimo conflituosa possível. O inverso disso leva sempre ao conceito antagônico de intolerância.

3. IN (TOLERÂNCIA) E DIREITO

Os textos sobre in (tolerância) concentram-se, em maior número, na análise do aspecto religioso. Apesar disso, no direito também há repercussão do grau de tolerância e de intolerância. Seja na produção, seja na aplicação do direito, esse é um dado relevante na apreciação da "qualidade do direito".

De fato, o direito produzido por um determinado ordenamento jurídico, conforme seja dirigido por pontos mais ou menos tolerantes, faz repercutir em sua aplicação aos

casos concretos, um espectro também mais (ou menos) democrático ou ditatorial, produtor ou impeditivo de acesso à justiça, de acesso ao processo, de acesso aos bens de produção, de mais (ou menos) liberdade, igualdade, moralidade, enfim, é fator determinante das pautas sociais de um povo.

Que o direito tenha função de controle social, função educativa e pacificadora das relações sociais é por demais sabido. Mas essas funções são influenciadas, dentre outras coisas, pelo grau de tolerância social. Mas, em matéria processual, "a função pacificadora do processo existe mas é mediata. Imediata é a função realizadora do direito objetivo". (Pontes de Miranda, 1998, p.XVII).

Abstraindo-se toda a cizânia entre jusnaturalismo e positivismo (e até o termo conciliador juspositivismo), e atendo-se apenas ao direito positivo, tem-se que:

Por recusar parâmetros de conduta legítimos em si mesmos o positivismo coaduna-se mais facilmente com uma ética genericamente cética, compreensiva, disposta a tolerar posturas diversas, desde que não se pretenda estender a todos a todo custo. (Adeodato, 1990, p.215).

Nesse passo, o pensamento do autor coincide com o de Walzer, já apontado acima, para dizer que seja no direito, seja em quaisquer outros aspectos do social, não se advoga por uma tolerância ampla e irrestrita. Ampla já é suficiente.

Em dois grandes pontos de referência do direito material a in (tolerância) reflete-se de modo não muito expresso (dir-se-ia até sutilmente), porém intensa e decisivamente, o

que se procurará demonstrar, a saber: (I) na grande divisão direito público versus direito privado; (II) na dicotomia direito objetivo versus direito subjetivo.

Num trabalho como este, com as limitações que lhe são apropriadas e recomendáveis, não se pode apontar todos os pontos em que a in (tolerância) reflete-se sobre o direito, por isso que apenas esses dois serão apontados como incidência de in (tolerância) no direito material. Quando ao direito processual, será analisado mais adiante.

Classicamente, o critério para distinção entre direito público e direito privado, desde os romanos, tem sido o critério do interesse. Então, "quando a matéria jurídica é de interesse imediato do Estado, o direito é público e quando é de interesse imediato dos particulares, o direito é privado" (Pinho, 1990.p.35). Esse critério não satisfaz mais. De fato, há, por exemplo, no direito de família, que é privado, "campos em que o interesse social prevalece" (Gusmão, 1995, p.156).

Essa separação radical entre direito público e direito privado vem sendo minimizada pelo fenômeno da publicização do direito privado, em que, cada vez mais, nas searas tidas como privadas, passam a incidir normas de direito público, em que o social prevalece sobre o individual.

Com efeito,

quando Ulpiano distinguiu entre jus publicum e jus privatum, certamente tinha em mente a distinção entre a esfera do público, enquanto lugar de ação, do encontro dos homens livres que se governam, e a esfera do privado, enquanto lugar do labor, da casa, das atividades voltadas à sobrevivência. Essa visão transforma-se na Idade Média, perdendo a nitidez e na era moderna, com a noção

comum à esfera do governo e da família, permitirá uma nova oposição que, pouco a pouco, caracteriza o público e privado. Referimo-nos à dicotomia entre o social e o individual (Ferraz Junior, 1995, p.135).

Manter esferas estritamente privadas designa personalismo e mantém larga presença, nas estruturas, mais próximas da Idade Média do que do ideal que povoa as tendências teóricas do final deste século (Saldanha, 1993, p.105).

Ora, de toda essa cizânia tem-se que, se ao direito privado reservam-se apenas as relações individuais, e se no direito público reina a vontade do social, ou do Estado propriamente dito, não se pode negar que mesmo naquelas relações (as privadas), o Estado cada vez mais intervém, seja para regulá-las, através da legislação, seja para aplicá-las através de seus centros decisórios. Com isso, é claro, instaura-se um aspecto do direito como dominação, que se é legitimado também pela tolerância dos cidadãos, atinge às vezes pontos de intolerância de tal modo exacerbado com relação à conduta dos cidadãos, que "já não podemos, racionalmente, decidir por nós mesmos" (Capella, 1998, p.57.).

A segunda grande incidência da in (tolerância) é sobre a dicotomia direito objetivo versus direito subjetivo. Nesse ponto, tendo-se que

las normas jurídicas constituyen el derecho objetivo e parece lógico que el derecho subjetivo es constituido, correlativamente, por la relación jurídica o el conjunto de relaciones jurídicas, cada una de las cuales se integra com

facultades y deberes e que el derecho objetivo es ordenamiento jurídico o conjunto de normas e derecho subjetivo conjunto de relaciones jurídicas relativas a deber jurídico e facultad (derecho subjetivo strictu sensu). (Aftalión, s.d.p.494-495),

pode-se apontar facilmente a incidência da in (tolerância) nessa grande divisão do direito. No direito objetivo como conjunto de normas que é, seja criado, imposto pelo Estado, seja conjunto de normas extra-estatais imposto pelos grupos sobre o indivíduo para regular e controlar sua conduta e suas relações, o certo é que deve haver, de parte a parte, ou seja, dos indivíduos entre si, e do Estado ou do grupo para o indivíduo e vice-versa, um grau de tolerância tal que permita a convivência pacífica. Portanto, no direito objetivo, o sujeito destinatário da norma permite, tolera, que outrem (o Estado ou o grupo social) regule sua conduta.

Mas é no direito subjetivo que a in (tolerância) pode se manifestar de forma mais clara e mais ampla.

Tem-se que direito subjetivo é *facultade*, aquele que faculta, consente, permite, tolera (tácita ou expressamente). Assim, o Estado ou o grupo social faculta ao sujeito agir ou deixar de agir (*facultas agendi*). Se o sujeito age, sua ação é tolerada. Se deixa de agir, sua não-ação é tolerada.

Por essa incidência sobre direito público e direito privado, sobre direito objetivo e direito subjetivo, a in (tolerância), praticamente, interage com todo o fenômeno jurídico.

4. A CHAVE DE ENTRADA DA IN (TOLERÂNCIA) NO PROCESSO

Aqui, a análise será feita no que se refere diretamente ao processo. Onde e como a in (tolerância) atinge e influencia o processo.

Todo direito subjetivo:

Pressupõe (como sua fonte ou causa imediata), uma relação entre duas ou mais pessoas, regulada pela vontade da lei e formada pela verificação de um fato. O processo civil, que se encaminha por demanda de uma das partes (autor) em frente a outra (réu), serve justamente não mais a tornar concreta a vontade da lei, pois essa vontade já se formou como vontade concreta anteriormente ao processo, mas a certificar qual seja a vontade concreta afirmada pelo autor, a qual, se existente, é efetivada com o recebimento da demanda ou, em caso contrário, a vontade negativa da lei, efetivada com a recusa. (Chiovenda, 1998, p.19).

Esse pensamento parece ter escapado aos críticos quando afirmam que “cumpre, porém, evitar qualquer alusão à sentença como vontade concreta da lei, voluntarismo em que incorreu Giuseppe Chiovenda” (Pontes de Miranda, 1996, p.XVIII).

Não parece que o raciocínio de Chiovenda leve à conclusão pontiana de ver a sentença como vontade concreta da lei. Ao contrário, afirma que o processo serve não mais a tornar concreta a vontade da lei, pois essa já se formou como vontade concreta anteriormente ao processo. Escapou ao grande Pontes a argúcia do pensamento de Chiovenda, nesse passo.

O raciocínio de Chiovenda para o processo civil serve não só para esse mas também para o processo em geral e para a Teoria Geral do Processo. O processo não serve para apontar a vontade da lei, mas de uma certa lei afirmada pelo autor, acolhendo-a ou rejeitando sua aplicação. Se assim é, relevante a análise da lei anteriormente ao processo. Esse foi o aspecto analisado nos capítulos anteriores no que se refere ao grau de in (tolerância) da lei para com a conduta de seus destinatários.

A análise aqui procedida tem em conta o processo no âmbito de seus consumidores. Tenta-se apontar como a in (tolerância) determina o acesso ao processo e, conseqüentemente, à justiça, pelo viés da efetividade do processo.

Alhures, tratamos do acesso à justiça em sentido amplo, ético-social e não apenas processual, por entendermos que acesso à justiça não se resume ao acesso ao processo. (Bezerra, 2000, passim). Aqui, cortamos um atalho e colhemos apenas o viés processual. Quanto mais tolerantes forem as leis e procedimentos processuais, mais acesso ao processo e à sua efetividade se estabelecerá.

Quando se examina o direito como técnica da disciplina da conduta do homem na sociedade, é importante conhecer-se o destinatário dessa disciplina, estando atento para o fato de que “o direito existe para o homem e não, ao contrário, que este deve ajustar-se àquele”. (Dantas, 1997, p.19)

A chave de entrada da in (tolerância) no processo, o que aqui interessa de perto, é a discussão sobre a natureza jurídica da ação. De um lado, a teoria civilista unitária dos romanos até Savigny. De outro, as teorias dualistas do direito de ação, iniciadas com a célebre discussão entre Windscheid e Müther, passando pela teoria do direito concreto de agir (Wach), pelo direito potestativo exercido contra o réu (Chiovenda) e pelo direito abstrato de agir contra o Estado (Dagenkolb e Plosz); direito de peti-

ção (Couture) e direito de obtenção da sentença subordinado ao preenchimento de condições (Liebman). (Dantas, op. cit. p.92)

Especificamente na discussão Windscheid *versus* Müther, está a chave de entrada da in (tolerância) no processo. Um afirmava que só tinha direito de ação aquele que "efetivamente tivesse direito", ou seja, que direito de ação e direito material se confundiam; outro, a insistir que "o direito de ação é autônomo com referência ao direito material, e que, mesmo não tendo direito material, o sujeito tinha direito de ação". Essa afirmação aclarou-se mais tarde com a ação declaratória de Wach. No entanto,

as doutrinas dos dois autores mais se completam do que propriamente se repelem, desvendando verdades até então ignoradas e dando nova roupagem ao conceito de ação. (Cintra, Grinover e Dinamarco, 1999, p.248).

O que importa aqui é atentar para o fato de que ao admitir ação a quem nem mesmo tinha efetivamente o direito, Müther, seguido de Wach, permitiu, autorizou, *tolerou* no processo a presença de todos os que, legitimamente, quiserem litigar perante outrem e resolverem buscar a tutela jurisdicional do Estado. Estava aberta a porta para a tolerância, que derramou seu espectro sobre todo o processo e sobre a teoria geral do processo.

Efetivamente, tem a tolerância sido uma regra timidamente observada, seja para a presença das partes na relação jurídica processual, seja para permitir certos procedimentos e a prática de atos processuais, embora, vez por outra, tenham o ordenamento e os juízes coibido a exacerbação da tolerância, aplicando penalidades aos litigantes de má-fé.

Nesse diapasão, são exemplos de tolerância processual o procedimento da representação dos incapazes absolutos e a assistência dos relativamente incapazes para praticar ato processual, e mesmo representação sindical, quando se permitem atos processuais pelos representantes, até abrindo exceção à regra de que "*não se pode pleitear em nome próprio, direito alheio*"; toleram-se, também, os *pequenos* defeitos de representação, em nome da informalidade (há os extremamente formais, é claro), há análise tolerante ou intolerante, pelos juízes, sobre a capacidade de ser parte; sobre as nulidades (para rejeitá-las quando não cause prejuízo); quando se aceitam como parte sociedades irregulares e sociedades de fato; na análise das qualidades de tutor e curador (não é possível mais se nomear tutor ou curador manifestamente incompatível com o tutelado ou curatelado, pelas inimizades familiares, apenas porque a lei os nomeia como tais); nas ocorrências de revelia (os juízes modernos, ao contrário dos tradicionais, investigam a verdade real mesmo em casos de revelia manifesta, em busca da verdade real dos fatos); há maior ou menor tolerância também nas citações, nos prazos processuais, etc.

Mas a tolerância deve ser cultivada de forma mais rotineira, mormente para os casos em que ocorrem os chamados "conceitos indeterminados" (e sua interpretação), como sói acontecer a conceitos como "má-fé", "lealdade processual", "conduta temerária", "omissão intencional", "resistência qualificada", "fins e meios ilícitos".

Não se olvide que "a relação jurídica é a técnica que tem o direito, mero processo social de adaptação, para chamar a si o fato que antes não lhe importava". (Pontes de Miranda, 1998, p.21). E se é dessa forma, e a tolerância ou a intolerância desprezam fatos que, na maioria das vezes, passavam pelo legislador e pelo aplicador do direito, sem que se

importassem com eles, que ora em diante a regra jurídica processual (e a *praxis* jurídico-processual) seja exercitada pelo processo de adaptação social, para chamar a si fatos que não lhe importavam.

No mundo moderno:

Os legisladores e os aplicadores do direito deverão convencer-se de que o conteúdo do direito processual não é tanto o caráter de legalidade e de formalismo que lhe empresta o direito do Estado, quanto o espírito de justiça objetiva que anima a criação jurídica do homem. E que não é possível descrever daquelas regras jurídicas que fraudam a função criadora do direito processual sempre que contrariem a realidade da relação jurídica humana. A regra jurídica, na complexidade da vida, deve modelar a conduta humana ao direito do Estado e não, inversamente, o Estado criar a conduta humana a que o indivíduo é forçado a se adaptar e a observar. (Hespanha, 1986, p.111-112).

IN (TOLERÂNCIA) E PROCEDIMENTOS: EFEITOS DA INTOLERÂNCIA (MALÉFICOS) E DA TOLERÂNCIA (BENÉFICOS) SOBRE A EFETIVIDADE DO PROCESSO

Fala-se de efetividade do processo, de celeridade processual, de processo justo e de devido processo legal como se as expressões se equivalessem. Isso não procede. No máximo, pode-se fazer equivaler o devido processo legal ao processo justo. Dessa maneira,

“o devido processo legal, assegurado como instrumento indispensável à composição dos litígios em juízo, não é visto como uma simples forma de obter o provimento judicial. Somente se entende como tal aquele que se organize e se desenvolva de maneira a cumprir a tarefa que lhe foi reservada, ou seja, a de proteger o direito subjetivo individual de qualquer lesão ou ameaça. O due process of law tem de ser, portanto, o processo justo”. (Theodoro Júnior, 1997, p.50)

No que se refere à efetividade do processo e celeridade processual, tem-se que o liame entre eles está na questão do tempo no processo, angústia maior de quem lida com o processo, como operador do direito ou como parte. Celeridade, evidentemente, não quer dizer pressa, contudo, demora, por seu turno, descaracteriza o processo justo. Então, embora esses termos não se equivalham, estão intimamente interligados entre si. O tempo do processo é diretamente determinado pelo grau de in (tolerância) por parte do juiz e das partes, de atos praticados pelas mesmas ou deixados de praticar pelo juiz ou pela parte adversa.

“A experiência mostra que as pessoas sofrem as angústias da insatisfação antes de tomarem qualquer iniciativa, experimentando uma sensação de alívio quando o processo termina, ainda que com solução desfavorável”. (Dinamarco, 1999, p.162). Essa assertiva demonstra toda a desilusão de um processo demorado, logo, inefetivo.

No tocante aos procedimentos, a in (tolerância) tem efetiva importância, principalmente no que diz respeito aos

importassem com eles, que ora em diante a regra jurídica processual (e a *praxis* jurídico-processual) seja exercitada pelo processo de adaptação social, para chamar a si fatos que não lhe importavam.

No mundo moderno:

Os legisladores e os aplicadores do direito deverão convencer-se de que o conteúdo do direito processual não é tanto o caráter de legalidade e de formalismo que lhe empresta o direito do Estado, quanto o espírito de justiça objetiva que anima a criação jurídica do homem. E que não é possível descrever daquelas regras jurídicas que fraudam a função criadora do direito processual sempre que contrariem a realidade da relação jurídica humana. A regra jurídica, na complexidade da vida, deve modelar a conduta humana ao direito do Estado e não, inversamente, o Estado criar a conduta humana a que o indivíduo é forçado a se adaptar e a observar. (Hespanha, 1986, p.111-112).

5. IN (TOLERÂNCIA) E PROCEDIMENTOS: EFEITOS DA INTOLERÂNCIA (MALÉFICOS) E DA TOLERÂNCIA (BENÉFICOS) SOBRE A EFETIVIDADE DO PROCESSO

Fala-se de efetividade do processo, de celeridade processual, de processo justo e de devido processo legal como se as expressões se equivalessem. Isso não procede. No máximo, pode-se fazer equivaler o devido processo legal ao processo justo. Dessa maneira,

"o devido processo legal, assegurado como instrumento indispensável à composição dos litígios em juízo, não é visto como uma simples forma de obter o provimento judicial. Somente se entende como tal aquele que se organize e se desenvolva de maneira a cumprir a tarefa que lhe foi reservada, ou seja, a de proteger o direito subjetivo individual de qualquer lesão ou ameaça. O due process of law tem de ser, portanto, o processo justo". (Theodoro Júnior, 1997.p.50)

No que se refere à efetividade do processo e celeridade processual, tem-se que o liame entre eles está na questão do tempo no processo, angústia maior de quem lida com o processo, como operador do direito ou como parte. Celeridade, evidentemente, não quer dizer pressa, contudo, demora, por seu turno, descaracteriza o processo justo. Então, embora esses termos não se equivalham, estão intimamente interligados entre si. O tempo do processo é diretamente determinado pelo grau de in (tolerância) por parte do juiz e das partes, de atos praticados pelas mesmas ou deixados de praticar pelo juiz ou pela parte adversa.

"A experiência mostra que as pessoas sofrem as angústias da insatisfação antes de tomarem qualquer iniciativa, experimentando uma sensação de alívio quando o processo termina, ainda que com solução desfavorável". (Dinamarco, 1999 p.162). Essa assertiva demonstra toda a desilusão de um processo demorado, logo, inefetivo.

No tocante aos procedimentos, a in (tolerância) tem efetiva importância, principalmente no que diz respeito aos

destinatários do direito e aos “consumidores” do processo, a saber, as partes. O grau de tolerância do juiz para com as partes litigantes que usam de meios procrastinatórios somente porque a lei permite (juizes dogmáticos), causa efetivo e profundo prejuízo à justiça do processo, embora dentro da legalidade. Por outro lado, a previsão legal de certos procedimentos (especiais que nada têm de especial, ou ordinários que deveriam seguir ritos especiais), ou da prática de atos (recursos em excesso) também prejudica a efetividade e a justiça do processo, pela demora. E não são raros os casos de provimentos judiciais que, ao se efetivarem realmente, incorporando o direito ao patrimônio de seu proprietário, nada mais significam pelo seu baixo valor econômico e/ou social.

A própria estrutura do processo contém inúmeros exemplos nos diversos processos ajuizados perante os mais variados pretórios judiciais, em que se toleram atos judiciais descabíveis e se rejeitam atos manifestamente justos (intolerância) somente em nome da verdade formal do processo. As provas conseguidas por meios ilícitos são exemplos disso e estão previstas até nas cartas constitucionais (CF/88 art. 5º, LVI) e em nome da proibição do ilícito, joga-se na mesma vala a defesa da dignidade da pessoa humana, do sigilo profissional, da inviolabilidade da imagem, da intimidade da vida privada, do sigilo telefônico e de correspondência, juntamente com a proteção de pessoas (tolerância maléfica), parcialidades, protecionismos, etc., para encobrir os crimes mais hediondos e as condutas mais reprováveis.

Tolera-se, tolera-se e tolera-se a conduta de alguns, em nome da formalidade, da legalidade, do positivismo obtuso e do dogmatismo e, ao mesmo tempo, semeia-se intolerância quando o destinatário é o fraco, o excluído, o hipossuficiente social e economicamente.

De se aplicar, por desejável, o princípio da razoabilidade na apreciação de provas ilícitas e outros atos e procedimentos processuais, para admiti-las, como queria Schönke, que:

Sustentava que o interesse da coletividade deveria prevalecer sobre a formalidade anti-jurídica no procedimento, como, por exemplo, a busca ilegal; Guasp reputava eficaz a prova ilicitamente obtida sem prejuízo da aplicação das sanções civis, penais ou disciplinares aos responsáveis. Na doutrina norte-americana, Fleming condenava a supressão da prova ilicitamente obtida; e Wigmore entendia que a regra da exclusão levava a considerar o oficial da lei demasiado zeloso um perigo maior para a comunidade do que o próprio assassino sem castigo. (Avolio, 1995, p.42.)

Vê-se, então, que a admissibilidade das provas ilícitas estão fundadas na busca da verdade real, enquanto que a inadmissibilidade baseia-se na mera verdade formal. Dessa forma, não são toleradas por autores que vêem na admissibilidade “uma escassa sensibilidade para com os valores constitucionais pelos próprios órgãos inquisitivos da justiça italiana”. (Trocker, 1974, p.12).

Assim, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade podem ser aplicados para se admitir, tolerar provas obtidas por meios ilícitos quando, por exemplo, são produzidas *pro reo*.

Até mesmo quando se trata de provas ilícitas colhidas pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas de justi-

ficações legais da anti-juridicidade, como legítima defesa. (Avolio, 1995, p.64.)

Por fim, sobre os institutos das provas, da admissibilidade dos recursos, da decisão, da execução, etc., espalha-se o espectro da in (tolerância), que usada de forma irrestrita e irresponsável leva ao descrédito do processo, à desilusão do cidadão frente ao Estado, como monopolizador da jurisdição, ao desânimo social, à desmoralização da justiça. Ao contrário, se ambas (a tolerância e a intolerância) forem utilizadas *cum grano sallis*, o processo será justo, a justiça será cultuada, o direito será efetivo, o processo será o meio de solução dos conflitos, e não, como está aí, um meio de fomento de mais conflito.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se é “na força que o direito vai buscar a sua própria origem, isto é, na reação contra o direito lesado que se manifestam os primeiros impulsos do sentimento subjetivo do direito”. (Monteiro, 1956, p.35-36), não é menos verdade que há momentos de decisão que remontam à idéia de dominação e, com isso, tornam indispensável o elemento aquiescência (ou assentimento) na conceituação do poder. E, nessa linha, define-se o poder como “capacidade de o indivíduo, ou grupo de indivíduos, de modificar a conduta dos outros indivíduos ou grupos da forma que quiser.” (Dinamarco, 1999, p.99)

Há tolerância e aquiescência do dominado perante o dominante e do que obedece perante o que dá as ordens, o que legitima a dominação. E há intolerância quando o dominado não aceita a dominação, retirando-lhe, assim, a legitimidade. A relação do poder-dominação é conhecida como “capacidade de mandar e ser obedecido”. (Chacom, 1979, p.11.)

É verdade, no entanto, que “o formalismo jurídico põe como postulado que não há poder duradouro que não seja legítimo”. (Châtelet, 1998, p.374). E por que obedecemos às leis? Por que os cidadãos em geral lhes obedecem, legitimando-as, sendo o seu descumprimento a exceção? Esse questionamento não é novo. Etienne de la Boétie já o colocava em 1548, em seu discurso sobre a servidão voluntária, admirando-se e exclamando:

Coisa admiravelmente surpreendente é ver milhões e milhões de homens miseravelmente subjugados e submetidos, de cabeça baixa, a um jugo deplorável; e não porque sejam obrigados a isso graças a uma força irresistível, mas porque são fascinados e, por assim dizer, enfeitados pelo único nome de um, que não deveriam temer já que é único, nem adorar, já que é – diante deles todos – desumano e cruel. (La Boétie, 1992, p.391.)

Porém “espantar-se com a servidão voluntária é supor que a liberdade é possível”. (Clastres, 1975, p.284.)

Nesse passo, espantar-se com o grau de intolerância contido em nossos textos jurídicos e em nossos procedimentos e ritos processuais já é aventar uma possibilidade de libertar-nos dela para caminhar para um processo mais equilibrado e efetivo, estabelecendo-se um equilíbrio tal que a justiça seja respeitada e a tutela jurisdicional prestada para que se conceda, concretamente, tudo aquilo que a parte deseja e que seja efetivamente seu.

Observar e aplicar posturas tolerantes e coarctar normas, interpretações, decisões e procedimentos intolerantes pode ser um atalho mais curto para se atingir o fim do processo, notadamente pelos juizes, que devem agir, de contínuo, pensando que “uma lei imutável só pode conceber-se numa sociedade imutável e a incoerência das leis produz, em grande parte, a liberdade do juiz”. (Cruet, s.d.p.60-61).

7. REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Ética, jusnaturalismo e positivismo no direito. In: *Anuário dos cursos de pós-graduação em direito*. Recife, 7, n. 7, 1996.
- AFTALIÓN, Enrique R. et al. *Introducción al derecho. Conocimiento, conocimiento científico; história de las ideas jurídicas; teoría general del derecho; teoría general aplicada*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, (19??).
- AVOLIO, Luis Francisco Torquato. *Provas ilícitas. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Dissertação de Mestrado defendida e aprovada na UFPE. Recife, 2000.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Cidadãos servos*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CHACOM, Vamireh. *Autoridade e Poder*. Brasília: UNB, 1979.
- CHATELET, François et al. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookeseller, 1998. v. I

- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, et al. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CLASTRES, Pierre. *La société contre L'État*. Paris: Minuit, 1975.
- CRUET, Jean. *A vida do direito: a inutilidade das leis*. Lisboa: José Bastos, (19??).
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, ação (defesa) e processo*. São Paulo: Dialética, 1997.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 1990.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- HESPANHA, Benedito. *Tratado de teoria do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. I
- LA BOÉTIE, Etienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária*. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- LOCKE, Jonh. *Carta sobre a tolerância*. Lisboa: Edições 70, (19??).

MONTEIRO, João. *Teoria do processo civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

PINHO, Ruy Rebelo e MASCARO, Amauri. *Instituições de direito público e privado. Introdução ao estudo do direito e noções de ética profissional*. São Paulo: Atlas, 1990.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado das ações*. Campinas-SP.: Bookseller, 1998. Tomo I

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Tomo I

SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica*. São Paulo: EDUSP, 1993.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito e Processo: direito processual civil ao vivo. Aprimoramento e modernização do direito processual*. Rio de Janeiro: AIDE, 1997.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: sentimentos e opiniões*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. v. II

TROCKER, Nicolo. *Processo civile e constituizione*. Milão: Giufré, 1974.

WALZER, Michael. *Da tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LATROCÍNIO. PRETERDOLO E DOLO EVENTUAL. CARACTERÍSTICAS

Regina Célia de Albuquerque Maranhão
Ex-aluna da ESMape. Funcionária Pública do Poder Judiciário do Estado de Pernambuco, Assessora Técnica Jurídica

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE CRIME PRETERDOLOSO. 3. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRIME DE ROUBO. 4. A POLÊMICA EM TORNO DA PROVA DE SENTENÇA PENAL DO CONCURSO DE JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Grandes discussões estão voltadas para caracterizar o preterdolo ou o dolo eventual, quando por vezes o agente não quer o resultado morte, e os juristas afastam o caráter preterdoloso do crime ou a existência do dolo eventual, passando a desclassificar o delito para a modalidade culposa, acaso prevista no tipo normativo, incorrendo, assim, em grave erro.

2. CONCEITO DE CRIME PRETERDOLOSO

Uma das garantias mais importantes que o direito consagra é a reserva legal, garantia essa elevada a preceito constitucional (art. 5º, inciso XXXIX da Constituição da República, que diz “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”); a lei de que trata o artigo é lei no seu sentido formal.

O nosso Código Penal adotou a Teoria Finalista ao considerar o dolo como elemento do tipo penal. Elementos são os aspectos sem os quais o crime não existe. O dolo integra a conduta, pelo que a ação e a omissão não constituem simples forma naturalística de comportamento, mas ações ou omissões dolosas. É a vontade de concretizar as características objetivas do tipo; pois bem, o dolo constitui elemento subjetivo do tipo.

Quanto ao preterdolo, a legislação penal o adotou com o intuito de afastar qualquer idéia de responsabilidade objetiva no direito penal e pressupõe a existência de dolo e de culpa do agente (existem as exceções da *actio libera in causa* na embriaguez e a rixa qualificada). Nessas hipóteses, há dolo do resultado antecedente, desejado, e, para a punição do resultado mais grave, o subsequente, não desejado, há culpa. Nos crimes preterdolosos há dolo no antecedente e culpa no conseqüente. Ressalte-se que o resultado morte não foi abrangido pelo dolo do agente que não o desejou nem a ele aderiu.

É a própria lei que prevê pena mais severa quando ocorre resultado mais grave do que aquele previsto no tipo fundamental; é o crime qualificado pelo resultado.

Para a concretização dessas qualificadoras, o resultado, lesão grave ou morte, pode ter sido provocado dolosa ou culposamente. É evidente, entretanto, que, na primeira hipótese, o dolo em relação ao resultado agravador deve ser levado em conta na fixação da pena-base. Não se trata, pois, o latrocínio de crime exclusivamente preterdolososo, muito embora admita essa figura. Para que se configure o latrocínio, é necessário que a morte tenha algum nexos de causalidade com a subtração que estava sendo perpetrada.

3. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRIME DE ROUBO

Roubo é a subtração de coisa móvel alheia mediante violência, grave ameaça ou qualquer meio capaz de anular a capacidade de resistência da vítima (art. 157, *caput* do CPB). O roubo é delito material, instantâneo, complexo, de forma livre, de dano e plurissubsistente. Material, pois o tipo do roubo descreve a conduta e o resultado, exigindo a sua produção. Instantâneo, pois consuma-se no momento em que o objeto material sai da esfera de disponibilidade da vítima, ingressando na do sujeito (roubo próprio), ou com a ofensa pessoal ao ofendido (roubo impróprio). Complexo, integra-se de outros fatos que também constituem delito, como o furto, a lesão corporal, a ameaça e o constrangimento ilegal. De forma livre, admite qualquer forma de execução. De dano, exige a efetiva lesão ao bem jurídico. Plurissubsistente, não se perfaz com ato único, exigindo que o sujeito empregue violência em sentido amplo e subtraia o objeto material.

O crime de roubo possui outras formas, como o roubo impróprio (§ 1º), o roubo qualificado (§2º), o roubo qualificado por lesões corporais graves (§3º, primeira parte) e o latrocínio (§3º, segunda parte).

O sujeito ativo do crime de roubo pode ser qualquer pessoa. A norma incriminadora não prevê qualquer capacidade penal especial.

O sujeito passivo, em regra, é o titular da posse ou da propriedade. Excepcionalmente, pode ocorrer hipótese de dois sujeitos passivos: um que sofre a violência ou

grave ameaça, e outro, titular do direito de propriedade pois, tratando-se de delito complexo, torna-se possível a coexistência de várias vítimas de apenas um roubo.

O roubo, em princípio, possui os mesmos requisitos do furto: a) subtração como conduta típica; b) coisa alheia móvel como objeto material; c) fim de assenhoreamento definitivo para si ou para terceiro. Trata-se, porém, de infração bem mais grave, uma vez que para sua existência é necessário que o agente, para a efetivação da subtração, tenha empregado um dos seguintes meios de execução: violência, grave ameaça ou qualquer outro meio que reduza à incapacidade de resistência.

A violência, também chamada de vis absoluta, caracteriza-se pelo emprego de qualquer desforço físico sobre a vítima a fim de possibilitar a subtração. São comuns as decisões no sentido de que a "trombada", mediante a qual o agente, com empurrões ou outras vias de fato, atrapalhando os movimentos da vítima, arrebatou-lhe coisa móvel, configura furto e não roubo. Entretanto, também se tem decidido que, havendo violência (choque, batida, colisão ou pancada com o objetivo de desequilibrar a vítima), há roubo.

Para que a violência implique a tipificação do roubo, ela deve ter sido empregada contra a pessoa (o dono do objeto ou terceiro) e nunca apenas contra a coisa. A grave ameaça é a promessa de um mal grave e iminente (de morte, de lesões corporais, de praticar atos sexuais contra a vítima do roubo etc.).

A simulação de arma e a utilização de arma de brinquedo constituem grave ameaça. Tem-se entendido também que o fato de os roubadores abordarem a

vítima de surpresa, gritando que se trata de assalto e exigindo a entrega dos bens constitui roubo, ainda que não tenha sido mostrada qualquer arma e não tenha sido proferida ameaça expressa já que, em tal situação, a vítima sente-se atemorizada pelas próprias circunstâncias da abordagem.

A grave ameaça é conhecida também por vis relativa.

Por qualquer outro meio que reduza a vítima à incapacidade de resistência, tem-se a utilização de uma fórmula genérica cuja finalidade é possibilitar a punição por crime de roubo em várias situações não abrangidas pelas expressões "violência" ou "grave ameaça", mas que também fazem com que a vítima fique totalmente à mercê dos assaltantes, como, por exemplo, no caso do uso de soníferos, hipnose etc.

Quanto ao momento consumativo, há duas correntes: a) para a primeira, o roubo somente se consuma quando a *res* sai da esfera de vigilância da vítima e o agente obtém sua posse tranqüila, ainda que por pouco tempo; b) para a segunda corrente, o crime consuma-se no exato instante em que o agente, após empregar a violência ou grave ameaça, consegue apoderar-se do bem da vítima, ainda que seja preso no próprio local, sem que tenha conseguido a posse tranqüila da *res*. É esse atualmente o entendimento do STF. Assim, segundo essa orientação, se o agente aponta uma arma para a vítima e tira o seu relógio, mas acaba sendo preso nesse exato instante, responde por roubo consumado. A tentativa é possível, qualquer que seja a corrente adotada em relação ao momento consumativo.

É denominado na doutrina de roubo impróprio o crime definido no art. 157, § 1º, do CP, em que o agente emprega violência contra a pessoa ou grave ameaça não como meio para subtração, mas após essa, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para outrem. Essa violência ou ameaça deve ser exercida imediatamente após a subtração e com a finalidade apontada na lei; se for praticada após sensível espaço de tempo, haverá concurso de crimes de furto e lesões corporais ou ameaça. Não prevê a lei a tipificação do roubo impróprio quando o agente, efetuada a subtração, emprega outro meio para assegurar a posse da coisa ou sua impunidade.

O roubo impróprio difere do roubo próprio, previsto no *caput* do já mencionado artigo, pelos seguintes aspectos:

a) no roubo próprio, a violência ou a grave ameaça são empregadas antes ou durante a subtração, pois constituem meio para que o agente consiga efetivá-la. No roubo impróprio, o agente inicialmente quer apenas praticar um furto e, já se tendo apoderado do bem, emprega violência ou grave ameaça para garantir a impunidade do furto que estava em andamento ou assegurar a detenção do bem.

b) o roubo próprio pode ser cometido mediante violência, grave ameaça ou qualquer outro meio que reduza a vítima à incapacidade de resistência. O roubo impróprio não admite a fórmula genérica por último mencionada, somente podendo ser cometido mediante violência ou grave ameaça.

Quanto aos aspectos referentes a sujeito ativo, passivo, objeto material e elemento subjetivo, aplicam-se as mesmas regras do roubo próprio.

Somente se pode cogitar de roubo impróprio quando o agente já se apoderou de algum objeto da vítima, uma vez que o tipo expressamente exige que a violência ou a grave ameaça ocorram "*logo depois de subtraída a coisa*". Dessa forma, torna-se importante salientar que, se o agente entra em uma residência para praticar um furto e antes de apoderar-se de qualquer objeto emprega violência ou grave ameaça contra alguém para poder fugir (garantir a impunidade), responde por tentativa de furto em concurso com crime de lesões corporais ou ameaça, e nunca por tentativa de roubo impróprio.

A violência ou a grave ameaça devem ter sido praticadas "*logo depois*" do apoderamento do objeto, ou seja, não pode ter havido o decurso de um período prolongado após a subtração do bem. A interpretação que se dá à expressão "*logo depois*" é no sentido que de que é admissível somente até a consumação do furto que o agente pretendia cometer (obtenção da posse tranqüila, fora da esfera de vigilância da vítima). Após isso, o crime não pode mais sofrer qualquer alteração, já que a infração penal (furto) está consumada, perfeita e acabada. Por isso, depois desse momento, o emprego de violência ou grave ameaça constitui crime autônomo de lesões corporais, ameaça, resistência etc., em concurso material com o furto consumado.

Só há roubo impróprio quando a conduta do agente visa a garantir a impunidade do crime (furto) ou a

detenção da coisa. Se não existir tal finalidade, haverá concurso de crimes, ainda que a violência ou a grave ameaça sejam cometidas logo depois da subtração, como, por exemplo, na hipótese em que, durante um furto, o sujeito lembra-se que o vigia que está dormindo é seu inimigo e, assim, vai até o local em que esse se encontra e o agride, provocando-lhe lesões corporais.

O roubo impróprio consuma-se no exato momento em que é empregada a violência ou a grave ameaça, mesmo que o sujeito não consiga atingir sua finalidade de garantir a impunidade ou assegurar a posse dos objetos subtraídos. Chega-se a essa conclusão pela própria redação do § 1º do art. 157 do CP.

Em relação à tentativa, existem dois entendimentos quanto à sua admissibilidade:

a) Damásio E. de Jesus, Magalhães Noronha, Bento de Faria, entre outros, entendem que ela é cabível, pois, ou o agente emprega violência ou grave ameaça e o crime está consumado, ou não as emprega, havendo, nesse caso, apenas crime de furto. Veja-se que, na hipótese em que o agente desfere um golpe na vítima e não a atinge, a violência foi efetivamente empregada e o crime está consumado.

b) H. Fragoso e Júlio Mirabete entendem ser possível o reconhecimento da forma tentada quando o agente, após apoderar-se do bem, tenta empregar violência ou grave ameaça, mas não consegue. Exemplo: uma pessoa apodera-se do objeto e, quando está saindo da casa da vítima, essa chega. O agente, então, mune-se de um pedaço de pau e parte para cima dela para agredi-la, mas é contido por outra pessoa, que impede que seja desferido o primeiro golpe.

O art. 157, §2º, do CP estabelece cinco causas de aumento de pena, de um terço até metade, que são aplicáveis tanto ao roubo próprio quanto ao impróprio.

É bastante comum o reconhecimento simultâneo de duas ou mais causas de aumento e, nesses casos, o juiz somente poderá realizar uma exacerbação da pena, em face do que dispõe o art. 68, parágrafo único, do CP. Todavia, por uma questão de justiça e equidade, quando for reconhecida mais de uma causa de aumento, não deverá ser aplicado o acréscimo em seu patamar mínimo de um terço.

Saliente-se, também, que esse § 2º prevê "causas de aumento de pena" e não "qualificadoras" (não obstante seja correto, mas tecnicamente errado, tratá-las como tal).

Antes da inserção desse dispositivo no CP, se a vítima era mantida em poder do assaltante por breve espaço de tempo, tão-somente para possibilitar sua fuga do local da abordagem, havia apenas crime de roubo, porém, quando era privada de sua liberdade por período prolongado, de forma a demonstrar que tal atitude era totalmente supérflua em relação ao roubo que estava sendo cometido, havia roubo em concurso material com o crime de seqüestro (art. 148 do CP). Com a inovação legislativa, passou-se a entender que na primeira hipótese deve ser aplicado o inciso V do art. 157 do CP, continuando, na segunda, o concurso material de infrações.

O § 3º do art. 157 trata do roubo qualificado: "*Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além de multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa*".

As lesões graves que qualificam o roubo são as descritas no art. 129, §§ 1º e 2º, do CP.

A provocação de lesões leves por ocasião do roubo não constitui qualificadora e tampouco crime autônomo. Aquelas são, em verdade, absorvidas pelo crime mais grave.

As qualificadoras descritas no § 3º do art. 157 aplicam-se tanto ao roubo próprio quanto ao impróprio.

As causas de aumento de pena do § 2º não incidem sobre as formas qualificadas do § 3º, que possuem pena em abstrato já bastante majorada.

A Lei n. 9.426/96 aumentou a pena da qualificadora referente à provocação de lesões graves para sete a quinze anos de reclusão e multa, afastando de vez uma corrente minoritária que entendia que as causas de aumento do § 2º eram aplicáveis às formas qualificadas para evitar que a pena de um roubo à mão armada (sem provocação de lesões) ficasse maior do que quando fossem provocadas lesões graves. Isso porque, no primeiro caso, a pena mínima seria de 5 anos e 4 meses de reclusão, enquanto, no segundo, de apenas 5 anos. A alteração legislativa, conforme mencionado, encerrou tal discussão.

Nos termos da art. 1º, II, da Lei n. 8.072/90, o latrocínio é considerado crime hediondo, enquanto o roubo qualificado pelas lesões graves não. Além disso, o art. 9º da mesma lei determina para o latrocínio um acréscimo de metade da pena, respeitado o limite de 30 anos, quando a vítima não for maior de 14 anos, for alienada ou débil mental, e o agente souber disso, bem como quando ela não puder, por qualquer causa, oferecer resistência.

Como no latrocínio ocorre subtração e morte, é possível que uma delas se aperfeiçoe e a outra não. Assim, podem ocorrer as seguintes situações:

1) quando a subtração e a morte ficam na esfera da tentativa, há latrocínio tentado;

2) quando a subtração se consuma e a morte não, há tentativa de latrocínio;

3) quando a subtração não se efetiva, mas a vítima morre, há latrocínio consumado (Súmula 610 do STF).

Embora no latrocínio haja morte das vítimas, é ele crime contra o patrimônio. Assim, a competência para apreciá-lo é do juiz singular e não do Tribunal do Júri (Súmula 603 do STF).

Sendo o latrocínio crime complexo, a pluralidade de vítimas não implica a pluralidade de latrocínios. No caso de uma única subtração patrimonial com pluralidade de mortes, repontando a unidade da ação delitosa, não obstante desdobrada em vários atos, há crime único, com o número de mortes atuando como agravante judicial na determinação da pena-base.

4. A POLÊMICA EM TORNO DA PROVA DE SENTENÇA PENAL DO CONCURSO DE JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Recentemente, no concurso de Juiz Substituto no Estado de Pernambuco, essa questão fora abordada gerando saudáveis discussões.

Na prova de sentença penal do referido concurso, os agentes abordavam uma pessoa num cruzamento em um sinal de trânsito e, com a arma apontada para a ca-

beça do indivíduo, obrigavam-no a ir para o banco de trás do veículo, e *per consequente* subtraíam dele seus pertences como celular e carteira, e, ato contínuo, decidiam ir a alguns locais onde houvesse caixas eletrônicas a fim de realizarem saques em dinheiro com o cartão e a senha da vítima, configurando, assim, o já famoso e largamente praticado em nosso país “seqüestro relâmpago” (art. 157, § 2º, inciso V do Código Penal Brasileiro). Todavia, o motorista do veículo (um dos assaltantes), perdeu o controle da direção do automóvel e veio a causar um terrível acidente, levando a vítima e um de seus comparsas à morte. Vale lembrar que outras questões foram abordadas nessa prova, além dessas que estão sendo discutidas no momento.

No caso em tela, não há a menor dúvida de que houve o crime de latrocínio. Pois bem, se adotarmos a teoria do crime preterdoloso ou preterintencional, chegaremos fácil a essa conclusão. É óbvio que os agentes não queriam o resultado morte, mas é justamente por isso que o latrocínio, que é a ocorrência do resultado morte, distingue-se do homicídio, porque no caso existe a ação com a finalidade de praticar o roubo, e sendo assim, só haveria o tipo qualificado, se o resultado morte ou lesão corporal de natureza grave pudesse ser atribuído ao agente pelo menos a título de culpa, pois, como já exposto, não há responsabilidade objetiva no nosso ordenamento jurídico na seara do direito penal.

Vale salientar que não basta a existência de umnexo de causalidade entre a conduta antecedente e o resultado agravador, mas é necessário que haja um liame normativo, ou seja, a previsão legal de que aquela

conduta delituosa pode ser qualificada pelo resultado, ao menos a título de culpa.

Na verdade houve o fato, qual seja: subtração de coisa alheia móvel, pois os agentes apoderaram-se dos pertences da vítima, com arma em punho, abordando-a num sinal de trânsito e obrigando-a a ir para o banco de trás, restringindo sua liberdade de ir e vir. Não se leva em conta no latrocínio que o evento morte faça parte dos planos do agente.

Mas, acaso não ficasse claro o caráter preterdoloso do crime de latrocínio, poderíamos vislumbrar, no caso, o dolo eventual, ou seja, quando o agente assume o risco do resultado. Ora, a vítima, sujeita a grave violência, qual seja, a arma de fogo apontada para a sua cabeça, reduzindo por completo qualquer reação que a mesma pudesse ter, sob pena de ali mesmo ser morta pelos assaltantes, e imobilizada, foi obrigada a ir para o banco de trás do carro, configurando assim o crime de seqüestro que é crime permanente por excelência. E nesses termos, enquanto não for restituída a liberdade da vítima, os agentes assumem os desdobramentos que vieram a acontecer com sua conduta delituosa.

O crime, adotando o conceito material, é a violação de um bem jurídico penalmente tutelado, e o tipo penal de latrocínio assevera que:

“se da violência resulta lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa, se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos; sem prejuízo da multa”.

Vemos que a violência na questão posta a debate está configurada em constranger a pessoa, através de violência, colocando uma arma de fogo em sua cabeça, a ir para o banco de trás do veículo, e por isso, com o acidente, veio a vítima do seqüestro a falecer, configurando daí em diante o crime de latrocínio.

Mais uma vez fica configurado que, pelo menos, havia no caso em análise o dolo eventual, vez que os agentes assumiram os riscos diante do comportamento que anteriormente quiseram, e daí em diante assumem todos os resultados que, estejam na mesma linha de desdobramento da primeira conduta, e foi assim que com o acidente resultando a morte da vítima, devem os agentes responder a título de dolo eventual.

5. CONCLUSÃO

Em conclusão, vê-se que jamais poderiam os agentes, em casos que tais, responder por homicídio culposo, seja porque o crime de latrocínio tem características de crime preterdoloso, seja porque, com a conduta anteriormente querida, os agentes respondem pelos seus desdobramentos a título de dolo eventual. Mas homicídio culposo, nunca.

Reconhecemos que a moderna doutrina inclina-se para evitar ao máximo que se levem para as penitenciárias o maior número de indivíduos, e nesse diapasão segue o legislador, quando, por exemplo, alargou em muito as possibilidades de aplicação das penas alternativas; todavia, não se pode olvidar que com esse pensa-

mento, esquecemos que, na verdade, toda a sociedade clama por Justiça, e a crimes hediondos como esse em tela, com alto grau de violência, seja dado um tratamento benéfico, em detrimento de toda uma sociedade.

6. REFERÊNCIAS

DELMANTO, Celso; Roberto Delmanto; Roberto Delmanto Júnior. **Código penal comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

JESUS, Damásio E. **Código Penal Anotado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

INIMPUTABILIDADE PENAL POR ANORMALIDADE MENTAL

Roque de Brito Alves

Doutor em Direito. Professor de Direito Penal da Universidade Católica de Pernambuco e da Faculdade de Direito de Olinda. Advogado

SUMÁRIO

I. O ASPECTO JURÍDICO: SÍNTESE. II. O ASPECTO CIENTÍFICO: SÍNTESE

I. O ASPECTO JURÍDICO: SÍNTESE

1. O nosso vigente Código Penal (com redação dada, em sua Parte Geral pela Lei 7.209 de 11/07/1984, em vigor desde 13 de janeiro de 1985), ao tratar em seu art. 26 da inimputabilidade penal por anormalidade mental, adotou o denominado sistema misto ou biopsicológico (ou, ainda, biopsicológico – normativo), o que significa, antes de mais nada, na correta interpretação do texto legal, que não basta a existência da anomalia mental para tornar, logo, de plano, o agente isento de pena.

Em verdade, em nossa compreensão, para a determinação ou o reconhecimento da inimputabilidade do agente, para sua isenção de pena no sistema acolhido pelo CP, são indispensáveis três (3) elementos ou condições:

1º – O elemento biológico, de natureza patológica;
 2º – O elemento cronológico, temporal;
 3º – A relação de causa e efeito entre o estado de anormalidade psíquica e o crime cometido no sentido de eliminação total da incapacidade de entender e de querer do agente.

2 – Assim sendo, para ser uma dirimente penal, em 1º lugar exige-se uma anormalidade mental, um fator patológico; em 2º lugar, que tal fator esteja presente por ocasião, no momento da prática da infração penal e, por último, que tal fator patológico, como seu efeito ou consequência, tenha eliminado o entendimento ético-jurídico do agente, a sua auto-determinação, causando a total incapacidade intelectual e volitiva do agente.

Portanto, mais do que mera presença de um fator de anomalia mental, o que importa, em verdade, perante a devida interpretação do sistema ou texto do art. 26 do CP, é a falta ou desvio de inteligência ou de vontade do agente como resultante da doença mental ou do desenvolvimento, incompleto ou retardado.

3 – Sem esses três elementos ou condições simultâneas, não se pode, legalmente, perante o nosso CP, determinar-se inimputabilidade do agente para isentá-lo de pena, não bastando, não sendo suficiente, assim (reafirma-se) a simples existência de um estado de anormalidade psíquica, que não vale por si mesmo, e sim, em relação às consequências psicológicas, causando a ausência dos atributos psíquicos da imputabilidade.

Esses são – em nosso entendimento – os termos da problemática e a sua solução perante o nosso vigente CP.

Em consequência, o agente portador de doença mental ou de um desenvolvimento mental incompleto ou retardado pode ser imputável, penalmente responsável, sofrer pena na ausência de tais exigências ou condições legais.

4 – A imputabilidade é geralmente definida como a capacidade do agente de entender o caráter ilícito do fato e de atuar ou agir conforme tal entendimento. Na doutrina penal moderna, a imputabilidade é considerada como um dos pressupostos da culpabilidade, entendida essa como reprovabilidade da conduta de alguém e sendo a culpabilidade indispensável à aplicação da sanção penal, que exige para tal fim a consciência da ilicitude de sua conduta da parte do agente.

5 – As denominadas personalidades psicopáticas ficam enquadradas no Parágrafo Único do Art. 26 do CP, pois são parcialmente capazes, não são doentes mentais, são fronteiros psíquicos, ficam no meio termo entre a saúde mental e a alienação mental, não são mentalmente sadios, porém não são loucos, têm distúrbio de saúde mental. São desajustados psíquica e socialmente, com distúrbio de temperamento e de caráter, sofrendo a redução de pena, com responsabilidade penal diminuída.

6 – Os códigos penais mais recentes (o da França, em vigor desde 1 de março de 1994; o de Portugal, vigente desde 1 de outubro de 1995, e o da Espanha, de 23 de maio de 1996) também adotaram o sistema misto para o reconhecimento da inimputabilidade penal por anormalidade mental, em uma tendência predominante nas legislações penais modernas.

II. O ASPECTO CIENTÍFICO: SÍNTESE

1 – Dificuldade científica de definir o que é “normal” e o que é “anormal”, em distinguir o “normal” do “anormal”.

Nosso conceito: "normal" é quem tem plena posse e pleno uso (gozo) de suas faculdades mentais (psíquicas), com uma personalidade ou conduta ajustada à maioria do grupo social. "Norma": o homem mentalmente desenvolvido, médio, comum, ajustado psíquica e socialmente.

2 – Segundo a moderna Psiquiatria (ou Psicopatologia) não existe uma relação direta ou necessária entre o estado de anormalidade mental do agente e o crime, ou seja, da doença mental não se segue logo ou não se pode deduzir ou concluir também logo que todo criminoso é um ser anormal, um doente mental, como foi sustentado no passado. Um doente mental pode cometer crime, um crime pode ser um sintoma ou uma manifestação de uma doença mental, porém nem todo criminoso é sempre um anormal, um doente mental, ao contrário, em geral, é um indivíduo normal. Não há distinção física ou mental, psíquica entre o criminoso e o não criminoso, o criminoso é um homem como outro qualquer. O próprio criminoso sexual é normal, em geral, ao contrário do que o povo pensa.

3 – Autores de Medicina Legal (sobretudo) preferem a expressão "alienação mental"; e não "doença mental"; seria mais correta cientificamente.

4 – "Doença mental" (ou "alienação mental") tem significado amplo, abrangendo todas as anormalidades psíquicas, todos os desvios ou perturbações da atividade mental do ser humano, de suas funções psíquicas, inclusive compreendendo os estados anormais passageiros, transitórios (como o delírio febril, o sonambulismo), todas as alterações patológicas das faculdades ou funções mentais, tal como está no texto do art. 26 do

CP brasileiro de 1984. Entretanto, restritamente, em seu aspecto científico correto, "doença mental" é somente a psicose que é a doença mental propriamente dita.

O "desenvolvimento mental incompleto" significa aquele que ainda não foi concluído e "desenvolvimento mental retardado" (expressões do art. 26 do CP vigente) traduz aquele que não chegou, que não atingiu a maturidade psíquica, que estacionou, parou (como, por exemplo, o indivíduo com 40 anos de idade e 5 de idade mental, em um oligofrênico).

5 – Recentemente, tem sido sustentada a teoria biológica (genética) das doenças mentais, a base biológica das mesmas, sobretudo por anomalias cromossômicas, como por exemplo que a esquizofrenia seria devida a um defeito no par 11 dos cromossomos, a paranóia no par 7, etc; descobriu-se que a síndrome de Down (o mongolismo) é devida a um defeito no par 21 que teria 3 cromossomos em vez de 2.

6 – Outra teoria científica recente sustenta (sobretudo na Alemanha) que as anormalidades mentais não são doenças exclusivamente do cérebro, pois demonstrou-se o papel importante de outros órgãos para a vida ou atividade mental do homem como p. ex. o papel do sistema neurovegetativo, das glândulas endócrinas, etc., é a denominada Medicina Psicossomática, unindo corpo e alma, o orgânico e o psíquico, o biológico (ou fisiológico) e o mental em uma totalidade, em uma integração total. Exemplos particulares: a úlcera estomacal como originada de estresse, de problemas emocionais; um distúrbio emotivo gerando um problema mental; os sintomas exteriores ou fisiológicos nas neuroses de medo, de angústia, na fobia, etc.

7 – A problemática da personalidade que é “normal” em um aspecto e “anormal” em outro, como se fosse uma “dupla personalidade”: ex. do Marechal Gilles de Rays e de Bertrand, na França (herói e sádico ou necrófilo ao mesmo tempo). É distúrbio de conduta, não é dupla personalidade (o ex. do caminhoneiro inglês: operário modelo e homicida sádico).

8 – Nem todo criminoso sexual é anormal. Pode, porém, o agente apresentar como sintoma de alguma anormalidade mental um distúrbio sexual. A perversão sexual não é sinônimo sempre de loucura, de anormalidade.

9 – O que pode ocorrer é que alguns psicopatas cometem crimes sexuais, sendo esses crimes um sintoma da doença que sofrem. A psicopatia sexual é apenas um distúrbio, uma anomalia do instinto sexual do indivíduo, não impedindo que o mesmo desempenhe todas as demais faculdades psíquicas, com absoluta capacidade penal.

Em geral, portanto, o criminoso sexual (ex. o estuprador) é penalmente responsável ou imputável, não é isento de pena. O psicopata sexual não é sinônimo, assim, de indivíduo anormal, merecendo, em tese, a repressão penal.

10 – PRINCIPAIS ANORMALIDADES MENTAIS

I – OLIGOFRENIAS (Retardamento mental, teste do QI)

- 1 – Idiotia.
- 2 – Imbecilidade.
- 3 – Debilidade mental.

II – PSICOSES (doenças mentais propriamente ditas)

- 1 – Esquizofrenia.
- 2 – Psicose maniaco-depressiva.
- 3 – Epilepsia.
- 4 – Paranóia:
 - a) Mania de grandeza.
 - b) Mania de perseguição
 - c) Mania de ciúme (mórbido, obsessivo).
- 5 – Demências por:
 - a) Arteriosclerose.
 - b) Senilidade.
 - c) Alcoolismo ou tóxicos.
 - d) Mal de Alzheimer, etc.

III – PERSONALIDADES PSICOPÁTICAS (distúrbio ou perturbação da saúde mental, meio termo-entre a loucura e a saúde mental, personalidades desajustadas psico e socialmente)

- | | |
|-----------------|---------------------------------------|
| 1 – Paranóide. | 5 – Esquizóide. |
| 2 – Histeróide. | 6 – Ciclóide |
| 3 – Compulsiva. | 7 – Perversa. |
| 4 – Explosiva. | 8 – Estados psicopáticos ou reativos. |

IV – NEUROSES (distúrbios do sistema nervoso, sem caráter patológico).

- 1 – Neuroses Vegetativas:
 - a) Neurastenia
 - b) Neurose de angústia
 - c) Neurose de medo (medo noturno, de doenças, da morte, etc.)

2 – Neuroses estritamente psíquicas:

- a) Histeria
- b) Fobias
- c) Neurose obsessiva-compulsiva

V – LOUCURA MORAL

Ausência de sensibilidade moral (ética, de afetividade, imaturidade afetiva, amoralidade, grande perversidade).

VI – PSICOPATIAS SEXUAIS (perversões, desvios ou anomalias do instinto sexual: Krafft-Ebing, Freud).

- | | |
|----------------|------------------------------|
| 1 – Sadismo | 6 – Exibicionismo |
| 2 – Masoquismo | 7 – Voyeurismo |
| 3 – Necrofilia | 8 – Ninfomania (na mulher) |
| | Satiriasis no (homem) |
| 4 – Fetichismo | 9 – Gerontofilia e pedofilia |
| 5 – Zoofilia | 10 – Narcisismo, etc. |

SISTEMA DE DEFESA SOCIAL INTEGRADO: POR UM CONTROLE DA CRIMINALIDADE MAIS ARTICULADO E PRÓXIMO DA COMUNIDADE*

Ruy Trezena Patu Júnior

Juiz de Direito do Estado de Pernambuco, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE e Supervisor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 1.1 – A necessidade de soluções para o problema da desarticulação orgânica e funcional dos organismos de Defesa Social entre si e com a comunidade; 1.2 – Alguns elementos conceituais para a compreensão deste trabalho. 2 – ALGUNS PROBLEMAS DOS ORGANISMOS DE DEFESA SOCIAL. 2.1 – A Duplicidade das Polícias: Polícia Judiciária x Polícia Ostensiva; 2.2 – A Inadequação Orgânica da Polícia Militar. 2.3 – As Fronteiras Territoriais e Funcionais das Polícias; 2.4 – O Bloqueio das Investigações na Polícia Judiciária; 2.5 – O Postulado do Movimento de Lei e Ordem na Polícia Militar; 2.6 – A Inteligência a Serviço do Estado e não da Defesa Social. 2.7 – Um Ministério Público Alheio à Investigação; 2.8 – Justiça Menor: Retrato da Injustiça; 2.9 – Sistema Penitenciário: Depósito de Presos. 3 – SEGURANÇA E JUSTIÇA PRIVADAS DAS ELITES E DOS PERIFÉRICOS: DA MERCANTILIZAÇÃO DA SEGURANÇA AO OLHO POR OLHO: DENTE POR DENTE. 4 – A NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DOS ORGANISMOS DE DEFESA SOCIAL E DE APERFEIÇOAMENTO DOS MECANISMOS DE CONTROLE DA CRIMINALIDADE NO BRASIL; 4.1 – A Reestruturação Orgânica e Funcional das Polícias; 4.2 – A Simplificação do Império Policial; 4.3 – Conselhos e Núcleos integrados da Segurança e Justiça: Polícia, Promotoria, Justiça e Sistema e Penitenciário Integrados à Comunidade. 5 – CONCLUSÃO. 6 – REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

1.1 A necessidade de soluções para o problema da desarticulação orgânica e funcional dos organismos de Defesa Social entre si e com a comunidade

A desarticulação orgânica e funcional dos organismos de Defesa Social é o fato que mais estarrece os es-

* Este artigo é um extrato da monografia apresentada no Curso Superior de Polícia realizado pela Polícia Militar de Pernambuco em convênio com a Fundação Joaquim Nabuco – Escola de Governo e Políticas Públicas, no qual o autor foi classificado em 1º lugar e agraciado com a medalha “Prêmio Tiradentes”.

pecialistas no assunto. Sob repartições diferentes, os aparelhos de repressão criminal atuam em momentos distintos e segundo uma liturgia própria, com efeitos desastrosos no controle da criminalidade. Enquanto as polícias combatem a criminalidade divididas, adstritas em circunscrições e atendendo a certas formalidades e limites de ação, o crime se organiza e desconhece fronteiras. O Ministério Público, proclamado pela Constituição Federal e pela legislação processual penal como *dominus litis*, senhor da ação, na verdade tem pouquíssimo controle do aparelho policial judiciário, pois exerce apenas o controle indireto, através do exame formal do inquérito policial, não participando da condução das investigações policiais e nem da produção probatória; o juiz, equidistante, para não dizer alheio, reproduz, na instrução, de forma enfadonha até, o que a autoridade policial fez (ou deixou de fazer) no inquérito, julgando de acordo com a boa ou má prova por esse produzida. Daí o resultado é previsível: dos poucos casos de polícia que se transformam em inquérito, só uma minoria tem como consequência uma punição, e dessa minoria apenas uma pequena parcela cumpre a pena, posto que inúmeros mandados de prisão deixam de ser cumpridos ou simplesmente são ignorados pelos órgãos de captura.

Dados fornecidos pela Central de Inquéritos do Ministério Público¹, referentes ao ano de 1999, da Comarca da Capital, confirmam que, das 4.565 peças informativas ali em tramitação, somente 2.175 foram objeto de denúncia perante a Justiça Criminal. Portanto, menos da metade do que foi formalmente apurado pela Polícia Civil. É de se ressaltar que, somente no ano de 1999, foram recebidas 4.285 peças informati-

¹ Ministério Público do Estado de Pernambuco - Centro de Apoio Operacional às Promotorias Criminais - Central de Inquéritos da Capital.

vas pela Central de Inquéritos, das quais 859 foram objeto de pedidos de arquivamento e 527 foram devolvidas à polícia para novas diligências porque não estavam devidamente instruídas ou apuradas.

É de se considerar que o controle da criminalidade, colocado em prática pelos organismos que compõem o denominado Sistema de Defesa Social, é dirigido e operado pelas mais diversas repartições públicas. A Justiça Criminal é parte do Poder Judiciário Federal ou Estadual; o Ministério Público, por sua vez, é instituição estatal que goza de autonomia administrativa e financeira, não integrando nenhum dos Poderes da República; as polícias são vinculadas aos mais diversos órgãos do Poder Executivo: Ministério da Justiça, Secretarias de Segurança Pública ou de Defesa Social e Comandos Militares; o Sistema Penitenciário, por sua vez, é administrado por secretarias de governo, sem prejuízo da fiscalização exercida pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

Diversos fatores contribuem para o agravamento desse quadro: um deles é a ausência de elos de integração, tanto no aspecto estrutural como no aspecto funcional; do simples intercâmbio de informações até a execução de ações que prescindam da participação integrada desses organismos. As polícias, entre si, o Ministério Público e o próprio Judiciário, pela ausência de conselhos e órgãos de relacionamento interinstitucional, trabalham equidistantes uns dos outros. Processam, analisam e interpretam suas próprias informações a respeito da criminalidade. Outro fator é a burocracia e o excessivo formalismo dos procedimentos instituídos pelas nossas leis processuais. As polícias judiciárias funcionam como verdadeiros cartórios de investigação, atuando numa fase prévia à denúncia do Ministé-

rio Público e à instrução judicial. Sobre esse tema, aliás, bem disse *Carlos Magno Nazareth Cerqueira*:

A polícia brasileira executa em torno do inquérito policial um ritual semelhante ao exercido nas varas criminais para a realização da instrução criminal. O delegado de polícia funciona como se fosse um juiz de instrução e a delegacia como se fosse um cartório; costume dizer que o escrivão de polícia acaba sendo mais importante do que o detetive que deve proceder à investigação criminal. Atribuo a esse quadro, típico do cenário brasileiro, o processo de burocratização e de ineficácia da investigação criminal no Brasil.²

A Polícia Militar, por sua vez, não tem autorização para investigar formalmente o crime, embora possa efetuar prisões e auxiliar os demais organismos de Defesa Social. Por isso, fica a depender, nesse particular, da eficiência da polícia judiciária, não obstante seja mais bem equipada e em maior número. Esse pluralismo das forças policiais tem sido objeto de várias discussões nacionais e internacionais. Na França, por razões históricas, apesar de coexistirem duas forças policiais – polícia e Gendarmeria – os juizes podem escolher o serviço mais apropriado para a condução das investigações criminais. O mesmo se dá em outros países, como a Itália, Portugal e Espanha. Não há, sob esse aspecto, o monopólio da investigação. E o argumento é um só: essa atividade é inerente

² CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. *Polícia e Direito*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. 6, n. 22, abr./jun, 1998, p. 139.

ao poder de polícia, seja qual for a natureza e o grau do regime disciplinar em que ele se enquadre. A lavratura de autos de infração, a efetivação de prisões e busca e apreensão de pessoas e coisas ou, em certos casos, a aplicação de multas, são comuns ao exercício do poder de polícia, e não só de *polícia judiciária*.

Toda essa falta de integração dos organismos de Defesa Social exige mudanças profundas nos organismos administrativos, policiais e judiciários repressores. É chegado o momento de se integrarem as ações de controle da criminalidade, o que não implica, necessariamente, uma unificação das Polícias Civil e Militar, ou a extinção de uma ou de outra. Numa sociedade em processo de globalização, cujas comunidades se encontram cada vez mais próximas e unidas, seja pelo mercado ou pela tecnologia, as ações dos organismos que compõem o Sistema de Defesa Social certamente não podem ser dispersas e desarticuladas.

A demora na tomada de decisões, a falta de intercâmbio de informações entre esses organismos, os custos em manter serviços com as mesmas atribuições, e até sob conflitos permanentes, facilitam a ação dos criminosos e tornam o Estado brasileiro um dos mais deficientes. As estatísticas demonstram como se alastra o problema da violência urbana. A impunidade, seja pela ausência ou deficiência de investigação policial, seja pela falta de uma ação célere por parte dos órgãos judiciais, é uma das causas geradoras de violência e descrédito da população nos organismos policiais e judiciais.

Por outro lado, as comunidades não se integram nas ações de controle da criminalidade com os organismos de

Defesa Social. Pouco participam da definição de diretrizes e dos planos de segurança da área onde estão instaladas, seja pela ausência de planos, de foros adequados ou de oportunidades. Não lhes é dado nenhum incentivo para isso. Até bem pouco tempo, não existia programa de proteção às testemunhas e vítimas. Os colaboradores ou "arques" de polícia são voluntários anônimos, que não recebem qualquer espécie de apoio governamental. Raramente se concede algum prêmio a informantes de polícia, a não ser quando algum particular ou organização social se propõe a concedê-lo às suas expensas. A população sofre com a violência, mas acha que esse é um problema exclusivo da polícia, da Justiça e, enfim, do Governo.

O que fazer, então, para integrar as ações dos diversos organismos que compõem o Sistema de Defesa Social, e até a própria comunidade, no controle da criminalidade?

Propõem-se várias medidas de ordem estrutural e funcional para integrá-los. A começar por uma reforma orgânica e funcional das polícias, de forma a dar-lhes uma estrutura mais leve e adequada às suas funções preventivas e repressivas, com menor número de níveis hierárquicos. Uma reforma processual, que simplificasse o inquérito policial e até o extinguisse em certos casos, também seria uma outra medida que contribuiria para uma melhor integração da polícia com o Ministério Público. A instituição de conselhos e núcleos integrados de defesa social, que se encarregariam de aproximar os organismos de Defesa Social, unificando e trocando informações de interesse do Sistema e processando-as de forma a dar a cada organismo um quadro da criminalidade por localidade. Tudo isso, complementado com a descentralização do Sis-

tema Penitenciário, com a estruturação de cadeias públicas em todas as cidades, sob a supervisão dos referidos conselhos, seria uma medida salutar no controle da criminalidade e na solução dos problemas causados pela superlotação dos grandes estabelecimentos prisionais.

Dai a razão de se pensar num *Sistema de Defesa Social Integrado: por um Controle da Criminalidade mais Articulado e Próximo da Comunidade*.

1.2 Alguns elementos conceituais para a compreensão deste trabalho

O termo "Defesa Social" tem diversas acepções. No seu sentido mais amplo possível, adotado por Marc Ancel³, em seu livro *La Défense Sociale Nouvelle*, que o define como

... um verdadeiro estado de espírito ou por uma tomada de consciência acerca de necessidades sociais e éticas novas, em face das antigas estruturas e de tradições obsoletas.

Nessa linha de pensamento, Defesa Social congrega todas as correntes de pensamentos que sejam adequadas à compreensão do fenômeno da criminalidade, independentemente das peculiaridades legislativas de cada país. Da visão multidisciplinar e universal, decorre a sua aproximação com a criminologia, a sociologia e o estudo das organizações policiais, judiciárias e penitenciárias. Não é

³ ANCEL, Marc. *La Défense Sociale Nouvelle*. 2. ed. São Paulo: Revan, 1981. p. 66.

essa a acepção que se adota neste trabalho. Primeiro porque toda conceituação genérica parece menos precisa; segundo, porque da Defesa Social só interessam, para a compreensão deste trabalho, os seus organismos que intervêm diretamente no controle da criminalidade. Assim, só se levam em consideração aqueles que se posicionam na linha de frente da segurança pública e, por via de consequência, da defesa social. Dessa forma, abordamos, dentro desse guarda-chuva chamado *Defesa Social*, a organização e a atuação dos órgãos diretamente responsáveis, quais sejam: as polícias, o Ministério Público, a Justiça criminal e o Sistema Penitenciário, além da sua interação com o meio social, a comunidade – a razão e o fim das atividades por eles desenvolvidas –, sem preocupação com os de menor atuação nessa área, como, por exemplo, os órgãos de defesa civil e defesa nacional (Corpo de Bombeiro Militar, Forças Armadas etc.).

De mais a mais, essa acepção, no Brasil, é utilizada como forma de atenuar o impacto da expressão *Segurança Pública*, que já fora confundida como sinônimo de truculência e opressão, transmitindo a idéia de que os órgãos de segurança do Estado estão voltados para a “defesa da sociedade” e, portanto, para o “social”, e não, preferencialmente, para a “defesa do Estado”, da coisa pública. É mera expressão de retórica e *marketing* para recompor a imagem do Estado brasileiro na área de defesa e proteção da sociedade, que é de falência no desenvolvimento de políticas a médio e longo prazos, não só de repressão à criminalidade como também de prevenção das causas sócioeconômicas que a alimentam, como a miséria, a impunidade e, sobretudo, o sentimento de injustiça e revolta.

Os termos *sistema*, *integração* e *articulação*, utilizados

em toda a extensão deste trabalho, têm a mesma acepção empregada pelo vernáculo. Assim, *Sistema de Defesa Social* vem a ser o conjunto de idéias, organismos e procedimentos que se integram, formal ou efetivamente, para proteger e defender as pessoas e seu patrimônio contra fatos e atos naturais, acidentais ou criminosos, prevenindo-os ou reprimindo-os nos limites da Lei. Neste trabalho, não tratamos de todos os aspectos e componentes desse *Sistema*, mas somente daqueles que interferem no controle da criminalidade e dos seus principais organismos: as polícias, o Ministério Público, a Justiça Criminal e o Sistema Penitenciário. Já integração e articulação devem ser entendidos na sua acepção comum. No primeiro caso, deve ser entendido como ato ou efeito de complementar ou justapor uma coisa a outra e, no segundo, como ato ou efeito de mobilizar e unir certas coisas com o propósito de permitir um certo relacionamento entre elas.

2. ALGUNS PROBLEMAS DOS ORGANISMOS DE DEFESA SOCIAL

2.1 A Duplicidade das Polícias: Polícia Judiciária x Polícia Ostensiva

Como já foi demonstrado, o modelo brasileiro contempla a polícia judiciária e a polícia ostensiva. Ambas possuem papéis bem definidos: a polícia judiciária deve atuar a partir do momento em que o policiamento ostensivo e preventivo falhou. Nos Estados, essa separação fica bem delimitada, porquanto a Polícia Militar exerce, com exclusividade, o policiamento ostensivo fardado, enquanto a Polícia Civil executa, preponderantemente, as funções de polícia judiciária.

Entretanto, em alguns momentos, as corporações se atrapalham, se desarticulam ao cumprirem uma o papel da outra. Por exemplo: o cumprimento de mandados de prisão. Essa atividade é, pela natureza, da polícia judiciária. Entretanto, por diversas vezes, a Polícia militar ou ostensiva cumpre essa diligência judicial, conduzindo o preso diretamente ao estabelecimento prisional, sem passar pelo conhecimento do delegado e sem comunicar a prisão ao Ministério Público e, o que é mais grave, ao juiz. E aí, a prisão que seria legal se torna ilegal.

Por outro lado, pela carência de policiais civis, como é o caso do Estado de Pernambuco, muitas vezes, a Polícia Militar pode e deve auxiliá-los no cumprimento dos mandados, pois a lei deve ser cumprida e os conflitos inter-institucionais evitados, mas a diligência, que poderia ser de uma só polícia, deverá ser realizada pelas duas instituições, conjuntamente.

Outro problema: com o desvio dos policiais militares para atuarem em atividades tipicamente de policiais civis, deixa de acontecer o policiamento ostensivo, preventivo. E a consequência é que aumenta a demanda de trabalho da polícia judiciária, alimentando ainda mais o problema, num círculo vicioso, além de deixar a população com a sensação de insegurança, pois lhe falta o policiamento ostensivo nas ruas.

Além disso, a Polícia Militar não é treinada para investigar crimes, assim como a polícia judiciária não é treinada para fazer policiamento ostensivo. Então, o fato da existência das duas polícias, em si, não é o motivo principal das deficiências nessa área, mas, certamente, é um dos motivos geradores de conflitos entre as duas instituições, com prejuízo para todo o controle da criminalidade, por-

quanto é difícil, na prática, separar as atribuições preventivas das repressivas.

Muito se fala na unificação das polícias; porém, adverte Álvaro Lazzarini⁴:

As polícias não devem ser unificadas, e sim trabalhar unidas, porque para a melhoria da polícia no Brasil são necessárias, principalmente, duas providências: (1) a coordenação entre os diversos órgãos policiais e (2) o aperfeiçoamento de cada um desses órgãos.

Existe, também, um certo conflito entre as polícias, pois cada uma quer mostrar mais serviço do que a outra, ou mais controle da criminalidade. Afinal, é natural que haja essa competição. Contudo, não se pode esquecer seus papéis, suas missões constitucionais. A questão salarial também é um problema, pois a desigualdade remuneratória gera ciúmes e reivindicações por equiparação, embora a Constituição Federal vede tal pleito – art. 37, inciso XIII.

Sobre essa questão, Álvaro Lazzarini⁵ novamente, esclarece:

Esses denominados atritos, que em direito administrativo são conhecidos por conflitos de atribuições ou conflitos de competência, podem, perfeitamente, ser superados por legislação in-

4 LAZZARINI Álvaro. *Temas de Direito Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, cap. 10, p. 210.

5 LAZZARINI, op. cit., p. 211.

fraconstitucional que se disponha a precisar e detalhar as atribuições de cada órgão, diminuindo, ao máximo, as chamadas "zonas cinzentas", as áreas de intersecção de competência dos dois segmentos da Polícia Estadual.

José Vicente da Silva e Norman Gall⁶ definem, como problemas institucionais os seguintes:

Cada força policial opera com suas próprias leis, código disciplinar, regulamentos operacionais e administrativos e métodos de treinamento. A divisão artificial do trabalho entre as forças policiais em rivalidade cria a separação burocrática da investigação pela Polícia Civil a partir do acesso imediato às cenas do crime pela Polícia Militar. Os investigadores de todos os países sabem que se os infratores não forem identificados por pessoas no local da ocorrência, é improvável que os policiais os localizem por conta própria.

As duas forças policiais, freqüentemente, invadem as funções uma da outra, quando deveriam complementar-se mutuamente; a Polícia Militar possui um centro de inteligência e um grande serviço de investigações, que é uma atividade exclusiva da Polícia Civil.

Na Polícia Civil, os delegados têm dificuldades na realização de suas tarefas, face às leis penal e processual penal possuírem mais de 50 anos e não acompanharem a evo-

6 SILVA, José Vicente; GALL, Norman, no artigo Incentivos Perversos e Segurança Pública - A Polícia. Instituto Fernand Braudel de Economia Mundial, 1999.

lução da sociedade. Em função disso, preparam autos do inquérito policial, o que é extremamente burocrático e trabalhoso, coletam relatórios da Polícia Militar de Pernambuco e fazem mais relatórios, quando deveriam analisar os problemas de sua área e identificar e prender criminosos, participando, dessa forma, mais ativamente do processo de investigação policial.

2.2 A Inadequação Orgânica da Polícia Militar

Temos uma polícia de perfil militar, com o mesmo modelo dos batalhões de infantaria do Exército Brasileiro e a esse é vinculada sob a forma de força auxiliar e reserva. Possui como valores a hierarquia, a disciplina rigorosa e estruturas administrativas similares às das Forças Armadas. É, em suma, uma polícia preparada para a guerra. O excesso de níveis hierárquicos, sem dúvidas, dificulta a otimização das ações. Hoje, a Polícia Militar de Pernambuco possui quinze (15) níveis hierárquicos e, de acordo com a proposta contida no Dossiê,⁷ elaborado pelos alunos do Curso Superior de Polícia de 1998 - CSP-1998, a Polícia Militar de Pernambuco poderia ter apenas seis.

Esse excesso hierárquico e disciplinar, convenhamos, produz uma cultura espartana, fazendo com que o agrupamento militar se divida entre uma minoria que comanda e, portanto, pensa, analisa, discute e delibera, e uma grande maioria que, preponderantemente, obedece, só se preocupando, por dever do ofício, em cumprir fiel e rigorosamente as ordens prontas e acabadas que vêm dos superiores, o

7 DOSSIÊ. Alternativa de Modelos de Polícia para o Brasil, sob uma Perspectiva Sistemática de Segurança Pública - Subsídios para Definição de Políticas Públicas. [S.l.], Curso Superior de Polícia - CSP, 1998. (Produção Coletiva), p. 277.

que gera problemas de adequação da ordem às situações concretas. É assim que funciona. Ora, uma organização com essa natureza se ganha em densidade, pela concentração de suas decisões, perde em flexibilidade, tendo dificuldades insuperáveis para descentralizar os seus comandos e assim aproximá-los da comunidade, sem falar das perdas de cérebros necessários ao exercício da função cujo objetivo principal é investigar, questionar, comparar, informar, averiguar, elucidar e, enfim, P O L I C I A R.

Por fim, com exceção das escolas de formação e aperfeiçoamento de policiais, os quartéis não são estruturas adequadas às polícias. Inspirados nas fortalezas dos tempos remotos, quando o homem se isolava para se defender ou se preparar para as guerras, são inúteis para conter a violência quando a mesma se encontra disseminada na própria comunidade da qual faz parte ou de que se quer aproximação. Primeiro, porque atuam como áreas de isolamento para fins de treinamento, preparação e doutrinação, mais consentâneo com o período de guerra; segundo, porque provocam um certo alienamento do policial da realidade de fora dos quartéis, à medida que lhe incute certos conceitos disciplinares que se chocam com a indisciplina social e as ações criminosas, inteiramente informais e imprevisíveis.

2.3 As Fronteiras Territoriais e Funcionais das Polícias

Sob o ponto de vista especial, as fronteiras internas que circunscrevem a atividade policial, num mesmo Estado ou região, sempre representaram restrições ao poder de polícia e também se constituíram uma for-

ma de repartição de atribuições de cada organização dessa natureza em razão do lugar. Se essa delimitação de poder tem a vantagem de definir a autoridade policial que atuará em cada território, vinculando-a à realidade social de cada comunidade, a fim de que conheça os seus problemas e procure, com ela, resolvê-los, é também verdade que essas fronteiras têm que ser flexibilizadas e remodeladas com vistas nas particularidades de cada comunidade, considerando, principalmente, o fenômeno da globalização da economia e da desterritorialização do crime. Não é razoável que polícias vinculadas ao mesmo órgão de governo estejam circunscritas em áreas territoriais não coincidentes. Ademais, tem que haver uma perfeita harmonia entre as diferentes unidades territoriais da própria polícia, a fim de que haja troca de informações entre elas e possam, eventualmente, mobilizar-se em investigações e operações que abranjam mais de um território. Na Polícia Civil, a judicialização de suas atividades, por exemplo, leva a extremos de autoridades de municípios contíguos se comunicarem por meio de cartas precatórias, dispensando recursos como a *internet* e até mesmo o telefone.

No Estado de Pernambuco, as circunscrições regionais ou municipais da polícia civil não coincidem com as da polícia militar. Não exercem a sua atividade conjuntamente e têm organizações completamente diferenciadas. A Polícia Militar, em qualquer Estado, aliás, tem uma estrutura herdada das forças armadas, distinguindo-se de qualquer outra polícia no mundo: a vida gira em torno da

disciplina castrense e de quartéis e miniquartéis, denominados batalhões, regimentos e companhias militares.

A estrutura federalizada do Estado brasileiro também leva a limitações que não existem em Estados unitários, com a particularidade de que a nossa República é dividida em três esferas de governo: a União, os Estados Federais e os Municípios. Esses últimos são autorizados a manterem as guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações (art. 144, § 8.º, da CF). Em outras palavras: podem exercer atividade de polícia ostensiva e, no âmbito do município, fazer as vezes da Polícia Militar. Essa assertiva, frise-se, já vem se concretizando em diversos municípios, com forte tendência à expansão e à conquista de importantes atribuições, a depender de *lege ferenda*. A federação importa divisão política de um país, repartição de competências e limites territoriais; limites que atingem, principalmente, o poder de polícia da administração. Com isso, é criada a ilusão de que os problemas de segurança pública do Estado vizinho não nos atingem. Cada unidade federada cria a sua própria política nessa área: fecha fronteiras nas entradas ou nas saídas de veículo; reprecende ou não o "jogo do bicho"; autoriza ou não o funcionamento de casas noturnas e de bingos. Enquanto o bandido utiliza a mesma tática do *cangaço*: não se estabelece em lugar fixo e investe nas regiões de acordo com o grau de repressão ou permissividade, como se fosse qualquer investimento comercial. Resultado: o crime organizado tira vantagem das fronteiras territoriais, sobretudo dos Estados. Nas áreas de fronteira de Pernambuco, até bem pouco tempo, por exemplo, era comum a autoridade policial interromper uma perseguição depois que o bandido

ultrapassasse a área de fronteira da Paraíba, Alagoas ou da Bahia. O Conselho de Segurança do Nordeste – CONSENE, finalmente, baixou orientação no sentido de permitir que houvesse uma maior liberdade de atuação das polícias nas imediações das fronteiras desses Estados. Por outro lado, nos dias de hoje, é comum os criminosos ultrapassá-las para esconderem mercadorias ou fazerem a denominada "desova" de cadáveres.

Quanto ao aspecto funcional, a existência de duas polícias também traz limites ou fronteiras ao pleno exercício da atividade policial, seja investigativa ou meramente ostensiva. É porque se separaram atividades que têm o mesmo objetivo: o controle da criminalidade. Evidentemente, é bom que se tenha uma polícia federal judiciária e de transportes, cuidando da prevenção e repressão da criminalidade em portos, aeroportos, rodovias federais e nos espaços aéreos, marítimos e de fronteiras; ninguém questiona essa necessidade. Como também em alguns municípios, é razoável que se mantenha uma polícia própria, cuidando do trânsito e dos espaços públicos urbanos. O que se questiona aqui é a separação, pelos Estados, da atividade policial em ostensiva e repressora, como forma de, politicamente, preservar a continuidade de duas instituições de forte influência nesse meio: a Polícia Civil e a Polícia Militar. Não se quer com isso, prioritariamente, abrir uma discussão em torno da existência das duas polícias. Há países que mantêm até mais de duas polícias, e nem por isso se questiona a eficiência delas no combate à criminalidade. Todavia, ninguém pode ignorar que a separação das atribuições preventivas e repressivas gera dificuldades e limites de ação

para ambas as polícias. Não obstante evitar a concentração e o monopólio do poder policial, essa dissociação só se justifica se insistirem em manter o inquérito policial e a prévia instrução criminal afetos à Polícia Civil; do contrário, qual a razão de impedir que um policial militar promova a coleta de provas, periciando locais ou arrolando testemunhas, e cumpra mandado de busca e apreensão ou de prisão, por requisição do Ministério Público ou da Justiça Criminal? Será que para ser um investigador o policial precisa, necessariamente, ter a formação profissional de um bacharel em Direito? É essa questão que é tratada no item seguinte.

2.4 O Bacharelismo das Investigações na Polícia Judiciária

O sistema de aplicação de pena no País não tem início a partir da denúncia da promotoria de Justiça. Embora se afirme que à Justiça Criminal no Brasil compete instruir os processos e ao Ministério Público promover a ação penal, vê-se, na prática, que a polícia judiciária, exercida pela Polícia Federal e pelas Polícias Cíveis de cada Estado, faz um pouco de cada coisa. O inquérito policial está longe de se constituir, como querem alguns, *mera peça de informação*. Não o é, e talvez seja mais importante, no aspecto da apuração da *verdade real*, do que o processo judicial por inteiro. É que o inquérito, no geral, é o único conjunto de provas de que se vale o Ministério Público para o oferecimento da denúncia e, por via de consequência, da promoção da ação penal perante o Poder

Judiciário. Assim, é ele que dá o direcionamento da instrução judicial, impondo a versão oficial do crime e induzindo, pela posição passiva da promotoria e do juiz, principalmente em razão dos prazos processuais exíguos, um desfecho previsível. Segundo, porque o aparelho policial judiciário é deficiente e não é responsabilizado pela população. Há poucas delegacias de polícia; a comunidade não participa de programas de controle da criminalidade; não denuncia, não colabora, não participa da definição de políticas nessa área. O *jeitinho brasileiro* também atua, levando a autoridade policial a arquivar inúmeros casos ou ainda, em linguagem coloquial, a fazer "vista grossa" em relação a outros de menor potencial ofensivo, embora a legislação não lhe dê atribuição para transigir sobre essa questão, pois, se assim fosse, estaria a fazer as vezes do Ministério Público. Depois, não há controles rígidos por parte do Ministério Público e das Corregedorias de Polícia no sentido de promoverem um confronto entre o número de ocorrências e os inquéritos correspondentes. Ninguém pergunta por que não se apura e quem são os responsáveis pela prevaricação, sejam delegados, promotores, juizes ou até aqueles que têm como obrigação prover a polícia de condições materiais e humanas para que exerça, a contento, a sua missão constitucional.

No primeiro semestre de 2000, segundo informações da Central de Inquéritos do Ministério Público de Pernambuco⁸, foram enviadas àquele setor 2079 peças informativas, mas não se sabe o número de ocorrências registradas nas delegacias de polícia e em hospitais e necrotérios.

⁸ Ministério Público do Estado de Pernambuco – Centro de Apoio Operacional às Promotorias Criminais – Central de Inquéritos da Capital – site www.mjp.pe.gov.br

Apoiados em juristas do gabarito dos professores *Joaquim Canuto Mendes de Almeida*, *José Frederico Marques* e outros, o *Desembargador Sérgio Marcos de Moraes Pitombo*⁹, do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sua obra *Inquérito Policial – Novas Tendências* – mostra que:

O inquérito policial inteira o processo penal, como parte integrante do todo, fase, pois, que é da persecução penal, ubiquada à formação da culpa... (sic).

Pitombo complementa:

Dai porque o juiz penal, em muito, se dirige pelos meios de provas constantes do inquérito, ao receber ou rejeitar a acusação; ao decretar a prisão preventiva ou conceder liberdade provisória; ao determinar o arresto, seqüestro e confisco de bens, por exemplo.

Dessa forma, embora a polícia judiciária não integre o Poder Judiciário, exerce atividade investigatória, tipicamente policial, e judicial ao mesmo tempo. Na confecção dos inquéritos policiais, segue um ritual semelhante ao exercido pelos juizes no processo criminal. O Delegado de Polícia comporta-se como se fosse um juiz de instrução, a ponto de muitos acharem que o trabalho investigativo não é próprio do seu cargo, e

9 PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito Policial – Novas Tendências*. Parâ Ed. Cejup, 1988. p. 19.

sim dos comissários e agentes de polícia, omitindo-se de participar de diligências e operações de coleta de provas e prisões de criminosos. Em certos Estados, criou-se um quadro específico de investigadores policiais, ao lado de outros meramente burocráticos, como o de escrivão.

Mas há quem defenda posição contrária. O então Ministro da Justiça, Francisco Campos, na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941¹⁰, opondo-se à proposta de instituir-se o Juizado de Instrução, assim se manifesta:

Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado estudo da realidade brasileira, que não é apenas dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente (...).

E complementa o seu raciocínio: “assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena”.

Em favor do inquérito policial, como instrução provisória, antecedendo a propositura da ação penal, há, ainda, o seguinte argumento trazido por *Bismael B. Moraes*¹¹:

(...) é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste

11 MORAES, Bismael B. O Inquérito Policial é o Vilão no Direito Brasileiro? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 26, 1993. p. 255/264, out./dez. 1999.

10 BRASIL. Decreto – Lei nº. 3.931 de 11 de dezembro de 1941. Exposição de motivos do código de Processo Penal. *Diário Oficial da União Brasileira*, DF, 13 de out. 1941.

a trepidação moral causada pelos crimes ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas (...). Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do 'detetivismo', às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única?

O presidente da Associação de Escrivães de Polícia do Brasil e de São Paulo, escrivão Oscar de Miranda, profissional da área por mais de 30 anos, em matéria que circulou pela *internet*, no site www.aespol.com.br, posiciona-se totalmente contrário aos inquéritos:

Existem muitas delegacias em que o delegado só assina as investigações coordenadas por escrivães. É preciso acabar o inquérito como existe agora.

E arremata:

Nas delegacias, você só encontra dois tipos de policiais: os carcereiros para cuidar dos presos e os escrivães, presos pelos inquéritos.

Esse quadro típico do cenário brasileiro burocratiza a investigação e transforma as delegacias em cartórios, sendo uma das razões maiores da ineficiência e da ineficácia da apuração do crime, da sua autoria e da captura de criminosos. Mas é, de certa forma, natural que isso aconteça. O Delegado de

Polícia é, antes de tudo, um bacharel em direito, um homem que teve uma formação extremamente dogmática e voltada para a burocracia dos foros judiciais.

Um outro problema, decorrente da mesma causa, ou seja, a formação jurídica do policial civil, é o que *Carlos Magno Nazareth Cerqueira*¹² chama de "advogadização". A cultura jurídica leva o policial a se especializar em matérias dessa área e dispensar o conhecimento de outras mais importantes para a sua atividade fim – a investigação policial.

Nazareth Cerqueira disserta com muita propriedade sobre a questão:

É um equívoco grotesco pensar-se que a formação do advogado seja essencial para o desempenho da atividade policial: pode servir para ser promotor ou juiz, nunca para ser policial.

E conclui em outro parágrafo:

É preciso trazer para o debate a questão da simplificação dos inquéritos policiais: eles deformam a atividade policial e a judiciária; deformam a atividade policial quando a burocratizam e a obrigam a efetuar procedimentos formais de polícia judiciária típicos da instrução criminal; deformam-na ainda quando criam as condições para a violência e a corrupção em torno de sua realização, quer seja através da tortura para obtenção de confissões, quer seja através da manipulação das provas.

¹² CERQUEIRA, op. cit., p. 178

Essa duplicidade de instrução do processo criminal no Brasil cria um jogo de “empurra-empurra”. A polícia diz que prende e a Justiça solta; a Justiça, por sua vez, culpa a falta de provas – que deveriam ser produzidas pela polícia –, como causa das solturas. O Ministério Público ora culpa a polícia, ora culpa a Justiça. Ademais, essa instrução dúplice distancia o Judiciário do fato criminoso e, o que é pior, das provas enquanto estão disponíveis e acessíveis à coleta. A punição, quando ocorre, chega tardia e não traz consigo o seu esperado efeito preventivo e educativo. A população não relaciona o fato (causa) à punição (efeito) e, por isso, não acompanha e nem controla a eficiência dos organismos de Defesa Social envolvidos na persecução criminal.

2.5 O Postulado do Movimento de Lei e Ordem na Polícia Militar.

Os chamados *Movimentos de Lei e Ordem* não se coadunam com a filosofia que inspirou a Defesa Social no que concerne à política criminal. A reação de alguns setores da própria Polícia Militar, incentivados por alguns políticos de orientação conservadora, no sentido de ser mais rigorosa na ação repressiva à criminalidade, com a imposição de uma postura operacional mais severa, tem levado o policial militar a cometer excessos, inclusive atingindo pessoas inocentes e criando uma imagem negativa para a sua instituição. Há quem defenda, nessa linha de pensamento doutrinário, tratamento menos tolerante para com qualquer tipo de conduta contrária à lei e à ordem, propugnando por

uma reforma na legislação que preveja penas mais longas e redução dos benefícios dos condenados. A própria mídia que *vende* essa imagem também, paradoxalmente, através de matérias sensacionalistas, dissemina, entre o povo, fatos assustadores, provocando estados de pânico, dos quais se aproveitam movimentos políticos das mais diversas orientações. As últimas eleições, especialmente a de 2000, demonstraram o quanto a violência urbana é uma preocupação dos candidatos e da população.

Evidentemente, à medida que se elevam os índices de criminalidade, a polícia é instada a agir com mais frequência, a ser mais atenta, mais rigorosa no cumprimento do seu dever. É natural. Todavia, o *Movimento de Lei e Ordem* defende uma forma de agir no controle da criminalidade utilizando os tradicionais instrumentos de repressão. A pena, no entender dos seus adeptos, deve ter o velho caráter punitivo-retributivo, como vingança pelo ato infracional cometido, sem levar em consideração as conclusões científicas sobre o tema, pois – defendem – só assim a ação dos criminosos contra os *homens de bem* será intimidada. Pergunta-se: numa sociedade recheada de problemas sociais, como a falta de moradia, de emprego e de terra para plantar, cujos efeitos previsíveis são a miséria, o desemprego e o aumento da criminalidade, uma atuação mais severa do aparelho policial é a solução para reprimi-los? E a culpabilidade, as circunstâncias e a índole de quem os pratica podem ser aferidas por esse mesmo aparelho repressor?

Esse movimento, que encontra séria oposição no meio intelectual e dos liberais, é tentador para o homem do povo, rude e ignorante, porquanto apresenta soluções simples e rápidas para o problema da violência e da criminalidade, não requerendo muita racionalidade e investimentos. De

outra parte, o fracasso da política do tratamento de reeducação deixou a todos perplexos e frustrados, à medida que essa política requer um custo de investimento muito alto e pode gerar até uma situação em que o penitenciado pode ficar mais bem assistido, social e economicamente, do que o *homem de bem*, e isso favorece a tese dos que defendem lei e ordem.

João Marcello de Araújo Júnior¹³, sobre essa questão, discorre:

A prática mostrou que a atividade penitenciária, cientificamente voltada para o tratamento do delinqüente, executada, até mesmo, em sofisticados estabelecimentos especialmente construídos para este fim (estabelecimentos sociais terapêuticos), além de importar uma sutil violação dos direitos humanos, por impedir o indivíduo de ser aquilo que ele quer ser, é também imoral, na proporção em que constrange o homem condenado a aceitar os valores de uma sociedade injusta, que o marginaliza e oprime. Por outro lado, as estatísticas informam que o tratamento reeducativo não alcançou os resultados desejados, uma vez que os índices de reincidência não baixaram. Este fracasso, da ideologia do tratamento, deixou um espaço vazio, que, como dissemos, pode vir a ser ocupado pelos Movimentos de Lei e Ordem.

¹³ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Sistema Penal para o Terceiro Milênio* – Atos do Colóquio Marc Ancel. 2. ed. Rio de Janeiro: de Revan, [19??] p. 71.

No Brasil, os efeitos desse *Movimento* já se fazem sentir. O Ministério da Justiça foi encarregado de elaborar projeto de reforma do Código Penal e o enviou, meses atrás, para análise do Planalto, destacando, como alguns aspectos relevantes, nesse particular, constantes do novo projeto¹⁴:

1) suprime-se a suspensão condicional da pena, o chamado *sursis*, e a prisão albergue;

2) eleva-se o tempo de cumprimento para passagem de um regime a outro de 1/6 para 1/3 e do livramento condicional de 1/3 para 1/2 do tempo da pena;

3) estabelece-se o regime fechado obrigatório para as penas superiores a oito anos de prisão;

4) abole-se o trabalho externo no regime fechado;

5) estabelece-se que o condenado que iniciar o cumprimento da pena no regime semi-aberto passará 1/3 da pena em trabalho interno, podendo no período de 1/6 da pena até 1/2 realizar trabalho externo ou freqüentar cursos profissionalizantes, retornando diariamente ao presídio;

6) estabelece-se, também, que o condenado que passa do regime fechado para o semi-aberto, inicialmente deverá trabalhar internamente, só trabalhando fora quando prestes a obter o livramento condicional.

Resta saber se o nosso Sistema Penitenciário vai suportar a permanência do apenado por mais tempo, como propõe o projeto, ou se os governos federal e estadual irão fazer novos investimentos no setor, a fim de serem criadas novas vagas no sistema prisional para suportar a demanda que de sua aplicabilidade decorrerá.

¹⁴ O Anteprojeto de Lei altera a Parte Geral do Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências.

Depois, a permanência do preso por mais tempo na prisão resolverá o problema da criminalidade incipiente? Não se tem notícia, pela experiência de outros países, que o rigor da pena tenha baixado os índices de criminalidade.

2.6 A Inteligência a Serviço do Estado e não da Defesa Social.

Os órgãos de inteligência ou serviços de informação existem em todos os países do mundo, e se prestam a servir ora aos governantes – a sua quase totalidade –, ora aos interesses da segurança pública e da ordem política e social, no seu sentido mais condizente com o Estado de Direito Democrático. No primeiro caso, são conhecidos como “os olhos e os ouvidos do governo”, sendo responsáveis por ações arbitrárias e de vigilância contra os opositoristas do grupo político dominante. Na outra hipótese, são reconhecidos por todos, e até controlados pelas casas legislativas, atuando como instrumento de defesa do Estado e da ordem jurídica e democrática vigentes. Mas, em muitos países, como o nosso, essa atividade pouco se volta para o controle da criminalidade. É certo que existem as segundas seções das corporações militares e os departamentos especializados da Polícia Civil, os quais atuam em atividade de campana e levantamento de situações para a execução de ações contra grupos ou para a prevenção de distúrbios, mas nenhum tem reconhecida a sua importância no combate à criminalidade. Não é à toa que não há qualquer menção na Constituição Federal sobre esses serviços de inteligência. O legislador infraconstitucional não se preocupou em estabelecer os seus limites de atuação e os seus órgãos controladores. Não há qualquer código de ética que disponha sobre a conduta e o modo de agir

de seus integrantes; muito pelo contrário, são livres e, muitas vezes, estão acima da lei, pois não poupam nem mesmo as autoridades a que estão subordinados. O escândalo do “grampo” que envolveu a Presidência da República confirma essa assertiva. Dessa forma, atuam seguindo a organização que cada Estado estabelece e, por isso, ficam à mercê de interesses governamentais menos nobres: são subutilizados na atividade-fim policial e utilizados na atividade-meio governamental. Inexistem dados estatísticos sobre a sua atuação na área criminal, e a sociedade (incluídos os governantes), por desconhecer a sua existência e os serviços prestados, não lhes credita importância. Por acaso, tem-se na memória algum crime desvendado pelos serviços de informação no Brasil?

A Professora Ronidalva de Andrade Melo¹⁵, indagada de como reprimir a violência ante os novos desafios da *Nova Defesa Social*, respondeu:

Ao provocarmos nossa inteligência com a questão acima, a resposta que nos surge vai além daquela que nossa prática institucional nos propõe. Se vamos enfrentar uma criminalidade complexa, para nós só há uma saída: tornarmos também complexos.

Com isto quero dizer que, mesmo com o funcionamento integrado das instituições comprometidas com a montagem da segurança, isso ainda é insuficiente para trabalhar nossa defesa de forma estruturante. É preciso colocar alguns elementos que

15 MELLO, Ronidalva de Andrade. *Repressão à Violência e Proteção de Direitos. Trabalhos para Discussão*, Recife, n. 94 - 99, p. 5, set. 1999.

poderão servir de base de apoio para esta meta, que são: a comunidade, uma polícia inteligente, científica, capaz de produzir um saber próprio e específico, e o investimento em uma tecnologia adequada às condições materiais iguais ou superiores àquelas utilizadas pela criminalidade.

Ora, uma polícia inteligente e científica não pode desprezar a importância dos órgãos de informação e contra-informação no controle da criminalidade. Para se antecipar ao crime, a polícia terá que saber onde se planejam atividades criminosas, desde a organização das quadrilhas para esse fim, como quais serão a estratégia e a tática empregadas; do contrário, sempre estará a reboque do acontecido, do passado; sempre estará atrás do prejuízo causado e do mal consumado, porque não foi capaz de antecipar-se e *matar o mal pela raiz*. Mas, infelizmente, essa atividade cinge-se a informar fatos corriqueiros da vida social ou da vida privada de certas autoridades, sem a menor serventia no contexto do controle da criminalidade.

2.7 Um Ministério Público Alheio à Investigação

Há dois graves e antigos problemas no processo penal brasileiro: a crise do inquérito policial e a necessidade do controle externo da atividade policial por parte do Ministério Público. A investigação/instrução preliminar (inquérito policial) é fundamental para o processo penal, pois não se deve julgar de imediato. Primeiramente, deve-se

investigar e reunir elementos probatórios que justifiquem o processo, para depois, então, em uma outra instrução – agora na Justiça e com a presença do Ministério Público e do acusado –, repeti-la e confirmá-la judicialmente.

O Brasil é um dos poucos países que ainda mantém o sistema de investigação preliminar policial, sem o controle do Ministério Público. Esse modelo, a maioria reconhece, está completamente falido. Os juizes apontam para a demora e a pouca confiabilidade do material produzido pela polícia, não servindo como elemento de prova na fase processual. Os promotores de justiça reclamam da falta de coordenação entre a investigação e as necessidades de quem, em juízo, vai acusar. O inquérito demora excessivamente e, nos casos mais complexos, é incompleto, necessitando de novas diligências, com evidente prejuízo à celeridade e à eficácia da persecução criminal. Por outro lado, os advogados insurgem-se, com muita propriedade, contra a forma inquisitiva como a polícia comanda as investigações, negando um mínimo de contraditório e de direito de defesa, ainda que assegurados no art. 5º, LV, da Constituição, mas desconhecidos em muitas delegacias brasileiras. No meio policial, ainda domina o equivocado entendimento de que a Constituição é que deve ser interpretada restritivamente, para adaptar-se ao modelo previsto no CPP (de 1941), e não o contrário, com o CPP adaptando-se à nova ordem constitucional.

Esse sistema, até cômodo para certos profissionais avessos à atividade investigatória, transforma o promotor de justiça num burocrata de gabinete e de fóruns, cujas atribuições, relativamente à área de controle da atividade policial, e à vista do material produzido pela polícia judiciária, restringir-se-iam ao oferecimento de denúncia, à

requisição de novas investigações e ao requerimento do arquivamento do inquérito policial. Então, atua como mero supervisor de inquéritos, no seu aspecto unicamente formal, sem qualquer gerenciamento das diligências efetivamente realizadas para produzir as provas formalmente demonstradas. Em suma, tem poucas possibilidades de, na condição de acusador, agir livremente para produzi-las e ofertar uma denúncia (acusação) embasada em elementos convincentes, que tenham como efeito uma condenação judicial. Essa, sem dúvida, é uma das causas de impunidade gerada pelo nosso sistema processual penal.

Afastado o sistema de investigação policial, restam outros dois modelos: juiz instrutor e promotor investigador. O primeiro, ainda em vigor na Espanha e França, está sendo gradativamente abandonado por ser um modelo superado e relacionado com a histórica figura do juiz inquisidor.

Concluiu-se, ao longo dos anos, que é um grave inconveniente que uma mesma pessoa decida sobre a necessidade de um ato de investigação e ainda valere a sua legalidade.

Por último, apresenta-se o modelo de instrução preliminar mais aceito na atualidade: promotor investigador. A investigação a cargo do Ministério Público vem sendo adotada por países europeus com êxito. A reforma alemã de 1974 suprimiu a figura do juiz instrutor para dar lugar ao promotor investigador, sendo seguida por Itália (1988) e Portugal (1987/1995). Espanha e França estão realizando mudanças gradativas no mesmo sentido. Em todos eles, está claramente estabelecido o efetivo controle funcional da polícia pelo Ministério Público.

Nesse sistema, o promotor é o presidente da investigação, podendo praticar por si mesmo as diligências, bem como determinar que as realize a polícia, segundo os critérios que ele estabeleça. Assim, formará sua convicção e decidirá entre formular a acusação ou solicitar o arquivamento. Continua dependendo (em maior ou menor grau, conforme o país) de autorização judicial (juiz de garantias) para realizar determinadas medidas limitativas de direitos fundamentais, como as de natureza cautelar e restritivas de direitos e garantias individuais.

2.8 Justiça Morosa: Retrato da Impunidade

Na era da informação e da globalização da economia, certamente um dos mais graves problemas da Justiça, no Brasil, enquanto Poder Judiciário, é a morosidade da prestação jurisdicional. É inaceitável, numa época de rápidas transformações tecnológicas e num mundo onde, cada vez mais, toda atividade humana está interligada e interdependente, que uma ação judicial espere mais de ano, ou décadas, para ser julgada.

É lógico que esse descompasso da atividade judicial em relação a outras, mais dinâmicas, gera efeitos nefastos para a imagem do Judiciário, com reflexos até na respeitabilidade da sua autoridade enquanto Poder do Estado e, também, na economia do país, à medida que, pendentes de decisão, inúmeras obrigações com repercussões financeiras ficam suspensas, como aquelas que importam transferência de bens e valores, realização ou abstenção de atos e negócios jurídicos, sem contar, o que é pior, que inúmeras vidas e destinos ficam a depender da definição de uma decisão judicial.

A morosidade da Justiça, por outro lado, impõe ao povo as mais diversas reações porquanto tem o mesmo efeito de ausência de Justiça (*lato e stricto sensu*). No desespero e no afã de verem atendidos os seus interesses contrariados, pessoas partem para o desforço pessoal na defesa dos seus direitos ameaçados ou violados. A vingança passa a fazer parte do costume: surgem grupos de extermínio, justiceiros e pistoleiros; as Delegacias de Polícia são instadas a resolver pequenos delitos e cobranças de dívidas; seguros e outros expedientes, muitas vezes, ilegais, de resguardo do cumprimento das obrigações são utilizados amplamente para garantir o cumprimento dos contratos e das convenções. A impunidade e o sentimento de insegurança enchem a sociedade de revolta e armam as pessoas umas contra as outras.

A indiferença e o descrédito surgem como reações passivas do povo. O *deixa pra lá* entra no seu vocabulário do dia-a-dia para expressar protesto velado ante a ausência de sanção à ameaça ou à violação de direitos, representando, de certa forma, quitação, renúncia e perdão forçados. O custo da demanda judicial, incluídas as idas e vindas a fóruns, delegacias de polícia e escritórios de advogados ou assistências judiciárias, não compensa o suposto benefício que lhe poderia advir após a sua conclusão. Afinal, como diz o ditado popular: *nem sempre quem ganha leva*.

O publicitário Luis Grottera¹⁶ assevera que a percepção que a comunidade tem sobre o Judiciário é surpreendentemente positiva sob alguns aspectos. Mas, quanto a

16 GROTTERA, Luis. O Judiciário Ausente na Mídia é um Risco para a Democracia Cidadania e Justiça. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB*, n.2, n.5, p. 114-115, 2º semestre, 1998.

outros, a avaliação não poderia ser pior, e cita:

54% consideram que esse poder não tem nenhuma eficiência. Apenas 30% se recordam de ter utilizado os serviços da Justiça e, destes, 61% não têm nada a elogiar. Perguntados se conhecem algum exemplo de quando a justiça foi feita no Brasil, 42% não conseguem citar um único exemplo. Diante da questão 'Para que serve a Justiça no Brasil?' 26% responderam que 'Para nada' e 28% divagaram ou deram respostas equivocadas.

E completa:

Diante de um quadro dessa gravidade, onde 86% afirmaram que 'O Brasil é o país da impunidade', podemos dizer que a nossa sociedade vive no limiar de rompimento do Estado de Direito, da total banalização dos direitos individuais e de um alarmante sentimento mínimo de cidadania.

É indispensável cogitar-se de soluções não-ortodoxas – fora do receituário tradicional – para a morosidade da Justiça, em primeiro lugar, inventariando-se os problemas intrínsecos da prestação jurisdicional estatal, ou seja, do Estado-juiz para administrar a Justiça, e depois, então, averiguando-se as principais causas dessa lentidão na condução do processo judicial. Esclareça-se que essas causas não são, evidentemente, aquelas comuns de todo serviço público mal administrado – solucionáveis, a curto e médio prazos, por meio de investimentos em áreas essenciais do seu funcionamento, como pessoal, procedimentos e infra-estrutura –, nem as decorrentes de fato-

res externos, principalmente de ordem econômica e cultural, que concorrem para o agravamento de qualquer serviço prestado pelo Estado, mas, sim, aquelas que estão intimamente ligadas à complexidade de sua estrutura e ao excesso de formalismo do processo judicial, comuns em qualquer parte do país, estejam ou não bem aparelhados os respectivos serviços judiciais.

Não existe outro recurso para equacionar o problema a não ser a decisão política governamental de promover uma ampla e profunda reforma no aparelho judiciário e na legislação processual, pela qual se introduzam, paralelamente à simplificação dos procedimentos e atos judiciais, outras opções de rápida solução de litígios. A modernização do Judiciário, isoladamente, consideradas a estrutura e as normas processuais vigentes, não é suficiente. É preciso, repita-se, pensar em reformas mais profundas, fora das opções conhecidas, implementadas e que não surtem efeitos. Métodos novos exigem organizações novas. Não se pode solucionar, de uma vez por todas, o grave problema da morosidade da Justiça com timidas e conservadoras reformas na legislação processual, mantendo-se intocáveis as estruturas e os sistemas normativos que aprisionam o dinamismo do poder decisório dos juizes e deixam à solta os privilégios de profissionais do Direito.

Como bem prescreveu Wolkmer¹⁷, com certa ousadia:

17 WOLKMER, Antônio Carlos, *Pluralismo Jurídico*. São Paulo: Aita Omega, 1994. p. 276.

Na medida em que o órgão de jurisdição do modelo de legalidade estatal convencional torna-se funcionalmente incapaz de acolher as demandas e de resolver os conflitos inerentes às novas necessidades engendradas pelos movimentos sociais, nada mais natural do que o poder societário instituir novas instâncias extrajudiciais assentadas na informalidade, autenticidade, flexibilidade e descentralização. A constituição de um novo paradigma da política e do jurídico está diretamente vinculada ao surgimento comunitário-participativo de novas agências de jurisdição não-estatais espontâneas, estruturadas por meio de processos de negociação, mediação, conciliação, arbitragem, conselhos e tribunais populares. Não se trata aqui das formas de conciliação, juízo arbitral e juizados especiais já previstos e consignados no interior da legislação estatal positiva, mas de instâncias e procedimentos mais amplos, em regra informalizados e independentes, nascidos e instaurados pela própria Sociedade e seus múltiplos corpos intermediários quase sem nenhuma vinculação com os órgãos do Estado.

Dai, a imprescindibilidade de se repensar o papel de quem resolve os litígios no Brasil e de que forma, para identificarem-se as causas e promoverem-se as possíveis soluções para esse problema antigo e crônico denominado *morosidade da Justiça*.

No contexto geral, a Justiça Criminal funciona precariamente e é quase imperceptível pela população. Faltam-lhe efetividade e abrangência. Dos milhares de crimes e contravenções praticados no País todos os dias, registrados em delegacias de polícia, hospitais e necrotérios, somente um pequeno número é apurado pela polícia judiciária e é objeto de inquérito policial. Outros tantos não deixaram vestígios e são de autoria desconhecida. Levantamentos estatísticos demonstram que apenas 2,5% (dois e meio por cento) dos crimes acabam em processo¹⁸. Desses que chegam à Justiça, com autoria conhecida e identificada, somente a metade, aproximadamente, merece condenação, porquanto os demais ou são absolvidos por falta de provas – o que é mais comum –, ou são simplesmente arquivados em razão da prescrição causada pela demora na sua tramitação. Eis o retrato da impunidade no Brasil.

2.9 Sistema Penitenciário: Depósito de Presos

A Lei de Execução Penal (LEP) (Lei n.º 7.210/84)¹⁹, em seu artigo 3.º, dispõe: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei”. É fácil também comprovar que o preso não tem direitos, é humilhado, violentado, tudo agravado pelo péssimo ambiente prisional, pela falta de atividades, como o trabalho, e pela superlotação carcerária.

Infelizmente, temos unidades prisionais que funcionam meramente como depósitos de presos, ou seja, são ali alojados, sem perspectivas de trabalho, de ressocialização. E, após o cumprimento da pena, vem a pior conse-

quência: a rejeição da comunidade pelo estigma de terem sido egressos do Sistema Penitenciário.

As nossas prisões, como nos demais Estados da federação, encontram-se sucateadas e, infelizmente, seus presos passam a maior parte do tempo ociosos. Esse fator, aliado aos maus-tratos, às carências nas áreas jurídica, de saúde, educação, social e até religiosa, faz com que cresça a revolta nos presos e, ao invés de recuperá-los, as prisões acabam por se transformar em verdadeiras escolas do crime.

E há, ainda, os castigos corporais. Nesse sentido, a Prof.^a Ronidalva Melo²⁰ relata:

Entretanto, ainda mais se pode acrescentar a este quadro dantesco: o código arbitrário de disciplina; os castigos corporais como métodos de obediência e submissão incondicional; as 'solitárias' – celas de castigo onde os presos são 'depositados' por tempo indeterminado; o 'esquecimento' da Justiça que conserva, durante anos, homens no aguardo de sentenças definitivas, outros vivenciando indefinidamente uma sentença já cumprida e finda e alguns, ainda, simplesmente na espera da chegada de uma ordem de liberdade, assim ficando por tempo indeterminado.

As fugas das cadeias e penitenciárias acontecem com bastante frequência. Em Pernambuco, os presídios e penitenciárias, além das cadeias em cidades do interior, re-

18 VEJA, São Paulo: Abril, a. 33, n. 1652, 7 jun. 2000, p. 134.

19 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 260-302.

20 MELO, Ronidalva de Andrade. *Direitos Humanos na Prisão e Armadilhas em um Campo Minado*. Recife: jun/2000.

velam excesso da população carcerária. A maioria das instituições abriga o dobro da capacidade permitida. As cadeias públicas são uma afronta à dignidade do ser humano.

O melhor exemplo para ilustrar essa situação é o do presídio Professor Anibal Bruno que, construído inicialmente para seiscentas vagas, hoje tem mais de dois mil presos em suas dependências.

A Secretaria de Justiça e Cidadania, inclusive, elenca como maiores problemas, em seu Plano Integrado de Segurança Cidadã – Pernambuco 2000, em seu volume 1:

...a superpopulação carcerária, maior contingente de presos provisórios que apenados, convivência entre presos provisórios e sentenciados na mesma unidade prisional, inadequação da estrutura física da Penitenciária Agrícola de Itamaracá, déficit de modelo ineficaz de gestão do Sistema Penitenciário e precariedade dos recursos de infra-estrutura de apoio logístico (sic).

A demora nos julgamentos, ou seja, a lentidão da justiça, é um dos fatores mais destacados relativamente aos problemas do sistema penitenciário, pois, a partir desse fato, acontecem outros como, por exemplo, o convívio de preso que está aguardando julgamento com outro já sentenciado e o cumprimento completo da pena com a permanência indevida do preso no estabelecimento prisional. Além disso, há completa ausência de triagem e classificação dos apenados: criminosos de baixa periculosidade são trancafiados nas mesmas celas com estupradores, homicidas e presos de conduta violenta, fazendo com que, muitas vezes, tenham que assumir uma outra conduta para enfrentá-los e sobreviverem.

Com muita propriedade, *Lélio Braga Calhau*²¹ definiu a situação de nossas cadeias como masmorras da Idade Média, e questiona: “Onde estão a tecnologia, o progresso e as conquistas sociais?”

E vai mais além ao afirmar que:

as prisões hoje não servem para o que dizem servir, neutralizam a formação ou o desenvolvimento de valores, estigmatizam o ser humano, funcionam como uma máquina de reprodução da carreira no crime, introduz na personalidade a prisionalização da nefasta cultura carcerária, legitima o desrespeito aos direitos humanos, dentre outros fatores (sic).

Há os problemas dos grupos rivais que se formam nas prisões. Para manterem o “poder de mando” dentro dos estabelecimentos e, conseqüentemente, permanecerem no comando dos seus crimes, as facções opostas chegam até a promover verdadeiros massacres de presos dentro das unidades, onde, nessas situações, os mais fracos terminam por morrer.

Existe, também, o tráfico interno de drogas e, por conta disso, os grupos que dominam essa situação exercem um poder que possui leis próprias.

Outro grave problema é o da corrupção existente dentro das prisões. Dai a facilidade de entrada de armas, drogas.

²¹ CALHAU, Lélio Braga. Escola Superior de Delinquência Brasil, *Jornal Estadual da OAB-MG*, Belo Horizonte, p.2, maio 1997.

E tudo isso reunido leva à ocorrência de rebeliões dos presos por esse Brasil afora. Tais rebeliões terminam, habitualmente, em ampla destruição e mortes, tanto dos presos como de policiais e até de civis.

Apesar das denúncias feitas pelas famílias dos presos, a Pastoral Carcerária e várias organizações não-governamentais, os governos e a sociedade parecem querer o que se passa dentro dos muros de um presídio. Não há nenhuma preocupação com a qualidade de vida dos presos nem tampouco com o ser que está se formando lá dentro e que, um dia, sairá e conviverá, em liberdade, com a sociedade que o ignora.

As instituições prisionais assumiram uma imagem, no dizer da Prof.^a Ronidalva Melo, de "mero aparelho receptor da população carcerária". Um verdadeiro depósito, cheio de homens com tempo suficiente para planejar crimes, e até comandar seus crimes, como o que aconteceu no mês de setembro/2000 contra a diretora do presídio Bangu I no Rio de Janeiro ou, no dizer do repórter Francisco Alves Filho²², um verdadeiro "barril de pólvora".

3. SEGURANÇA E JUSTIÇA PRIVADAS DAS ELITES E DOS PERIFÉRICOS: DA MERCANTILIZAÇÃO DA SEGURANÇA AO OLHO POR OLHO, DENTE POR DENTE

No primeiro mundo, o crescimento dos litígios e da demanda social por segurança e Justiça é menos dramático e, pois, menos nítido. Geralmente, o próprio Estado propicia que a sociedade resolva os seus problemas, recorrendo a

22 REVISTA ISTO É, Rio de Janeiro: Editora Três, n. 1615, set. 2000, p. 42.

instituições que, paralelamente ao aparato oficial, prestam segurança privada ou resolvem, através da mediação e da arbitragem, diversos conflitos intersubjetivos. Essa participação das organizações não governamentais, nas áreas comumente afetadas à polícia e ao Judiciário, traz vantagens para o Estado, porque, de certa forma, abrandam a demanda de queixas e reclamações perante os diversos departamentos que tratam do assunto, como também diminui a sobrecarga de trabalho, com expressiva economia para os cofres públicos.

Em países como o Brasil, por exemplo, o fosso gerado pela insuficiência de atuação dos organismos policiais e judiciais é preenchido por empresas de segurança privada e, nos meios mais carentes da população, por seguranças particulares e por grupos de justiceiros e exterminadores. Com exceção das empresas de segurança, que atuam junto às grandes companhias, como bancos, supermercados, indústria e comércio em geral, e junto a residências de pessoas abastadas, as duas últimas categorias atuam normalmente à margem da lei. Delas, a única coisa de que se tem certeza é que agem nas periferias das grandes cidades com ferocidade e sem o controle dos órgãos de segurança pública. Estatísticas da Secretaria de Defesa Social demonstram que quase 100% (cem por cento) dos crimes praticados pelos grupos de extermínio ficam impunes, pois usam métodos de eliminação das provas materiais e pessoais do crime. Agem com o propósito de eliminar suspeitos e bandidos das periferias das grandes cidades e, normalmente, têm a sua atividade ilícita patrocinada por comerciantes e por pessoas que, mediante extorsão, contribuem sob a ameaça de sofrerem o mesmo destino de suas vítimas. Agem movidos pelo espírito de vingança e de fazer justiça pelas próprias mãos, seguindo aquela máxima bíblica do *olho por olho, dente por dente*.

As empresas de segurança, particularmente, pela sua própria natureza, têm finalidade econômica e lucrativa – fim não muito diferente dos seguranças particulares e dos grupos de extermínio – e, por isso, prestam serviços de segurança atrelados aos interesses de certos grupos econômicos e empresas privadas. Não existem controles por parte dos órgãos governamentais competentes em relação a essas empresas; o governo desconhece o quantitativo de pessoas envolvidas nesse tipo de atividade e o número de armas e munição que detêm. Por outro lado, não têm compromisso com a segurança pública e a Defesa Social. Daí decorre que, normalmente, apesar de terem um efetivo superior ao de muitas polícias estaduais, seus serviços não repercutem na sociedade em geral e nas camadas sociais mais pobres da periferia. Restringem-se à proteção do patrimônio privado em troca de quantias vultosas, o que as torna empresas mercantis desprovidas de qualquer função social. Vale destacar que essas empresas, comumente, aproveitam-se da instrução recebida por policiais, à custa do erário público, para contratá-los clandestinamente, sem qualquer ressarcimento.

4. A NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DOS ORGANISMOS DE DEFESA SOCIAL E DE APERFEIÇOAMENTO DOS MECANISMOS DE CONTROLE DA CRIMINALIDADE NO BRASIL

4.1 A Reestruturação Orgânica e Funcional das Polícias

A sociedade e a grande maioria dos estudiosos das organizações policiais no Brasil conclamam a necessidade

de uma reestruturação orgânica e funcional das polícias. Na Câmara Federal, tramitam vários projetos que visam a uma reformulação completa do aparelho policial, tanto da Polícia Militar como da Polícia Civil. Uns apostam na extinção das duas polícias e na criação de uma polícia única, estadual; outros são menos ambiciosos e pretendem reformar as duas polícias, mantendo a dualidade e simplificando a estrutura organizacional da Polícia Militar e do inquérito policial da polícia judiciária. Na linha dos primeiros, está o projeto do Fórum Nacional de Ouvidores de Polícia, criado por decreto do Presidente da República em 1.º de junho de 1999, que é assinado por vários signatários ilustres. A proposta tem pretensões ambiciosíssimas: cria um novo modelo de polícia intrinsecamente subordinada ao poder civil e que, segundo o seu Coordenador Executivo, *Benedito Domingos Mariano*, “seja pautada na eficiência e na defesa da legalidade democrática que atenderá aos efusivos clamores da sociedade brasileira”.

Na verdade, unida ou separada, a polícia dos Estados tem que executar bem as duas atividades fundamentais e inerentes ao poder que lhe é próprio: uma, ostensiva, fardada, voltada para a prevenção e com o propósito de exercer a segurança das instituições democráticas e da ordem pública; outra, voltada para as funções de investigação e para a instrumentalização da ação penal, podendo também exercer atividades de informação e segurança não ostensiva.

Mantida a separação dessas funções, é preciso remodelar o excesso hierárquico da Polícia Militar, diminuindo os níveis hierárquicos para cinco ou oito graus, no máximo, de forma que atendam às necessidades do servi-

ço e do contingente de seus integrantes, com uma remuneração digna e uma acessão fundada em critérios de avaliação objetivos e justos, preservado, no entanto, o princípio hierárquico e disciplinar peculiar a quem exerce a *polícia de segurança*.

A Polícia Civil, por sua vez, ganharia uma estrutura orgânica voltada basicamente para a investigação. Com a simplificação do inquérito, a mesma seria desjudicializada, dispensando a figura do delegado bacharel em Direito, embora continuasse a ser judiciária. Continuará a fazer flagrantes, registros de ocorrências e a realizar perícias, investigações, enfim, a produzir provas para a instrução criminal, mas de maneira muito mais simples, sem ter que fazer uma instrução paralela e sob o controle direto do Ministério Público. O Ministério Público, aliás, passaria a interferir mais no andamento das investigações e, dessa forma, exercer melhor a defesa da cidadania. O Poder Judiciário, por outro lado, deveria respaldar esse novo modelo atuando como um controlador daqueles atos que representassem uma exceção ao exercício dos direitos e garantias individuais, como a expedição de ordens de busca e apreensão, a quebra de sigilo bancário e telefônico, a prisão temporária ou preventiva e a concessão de outras medidas assecuratórias do processo penal.

4.2 A Simplificação do Inquérito Policial

Como já foi visto anteriormente, no sistema processual penal que adota o inquérito policial, está mitigado o papel do Ministério Público, porquanto não lhe é dado o

acesso às investigações e, por via de consequência, ao controle da atividade policial.

Assim, é preciso trazer a debate a questão da simplificação dos inquéritos policiais, posto que deformam a atividade das três instituições envolvidas no controle da criminalidade: a polícia, o Ministério Público e a Justiça. Primeiro, porque burocratizam os procedimentos formais da polícia judiciária, assemelhando-os aos da instrução criminal, sem acompanhamento de promotores e advogados, o que dá ensejo a violência e corrupção em torno de sua realização, quer seja através de tortura para obtenção de confissões, quer seja através da manipulação das provas; segundo, porque, suprimindo o controle do Ministério Público e a sua direção da produção de provas em primeira mão, retiram-lhe a oportunidade de melhor conduzir a formação de sua acusação perante a Justiça; terceiro, porque atentam contra o princípio da separação dos poderes, transferindo para a polícia os poderes da Justiça, à medida que o inquérito, nos moldes atuais, predefine os limites e as provas a serem explorados pelo juiz na instrução criminal, cabendo à autoridade judicial o papel de mera repetidora dos atos realizados na fase inquisitorial.

A simplificação do inquérito policial passa, no nosso entender, pela dispensa da formalização, na polícia, de termos de depoimentos e outros atos tipicamente da instrução criminal, os quais seriam produzidos diretamente perante o juiz e, para ele, carreados através das promotorias de justiça que, com a denúncia, trariam outras provas documentais e periciais. Assim, caberia ao Ministério Público controlar as investigações e juntar as provas necessárias à acusação, com o auxílio das polícias.

4.3 Conselhos e Núcleos Integrados de Segurança e Justiça: Polícia, Promotoria, Justiça e Sistema Penitenciário Integrados à Comunidade

Um passo importante para a integração dos organismos de Defesa Social entre si e com a comunidade é a criação, em todo o País, de conselhos e núcleos integrados de segurança e justiça. Os primeiros seriam estruturados de forma descentralizada, segundo a divisão geopolítica de cada região, com o objetivo de traçar as diretrizes de segurança de cada área e de integrá-las no contexto geral do Município, do Estado e do País, bem como envolver e sensibilizar os diversos organismos de Defesa Social sobre o problema da violência e do controle da criminalidade. Esses órgãos seriam compostos por representantes da polícia, do Ministério Público, da Justiça, do Sistema Penitenciário e da própria comunidade, além dos segmentos representativos dos poderes Legislativo e Executivo.

Subordinados a esses órgãos colegiados, teríamos os núcleos integrados de segurança e justiça, que seriam compostos não apenas de autoridades policiais ou de defesa social, como o corpo de bombeiros militar, mas também de representantes do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Justiça Criminal. Instalar, por exemplo, juizados especiais criminais nesses núcleos seria de boa política para aproximá-los, sem contar com a agilização dos fluxos de informação e de entrega de documentos investigatórios e judiciais. O Ministério Público poderia, por exemplo, nesses núcleos integrados, exercer diretamente o controle da atividade policial, acompanhando as investigações e, de pronto, formalizando as acusações que seriam julgadas de forma célere pelo juiz ou juizado com ju-

risdição coincidente com as da polícia, respeitando-se, além do mais, o contraditório e a ampla defesa. A Justiça próxima, por outro lado, poderia dar à polícia o respaldo necessário para a preservação das provas na execução de medidas cautelares e na concessão de prisões temporárias e preventivas.

Paulo de Mesquita Neto²³ dá a seguinte receita para melhorar o policiamento comunitário, tornando-o mais eficaz e mais humano. Vale anotar:

Além de aperfeiçoamento da coleta e análise de dados sobre criminalidade e violência policial, a implantação do policiamento comunitário requer a descentralização e abertura da organização policial, um estilo de gerenciamento mais participativo e a incorporação dos valores da democracia e dos direitos humanos na cultura profissional da polícia. Requer também maior integração e cooperação entre as polícias, os demais órgãos públicos e as organizações da sociedade civil. Além da consolidação das mudanças já realizadas e de uma atenção especial às áreas apontadas como problemáticas, é importante fazer com que o policiamento comunitário se transforme de fato em um projeto estadual, da Polícia Militar e da Polícia Civil, do

²³ MESQUITA NETO, Paulo de. Policiamento Comunitário: A experiência em São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Políticas*, São Paulo, n. 25, a. 7, p. 281-292, jan./mar. 1999.

governo e da comunidade. Para ser bem-sucedido, o policiamento comunitário não pode ficar restrito a um projeto de uma parcela da Polícia Militar e da comunidade”.

5. CONCLUSÃO

No estudo, que resultou neste trabalho, podemos concluir que os principais organismos de Defesa Social – polícias, Ministério Público, Justiça Criminal e Sistema Penitenciário – precisam ser reestruturados em todos os aspectos: orgânico e funcional.

A Polícia Militar precisa reformar a sua estrutura excessivamente hierarquizada, mais apropriada para as atividades de guerra, para que os comandantes e comandados fiquem mais próximos e as informações fluam com mais rapidez, sem prejuízo da disciplina. Precisa voltar-se para as comunidades, desestruturando os quartéis e se estabelecendo em núcleos de polícia comunitária. Há, ainda, um empecilho de natureza ideológica: o postulado de lei e ordem, que fascina alguns policiais, especialmente os mais legalistas, traz, de certa forma, um agir que assusta.

A Polícia Civil também carece de reforma nas atividades de polícia judiciária. O inquérito policial é uma instituição condenada: burocratiza as atividades de investigação, condiciona a instrução criminal, dá margem a abusos pela falta do contraditório, retira do Ministério Público o controle efetivo e direto da atividade investigatória e, por fim, torna demorada e enfadonha a instrução criminal. O requisito de ser bacharel em Direito para ocupar o cargo de Delegado de Polícia, muito embora seja salutar no

formato de polícia judiciária vigente, também, de menor efeito, vem a ser um entrave para aqueles que, não obstante a integrem e tenham vocação natural ao comando e à investigação, não possam assumir postos de comando na instituição. Depois, pelo grau de escolaridade que possuem, jamais admitirão um controle e uma intervenção mais direta do Ministério Público no seu trabalho, como preconizados na atual Constituição Federal; pelo contrário, a tendência é reivindicar mais prerrogativas e poderes no processo penal. É natural. Muito embora reconheçamos que essa exigência tornar-se-á um empecilho mais sério a partir do momento em que se mitigar a importância do inquérito policial para a promoção da ação penal.

A Justiça Criminal, por sua vez, padece de estrutura que lhe dê condições de assumir os desafios que uma instrução criminal mais célere exige. O processo criminal repete quase *ipsis litteris* o que já foi feito pelo Delegado de Polícia, consistindo numa atividade enfadonha para os que já prestaram depoimento. Há, por outro lado, excesso de recursos contra a sua decisão e não há liberdade para julgar conforme o estado do processo, independentemente de instrução, quando as provas documentais e materiais são suficientes para proferir uma decisão de mérito. Por fim, a falta de integração com os demais organismos de Defesa Social deixa a Justiça alheia aos problemas da segurança pública e da criminalidade. As informações que lhe chegam são pouco confiáveis e só chegam quando os fatos e as suas conseqüências já estão consumados; muitas vezes, até sem objeto, pela demora da instrução.

O Sistema Penitenciário, então, é o "patinho feio" de todo o Sistema de Defesa Social. É, como já foi dito, um depósito de presos, onde a sociedade pensa que deposita os seus males para sempre, e o preso sabe que é por pouco tempo. Subdimensionado para a demanda, torna-se um lugar propício a motins e corrupção de toda ordem, maculando a imagem daqueles que o administram e dos que o fiscalizam: o Governo, o Ministério Público e o Poder Judiciário. Torna-se, até certo ponto, um depósito superlotado porque não há integração com os outros organismos de Defesa Social a ponto de agilizar os processos e possibilitar o dimensionamento das necessidades carcerárias. Todos têm responsabilidades perante o Sistema Penitenciário, porém ninguém as assume.

É preciso, até pela inter-relação que existe entre os principais organismos que compõem o Sistema de Defesa Social, integrá-los uns com os outros. Ressalvando a autonomia necessária ao desempenho do papel de cada um, é possível incrementar a troca de informações a respeito dos fatos comuns que lhes interessem e alimentem os fluxos dos procedimentos necessários à instrução criminal e à aplicação da lei. Do levantamento de informações, passando pela investigação, coleta de provas, denúncia, instrução, até a aplicação de pena, com ou sem recolhimento ao Sistema Penitenciário.

Mas essa integração endógena não basta; é preciso também articular o Sistema de Defesa Social com a comunidade, aproximando-o de quem é a sua razão e fim, porque o fluxo de informações não será completo sem a cooperação dos demais agentes controladores da crimi-

nalidade, que são as organizações não governamentais, as empresas e cada pessoa que se disponha a colaborar no controle da criminalidade.

Essa integração entre os organismos e com a comunidade, como demonstramos, poderá ser feita de várias formas. A reforma das organizações policiais e dos procedimentos processuais, com a simplificação do inquérito policial; a constituição de conselhos e núcleos integrados de segurança e justiça, bem como a reestruturação dos serviços de inteligência, correição e comunicação, conjugados com a adoção de mecanismos de incentivo e participação popular no controle da criminalidade são passos importantes que tendem para um Sistema de Defesa Social Integrado.

6. REFERÊNCIAS

1. Livros:

ANCEL, Marc. **La Défense Sociale Nouvelle**. São Paulo: Ed. Revan, 1981.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Sistema Penal para o Terceiro Milênio** – Atos do Colóquio Marc Ancel. 2. ed. São Paulo: Ed. Revan, [19??]

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del Derecho Procesal Civil**. Trad. Alcalá-Zamora e Santiago Melendo. Argentina: Uteha, 1944.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juizes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

LAZZARINI, Álvaro. **Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, [199??].

NORONHA, E. Magalhães, **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1987.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Inquérito Policial – Novas Tendências**. Pará: Ed. Cejup, 1986.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à **Constituição de 16 de julho de 1934**, [s.l.]: Borsoi, 1960.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

2. Artigos:

REVISTA ISTO É. Rio de Janeiro: Editora Três, n. 1615, 13 set. 2000.

CALHAU, Lélío Braga. Escola Superior de Delinquência Brasil, **JORNAL ESTADUAL DA OAB-MG**, 1997.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Polícia e Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. [S.l.], Ano 6, n.º 22. Abril/junho, 1998.

GROTTERA, Luís. O Judiciário Ausente na Mídia é um Risco para a Democracia. Cidadania e Justiça. **Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB**. a. 2, n. 5, 2. semestre, 1998.

JORNAL DO COMMERCIO. Recife, 22 set. 2000. Caderno Cidades.

MELLO, Ronidalva de Andrade, Repressão à Violência e Proteção de Direitos. **Trabalhos para Discussão**, Recife, n.94 - 99, p.5, set. 1999.

_____. **Direitos Humanos na Prisão e Armadilhas em um Campo Minado**. Recife: junho, 2000.

MESQUITA NETO, Paulo de. Policiamento Comunitário: A Experiência em São Paulo. **Revista Brasileira de Ciências Políticas**, São Paulo, n.º 25. a. 7, jan/mar. 1999.

MORAES, Bismael B. O Inquérito Policial é o Vilão no Direito Brasileiro? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. n.º 28, out/dez 1999.

REVISTA VEJA, ANO 33. EDIÇÃO 1652. EDITORA ABRIL, 7 DE JUNHO DE 2000.

SILVA, José Vicente e GALL, Norman. Incentivos Perversos e Segurança Pública – A Polícia. **Instituto Fernand Braudel de Economia Mundial**, c. 1999.

DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS : A REALIDADE JURÍDICA DIANTE DA VIRTUALIDADE DOS NOVOS TEMPOS

Thiago de Oliveira Andrade

Aluno da Graduação em Direito – Universidade Federal
de Pernambuco; pesquisador PIBIC/CNPq sob orientação da
Prof.^a Vera Della Santa

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES; 2. INTERNET: A NOVA AVENTURA DA HUMANIDADE; 3. ASPECTOS JURÍDICOS DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS, 3.1 Aspectos ; 3.2 A integridade dos documentos eletrônicos ; 3.3 A Assinatura Digital ; 4. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL; 4.1 Relações virtuais de consumo e aplicação do CDC; 4.2 Da necessidade de uma legislação específica; 5. DISPOSIÇÕES FINAIS; 6. REFERÊNCIAS

*"Criar meu web site
Fazer minha home-page
Com quantos gigabytes
Se faz uma jangada
Um barco que veleje
Que veleje nesse infomar"*

(Pela Internet – Gilberto Gil)

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O mundo atual vem sofrendo profundas modificações. No panorama social, político, econômico e jurídico as alterações que vêm ocorrendo ao nosso redor são impres-

sionantes e ainda não estão muito nítidas as conseqüências que irão gerar. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS¹ manifesta que:

Vivemos num tempo atônito que ao debruçar-se sobre si próprio descobre que seus pés são um cruzamento de sombras, sombras que vêm do passado que ora pensamos já não sermos (...), sombras que vêm do futuro que ora pensamos já sermos, ora pensamos nunca virmos a ser.

Trata-se do desenvolvimento da Era Digital, não mais da Era Industrial. Da Era da Internet. O Direito deve estar atento a essas transformações para que suas normas sejam não apenas válidas mas também eficazes, para que seus preceitos deixem de ser mera letra morta num papel e se vivifiquem na realidade, ou melhor, na virtualidade desses tempos marcados pelo conflito on-line.

Na ampla perspectiva da economia que se universaliza, nossos problemas internos ganham novo colorido e pedem soluções de importância capital para o bem-estar da população. Antes um fenômeno localizado e experimental, a rede de computadores passou a fazer parte da vida de um número cada vez maior de brasileiros. Estatisticamente, a parcela da população brasileira on-line é de apenas 5%, mas em nenhum outro lugar do mundo o ritmo de crescimento da Internet supera o verificado por aqui.

O crescimento da Internet é assustador: em cinco anos o número de brasileiros na rede foi multiplicado por 100. O Brasil já ocupa a 14ª posição mundial no

1 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 8. ed. Porto: Afrontamento, 1996. p. 5.

registro de endereços na Web, à frente de países como a Coréia, Espanha ou China. As vendas pela Web a brasileiros correspondem a 88% do comércio eletrônico da América Latina.

É certo que podem surgir problemas em decorrência do aumento de importância das relações intersubjetivas nesse ambiente virtual, v.g., nos contratos de fornecedor de acesso à rede, nos contratos entre fornecedor de informação e servidor de linha, nos contratos de locação de espaço publicitário, nos contratos de comércio eletrônico, etc.

No presente trabalho, procurar-se-á demonstrar os efeitos da revolução tecnológica desse final de século e os novos desafios trazidos com o advento da Internet, completamente revolucionários ao modo de pensar tradicional, procurando adequar a realidade jurídica à virtualidade desses novos tempos.

Examinar-se-ão os principais aspectos jurídicos dos contratos eletrônicos, tendo cuidado em percorrer o longo e, ainda, obscuro caminho pelo qual se estabelece a segurança nas relações que surgem no seio da era tecnológica.

Cuidar-se-á, portanto, de adentrar em seara fascinante, procurando construir um pensamento conjugado com a realidade (virtualidade) e fundamentado em aportes teóricos que alicercem nossas contínuas indagações.

2. INTERNET: A NOVA AVENTURA DA HUMANIDADE

A sensação que se apresenta atualmente quando se fala em Internet e na possibilidade de se fazer um contrato sem utilizar a materialidade do papel como meio de provar o acordo de vontades é basicamente a mesma que se deu na célebre passagem da caverna de Platão na sua obra *A República*.

Nesse trecho, o mestre helênico descreve as diversas reações dos homens ao se depararem com uma realidade diversa daquela habitualmente conhecida por todos. A maioria dos seres humanos se encontrava como prisioneira de uma caverna, permanecendo de costas para a abertura luminosa e de frente para a parede escura do fundo. Em tal situação, eles nunca viram outra coisa de si mesmos e dos seus companheiros do que as sombras projetadas pelo fogo no fundo da caverna. Acostumados a ver somente essas projeções, assumem a ilusão do que vêem, as *sombras* do real, como se fossem a verdadeira realidade.

E se forem libertados das suas cadeias, se forem afastados do seu erro, se se libertar um desses cativos, obrigando-o a levantar-se, a virar a cabeça, a andar, a levantar os olhos em direção à luz, tal homem sofrerá; e o deslumbramento impedi-lo-á de distinguir os objetos dos quais ele via as sombras... As sombras anteriores parecer-lhe-ão mais verdadeiras do que os objetos que lhe sejam mostrados... Importa aplicar, ponto por ponto, esta imagem da caverna à condição humana...²

É típico da natureza humana assustar-se, não acostumar-se e, até mesmo, rejeitar as novidades que a vida nos impõe. Parece que os homens, muitas vezes, não estão preparados para conjugar o verbo no gerúndio: "*estão sendo desenvolvidas...*", "*estão sendo criadas...*", etc.; preferem a segurança dos verbos no presente: "*isto é assim*", "*estas coisas são dessa forma*"... Historicamente, vários são os exemplos: muitos negaram o sistema helio-

cêntrico de Copérnico que afirmava ser a Terra um planeta que gira em torno de um astro maior como todos os demais planetas do nosso Sistema Solar; filósofos foram perseguidos e mortos pela Inquisição e Galileu Galilei teve que negar suas idéias perante o tribunal do Santo Ofício, para não ser queimado vivo numa fogueira; a chegada do homem à Lua gerou um espanto de tamanhas proporções que não são poucos os que, ainda hoje, duvidam da possibilidade de Neil Armstrong ter tocado os pés humanos no solo lunar; e finalmente, o exemplo que mudou toda a história de nossa civilização e que bem ilustra esse medo que o homem tem da novidade: um judeu das montanhas da Galiléia, com reputação de doutrinador e capacidade para curar as pessoas é preso, julgado e executado na cruz ao lado de criminosos, por pregar a palavra de Deus e com ela mostrar que a vida dos que seguissem os ensinamentos do Pai poderia ser diferente daquela realidade que era a única até então conhecida.

O mesmo acontece agora. Estamos diante de uma nova aventura para a humanidade; diante do transpor de um novo portal. Hoje em dia, a revolução causada com o advento da Internet é tão profunda, de conseqüências tão remotas, que é difícil lhe apreender o alcance e o sentido. Estamos presenciando a criação de um admirável mundo novo que tem por base não mais os *átomos*, mas sim os *bits*. É nisso que reside a questão central do dilema moderno.

Referindo-se às novas trilhas que iremos percorrer nessa infovia, PETER DRUCKER afirma que:

O impacto verdadeiramente revolucionário da Revolução da Informação está apenas começando a ser sentido. Mas não é a informação que vai gerar tal impacto. Nem a inteligência artificial. Nem o efeito dos computadores sobre os processos decisórios, determinação de políticas ou criação de estratégias. É algo que pratica-

² PLATÃO, A República, Livro VII apud LUCCA, Newton de. *Titulos e Contratos Eletrônicos - Advento da Informática e seu Impacto no Mundo Jurídico*. In: LUCCA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). *Direito & Internet - Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000. p.27.

mente ninguém previa, que nem mesmo era comentado 10 ou 15 anos atrás; o comércio eletrônico – ou seja, a emergência explosiva da Internet como importante (e, talvez, com o tempo, o mais importante) canal mundial de distribuição de bens, serviços e, surpreendentemente, empregos na área administrativa e gerencial.³

No entanto, apesar do impacto da rede das redes já ser verificável empiricamente, a tradição misonicista de nossos juriconsultos continua a condenar às trevas extremas toda e qualquer manifestação tendente a dar real e efetiva segurança jurídica às relações intersubjetivas desse novo ambiente virtual. Nossas Faculdades de Direito permanecem atreladas à poeira de séculos e não se apercebem de que à Internet bate em suas portas, as chama pelo nome, conhece suas necessidades e, mesmo assim, insistem em tratá-la como uma estranha que não merece maiores considerações. Parece que se acostumam de tal maneira ao tradicionalismo burocrático

3 DRUCKER, Peter. O futuro já chegou. **Exame – digital**. [s.l.: s.n.], mar2000, p. 113. Cabe aqui um pequeno comentário à afirmação feita no trecho citado de que “praticamente ninguém previa” o aparecimento e desenvolvimento da Internet. É curioso observar que em 1938, H. G. Wells publica o livro *O cérebro mundial* e apesar de ter sido escrito antes da revolução tecnológica, em muitos aspectos antecipa a World Wide Web. O cérebro mundial é uma compilação de conferências e artigos de revistas. Wells adverte que o conhecimento está crescendo a passos largos e que ao mesmo tempo a maior parte dos habitantes do planeta se mantém em uma ignorância incrível. A humildade necessitava desesperadamente do que chamou Enciclopédia Universal Permanente que funcionaria como um cérebro mundial por meio do qual a informação é registrada e se distribui de maneira imediata por todo o globo. Para Wells esta enciclopédia tamanho familiar seria uma força poderosa que unificaria as nações e aceleraria o advento de um mundo livre de guerras. Afirmava ser possível, num futuro próximo, termos bibliotecas microscópicas de registro nas quais se guardariam os livros ou documentos importantes para que qualquer estudante, de qualquer parte do planeta, pudesse sentar-se com seu “projétil” à hora em que lhe conviesse, para examinar qualquer livro, qualquer documento, em uma réplica exata. “Esta organização enciclopédica”, escribió Wells, no sine por que estar concentrada em un lugar, y puede adoptar la forma de red; se centralizaría mental, pero quizás no físicamente... sus archivos y salas de conferencias serían el meollo de su existencia, la Enciclopedia básica constituiría el comienzo material de un auténtico Cerebro Mundial”. WELLS, H. G. *O cérebro mundial* apud GARDNER, Martin. *La Internet, ¿Cerebro mundial?* **Revista Universidad de Antioquia**, Colombia, n. 258, p. 109. Out./dez/1999.

do ensino jurídico atual que simplesmente demonstram verdadeira aversão às idéias novas, verdadeiro horror ao progresso. Isso nos faz lembrar o exemplo citado por MONTAIGNE, em sua obra *Ensaio*, ao falar da dificuldade da humanidade em abandonar certos hábitos:

parece-me haver muito bem compreendido a força do costume quem primeiro inventou essa história de uma mulher que, tendo-se habituado a acariciar e carregar nos braços um bezerro, desde o nascimento, e o fazendo diariamente, chegou pela força do hábito a carregá-lo ainda quando já tinha tornado um boi.⁴

A velocidade das mudanças deixa perplexos os corações daqueles que não estão preparados para sair de sua platônica caverna e perceber que o papel que pesquisadores jurídicos e o Judiciário em geral tem por realizar

não é criticar e combater certas teorias erradas, para corrigi-las ou substituí-las por outras melhores. Tem de fazer algo inteiramente diverso. Tem de destruir um mundo e substituí-lo por outro. Tem de reformar a estrutura de nossa própria inteligência, reformular novamente e rever seus conceitos, encarar o Ser de uma nova maneira, elaborar um novo conceito do conhecimento, um novo conceito da ciência, e até substituir um ponto de vista bastante natural – o do senso comum – por um outro que, absolutamente, não o é.⁵

4 MONTAIGNE, Michel de. *Ensaio*. Trad. Sérgio Millet, São Paulo: Abril Cultural, 1972. p.61. (Col. Os Pensadores XI)

5 KÖYRÉ, Alexandre. *Estudos de história do pensamento científico*. Trad. e rev. Márcio Ramalho, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982.

3. ASPECTOS JURÍDICOS DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

O Direito é uma ciência tipicamente conceitual. Necessário se faz, então, estabelecer o conceito de contrato eletrônico. Não obstante essa consideração, é preciso deixar claro, antes de mais nada, que:

Não se pretende imaginar-se um novo tipo de contrato no âmbito da teoria geral dos contratos. O contrato será sempre de uma compra e venda, ou de uma prestação de serviços, ou de uma locação de coisa, etc. Mas será celebrado por um meio eletrônico.⁶

Passemos, então, à conceituação: contrato eletrônico é a nova forma de contratação da sociedade contemporânea, efetuada por intermédio de programas de computador. Longe de abarcar toda complexidade do tema em análise, tal conceito servirá para nossas posteriores ponderações.

Em princípio, nada de novo surge nos negócios via Internet pois eles são realizados sobretudo em virtude de um tradicional instrumento jurídico: o Contrato. Assim, para existir o contrato eletrônico é necessário, da mesma forma que qualquer outro tipo de contrato, que se encontrem presentes três requisitos essenciais, quais sejam: 1) a capacidade das partes; 2) a idoneidade do objeto; e 3) a legitimação para realizá-lo.

Igualmente, são aplicáveis aos contratos eletrônicos as normas contidas no Código Civil sobre interpretação, eficácia, rescisão, nulidade, obrigações do comprador e do vendedor, etc.⁷ Nada de novo haveria, pois – não fosse a forma desse contrato que, no mundo digital, passa por profunda transformação.

6 LUCICA, op. cit., p. 46.

7 Cf. LÓPEZ, Valerín Carmososa. Los Contratos Informáticos. Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático, Mérida, 1998, p. 179. O Dr. Valerín López é presidente da FIADY – Federación Internacional de Asociaciones de Derecho e Informática – e embora esteja se referindo a aplicação da legislação de seu país aos contratos informáticos, tal consideração também vale para a legislação brasileira.

Não há mais de ser considerada única, como quase sempre o foi, a forma escrita para provar o que, efetivamente, as partes celebram. Estamos diante de uma nova forma de organização contratual que tem como essência não mais os átomos, mas sim os bits.

A civilização ocidental estruturou-se nos últimos milênios a partir de átomos. Esses serviam de:

Meio físico para o transporte e comunicação de mensagens no sentido de que o contrato tanto significava o vínculo jurídico como o documento redigido em papel (ou pergaminho) revestido de certas formalidades. Os átomos do papel eram o meio físico para transmitir a mensagem jurídica da criação de relações, obrigações etc. A disciplina jurídica tinha por objeto os bens materiais, este era o seu referencial básico.⁸

Agora,

uma nova civilização está em criação; nesta, o conceito relevante não é mais o de átomo, mas sim o de bit, o que traz profunda alteração na estrutura das relações e na relevância dos objetos, pois a mensagem se desatrela do meio físico passando a ter vida própria, independente de estar superposta a átomos.⁹

8 GRECO, Marco Aurélio. Internet e Direito. São Paulo: Dialética, 2000, p. 16-17.

9 Idem. *Ibidem*. Elogiável, sob todos os aspectos, esta obra do Prof. Marco Aurélio é uma das poucas que consegue, em breves linhas, deixar nítido ao estudioso a mudança de paradigma ocasionada com o surgimento da Internet. Em uma de suas brilhantes passagens se lê que "os bens tinham valor em função das características dos seus átomos; por exemplo, o ouro e os diamantes valiam em razão da sua dureza, raridade e outras qualidades físicas ou químicas. Até certa época, as próprias moedas tinham determinado valor em razão de serem compostas por determinados metais que, em si, apresentavam valor em função de seus átomos. Os valores atrelavam-se a algo real, físico e tangível." E, agora, a mudança: "o valor não está mais atrelado necessariamente às características físicas das coisas. As informações, mensagens, dados, instruções, softwares etc. adquirem valor próprio, independente dos átomos de que é formado seu meio físico." Ainda nesse aspecto, é interessante o exemplo relatado pelo Prof. Nicholas Negroponte que, ao visitar determinada empresa de seguros, foi perguntado qual o valor do laptop que portava. "O professor disse que valia dois milhões de dólares, o que gerou surpresa e perplexidade do funcionário que o atendia pois, a seu ver, o computador não poderia valer mais do que dois mil dólares. A isto aquele professor respondeu que, efetivamente, os átomos do computador valiam cerca de dois mil dólares, mas os bits (softwares, banco de dados, etc.) nele contidos valiam seguramente dois milhões de dólares." NEGROPONTE, Nicholas apud GRECO, Op. cit., p. 18-19.

3.1 As partes

No que concerne às partes celebrantes de um contrato eletrônico,

não há, na verdade, muitas considerações especiais a serem feitas. Simplesmente elas estão separadas uma da outra. Na compra e venda – o contrato básico que se celebra via Internet –, comprador e vendedor estão situados em locais diferentes, mas o problema é semelhante ao da compra e venda por telefone ou fax.¹⁰

Discute-se, porém, a questão da identificação das partes contratantes. Como saber se a pessoa com quem negociamos é realmente quem ela diz que é? De que forma comprovar que Fulano é realmente Fulano, e não Beltrano? Quais as garantias que nos são oferecidas para termos a certeza de que aquela loja virtual, a quem fornecemos o número de nosso cartão de crédito, efetivamente é uma loja e não uma quadrilha que vai usar o número do cartão para o fomento do tráfico de drogas internacional?! Várias são as questões. Todas elas tratam, no entanto, de uma mesma problemática: a autenticidade dos sujeitos envolvidos nas relações virtuais.

A complexidade da vida moderna evidencia a todo momento a necessidade de identificação. Para participarmos de um concurso público, por exemplo, é preciso apresentar uma série de documentos que comprovem quem somos e nossa adequação aos requisitos previstos no edital.

¹⁰ LUGCA, Op. cit., p.59

Para atuarmos em juízo como advogados, é necessária a verificação do instrumento de mandato. Ao dirigirmos tem-se como obrigatório o uso da carteira nacional de habilitação e dos documentos identificadores do veículo. Enfim, está sempre presente na vida cotidiana a necessidade de identificação dos sujeitos com quem nos relacionamos a fim de comprovar a autenticidade dos direitos subjetivos que por ventura invoquem.

Um outro aspecto a ser analisado é o referente à capacidade jurídica das partes para realizar o negócio jurídico bilateral.

Mesmo com a identificação do terminal, não se resolve a questão, pois este pode ser de outra pessoa que não aquela que efetuou a operação. Uma senha ou um código secreto servem para identificar o usuário credenciado junto ao provedor, mas não a própria pessoa que tenha efetuado a operação.¹¹

Assim, em tese, um jovem de 12 anos pode ter criado uma loja na Internet e estar fazendo operações de compra e venda. Esse mesmo jovem pode ter conseguido a senha de seu pai e estar realizando lances num leilão virtual.

3.2 A integridade dos documentos eletrônicos

Outra questão fundamental que desponta na linha de frente das preocupações com a celebração dos contratos eletrônicos diz respeito à integridade dos documentos e das mensagens. Como certificar-se de que o conteúdo do documento não foi alterado entre o emitente e o receptor?

¹¹ *idem*, *ibidem*.

Com o advento do comércio eletrônico e das práticas contratuais on-line, estamos presenciando o fenômeno da desmaterialização das relações¹², isto é, estamos progressivamente suprimindo a presença física das partes na celebração dos negócios. Destarte, nos contratos virtuais, há uma alteração no meio pelo qual foi feito o acordo e na forma de entregar a coisa, que muitas vezes ocorre através do próprio computador, como a entrega de programas para serem baixados por um dos contratantes em forma de *download*.¹³

Além disso, o suporte material clássico (papel), vem sendo substituído pelo suporte magnético utilizado nas transmissões eletrônicas de dados. Este permite ampla manipulação de seu conteúdo sem deixar vestígios das modificações realizadas, facilitando, assim, a falsificação.¹⁴

A integridade dos documentos eletrônicos pode ser violada não só através da falsificação dolosa do conteúdo do pacto contratual (fraude), mas também em decorrência de possíveis erros humanos (no envio e recebimento das mensagens), ou técnicos (defeitos ou interferências nas transmissões).

3.3 A Assinatura Digital

A solução preconizada pelos especialistas para o problema da identificação das partes contratantes e da inte-

12 Cf. QUEIRÓZ, Regis Magalhães Soares de. Assinatura Digital e o Tabelião Virtual In: LUCÇA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores) *Direito & Internet - Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000. p.376.

13 Cf. BRASIL, Angela Bittencourt. Contratos virtuais. Disponível em: http://www.ciberdex.adv.br/arquivos/contratos_virtuais.htm, acesso em 03 de maio de 2000.

14 QUEIRÓZ, Op. cit., p.382. A esse respeito, o Prof. Silvio Alexandre faz as seguintes considerações: "Imagine um mundo onde os transgressores não deixam pegadas, onde as coisas podem ser furtadas um número infinito de vezes e ainda assim ficam na posse dos seus donos originais; onde coisas de que você nunca ouviu falar possuem a história de seus assuntos pessoais; onde a física é aquela do pensamento que transcende o mundo material; e, onde cada um é uma realidade tão verdadeira como as sombras da caverna de Platão" ALEXANDRE, Silvio apud LUCÇA, Op. cit., p.28.

gridade do conteúdo dos documentos eletrônicos está na adoção da assinatura digital. Essa é, na atualidade, um dos meios mais garantidos de manter o sigilo das informações seguras na rede.

Não pretendemos fazer uma análise pormenorizada sobre a segurança nas relações virtuais, pois trata-se de tema vasto e complexo. É necessário, todavia, tecer breves considerações sobre a técnica da criptografia e o modo pelo qual vem sendo usada a assinatura digital nos contratos eletrônicos.

A criptografia (*escrita oculta, do grego*), consiste na técnica de embaralhamento, com códigos simétricos e assimétricos, de dados confidenciais, que poderão ser identificados apenas por fonte segura.

*O mecanismo funciona pela aplicação de um padrão secreto de substituição dos caracteres, de maneira que a mensagem se torne ininteligível para quem não conheça o padrão criptográfico utilizado.*¹⁵

Historicamente, encontramos a utilização de métodos criptográficos na chamada "Escrita Cifrada de César", que consistia na utilização de uma rudimentar técnica criptográfica com objetivos militares. Assim, o imperador romano Júlio César, ao enviar instruções aos centuriões, substituía cada letra do texto pela terceira letra seguinte no alfabeto (cada letra A era substituída por um D, cada B por um E). Com isso, evitava o risco de interceptação ou de traição de seus mensageiros no campo de batalha.

A criptografia é utilizada para que documentos legíveis sejam transformados em um agrupamento de caracteres sem sentido. A informação é registrada em um conjunto de bits

15 QUEIRÓZ, Op. cit., p.385.

convencionalmente denominado de chave. Quando a mesma chave é utilizada para cifrar e para decifrar a mensagem diz-se que há uma criptografia simétrica. Por exemplo, na Escrita Cifrada de César, a chave que os centuriões utilizavam para decifrar as mensagens era a mesma utilizada para codificá-las, apenas a utilizavam em operação inversa.

Atualmente, o método criptográfico utilizado é assimétrico, ou seja, não há coincidência entre a chave que codifica e a que decodifica a informação. Existem duas chaves: uma pública – de livre acesso a terceiros –, outra privada – necessariamente sigilosa.

Através da criptografia assimétrica uma pessoa, utilizando sua chave privada, cifra determinada mensagem para que aqueles que tenham conhecimento de sua chave pública possam decifrar a informação presente no documento. Por esse método, a informação só será revertida ao seu estado original se houver a junção do par de chaves necessário para realizar as duas operações.

Dessa forma, se: a) o uso e controle da chave privada permanecer em sigilo; b) houver a garantia de que as chaves podem ser atribuídas a um sujeito determinado; e c) confiarmos nas máquinas e programas de computador utilizados, podem ser verificadas, com razoável grau de segurança, a autenticidade e integridade do documento eletrônico.¹⁶

4. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Com o advento da Internet, novas e atípicas condutas surgem a todo instante. Presenciamos a rápida modificação dos comportamentos sociais e, concomitantemen-

te, o aparecimento de conflitos que demandam a proteção e garantia jurídicas.

O comércio eletrônico desconhece fronteiras e ultrapassa os limites das jurisdições dos diversos países, fazendo com que haja a necessidade de se verificar qual a jurisdição adequada para dirimir os conflitos on-line.

Em palestra proferida no I Congresso Internacional do Direito na Tecnologia da Informação, realizado no Recife, em novembro de 2000, o Dr. Demócrito Reinaldo Filho esclarece que a legislação aplicável para a resolução de controvérsias jurídicas não é a do foro do provedor. Esse seria apenas um mero intermediário da comunicação eletrônica. Na verdade, o que existe é o vínculo entre a parte e seu local do estabelecimento ou residência. Assim, por exemplo: mesmo que um brasileiro esteja nos EUA realizando um contrato com a Europa, a lei a ser aplicada não será a do provedor nos EUA, pois o sujeito está vinculado ao seu estabelecimento.

O problema da legislação aplicável nas relações virtuais, sobretudo pelo fato de ser muito freqüente no comércio eletrônico a contratação internacional, motivou as seguintes propostas: 1) Aplicar convênios internacionais; 2) Aplicar a legislação do vendedor; 3) Aplicar a legislação do comprador; 4) Criar normas específicas para a Internet.¹⁷

A tentativa de aplicar convênios internacionais é difícil pois os tratados que versam sobre a contratação internacional não têm uma regulamentação específica a respeito dos contratos eletrônicos.

No que concerne à legislação brasileira, temos que a Lei de Introdução ao Código Civil em seu art. 9º, *caput*,

16 DINIZ, Davi Monteiro. Documentos eletrônicos: um estudo sobre a qualificação dos arquivos digitais como documentos. *Revista da FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS*, Belo Horizonte: p.307-308, n.5, 1998.

17 Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. Informática, cyberlaw e e-commerce. In: LUGCA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores) e outros. *Direito & Internet - Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000, p.435.

dispõe que “para qualificar e reger obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. No §2º do mesmo artigo está dito que “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída do lugar em que reside o proponente”. Aceitando apenas essa norma como correta, numa compra e venda celebradas eletronicamente no Brasil, destinadas à aquisição de um bem no exterior, a lei aplicável seria a do país estrangeiro, local em que se situa o proponente.¹⁸

No entanto, a própria Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 17, estabelece que:

As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Além disso, o legislador constituinte de 1988 promoveu a proteção ao consumidor no Brasil, elevando-a à categoria de direito individual e coletivo e, concomitantemente, aos deveres impostos ao Estado (art. 5º, XXXII, CF/88), bem como o princípio basilar da ordem econômica (art. 179, V). Nesse sentido, passaremos a analisar a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor na Internet.

4.1 Relações virtuais de consumo e aplicação do CDC

A lei 8.078, de 11.9.90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor ou CODECON, entrou em vigor em 11.3.91, representando uma considerável inovação no

18 Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Competência no comércio e no ato ilícito eletrônico. In: LUCCA, op. cit., p. 353.

ordenamento jurídico brasileiro, uma verdadeira mudança na ação protetora do direito. De uma visão liberal e individualista do Direito Civil, passamos a uma visão social, que valoriza a função do Direito como ativo garante do equilíbrio, como protetor da confiança e das legítimas expectativas nas relações de mercado.

A contratação eletrônica apresenta grandes desafios para o direito do consumidor, abrangendo temas muito diversos, como o consentimento, a publicidade, as cláusulas abusivas, a proteção da privacidade e muitos outros.

Apesar de ainda não possuir uma regulamentação legal específica, as relações de consumo on-line encontram amparo nas disposições legais ora existentes, sobretudo as que se referem ao Código de Defesa do Consumidor. Destarte, oferta e apresentação de produtos e serviços feitas através da Internet devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa, sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de eventuais riscos que apresentem à saúde e segurança dos consumidores (art. 31 da Lei 8078/90).

É proibido através da Internet: a) enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer serviço, considerando-se caso ocorra, como amostra grátis, não sendo obrigado a pagar; b) descumprir o prazo de entrega do produto ou de execução do serviço; c) deixar de informar previamente as despesas de remessa do produto; d) executar serviços sem a prévia autorização expressa do consumidor; e) cobrar quantia indevida, que uma vez paga, deverá ser devolvida em dobro corrigida monetariamente e com juros legais.

A Internet modificou substancialmente o Direito Civil no Brasil, alterando o conceito sobre o direito das obrigações e modificando a vida das pessoas. Para o Min. do STJ, RUY ROSADO, é perfeitamente aplicável aos negócios rea-

lizados através da rede mundial de computadores, a cláusula de arrependimento (art. 49 CDC), em que o consumidor tem o direito de voltar atrás em sua decisão, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação ocorrer fora do estabelecimento comercial.

O site da empresa ofertante não pode ser considerado dependência do estabelecimento. O consumidor está em casa, conectado ao computador, realizando um negócio a distância e pode estar recebendo influências externas para fazer a compra.¹⁹

O foro adequado para o ajuizamento das ações é o local onde ocorreu o dano, no caso em análise, é o foro do consumidor o que deve ser julgado competente pois o consumidor na Internet não pode estar exposto a riscos. Impõe-se a aplicação dos dispositivos presentes no CDC como a inversão do ônus da prova, a vedação da cláusula de exoneração de responsabilidade, a proibição de práticas abusivas, a utilização do prazo de 7 dias como direito de arrependimento, etc.

É necessário proteger as relações de consumo virtuais contra as práticas abusivas pois, da mesma forma que ao embarcarmos num avião não inspecionamos os controles do aeroporto nem a capacidade do piloto, quando contratamos via Internet, não fazemos uma investigação sobre a solvência do ofertante, do servidor, o funcionamento das chaves, o sistema de segurança nas transações e outros aspectos.²⁰

19 AGUIAR, Ruy Rosado de. Ministro do STJ alerta para a fragilidade jurídica dos Contratos pela Internet. *Suplemento ADCOAS*, São Paulo: a.1, n.20, 2ª quinzena p.247-248, out/2000.

20 Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. cit.*, p. 442.

Não obstante o exposto, não se pode afirmar que o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor será sempre aplicado, porque: 1) algumas ofertas de contratação serão expressamente regidas pela lei estrangeira; e 2) temos que o CDC não é suficiente para regular todas as condutas desenvolvidas com o advento da Internet.

4.2 Da necessidade de uma legislação específica

Ao tratar da necessidade da criação de normas adequadas às novas tecnologias, o Prof. MARIO LOSANO afirma categoricamente que:

Este vazio legislativo existente na Internet obriga estender, por analogia, as normas existentes a situações novas que a informática vai criando. Os resultados são, freqüentemente, insatisfatórios, porque as normas editadas em época pré-informática podem regular as novas situações até um determinado ponto, mas, com freqüência, não conseguem servir de caminho precisamente nas relações em que as novas tecnologias se revelam mais inovadoras²¹

Para solucionar esse problema de ausência de lei específica, a UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – desenvolveu uma Lei Modelo, sobre o comércio eletrônico que se propõe a servir de guia, ou melhor, de paradigma fundamental para

21 LOSANO, Mário G. Os problemas legais da editoria em CD-ROM. *Revista Ajuris*, Porto Alegre: v.50, n.17, p. 88-89, nov/ 1990.

os demais países. Composta de 17 artigos, a Lei Modelo tem a finalidade de apresentar a todas as nações princípios gerais para haver uma espécie de uniformização jurídica na Internet.

A UNCITRAL estabelece que os documentos eletrônicos só terão valor probatório se atenderem a certos requisitos essenciais, quais sejam: o reconhecimento legal (art. 5º); a previsão de forma escrita quando essa for considerada necessária (art. 6º); o problema da assinatura e de seu sucedâneo legal (art. 7º); a permanência da integridade da proposta quando essa chega ao destinatário (art. 8º).

Vários países já adotaram o modelo da UNCITRAL, como os Estados Unidos, a Alemanha, a França, a Argentina e a Colômbia. No Brasil, existe um Anteprojeto de Lei, elaborado pela Comissão de Informática da OAB, que tem o escopo de garantir proteção jurídica aos novos ambientes virtuais, recheados de relações intersubjetivas ainda carentes de uma real e efetiva segurança.

Uma lei apropriada incentivará, cada vez mais, as transações eletrônicas, trazendo segurança para o usuário, hoje refém da vulnerabilidade aventureira de um território em que não se sabe muito bem qual o direito a ser aplicado.

Embora a maioria de nossas centenas de normas continuem sendo aplicadas aos contratos eletrônicos, temos que, dada a especialidade, transcendência e complexidade que possuem, tais contratos requerem uma regulação específica. "Pero no intentemos imponer en el mundo virtual las normas que no podemos cumplir en el mundo real."²² Por isso, a lei deve ser feita com uma visão futurista, jamais amarrar o país à época de sua edição, mas orientar gerações, dentro de princípios considerados fundamentais para o desenvolvimento e bem-estar social.

²² LOPEZ. *Op. cit.*, p. 179.

5. DISPOSIÇÕES FINAIS

O ser é; o não-ser não é. (...) Este princípio, descoberto por Parmênides, é o princípio lógico da identidade. Na Internet, todavia, o ser pode não ser quem diz ser!! Melhor explicando: "num mundo digital, quem tiver a minha senha e tiver o controle sobre meus registros pessoais ou patrimoniais poderá ser EU".²³

Disso resulta a necessidade de se estabelecer meios tecnológicos e jurídicos que permitam garantir adequada segurança às relações desenvolvidas na World Wide Web. Os contratos eletrônicos e as negociações no e-commerce, de um modo geral, só alcançarão sua plenitude quando tivermos certeza da autenticidade das partes contratantes, da integridade do conteúdo pactuado e da legislação a ser aplicada caso haja algum conflito de interesses.

É preciso promover uma coordenação internacional que permita o desenvolvimento de um novo marco no funcionamento das redes digitais do século XXI, levando em conta sua enorme importância para o desenvolvimento social e econômico das gerações vindouras.

A realidade jurídica não pode desconsiderar esses novos tempos marcados pelo conflito virtual. Mas bem ao contrário, o Poder Judiciário deve estar atento ao ciberespaço, bem como estruturado para demandas virtuais, evitando soluções paliativas que não restabelecem a paz social, mas levam à litigiosidade contida, gerando sentimento de insatisfação que não condiz com uma sociedade justa e evoluída.

O barco, citado por Gilberto Gil em sua música Pela Internet, só poderá velejar tranqüilamente nesse "infomar" quando passar a contar com a bússola do Direito a orientar sua direção e a proteger seu navegar.

²³ GRECO. *Op. cit.*, p. 40.

6. REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ruy Rosado de. Ministro do STJ alerta para a fragilidade jurídica dos Contratos pela Internet. **Suplemento ADCOAS**. São Paulo: Esplanada, a. I, n.20, 2ª quinzena, out/2000.

BRASIL, Angela Bittencourt. Contratos virtuais. Disponível em: <http://www.ciberlex.adv.br/artigos/contratos>. Acessos em 03 de maio de 2000.

DINIZ, Davi Monteiro. Documentos eletrônicos: um estudo sobre a qualificação dos arquivos digitais como documentos. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte: n.5, 1998.

DRUCKER, Peter. O futuro já chegou. **Exame – digital**. [s.l.: s.n.], mar./2000.

GARDNER, Martin. La Internet: ¿Cerebro mundial? **Revista Universidad de Antioquia**, Colômbia: n. 258, out./dez/1999.

GRECO, Marco Aurélio. **Internet e Direito**. São Paulo: Dialética, 2000.

KOYRÉ, Alexandre. **Estudos de história do pensamento científico**. Trad. e rev. Márcio Ramalho. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982.

LOPÉZ, Valentín Carrascosa. Los Contratos Informáticos. Informática y Derecho: **Revista Iberoamericana de Derecho Informático**. Mérida, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luís. Informática, cyberlaw e e-commerce. In LUCCHA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores) e outros. **Direito & Internet – Aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo, Edipro, 2000.

LOSANO, Mário G. Os problemas legais da editoria em CD-ROM. **Revista Ajuris**, Porto Alegre: v.50, n.17, nov/1990.

LUCCHA, Newton de. Títulos e Contratos Eletrônicos – Advento da Informática e seu Impacto no Mundo Jurídico. In: LUCCHA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores) e outros. **Direito & Internet – Aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Edipro, 2000.

MONTAIGNE, Michel de. Ensaaios. Trad. Sérgio Milliet. 1.ª ed. São Paulo: Abril Cultural, nov/1972. (Col. Os Pensadores XI).

QUEIRÓZ, Regis Magalhães Soares de. Assinatura Digital e o Tabelaio Virtual. In: LUCCHA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores) e outros. **Direito & Internet – Aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Edipro, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**, 8ª ed. Porto: Afrontamento, 1996.

A PROTEÇÃO DO ESTADO À UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR E A GARANTIA DO DIREITO DE HERANÇA

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. DIREITO CONSTITUCIONAL E CONSTITUIÇÃO – BREVES REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS. 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO, GARANTIAS E SUA PROTEÇÃO. 3. UNIÃO ESTÁVEL. 3.1. A discriminação da união estável pela sociedade... 3.2. ... E a proteção concedida pelo Estado. 3.3. Conceito e requisitos básicos da união estável. 3.4. Legislação aplicada. 4. DIREITO DE HERANÇA COMO EFEITO PATRIMONIAL DA UNIÃO ESTÁVEL. 4.1. Considerações preliminares. 4.2. Requisitos. 4.3. Habilitação no inventário. 4.4. Direito à herança. 4.5. Direito à meação. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS

1. DIREITO CONSTITUCIONAL E CONSTITUIÇÃO – BREVES REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS

Integrante do chamado Direito Público, entendido esse como sendo

o conjunto de leis, elaboradas para regularem os interesses de ordem coletiva, ou seja, precipuamente, a organização das instituições entre si, e destes com os elementos particulares, não quando encarregados isoladamente, mas como membros da coletividade, em defesa dos interesses da sociedade,¹

1 SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I.

o Direito Constitucional é “a ciência positiva das constituições”, que “interpreta e sistematiza os princípios e normas fundamentais do Estado”² a partir do que, forma o conteúdo da Constituição. O Direito Constitucional, considerado o mais fundamental dos Direitos Públicos, de ordem interna,

*enfeixa todos os princípios jurídicos, indispensáveis à organização do próprio Estado, à constituição de seu governo, dos poderes públicos, à declaração dos direitos das pessoas, quer físicas, quer jurídicas, traçando assim os limites de ação do Estado, na defesa dos interesses da coletividade que o compõe.*³

Sanchez Agesta declara, referindo-se às normas fundamentais do Estado: “Suas normas constituem uma ordem em que repousam a harmonia e a vida do grupo, porque estabelece equilíbrio entre seus elementos...”. Daí caber ao Direito Constitucional “o estudo sistemático das normas que integram a Constituição do Estado”.⁴

De seu lado, Constituição, em sendo o objeto do estudo do Direito Constitucional, no sentido de lei fundamental, é entendida como um sistema de normas jurídicas que busca estruturar e organizar os elementos constitutivos do Estado, assegurar, garantir e proteger os direitos do cidadão, aquele que está no gozo dos direitos civis e políticos do Estado.

Doutrinariamente, a Constituição pode ser conceituada e interpretada nos aspectos jurídico, político e sociológico. E cada um desses aspectos foi apreciado por três estudiosos. O primeiro deles, Hans Kelsen, apresentou

2 FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. São Paulo: Saraiva, (19???)

3 *Idem* 1.

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

um conceito jurídico de Constituição, dizendo ser um conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma de governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação. No caso, a Constituição é considerada norma pura, haja vista a inexistência de pretensão de fundamentação sociológica, política ou fisiológica. Apresentando um conceito político de Constituição, um outro estudioso, Carl Schmitt, a considera como decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma da existência da unidade política, fazendo distinção entre Constituição e leis constitucionais. Estuda a Constituição como uma decisão política fundamental, não desprezando os aspectos social e jurídico. Já o conceito sociológico de Constituição, defendido por Ferdinand Lassalle, ressalta ser a Constituição a soma dos fatores reais do poder que regem o País, constituindo-se em uma Constituição real e efetiva, haja vista fundar-se nos fatos sociais existentes e havidos na Sociedade. Considera, pois, que a Constituição escrita não passa de uma “folha de papel”.

A Constituição pode ser classificada quanto ao seu conteúdo, forma, modo de elaboração, origem e estabilidade.

Quanto ao seu conteúdo, pode ser em material e formal. Material, em sentido amplo, “identifica-se como a organização total do Estado”⁵. Em sentido estrito, “designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e direitos fundamentais”⁶. Formal é o “peculiar modo de existir do Estado, reduzido sob a forma escrita”⁷. Quanto à sua

5 *Idem*

6 *Idem*

7 *Idem*

forma, em escrita e não escrita. Escrita, quando a preceituação estruturadora do Estado vem documentada num texto. Não Escrita ou Costumeira, é a que se fundamenta nos usos e costumes cristalizados pela passagem do tempo. Quanto ao seu modo de elaboração, em dogmática e histórica. Dogmática é elaborada por um órgão constituinte e sistematiza as “idéias fundamentais da teoria política e do Direito dominantes no momento”⁸. Histórica resulta da “formação lenta da própria história, da evolução das tradições, dos fatos sociopolítico”⁹, sendo, por vezes, interpretada como costumeira. Quanto à origem, em votada ou promulgada e outorgada. Votada ou promulgada, quando se origina de assembleia popular eleita para exercer a atividade constituinte. Outorgada, quando positivada por uma única pessoa ou um grupo delas, que não recebeu do povo, diretamente, o poder para exercer a função constituinte. Quanto à estabilidade, em rígida, flexível e semi-rígida. Rígida, quando demanda processo especial e qualificação para sua modificação, da qual deriva a criação de norma constitucional. Flexível, quando inexistente o referido processo especial, sendo aplicável procedimento legislativo comum para sua modificação. Semi-rígida, exige para modificação de seus dispositivos processo especial e processo legislativo comum.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO, GARANTIAS E SUA PROTEÇÃO

José Afonso da Silva, em sua obra Curso de Direito Constitucional Positivo, se reporta a Pérez Luño que, com louvável acerto, declara que os direitos fundamentais do homem, designados no nível do direito

⁸ *Idem*

⁹ *Idem*

positivo, são aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Os direitos fundamentais do cidadão representam a ideologia de um Estado que identifica os objetivos políticos e concretiza na sociedade um sentimento para um harmônico convívio, respeitando a natureza humana de seus membros.

A natureza dos direitos fundamentais é eminentemente de normas constitucionais fundamentada no princípio da soberania visando à dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana, caracterizando-se pela historicidade, haja vista que são oriundos da evolução da sociedade e de sua história, pela inalienabilidade, vez que são direitos intransferíveis e inegociáveis, face inexistência de conteúdo econômico-patrimonial, pela imprescritibilidade, pois não há regra no direito positivo que limite o exercício ou a fruição do direito fundamental pela prescrição e pela irrenunciabilidade, pois que o indivíduo não pode renunciar a ele.

Caracterizam-se, ainda, os direitos fundamentais, por serem inatos, absolutos e invioláveis, classificando-se como direitos individuais, direitos coletivos, direitos sociais, direitos à nacionalidade e direitos políticos.

Postos os direitos fundamentais, urge garanti-los. Mas como observa Sampaio Dória, “os direitos são garantias, e as garantias são direitos”. Confundem-se, portanto. A doutrina procura esclarecer, sem contudo definir e diz que os direitos declarados e as garantias são asseguradas. De fato, a própria Constituição Federal vigente “garante” direitos e “assegura” direitos. No entanto, não separa criteriosamente “direitos” e “garantias”, como ensinou Ruy Barbosa ao declarar que “uma coisa são os direitos, outra as garantias”.

No estudo mais detalhado da Carta Magna, não há como considerar, unicamente, como direitos do cidadão, aqueles estatuídos no Título II. Isso porque, se verificado mais amiúde todo o seu conteúdo, tem-se que a sua intenção fundamental é a garantia da convivência digna, livre e igual de todas as pessoas, em todos os seus aspectos, não sendo oportuno desconhecer a incessante busca do “equilíbrio entre os seus elementos”, como forma de proteger e garantir os direitos do cidadão. Aliás, diga-se que a República Federativa do Brasil, enquanto Estado democrático de direito, tem como um dos fundamentos “a dignidade da pessoa humana” e como um dos objetivos fundamentais a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

3. UNIÃO ESTÁVEL

3.1 A discriminação da união estável pela sociedade...

Até a Constituição Federal de 1967, após a Emenda nº 1, de 1969, constava no seu art. 175 que a família era constituída pelo casamento e recebia a proteção dos Poderes Públicos. O casamento ali enfocado, era aquele casamento civil criado pelo Decreto nº 181, datado do ano de 1890. É de ressaltar que, antes do dito Decreto, o casamento acolhido, reconhecido e aceito pela sociedade como forma de sustentação familiar era o casamento religioso que trazia traços e resquícios visíveis dos casamentos adotados no Direito Romano, sem a produção de efeitos civis.

É de sabença que a família expressa uma instituição de direito natural. Aliás, Régis Jolivet diz que a família é anterior à sociedade política.¹⁰

10 JOLIVET, Régis. *Tratado de Filosofia*. Rio de Janeiro: Agir, 1966.

Com o transcorrer dos tempos e com o desenvolvimento da sociedade, houve o entendimento, se bem que não unânime, que a família se constitui não só pelo casamento civil, mas, também, pela união estável entre um homem e uma mulher, na medida em que a forma com a intenção de constituí-la uma entidade familiar.

Mas há de ser dito que, antes da proteção que recebeu do Estado, através da Constituição Federal de 1988, a união pura e simplesmente entre um homem e uma mulher era considerada, de logo, não como “união”, mas com a designação de “concubinato”, chegando até, em época mais remota, a receber a pecha de família ilegítima. Isso porque somente era reconhecida a família legitimada, aquela constituída pelo casamento civil. E com essa designação, ficava não só discriminada a própria família como instituição, mas os filhos constituídos, apesar de registrados civilmente e desamparados, mutuamente, os companheiros. Além do mais, a sociedade não “olhava com bons olhos” aquela família, o que, indiscutivelmente, traduzia um comportamento rançoso e conceitual, quase sempre, como relembra o eminente Des. Luiz Melébio Uiracaba; impingindo aos conviventes, em especial à mulher, as denominações de “amante, concubina, manteúda, comborça, amásia, arranjo, sexta-feira, espingarda”, entre outros ofensivos adjetivos. E por um desses adjetivos eram chamadas, no Brasil, a Marquesa de Santos e a Condessa de Barral, que mantinham relação concubinária com Imperadores, levando o concubinato a ganhar o estigma de indecência, inaceitável pela sociedade e exposto à condenação moral, por um longo período.

A importância do casamento civil, preconizada em todas as Constituições da República, deu impulso à progressiva marginalização do concubinato.

3.2 E a proteção concedida pelo Estado

Por um longo período, os operadores do Direito tentaram convencer o legislador de que a união entre um homem e uma mulher que se propõem a constituir uma família à semelhança da constituída pelo casamento civil não pode ser considerada uma sociedade civil, mas uma entidade familiar.

É de se ressaltar, que o Brasil tinha no seio de sua sociedade a chamada sociedade concubinária ou sociedade de fato. Hoje, já ostenta o percentual aproximado de 65% de famílias unidas sem a consagração do casamento civil.

Aquela realidade fez com que o Estado fosse cuidando do assunto, chegando, como bem chegou, a normatizar na Carta Magna de 1988, o amparo à família indistintamente, trazendo para si a responsabilidade com sua proteção. E, dessa forma, trata da família, não só a constituída pelo casamento civil, mas, também, a constituída pela união estável, como entidade familiar. Entretanto,

... a Constituição não trata diretamente das relações entre os cônjuges/companheiros, suas características, obrigações, deveres, efeitos, requisitos para sua constituição, causas pessoais de separação, etc., deixando para a legislação infraconstitucional ocupar-se com a matéria, à luz dos aspectos históricos e influências doutrinárias, sociais e religiosas a respeito.¹¹

Surgiu, portanto, a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que dispõe sobre os direitos de companheiros a alimentos, sucessão e meação em caso de morte, em vigor desde a publicação, em 30 de dezembro de 1994, até

11 CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996.

que parcialmente revogada pela Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, em vigor desde 13 de maio de 1996 que, de fato, veio a regulamentar o art. 226, § 3º da Constituição Federal, procurando dar definição à união estável, estabelecendo direitos e deveres aos conviventes.

A legislação supra referenciada será, oportunamente, apreciada.

3.3 Conceito e requisitos básicos da união estável

É de se observar que a Constituição Federal reconheceu o “concubinato” ao dispor no seu art. 226, § 3º que: “Para efeito da proteção do estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (grifei). Dessa forma, a designação “concubinato”, para efeito de proteção constitucional, deixou de existir, passando a denominar-se “união estável” e seus componentes de “companheiros” e não mais “concubinos”.

Com tais princípios, quis o legislador amparar as uniões conjugais ditas irregulares, tornando-as merecedoras da proteção estatal, resgatando sua dignidade, visto que, praticamente equiparadas à família legalmente constituída pelo casamento.¹²

Entretanto, é de merecer destaque que a Constituição Federal ao proteger a união estável em seu art. 226, § 3º, não a igualou ao casamento. Tanto que, ao final da norma constitucional, enfatiza: “... devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. E a Lei que trata da conversão da união estável em casamento, vale dizer, Lei nº 9.278/96, é a própria lei que regulamentou o art. 226, § 3º da Cons-

12 OLIVEIRA, Basílio de. *O Concubinato e a Constituição Atual*. Belo Horizonte: Aide Editores, 1993.

tuição Federal, não apresentando forma, maneira ou modo de como, efetivamente, pode haver a conversão da união estável em casamento, mas, tão-somente, que os conviventes poderão fazê-lo por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio. Ora, se esse é o procedimento legal para a referida e pretendida conversão, nenhuma novidade trouxe a lei específica. É que esse mesmo procedimento é o utilizado para pedidos de casamento civil. Da experiência adquirida a respeito, o usual é o comum acordo entre os conviventes em buscar a oficialização da união em casamento, mediante requerimento dirigido ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio, dando abertura ao processo de Habilitação para o Casamento, obedecendo ao preceituado no art. 180 e seguintes do Código Civil brasileiro. E mais. Não estando o pedido fundado na lei civil, nenhum casamento será oficializado pelo Magistrado.

Mas, afinal, o que é união estável?

A Constituição Federal, ao mencionar no seu art. 226, § 3º que, “para efeito da proteção do estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar...”, deixou de conceituar a união estável, para que os estudiosos e operadores do Direito pudessem extrair do art. 1º da Lei nº 9.278/96 a sua conceituação, ao reconhecer, como entidade familiar, “a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”, com a omissão dos requisitos de natureza pessoal, tempo mínimo de convivência e prole.

A Lei Maior brasileira inseriu a união estável no Capítulo dedicado à Família, considerando-a como entidade familiar, como o fez em relação à comunidade formada por qualquer dos pais e seus ascendentes, le-

vando ao entendimento de que, apesar de a família constituir-se como base da sociedade, independe de casamento. É importante que se diga que essa consideração

*constitui-se em um avanço, já que, a nível internacional, a exemplo da Alemanha, Espanha, Japão, Itália e Portugal, as respectivas Constituições continuam acolhendo como família, aquela oriunda do matrimônio*¹³

Preocupada com a proteção da união estável enquanto entidade familiar e disciplinando a matéria no Capítulo dedicado à família, a Constituição Federal de 1988 afastou a figura do campo do Direito das Obrigações, trazendo-a para o campo do Direito de Família, como regulamentou a legislação específica, estatuindo a competência para dirimir controvérsias e conflitos às Varas de Família.

Alguns requisitos são suportes essenciais para a constituição efetiva e comprovada da União estável, a saber:

1. Diversidade de sexo: cuida-se de união entre homem e mulher;
2. Convivência ou comunidade de vida: pressupõe vida em comum, apesar do entendimento jurisprudencial que “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato” (Súmula 382 do STF). É importante delimitar o seu alcance e sua extensão, pois a referida Súmula utiliza o vocábulo concubinato em sentido amplo, pretendendo ensejar aplicação das normas do Código Civil a ele destinadas. “O que a jurisprudência entendeu é que não havia necessidade de vida em comum, sob o mesmo teto, para que o concubinato, nesse caso, estivesse caracterizado”.¹⁴
3. Durabilidade da convivência: denota que a

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

¹⁴ VELOSO, Zeno. *União Estável*, cit., p. 7

convivência por tempo razoável, suficiente para a caracterização do *intuitu familiae*, traduz a estabilidade da união, que deve ser contínua e revestida do elemento vontade, como determinante para a manutenção da união estável. 4. Publicidade e notoriedade da convivência: o que significa que a união deve ser conhecida dentro e fora do círculo dos amigos, de pessoas íntimas, de vizinhos, do meio social onde vivam os conviventes. 5. Continuidade da convivência: entende-se como a característica da permanência da vida em comum, sem interrupções, revestida de estabilidade, com a intenção e o propósito de constituir uma família. Paralelamente a todas essas características, a união estável pressupõe, para que seja reconhecida, mútuo respeito, assistência material e moral recíproca.

À vista dos requisitos, pode-se dizer que “a união estável é a convivência entre homem e mulher, alicerçada na vontade dos conviventes, de caráter notório e estável, visando a constituição de família”.¹⁵

3.4 Legislação aplicada

Antes da Constituição Federal vigente, a então chamada “concubina” não se beneficiava de direitos a exemplo de meação de bens havidos na constância da convivência comum, nomeação de condição de herdeira, entre outros. Apenas, amparada pelo art. 57 e parágrafos da Lei nº 6015/73, Lei dos registros Públicos, poderia usar o patronímico do companheiro, se vivesse em comum por cinco anos, no mínimo, ou se houvesse filhos, desde que ocorresse impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambos. E leis, como a Lei nº 4.069/62, permitiu ser a concubina a beneficiária de pen-

são deixada por servidor civil, militar ou autárquico, solteiro, desquitado ou viúvo, que não tivesse filhos capazes de receber o benefício e desde que houvesse subsistido impedimento legal para o casamento. E outras leis: Lei nº 4.284/63, segundo a qual a concubina é beneficiária de congressista falecido no exercício do mandato, cargo ou função; Lei nº 7.087/82, poderia ser dependente do segurado perante o IPC- Instituto de Previdência dos Congressistas; Lei nº 7.210/84, que permite à companheira visitar o preso e o autoriza a sair do estabelecimento penal em caso de falecimento dela, além do Decreto nº 73.617/74, que dá à concubina a condição de dependente de trabalhador rural.

Após a Constituição Federal de 1988, mais precisamente em 29 de dezembro de 1994, surgiu a Lei nº 8.971/94, que “regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão”, a qual teve origem no Projeto de lei nº 37/92 do Senado Federal, de autoria do então Senador Nelson Carneiro. Mas não regulamenta o art. 226, § 3º da Constituição Federal.

A referida lei cuida no seu art. 1º dos alimentos, condicionados à necessidade da parte postulante e à inexistência de outra união, prevendo o rito processual, aquele utilizado pela Lei nº 5.478/68. A respeito, é de se admitir a prova pré-constituída da união existente, para que o feito tramite sob a égide da lei Alimentícia e sob o rito especial. Muitas são as maneiras de se comprovar a convivência efetiva e, com isso, a possibilidade do adiantamento da tutela através dos alimentos provisórios, porque a “probabilidade não é sinônimo de certeza, mas, sim, que apresenta possibilidade, que tem aparência de verdadeiro, que se pode provar”.¹⁶

E se assim não o for, certamente o pedido percorrerá o rito ordinário. Aliás, é esse o entendimento do mestre

15 VIANA, Marco Aurélio S. *Da União Estável*. São Paulo: Saraiva, 1999.

16 NOVO DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, (19??).

Yussef Said Cahali em sua obra "Dos Alimentos", e de Fernando José Cahali, João Batista Villela e Luiz Roldão de Freitas Gomes, em artigo sobre a matéria publicado na revista do Processo nº 78, p.21, 29 e 121.

A ação de Alimentos é ação de estado, que ultrapassa os interesses particulares, porque

*se relaciona com o estado das pessoas – estado de família – e isso porque o deferimento dos alimentos importa reconhecer tal estado. É uma ação fundada no estado das pessoas.*¹⁷

Para elucidar melhor a questão, alguns exemplos de probabilidade da união estável podem ser apresentados, os quais servirão de prova pré-constituída probatória para a concessão de alimentos: cadastro em conjunto em agência bancária, conta-corrente conjunta, Justificação Judicial, fotografias que revelem típicas situações de convivência familiar, como marido e mulher, confissão extrajudicial ou judicial da existência de união estável, averbação de patronímico, decisão que concede a separação de corpos, entre outros.

Já no seu art. 2º, dispõe a referida lei sobre o direito a herança, a falta de descendentes ou ascendentes, e ao usufruto, de ¼, se houver descendentes, e de metade dos bens, se houver ascendentes. E, por fim, no art. 3º, a lei dispõe sobre a meação do companheiro sobre os bens deixados pelo autor da herança, se resultantes de atividade de mútua colaboração.

A Lei nº 8.971/94 foi inovadora, na medida em que reconheceu alimentos e a participação na herança entre os companheiros. Mas foi conservadora quando exigiu,

17 FERREIRA, Sérgio Gischnow. *Ações de Alimentos*. São Paulo: Síntese, 1991.

para tanto, o prazo de convivência de 05 anos, salvo havendo prole, para configurar a união estável, inspirando-se na antiga Lei Previdenciária e na Lei dos Registros Públicos que, igualmente, condicionam o tempo de convivência à tipificação do companheirismo.

E eis que surge a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, proveniente do Projeto de Lei nº 1.888, de 1991, da Deputada Beth Azize, que se inspirou no modelo do anteprojeto apresentado pelo jurista Álvaro Vilaça Azevedo. A proposta era de regulamentação do art. 226, § 3º da Constituição Federal, e assim o foi.

Nessa lei, há o reconhecimento da convivência estabelecida com objetivo de vida em comum, como entidade familiar. Enumera os direitos e deveres iguais dos conviventes, cuida da meação, da colaboração dos companheiros na formação do patrimônio durante a vida em comum, dos alimentos, do direito real de habitação, da conversão da união estável em casamento e da definição da competência do Juízo da Vara de Família para dirimir matéria relativa à união estável, assegurando o segredo de justiça.

Na verdade, a referida lei não revogou a Lei nº 8.971/94, mas, tão-somente a derogou, porque apenas revogada em parte, naquilo que foi incompatível com os termos da Lei nº 9.278/96. Significa dizer que os pontos enfocados na Lei nº 9.278/96, especialmente os relativos à conceituação da união estável, aos alimentos e à meação, sobrepõem-se aos dispositivos similares tratados na Lei nº 8.971/94, não mais subsistindo aos requisitos pessoais e temporais para o reconhecimento da união estável. Permanecem em vigor, no entanto, as disposições da lei anterior quanto a herança e usufruto. Mas, há de ser destacado, que a lei atual, a de nº 9.278/96, omite a situação

pessoal dos companheiros, ou seja, se haveriam ou não de estarem desimpedidos, sem outra união de direito ou de fato. Não significa isso a aceitação de uniões múltiplas, uma vez que o conceito de entidade familiar é restrito à união de um homem e uma mulher, atentando-se para os deveres mútuos, inclusive "respeito e consideração", ou seja, lealdade e fidelidade entre os parceiros.

A duplicidade de textos sobre a matéria tem dado margem a contrárias interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, o que levou à elaboração do Projeto de Lei nº 2.696/96, que tramita no Congresso Nacional, dispondo sobre o "Estatuto da União Estável", em substituição à legislação vigente. Esse projeto resultou de estudos feitos por comissão de juristas nomeada pelo Ministério da Justiça, com o intuito de dar integral regulamentação ao disposto no § 3º do art. 226 da Constituição Federal, com expressa revogação das Leis nºs. 8.971/94 e 9.278/96.

4. DIREITO DE HERANÇA COMO EFEITO PATRIMONIAL DA UNIÃO ESTÁVEL

4.1. Considerações preliminares

A Jurisprudência pátria desenvolveu significativos trabalhos em sede de efeitos patrimoniais do então denominado "concubinato". Ao lado do direito de a concubina poder ser indenizada pelos serviços domésticos prestados durante o período da efetiva união, reconheceu o direito de sua participação no patrimônio constituído pelo esforço comum, resultando da noção de sociedade de fato, restando, entretanto, fosse provada referida sociedade e que dela houvesse resultado patrimônio decorrente do esforço comum.

Partindo da Jurisprudência abonada pela doutrina, a Lei nº 9.278/96 estabeleceu condomínio em partes iguais, com relação aos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância da união estável.

O patrimônio comum se constitui naquele havido na constância da união estável, a título oneroso, constituindo-se de bens móveis e imóveis.

Com o advento da Lei nº 8.971/94, a morte de um dos conviventes foi atraída para discussão em sede do Direito das Sucessões. Assegurou-se o direito de participar da sucessão aberta, seja como titular de direito real, seja a título de herdeiro. Não se pode negar que há semelhança entre o direito sucessório dos conviventes e o assegurado pelo Código Civil às pessoas casadas, mas não identidade.

4.2 Requisitos

A Lei nº 9.278/96 admitiu o *status* de convivente ou companheiro, atribuindo aos que vivem em união estável direitos e deveres, tais como o de fidelidade recíproca, mútua assistência, guarda, sustento e educação dos filhos, coabitação, bem como concedeu regime de bens e direitos sucessórios, iguais aos do casamento. O *status* não confere uma relação jurídica determinada, mas um conjunto de relações jurídicas.

Com essa noção de *status* de convivente ou companheiro, são requisitos à herança a título de propriedade:

a) ausência de descendentes e de ascendentes: o convivente é o terceiro na vocação hereditária, tal qual o cônjuge, herdando após os descendentes e ascendentes.

b) vigência da união estável: apesar do inciso III do art. 2º da lei nº 8.971/94 não afirmar que o convivente tem direito à sucessão do outro, se, ao tempo da sua morte não

estava dissolvida a união estável, parece que se deve dar a mesma interpretação que merece o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, isto é, para que o convivente herde a título de propriedade, deve estar ele convivendo, de fato, com o companheiro, quando de sua morte.

c) inexistência de testamento: por analogia, aplica-se à união estável, o disposto no art. 1.575 do Código Civil. Como o convivente foi elevado à categoria de herdeiro, mas não de herdeiro necessário, pode ser ele afastado da sucessão através de testamento do *de cujus*. Continua o convivente sobrevivente a ter direito à metade do patrimônio do casal, por direito próprio, decorrente do regime patrimonial de bens dos conviventes.

4.3 Habilitação no inventário

O direito do convivente ou companheiro sobrevivente à habilitação no inventário poderá ser exercido, desde que inexistentes quaisquer controvérsias entre as partes, por meio de partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos de inventário ou escritura particular, devidamente homologado pelo Magistrado, conforme art. 1.773 do Código Civil. Entretanto, em não persistindo tais controvérsias, faculta-se ao convivente ou companheiro a sua habilitação no inventário, desde que, quanto à sua condição, faça prova de que a união havida com o *de cujus*, preencha os requisitos da lei nº 8.971/94, hábeis à participação na sucessão dos bens deixados pelo seu companheiro, cuja prova documental válida far-se-á por meio de declaração de dependência junto a órgão previdenciário, declaração no imposto de renda, certidão de nascimento de filho comum das partes, entre tantas outras.

A inexistência de provas documentais que amparem a sua pretensão impedirá o companheiro a habilitar-se no inventário. E se assim ocorrer, o companheiro deverá utilizar-se das vias ordinárias próprias, no sentido de comprovar a existência da União Estável nos moldes das leis específicas que, se judicialmente comprovada, assegurar-lhe-á a sua posterior habilitação, ficando assegurada, entretanto, a possibilidade de pleitear a reserva de bens como garantia.

Tal interpretação vale tanto para o direito de herança, quanto para o direito a meação, adiante apreciados.

4.4 Direito à herança

O art. 2º, inciso III da lei nº 8.971/94 dispôs sobre o direito à herança do companheiro sobrevivente. Isso modifica substancialmente a ordem de vocação hereditária contida no art. 1.603 do Código Civil, cuja posição do companheiro ou convivente equipara-se à do cônjuge, não como herdeiro necessário, pois nesse caso compreendem-se os descendentes e os ascendentes, mas como herdeiro que prefere, após os necessários.

Diga-se que, para a proteção legal, deve ficar concretizada a condição de efetiva União Estável da parte postulante com o *de cujus*.

Considerada deve ser a concorrência entre cônjuge e companheiro sobrevivente, em função de não ter sido efetivada a dissolução da sociedade conjugal por meio da separação judicial até o momento da abertura da sucessão. E admitindo-se essa hipótese, ao cônjuge fica assegurado o direito contido no art. 1.611 do Código Civil, enquanto que, ao companheiro, tal direito previsto por disposição legal, somente estará concretizado, se, efeti-

vamente, comprovada a União Estável.

A Lei Maior não pretendeu equiparar a união estável com o casamento, nesse particular, embora sejam duas formas de constituir família. Tanto isso é verdade, que a própria Constituição Federal, ao dispor sobre a união estável, determina que a lei ordinária deve facilitar sua conversão em casamento.

A expressão "terá direito à totalidade da herança" não autoriza a interpretação favorável ao convivente como herdeiro necessário. Se o cônjuge é herdeiro facultativo, por que razão o convivente seria herdeiro necessário? A proteção que o Estado assegura ao companheiro não pode ir além da que garante ao cônjuge. Os herdeiros recolhem a totalidade da herança, respeitada a ordem de vocação hereditária e a vontade do falecido, postando-se o convivente como herdeiro facultativo, sendo convocado na ausência de descendente ou ascendente, concorrendo à totalidade da herança, ou seja, aos bens havidos na constância da união estável e aos anteriores, e pode ter metade do patrimônio comum, inexistindo contrato escrito.

4.5 Direito à meação

Disciplinado no art. 3º da Lei nº 8.971/94, o direito à meação entre os conviventes tocará os bens deixados pelo autor da herança que resultarem de atividade em que haja colaboração do companheiro.

É de bom alvitre destacar que o direito à meação não é direito à herança. Trata-se de hipótese que põe termo ao estado de indivisão em que se encontravam os bens adquiridos na constância da união, com o esforço comum de ambas as partes.

E quanto à efetiva divisão dos bens, o entendimento moderno é no sentido de que o montante da partilha deve obedecer a uma certa proporcionalidade, aferida em cada

caso, conforme o grau de colaboração de cada uma das partes. Essa orientação prevalece para todos os casos de partilha entre vivos, por força da dissolução da união estável, restringindo-se aos bens adquiridos na constância da união, excluindo-se, portanto, aqueles bens que cada um tenha porventura adquirido anteriormente.

A lei nº 9.278/96 não revogou as disposições contidas na lei nº 8.971/94 no que concerne ao direito sucessório, havendo compatibilidade entre ambas as disposições, apesar desta lei se referir à meação *post mortem* e aquela, a essa condição não se refere.

Os bens havidos na constância da União Estável pertencem aos conviventes, sendo aquele que sobreviveu o titular da meação. Se não concorre descendente ou ascendente, comparece, também, como herdeiro, cumprindo-lhe, à evidência, a prova da existência da união estável.

5 CONCLUSÃO

O trabalho buscou apresentar o instituto da união estável protegido pela Constituição Federal, na medida em que caracterizada como entidade familiar, além do direito de herança entre os companheiros, como efeito patrimonial.

A finalidade de se reconhecer a união estável como entidade familiar foi permitir que o Estado desenvolvesse uma política de proteção e garantia, considerando que há um núcleo de pessoas que estão unidas sem o tradicional instituto do casamento civil. Aliás, a união de homem e mulher fora do casamento é fato social antigo, que o Estado, através de sua Carta Maior, entendeu por proteger

quando, no seu artigo 226, § 3º, tratou de reconhecer essa união como entidade familiar, vindo, posteriormente a lei nº 8.971/94 reconhecer aos companheiros os direitos a alimentos e à sucessão. Em seguida, a lei que, efetivamente, regulamentou o artigo contido na Constituição Federal, a Lei nº 9.278/96, em verdade, não revogou aquela lei, mas, tão-somente, a derogou naquilo que apresentou incompatibilidade com os termos da atual lei própria à matéria.

O instituto da união estável, certamente, evoluirá e ganhará novos contornos, substancialmente, em atuais características e seus efeitos.

O importante é considerar que, tanto a união estável, bem como a família, são institutos tipicamente de direito natural, passíveis de se transformar ao sabor das mudanças da própria sociedade política que os organiza.

6. REFERÊNCIAS

BAHENA, Marcos. **Alimentos. Concubinato, União Estável**. São Paulo, Editora do Direito, 1997.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 2000.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**, 1988.

BRITO, Nagila Maria Sales. **Concubinato e seus efeitos econômicos**. Belo Horizonte : Ciência Jurídica, 1998.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família: Aspectos polêmicos**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

_____. **A Disregard e a sua Efetivação no Juízo de família**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999
NEUMANN, Juarez Rosales. **Do Casamento ao Concubinato**. Porto Alegre: Sacra Luzzatto Editores, 1995.

OLIVEIRA, Euclides. **União Estável**. São Paulo: Edições Paloma, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **A Tutela de Urgência e o Direito de Família**. São Paulo : Saraiva, 1998.

PARIZATTO, João Roberto. **Os Direitos e os Deveres dos Concubinos**. São Paulo: Editora do Direito, 1996.

PEDROTTI, Irineu Antonio. **Concubinato e União Estável**. São Paulo: Livraria Universitária, 1997.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Alimentos no Direito de família e no Direito dos Companheiros**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato & União Estável**. Belo Horizonte : Del Rey, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, Aida Maria Loreda Moreira de. **União Estável. Aspectos Polêmicos**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1997.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1992.

VIANA, Marco Aurélio S. **Da União Estável**. São Paulo: Saraiva, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim ; LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito de Família, Repertório de Doutrina. Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais**. São Paulo : Editora dos Tribunais, 1999. v. 4

WELTER, Belmiro Pedro. **Alimentos na União Estável**. Porto Alegre : Síntese, 1999.

LIMITES AO PODER DECORRENTE

Walber de Moura Agra

Procurador do Estado de Pernambuco, Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Professor Universitário e Professor da ESMape.

O Poder Decorrente é legatário da forma de estado federativo que foi agasalhado pela Constituição de 1988, mantendo uma tradição que começou com o Texto Magno de 1891. Por essa forma de estado, cada componente da federação possui autonomia para criar seu ordenamento jurídico próprio, estruturado na forma de uma constituição estadual, tomando como parâmetro o exemplo norte-americano, em que cada um dos Estados-membros possui uma Constituição.

A função de definir as autonomias estaduais foi incumbida às Constituições Estaduais. O professor Baracho defende que a autonomia é princípio fundante dos entes federativos, defluindo por meio desse princípio a possibilidade da organização de órgãos estatais que possam realizar as suas funções.¹ Autonomia significa a liberdade que os Estados têm de direcionarem suas atividades, envolvendo a liberdade financeira, orçamentária, administrativa, tributária etc.

1. "A autonomia é princípio do Estado-ordenamento. Não é simples desdobramento da atividade estatal, através de órgãos ou de áreas incumbidas de realizar determinadas atribuições." BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 50.

Segundo Sampaio Dória, a autonomia dos entes federativos poderia ser classificada de quatro formas: atribuições políticas; legislação privativa ou cooperativa com a da União; decretação de tributos e organização de serviços sociais.²

Contudo, o nosso federalismo se configura centrifugo, em que a intensidade da autonomia dos entes federativos é reduzida, ao contrário do que ocorre nos EUA, onde o federalismo é centripeto, o que representa uma autonomia de intensidade bastante relevante. Assim, no Brasil, a abrangência da constituição estadual não se encontra muito bem definida, carecendo de estudos mais aprofundados.

Outra restrição a essa autonomia se mostra na nossa tradição histórica. Como desde a proclamação da república vêm ocorrendo sucessivos golpes de estado ou ditaduras veladas sob a forma de democracia, que suplantam a descentralização de poder em favor de uma centralização em torno do governo federal, existe uma carência na sedimentação histórica de atuação das autonomias estatais. Poucos são os Estados-membros que têm uma tradição de luta para a manutenção de suas prerrogativas. Como exceções podemos apontar os Estados de Pernambuco, Rio Grande do Sul, São Paulo.

Destarte, ocorre um hiato normativo entre a realidade fática e o texto da norma,³ constituindo o que Oliveira Vianna denominou de idealismo utópico, que seria o fenômeno de implantarmos idéias preconcebidas de outras re-

alidades sociais diferentes da nossa, ao contrário de realizarmos um idealismo orgânico mediante a criação de instrumentos jurídicos baseados em uma realidade própria, sem que houvesse um descompasso entre a norma e fato, entre o *sein* e o *sollen*.

A terminologia Poder Decorrente, ao invés de Poder Constituinte Decorrente, foi escolhida porque constituinte, do latim *constituere*, é a denominação correta apenas para o Poder Constituinte, em virtude de ser esse o que estrutura o ordenamento jurídico de forma originária. Tanto o Poder Reformador quanto o Poder Decorrente atuam depois de as estruturas jurídicas estarem formuladas, acabadas, não cabendo nominá-los como constituintes.

Poder Decorrente é aquele responsável por criar as Constituições dos Estados Membros. É um poder que foi criado pela Constituição Federal, decorrente da sua vontade, e, portanto, deve se subordinar aos seus direcionamentos.

Foi necessária a sua criação porque os Estados-Membros têm autonomia e não soberania. Essa somente pertence à União, que a exerce externamente nos moldes delineados pela Constituição e em igualdade de condições com outros países. A diferenciação entre federação e confederação reside no fato de que nesta cada componente permanece com a sua soberania imaculada e naquela a soberania passa a pertencer a um único órgão, o governo federal.

O Brasil adotou como regime político a democracia, professando os princípios de um estado democrático de direito. Por isso, seguindo o disposto no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, que ressalta a importância da soberania popular, as Constituições Estaduais devem ser oriundas do mesmo princípio legitimatório, a vontade do povo. Funciona, inclusive, como um princípio central, de imposição obrigatória para os legisladores cons-

2. Leocina Sampaio Dória: "A autonomia dos Estados, embora não extensa, entre nós, como a dos Estados na União Americana, ainda assim consiste no exercício de poderes imperativos de grande importância. Podem ser classificados em quatro categorias: 1º) atribuições políticas; 2º) legislação privativa ou cooperativa com a da União; 3º) decretação de tributos; e 4º) organização de serviços sociais. DÓRIA, Sampaio. *Direito Constitucional, Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Max Limonad, (1977). V. I, p. 518.

3. DANZAS, Ivo. *Constituição Federal, Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, v. I, p. 18.

tituintes estaduais. Depreende-se, então, que a fonte legitimatória das Constituições Estaduais é a soberania popular.

Todas as Constituições republicanas disciplinaram o Poder Decorrente, reconhecendo a sua importância no ordenamento jurídico como instrumento garantidor da autonomia estadual. Porém, a Constituição de 1937 e a de 1967/69, meritórias no seu teor autoritário, tiveram como escopo concentrar o poder, conseqüentemente, enfraquecendo as prerrogativas estaduais.

O texto da Constituição de 1937 retirou a legitimidade popular das Constituições Estaduais, prevendo que cada um dos Estados-membros deveria outorgar suas *Lex Mater*, sem a participação da população. O texto da Constituição de 1967/69 previu que as Constituições Estaduais deveriam apenas adaptar o Texto da Carta Federal, fazendo as correções necessárias, de forma não democrática, já que estávamos convivendo com uma ditadura, para a adequação à nova estrutura de poder, ou seja, reduziu o Poder Decorrente a mero apêndice do Poder Constituinte, negando-lhe a sua característica de sucessividade, integrando o ordenamento nas lacunas deixadas pela Constituição.

A Constituição de 1988 determinou que cada Assembleia Legislativa, com poderes plenipotenciários, elaborasse as respectivas Constituições Estaduais, no prazo de um ano, contado da data da promulgação da *Lex Mater*, respeitando as prerrogativas de repetição obrigatória dessa.⁴ A pertinência da Carta Magna estadual se configura em delinear o seu auto-governo, estruturando suas funções e delimitando suas prerrogativas de acordo com os seus interesses próprios e peculiares.

4 Art. 11 do ADCT: "Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecendo os princípios desta".

Em relação a sua taxionomia, podemos enquadrá-lo como de natureza jurídica, semelhante à natureza do Poder Reformador. Não pode ser denominado como um poder de natureza política, como o Poder Constituinte, porque nasceu de uma norma jurídica, sua origem está adstrita à Constituição Federal, não retirando sua fonte de legitimidade de fatores sociais, como mudança nos fatores reais de poder, dentro de uma visão lassaliana.⁵

O Poder Decorrente, na esfera do ordenamento jurídico estadual, tem as características de supremacia, supralegalidade e imutabilidade relativa.⁶ Supremacia porque a Constituição estadual é a norma preponderante do ordenamento jurídico estadual, devendo todas as demais normas, tanto estaduais como municipais, adequarem-se a ela. Supralegalidade em razão de que, se as normas municipais e estaduais não se adequarem as suas cominações, serão tipificadas como inconstitucionais e retiradas do ordenamento jurídico. E imutabilidade relativa em virtude de seu procedimento de modificação ser muito mais complexo que o procedimento para a modificação das demais normas, exigindo solenidades mais difíceis, como um *quorum* de dois terços por exemplo.

Gozando de supremacia, a Constituição Estadual se reveste de competência para poder disciplinar os três poderes da melhor forma que lhe convier, sempre respeitando os limites sinalizados pela Constituição Federal. Sendo a *Lex Mater* do ordenamento estadual, situa-se em um escalonamento normativo superior, podendo estruturar os entes estatais de forma a atender as peculiaridades estaduais.

Em uma hierarquização dos poderes, podemos afirmar que em um primeiro plano, encontra-se o Poder Constituinte; em segundo, o Poder decorrente, em terceiro, o

5 LASSALLE, Ferdinand. *Qué es una Constitución*. Buenos Aires: Siglo Veinti Uno, 1969. p. 21.

6 AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um Alertado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Safe, 2000. p. 53.

Poder Reformador Estadual e depois os três Poderes estaduais (executivo, legislativo e judiciário). Com isso, não estamos de forma alguma corroborando com a assertiva de que possa existir uma diferenciação em escala normativa entre as normas infraconstitucionais. A estrutura hierárquica se restringe apenas às normas que estruturam os poderes e aos próprios poderes.

Como o Estado-membro faz parte da federação e o ordenamento jurídico nacional tem como pedra angular a Constituição Federal, ordenando a formação social e jurídica dos seus membros,⁷ o Poder Decorrente não tem uma amplitude de regulamentação ilimitada, muito pelo contrário, sua incidência se encontra mitigada pelos direcionamentos estabelecidos pela Constituição Cidadã, não podendo nenhuma norma infraconstitucional limitar a sua amplitude.

Determina o conteúdo da Constituição Estadual Cooley:

*Toda a constituição estadual deve esperar-se que contenha: 1) um descrição do sistema de governo; 2) os requisitos gerais para o direito do sufrágio; 3) os freios (checks) e os equilíbrios (balances) do governo republicano, reconhecendo tres separados departamentos governamentais; 4) algum reconhecimento de auto governo (self government) local; 5) uma declaração de direitos protectores dos indivíduos e das minorias.*⁸

Na verdade, esse conteúdo carece de uma validade universal. De acordo como o sistema federativo adotado, os Textos estaduais terão maior ou menor esfera de atuação.

7 SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 129.

8 COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 405.

A Constituição do Estado de Pernambuco, que teve como um dos seus principais idealizadores o professor Pinto Ferreira, indubitavelmente, é um dos melhores textos constitucionais estaduais. Ela é distribuída em oito títulos, acrescidos de um preâmbulo. Aliás, a única Constituição que não incorporou o preâmbulo foi a do Estado do Acre. Nele foram reafirmadas as prerrogativas do auto-governo estadual, regulamentando de forma clara e direta as atuações dos três poderes estaduais.

Divide-se, dessa forma, a Constituição do Estado de Pernambuco em: título I: dos princípios fundamentais; título II: da organização do Estado e seus Poderes; título III: da organização municipal e regional; título IV: da administração; título V: da tributação e do orçamento; título VI: da ordem econômica; título VII: da ordem social e título VIII: disposições constitucionais finais.

Ela é classificada como um Texto Constitucional analítico, o que tem sido motivo de constantes críticas por parte de vários setores da sociedade pernambucana. Acreditamos que o tamanho do texto não é um parâmetro para se aferir se ele atende ou não às necessidades da população. O objetivo de um texto extenso é regulamentar, com certa estabilidade, alguns setores da vida social, para que modificações ocasionais e voláteis na composição das forças políticas não acarretem alterações que tendam exclusivamente a fragilizar a legalidade jurídica, debilitando a segurança do império da lei.

A primeira grande limitação às Constituições Estaduais são as normas da Constituição Federal. Como essa é a norma suprema de todo o ordenamento jurídico nacional, as demais normas que afrontarem o seu conteúdo serão tidas como nulas, conforme decidiu a jurisprudência do Supremo, ou seriam inexistentes, como fora pleiteado por Francisco Campos.⁹

9 CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. I, p. 399.

José Afonso da Silva as denominou de princípios estabelecidos e Raul Machado Horta as chamou de princípios centrais. Os princípios estabelecidos se constituem em limites, porque a Constituição Estadual não tem caráter originário, ela é derivada, subordinada e limitada pelas normas da Constituição Federal.

A tarefa de identificar os princípios estabelecidos não é uma tarefa simples em razão de que eles não vêm explicitados na Constituição. Oferece Raul Machado Horta uma diretriz para a identificação:

A identificação dos princípios estabelecidos reclama a interpretação do texto da Constituição Federal no seu conjunto, para reunir as regras dispersas que definem a origem, a causa, o começo, o germe, o elemento predominante da Constituição Federal.

Os princípios estabelecidos se alojam nas normas constitucionais federais sobre repartição de competências, o sistema tributário, a organização dos poderes, os direitos sociais, a ordem econômica, a educação, a família e a cultura, afinal, na matéria dispersa no texto constitucional federal¹⁰

Basicamente, as normas estabelecidas se referem aos princípios informadores do regime político, como a república, o parlamentarismo, as condições de elegibilidade; aos princípios que limitam a competência dos Estados-membros, como a definição da competência exclusiva, privativa, comum e concorrente; às normas de pré-organização do Estado brasileiro,

10 HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1969 p. 68.

como aquelas que tratam da magistratura e do ministério público e por último, as normas pertinentes aos direitos fundamentais, como aquelas contidas no art. 5º da Constituição.

O fator teleológico dessas normas é garantir a homogeneidade do ordenamento, impedindo que as normas constitucionais estaduais causem antinomias e arrefeçam a capacidade concretiva da Constituição Federal. A capacidade elaborativa estadual se restringe à esfera das peculiaridades regionais e ao espaço de incidência que fora definido pela Lei Maior.

Eles são princípios, de teor abstrato e contando com alta carga de generalidade, que dispõem sobre determinados preceitos que não podem ser suprimidos pela legislação estadual porque dizem respeito a elementos essenciais da federação. Então, os princípios pertinentes ao estado federativo, à república, ao sistema parlamentarista, às competências e aos direitos e deveres fundamentais devem ser mantidos, não se admitindo acinte aos seus preceitos.

As normas de pré-organização, estruturando os entes federativos independentemente do Poder Decorrente, têm reprodução obrigatória, impondo o transporte de dispositivos da *Lex Mater* para as Constituições Estaduais. Elas são uma espécie de normas estabelecidas, diferenciando-se das demais porque sua função se reduz a estruturar os órgãos estatais.

Essa limitação abrange os princípios que expressamente digam respeito a estes assuntos e os que, de forma indireta, implícitos, sobre eles versem. Assim, a votação indireta, afora a exceção prevista no § 1º, do art. 81 da Constituição Federal, está terminantemente vedada como matéria constitucional estadual, porque gera uma antinomia com o princípio do estado democrático de direito e com a soberania popular.

Os limites implícitos podem ser mandatórios, estipulando uma determinada conduta, e vedatórios, impedindo determinado comportamento. Exemplo de um limite implícito mandatório é aquele que obriga a repartição de competência entre os poderes; e como exemplo de um limite implícito vedatório, nós temos o art. 21 da Constituição Federal que dispõe acerca da competência exclusiva da União em nenhuma matéria daquelas estipuladas nos vinte e cinco incisos os Estados podem exercer competência.

Vários artigos das Constituições Estaduais foram tipificados como inconstitucionais por descumprirem os preceitos estabelecidos da Lei Maior e retirados do ordenamento pelo controle de constitucionalidade na forma concentrada.

Limitação diferente, por não ser da esfera jurídica e sim da realidade sócio-cultural-econômica, são as supra-legalidades autogenéticas.¹¹ Sua taxionomia destoa de parâmetros jurídicos para encontrar amparo nas limitações oferecidas pela realidade fática, pelas limitações oferecidas pelo contexto histórico material.

Fundamenta o professor Zagrebelsky que as questões políticas se configuram limites para a normatização jurídica. Mesmo concordando com a expressão de Luhmann de que a Lei Maior seria o elo de ligação entre o direito e a política, as interferências políticas se configuram como limitações aos direcionamentos jurídicos.¹²

11 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed., Almedina, 1993, p. 117.

12 "I fondamenti giuridico-formali e politico-sostanziali della giustizia costituzionale ne determinano anche i limiti. Tali limiti segnano il confine oltre il quale si estende il territorio delle questioni meramente politiche nel quale il giudice costituzionale può entrare so abusivamente." ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. Milano: Il Mulino, 1988, p. 61.

Exemplo de uma limitação fática pode ser encontrada na escassez econômica por que passam os entes federativos, impedindo que haja a estipulação de um salário mínimo de mil dólares ou que se imponha como obrigatoriedade imediata a construção de casas populares para aqueles que não dispõem de habitação. A sua esfera de proibição não pode ser encontrada em nenhum texto jurídico, mas na realidade sócio-cultural-econômica estadual.

A competência residual dos Estados-membros, estipulada no § 1º, do art. 25, que expressa serem reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por essa Constituição, encontra restrições para a sua elaboração nas supralegalidades autogenerativas.

Competência residual é aquela competência que não foi indicada para nenhum ente federativo, e em decorrência pode ser exercida na esfera estadual. Esse tipo de competência pode ser disciplinada tanto na esfera constitucional quanto na esfera infraconstitucional do Estado-membro.

As limitações, nesse caso específico, são de ordem material e de ordem histórica, não havendo tradição para o alargamento da competência legislativa. É plenamente possível que uma Constituição Estadual preveja a criação de um código de defesa do contribuinte com relação aos tributos estaduais. Mesmo sendo uma norma de eficácia limitada, ela se configura compatível com as normas da Constituição Federal.

A dificuldade para elaboração da competência residual está em que como nosso Texto Constitucional é analítico, disciplinando uma série de objetos, para tentar estabelecer uma estabilidade jurídica, o espaço de atuação da competência residual se encontra bastante restrito.

Como o Brasil é uma forma federativa de estado, a essência desse sistema se encontra na repartição de com-

petências, insculpida no nosso Texto Constitucional nos arts. 21 *usque* 30, definidas em: competência exclusiva, competência privativa, competência comum, competência concorrente, competência municipal, competência estadual e competência do Distrito Federal. Inexistindo hierarquização entre os entes estatais, o que há são espaços de incidência, em que cada ente tem seu campo de atuação limitado pela Constituição.

Dentro da divisão dessas competências, fica vedado ao Poder Decorrente qualquer tentativa de legislar acerca de um assunto que esteja fora da sua esfera de competência, tanto a competência administrativa como a legislativa. O motivo não pode ser imputado a que as normas federais são superiores às estaduais, maculando um dos princípios básicos de uma federação, que é a igualdade dos entes federativos, e sim, a que existe uma divisão por espaços de incidências, prescritos nos mencionados artigos.

Outra limitação que podemos apontar são os princípios sensíveis, dispostos no art. 34, VII, da Constituição Federal. Eles são assim denominados porque têm uma especial relevância no ordenamento jurídico: quando afrontados, acarretam a intervenção por parte do governo federal nos Estados, constituindo-se na primeira ação direta de controle de constitucionalidade no ordenamento brasileiro, surgida na Constituição de 1934.

A hodierna Constituição elencou os seguintes princípios sensíveis: forma republicana, sistema representativo; regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal e prestação de contas da administração pública direta e indireta. Acinte a qualquer um desses princípios por parte das Constituições Estaduais ensejará a supressão da autonomia estadual por intermédio da ação interventiva.

É oportuno frisar que a maioria desses princípios se configuram como princípios estabelecidos ou princípios centrais, sejam explícitos, sejam implícitos. A diferença é que o descumprimento desses não dá ensejo apenas a um controle de constitucionalidade, com a expulsão da norma do ordenamento; nesse caso, há a intervenção do ente federativo que descumpriu o princípio.

Os princípios fundamentais se constituem em limites intransponíveis para o legislador constituinte estadual. Desde a Constituição de Bonn, de 1949, que dedicou os arts. 1º ao 19 a defini-los devido às atrocidades promovidas pela II Guerra Mundial, que todos os Textos Magnos pós-guerra passaram a elencá-los dotando-os de uma forma pungente.

Biscaretti di Ruffia considera os direitos fundamentais como direitos subjetivos públicos dos cidadãos, tomados como valores absolutos. Em virtude disso são irrenunciáveis e intocáveis por parte do Estado e considerados como de natureza própria dos homens, de conotação jusnaturalista, sendo anteriores ao aparecimento do ordenamento estatal e, por isso, não podem ser por eles modificados.¹³

No Brasil, seguindo a tradição iniciada com o Texto de 1824, que pioneiramente passou a agasalhar direitos, antecedendo inclusive a Constituição da Bélgica, de 1831, os direitos e garantias constitucionais passaram a ser disciplinados no título II, no início da Constituição, assumindo uma função premente, já que sua localização topográfica, no início do texto, avulta sua importância.

13 "La elaboración doctrinal de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, considerándolos en forma absoluta como derechos irrenunciables e intocables por parte del Estado, ya que se estiman como derivados de la naturaleza propia de todos los hombres y, por tanto, anteriores y superiores a las disposiciones de los diversos derechos positivos." RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988. p. 118.

De forma alguma um direito alçado a nível constitucional pode ser obnubilado por uma norma constitucional estadual, mormente porque os direitos se configuram como cláusulas pétreas, passíveis de modificação apenas por um novo Poder Originário, em um fenômeno denominado de transconstitucionalização.

Como sua premência no ordenamento jurídico está consolidada, a maioria das Constituições Estaduais não trazem um capítulo específico para a exposição dos direitos. Aqueles expressos na Constituição Federal têm inteira vigência e cominação. Entretanto, nada impede que outros direitos possam ser disciplinados pelos textos estaduais, desde que não confrontem com normas da Lei Maior.

Tendo como referência a Constituição Cidadã, essas são limitações ao Poder Decorrente. Com o aprimoramento das instituições democráticas e da consciência popular, a bifurcação de competências, específica de um federalismo dual, em que há uma separação entre as competências da União, Estados e Municípios pode ser modificada para um federalismo cooperativo, em que a atuação de um ente federativo possa ser suprida pelo outro, potencializando o atendimento às necessidades públicas.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador**. Porto Alegre: Safe, 2000.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v.I
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. [s.l.]: Almedina, 1993.
- COOLEY, Thomas. **Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- DANTAS, Ivo. **Constituição Federal, Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. v. I
- DORIA, Sampaio. **Direito Constitucional. Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Max Limonad, (19??). v.I
- HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- LASSALLE, Ferdinand. **Qué es una Constitución**. Buenos Aires: Siglo Veinte Uno, 1969.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Introducción al Derecho Constitucional Comparado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

SMEND, Rudolf. **Constitucion y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**. Milano: Il Mulino, 1988.

PRÁTICA

**SENTENÇA CÍVEL.
RESPONSABILIDADE CIVIL
CONTRATUAL.* DANO MORAL
PERFEITAMENTE
CARACTERIZADO.**

*Jorge Américo Pereira de Lira
Juiz de Direito*

SENTENÇA

Proc. n.º 00198032283-0

Ementa: Direito civil. Responsabilidade civil contratual. Estudante adolescente que em razão da gravidez é obrigada a transferir-se de escola. Tratamento discriminatório inaceitável. Dano moral perfeitamente caracterizado. Os direitos e garantias individuais dos cidadãos, de índole constitucional, não se compadecem com qualquer forma de tratamento discriminatório, ainda que travestido de pseudo-moralismo. Comete dano indenizável à esfera jurídica de outrem o estabelecimento de ensino que obriga aluna adolescente a se transferir para outra unidade de ensino em virtude de seu estado de gravidez. O dano simplesmente moral, sem repercussão no patrimônio, não há como ser provado. Ele existe tão-somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo o bastante para justificar a indenização. Ação a que se dá provimento em parte.

*Estudante adolescente obrigada a transferir-se de escola em razão da gravidez.

Vistos etc.

1. Trata-se de ação de reparação civil por dano moral puro, proposta, sob o rito comum ordinário, por C.M.S.F., menor púbere regularmente assistida por seus genitores, E.A.F. e M.J.L.S.F. (v. procuração de fl. 11 e termo de ratificação de fls.313/317, *in fine*) em face do I.P.M.A., todos qualificados às fls. 02 e 313/317, com fundamento (causa de pedir) no injusto afastamento da Autora do colégio réu em razão do estado de gravidez daquela.

Em razão da ofensa à sua honra e imagem, pleiteia a Autora seja o Réu condenado a pagar-lhe a respectiva indenização por danos morais.

À peça atrial, instruindo-a, foram juntos os documentos de fls. 11/16.

2. Regularmente citado (cf. fls. 19 e 21), o colégio réu apresentou a contestação de fls. 22/36, insurgindo-se contra a pretensão autoral. Sustenta, de relação ao mérito da querela, em síntese crítica, que a decisão de transferir-se para outro educandário, conforme se observa de requerimento expresso (v. cópia autêntica de fl.289), foi tomada exclusivamente pela Autora e seus pais.

Com a peça de bloqueio, foram produzidos os documentos de fls. 37/293.

3. Disse a Autora, sobre a contestação, às fls. 295/298

4. A audiência preliminar (v. art. 331, do CPC) transcorreu consoante registra a assentada de fl. 309, esclarecido que, frustrada a tentativa de conciliação, foi determinada a realização de audiência de instrução e julgamento, com deferimento de produção de prova oral (deponencial e testemunhal).

5. A audiência de instrução e julgamento, por sua vez, ocorreu conforme a dinâmica reproduzida no termo de assentada de fls. 313/317 e, em continuação, fls. 330/331, ocasião em que foram tomados os depoimento pessoais das partes litigantes e ouvidas as testemunhas por essas arroladas.

6. Ainda a título de registro dos acontecimentos havidos no curso do processo e relevantes para o desfecho da controvérsia, impende gizar-se que, por intermédio do petitório de fls. 333/336, a parte autora trouxe para os autos substancial documento de fls. 337/338, sobre o qual o colégio réu manifestou-se explicitamente às fls. 349/354.

7. Através do memorial de fls. 339/348, a parte autora, reiterando suas teses, insiste no provimento do pedido inaugural.

Assim, vieram-me os autos conclusos para o deslance.

É o relatório. **Passo a decidir.**

8. Cuido, de preâmbulo, que o imputado defeito de representação da Autora (menor púbere, ao tempo da propositura da ação) foi definitivamente sanado com o comparecimento espontâneo de seu genitor aos autos, inclusive para o efeito de ratificar os atos até então praticados, convalidando-os, pois.

9. No que concerne ao documento de fls.337/338 (termo de declarações prestadas pela coordenadora pedagógica do colégio réu, Sra. D.L.T.G.M., à 26ª Promotoria de Justiça desta capital, em 08.07.98), sobreleva notar e destacar que, destinando-se referido documento, como elemento de prova, a contrapor-se a fatos que foram produzidos nos autos, a sua juntada, mesmo após encerrada a

fase instrutória, é perfeitamente lícita, na conformidade da regra compendiada no art. 397, do CPC, mormente em se considerando que foi assegurado à parte ré o direito de manifestar-se sobre o mesmo.

Na realidade, “somente os documentos tidos como pressupostos da causa é que devem acompanhar a inicial e a defesa. Os demais podem ser oferecidos em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistentes o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo” (cf. RSTJ 14/359), isto é, somente os documentos indispensáveis (RSTJ 37/390), como tais se considerando os “substanciais ou fundamentais” (RSTJ 100/197).

Nesse mesmo sentido e ainda de forma mais ampla: “Não é absoluta a exigência de juntar documentos na inicial ou na contestação. O art. 397 do Cód. de Proc. Civ. permite juntar documentos novos em qualquer fase” (STJ-1ª Turma, REsp. 4.163-RJ, rel. Min. Garcia Vieira, j. 28.11.90, negaram provimento, v.u., DJU 4.2.91, p. 563).

10. Postas assim essas prévias, passo ao exame do mérito.

10.1 O fato matriz - sabido que é totalmente indiferente para o desate da pendenga se a Autora, ao final e ao cabo, em razão da gravidez, foi expulsa ou convidada a se transferir do colégio réu para outra unidade de ensino -, resulta testificado a partir das declarações que a coordenadora pedagógica do educandário réu, Sra. D.L.T.G.M., prestou à 26ª Promotoria de Justiça desta capital, em 08.07.98, das quais destaco as passagens seguintes:

“Que ela, declarante, exerce a função de coordenadora pedagógica do I.E.M.A. há 24 anos; (...) que, em dia não recordado por ela declarante, pelas 7:20 h., ela declarante estava sendo esperada pela diretora do colégio na portaria, indagando-lhe esta se ela era conhecedora do fato de existir no colégio neste turno da manhã um aluno que iria ser pai; que ela declarante respondeu que nada sabia a esse respeito; que ainda em contato com a diretora essa lhe solicitou que entrasse em contato com ele e conversasse a respeito do fato ocorrido que havia sido presenciado por diversas pessoas na portaria da escola; que ela, declarante, subiu até a sua sala, dirigindo-se depois à sala de aula onde se encontrava o adolescente C. e o chamou para conversar dentro de sua sala reservadamente; que, ao lhe perguntar sobre o fato, ele lhe respondeu: “é verdade e o filho é meu”; “sua mãe não se incomodou com isso?”; **“existe uma filosofia na escola que não trabalha com jovens comprometidos com o casamento e a maternidade”**; **“que é uma norma da congregação”**; **que ela declarante como funcionária tem que cumprir essas normas**; que o adolescente C. falou pouquíssimo, acreditando ela declarante que ele tenha ficado surpreso; que ela lhe esclareceu que sua mãe deveria procurar a diretora para conversar em horário da sua conveniência; (...) **que é do conhecimento da declarante que alguns casos dessa ordem já ocorreram na escola e em todos esses casos o procedimento adotado foi o mesmo do ocorri-**

do com C., esclarecendo que esse convite não caracteriza uma expulsão porque, no caso de expulsão, se dará ao aluno a transferência; **que no ano em curso já ocorreu um outro fato relacionado à gravidez de aluna e que, ao chegar ao conhecimento da escola, esta não mais aceitou a permanência no curso, porque faz parte das normas da congregação como um todo;** que ela declarante acredita que se a mãe de C. ao fazer sua matrícula, tivesse esclarecido que seu filho iria ser pai, ela acredita que a matrícula não seria feita e ele não seria aceito como aluno, afirmação que faz baseada naquelas normas (...)” (v. fls. 337/338) (os negritos não constam do texto original).

Tal prova, aliada aos demais elementos de convicção carreados ao bojo dos autos, confirma, *quantum satis*, a situação discriminatória vivenciada pela Autora, com o seu conseqüente prejuízo moral. De fato, ao ser obrigada a transferir-se de escola em decorrência da gravidez, assujeitou-se a Autora, injustamente, a uma situação vexatória e constrangedora, inclusive com repercussão no plano psíquico.

10. 2-Sob nenhuma hipótese pode o colégio réu invocar suas normas internas de conduta para malferir os direitos e garantias constitucionais dos cidadãos, os quais não se compadecem com o preconceito travestido de pseudo-moralismo.

11. Como realçam os doutrinadores, no dano moral, o que se penaliza é a culpa de quem o originou, sendo significativo consignar que, *in casu*, o nexo de causalidade entre o atuar desastrado e reprovável do edu-

candário réu e o evento danoso experimentado pela Autora está perfeitamente caracterizado. Como é cediço, a indenização por danos materiais tem natureza restauradora, por isso que se destina à recomposição (emergente ou potencial) do patrimônio do ofendido, diminuído em decorrência do ilícito indenizável. Diferentemente do que ocorre com o dano moral, no qual se substitui o conceito de “restabelecer uma situação”, pelo de proporcionar uma “compensação à vítima”.

12. O comportamento do Réu merece censura ou reprovação porque, em face das circunstâncias concretas do caso, se vê que ele podia e devia ter agido de outro modo, posto que, como é sabido por todos, na culpa há falta ou não observância ao dever e não intenção de causar dano. Por fim, sobreleva notar e destacar que o dano simplesmente moral, sem repercussão no patrimônio, não há como ser provado. Ele existe tão-somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo o bastante para justificar a indenização.

13. Isso posto, JULGO PROCEDENTE em parte o pedido inaugural formulado pela Autora e, em conseqüência, condeno o Réu a lhe pagar, a título de verba reparadora por dano de natureza moral (art. 5º, inc. V, da CF/88), a importância correspondente a cento e cinquenta (150) vezes o valor da mensalidade escolar devida ao tempo dos fatos da causa, que fixo tomando por parâmetro, para a precisa dosagem do *quantum* necessário à reparação pleiteada, a natureza e extensão do prejuízo, o grau de culpa do ofensor e as qualidades e condições econômicas das partes, tudo corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora de

6% a.a., a contar do evento, como expresso nos enunciados números 43 e 54 da súmula da jurisprudência do colendo STJ, respectivamente.

A parte vencida, em homenagem ao princípio do sucumbimento, arcará, ainda, com o pagamento das custas processuais adiantadas pela parte autora e da verba honorária advocatícia, essa arbitrada em 10% sobre o total da condenação.

14. Registro, por relevante, que a atuação do Ministério Público, no caso de que se cuida no momento, se justifica pela necessidade de tutelar os interesses do incapaz. Contudo, considerando que o incapaz foi o vencedor do litígio, desavém cogitar-se de nulidade por não haver o eminente magistrado que me antecedeu na direção do processo determinado a intimação do representante do órgão ministerial, ante a ausência de qualquer prejuízo (*pas de nullité sans grief*).

Nesse sentido: "Não se declara nulidade, por falta de audiência do Ministério Público, se o interesse dos menores se acha preservado, posto que vitoriosos na demanda" (STJ – 3ª Turma, REsp. 26.898-2-SP-Edcl, rel. Min. Dias Trindade, j. 10.11.92, receberam em parte, v.u., DJU 30.11.92, p. 22.613).

Outrossim, atentando-se para a circunstância de que a Autora nasceu a 25.07.1981, essa, na data da prolação deste *decisum*, atingiu a maioridade etária, estando, pois, plenamente capacitada para a prática de atos e negócios jurídicos.

15. Por fim, considerando que emergem dos autos indícios de que a testemunha D.L.T.G.M., em razão das graves contradições encontradas em suas declarações de fls. 330/331 e 337/338, falseou ou omitiu a verdade,

determino o traslado das peças necessárias e a sua remessa ao órgão do Ministério Público, para a adoção das providências que entender cabíveis.

Custas *ex lege* já satisfeitas por antecipação.

P.R.L.

Recife, 31 de agosto de 2.001.

Jorge Américo Pereira de Lira
Juiz de Direito

VOTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXISTÊNCIA E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM PARTILHA DE BENS

RELATOR: Des. Santiago Reis

APELAÇÃO CÍVEL N.º 32.042-5

APELANTE: E.F.N.

APELADO: J.G.C.

ÓRGÃO JULGADOR: 2ª Câmara Cível

RELATÓRIO

Adoto o Relatório de fls. 1077/1080, que leio:

Acrescento que o Magistrado de primeiro grau prolatou sentença de mérito, julgando improcedente a ação por entender que a Suplicante não comprovou a sociedade de fato existente entre eles, como concubinos e, por essa razão, não poderia ser aplicada a Súmula de nº 380, do STF.

Irresignada, a Suplicante apela da decisão à superior instância, reiterando os termos do pedido inicial. Alega que o Magistrado de primeiro grau sentenciou sob o argumento de livre convencimento, fundando-se em presunção, dedução e por imaginação, sem considerar que, segundo ela, Apelante, teve trabalho incan-

sável dentro do lar, cuidando pacientemente dos filhos comuns por longo período de sua vida, com renúncia à continuação no mercado profissional, e que essa condição, por si só, já é o bastante para fazer jus à meação dos bens, em partes iguais.

Aduz que a Lei nº 9.278/96 reconhece como entidade familiar a "simples convivência duradoura e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de uma família."

Cita diversas decisões jurisprudenciais e pede, afinal, que a sociedade de fato seja reconhecida e os bens divididos em partes iguais, revogando-se a sentença guerreada.

O Apelado apresenta contra-razões às fls. 1104 a 1113 alegando que o simples concubinato não constitui uma presunção *juris et jure* da existência de uma sociedade de fato entre esse e a Apelante, pois para que ocorra o reconhecimento e a dissolução de uma sociedade de fato, entre concubinos, que ensejasse a partilha de bens, seria necessária a prova de que o patrimônio resultasse do esforço comum, o que não ocorre.

Diz que os recibos acostados pela Apelante e referentes a despesas com aulas de "jazz", ginástica, tratamento estético e de celulite e viagens fazem prova contra ela porque não se caracterizam como afazeres domésticos, portanto, não se coadunam com o intuito de colaboração ou contribuição, muito menos, com as atividades profissionais desenvolvidas pelo Apelado.

Requer a manutenção da sentença apelada, por ter sido proferida de acordo com a legislação, a doutrina, a jurisprudência e a prova dos autos.

A douta Procuradoria Geral da Justiça, instada a se pronunciar, ofereceu o parecer de fls. 1118/1122, opinando pelo provimento do recurso.

Sem preliminares a analisar.

É o Relatório.

À Revisão.

Recife, 17 de Abril de 2001

Des. Santiago Reis
-Relator -

VOTO

Trata-se de Processo bastante extenso e preñado de detalhes conflitantes, daí porque, antes de adentrar, propriamente, no mérito, entendo ser importante aprofundar as informações resumidas no Relatório, para que não restem eventuais dúvidas quanto às alegações das partes, as provas produzidas, bem como para tentar situar bem os questionamentos deduzidos dos Autos que se estendem por cinco volumes, onde se encontra vastíssima documentação acostada.

Conforme já relatado, o Magistrado de primeiro grau julgou improcedente a ação inicialmente proposta sob o título de "AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXISTÊNCIA E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM PARTILHA DE BENS" (fls. 3 da Inicial, ao 1º volume). Expôs seu pensamento da seguinte forma:

Não vislumbro qualquer contribuição indireta da requerente ao patrimônio comum, ou seja, trazendo tranquilidade e equilíbrio familiar, pois a própria autora tomou conhecimento de vários casos extra-concubinários do seu companheiro e conforme o depoimento quase unânime das testemunhas, o réu era um "mulherengo", como se chama aqui no Nordeste, sendo desfiado em juízo um verdadeiro "rosário" de nomes de pessoas do sexo feminino que se envolveram com o réu.

Concluiu que a Suplicante não comprovou a sociedade de fato entre eles, como concubinos, pelo que não poderia ser aplicada a Súmula de n.º 380, do STF.

Nas razões de Apelação de fls. 1087 a 1099 do 5º volume, a Suplicante reiterou os termos do pedido inicial de fls. 03 a 35 do 1º volume. Alegou, em suma, que o magistrado de primeiro grau sentenciou sob o argumento de livre convencimento, fundando-se em presunção, dedução, e por imaginação (fls. 1090 a 1091 do 5º volume), sem que procurasse se ater ao fato de que, segundo ela, Apelante, trabalhou no âmbito do lar, cuidando por longo tempo dos três filhos comuns J.M.N.G.C. nascida em 17/12/77, J.G.C.J. nascido em 6/2/79 e J.N.G.C. nascida em 4/9/82 - fls. 4/5 e Certidões de Nascimento às fls. 67/68 a 69/70 todas do 1º volume, e em cujas Certidões consta o nome do Réu/ Apelado como pai. Teria mais, a Autora/ Apelante, renunciado à continuação no mercado profissional onde atuaria como secretária de um Supermercado na época em que conheceu o Réu/ Apelado. Acrescenta que esse conjunto de fatos, fora o "que deu suporte fático para

que o cônjuge varão [sic - grifei] progredisse profissional e economicamente" (fls. 1091 do 5º volume) e que essa condição, por si só já seria bastante para fazer jus à meação dos bens em partes iguais. Aduz, às fls. 1092, que a Lei n.º 9.278/96 reconhece como entidade familiar a "simples convivência duradoura e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de uma família." Cita diversas decisões jurisprudenciais (fls. 1092 a 1097) em que se arima para ressaltar a sua participação na construção patrimonial a dar "suporte fático a que o varão progredisse" (fls. 1094), por isso que fazendo jus à "meação de bens" (fls. 1095 a 1097), sobretudo, conforme às fls. 1098 em face do "labor doméstico", impondo-se "a divisão do patrimônio em partes iguais", cujos bens indicados para a meação pleiteada se acham todos "arrolados na petição inaugural deste procedimento" conforme diz às fls. 1090 e como constam detalhados na relação anexada às fls. 57 a 60 e 174 a 200 do 1º volume, prosseguindo com as cópias da respectiva documentação às fls. 205 a 403 do 2º volume, fls. 408 a 607, inclusive cópia da declaração de bens do imposto de renda do Réu/ Apelado (fls. 451 a 460) constantes do 3º volume, e às fls. 612 a 1005 do 4º volume. Sob a alegação apresentada logo na Inicial às fls. 17/18 do 1º volume, no sentido de que sua convivência com o Réu/ Apelado "gerou igualmente o patrimônio indicado", pede a Autora/ Apelante, ao final da referida petição recursal, às fls. 1099 do 5º volume, que a sociedade de fato seja reconhecida, com a divisão, em partes iguais, do patrimônio por ela considerado como sendo "comum", reformando-se a sentença guerreada.

Nas contra-razões de fls. 1104 a 1113 do mesmo 5º volume, o Réu/Apelado refutou, primeiramente, às fls. 1105, que tivesse o Juiz *a quo* decidido em contrariedade ao art. 131 do CPC, porquanto a Autora/Apelante, em suas razões recursais, apenas pinçou alguns aspectos subjetivos da sentença sem mencionar, contudo, o "ponto nodal" da matéria sobre o qual, efetivamente, se pronunciou o Juiz às fls. 1081 no sentido de que "A prova documental acostada é farta, ensejando até o momento a abertura de cinco (5) volumes e realmente comprovam, tanto a prova documental como a prova testemunhal, a existência de um concubinato, porém, como veremos, não existiu sociedade de fato". Afirma que, perante a lei, a doutrina e a jurisprudência, a simples existência de concubinato não constitui presunção "juris et jure" da existência de uma sociedade de fato entre este e a Apelante, pois para que ocorresse o reconhecimento e a dissolução de uma sociedade de fato entre ambos que resultasse na partilha de bens, necessário se faria a prova de que o patrimônio fora formado em consequência de esforço comum. Diz que a documentação que foi acostada pela própria Autora/Apelante à Inicial da ação originária, faz, em verdade, prova contra ela, eis que, através de recibos, comprova, sim, várias despesas efetuadas com aulas de "jazz", ginástica, tratamento estético e de celulite, além de viagens, fatos esses que não se coadunam com a idéia de colaboração e contribuição efetivas nos afazeres domésticos e, muito menos, nas atividades empresariais desenvolvidas por ele, Apelado. Requer a manutenção da sentença apelada, por ter sido proferida de acordo com a legislação, a doutrina, a jurisprudência e a prova dos autos.

Conforme já dito, a douta Procuradoria Geral da Justiça, instada a se pronunciar junto a essa 2ª instância, ofereceu o parecer de fls. 1118/1122 sob o enten-

dimento de que foi abolida "a exigência de comprovação da efetiva colaboração econômica da mulher na formação do patrimônio existente, sendo necessário que ela prove, apenas, com seu esforço e participação nas lides do lar e que colaborou ativamente para o sucesso do marido", acrescentando a douta Procuradora subscritora do opinativo, que "muitas vezes, a simples presença da mulher trazendo amparo efetivo e segurança psicológica ao companheiro já é razão suficiente para reconhecê-la com direito à partilha de bens". Finaliza o Parecer afirmando que, "Reconhecida a união estável como entidade familiar, as relações fáticas entre homem e mulher que vivem como se casados fossem, passaram a ter embasamento legal, implicando semelhanças entre as famílias matrimoniais e as famílias extramatrimoniais. Nesse novo tempo não pode o Poder Judiciário acolher conceitos passados que não se adaptem à modernização dos dias atuais". Sob tal ótica, concluiu pelo provimento do recurso.

Repito não haver preliminares a apreciar, pelo que, feitos esses primeiros esclarecimentos, adentro no mérito.

Está confirmada, nos Autos, a existência de concubinato entre os litigantes do qual resultaram três filhos. Assim, às fls. 1032/1033 do 5º volume, tanto a Autora/Apelante quanto o Réu/Apelado, em seus depoimentos, reconhecem a relação concubinária, embora também conste que o Réu/Apelado mantinha outros relacionamentos amorosos, o que é reconhecido pela Autora/Apelante em relação a, pelo menos, uma outra mulher, como disse às fls. 1031 (5º volume), que "tem conhecimento da existência de D.J.F.A da S. que teve um relacionamento com o requerido, e a depoente tem

conhecimento de que ele teve um filho com ela, cujo nome do filho é G.", fato esse confirmado pelo Réu/Apelado às fls. 1033 ao dizer que, "no mesmo período do relacionamento com a requerente, o depoente teve também relacionamento com a J.A., mãe do seu filho G." Esse filho, de nome G.A.G.C. nasceu a nove (9) de dezembro de 1974, conforme se vê na cópia da Certidão de Nascimento de fls. 862 do 4º volume, data em que a Autora/Apelante já mantinha um relacionamento com o Réu/Apelado, segundo declarou às fls. 1030 ao dizer que "no ano de 1966, conheceu o requerido e passaram a ter um relacionamento de namoro". Por essa época, consta que a Apelante era empregada da empresa de supermercados B. sem que esteja esclarecido, nos Autos, se a atividade por ela exercida na empresa fora de maior destaque ou relevância do que a de "caixa" ou a de "secretária da diretoria", essa última função que está por ela afirmada às fls. 1032, onde declara, ainda, "que tem o curso de Magistério" (fls. 1032). **Em 1976 - frise-se essa data** - a Autora/Apelante, tendo saído da empresa onde trabalhava, passou a residir num apartamento sito "no Ed. Lido, na Av. Boa Viagem, Recife", conforme declara às fls. 1030 (5º volume), fato confirmado no depoimento do Réu/Apelado às fls. 1032, o qual acrescentou tratar-se de "imóvel adquirido muito antes de conhecer a requerente; que na época este prédio era um dos melhores da Av. Boa Viagem, onde inclusive morava o dono do Grupo B., Sr. J.C.P.M., seu ex-patrão (da requerente);". A documentação referente ao mencionado apartamento, de n.º 501 do Ed. Lido, à Av. Boa Viagem n.º 3020, está acostada às fls. 865 a 873 do 4º volume, inclusive cópia da inscrição no Registro Geral de Imóveis do 1º Ofício (fls. 873), constando como adquirido pelo Réu/Apelado em

1973, de I.C.R. e sua mulher, M.C.L.R. Posteriormente, consta às fls. 1033 ter passado a residir à R. Osório Borba n.º 131, em Piedade, Mun. de Jaboatão dos Guararapes, cujo imóvel declara ser, também, "pertencente ao requerido" (fls. 1030 do 5º volume), onde vive até hoje (conforme ainda às fls. 1030). Ocorre, mais, que, conforme consta das cópias dos documentos de fls. 1107/1108, juntados pelo Réu/Apelado e referentes a uma outra Ação, de n.º 10.619/95 que respondeu por Alimentos na qual foi requerido, pela ora Autora/Apelante, o valor de R\$ 26.000,00 para a manutenção da residência com nove (9) empregados, vigias e motorista, afora piscina, sauna, vários equipamentos de som e TV, manutenção de animais dos quais se destacam seis (6) cães, um macaco, uma arara e um papagaio vulgarmente chamado de "louro". Ainda às fls. 1108 a 1109, consta cópia de decisão judicial prolatada nesse outro Processo, fixando a verba referente ao pedido formulado nesse Processo em R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), valor esse de novembro de 1995 e reajustável pela variação do salário mínimo, acrescido de despesas médicas, odontológicas, hospitalares e escolares dos filhos, inclusive livros e fardamentos, a serem pagas pelo Réu/Apelado mediante apresentação de recibos, sendo que, no caso de mudança de endereço, esse também arcará com as eventuais despesas de impostos (IPTU), aluguel e condomínio. Verifico que, se não houver, na aludida residência, os alegados nove empregados, entretanto "possui de cinco a seis empregadas, constantemente", conforme consta às fls. 1034 do 5º volume, declarado pelo Réu/Apelado e não refutado pela Autora/Apelante. Ademais, uma das testemunhas da parte Autora/Apelante, de nome M.F.F.P. (conforme as fls. 1037), declara, às fls. 1038 que "quando a requerente passou a conviver com o requerido ascendeu muito socialmente e

nas vezes em que esteve nas festas de aniversário, observou as crianças muito bem cuidadas e uma fartura muito grande na casa;". Mais adiante, ainda às fls. 1038, outra testemunha arrolada pela Autora/Apelante, de nome M.C.F.N., que se diz Nutricionista de profissão, declarou "que a requerente não trabalhava, ou melhor, não exercia nenhuma função laborativa e não sabe informar se a mesma já exerceu algum dia", e prossegue respondendo a pergunta do Advogado do Réu/Apelado referindo-se à Autora/Apelante a quem visitava no exercício profissional de Nutricionista para o objetivo de controlar a sua dieta, "que havia vários empregados na casa, não sabendo informar a quantidade exata" (conforme às fls. 1039). Quanto, ainda, aos filhos e independentemente da Ação de Alimentos mencionada, o Réu/Apelante já os reconheceu antes como seus, pois como visto, consta seu nome como pai nas Certidões de Nascimento dos mesmos, cujas cópias estão acostadas aos Autos às fls. 67/68 a 69/70 do 1º volume. Ante o quadro ora sintetizado, tenho como demonstrada uma relação de concubinato entre ambos, no período de 1976 a 1993, conforme afirmado pela Autora/Apelante às fls. 1030 e refutado apenas evasivamente pelo Réu/Apelado, em que pese a evidência de ter esse se relacionado com, ao menos, uma outra mulher, com a qual teve um filho de nome G., e embora a Autora/Apelante tivesse conhecimento desses fatos. Concubinato que na definição de modo o mais sucinto lhe dá **PONTES DE MIRANDA** (in "*Direito de Família*", § 139) como sendo a união prolongada daqueles que não se acham vinculados por matrimônio válido ou putativo, e em situação que visualizo simile àquela da "concubina teúda e manteúda", no dizer de **CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA** (in "*Instituições de Direito Civil*", vol. V, p. 244, 3ª ed. FORENSE).

Na Inicial da Ação originária, às fls. 03 renumerada para fls. 4 do 1º volume, alegava desde logo a parte Autora/Apelante que o seu concubinato com o Réu/Apelado se desfez no dia "02 de fevereiro de 1993". Isso indica, desde logo, que o relacionamento entre Apelado e Apelante restou extinto antes do advento da Lei 9278/96, o que situa o caso para análise sob o foco da Súmula 380 do STF, segundo a qual "*Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum*".

O cerne da *questio*, portanto, será identificar o que vem a ser uma sociedade de fato entre concubinos e depois estabelecer se houve ou não a sociedade de fato entre a Autora/Apelante e o Réu/Apelado a merecer a proteção da Súmula 380 do STF, ora transcrita.

Vale a pena traçar um breve esboço histórico através da verdadeira **saga** empreendida pelos imigrantes originários de várias nacionalidades chegados ao Brasil, decantada ao longo dos anos por escritores e analisada, em relação aos portugueses e sua mescla racial e lingüística com indígenas e africanos, ao rigor de cientistas sociais como o nosso pernambucano **GILBERTO FREYRE** em "*Casa Grande e Senzala*", obra consagrada aqui e alhures e traduzida para outros idiomas. No caso específico da "**sociedade de fato**", pontificam os imigrantes italianos que, ao início do anterior Século XX, aqui aportaram à busca da realização dos seus sonhos de ascensão social e econômica, como magistralmente descrito no livro "*Città de Roma*", da escritora **ZÉLIA GATTAI**. O surgimento dessa expressão "**sociedade de fato**" decorreu da necessidade de se en-

contrarem soluções que corrigissem a situação desses imigrantes que chegavam ao Estado de São Paulo, casados pela legislação então vigente na Itália cujo regime era o da separação de bens. Os imigrantes construíam juntos a própria fortuna, fruto do trabalho árduo e diuturno nas lavouras do café ou em pequenas indústrias domésticas, ou oficinas mecânicas, ou no exercício do comércio, ou de outras artes e ofícios, **sempre em esforço conjunto do casal**, fosse com a participação direta da mulher na própria atividade do marido, ou como dedicada e incansável no desiderato dos afazeres domésticos, incluindo a criação dos filhos, geralmente muitos. Não raro, em ambas as atividades. Enfim, a edificação conjunta da entidade familiar e do patrimônio comum, construídos passo a passo. Mas, ao ocorrer a morte do homem, ficava a viúva, já idosa, ao desamparo ou a depender da boa vontade, ou caridade, dos filhos e genros, que herdavam os bens deixados pelo pai ou sogro, por força do regime de separação de bens que imperara no casamento regido pela legislação italiana da época. Nem sempre os herdeiros agiam conforme a expectativa de solidariedade e amparo em relação à mãe ou sogra. E mesmo que assim se comportassem, ficava ela em situação de absoluta dependência daqueles, quando não jogada à miséria, apesar de ter participado, direta e ativamente, da formação do patrimônio. Então, a jurisprudência paulista cogitou de um meio para evitar tal deformidade e desenvolveu o conceito de "*societate de fato*", buscando subsídios, não no direito de família, mas na teoria das obrigações.

Quanto às anteriormente estigmatizadas uniões concubinárias, emergiram de outras causas e proliferaram no vácuo da ausência do divórcio no Brasil, cri-

ando novas relações socialmente aceitas, as quais aproveitaram a concepção jurídica de "*societate de fato*" então desenvolvida com fundamento no direito obrigacional, e desde que nascida, essa sociedade, da convivência "*more uxorio*" com o propósito de ambos os parceiros de constituírem família e patrimônio comum. Desse modo, o concubinato, quando vivenciado em molde idêntico ao do casamento formal, deixou de ser olhado com reprimenda ou desconfiança e foi a esse se igualando. Formou-se então, caso a caso, toda uma jurisprudência em socorro dos concubinos em estado de "*affectio societatis*" nomeadamente da mulher e dos filhos resultantes, para evitar que caíssem no desamparo em situações como as de abandono por parte do companheiro, ou da morte desse. Nesse diapasão, a Constituição "*cidadã*" de 1988 consagrou, ao § 3º do art. 226 que, "*Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.*"

Creio como oportuno traçar agora um breve perfil da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da sociedade de fato, bem como da relação do concubinato e seus efeitos.

As uniões concubinárias assim configuradas e multiplicadas carregaram para os foros seus conflitos de direitos. Como resultado, seguiram-se várias decisões judiciais como a Súmula 382 do STF que amplia a caracterização do instituto para fins de investigação de paternidade ao interpretar que "*A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato*". A Súmula 447 per-

mite a disposição testamentária em favor do filho adulterino definindo que "É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina". A Súmula 35 favorece com alguns efeitos jurídicos as uniões de fato, nos casos de indenização acidentária nos seguintes termos:

Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.

E a Súmula 380 que confere efeitos patrimoniais às dissoluções de sociedade de fato em que tenha havido esforço comum na aquisição do acervo, ao dizer que,

Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Ressalte-se que, do confronto entre os textos sumulados, exsurge, cristalinamente, que o Supremo Tribunal Federal diferenciou situações. Como visto, não exige, necessariamente, a convivência sob o mesmo teto para a caracterização do concubinato para efeito de reconhecimento de paternidade; admite direitos sucessórios aos filhos havidos da união concubinária; reconhece direito à concubina sobrevivente da união, de receber indenização em caso de morte do parceiro por acidente de trabalho ou de transporte na ausência de causa impeditiva do casamento de ambos; e, para efeito de partilha de bens entre concubinos, exige a prova da existência de sociedade de fato e de esforço comum na formação do patrimônio que

a ambos aproveite. Portanto, para que possa haver meação de bens no concubinato e partilha conseqüente à sua extinção, quando desfeito antes do advento da Lei 9278/96 de 13/5/96, é necessária a presença de três elementos indissociáveis, quais sejam, [1] a convivência "more uxório" dos parceiros, [2] que daí resulte uma "sociedade de fato" entre ambos e [3] que tenha havido esforço comum na formação do patrimônio. Resulta óbvio que, sob a ótica da Súmula 380 do STF, a simples demonstração da existência do concubinato é insuficiente para dar, à mulher, a qualidade de sócia ou meeira. Nesse sentido, desde 1946 que o Supremo Tribunal já se pronunciara, no Agravo 12.991 de 15/10/46 que teve como Relator LA-FAYETTE DE ANDRADE, cuja ementa é:

A simples qualidade de concubina, a convivência more uxório não basta para conferir à companheira a qualidade de sócia ou meeira. Não impede, porém, que se estabeleça sociedade de fato entre concubinos (RF. CIX/413).

Vejamos, então, se existiu uma sociedade de fato caracterizada pelo esforço empreendido conjuntamente pela Autora/Apelante e pelo Réu/Apelado, seja de forma direta ou indireta, na formação do patrimônio relacionado em nome do Réu/Apelado, que é objeto do caso presente.

Estando, como está provada, a existência do concubinato entre os litigantes, a Autora/Apelante faz reverter a tese de que, por haver convivido com o Réu/Apelante com o qual teve três filhos, tem por isso mesmo direito à meação dos bens por ele amealhados. Nesse particular, dei-me ao trabalho de verificar a quantidade dos bens imóveis e dos móveis relacionados em anexo à Inicial de fls. 05 a 12 do 1º volume, os quais, apesar de não acompanhados de valor ao menos declarado, pode-se deles deduzir que sejam de alto valor,

dada a localização em áreas notoriamente valorizadas, no caso dos imóveis, bem como quanto à natureza de que se revestem os móveis, tais como embarcações e linhas telefônicas. Contei **233 bens** nessas condições, dos quais 15 casas, 40 apartamentos, 117 terrenos urbanos, 1 galpão, duas lojas, dois prédios urbanos edificadas, 22 propriedades rurais ou fazendas, subtotalizando **199 imóveis**, a maioria deles localizada em locais tidos como nobres do ponto de vista econômico, como **10 apartamentos na Av. Boa Viagem** e 22 outros em ruas transversais ou nas imediações, e mais dois no bairro do Panamirim, **95 lotes de terreno cujas numerações contínuas sugerem "quadras" formadas em áreas de praia, seja à beira-mar ou próximo dela, em Piedade, Venda Grande, Sirinhaém, Janga, Pau Amarelo, Maria Farinha, Itamaracá, afora Fazendas em vários municípios do interior, como 8 delas em Bezerros, outra em Caruaru e ainda outra em Garanhuns**, aos quais se acrescentam 36 bens móveis de valor significativo, destacando-se **31 linhas telefônicas** (ou direitos de uso delas) e 3 embarcações, sendo **duas lanchas de grande porte**, a perfazerem um total de 233 bens. Um patrimônio deveras extenso e de altíssimo valor, capaz, sem dúvida, de causar admiração a uns, ou inveja a outros.

Dei-me também ao trabalho de cotejar a documentação referente aos bens imóveis cujas cópias de Escrituras Registros Imobiliárias compõem os volumes 1, 2, 3 e 4. Dessa análise, verifiquei que, **antes do início do concubinato**, o qual, como visto, passou a ocorrer a partir de 1976, o Réu/Apelante já tinha a propriedade de vários desses bens imóveis, o que já indicava a ocorrência de grandes ganhos nas suas atividades profissionais anteriores ao período concubinário com

a Autora/Apelante. Assim, às fls. 863/864 do 4º volume, consta a cópia da escritura do apartamento de n.º 501 sito à Av. Boa Viagem n.º 3020, por ele comprado em 15 de junho de 1975 a T.A. e sua mulher, M.R.T.A. O apartamento de n.º 1301 da Av. Boa Viagem n.º 3020, **comprado em 29/5/1973**, conforme às fls. 863 do mesmo 4º volume. O lote de terreno de n.º 2 da quadra "F" do loteamento "Sítio do Loreto" em Venda Grande, área de praia nas imediações de Piedade, Jaboatão dos Guararapes, **comprado em 28/7/1961** (fls. 874/879). Uma casa à R. Dona Julieta n.º 377, no bairro da Encruzilhada, comprada em **8 de fevereiro de 1972** (fls. 880/884). Uma casa à R. "1", n.º 122 transversal à Travessa Paes Cabral, no bairro do Cordeiro, **comprada em 10/12/1968** (fls. 885). Um terreno de n.º 26 da quadra "X" do loteamento "Parque Brotherhood", ainda no bairro do Cordeiro, também **comprado em 10/12/1968** (fls., 885-v). Prédio edificado à R. Solidônio Leite, 180, em Boa Viagem, **constando de dois apartamentos, prédio esse comprado em 15 de março de 1974** à "Compagnie des Cables Sud-Américains" (fls. 888). A Loja Comercial "L-4" do Ed. "Quartier Cézanne", à esquina das R. Conselheiro Aguiar com R. Mamanguapé, em Boa Viagem, **comprada à Imobiliária DePaula em 9/10/1975** (fls. 889/907). Para não ser enfadonho na descrição detalhada de todos os bens, menciono que, entre as fls. 908 e 950 do 4º volume, constam as cópias dos documentos de mais **16 imóveis entre terrenos em áreas das praias de Pau Amarelo e Janga, e outros apartamentos, adquiridos pelo Réu/Apelado em setembro, outubro, novembro e dezembro de 1974 e janeiro de 1975**. Verifica-se, pois, que, antes do início do concubinato entre ele e a Autora/Apelante, o referido Réu/Apelado era um homem de condição muito abastada, possuidor, já então, de dois apartamentos à Av.

Boa Viagem, um prédio urbano e uma loja comercial em locais notoriamente "nobres" do bairro de Boa Viagem, duas casas, e 16 outros imóveis, aí incluídos vários terrenos sítos em áreas de praia, num total de **23 imóveis urbanos**, todos de alto valor. Cotejando a documentação referente às aquisições posteriores a 1976, verifico que as aquisições imobiliárias do Réu/Apelado prosseguiram do mesmo modo durante o período do concubinato e posteriormente a esse, o que indica, seguramente, não ter havido alteração significativa nas suas atividades profissionais, nem para maior nem para menor, em relação à sua prosperidade, seja antes, durante ou após o relacionamento concubinário. Em verdade, o Réu/Apelado, ao se unir em concubinato com a Autora/Apelante, já era um homem rico, detentor de notável patrimônio imobiliário oriundo da atividade comercial exercida, continuamente, no ramo comercial de estivas. O que já lhe conferia, à época, um inegável e superior *status* social e econômico, muito acima da média da população. E que, durante e após o relacionamento, assim permanece. Por outro lado, conforme já visto acima, a análise da prova, tanto testemunhal quanto documental (especificamente os documentos de fls. 70 a 173 do 1º volume), não corrobora a assertiva da Autora/Apelante de que colaborou, efetivamente, para o progresso patrimonial. Como já visto acima, a prova testemunhal demonstra que tinha até Nutricionista particular, que supervisionava a sua alimentação em visitas constantes à sua casa, ocasiões em que essa testemunha arrolada, repita-se, pela Autora/Apelante, teve o ensejo de notar o modo de vida faustoso que levava, com vários empregados ao seu dispor, tendo declarado, inclusive, que a mesma **"não exercia nenhuma função laborativa"**. Outra testemunha também arrolada pela Autora/Apelante, que a conhecera desde quando trabalhara na empresa de su-

permercados, declarou que a mesma, após sair do emprego, **ascendera muito, socialmente, quando passara a conviver com o Réu/Apelado**. Os documentos acostados aos autos, referentes a tratamentos de beleza, emagrecimento, hidroginástica, aulas de "jazz", festividades e viagens demonstram um sofisticado padrão de vida aproximado do perdulário, ou seja, indica o contrário do que se pudesse idealizar como *"esforço comum"* para a construção patrimonial. O número de empregados a seu serviço, de, no mínimo, seis, também indica que não exercia, propriamente, os *"afazeres do lar"* de modo a que pudesse isso ser considerado como colaboração ao menos indireta para o progresso do Réu/Apelado e muito menos para a formação de um acervo comum, ou para a manutenção do já existente. Esses afazeres sempre foram desenvolvidos pelos vários empregados ao seu serviço, de modo que, também pela via dos *"serviços domésticos"*, não prospera a pretensão colaboracionista da Autora/Apelante no seu intuito de querer demonstrar o esforço comum na formação de patrimônio comum ou na manutenção do já então existente. Ao contrário, porque, estando demonstrado que a Autora/Apelante saiu do emprego que ocupava no B, isso indica que todas as despesas da casa, inclusive as dela, Autora/Apelante, eram custeadas pelo Réu/Apelado. E é bom não olvidar que a Autora/Apelante, após o fim do concubinato, permanece residindo no mesmo imóvel de propriedade do Réu/Apelado, com uma substancial pensão de R\$ 4.500,00 para a manutenção da casa e em favor dos filhos, valor esse tomado como de há mais de três anos, que é reajustado conforme a variação do salário mínimo, além do custeio da saúde, escolaridade e fardamento, bem como o compromisso de pagamento de impostos, aluguel e condomínio caso tenha de se transferir para outro imóvel tipo apartamento.

Quanto à participação da Autora/Apelante numa sociedade comercial constituída sob o nome de "Armazém Senhor do Bonfim", não há prova de que tenha funcionado mais do que durante um ano e dez meses (fls. 1054/1058 do 5º volume), tendo a Autora/Apelante declarado que a sociedade com o tio do Réu/Apelado que o sucedera na sociedade, estava encerrada há mais de dez anos, embora, contraditoriamente, "não sabendo precisar exatamente, quantos anos" (fls. 1031 do 5º volume), que o motivo de "ir lá, ajudar, era porque era sócia" do dito Armazém, e nada mais acrescentou. Em rigor, são informações vagas, feitas como que "en passant" não havendo indicações sequer quanto ao efetivo funcionamento desse Armazém. Nenhuma informação quanto ao respectivo movimento comercial, livros de comércio, faturamento, balanços, número de empregados e respectivas funções, folha de pessoal, encargos, contas de luz, água, telefone, compra e revenda de mercadorias, apesar de constar como seu objetivo, à cláusula Segunda, de fls. 1054, a "exploração do Comércio Atacadista de Produtos de Limpeza, Bijouterias, Perfumarias e Bebidas". Ademais, nenhuma das testemunhas ouvidas em Juízo alude à real existência ou ao efetivo funcionamento dessa Sociedade referente ao aludido armazém. O que consta, nos Autos, é a existência de uma outra firma, de propriedade do Réu/Apelado, do ramo de estivas, sob o nome de "Colorado", sem que a essa a Autora/Apelante faça nenhuma menção, o que também indica que dela nunca participou, e da qual tinha conhecimento meramente superficial.

Por tudo quanto vem de ser analisado, inclino-me a considerar que não houve a participação "affectio societatis" entre o Réu/Apelado e a Autora/Apelante de modo a que caracterizasse a existência de uma soci-

idade de fato com o propósito claro do esforço comum para a formação do patrimônio existente, apesar de terem vivido em concubinato. É certo que o Art. 226 da Constituição Federal enfatiza que a família é a base da sociedade e que a união estável entre homem e mulher é reconhecida como "entidade familiar" (§ 3º), pelo que a partilha de bens não teria causa apenas na aquisição patrimonial, "mas também na tarefa de manutenção e conservação do patrimônio", como assinala **REYNALDO JOSÉ CASTILHO PAINI** (in "Reconhecimento de Paternidade e União Estável", Ed. Saraiva 1996, p. 141), ao transcrever decisão do TJRS na Apelação 590.072.252 da 8ª Câmara Cível daquele Tribunal, de 20/6/91. No entanto, no corpo da aludida decisão, está dito que a partilha de bens também tem causa na tarefa de manutenção e conservação do patrimônio, "pelo esforço comum". É esse "esforço comum", o elemento que, no meu entender, se acha ausente da pretensão da Autora/Apelante. Nesse sentido, a jurisprudência é incisiva. O TJSP, no julgamento da Ap. 108.106.1, da 4ª Câmara Cível, tendo como Relator o Des. **ALVES BRAGA**, em 02/03/89, assim decidiu:

Concubinato - Equiparação à família - Interpretação errônea - Intervenção do MP descabida - Há erro de perspectiva na afirmação de que a Constituição da República equiparou o concubinato à família. Não houve equiparação, já que não foi abolido o casamento como base legal da constituição da família. Equiparar, na sua origem latina, é igualar. O texto constitucional não usou da expressão equiparar em seu art. 226. A família continua sendo a base da sociedade e o

casamento a base da constituição da família. Apenas reconheceu, para efeito de proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, programando a facilitação do casamento. Manteve, portanto, a distinção entre casamento e acasalamento. Essa união estável pode gerar efeitos patrimoniais sem que o Estado interfira nessa relação entre as partes. Ver nessas relações meramente patrimoniais, sem afetação da prole, interesse público, é perigoso precedente estatizante que, com certeza, não esteve na cogitação do constituinte. A intervenção do Ministério Público em ações dessa natureza é exceção e, como exceção, deve ser interpretada restritiva e não ampliativamente como o faz o recorrente. Não se vislumbra nenhum interesse na intervenção do Estado quando se discute a dissolução de sociedade de fato objetivando apenas e tão-somente a repartição de patrimônio que se diz comum ou em pedido de indenização por serviços domésticos ou de outra natureza que haja um dos concubinos prestado ao outro enquanto durou aquela união. Não se há falar em legítimo interesse do Ministério Público.

No mesmo diapasão, o STJ, no Recurso Especial 3212-MA (90.0004715-3, 3ª Turma, DJ 10/12/1990, sendo Relator o Ministro WALDEMAR ZWEITER:

Civil - Concubinato - Sociedade de fato - Matéria de fato.

I - Quanto à formação do patrimônio comum,

*em si, o concubinato não faz nascer os mencionados efeitos patrimoniais, pois a companheira ou concubina para cobrá-los, tem que provar que dessa convivência **more uxorio** nasceu uma sociedade de fato e assim surge a possibilidade de partilha de bens, desde que adquiridos como resultado de um esforço comum dela e de seu companheiro.*

II - Se é necessário para definir-se a relação concubinária que se examine matéria probatória, essa não tem cabida no apelo, eis que neste não tem guarida a reapreciação de tema probatório.

III - Recurso não conhecido.

(LEX Jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, vol. 22, p. 101)

Outra decisão do STJ sobre o assunto, proferida no Resp. 125.815 RJ, sendo Relator o Ministro NILSON NAVES, DJ de 11/9/2000, diz que:

Sociedade de fato (inexistência). Concubinato. Patrimônio (partilha).

*A vida **more uxorio** de per si não basta à prova da sociedade. Exato, pois, ao se afirmar que 'a simples existência do concubinato, que o próprio embargado reconhece, é prova insuficiente para caracterizar a existência da sociedade de fato'.*

2. Sem dúvida que se admite, para o reconhecimento da sociedade, a contribuição indireta da ex-companheira. Precedentes do STJ. Entretanto, se não se prova a contribuição, é inadmissível, conforme bem se disse na origem, 'acolher a sua pretensão de ver reconhecida a sociedade mantida ao longo de 4 (quatro) anos com o seu concubino'.

3. À míngua de ofensa a texto de lei federal e de dissídio, a 3ª Turma do STJ não conheceu do recurso especial.

Vale, por fim, mencionar trecho de outra decisão da 3ª Turma STJ que, no meu sentir, se aplica com perfeição ao caso presente. Foi proferida no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 140.266 - São Paulo (1997/0013622-1), Id. AG 140266, 10/12/99, sendo Relator o Ministro **EDUARDO RIBEIRO**:

(...) ... Com relação à aplicação da Lei 9278/96, melhor sorte não assiste à autora. O concubinato teve fim antes da edição da referida norma, que se deu no curso da presente ação. A lei a ser aplicada é aquela que vigia ao tempo do fato. Não pode ela retroagir para alcançar situações pretéritas. Quanto à alegação de que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal já determinaria efeitos patrimoniais à união estável, trata-se de matéria estranha ao especial. Diante da impossibilidade de aplicar-se a Lei 9278/96, deve a parte interessada demonstrar a existência de uma sociedade de fato. Essa caracteriza-

se pela comprovação de que participou para a formação do patrimônio. Caso contrário, haverá apenas concubinato que não confere o direito à partilha dos bens, conforme orientação contida na Súmula 380/STF, ao qual não pode ser conferida a exegese dada pela agravante. No presente caso, entendeu o tribunal de origem, com base na análise das provas carreadas aos autos, que não demonstrara a autora a sua contribuição para a aquisição dos bens do réu. Observou-se que nem mesmo o fato de promover jantares e recepções poderia ser considerado como colaboração, vez que o agravado já possuía status elevado antes de conviver com a ora agravante. Alterar as premissas estabelecidas no acórdão recorrido, para acolher a tese esposada no especial, demandaria necessariamente nova análise dos fatos, pois, só assim, poder-se-ia concluir de forma contrária à corte estadual. Tal providência, no entanto, é inviável na via extraordinária, conforme dispõe o enunciado da Súmula 7/STJ. O mesmo óbice impede o reconhecimento do pedido de indenização por serviços prestados, pois entendeu o tribunal de origem que nem serviços domésticos prestara a autora, vez que eram realizados por empregados.

(...) ... Nego provimento. Brasília, 26 de novembro de 1999. Ministro Eduardo Ribeiro, Relator.

POSTO ISSO, o meu voto é pelo improvimento do recurso apelatório, mantendo-se a doutra Sentença do *Juiz a quo*.

É como voto e submeto aos ilustres Pares.

Recife, 05 de junho de 2001

Des. SANTIAGO REIS
- Relator -

Obs.: Apelação julgada na Sessão de 05(cinco) de junho de 2001 da 2ª Câmara Cível, decisão unânime, com os Desembargadores José Napoleão Tavares de Oliveira e Waldemir de Oliveira Lins (Revisor), acompanhando o voto do Relator.

SENTENÇA DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO

Teodomiro Naronha Cardoso
Juiz de Direito

Processo n. 3845/99

Ação Pública Incondicionada

A. Ministério Público

Réus: R. J.C.S., F.J.C.S., R.M.F. e G.P.M. conhecido por "R"

Vítima: E.E.S.

Conduta penal: art. 121, § 2º, incs. I, II e IV, c/c os arts. 29, do Código Penal
Lei n. 8.072/90, alterada pela Lei n. 8.930/94

EMENTA: Penal e Processual Penal. Homicídio duplamente qualificado. Crime hediondo. Concurso de Agentes. Adequação das qualificadoras da futilidade da motivação e surpresa, recurso que impossibilitou a defesa da vítima na prova indiciária. Incompatibilidade entre as qualificadoras do motivo torpe e fútil. Contradição entre a perícia tanatoscópica e as fichas de atendimento médico. Inocorrência. Indeferimento de requerimento da defesa, sem utilidade para o deslinde da **questio facti**. Teoria da equivalência dos antecedentes causais (**condicio sine qua non**) adotada pelo legislador pátrio no art. 13, do CP. Comprovação do nexo de causalidade. Teses da Defesa Técnica não incontroversas, a par da prova indiciária. Apreciação da matéria pelo Júri. Concessão aos réus do direito de recorrerem em liberdade. Materialidade provada. Indícios de autoria verossímeis.

DECISÃO: Procedência, em parte, da denúncia, para o efeito de pronunciar os réus como incurso

na sanção do art. 121, § 2º, II e IV, c/c o art. 29, da Lei Penal e art. 1º, da Lei n. 8.072/90, alterada pela Lei n. 8.930/94.

I – Relatório:

O Ministério Público, (**dominus litis**), por seu representante, vem de oferecer denúncia de R. J. C. da S., F. J. C. da S., R. M. F. e G. P. de M., vg. “Pelé”, nos autos qualificados, pela prática da conduta tipificada no artigo 121, § 2º, incs. I, II e IV, c/c o art. 29, do **Codex Poenalis**, em face da vítima E. E. da S., conforme atrial de fls. 02 usque 04.

Consta da proposta inicial acusatória, ilustrada em procedimento policial, que no dia 05.07.1998, aproximadamente às 18:30 horas, na Av. Palmares, nº 517, Arthur Lundgren I, neste Município, o indivíduo conhecido por “Pelé” desferiu várias facadas na pessoa de E. E. da S., que se encontrava em sua residência, tendo tais lesões provocado sua morte.

Narram os autos que “Pelé”, naquela noite, adentrou na casa da vítima, que se encontrava no terraço, e vibrou-lhe os golpes descritos no laudo pericial, causando-lhe surpresa, não tendo a vítima oportunidade de defender-se da ousada ação criminosa, vindo a falecer, apesar de ter sido socorrida.

Naquela ocasião, encontravam-se próximo ao local do crime o segundo e o terceiro réus que, num veículo VW/Saveiro, de cor cinza, davam cobertura à execução do crime e asseguraram a fuga de “Pelé”.

É narrativa da denúncia que o crime decorreu de uma série de desentendimentos que havia entre a vítima e o primeiro réu R., por conta da companheira da vítima ter negociado um imóvel com ele, em que esse não cumpriu sua obrigação na transação comercial efetuada, o que levou R. J. C. da S. a mandar matar a vítima.

Quando da fuga do autor material, o segundo réu F. J. deixou cair alguns documentos (notificação de infração e instrumento de libertação), constantes dos autos, que identifica o primeiro réu como proprietário do veículo utilizado na fuga.

O **libellum** inicial fora recebido aos 07.06.1999, acompanhado dos autos do procedimento informativo de fls. 05 usque 44.

Avultam-se do **informatio delicti** a transcrição do registro nº 03.03.1.631/98, fls. 08; termo de declarações da companheira da vítima, fls. 12/14; ilustrações fotográficas de fls. 15; notificação de infração, fls. 16 e 19; instrumento de libertação, fls. 17 e 20; cópia de recorte de classificados do *Jornal do Commercio*, fls. 18 e 21; termos de qualificação e interrogatório dos réus R. J. C. da S., F. J. C. da S., R. M. F. perante a autoridade policial, fls. 25 usque 29; cópia de inautêntica de procuração, fls. 30 e verso; cópia autêntica de substabelecimento de procuração, fls. 31 e verso; recorte de jornal noticiando a morte da vítima, fls. 32; a pericia tanatoscópica de fls. 36 e o Relatório da Autoridade Policial Judiciária de fls. 43 e 44.

Despacho de decreto da prisão preventiva dos réus R. J. C. da S., F. J. C. da S., R. M. F., fls. 46 e verso.

Citado por mandado o réu R. M. F. viu-se interrogar, conforme auto de interrogatório de fls. 57 e 58. Defesa prévia às fls., 64/65 e documentos anexos de fls. 66 a 79.

Pedido de relaxamento da prisão preventiva, fls. 80/82.

Juntada de instrumento de outorga de poderes do réu R. J. C. da S. para seu defensor, fls. 82/83.

Juntados pela defesa os antecedentes criminais do réu R. M. F., fls. 84/85.

Petição do advogado da companheira da vítima, Sr.^a M.J.B.L.S. informando que o réu R. J. C. da S. possui conta no banco Bradesco, fls. 86.

Pedido de revogação da prisão preventiva dos réus R. J. C. da S. F. J. C. da S. fls. 87 a 91; instrumento de procuração, fls. 92 e documentos anexos de fls. 93 usque 103.

Parecer da Dr.^a Promotora de Justiça pugnando pela manutenção da prisão preventiva dos réus R. J. C. da S. F. J. C. da S., fls. 107/109; Parecer da representante do Ministério Público opinando pelo relaxamento da prisão preventiva do réu R. M. F. fls. 110 e 111.

Apresentado-se espontaneamente perante este Juízo os réus R. J. C. da S., F. J. C. da S. viram-se interrogar, conforme termos de fls. 116 a 118 verso; revogação do decreto de prisão preventiva dos réus R. J. C. da S. F. J. C. da S. fls. 116 verso e 117.

Aditamento da denúncia em relação ao réu G. P. de M., conhecido por "Pelé", fls. 119/120.

Prévias de Defesa dos réus R. J. C. da S. e F. J. C. da S. às fls. 126/127. Antecedentes criminais do réu G. P. de M., fls. 144.

O réu G. P. de M. compareceu perante este Juízo e viu-se interrogar, conforme termo de fls. 147 e 149. Prêvia de defesa e rol de testemunhas, fls. 157/158. Requerimento do assistente da acusação, fls. 149.

Na fase da instrução da prova, para formação da culpa, foram inquiridas (3) três testemunhas do rol da denúncia e a companheira da vítima, conforme assentada de fls. 149 a 153.

Instrumento de outorga de poderes juntado pelo assistente da acusação, fls. 155/156. Fichas criminais dos réus, fls. 165 a 168.

Foram inquiridas (11) onze testemunhas do rol da defesa, **ut assentada** de fls. 174 usque 186.

Os defensores dos réus requereram a dispensa das demais testemunhas dos rôis das defesas prévias, fls. 186.

Substabelecimento do defensor dos réus R. J. C. da S., F. J. C. da S. às fls. 187.

Certificado de registro e licenciamento de veículo, fl. 188.

A Defesa dos réus R. J. C. da S. e F. J. C. da S. requereu que fossem juntados os documentos de fls., 192 a usque 204; a defesa do réu G. P. de M. requereu a anexação aos autos dos documentos de fls. 205 a 208.

Encaminhada pela direção do Hospital da Restauração a cópia do prontuário de atendimento nº 061.456, da vítima E. E. da S., fls. 210 usque 229.

Em atendimento às diligências requeridas pelo MM Juiz no despacho de fls. 186, o Detran-PE., forneceu os Boletins de Movimentação de Veículo referentes ao veículo placas KFJ-0623, chassi 9BWZZZ30ZSP016066, marca VW/Saveiro CL 1.8, fls. 203 usque 244.

A Defensora dos réus R. J. C. da S. e F. J. C. da S., requereu a juntada dos documentos de fls. 246 usque 293 e ilustrações fotográficas de fls. 294 a 301.

O defensor do réu G. P. de M., requereu que fosse oficiado ao CREMEPE para responder as indagações constantes da petição de fls. 303/305.

A Defesa técnica do réu R. M. F. requereu a juntada aos autos da documentação de fls. 306 e 307.

Concluída a colheita da prova, as partes aduziram alegações finais. O Ministério Público, fls. 310 a 313. O assistente da acusação às fls. 317/318.

A Defesa Técnica do réu G. P. de M. fls. 322 a 324. O Defensor do réu R. M. F., fls. 326 e 327. A Defensora dos réus R. J. C. da S. e F. J. C. da S. às fls. 329 usque 340.

Em suas alegações finais o Dra. Promotora de Justiça, após análise da prova dos autos, aduzindo que autoria e materialidade restaram comprovadas, pugnou pela pronúncia dos réus, nos termos da denúncia e do aditamento, como incursos na punição do art. 121, § 2º, I, II e IV, c/c o art. 29 do Código Penal.

O Assistente da Acusação pugnou pela pronúncia dos réus nos termos da denúncia.

O Defensor do réu G. P. de M. reiterando pedido no sentido de oficiar ao Cremepe para responder a quesitos formulados pela anteriormente, entendendo imprescindível para nova tipificação do fato, propugnou pela desclassificação do tipo penal, sem no entanto, mencionar o novo tipo penal, fls. 322/324.

O Defensor do réu R.M.F. após análise da prova dos autos, argüindo a tese de exceção de defesa de negativa da autoria, sob a alegação de que ele não tinha conhecimento do fato e nem se encontrava na cena do crime, propugnou pela absolvição sumária, fls. 326/327.

Os Defensores dos réus R.J.C.S; F.J.C.S; após análise da prova dos autos, levantando a tese de exceção de defesa de negativa da autoria, propugnou pela impronúncia.

Vieram-me os autos conclusos.
Este é o relatório.

Decido:

II – Fundamentação:

Após análise dos autos, chamo à ordem o feito e indefiro o pedido da defesa, concernente a esclarecer supostas divergências entre o laudo de perícia tanatoscópica e as fichas de esclarecimento e evolução médica.

Ora, os peritos do IMLPC, após a incisão mento-pubiana, com retirada do plastão condro-esternal, constatararam hemoperitônio (**hemorragia na membrana do peritônio**), lesões hepáticas e jejunal (**no fígado e na parte do intestino, situada abaixo do fígado**) e ainda ferida incisa de laparotomia mediana e drenagem tubular no flanco direito (MSD). **Laparotomia, na linguagem médico-legal, é um procedimento médico de abertura do abdômen para explorar, pesquisar, genericamente, o que existe no seu interior.**

É evidente que nomear uma junta médica para responder a quesitos sem dispor do cadáver da vítima, como dispunham os médicos-legistas, não chegariam a conclusões diferentes das a que chegaram os legistas, não se revestindo o pedido de prova útil para o processo.

A perícia tanatoscópica diz que a causa-mortis foi ocasionada por hemorragia interna do abdômen, produzida por instrumento pérfuro-cortante (fls. 36).

Consta da ficha de esclarecimento que a vítima foi atendida no HR no dia 05.07.98 com diagnóstico provável de "trauma abdominal penetrante por arma branca + lesão hepática + lesão de serosa de int. (intestino) delgado + ferida

mento no MSD", sendo realizado o procedimento médico de laparotomia exploradora + enterorragia + drenagem cavitária + sutura de MSD" (fls. 212).

Enterorragia significa **costura do intestino** e serosa **é uma membrana que recobre o fígado**.

Embora estivesse a vítima bem orientada e consciente como afirmou a defesa, aos 08.07.98 o estado médico da mesma era comprometedor (vide esclarecimento de fls. 224).

Por tais razões o pedido não merece acolhimento, por não contribuir utilmente no escopo da verdade real e, conseqüentemente, no deslinde da "quaestio facti".

Além do mais, o legislador pátrio, no art. 13, da Lei Penal, adotou a teoria da equivalência dos antecedentes causais (*conditio sine qua non*) para o efeito de fixar a equivalência da responsabilidade.

Assim, comprovado o nexo de causalidade entre a conduta (ação ou omissão) e o resultado, à luz do disposto no art. 13, do CP, não se perquire, porque a lei não faz distinção e onde a lei não distingue não cabe intérprete fazê-lo (Maximiliano, Carlos) entre causa, concausa e condição.

Estabelece o art. 13, verbis:

"Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido".

Júlio Fabbrini Mirabete, comentando o aludido artigo doutrina que (...)

Para que se possa reconhecer se a condição é causa do resultado, utiliza-se o processo hipotético de eliminação, segundo o qual causa é

todo antecedente que não pode ser suprimido, por hipótese, sem afetar o resultado. No campo teórico, não se elimina a relação de causalidade pela existência de uma concausa (preexistente, concomitante ou, em regra, superveniente). A concausa é outra causa, que, ligada à primeira, concorre para o resultado.¹

Reiteradamente o Tribunal de Justiça de São Paulo tem plasmado suas decisões, no tocante à matéria, na mens legis.

De acordo com a regra da equivalência dos antecedentes causais, ou da conditio sine qua non, adotada por nosso ordenamento penal, inexistente a distinção entre a causa e a concausa, ou causa e condição, sendo aquela considerada como tudo aquilo que contribuir para o resultado" (RJTJESP 111/495).²

Dest'arte, a causa primeira e a causa de todas as causas e a causa-mortis de E. E. da S. foi hemorragia, causada pelos ferimentos de faca-peixeira.

Feita essa incursão, cuido que os réus R. J. C. da S., F.C.S. R. M. F. e G. P. de M., devem ser pronunciados, como incurso na punição do art. 121, § 2º, incisos II e IV, c/c o art. 29, da Lei Substantiva Penal, (homicídio duplamente qualificado), pela futilidade da motivação e mediante surpresa, recurso que impossibilitou a defesa da vítima, para o fim de submetê-los ao crivo do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri desta Comarca, presentes os pressupostos do artigo 408, do CPP.

¹ Código Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 1999:136

² No mesmo sentido: (TACRSP RT 414/281 e TACRSP RT 514/349).

Comungo do entendimento do E.g. Tribunal de Justiça de São Paulo de que o motivo torpe não pode conviver pacificamente com o motivo fútil em um mesmo ato (TJSP, RJTSP 116/462).

A materialidade **corpus delicti** do fato típico positiva plenamente no laudo de exame tanatoscópico, que evidencia a *causa-mortis* por hemorragia decorrente de ferimento causado por instrumento pérfuro-cortante (faca-peixeira), fls. 36.

Os indícios de autoria são verossímeis e tal assertiva deduz-se dos relatos testemunhais granjeados no ventre dos autos, corroborado, em parte, com a confissão do co-réu G. P. de M., malgrado o protesto de inocência dos demais réus.

Evidencia a prova indiciária que o móvel do fato teria sido a permuta de um imóvel da companheira da vítima, M.J.B. de L.S. com o réu R. J. C. da S.

A companheira da vítima alega que permutou um imóvel seu com o primeiro réu R. passando a escritura e R. ficava protelando; que na troca ela ficaria com todo o imóvel, parte térrea e primeiro andar (fls. 149/151).

R. em seu interrogatório, afirmou que vendeu apenas a parte superior do imóvel, já que na parte inferior residiram seus irmãos (fls. 118 e verso).

Inferre-se da versão indiciária que o primeiro réu R. J. teria mando o co-réu G.P. seu cunhado, executar a vítima porque essa ingressou em Juízo com uma ação contra ele.

Os demais co-réus F.J. irmão de R. e R.M. teriam dado cobertura ao executor material do fato, G.P., e acobertado a fuga.

que a ação impetrada pela vítima contra R. está em andamento; que por isso mataram a vítima e dias antes a vítima ouviu uma conversa, segundo a vítima era entre R. e F. dizendo "a gente mata, mas não entega os documentos..." (M.J.B.L. de., fls. 150).

A circunstância qualificadora da motivação caracteriza-se pelo só fato da disputa judicial envolvendo a compra e venda do imóvel.

A circunstância qualificadora da surpresa, ataque inesperado, também encontra adequação da prova indiciária, porquanto, a vítima fora esfaqueada no seu próprio terraço, no pavimento superior, sem que esperasse o ataque; o agressor utilizou-se de recurso que impossibilitou sua defesa.

No tocante às qualificadoras, já decidiu o E.g. Tribunal de Justiça de São Paulo, iterativamente, o seguinte: "Ao júri, em sua soberania, é que compete apreciá-las, com melhores dados, em face da amplitude da acusação e da defesa" (RT 668/275). No mesmo sentido: RT 572/318 e RT 577/348-9.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, tem admitido: "Para a decisão de pronúncia, mero juízo de admissibilidade da acusação, basta que o juiz se convença, dando os motivos de seu convencimento, da existência do crime e de indícios de que o réu seja o autor". STF: (RT 553/440) e STF: (RTJ 690/380).

Na esteira do aresto do TJMT: "As provas indiciárias autorizam a pronúncia do réu e, em tais circunstâncias somente ao Tribunal do Júri compete decidir" (TJMT – RC – Rel. Milton Figueiredo Mendes – RT 527/389).

Em sede de pronúncia – juízo de admissibilidade da denúncia – havendo prova do crime e indícios suficientes de autoria o Juiz pronunciará o réu e submetê-lo-á ao **judicium causae** do Tribunal do Júri Popular.

A tese de exceção e defesa de negativa da autoria, desenvolvida pelo Defensor dos réus R. J. C. da S. e F. J.C.S. deve ser apreciada, **meritum causae**, pelo Tribunal Popular do Júri, Juízo natural da lide, a quem compete o veredicto final da causa, porquanto, não restou incontrovertida, a par da prova indiciária.

Igualmente, a tese de absolvição sumária, esposada pelo Defensor do co-réu R. M. F., não restando incontroversa, a par da prova indiciária, deve ser apreciada pelo Júri, afigurando-se temerária a subtração da competência natural.

A tese de excludente de ilicitude e, alternativamente, a de desclassificação, para homicídio culposo, esposada pelo Defensor do réu G. P. de M., não restou estreme de dúvida, cabendo o seu mérito ao Júri.

Orienta-nos a Corte Suprema Brasileira, **in verbis**: “Para se reconhecer na fase da absolvição sumária a legítima defesa deve resultar estreme de dúvida da prova dos autos” (STF, RTJ 63/833).

Ante o exposto, consubstanciado nos motivos de fato e de direito, JULGO PROCEDENTE, em parte, a denúncia, para o efeito de PRONUNCIAR os réus R. J. C. DA S., F. J. C. DA S., R. M. F. e G. P. DE M., nos autos qualificados, como incurso na sanção do artigo 121, § 2º, incisos II e IV, da Lei Penal Positiva, com os gravames da Lei n. 8.072/90, alterada pela Lei n. 8.930/94, a fim de submetê-los a julgamento pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri desta Comarca, na próxima sessão desimpedida.

Atendendo que os réus, possuidores de antecedentes penais irreprováveis e compareceram a todos os atos da instrução de primeira fase, não vislumbrando, na atual fase processual, fundamento para antecipar a custódia cautelar, concedo-lhes o direito de recorrer **stricto sensu** em liberdade.

Passada em julgado a presente decisão de pronúncia, dê-se vista dos autos à Promotoria de Justiça para os fins legais.

Sem custas.

P.R. Intimem-se.

Paulista, aos 25 de setembro de 2001

Teodomiro Noronha Cardozo
Juiz de Direito e anexo do Júri

ÍNDICE ONOMÁSTICO

**ÍNDICE
ONOMÁSTICO**

Revistas de 1 a 14

[Empty space for the index content]

ÍNDICE ONOMÁSTICO

	<i>Núm.</i>	<i>Pág.</i>
ADA PELLEGRINI		
• <i>A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL</i>	12	25
ADEILDO NUNES		
• <i>O CRIME NAS LICITAÇÕES.</i>	09	25
AGENOR FERREIRA DE LIMA FILHO		
• <i>A JUSTIÇA DE CONSENSO NO CAMPO PENAL.</i>	01	178
• <i>SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS.</i>	04	499
ALBA MARIA PIRES BARBOSA		
• <i>A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO PROCESSO TRABALHISTA.</i>	03	13
• <i>TRABALHO EDUCATIVO: UMA NOVA PROPOSTA.</i>	04	15
ALBERTO FLÁVIO BARROS PATRIOTA		
• <i>DO INDEFERIMENTO DE PLANO DO AGRAVO. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES.</i>	07	17
• <i>SENTENÇA CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. REONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO - HOMICÍDIO. PENA DE CONFISSÃO. INAPLICABILIDADE À FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DOS RÉUS. SENTENÇA</i>		

DE PRONÚNCIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVA
IMPROCEDÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. 09 407

ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL

- PODER, ESTADO E DIREITO.
A SUPRALEGALIDADE DO DIREITO VIVO. 03 23
- UM ESTUDO COMPARADO DOS NÚCLEOS
CONSTITUCIONAIS E DA LIMITAÇÃO DOS
PODERES REFORMADORES BRASILEIRO
E PORTUGUÊS. 06 17
- LINGUAGEM, SIMBOLOGIA E LÓGICA
APLICÁVEIS AO DIREITO CIBERNÉTICO. 09 69
- DO DIREITO NATURAL AO DIREITO
ARTIFICIAL. 10 43

ALEXANDRE DA MAIA

- INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO
JURÍDICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO:
NOTAS ACERCA DA ADMISSIBILIDADE
DE UMA PERSPECTIVA
INDUTIVO-HERMENÊUTICA. 03 43
- AUTOPOIESE VERSUS PRÁTICA
PROCEDIMENTAL: O FALSO DILEMA
DO PODER JUDICIÁRIO. 09 39
- O GARANTISMO JURÍDICO DE LUIGI
FERRAJOLI - NOTAS INTRODUTÓRIAS. 10 25

ALEXANDRE DE MORAES

- REFORMA POLÍTICA DO ESTADO
E DEMOCRATIZAÇÃO 12 45
- LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS ÀS
COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO 14 21

ALEXANDRE MILTON PRAZERES DA COSTA

- MEDIDA PROVISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. 07 29

ALYSSON CAMILO

- INQUÉRITO POLICIAL: DO OBSOLETISMO EM
FACE DA ESTRUTURA PRINCÍPIOLÓGICA
CONSTITUCIONAL E LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA
VIGORANTE 14 39

ALFREDO SÉRGIO MAGALHÃES JAMBO

- ANOTAÇÕES SOBRE O INDIVÍDUO TRANSGRESSOR. 03 63

ALVINO AUGUSTO DE SÁ

- ALGUMAS PONDERAÇÕES ACERCA DA
REINTEGRAÇÃO SOCIAL DOS CONDENADOS À PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE 11 25

AMADOR PAES DE ALMEIDA

- AÇÃO REVOCATÓRIA FALENCIAL E A LEI DOS
REGISTROS PÚBLICOS 13 21

ANA CLÁUDIA MANSO S. O. RODRIGUES

- EXPEDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - LIMITES
CONSTITUCIONAIS. 05 17

ANA LUÍSA CELINO COUTINHO

- A ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO
NA REFORMA ADMINISTRATIVA. 09 99

ANA LUIZA WANDERLEY DE MESQUITA

- O ESTADO GERENCIAL E SUAS "SOLUÇÕES" 14 59

ANA PAULA DUARTE DAMASCENO

- ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO

FUNDAMENTAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	12	99
ANA PAULA LIRA MELO		
• O ESTADO DE NECESSIDADE E O SAQUE	12	121
ANDRÉ LUIZ ANDRADE VICTOR DE ARAÚJO		
• QUESTÕES JURÍDICAS RELEVANTES NA INTERNET: CONFLITOS EXISTENTES ENTRE NOMES DE DOMÍNIO E MARCA.	10	61
ANDRÉA SILVA MARROCOS DE OLIVEIRA		
• MEDIDAS PROVISÓRIAS: O EXECUTIVO EM AÇÃO, A SOCIEDADE EM CHOQUE E A DEMOCRACIA EM XEQUE.	13	41
ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO		
• A SÚMULA VINCULANTE E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ.	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 MACHADO GUEDES ALCOFORADO		
• ESTUDO DA TERMINOLOGIA PROCESSO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO E DA APLICABILIDADE DE ALGUNS PRINCÍPIOS INERENTES	14	77
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
BRÁSILIO 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
• O ESTADO DO SÉCULO XXI: COEXISTÊNCIA OU SUBSTITUIÇÃO PELAS INSURGENTES ORGANIZAÇÕES POLÍTICAS?	14	103
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

CÉLIA MORAIS

- *"LEASING" FINANCEIRO - DESCONFIGURAÇÃO DO CONTRATO PELO PAGAMENTO ANTECIPADO DO VRG E SUAS CONSEQUÊNCIAS* 14 153

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 SOCIOLOGICA* 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

CRISTINA OSSIBE MARTINS BOTELHO

- *CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS INELEGIBILIDADES* 14 171

DANILO FONTENELE SAMPAIO CUNHA

- *CONTRIBUIÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL APOSENTADO AO PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL.* 02 249

DANIELA RAMOS GALVÃO

- *DANO MORAL* 14 209

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* 12 229

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 - DENÚNCIAÇÃO 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 ADVOCACIA DOS CONCILIADORES E JUÍZES LEIGOS*

- DOS JUZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.* 07 139
- *SAÚDE COMO "CONTRATO CATIVO DE LONGA DURAÇÃO": ASPECTOS REFERENTES AO REAJUSTE DAS MENSALIDADES E AO DIREITO DE RESCISÃO.* 08 99

DENISE FROSSARD

- *O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO.* 06 155

DJACI FALCÃO

- *PARECER. MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. IMUNIDADE.* 05 501
- *PARECER. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. ISENÇÃO.* 06 501

DJASON B. DELLA CUNHA

- *GLOBALIZAÇÃO E ORDEM JURÍDICA: O DILEMA DA CIDADANIA NOS ESTADOS PERIFÉRICOS.* 07 151
- *O DIREITO COMO FATO SOCIAL: A RACIONALIDADE DO MÉTODO POSITIVO.* 09 141
- *A CULTURA E O DIREITO: A DINÂMICA DO FENÔMENO JURÍDICO* 11 115
- *BIODIREITO: O NOVO DIREITO FACE À BIOÉTICA* 13 93

DOMINGOS TOCHETTO

- *CRIMINALÍSTICA.* 06 163

EDIL BATISTA JUNIOR

- *O ILÓGICO NECESSÁRIO (CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CRISE DA CODIFICAÇÃO JURACIONALISTA)* 13 111

EDSON DE ARRUDA CÂMARA

- *O DIREITO ACHADO NA RUA. SINAL DOS TEMPOS.* 02 150
- *GOVERNO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. O CASO BRASILEIRO.* 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

FABIOLA 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 PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. CIVILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL?* 08 121

- *INDECLINABILIDADE DO JULGAR.* 10 153

FRANCISCO ALVES DOS SANTOS JÚNIOR

- *O PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA NA DIMINUIÇÃO DAS DIFERENÇAS, NA TERCEIRA VIA E NO CONSENSO DE WASHINGTON* 13 153

FRANCISCO DÁRIO MENDES DA ROCHA

Ver **DÁRIO ROCHA**

FRANCISCO DEMETRIUS P. DE OLIVEIRA

- *O PROBLEMA DO DIREITO ENQUANTO CIÊNCIA* 12 285

FREDERICO RICARDO DE ALMEIDA NEVES

- *LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO: RESTRIÇÕES INDESEJÁVEIS, PORÉM INEVITÁVEIS.* 05 237

GERALDO PRADO

- *REALIDADE E DISFUNÇÕES DO JUDICIÁRIO.* 04 222

GÜNTHER KAISER

- *LA FUNCION DE LA CRIMINALOGIA CON RESPECTO A LA POLITICA LEGISLATIVA PENAL.* 05 251

GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA

- *JUSNATURALISMO E CONHECIMENTO JURÍDICO.* 03 149
- *OBSERVAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE CONVOCAÇÃO DE UMA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE EM 1999.* 07 317

HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS

- *I. CONFINS: TRÊS QUESTÕES TRIBUTÁRIAS.* 01 74
- *PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL.* 02 240
- *OS PRINCÍPIOS E O DIREITO.* 03 177

• UM CONGRESSO EM HOMENAGEM A GERALDO ATALIBA.	03	185
• DA IGUALDADE.	05	269
• O INSS EM DEBATE.	06	243
• DE 88 EM DIANTE.	07	339
• LOURIVAL VILANOVA/TORQUATO CASTRO: CAUSALIDADE E RELAÇÃO NO DIREITO/TEORIA DA SITUAÇÃO JURÍDICA EM DIREITO PRIVADO NACIONAL	12	313
HIDELBRANDO CAMPESTRINI		
• LINGUAGEM JURÍDICA E PÓS-MODERNIDADE.	02	90
HUGO CAVALCANTI MELO FILHO		
• LIMITAÇÕES LEGAIS À AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA.	03	191
HUMBERTO BRUNO DE ALMEIDA FERREIRA		
• BIOÉTICA E DIREITO. INTRODUÇÃO ÀS PROBLEMÁTICAS DOS AVANÇOS MÉDICO-CIENTÍFICOS	12	351
HUMBERTO THEODORO JÚNIOR		
• AS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 9.756 DE 17-12-98.	09	177
• PARECER – MANDATO. ADMINISTRADOR. PODERES GERAIS E ESPECIAIS. INTERPRETAÇÃO. EXCESSO DE MANDATO. RATIFICAÇÃO	11	455
IDÍLIO OLIVEIRA DE ARAÚJO		
• SENTENÇA CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO.	09	431
INÊS CRISTINA SELBMANN		
• UMA REFLEXÃO CRÍTICA ACERCA DA VISÃO DOGMÁTICA DE DIREITO.	07	367
• RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PELOS ATOS ILÍCITOS DOS EMPREGADOS.	08	151
• SERIAM O FORTUITO E A FORÇA MAIOR EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO?	10	179

• RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS	12	373
IRACEMA REBECA DE MEDEIROS FAZIO		
• CONCURSO DE PESSOAS.	08	169
ISAÍAS ANDRADE LINS NETO		
• QUANDO A SOLUÇÃO ESTÁ NO JUDICIÁRIO.	09	203
• SENTENÇA. PODER JUDICIÁRIO. PRIMEIRO JUÍZADO ESPECIAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO – RECIFE-PE.	10	395
• VARAS ESPECIALIZADAS EM RELAÇÕES DE CONSUMO – UMA EXIGÊNCIA DA LEI 8.078/90	11	143
ISABELLE AMORIM DE MORAES		
• CONCURSO DE CRIMES.	08	195
IVAN LUIZ DA SILVA		
• CRIME ORGANIZADO: ENFOQUES CONCEITUAIS E CRIMINOLÓGICOS.	05	315
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS		
• OS DEPÓSITOS EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS À LUZ DO (PARÁGRAFO) 30 DO ARTIGO 164 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	13	205
IVO DANTAS		
• SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA E DIREITO ADQUIRIDO.	03	201
• AS DENOMINADAS FAMÍLIAS DE DIREITO. CIVIL LAW E COMMON LAW: SEMELHANÇAS E DESSEMELHANÇAS	11	151
JACKSON BORGES DE ARAÚJO		
• MANDADO DE SEGURANÇA: DA NORMA DE TRATADO INTERNACIONAL COMO NORMA CONSTITUCIONAL.	03	571
• MANDADO DE SEGURANÇA. DA PROVA POR PRESUNÇÃO E O DIREITO DE AMPLA DEFESA	06	533
• DO DIREITO DO ESTADO AO ESTADO DE DIREITO:		

UMA ABORDAGEM SOCIOLOGICA SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO PLURALISMO JURÍDICO NAS SOCIEDADES PERIFÉRICAS.		
	07	383
JANEIDE OLIVEIRA DE LIMA		
• TRÁFICO DE HOMENS PARA A PROSTITUIÇÃO.	03	215
• A CRIANÇA E A AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 61 DO CÓDIGO PENAL.	06	249
• PRODUTOS QUE CAUSAM E QUE PODEM CAUSAR DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA: PERSPECTIVA CRÍTICA.	08	223
JOÃO ALFREDO DOS ANJOS		
• ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) - ANTECEDENTES, COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO.	05	337
JOÃO MAURÍCIO L. ADEODATO		
• FILOSOFIA DO DIREITO E DOGMÁTICA JURÍDICA.	01	266
• A "CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL" DE FRIEDRICH MÜLLER.	03	233
• MODERNIDADE E DIREITO.	06	255
JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA		
• ALTERNATIVIDADE E RETÓRICA NO DIREITO: PARA ALÉM DO EMBATE IDEOLÓGICO.	05	383
• A CARACTERIZAÇÃO DO OBJETO DA CIÊNCIA DO DIREITO E O SEU PROBLEMA HERMENÊUTICO-DECISÓRIO.	07	405
JOAQUIM CORREIA DE CARVALHO JÚNIOR		
• NÓS E OS JUÍZES.	05	357
JOAQUIM LUSTOSA FILHO		
• PARECER. TAXA DE PREVENÇÃO E EXTINÇÃO DE INCÊNDIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DO RECIFE. INCONSTITUCIONALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 144 E 145 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.	11	487

JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

• 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
• SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. DANO MORAL PERFEITAMENTE CARACTERIZADO	14	625

JOSÉ AUGUSTO DELGADO

• REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA.	03	233
--	----	-----

JOSÉ DE MOURA ROCHA

• 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

JOSÉ CARLOS ARRUDA DANTAS

• 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

• <i>A COBRANÇA JUDICIAL DA PENA PECUNIÁRIA NO ESTADO DE PERNAMBUCO</i>	12	383.
JOSÉ FERNANDES DE LEMOS		
• <i>DIREITO ELEITORAL: INVESTIGAÇÃO JUDICIAL. ABUSO DO PODER ECONÓMICO. PRÁTICA DO CLIENTELISMO.</i>	03	603
JOSÉ JANGUIÉ BEZERRA DINIZ		
• <i>OS EMBARGOS INFRINGENTES À LUZ DA LEI 8.950/94.</i>	02	339
• <i>FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS NO BRASIL.</i>	03	287
• <i>PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO.</i>	05	405
• <i>O VALOR DA JUSTIÇA.</i>	06	301
• <i>PERSPECTIVAS DA JUSTIÇA DO TRABALHO NUMA SOCIEDADE GLOBALIZADA.</i>	07	481
JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA		
• <i>A FUNÇÃO DO JUIZ.</i>	01	184
JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO		
• <i>AS NOVAS TECNOLOGIAS E OS DIREITOS DE EXPLORAÇÃO DAS OBRAS INTELECTUAIS</i>	12	403
JOSÉ MÁRIO WANDERLEY GOMES NETO		
• <i>REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR: UMA BREVE ANÁLISE</i>	14	255
JOSÉ RENATO NALINI		
• <i>O JUIZ E SEU MODO ÉTICO DE SER. PASSADO, PRESENTE E FUTURO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA.</i>	01	211
• <i>ESCOLAS DA MAGISTRATURA NO BRASIL: ASPECTO ORGANIZATIVO INSTITUCIONAL.</i>	02	28
• <i>A VONTADE DO CONSTITUINTE NA FORMAÇÃO DO JUIZ BRASILEIRO.</i>	03	325
	06	337

JOSÉ SOARES FILHO

- | | | |
|---|----|-----|
| • <i>ALGUMAS OBSERVAÇÕES ACERCA DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL.</i> | 01 | 107 |
| • <i>O BRASIL FRENTE À OIT: A DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158.</i> | 04 | 259 |

JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES

- | | | |
|---|----|-----|
| • <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 |

JOSÉ VIANA ULISSES FILHO

- | | | |
|--|----|-----|
| • <i>ANTERIORIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA: REFLEXÕES CRÍTICAS.</i> | 01 | 145 |
| • <i>LEX MERCATÓRIA, ARBITRAGEM E CONTRATOS ECONÓMICOS: 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 |

JUSTIÇA PÚBLICA

- | | | |
|--|----|-----|
| • <i>SENTENÇA CRIMINAL - PROCESSO Nº 5.336/92.</i> | 01 | 292 |
|--|----|-----|

KATARINE KEIT GUIMARÃES FONSECA DE FARIA

- | | | |
|--|----|-----|
| • <i>A UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - USOS E ABUSOS</i> | 13 | 235 |
|--|----|-----|

KÉZIA MILKA LYRA DE OLIVEIRA

- | | | |
|---|----|-----|
| • <i>O EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA FISCAL COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL</i> | 12 | 441 |
|---|----|-----|

KYLCE ANNE DE ARAÚJO PEREIRA

- | | | |
|--|----|-----|
| • <i>O DIREITO E O PROCESSO DE TRABALHO NA SOCIEDADE PERIFÉRICA: FLEXIBILIZAÇÃO.</i> | 10 | 209 |
|--|----|-----|

• <i>DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL: ARGUMENTAÇÃO ENTIMEMÁTICA E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS</i>	11	229
LENIO LUIZ STRECK		
• <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
LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA		
• <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
LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO		
• <i>DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. PROCESSO DE ARROLAMENTO. IMPOSTO CAUSA MORTIS.</i>	02	490
• <i>PROCESSUAL CIVIL: EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO.</i>	03	625
LUCIANA DE ASSUNÇÃO MACIEIRA		
• <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
LUCIANA HELENA SANTOS		
• <i>UNIÃO ESTÁVEL-EFEITOS SUCESSÓRIOS E PATRIMONIAIS</i>	12	465
LUCIANA DE MEDEIROS FERNANDES		
• <i>O ESTADO ADMINISTRADOR E A INTEGRAÇÃO ECONÔMICA.</i>	08	247
LUCIENE LACERDA SILVA MENDES		
• <i>A CONVALIDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO EM FACE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE</i>	14	287

LÚCIO GRASSI DE GOUVEIA

• <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
• <i>A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA EXECUÇÃO</i>	14	311

LUIZ CARLOS DE FREITAS MEDEIROS

• <i>AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA.</i>	11	275
---	----	-----

LUIZ CARLOS VIEIRA DE FIGUEIREDO

• <i>DA INAPLICABILIDADE DOS LIMITES MÍNIMOS E MÁXIMOS DA IDADE NOS CONCURSOS PÚBLICOS PARA INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA NO ESTADO DE PERNAMBUCO</i>	14	331
--	----	-----

LUIZ DE FREITAS LIMA

• <i>A CONSTRUÇÃO CIVIL É ATIVIDADE CIVIL</i>	12	511
• <i>ARREPIO À LEI DO CHEQUE</i>	14	345

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

• <i>INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.</i>	04	296
------------------------------------	----	-----

MARCELO A. RODRIGUES

• <i>O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.</i>	04	101
--	----	-----

MARCÍLIO FLORÊNCIO MOTA

- *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.* 09 247

MARCO MACIEL

- *ARBITRAGEM E MODERNIZAÇÃO INSTITUCIONAL.* 04 312

MARCOS ANTÔNIO NERY DE AZEVEDO

- *O PROBLEMA DO CONHECIMENTO E A CIENTIFICIDADE DO DIREITO.* 03 375

MARIA ADELAIDE MONTEIRO DE ABREU

- *EMBARGOS DA AÇÃO MONITÓRIA. NATUREZA JURÍDICA E NÃO APLICABILIDADE DOS EFEITOS DA REVELIA AO AUTOR/EMBARGADO QUE SOBRE ELES NÃO SE MANIFESTA.* 14 357

MARIA ANTONIETA LYNCH DE MORAES

- *O TRESPASSE: A ALIENAÇÃO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL E A CLÁUSULA DE NÃO RESTABELECIMENTO* 14 381

MARIA BETÂNIA SILVA

- *AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS.* 02 446
- *UM NOVO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS EM PROJETO.* 04 318
- *SOBRE A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: DESDOBRAMENTO DE UMA POLÊMICA.* 07 511

MARIA DE FÁTIMA DE CARVALHO FALCÃO

- *CONSIDERAÇÕES SOBRE A PALAVRA JUSTIÇA.* 08 299
- *A CULPA STRITU SENSU, COMO ELEMENTO DA CULPABILIDADE.* 10 233

MARIA DLARA SIQUEIRA DE MELO BORGES

- *A NORMA JURÍDICA E SUA INTERPRETAÇÃO.* 08 283
- *AS CONTRIBUIÇÕES PARA FISCAIS NO DIREITO DO TRABALHO.* 09 267

MARIA HELENA DE CASTRO OLIVEIRA

- *O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA* 10 263

MARÍLIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO

- *O PAPEL DOS CÔNJUGES SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.* 13 345

MÁRIO ANTONIO LOBATO DE PAIVA

- *DIREITO DE TRABALHO MÍNIMO* 12 525
- *O IMPACTO DA ALTA TECNOLOGIA E A INFORMÁTICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA AMÉRICA DO SUL.* 14 403

MARUPIRAJA RAMOS RIBAS

- *DANOS MORAIS.* 07 527
- *SENTENÇA CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.* 09 475
- *A DESPENALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL E SEUS REFLEXOS CONSTITUCIONAIS* 11 283

MAURÍCIO RANDS

- *DO GARANTISMO INDIVIDUAL AO GARANTISMO DE ADMINISTRAÇÃO COLETIVA.* 04 344

MAURÍCIO GOMM SANTOS

- *FORMAS ALTERNATIVAS PARA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS.* 02 190

MICHELE TARUFFO

- *DIMENSÕES TRANSCULTURAIS DA JUSTIÇA CIVIL.* 11 291

• LEGALIDADE E JUSTIFICATIVA DA CRIAÇÃO JUDICIÁRIA DO DIREITO	14	431
NALVA CRISTINA CAMPELLO		
• SENTENÇA CÍVEL: REPARAÇÃO DE DANOS.	03	639
NAPOLEÃO TAVARES		
• APRESENTAÇÃO.	01	05
• APRESENTAÇÃO.	02	11
• APRESENTAÇÃO.	03	09
• APRESENTAÇÃO.	04	11
• APRESENTAÇÃO.	05	13
• APRESENTAÇÃO.	06	13
• AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO E GRAVAÇÃO DE CONVERSAS TELEFÔNICAS.	06	549
NELSON SALDANHA		
• SOBRE A TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL.	03	409
• EM TORNO DOS VALORES JURÍDICOS.	04	356
• O ESTADO EM QUESTÃO: PRESENTE E FUTURO.	07	533
• DIREITOS HUMANOS: CONSIDERAÇÕES, HISTÓRICO-CRÍTICAS.	08	317
• PENSAMENTO JURÍDICO, RACIOCÍNIO E ARGUMENTAÇÃO	11	345
NILDO NERY DOS SANTOS		
• AS JURISDIÇÕES COMUNITÁRIAS.	01	99
• A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CRIMINOLOGIA.	02	124
• DESEMPREGO E VIOLÊNCIA.	04	371
NIVALDO MULATINHO FILHO		
• SENTENÇA PENAL. DENÚNCIA DE CRIMES HEDIONDOS. TENTATIVA DE ESTUPRO. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. LATROCÍNIO CONSUMADO.	11	517
• SENTENÇA CRIMINAL DENÚNCIA CONSTRA SEIS POLICIAIS MILITARES. TORTURA E OUTRAS CONDUTAS DELITUOSAS. LESÕES CORPORAIS GRAVÍSSIMAS DA VÍTIMA	12	633

OG FERNANDES

• JUIZADOS CRIMINAIS: O PROCESSO DE RESULTADOS.	01	287
--	----	-----

PALHARES MOREIRA REIS

• O SISTEMA PARTIDÁRIO PLURALISTA E DEMOCRÁTICO.	09	283
• NÓÇÃO DE POVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	11	357
• A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL DO MODELO INGLÊS E SUA REPERCUSSÃO NA COLÔNIA AMERICANA	13	367

PATRÍCIA CARNEIRO TAVARES

• DA EXECUÇÃO DAS PENAS APLICÁVEIS À PESSOA JURÍDICA	12	537
---	----	-----

PAULA OLIVEIRA MENDONÇA

• PRINCÍPIOS PROCESSUAIS, IMPORTÂNCIA DE SEU ESTUDO PARA O DIREITO PROCESSUAL.	09	301
---	----	-----

PAULO LUIZ NETTO LÓBO

• QUESTÕES DE DIREITO NOS CONTRATOS DE CONSUMO E A SÚMULA Nº 05 - STJ.	05	465
• IGUALDADE CONJUGAL - DIREITOS E DEVERES.	06	361

PAULO CÉSAR MAIA PORTO

• O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A REPRESSÃO AOS ATOS INFRACIONAIS.	03	419
• PODER REFORMADOR DA CONSTITUIÇÃO: NATUREZA JURÍDICA E LIMITES.	05	439

PAULO CÉSAR SANTOS BEZERRA

• IN (TOLERÂNCIA) E PROCESSO SOBRE AS IN (FLEXIBILIDADES) PROCEDIMENTAIS E SEUS REFLEXOS NA EFETIVIDADE DO PROCESSO.	14	457
---	----	-----

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

RAÚL HORACIO OJEDA

- *O IMPACTO DA ALTA TECNOLOGIA E A INFORMÁTICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA AMÉRICA DO SUL* 14 403

REGINA CÉLIA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO

- *LATROCÍNIO. PRETERDOLO E DOLO EVENTUAL. CARACTERÍSTICAS.* 14 479

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
- *INIMPUTABILIDADE PENAL POR ANORMALIDADE MENTAL* 14 495

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
- *MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM. ALTERNATIVAS À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CONVENCIONAL.* 02 272
- *A ESSÊNCIA, A ÉTICA DO CONTRATO DE TRABALHO. UM BREVE ENSAIO CRÍTICO SOBRE A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO PELA ORDEM JURÍDICA* 03 469
- *SENTENÇA CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR.* 04 544
- *SISTEMA DE DEFESA SOCIAL INTEGRADO: POR UM CONTROLE DA CRIMINALIDADE MAIS ARTICULADO E PRÓXIMO DA COMUNIDADE* 14 503

SAMUEL HORACIO DE OLIVEIRA

- *JUROS ELEVADOS: INCONSTITUCIONALIDADE E LESÃO NOS CONTRATOS.* 09 343

SANTIAGO REIS

- *VOTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXISTÊNCIA E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM PARTILHA DE BENS* 14 635

SÁVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

- *A IMPRENSA E O JUDICIÁRIO.* 02 393

SAULO RAMOS

- *REFORMA DO JUDICIÁRIO - EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.* 09 367

SOLANGE SOUTO

- *FORMALIDADE E INFORMALIDADE NO CONTROLE SOCIAL PELO DIREITO.* 04 435
- *A SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL: OS ANOS DE INÍCIO DE CONSOLIDAÇÃO.* 05 79

SÉRGIO BERMUDEZ

- *A SÚMULA VINCULANTE E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ.* 06 391

SÉRGIO PAULO RIBEIRO DA SILVA

- *A MENOR DE CATORZE ANOS E O DELITO DE ESTUPRO.* 04 429

SERGIO TORRES TEIXEIRA

- *A CRIAÇÃO DO DIREITO NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JUDICANTE* 08 367
- *ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA O JULGAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA* 13 385

SIDNEY SANCHES

- *ASPECTOS PROCESSUAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.* 03 511

SÍLVIO NEVES BAPTISTA

- *ENSAIO SOBRE A TEORIA DO FATO DANOSO.* 02 177
- *CONCEITO DO DIREITO CIVIL.* 07 545

STELLA MARIA MENDES GOMES DE SÁ LEITÃO

- *UMA PROMESSA DE VIDA OU A ÚLTIMA CHANCE PARA O MEIO AMBIENTE?* 08 389

TEODOMIRO NORONHA CARDOZO

- *SENTENÇA PENAL.* 10 427
- *DA REPRESENTAÇÃO NO JUÍZADO ESPECIAL CRIMINAL.* 11 399
- *SENTENÇA CRIMINAL* 13 517
- *SENTENÇA DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO* 14 661

THIAGO ARRAES DE ALENCAR NORÕES

- *PENHOR MERCANTIL: POSSIBILIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO PELA TRADIÇÃO SIMBÓLICA DA COISA EMPENHADA.* 11 409

THIAGO DE OLIVEIRA ANDRADE

- *DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS: A REALIDADE*

JURÍDICA DIANTE DA VIRTUALIDADE DOS NOVOS TEMPOS 14 559

VALÉRIA MARIA CAVALCANTI LINS LEMOS

- *A CRIMINALIDADE FEMININA E SUAS ESPECIFICIDADES.* 03 527
- *A QUESTÃO DA "NOVA CRIMINALIDADE" NA TEORIA GERAL DO DIREITO.* 04 449
- *AS REGRAS DO MÉTODO SOCIOLOGICO-INTERPRETAÇÃO E EXPOSIÇÃO CRÍTICA - ELEMENTOS INTERESSANTES PARA O DIREITO.* 06 405
- *OS JOGOS VIRTUAIS VIOLENTOS E SUA RELAÇÃO COM A CRIMINALIDADE NA ADOLESCÊNCIA* 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
- *A PROTEÇÃO DO ESTADO À UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR E A GARANTIA DO DIREITO DE HERANÇA* 14 583

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
- *LIMITES AO PODER DECORRENTE* 14 607

WELITON SOUSA CARVALHO

- *INTERROGATÓRIO DO RÉU À LUZ DA CONSTITUIÇÃO* 13 495

ZÉLIA MARIA LUCENA DE MENDONÇA

- *OUIDORIA 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 DO ART. 12 DA M. P. Nº 1.632 E A JUSTA INDENIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.* 05 469
- *A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.* 07 593
- *A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.* 10 359



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO
Rua Dom Bosco, 1308 - Boa Vista - Recife - PE — CEP 50070-070
www.esmape.com.br

 **BANCO DO BRASIL**